



**UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PADOVA**

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PADOVA

DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO, INTERNAZIONALE E COMUNITARIO

SCUOLA DI DOTTORATO DI RICERCA IN GIURISPRUDENZA

INDIRIZZO UNICO

CICLO XXVI

IL RISCHIO PENALE NELLA GESTIONE DELLA CRISI D'IMPRESA

Direttore della Scuola: Ch.mo Prof. Roberto Kostoris

Supervisore: Ch.mo Prof. Enrico Mario Ambrosetti

Dottorando: Nicolò Giancesini

*“Non è bene che le leggi siano,
come di solito sono, troppo piene di parole e prolisse,
perché allora non raggiungono ciò che desiderano
ma il contrario”*

Francesco Bacone,
Della dignità e del progresso delle scienze (1623)

Indice

ABSTRACT	III
INTRODUZIONE	VII
CAPITOLO I: L'evoluzione della disciplina delle procedure concorsuali: dal Regio decreto n. 267 del 1942 ai nostri giorni	1
1.1: Introduzione al problema	1
1.2: L'impianto originario della legge fallimentare (R.D. 16 marzo 1942 n. 267)	3
1.2.1: Il fallimento	3
1.2.2: Il concordato preventivo	6
1.2.3: L'amministrazione controllata	7
1.2.4: La liquidazione coatta amministrativa	8
1.3: I primi segnali dell'inadeguatezza della normativa in materia di crisi d'impresa: dall'uso alternativo delle procedure concorsuali all'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi	9
1.4: Il ruolo economico-sociale dell'impresa e la necessità di superare la logica liquidatoria quali nuove esigenze alla base della stagione delle riforme	15
1.5: Verso la riforma organica della legge fallimentare: i progetti elaborati delle due Commissioni Trevisanato	19
1.6: La stagione delle riforme della legge fallimentare: dall'introduzione dei nuovi strumenti alternativi al fallimento (d.l. 14 marzo 2005, n. 35) alla responsabilità penale del professionista attestatore (d.l. 18 ottobre 2012, n. 179)	24
1.7: Il nuovo volto della legge fallimentare: nuovi strumenti e direttici di fondo	29
1.7.1: La nuova disciplina dell'azione revocatoria e il c.d. "piano attestato di risanamento"	30
1.7.2: Il nuovo concordato preventivo	32
1.7.3: L'accordo di ristrutturazione dei debiti	34
1.7.4: Uno sguardo di sintesi dei nuovi assetti delineati dalle riforme	35
CAPITOLO II: Piani, accordi e rischio di responsabilità penale dei protagonisti del risanamento.	41
2.1: Approccio al problema: miopie (legislative) e riflessi (penalistici)	41
2.2: Il rischio penale per le operazioni e i pagamenti realizzati in esecuzione dei nuovi strumenti concorsuali non andati a buon fine	49
2.2.1: I mutati rapporti tra l'azione revocatoria fallimentare e la bancarotta preferenziale	50
2.2.2: Introduzione dell'esenzione dai reati di bancarotta (art. 217 bis l. fall.): prospettiva di metodo	59
2.2.3: Natura giuridica della "esenzione" e conseguenze sul piano applicativo	60

2.2.4: I presupposti di operatività della norma	63
2.2.5: Il sindacato del giudice penale, ovvero i nodi vengono al pettine	68
2.2.6: Le conseguenze della rivalutazione dei piani e degli accordi da parte del giudice penale	82
2.2.7: Le altre operazioni non revocabili ex art. 67, 3° comma ma non esentate	88
2.2.8: Le altre fattispecie penali rilevanti nell'ambito dei piani e degli accordi ma non esentate	89
CAPITOLO III: I riflessi dei nuovi strumenti di risoluzione della crisi sulla fisionomia dell'art. 236 l. fall.	93
3.1: La riforma del concordato preventivo e l'abolizione dell'amministrazione straordinaria irrompono nell'equilibrio già precario dell'art. 236 l. fall.	93
3.2: Il nuovo volto del concordato preventivo	95
3.2.1: L'allargamento del presupposto oggettivo allo "stato di crisi"	96
3.2.2: Il nuovo accesso alla procedura di concordato preventivo e le ricadute sulla portata precettiva del 1° comma dell'art. 236 l. fall.	101
3.3: L'abolizione dell'amministrazione controllata nella pronuncia delle Sezioni Unite n. 24468 del 2009	104
CAPITOLO IV: Lo statuto penale del professionista attestatore	109
4.1: Il trasferimento del controllo sulla soluzione della crisi dal Tribunale al professionista attestatore: implicazioni penalistiche	109
4.2: Le ipotesi elaborate dalla dottrina e dalla giurisprudenza di merito in ordine alla responsabilità penale del professionista attestatore prima dell'introduzione dell'art. 236 bis	112
4.2.1: I requisiti per la nomina del professionista attestatore antecedenti al "Decreto sviluppo" (d.l. 83/2012)	114
4.3: Il "Decreto sviluppo" del 2012 introduce il nuovo statuto del professionista attestatore	127
4.3.1: I nuovi requisiti di indipendenza del professionista attestatore delineati dal "Decreto sviluppo"	128
4.4: Il nuovo delitto di "Falso in attestazioni e relazioni" (art. 236 bis)	132
4.4.1: La condotta quale cuore problematico del delitto	139
4.4.2: L'assenza di riferimenti alla condotta colposa del professionista: ricadute sistematiche in relazione alla "esenzione" di cui all'art. 217 bis	154
4.4.3: Note sul concorso dell'art. 236 bis con altre fattispecie delittuose	160
CONCLUSIONI	163
BIBLIOGRAFIA	171

ABSTRACT

La tesi riguarda il rischio penale nella gestione della crisi di impresa, ed è finalizzato ad indagare i rapporti tra le tradizionali fattispecie penali previste dal Regio Decreto n. 267 del 1942 e le nuove soluzioni alternative al fallimento introdotte con le ultime riforme della “parte civilistica” della legge fallimentare, in particolare il nuovo concordato preventivo (art. 160 ss. l.f.), l'accordo di ristrutturazione dei debiti (art. 182-*bis* l.f.) e il piano di risanamento attestato (art. 67, comma 3, lett. d) l.f.).

Negli ultimi anni, infatti, per rendere maggiormente appetibili i modelli concordatari finalizzati al superamento della crisi d'impresa, il Legislatore ha operato una profonda modifica dell'impostazione originaria dell'impianto della legge fallimentare.

A ciò, tuttavia, non ha fatto seguito anche una parallela operazione di coordinamento dei rinnovati istituti con le tradizionali disposizioni penalistiche.

Ne è derivata un'evidente sfasatura tra gli istituti in questione, venendo meno quel parallelismo che aveva opportunamente contraddistinto la nascita della legge fallimentare nel 1942 ove, nel solco della migliore politica legislativa, venivano punite le condotte fraudolente poste in essere nell'ambito degli strumenti liquidatori o concordatari del relativo comparto “civilistico”.

Dopo un'analisi del percorso evolutivo che ha avuto la legge fallimentare dal 1942 ad oggi - in modo da delinare il volto attuale degli istituti diretti a regolare il momento della crisi d'impresa e cogliere l'evoluzione delle direttive di tutela che sono emerse nell'ambito delle recenti riforme - la ricerca si muove essenzialmente in due direzioni.

Da un lato viene affrontato il problema che gli atti posti in essere in ossequio (o meno) alle nuove strumentazioni civilistiche a disposizione dell'imprenditore in difficoltà possano cadere sotto la scure delle tradizionali fattispecie penalistiche - in particolare le varie forme di bancarotta, rimaste del tutto inalterate - nel malaugurato caso in cui il piano di salvataggio dell'impresa non dia i frutti sperati.

Per impedire tal evenienza, con la legge n. 122/2010 di conversione del d.l. n. 8/2010, è stato introdotto, nell'ambito dei reati fallimentari, l'art. 217 *bis*, rubricato “*Esenzione dai reati di bancarotta*”. La norma, nata evidentemente col fine di assicurare, anche sotto il profilo penalistico, la protezione dell'imprenditore che ponga in essere, ad esempio, pagamenti preferenziali nei confronti di solo alcuni dei debitori in ossequio ad un piano concordato, sconta una serie di problematiche - prime tra tutte la relativa collocazione dogmatica e l'effettiva portata applicativa - che fanno dubitare della sua concreta attitudine a risolvere tutte le criticità presenti sul tappeto.

Una seconda direttiva di ricerca riguarda poi la responsabilità penale del c.d. “professionista attestatore”. Questa figura - presente sotto varie forme in tutti e tre i nuovi istituti concordatari che sono stati introdotti - rappresenta una significativa novità, atteso il ruolo peculiare che essa è chiamata a svolgere in questa fase delicatissima di risoluzione della crisi di impresa.

In estrema sintesi, il Legislatore ha devoluto a tale professionista il giudizio circa la bontà e la realizzabilità del piano, predisposto unilateralmente dall'imprenditore o comunque concordato con i propri debitori. Questo snodo fondamentale, tradizionalmente affidato al tribunale fallimentare – per gli evidenti interessi sottesi a tale accertamento – ora è stato demandato ad una figurata privata, scelta direttamente dallo stesso imprenditore, in modo da consentire una maggiore rapidità nella procedura in vista di una più proficua risoluzione della crisi.

Anche in tale ambito va registrata l'introduzione, da parte del d.l. n. 83/2012 di una nuova norma, l'art. 236 *bis* f.fall. ("*Falso in attestazioni e relazioni*"), volta a punire l'esposizione d'informazioni false o l'omissione d'informazioni rilevanti da parte di questi professionisti attestatori nei programmi e nei piani che sono chiamati a redigere e di cui devono verificare la concreta tenuta economico-patrimoniale.

Il presente lavoro, inoltre, prende in considerazione anche le ricadute del nuovo volto del concordato preventivo rispetto alla inalterata fattispecie dell'art. 236 l. fall., l'unica direttamente volta alla tutela degli strumenti alternativi al fallimento.

Più in generale, la ricerca, all'esito della risoluzione di questi e altri passaggi ermeneutici, trae un quadro generale dei nuovi equilibri presenti tra le due parti della legge fallimentare, in particolar modo con riferimento ai nuovi beni giuridici tutelati nell'ambito della legge fallimentare, ove è dato scorgere una significativa compressione del tradizionale principio della *par condicio creditorum*, a favore dell'esigenza di proteggere il "bene impresa".

The thesis covers the topic of criminal implications managing a company crisis and is focused on inspecting connections between traditional criminal offences expected by Regio Decreto n. 267/1942 and the new alternative solutions to bankruptcy generated by civil section of bankruptcy law's last reforms, i.e. new "concordato preventivo" (art. 160 l.f.), "accordo di ristrutturazione dei debiti" (art. 182-*bis* l.f.) and "piano attestato di risanamento" (art. 67, comma 3, lett. d) l.f.).

In recent years, to increase indeed the intended-to-overcome-bankruptcy-crisis agreement instruments' appeal, the Legislator worked for a substantial modification of original bankruptcy law fundamentals.

From this didn't ensue however a corresponding coordinating process between renewed institutes and traditional criminal disposals. As a result of this an obvious imbalance between aforementioned institutes arose, thus lacking the parallelism that conveniently marked the birth of 1942 bankruptcy law, which – as stated by best legislative practice – punished criminal behavior enacted within the range of liquidatory or based-on-agreements instruments of before-mentioned civil section.

After an analysis on bankruptcy law's evolutionary path from 1942 to this day - in a way that outlines the current shape of institutes whose purpose lies in regulating the timing of company crisis and seizing the evolution of legal protection guidelines emerged around recent reforms - the research mostly expands along two paths.

The first considers the issues about the chance that behaviors performed in accordance with new civil instruments available to the entrepreneur in trouble could be punished by usual criminal offence - i.e. different kinds of bankruptcy, kept unaltered - in the unfortunate chance that the company's rescue plan wouldn't succeed.

For this eventuality to be avoided, along with law n. 122/2010 converting d.l. n. 8/2010, art. 217 *bis* regarding bankruptcy frauds, indexed "Esenzione dai reati di Bancarotta", was introduced.

Such norm, clearly born with the purpose of assuring protection, even from a criminal point of view, to the entrepreneur making preferential payments only to a subset of his debtors in accordance with an agreed plan, carries a set of issues, first and foremost its dogmatic characterization and actual range of implementation, that casts doubt on the norm's adequacy to settle all existing critical matters.

On the other hand, the second research path inspects the Professional Attestator's criminal responsibility. This figure - present with different characterizations in all three institutes of agreement introduced - constitutes a significant novelty, given the characteristic role it conducts during the delicate phase of company crisis resolution.

In short summary the Legislator assigned to the aforementioned Professional the power to judge rightness and feasibility of the plan arranged unilaterally by the entrepreneur or agreed upon by his debtors. Such crucial topic, traditionally belonging to bankruptcy court's competence - due to obvious interest implied in such inspection - is assigned now to a private individual of entrepreneur's choice, in order to speed up the process of moving forward to a fruitful crisis's resolution.

About this issue the introduction by d.l. n. 83/2012 of a new norm, art. 236 *bis* l. fall. ("Falso in attestazioni e relazioni"), punishing exposition of false information or omission of relevant information by Professional Attestators in charge of redacting programs and guaranteeing economic and patrimonial firmness of plans.

This work moreover takes account of consequences derived by the new concordato preventivo structure as opposed to the unaltered criminal offence of art. 236 l. fall., the only one directly focused on safeguard of instruments alternative to bankruptcy.

On a broader level, with regard to the results of these and other hermeneutic topics, the research exposes a general view on the new balance between the two sections of bankruptcy law, especially with reference to the new legal goods upheld by Bankruptcy law, where a substantial constriction of the traditional principle of *par condicio creditorum* can be perceived, on behalf of the need of protecting "company value".

INTRODUZIONE

“Funzione della giustizia penale nello Stato di diritto non può essere di placare le ansie collettive di fronte all’insuccesso economico che, per quanto doloroso, rappresenta pur sempre un possibile esito del rischio d’impresa”.

In questa frase di Cesare Pedrazzi è racchiusa, in massima sintesi, la cifra problematica del tema che ci accingiamo ad affrontare: il diritto penale e la realtà dell’impresa necessitano di un punto di equilibrio, illuminato dalla fisiologia della vita economica. Ove ciò non accada, la sanzione si rivela una risposta irrimediabilmente disancorata dal dato reale e, perciò, “ingiusta”.

Tale considerazione, valida ovviamente in ogni ambito di prensione del diritto, accentua la propria criticità con riferimento al terreno dell’attività di impresa, la cui quotidianità viene irrorata da costanti componenti di rischio che la connotano in maniera intrinseca.

Se alla scienza economica è affidato il compito di descrivere e razionalizzare il rischio che l’impresa è tenuta ad affrontare, il diritto, ancor prima di cimentarsi nella regolazione della sua fibrillazione, non può declinare il compito di prendere atto di questa realtà. Sotto questo punto di vista, per vero, è dato riscontrare un significativo incremento di attenzione da parte del nostro legislatore, chiamato a fornire risposte alla situazione di difficoltà che il mondo imprenditoriale sta attraversando, soprattutto in questi anni, nel nostro Paese. La sincronizzazione della legge fallimentare del 1942 alla realtà economica moderna è passata attraverso vari episodi di riforma che si sono affastellati, a partire dal 2005, sul terreno del Regio Decreto.

Esprimere una valutazione del risultato di tale azione non è certamente nostro compito, almeno per quanto attiene all’aspetto sopra delineato.

La giustificazione dell’indagine di chi si interessa della materia penale trova invece la propria ragione nella metodologia adottata in questa stagione di riforme: il totale oblio – quanto meno fino al 2010 - delle fattispecie delittuose del medesimo *corpus* normativo. Un dato che induce legittimi sospetti sulla stessa efficacia, ancor prima della coerenza sistematica, di una riforma che ambisca ad avere successo. La giustificazione di tale allarme è presto detta: la *ratio* “artificiale” del diritto penal-fallimentare trova concretezza in elementi normativi e snodi procedurali cristallizzati *aliunde*; ove mutino quest’ultimi non metter mano anche ai primi significa affidare, *rectius*, abbandonare la ricostruzione dei nuovi equilibri che si vengono in tal modo a creare alla pericolosissima fiducia di una capacità autopoietica delle stesse norme penali.

Questo, quindi, il terreno lasciato all’interprete del diritto penale che voglia cimentarsi nella ricostruzione di questo settore. Un terreno - lo si afferma convintamente – difficile. Perché a dover essere ricomposti sono pezzi che non sono congruenti tra loro, norme che riflettono filosofie differneti, che esprimono due modi

diversi di concepire il problema della crisi dell'impresa. Uno di loro è stato attualizzato; l'altro, che pure si poggia sul primo, invece è rimasto com'era, ed appare oggi inattuale, polveroso e ingombrante.

Tuttavia, senza lasciarci intimorire da questa difficoltà, motivati dalla convinzione che un equilibrio, per quanto complicato da trovare, debba comunque essere individuato, ci apprestiamo ad indagare il problema che si è ritenuto di sintetizzare con la formula di "rischio penale" nella gestione della crisi di impresa. L'espressione, presa consapevolmente a prestito dalla "teoria del rischio penale" del Prof. Nuvolone, vuole in realtà esprimere altro rispetto al problema del legame tra condotte di bancarotta e causazione del fallimento. In una più moderna visione della realtà normativa imprenditoriale, con tale formula, si vuole delineare quella zona di rischio relativa all'utilizzo degli strumenti alternativi al fallimento, introdotti o rivisitati proprio a partire dal 2005, che tuttavia, per la denunciata asimmetria, comportano un concreto pericolo di sanzione penale per l'imprenditore cui vi abbia fatto ricorso.

L'incognita di scivolare dalla lecita attività di salvataggio alla sanzione penale corre proprio lungo il crinale pericolosamente accidentato delle inattualizzate norme del Titolo VI della legge fallimentare, giustifica il profondo interesse per il problema e impone di delineare delle soluzioni che si facciano apprezzare all'esito di un percorso ricostruttivo dell'intera materia.

Che il panorama stenti a trovare da sé equilibri ermeneutici convincenti è lo stesso legislatore a dimostrarlo, attraverso le due novelle del 2010 e del 2012, unici episodi nei quali il legislatore sembra finalmente ricordarsi che, oltre a non fallire, è importante anche sincronizzare la risposta penale alla nuova realtà che ha delineato; tanto quando questa potrebbe scattare inopinatamente, quanto nel caso in cui siano da rafforzare presidi che altrimenti rimanevano sguarniti.

Il percorso di questo lavoro si snoda pertanto attraverso le nuove tematiche che si sono venute a creare da questo sfasamento normativo, polarizzate in particolar modo attorno a due grandi questioni.

In primo luogo quella relativa alle conseguenze penali per l'imprenditore che intraprenda i nuovi percorsi di risanamento, nel caso in cui questi non vadano a buon fine; si tratta dell'aspetto probabilmente di maggior centralità di tutta l'opera di ricomposizione del nuovo equilibrio, nonché quello su cui si gioca la credibilità di una riforma che voglia garantire effettività alla strada che intende delineare. In quest'ambito si metteranno quindi in evidenza l'ampio ventaglio di soluzioni che sono state prospettate sul punto, in particolar modo a seguito dell'introduzione, nel 2010, dell'art. 217 *bis* della legge fallimentare, il quale rappresenta la risposta alla pressante esigenza avvertita, tanto dagli studiosi, quanto – e forse più – dal mondo economico ed imprenditoriale del nostro Paese; convinti dell'importanza di fornire una visione personale alla tematica, si cercherà quindi di fornire una chiave ricostruttiva che tenga in adeguata considerazione i dati extrapenalistici sui quali la risposta legislativa si poggia e, più in generale, l'assetto complessivo della normativa delineata dal legislatore delle riforme.

Altro centro di interesse è poi quello relativo ad una nuova figura che si affaccia nello scenario della riformata vicenda fallimentare, ovvero il "professionista attestatore";

anche in questo caso, alla preoccupazione espressa dalla dottrina di garantire una adeguata protezione penalistica ai beni giuridici che ora, in qualche modo, transitano per questo soggetto, il legislatore ha risposto, nel 2012, con l'introduzione di una fattispecie propria, l'art. 236 *bis*, al fine di fornire una tutela adeguata al ruolo che gli aveva affidato nell'ambito delle soluzioni di crisi dell'impresa. Anche in tale ambito le questioni rilevanti sono plurime e spicca, tra tutte, quella relativa al tradizionale problema del falso valutativo, nodo fondamentale per comprendere l'ampiezza del fuoco della nuova fattispecie introdotta.

Da ultimo, un irrinunciabile passaggio anche per le lande poco frequentate dell'art. 236, norma che forse testimonia al meglio l'inattualità della risposta penale alle nuove esigenze che sono emerse con prepotenza in questi anni: la difficoltà di coniugare il nuovo volto del concordato preventivo (e, per giunta, solo questo) con la tradizionale struttura della fattispecie rende conto di tutte le difficoltà che il legislatore ha lasciato sul tappeto, forse nella convinzione che il sistema si sarebbe ricomposto da solo, più probabilmente perché, in maniera miope, non interessato a darvi risposta.

Ad incrementare la cifra già sufficientemente problematica di quanto delineato v'è un ulteriore dato che non può essere trascurato: l'attuale struttura della "parte penalistica" della legge fallimentare si trova, in fin dei conti, a scomporre in frammenti problemi che, invece, sono irrimediabilmente fusi tra loro; l'attuale volto della normativa del risanamento d'impresa passa sì attraverso definite scansioni procedurali affidati a ruoli soggettivi diversi, tuttavia, la lente penale non è adeguatamente calibrata per riuscire a fotografare gli snodi ove si annidano i possibili profili fraudolenti tenuti nel corso della vicenda risanatoria. Tale assetto implica quindi una susseguirsi di momenti di criticità, il più delle volte, intrecciati tra loro, la soluzione dei quali impone, a propria volta, una presa di posizione su questioni comunque intrinsecamente legate al problema da risolvere.

In ogni caso preme sottolineare un dato che si riflette nell'approccio metodologico che si è inteso seguire; la materia che ci si accinge ad affrontare, come già anticipato, non può prescindere da un compito approfondimento del sistema nel quale si riflette: affermare che i reati di bancarotta trovano la propria ragione in virtù di beni e interessi delineati altrove è affermazione fin troppo banale, ma va rimarcata con vigore la necessità di indagare con sufficiente profondità il nuovo volto della gestione della crisi di impresa, poiché se le immutate fattispecie continuano a riflettersi in uno specchio d'acqua che è mutato, il loro volto non potrà che essere differente. Per capire quale sia, è indispensabile interrogarsi, oltre che sul *quomodo*, sul *cur* di questo processo evolutivo poiché solo dalla comprensione delle ragioni profonde che hanno portato alla riforma della legge fallimentare è possibile illuminare con la corretta luce i nostri tradizionali strumenti penalistici. Per questo motivo, all'esordio del lavoro, si è ritenuto opportuno delineare l'evoluzione che ha subito il Regio Decreto dalla sua introduzione a oggi, in particolar modo la filosofia e le problematiche economiche e sociali cui si è dovuto in qualche modo dare sfogo con la riforma. Un presupposto irrinunciabile per la completezza della trattazione e una lente fondamentale per chi ambisca leggere i nuovi equilibri delineati.

Un ultimo dato è opportuno mettere in evidenza: dal 2005 ad oggi il legislatore, come detto, è intervenuto due volte per quanto attiene agli aspetti di nostro precipuo interesse; le aspettative per una risposta risolutiva tramite il suo intervento erano senz'altro alte, non tanto per le pressioni manifestate per il suo intervento, quanto, essenzialmente, per la necessità di ricondurre ad armonia quello che autorevole dottrina ha definito come l' "assurdo bicefalismo" della legge fallimentare. E' di tutta evidenza che il percorso di indagine che si ci si accinge ad intraprendere non possa esimersi dall'esprimere una valutazione circa l'effettività di questo intervento normativo e, più in generale, sull'attuale assetto dell'equilibrio che si è venuto a creare.

Capitolo I: L'evoluzione della disciplina delle procedure concorsuali: dal Regio decreto n. 267 del 1942 ai nostri giorni

SOMMARIO: 1.1 Introduzione al problema - 1.2 L'impianto originario della legge fallimentare (R.D. 16 marzo 1942, n. 267) - 1.2.1 Il fallimento - 1.2.2 Il concordato preventivo - 1.2.3 L'amministrazione controllata - 1.2.4 La liquidazione coatta amministrativa - 1.3 I primi segnali dell'inadeguatezza della normativa in materia di crisi di impresa: dall'uso alternativo delle procedure concorsuali all'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi - 1.4 Il ruolo economico-sociale dell'impresa e la necessità di superare la logica liquidatoria quali nuove esigenze alla base della stagione delle riforme - 1.5 Verso la riforma organica della legge fallimentare: i tentativi delle due Commissioni Trevisanato - 1.6 La stagione delle riforme della legge fallimentare: dall'introduzione dei nuovi strumenti alternativi al fallimento (d.l. 14 marzo 2005, n. 35) alla responsabilità penale del professionista attestatore (d.l. 18 ottobre 2012, n. 179) - 1.7 Il nuovo volto della legge fallimentare: nuovi strumenti e direttrici di fondo - 1.7.1 La nuova disciplina dell'azione revocatoria e il c.d. "piano attestato di risanamento" - 1.7.2 Il nuovo concordato preventivo - 1.7.3 L'accordo di ristrutturazione dei debiti - 1.7.4 Uno sguardo di sintesi dei nuovi assetti delineati dalle riforme.

1.1: Introduzione al problema

Nell'attuale panorama economico l'impresa rappresenta per certo il fattore di produzione di maggior importanza e rilevanza sociale; conseguentemente l'ordinamento giuridico, oltre a prevedere la sua regolamentazione nella fase della nascita e della sua gestione, ha da sempre posto regole per gestire la fase della sua eventuale crisi. Nel corso del tempo tuttavia il concetto di impresa ha subito profondi cambiamenti: se infatti originariamente era sostanzialmente limitato al diritto di proprietà dell'imprenditore sulle attrezzature, il magazzino, i macchinari e un limitato capitale di rischio, oggi invece si compone di valori immateriali ed astratti che comportano un significativo moltiplicarsi non solo quantitativo ma soprattutto qualitativo dei valori in gioco.

Coniugando le due considerazioni sopra esposte chiara è la sintesi che ne emerge con riferimento al nostro ordinamento: il complesso normativo volto alla "*Disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa*", datato 1942 (R.D. n. 267), coevo quindi alla emanazione del Codice Civile ha visto la luce in una realtà economico-sociale irrimediabilmente differente rispetto a quella dei nostri giorni. Era quindi prevedibile attendersi una stagione di riforme in grado di recuperare l'aderenza della regolamentazione della crisi di impresa

alle moderne esigenze che sono progressivamente emerse, rispetto alle quali il testo del 1942 non poteva che essere miope¹.

Cercando di procedere con ordine, se il dato irrinunciabile di un sistema normativo volto ad affrontare la crisi in cui versa l'imprenditore è rappresentato, in estrema sintesi, dalla possibilità di soddisfazione coattiva delle pretese creditorie sui beni

¹ Per una prima panoramica degli Autori che trattano delle esigenze di una riforma del R.D. n. 267 del 16 marzo 1942 si rimanda (in ordine esclusivamente alfabetico) a: AMBROSINI S., *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in G. COTTINO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, vol. XI, I, Padova, 2008, 1 ss.; AUDINO A., *Sub art. 160*, in A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 2013, 1049 ss.; BONSIGNORI A., *L'inattualità del fallimento*, in *Dir. fall.*, 1999, I, 1081 ss.; CAIAFA A., *Nuovo diritto delle procedure concorsuali*, Padova, 2006, 1 ss.; CASTAGNOLA A., *La nuova riforma delle procedure concorsuali: una prima lettura*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 153 ss.; CHERUBINI G., *Crisi d'impresa. Strategie di risanamento*, Milano, 2011, 6 ss.; FABIANI M., *Legge fallimentare riformata e presunta competitività dell'impresa*, in *Foro it.*, III, V, c. 173 ss.; FARENGA L., *La riforma del diritto fallimentare in Italia: una nuova visione del mercato*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, I, 251 ss.; FEUCEGLIA G. – ROCCO DI TORREPADULA N., *Diritto dell'impresa in crisi*, Bologna, 2010, 317 ss.; FRASCAROLI SANTI E., *Crisi dell'impresa e soluzioni stragiudiziali*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, XXXVII, Padova, 2005; ID., *Sub art. 182 bis*, in A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 2009, 1056 ss.; GIRONE L., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in U. APICE (diretto e coordinato da), *Trattato di diritto delle procedure concorsuali, reati fallimentari, problematiche comunitarie e trasversali, fallimento e fisco*, III, *Le altre procedure concorsuali*, Torino, 2011, 517 ss.; GUGLIELMUCCI L., *Diritto fallimentare*, 5° ed., Torino, 2012, 11 ss.; JORIO A., *Le procedure concorsuali tra tutela del credito e salvaguardia dei complessi produttivi*, in *Giur. comm.*, 1994, I, 492 ss.; ID., *Nuove regole per le crisi di impresa*, in *Fall.*, 2000, 993 ss.; ID., *I lineamenti di una nuova... improbabile legge fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2005, I, 323 ss.; ID., *Le soluzioni concordate della crisi di impresa tra "privatizzazione" e tutela giudiziaria*, in *Fall.*, 2005, 1453 ss.; ID., *Introduzione* in A. JORIO (diretto da) e M. FABIANI (coordinato da), *Il nuovo diritto fallimentare*, I, Bologna, 2006, 1 ss.; ID., *Introduzione*, in G. COTTINO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, XI, 2, *Il fallimento*, S. AMBROSINI - G. CAVALLI - A. JORIO, Padova, 2009, 1 ss.; JORIO A. - FORTUNATO S. (a cura di), *La riforma delle procedure concorsuali. I progetti*, Milano, 2004; LIBONATI B., *Prospettive di riforma sulla crisi di impresa*, in *Giur. comm.*, 2001, I, 327 ss.; NIGRO A., *La riforma della legge fallimentare fra innovazione e tradizione*, in *Dir. borsa e merc. fin.*, 2006, 197 ss.; PAJARDI P., *Esecuzione concorsuale: unità e alternative dei procedimenti (proposte per una riforma parziale)*, in *Giur. comm.*, 1979, I, 223 ss.; PALUCHOWSKI A., *Del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione: presentazione*, *sub art. 160*, in P. PAJARDI, *Codice del Fallimento*, a cura di M. BOCCHIOLA e A. PALUCHOWSKI, 6° ed. Milano, 2009, 1673 ss.; PELLEGRINO G., *La riforma della legge fallimentare*, in *Dir. fall.*, 2006, 335 ss.; POTTITO L. – SANDULLI M., *Sub art. 1*, in A. NIGRO, M. SANDULLI, V. SANTORO (a cura di), *La legge fallimentare dopo la riforma*, I, Torino, 2010, 4 ss.; ROCCO DI TORREPADULA, *La crisi dell'imprenditore*, in *Giur. comm.*, 2009, I, 216 ss.; RONCOLETTA P., *Sub art. 1*, in P. PAJARDI, *Codice del fallimento*, a cura di M. BOCCHIOLA e A. PALUCHOWSKI, VI° ed. Milano, 2009, 10 ss.; ROSSI A., *Reati fallimentari*, in ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale: leggi complementari. I reati fallimentari, tributari, ambientali e dell'urbanistica*, Milano, 2008, 3 ss.; SANDULLI M., *Appunti sulle prospettive di riforma della legge fallimentare e sulle riforme attuate*, in *Dir. fall.*, 2006, 328 ss.; ID., *La crisi dell'impresa. Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Torino, 2009, 3 ss.; STANGHELLINI L., *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, Bologna, 2007; TERRANOVA G., *Stato di crisi, stato di insolvenza, incapacienza patrimoniale*, in *Dir. fall.*, 2006, I, 548 ss.; VALENTE C., *La corporate reorganization: elementi di comparazione e di prospettiva a seguito della recente riforma della disciplina concorsuale italiana*, in *Dir. fall.*, 2008, I, 459 ss.; ZACCARIA A., *Sub art. 1*, in A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 2009, 3 ss.

dell'impresa², ciò non significa che accanto a tale esito non possano convivere anche epiloghi meno “drammatici”. Ed invero, la varietà di istituti giuridici presenti già nella rubrica del R.D. del 1942 testimoniano la pluralità dei possibili esiti della crisi dell'impresa: seppur all'ombra del fallimento, difatti, gli “*istituti satelliti*”³ rappresentavano una possibile, seppur eccezionale, alternativa al mero epilogo liquidatorio⁴.

Questa *summa divisio* rifletteva, in estrema semplificazione, la risposta alla seguente domanda: l'impresa in crisi va salvata?

La domanda, secca, non può che generare ulteriori interrogativi: che cosa si intende per “crisi”? Cosa vuol dire “salvare” un'impresa? Fino a che punto, in una situazione di incertezza, ha senso sperare di salvarla e quando invece è meglio avviare la procedura liquidatoria?

Nell'impossibilità di fornire risposte universalmente valide a tali quesiti - in prima battuta già per la pluralità degli interessi in gioco - la soluzione non può che essere condizionato dal momento storico e dalle esigenze che in un dato contesto vengono avvertite come prevalenti. E così, nella sua formulazione originale la scelta del legislatore rispondeva, appunto alle (sole) necessità avvertite nel 1942.

Senza alcuna pretesa di esaustività si ritiene allora opportuno prendere le mosse dall'assetto originario dell'impianto normativo del 1942, tratteggiando in breve gli aspetti essenziali degli istituti coinvolti nel processo evolutivo che verrà successivamente analizzato nei paragrafi successivi.

1.2: L'impianto originario della legge fallimentare (R.D. 16 marzo 1942 n. 267)

1.2.1: Il fallimento

La disciplina del fallimento ha radici antiche e trova la propria origine negli statuti comunali medievali, ove i beni del mercante insolvente venivano sottoposti in maniera coattiva ad esecuzione in caso di inadempienza⁵. La *ratio* di fondo dell'istituto è

² Tale irrinunciabile costante trova la propria ragione nell'origine storica dell'istituto delle procedure concorsuali: per una esaustivo inquadramento storico dell'istituti si rimanda a PECORELLA C. – GUALAZZINI U., Voce “*Fallimento (premessa storica)*”, in *Enciclopedia del diritto*, XVI, Milano, 1967, 220 ss.; GALGANO F., *Introduzione al trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 1977, 36 ss.; ROCCO A., *Il fallimento. Teoria generale e origine storica*, rist., Milano, 1962, 196 ss.

³JORIO A., *Introduzione in Il nuovo diritto fallimentare*, cit., 1.

⁴L'idea di una “*impronta sostanzialmente unitaria della disciplina economica dell'impresa in relazione ai superiori interessi dell'economia generale*” pur attraverso strumenti diversi ma tra di loro connessi emergeva già nella Relazione alla Maestà del Re Imperatore del Ministro Guardiasigilli sulla nuova disciplina della nuova disciplina del fallimento; si veda a tal proposito CAIAFA A., *Nuovo diritto delle procedure concorsuali*, cit., 1–2.

⁵ JORIO A., *Le procedure concorsuali*, cit., 496-497, nonché, esaustivamente, si rimanda a PECORELLA C. – GUALAZZINI U., Voce “*Fallimento (premessa storica)*”, cit., 220 ss.

chiara e consiste nell'assicurare le ragioni creditorie in via concorsuale sui beni dell'imprenditore attraverso la loro liquidazione e la distribuzione ad opera del curatore nominato dal tribunale⁶.

La prospettiva marcatamente sanzionatoria nei confronti dell'imprenditore inadempiente, rifletteva l'esigenza di espungere dal mercato l'impresa "malata", eliminando così in radice la possibilità che questa possa divenire fonte di contagio per i vari interlocutori economici e, conseguentemente, per l'economia generale⁷.

Il perimetro del presupposto soggettivo di fallibilità rilevava l'opzione netta di limitare la sottoponibilità alla procedura dei soli imprenditori commerciali non piccoli, con esclusione quindi da un lato degli imprenditori agricoli, di quelli di piccole dimensioni e degli enti pubblici⁸; dall'altro lato altrettanto chiara è la scelta di

⁶ Più in generale tanto il fallimento quanto le altre procedure si definiscono "concosuali" poiché sono finalizzate ad assicurare la partecipazione di tutti i creditori. Il fallimento, in particolare si è sviluppato sulle regole poste in tema di procedure di carattere esecutivo individuale, caratterizzandone il contenuto in prospettiva concorsuale. SALANITRO N., Voce "*Procedure concorsuali, I) profili generali?*", in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1988, 3 ss. rileva, ad esempio che l'atto di pignoramento individuale viene sostituito dalla sentenza dichiarativa di fallimento che, peraltro, produce l'effetto di privare il debitore della disponibilità e dell'amministrazione del patrimonio; inoltre, la regola della *par condicio creditorum*, valida tanto nelle procedure individuali che in quella concorsuali, si accentua nell'istituto fallimentare, basti ricordare che i crediti inesigibili si considerano scaduti alla data del fallimento, che la dichiarazione di fallimento sospende il corso degli interessi dei crediti pecuniari ed inoltre tutti i crediti concorrenti devono essere valutati in denaro, in modo che possano essere soddisfatti tutti nella stessa percentuale.

⁷ Tra i molti, SALANITRO N., Voce "*Procedure concorsuali*", cit., 9; JORIO A., *Le procedure concorsuali*, cit., 497; GUGLIELMUCCI L., *Diritto fallimentare*, cit., 24; PELLEGRINO G., *La riforma della legge fallimentare*, cit., 335.

⁸ Le coordinate normative entro cui muoversi sono quindi rappresentate dall'art. 2082 c.c. per quanto riguarda la nozione di imprenditore, a sua volta scomposta dal codice tra imprenditore agricolo (2135 c.c.) e imprenditore commerciale (2195 c.c.).

Con riferimento alla dimensione della impresa, invece, la nozione di "piccolo imprenditore" veniva richiamata in due diversi riferimenti normativi: da un lato, e sicuramente più puntuale, l'art. 1, 2° comma della R.D. n. 267 del 1942 (d'ora in avanti l.f.), ove veniva preso in considerazione il reddito accertato con riferimento all'allora vigente imposta di ricchezza mobile e, in subordine, in caso di mancato accertamento, il parametro del capitale investito nell'impresa non superiore a 900.000 Lire; dall'altro l'art. 2083 c.c., a mente del quale, il carattere differenziale poggiava sulla prevalenza del lavoro proprio e familiare. Vale peraltro sin da subito anticipare che il periodo di riforme inaugurato nel 2005 hanno anche interessato lo stesso presupposto soggettivo del fallimento; a tal fine si rimanda al § 1.6.

Per una completa analisi della disciplina del fallimento nella sua impostazione originaria non può che rimandarsi in particolare a ANDRIOLI V., Voce "*Fallimento (diritto privato e processuale)*", in *Enciclopedia del diritto*, XVI, Milano, 1967, 264 ss. nonché a PROVINCIALI R., Voce "*Fallimento*", in *Novissimo digesto italiano*, VI, Torino, 1957, 1124 ss. Tali sommari cenni intendono infatti fornire esclusivamente un primo sguardo d'insieme della realtà normativa entro la quale la disciplina della legge fallimentare ha visto la luce; per quanto attiene ai necessari approfondimenti circa l'evoluzione della relativa disciplina si rimanda quindi, *ratione materiae*, alle relative parti del presente lavoro.

configurare la disciplina del fallimento come procedura esecutiva di carattere speciale rispetto a quella individuale⁹.

L'impossibilità di far fronte regolarmente alle proprie obbligazioni quale manifestazione esteriore¹⁰ dello stato d'insolvenza prevista all'art. 5 l.f., rappresentava invece il presupposto di carattere oggettivo, solo apparentemente libero da problematiche legate al suo contenuto¹¹.

Infine, ad illuminare l'intero impianto del procedimento fallimentare, nonché delle ulteriori procedure concorsuali, vi era quel principio della *par condicio creditorum* scolpito nell'art. 2741 c.c. Vera e propria stella polare di tutte le procedure esecutive, la regola volta a garantire l'eguale soddisfazione di tutti i creditori (con le eccezioni stabilite), nelle procedure di carattere concorsuale spiega evidentemente la sua massima efficacia attesa la normale pluralità di creditori dell'impresa; e a tale regola era stato fornito solido presidio tanto dal punto di vista civilistico attraverso la scure della revocatoria fallimentare, quanto sotto il profilo penalistico grazie alle sanzioni per le condotte di bancarotta preferenziale.

⁹ Come già si è avuto modo di accennare, il procedimento concorsuale, al pari di quello individuale, trova la propria ragion d'essere pur sempre nella generica garanzia di cui all'art. 2740 c.c.; e tuttavia, la specialità dell'istituto in esame si fonda sulla necessità di "universalità" della procedura: l'intero patrimonio dell'imprenditore infatti è posto in funzione satisfattiva di tutti i suoi creditori come maggiore garanzia delle loro pretese; in altre parole è l'impresa in sé, quale complesso organizzato ed economicamente valutabile *in unum* ed essere preso in considerazione; si veda a tal proposito PROVINCIALI R., Voce "Fallimento", cit., 1125; SALANITRO N., Voce "Procedure concorsuali, I) profili generali", cit., 1 ss.; FERRARA F., *Il fallimento*, Milano, 1966, 39-44, TEDESCHI G.U., *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2001, 2-3; RAGUSA MAGGIORE G., *Istituzioni di diritto fallimentare*, 2° ed., Padova, 1994, 4 -5 e PALUCHOWSKI A., *Disposizioni generali: presentazione sub art. 1*, in P. PAJARDI, *Codice del Fallimento* a cura di M. BOCCHIOLA e A. PALUCHOWSKI, VI° ed. Milano, 2009, 1.

Altro aspetto di differenza tra i due generi di procedure è dato dal carattere dell'ufficiosità di quella fallimentare rispetto a quella individuale: e ciò sia perché la sentenza dichiarativa di fallimento può essere pronunciata d'ufficio o su iniziativa del pubblico ministero ma soprattutto perché una volta iniziato il procedimento, questo non è nella disponibilità dei creditori bensì può terminare solo con un provvedimento giurisdizionale: "Il debitore subisce la procedura, i creditori ne sono i beneficiari: essi assistono agli atti...non ne sono i protagonisti. Essi hanno bensì dei poteri di sorveglianza e di controllo e di reclamo... Ma questi contegni non sono posti a difesa dell'interesse individuale, bensì a difesa dell'interesse del soddisfacimento di tutti i creditori, a cui è destinata la procedura..."; così FERRARA F., *Il fallimento*, cit., 45, ma sul punto si veda anche TEDESCHI G.U., *Manuale di diritto fallimentare*, 3. Così i due poli dell'intero impianto, le pretese creditorie da un lato e il procedimento di carattere officioso dall'altro, contribuiscono a dare una connotazione tanto privatistica che pubblicistica alla disciplina in questione.

¹⁰Così come anche nella regolamentazione medievale dell'istituto veniva presa in considerazione una manifestazione di carattere esteriore, ovvero la fuga *propter debita*; così GUGLIELMUCCI L., *Diritto fallimentare*, cit. 39, nonché in PECORELLA C. – GUALAZZINI U., Voce "Fallimento (premesse storica)", cit., 224-227.

¹¹Anche in ordine a tale aspetto non può che rinviarsi, per i doverosi approfondimenti, alle pagine che seguiranno.

1.2.2: Il concordato preventivo

Se la finalità del fallimento è dunque di carattere esclusivamente soddisfattiva delle ragioni creditorie, le altre procedure sono state connotate da un *quid pluris* qualitativamente rilevante, ovvero la tutela (anche) della stessa impresa. Le procedure minori, in altre parole, rappresentavano proprio la risposta che nel 1942 il legislatore ha dato alla domanda che è stata posta qualche pagina indietro.

Il concordato preventivo (artt. 160 ss. l.f.) era nato proprio con la finalità di evitare, *rectius*, di prevenire il fallimento; si trattava di un beneficio messo a disposizione dell'imprenditore "onesto ma sfortunato"¹² per preservare la propria impresa e raggiungere, a determinate condizioni, un accordo coi propri creditori¹³. Una procedura esecutiva quindi volontaria ed alternativa al fallimento, di cui peraltro condivideva tanto il presupposto soggettivo quanto quello economico-giuridico dell'insolvenza; era concessa all'imprenditore che forniva serie garanzie di pagare integralmente i creditori privilegiati e i chirografari in una percentuale pari almeno al 40% o che offriva la cessione dei propri beni pignorabili ove vi fosse stata pari possibilità di soddisfazione delle pretese creditorie.

Una volta depositata la domanda si svolgeva una prima fase deliberativa da parte del Tribunale circa la sussistenza dei presupposti sopra enunciati; in caso di esito negativo, peraltro, sentito il pubblico ministero e, in caso, il debitore, poteva esserci la pronuncia d'ufficio del fallimento. In caso positivo invece il debitore conservava l'amministrazione del proprio patrimonio¹⁴ e beneficiava del divieto posto nei confronti dei creditori per titolo o causa anteriore al decreto di ammissione alla procedura di

¹² La celebre espressione che si trova riportata generalmente da tutti gli Autori sul punto nasce da quella di imprenditore "onesto ma sfortunato" di CANDIAN A., *Il processo di concordato preventivo*, Padova, 1937, 1 ss. con riferimento alla disciplina nella forma antecedente di cui alla legge 24 maggio 1903, n. 197.

L'accesso all'istituto infatti era presidiato da specifici requisiti che connotavano certamente l'istituto in termini di meritevolezza, ovvero l'iscrizione al registro delle imprese da almeno un biennio con regolare tenuta della contabilità, l'assenza di una pregressa dichiarazione di fallimento o di ammissione alla procedura di concordato preventivo negli ultimi cinque anni ed infine l'assenza di condanne per bancarotta o per delitti contro il patrimonio, la fede pubblica, l'economia, l'industria e il commercio.

¹³ Sulla natura giuridica, contrattualistica o pubblicistica, dell'istituto in questione, nonché per i ulteriori e più approfonditi rilievi si rimanda a PROVINCIALI R., Voce "Concordato preventivo", in *Novissimo digesto italiano*, III, Torino, 1957, 979 ss.; VASELLI, Voce "Concordato preventivo", in *Enciclopedia del diritto*, VIII, Milano, 1961, 508 – 509; MAISANO A., Voce "Concordato preventivo", in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1988, 1 ss.; RAGUSA MAGGIORE G., *Istituzioni di diritto fallimentare*, cit., 611 ss.; FEUCEGLIA G. – ROCCO DI TORREPADULA N., *Diritto dell'impresa in crisi*, Bologna, 2010, 319 – 320; AUDINO A., Sub *art. 160*, cit., 1049 ss.; CASSANDRO T.E., *Il concordato preventivo*, in U. APICE (diretto e coordinato da), *Trattato di diritto delle procedure concorsuali*, III, *Le altre procedure concorsuali, reati fallimentari, problematiche comunitarie e trasversali, fallimento e fisco*, Torino, 2011, 7 ss.

¹⁴ L'attività del debitore, tuttavia, si svolgeva sotto la vigilanza dal commissario giudiziale e la direzione dal giudice delegato.

iniziare o proseguire azioni esecutive singolari (artt. 167 e 168 l.f.)¹⁵. Per essere approvato, il progetto dell'imprenditore doveva incontrare il favore della maggioranza dei creditori votanti che rappresentassero almeno i due terzi dei crediti ammessi al voto, vincolando così anche la quota dei creditori dissenzienti una volta che il concordato fosse stato omologato da parte del Tribunale¹⁶.

1.2.3: *L'amministrazione controllata*

La finalità di risanamento dell'impresa era presente poi nella disciplina dell'amministrazione controllata (artt. 187 ss. l.f.)¹⁷. L'imprenditore non (ancora) in stato di insolvenza ma che fosse in "*temporanea difficoltà di adempiere le proprie obbligazioni*"¹⁸ poteva beneficiare di tale procedura giudiziaria ove ricorressero i medesimi presupposti di carattere oggettivo già delineati per il concordato preventivo¹⁹. L'ammissione alla procedura, disposta con decreto dal Tribunale, doveva essere approvata inoltre dalla maggioranza dei creditori che rappresentassero anche la maggioranza dei crediti²⁰ e ciò produceva i medesimi effetti prodotti dall'ammissione alla procedura di concordato preventivo²¹.

Durante il periodo per il quale era stata disposta l'amministrazione controllata (non superiore a due anni) – o anche prima, *ex art. 193, 1° comma l.f.* - se l'imprenditore dimostrava di aver positivamente superato il periodo di momentanea difficoltà poteva continuare nel normale esercizio dell'impresa, altrimenti, se risultava che la procedura non poteva "*utilmente essere continuata*", veniva promossa la dichiarazione del fallimento (art. 192 l.f.)²²

I vaghi contorni del presupposto oggettivo, come si avrà modo di dire, avevano peraltro consentito all'istituto di rappresentare un comodo rifugio per l'imprenditore che

¹⁵ Restavano ovviamente sospese le prescrizioni e non si verificavano le decadenze che sarebbero state impedito dall'esercizio di tali azioni.

¹⁶ In caso contrario il Tribunale dichiarava immediatamente il fallimento.

¹⁷ SATTI S., Voce "*Amministrazione controllata*", in *Enciclopedia del diritto*, II, Milano, 1958, 183 ss.; COLUSSI V., Voce "*Amministrazione controllata*", in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1988, 1 ss.; SALANITRO N., Voce "*Procedure concorsuali, I) profili generali*", cit., 8-9; RAGUSA MAGGIORE G., *Istituzioni di diritto fallimentare*, cit., 675 ss.; JORIO A., *Le procedure concorsuali tra tutela del credito e salvaguardia dei complessi produttivi*, cit., 507-509.

¹⁸ COLUSSI V., Voce "*Amministrazione controllata*", cit., 2: l'istituto era finalizzato quindi ad evitare il fallimento posto che l'inadempimento è cosa diversa dall'insolvenza, potendo essere determinato il primo anche da una momentanea mancanza di liquidità.

¹⁹ L'art. 187 l.f. richiamava infatti i nn. 1, 2, 3, dell'art. 160, 1° comma, l.f.; peraltro l'art. 187 considerava come oggetto della proposta anche gli altri beni del debitore, posti anch'essi in tal modo a tutela degli interessi dei creditori.

²⁰ Peraltro, ove la decisione dell'adunanza dei creditori non dovesse essere positiva non scattava, a differenza che nel concordato preventivo, la dichiarazione di fallimento dell'imprenditore, attesa la diversità del presupposto oggettivo in questione.

²¹ A norma dell'art. 188, 2° comma l.f., per la durata della procedura si producevano infatti gli effetti di cui agli artt. 167 e 168 l.f.

²² Salva la facoltà per lo stesso imprenditore di proporre il concordato preventivo ed evitare così, almeno per il momento, il fallimento.

avesse voluto ritardare il proprio fallimento, verificandosi in tal modo quello che poi è stato correttamente definito un “uso alternativo” dell’istituto, diretto anche ad evitare le ricadute negative del fallimento per la collettività in termini occupazionali e di tensione sociale²³. In tal senso va letta l’introduzione (ad opera della legge 24 luglio 1978, n. 391) dell’ulteriore presupposto delle “*comprovate possibilità di risanamento dell’impresa*” che il tribunale deve ritenere sussistente per far beneficiare l’imprenditore dell’istituto.

1.2.4: La liquidazione coatta amministrativa

Si trattava di una procedura concorsuale normalmente alternativa²⁴ rispetto a quella del fallimento che trovava la propria *ratio* nella necessità di tutelare esigenze di carattere generale e preminenti rispetto alle semplici pretese privatistiche²⁵. Il presupposto soggettivo dell’istituto è da rinvenire nelle singole leggi speciali che individuano la specifica figura di imprenditore che può essere sottoposta al procedimento²⁶; e sempre alle leggi speciali bisogna far riferimento per quanto attiene al relativo presupposto oggettivo²⁷.

Il minimo comun denominatore è in ogni caso rappresentato dalla rilevanza dell’attività in questione per l’economia nazionale, per enti pubblici o per enti con partecipazione pubblica; e proprio tale carattere di interesse generale consente quindi l’intervento pubblico di carattere amministrativo - il cui fondamento è ricondotto all’art.

²³ Più in generale, sull’uso alternativo delle procedure concorsuali si rimanda in maniera più ampia al successivo § 1.3.

²⁴ Prevede l’art. 2, 2° comma l.f.; “*Le imprese soggette a liquidazione coatta amministrativa non sono soggette al fallimento, salvo che la legge diversamente disponga*”.

²⁵ Per i riferimenti bibliografici dell’istituto si rimanda a BAVETTA G., Voce “*Liquidazione coatta amministrativa*”, in *Enciclopedia del diritto*, XXIV, Milano, 1974, 753 ss.; BONSIGNORI A., Voce “*Liquidazione coatta amministrativa, I) profili sostanziali e processuali*”, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1988, 1 ss.; RAGUSA MAGGIORE G., *Istituzioni di diritto fallimentare*, cit., 709 ss.; SALANITRO N., Voce “*Procedure concorsuali, I) profili generali*”, cit. 7-8; Feuceglia G. – ROCCO DI TORREPADULA N., *Diritto dell’impresa in crisi*, cit., 359 ss.; JORIO A., *Le procedure concorsuali tra tutela del credito e salvaguardia dei complessi produttivi*, cit., 509 ss.; STASI E., *Liquidazione coatta amministrativa*, in G. FEUCEGLIA E L. PANZANI (diretto da), *Fallimento e altre procedure concorsuali*, III, Torino, 2009, 1865 ss.

²⁶ Così, tra le principali categorie si possono menzionare i consorzi agrari (art. 35, d.lgs. n. 1235 del 1948), le imprese bancari (art. 80 ss., d.lgs. 385 del 1993), le fondazioni bancarie (art. 11, d.lgs. 153 del 1999), le imprese di assicurazione (art. 245 ss., d.lgs. 209 del 2005), le società di intermediazione mobiliare, le società di gestione del risparmio, le società di investimento a capitale variabile (art. 57, d.lgs. 58 del 1998), i fondi pensioni disciplinati dal d.lgs. 252 del 2005 e l’impresa sociale (d.lgs. 155 del 2006).

²⁷ Non rileva quindi necessariamente, l’insolvenza, ma la liquidazione può essere disposta sia per (ulteriori) ragioni patrimoniali (perdite di eccezionale gravità oppure insufficiente copertura delle riserve matematiche per quanto attiene alle imprese assicuratrici della vita), oppure per soppressione dell’ente, irregolarità o violazione di norme legali o statuarie o, addirittura, su richiesta dell’assemblea dei soci.

43 della Costituzione – per la tutela di interessi che vanno oltre quelli dei singoli creditori dell'impresa²⁸.

A differenza del fallimento, la liquidazione coatta amministrativa si svolge difatti sotto la direzione e la vigilanza della pubblica amministrazione competente²⁹ la quale nomina un commissario liquidatore deputato alla gestione del patrimonio dell'impresa, seppur sotto il controllo dell'autorità amministrativa, nonché un comitato di sorveglianza di tre o cinque membri con compiti di vigilanza sull'operato del commissario stesso, di assistenza e consulenza in favore dell'autorità amministrativa (artt. 200 ss. l.f.).

Il provvedimento produce così la cessazione delle funzioni delle assemblee nonché lo spopolamento per l'imprenditore dall'amministrazione e dalla disponibilità dei beni dell'impresa, individuando così, conseguentemente, il patrimonio assoggettabile a liquidazione. *Ex latere creditoris*, invece, gli effetti sono i medesimi di quelli prodotti dalla sentenza dichiarativa di fallimento. Una volta accertato l'ammontare del passivo secondo quanto prescritto dagli artt. 207, 208 e 209 l.f., la liquidazione dell'attivo avviene ad opera del commissario, salvo il potere dell'autorità amministrativa di imporre il rispetto di particolari procedure in relazione all'interesse pubblico legato a particolari beni in questione.

1.3: I primi segnali dell'inadeguatezza della normativa in materia di crisi d'impresa: dall'uso alternativo delle procedure concorsuali, all'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi

Nella speranza di aver offerto un quadro sintetico ma efficace delle soluzioni con cui il legislatore del 1942 ha regolato la crisi dell'impresa, il discorso deve ora tornare a quel processo evolutivo che rappresenta l'imprescindibile premessa storico-giuridica di tutto il presente lavoro.

Volendo sintetizzare quanto finora descritto, si può dire che le soluzioni alla crisi dell'impresa s'incentravano in maniera sostanzialmente esclusiva nella soddisfazione delle pretese creditorie³⁰, da garantire mediante istituti di carattere strettamente

²⁸ E proprio in tale ottica trovano quindi giustificazione i diversi presupposti indicati dalle varie leggi speciali citate. In tal senso rileva BAVETTA G., Voce "*Liquidazione coatta amministrativa*", cit., 755 ss. che tali interessi di natura economico-sociale giustificano una "liquidazione" nel significato propriamente estintivo dell'azienda stessa. La stessa connotazione di "coattività", d'altro canto, rivela la natura necessaria della stessa al momento del verificarsi dei presupposti di legge, senza che vi possa essere un'incidenza dell'imprenditore né, tanto meno, dei creditori.

²⁹ Solamente quando si verifichi l'insolvenza, questa è accertata con sentenza del tribunale, quale provvedimento normalmente ulteriore rispetto al provvedimento di natura amministrativa, producendosi così anche nella liquidazione coatta la possibilità che trovi applicazione la disciplina dell'azione revocatoria fallimentare.

³⁰ PAJARDI P., *Esecuzione concorsuale: unità e alternative dei procedimenti (proposte per una riforma parziale)*, cit., il quale, a pag. 228 offre questa sintesi: "*Sanzione e chirurgia nel fallimento...*, alternativa al processo esecutivo con una soluzione processual-volontaristica nel concordato preventivo, lodevole sensibilità per la prevenzione nell'amministrazione controllata, e ancora chirurgia e anzi ipersanzione nella liquidazione coatta

pubblicistico e scansioni procedurali sottoposte al controllo giudiziale e ispirati alla “logica «darwiniana» della eliminazione dal mercato degli «individui deboli»”³¹.

Il contrasto tra le ragioni creditorie e l’interesse dell’imprenditore a proseguire la propria attività si risolveva, in chiave marcatamente punitiva, nella vera e propria eliminazione dell’impresa dal panorama economico attraverso la liquidazione dei beni dell’impresa e la distribuzione del ricavato ai creditori secondo il principio della *par condicio*. I rimedi alternativi, concordato preventivo e amministrazione controllata in particolare, scontavano invece lo scoglio dell’alta percentuale di crediti di cui garantire la soddisfazione, senza poter contravvenire alla regola di uguale trattamento tra i creditori³².

A partire dagli anni ’70 le profonde innovazioni che dal dopoguerra in poi avevano investito l’assetto produttivo del nostro Paese e, in definitiva, la fisionomia stessa dell’impresa, avevano obbligato gli osservatori tanto economici quanto giuridici ad approcciarsi al problema della crisi dell’impresa con occhi più attenti alla pluralità di esigenze che la nuova realtà imponeva di prendere in considerazione.

Il dato di partenza era rappresentato dalla consapevolezza delle conseguenze negative che la dissoluzione dell’impresa produceva, tanto a livello economico in termini di disgregazione dei complessi produttivi, quanto in relazione alle conseguenze di carattere sociale relative alla perdita di posti di lavoro. E la necessità di considerare questi elementi divenne tanto più imprescindibile quando, a doversi confrontare con periodi di crisi furono le imprese di grandi dimensioni e di caratura nazionale, amplificandosi così a livello macroeconomico il relativo quadro.

In tale contesto l’impostazione liquidatoria della legge fallimentare del 1942 cominciò a mostrare tutti i suoi limiti ed alle nuove esigenze che emergevano venne data una qualche forma di soddisfazione essenzialmente attraverso due strade: la prima è attraverso la forzatura del dato normativo, dando vita a quello che è stato ribattezzato un “uso alternativo delle procedure”; la seconda attraverso l’introduzione di una disciplina specifica per regolare la crisi dei grandi complessi produttivi del nostro Paese. Si trattava peraltro di aspetti che condividevano la medesima necessità di evitare le ricadute negative dell’epilogo liquidatorio, particolarmente gravi per quanto riguardava i valori occupazionali; tuttavia, nell’assenza di una disciplina positiva capace di attualizzare il dato normativo ancorato alla realtà economico-sociale del periodo bellico, le procedure sono state ben spesso piegate a storture applicative dirette alla conservazione in vita dell’impresa ben oltre quanto fosse giuridicamente lecito ed economicamente apprezzabile.

Così nel concordato preventivo, l’accordo tra le parti era nella realtà dei fatti divenuto il fulcro di tutta la procedura, passando in secondo piano l’indagine officiosa

amministrativa, concepita persino in caso di inesistenza dello stato di insolvenza e per imprese svolgenti attività di pubblico interesse nella cui liquidazione il potere esecutivo voleva intervenire in modi determinanti?”.

³¹ L’efficace immagine appartiene a NAPOLEONI V., *Amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza: i chiaroscuri della riforma*, in *Nuove leggi civ.*, 1999, 107.

³² Per tali rilievi, *ex pluriibus*, JORIO A., *Introduzione*, in *Trattato di diritto commerciale*, cit., 4 ss. nonché, ancora, PAJARDI P., *Esecuzione concorsuale: unità e alternative dei procedimenti (proposte per una riforma parziale)*, cit., 228.

circa la reale tenuta giuridico-satisfattiva dell'accordo in questione; in particolare nel concordato con cessione dei beni erano gli stessi creditori che fornivano la propria disponibilità a limare anche *ultra legem* la percentuale delle loro pretese pur di non scivolare nel procedimento fallimentare³³.

E sempre così il connotato economicamente fumoso della “*temporanea difficoltà di adempiere le proprie obbligazioni*” dell'amministrazione controllata si è prestato con successo ad adattarsi a finalità esclusivamente dilatorie dell'incipiente necessità di fallimento. Pur al cospetto di situazioni aziendali in cui nulla vi era più da salvare, l'accesso alla procedura consentiva di evitare il traumatico epilogo fallimentare, rimandando la soluzione del problema ad un successivo concordato preventivo o stragiudiziale. In particolar in situazioni imprenditoriali medio-grandi, sulle quali gravava il peso di evitare ad ogni costo l'epilogo fallimentare per i già ricordati motivi, il dato della temporaneità o meno dell'insolvenza discendeva il più delle volte da circostanze del tutto estrinseche, ovvero dall'esistenza o meno di un canale bancario tramite cui fornire ossigeno all'impresa³⁴.

Sempre in tale contesto va segnalata un'altra strada percorsa dagli operatori, ovvero quello degli accordi stragiudiziali; in posizione di “*antitesi*”³⁵ rispetto alle procedure concorsuali per quanto attiene al regime di pubblicità e di rigidità di contenuto, gli accordi stragiudiziali si caratterizzano per un contenuto che può essere il più variegato, connotandosi normalmente in un *pactum de non petendo*, nella rinuncia ad una parte del credito vantato e nella conversione di quote di credito in capitale

³³ VIALE R., *L'uso alternativo del concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 1979, I, 231 ss.; JORIO A., *Le procedure concorsuali tra tutela del credito e salvaguardia dei complessi produttivi*, cit., 520.

D'altro canto il pericolo di tale stortura applicativa del concordato preventivo ha le proprie radici proprio nell'omogeneità di presupposti che l'istituto condivide con il fallimento: se a parità di “*stato di insolvenza*” gli esiti tra le due strade sono a tal punto divergenti in termini di appetibilità (soprattutto per quanto riguarda il concordato con cessione di beni), non era difficile immaginare che allo strumento tentassero di accedere anche gli imprenditori meno fortunati o comunque non meritevoli.

³⁴ GAMBINO A., *Sull'uso alternativo della procedura di amministrazione controllata*, in *Giur. comm.*, 1979, I, 236 ss.; LANFRANCHI L., *Uso “alternativo” delle procedure concorsuali, amministrazione controllata e preveducibilità dei crediti*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, I, 133 ss.; LIBONATI B., *Prospettive di riforma sulla crisi di impresa*, cit., 329. Quanto all'espulsione dal mercato dell'imprenditore non insolvente ma “*ribelle e disadattato rispetto alla politica economica dello stato*” si rinvia a BELVISO U., *La liquidazione coatta amministrativa nel quadro di una riforma delle procedure concorsuali*, in *Giur. comm.*, 1979, I, 244 ss. A dare ulteriore respiro a questo nuovo assetto ha contribuito inoltre il riconoscimento che, in caso di successivo fallimento, fossero preveducibili i crediti sorti in costanza di concordato preventivo e di amministrazione controllata; per la giurisprudenza sul punto si rinvia a TEDESCHI G.U., *Amministrazione controllata*, in *Giur. comm.*, 1976, I, 908 ss.

Sempre in tale quadro d'evoluzione degli istituti esistenti va segnalato l'interesse via via assunto per il trasferimento d'azienda mediante affitto o cessione della stessa, capace anch'esso di coniugare a livelli soddisfacenti le esigenze creditorie con il mantenimento dei livelli occupazionali; sul punto FRASCAROLI SANTI E., *Crisi dell'impresa e soluzioni stragiudiziali*, cit., 21 ss.

³⁵ L'espressione appartiene a PROVINCIALI R., Voce “*Concordato stragiudiziale*”, in *Novissimo digesto italiano*, III, Torino, 1957, 986 ss. a cui si rinvia, unitamente a PETRUCCI C., Voce “*Concordato stragiudiziale*”, in *Enciclopedia del diritto*, VIII, Milano, 1961, 521 ss. per un'approfondita - seppur datata - analisi sulla natura giuridica e i suoi caratteri qualificanti.

dell'impresa, in particolare ad opera delle banche partecipanti all'accordo³⁶. Gli evidenti aspetti positivi dei concordati stragiudiziali sono sempre stati peraltro pesantemente compensati dall'assenza di alcuna protezione normativa in caso di successivo insuccesso del piano di risanamento; non vi era infatti alcuna protezione dalla tagliola dell'azione revocatoria sul piano civilistico così come, sul fronte penalistico incombeva costantemente il pericolo di una delle varie ipotesi di bancarotta.

La disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi (introdotta dalla legge 3 aprile 1979, n. 95 e generalmente conosciuta come "legge Prodi"), ha invece rappresentato una prima risposta di spirito innovativo - seppur estemporanea e non calta nel tessuto normativo della legge fallimentare - alla necessità di coniugare l'intervento sulla crisi aziendale con la tutela delle classi lavorative nella più ampia cornice di intervento pubblico finalizzato ad una politica industriale di respiro nazionale³⁷.

Nella procedura in questione era la stessa dimensione quantitativa della crisi - tanto in relazione ai connotati dell'esposizione debitoria, quanto al perimetro occupazionale sul quale la stessa minacciava di riversarsi³⁸ - ad essere motivo dell'automatico intervento sanatorio. Si trattava di una procedura di carattere marcatamente amministrativo, che prendeva avvio con decreto del Ministero dell'industria, seppure passaggio prodromico ne era la sentenza del Tribunale che dichiara lo stato di insolvenza. Con lo stesso decreto l'impresa veniva quindi affidata a dei commissari di nomina ministeriale che dovevano predisporre un programma di

³⁶ GUGLIELMUCCI L., *Diritto fallimentare*, cit., 315 ss., nonché, più approfonditamente STANGHELLINI L., *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, cit., 303 ss. Va inoltre sottolineato che la via privatistica sa farsi preferire anche per l'assenza dello *strepitus fori* e della conseguente possibilità di perdita da parte dell'impresa di credibilità nel panorama economico.

³⁷ La novità normativa si colloca nel solco tutt'altro che inedito dell'intervento pubblico in ambito economico, inaugurato già all'inizio del secolo scorso. A tal riguardo non ci si può che richiamare in questa sede alle parole di JORIO A., *Le procedure concorsuali tra tutela del credito e salvaguardia dei complessi produttivi*, cit., 510 ss, il quale ripercorre efficacemente oltre un secondo di relazione tra Stato e impresa nel nostro Paese: dallo sviluppo industriale dei primi del '900 grazie alla "*militarizzazione di vasti settori dell'economia dovuta alla guerra*", agli interventi di salvataggio nel settore bancario e industriale per la crisi del '29, alla costituzione nel 1933 dell'IRI quale ente di gestione e di finanziamento delle imprese industriali, fino alle nuove esigenze emerse negli anni '70 e che hanno dato vita a tutta una serie di interventi *ad hoc* (nel testo si ricordano, in particolare, i casi dei provvedimenti di soccorso per il pagamento dei debiti di società e consorzi autostradali, della costituzione della GEPI - l'ente costituito per concorrere al mantenimento e all'accrescimento dei livelli di occupazione compromessi da difficoltà transitorie di imprese industriali - o ancora i casi relativi all'EGAM o all'EFIM), per proseguire poi con gli interventi degli anni 2000 in soccorso dei grandi gruppi industriali del nostro Paese di cui si darà conto a breve; fino ad arrivare, ma queste sono parole nostre, al c.d. "Decreto salva Ilva" (d.l. 3 dicembre 2012, n. 207).

³⁸ Ai sensi dell'art. 1 della l. n. 95 del 1979, nella sua versione originaria, la procedura trovava applicazione per gli imprenditori commerciali privati in stato di insolvenza o che comunque avessero omesso di pagare almeno tre mensilità di retribuzione ai loro dipendenti nel caso in cui, da almeno un anno, registrassero un numero di dipendenti non inferiore a trecento, e un'esposizione debitoria, verso aziende di credito, istituti speciali di credito, istituti di previdenza e di assistenza sociale non inferiore a 50.321 milioni di lire e superiore a cinque volte il capitale versato e risultante dall'ultimo bilancio approvato.

risanamento coerente con gli indirizzi generali di politica industriale e che tenesse conto, al contempo, degli interessi dei creditori. Sempre nell'interesse dei creditori poteva essere disposto, con lo stesso decreto, la continuazione dell'esercizio dell'impresa da parte del commissario per un periodo massimo di due anni prorogabile per altri due³⁹.

Il passaggio innovativa risiedeva però nella vera coincidenza tra connotato oggettivo della procedura e motivo di intervento; e ciò a prescindere da una positiva valutazione circa l'esito dell'intervento, bensì sull'esclusivo rilievo dell'incidenza della crisi dell'impresa all'esterno della stessa. La liquidazione dell'impresa, nei termini della richiamata disciplina della liquidazione coatta amministrativa, sfilava così in secondo piano rispetto al prioritario interesse dalla conservazione dei valori produttivi, se del caso anche attraverso il trasferimento dell'azienda in mani più solide⁴⁰.

L'assetto originario dell'istituto, eccessivamente sbilanciato rispetto a finalità di tamponamento di possibili agitazioni sociali rispetto ad un'adeguata considerazione delle pretese creditorie⁴¹ nonché la problematica compatibilità della stessa disciplina con quella comunitaria in tema di aiuti di Stato a favore delle imprese⁴² venne corretto con il d. lgs. n. 270 del 8 luglio del 1999 (cd. "Prodi-bis che ha abrogato il testo della precedente "legge Prodi") che, in particolare, ha corretto l'automatica sottoposizione alla procedura straordinaria al mero riscontro degli elementi dimensionali con una valutazione relativa alla concreta possibilità di risanamento dell'impresa stessa⁴³. Ai sensi della legge delega, inoltre, il programma di prosecuzione dell'attività di impresa, doveva salvaguardare (solamente) "in quanto possibile" i livelli occupazionali⁴⁴.

³⁹ Ad ulteriore conferma dell'interesse dello Stato al buon esito della procedura va ricordato che l'art. 2 bis della l. n. 95 del 1979 stabiliva che il Ministero del tesoro garantisse in tutto o in parte i debiti che le società in amministrazione straordinaria contraessero con gli istituti di credito per il finanziamento della gestione corrente, per la riattivazione e il completamento di impianti, immobili ed attrezzature industriali.

⁴⁰ VASSALLI F. – CASTIELLO D'ANTONIO A., Voce "Amministrazione straordinaria di grandi imprese in crisi", in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1996, 1 ss.; RAGUSA MAGGIORE G., *Istituzioni di diritto fallimentare*, cit., 759 ss.; SALANITRO N., Voce "Procedure concorsuali, I) profili generali", cit., 9-10; JORIO A., *Le procedure concorsuali tra tutela del credito e salvaguardia dei complessi produttivi*, cit., 524 ss.; ZANICHELLI V., *L'amministrazione straordinaria*, in G. FEUCEGLIA E L. PANZANI (diretto da), *Fallimento e altre procedure concorsuali*, III, Torino, 2009, 2010 ss.

⁴¹ Per una efficace disamina dei rilievi "interni" mossi alla "legge Prodi" si rinvia a BIANCA M., *La disciplina della crisi delle grandi imprese* in C. COSTA (a cura di), *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza dopo il d.lg. 12.9.2007, n. 169*, Torino, 2008, 7 ss.

⁴² Si veda a tal fine CASTIELLO D'ANTONIO A., Voce "Amministrazione straordinaria di grandi imprese in crisi" (agg.), in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1999, 3 ss., nonché LO CASCIO G., *La nuova disciplina dell'amministrazione straordinaria*, in *Corr. giur.*, 1999, 1193.

⁴³ Il riverbero di tale cambiamento di prospettiva ha comportato una scomposizione bifasica della procedura: al riscontro da parte del Tribunale della sussistenza dello stato di insolvenza, la possibilità di accedere alla procedura veniva concessa alle sole imprese in grado di offrire una prospettiva positiva di risanamento; con ineludibile esito liquidatorio per le altre. L'iniziale accesso alla procedura straordinaria, inoltre, non scongiurava il pericolo di fallimento ove, alle scadenze concordate, il programma di risanamento si fosse rivelato inattuato.

⁴⁴ BIANCA M., *La disciplina della crisi delle grandi imprese*, cit. 12 ss.; JORIO A., *Luci ed ombre della nuova Prodi*, in *Giur. comm.*, 1999, I, 5 ss.; JORIO A., *Nuove regole per le crisi di impresa*, in *Fall.* 2000, p. 993 ss.; AA.VV., *La riforma dell'amministrazione straordinaria e le altre procedure concorsuali; atti del*

Lungi dall'esser approdato ad un assetto definitivo, l'apparato normativo della crisi delle imprese di rilevanti dimensioni, negli anni successivi viene sottoposto ad una rilevante serie di novelle dettate dalla grave crisi economica esplosa in seno ad alcune grandi imprese del nostro Paese. La stagione delle "leggi-fotocopia" - quale metodo di novellazione d'urgenza perimetrata sulle dimensioni dell'impresa malata per scongiurare l'allargamento del contagio ad altri operatori economici - prende il via con il crack del gruppo Parmalat e il cd. "Decreto Marzano" (d.l. 23 dicembre 2003, n. 347)⁴⁵ i cui requisiti di accesso vengono poi modificati ad opera del d.l. 29 novembre 2004, n. 281 per consentire l'accesso alla procedura di imprese che non riuscivano a raggiungere i livelli "tipizzati" per il caso Parmalat⁴⁶.

Da ultima - per il momento - la crisi della compagnia aerea Alitalia ha dato l'occasione per un nuovo ritocco della disciplina dell'amministrazione straordinaria attraverso il d.l. 28 agosto 2008, n. 134 con cui sono state introdotte specifiche

convegno S.I.S.CO (Milano, 11 novembre 2000), Milano, 2001; NAPOLEONI V., *Amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza: i chiaroscuri della riforma*, cit., 110. Altra novità risiede invece nel novellato presupposto soggettivo (art. 1, comma 1°, lett. b) del numero di dipendenti non inferiore a duecento da almeno un anno e un indebitamento complessivo non inferiore ai due terzi dell'attivo lordo e dei ricavi provenienti dalle vendite e dalle prestazioni.

⁴⁵ Il decreto in questione ("*Misure urgenti per la ristrutturazione delle grandi imprese in stato di insolvenza*"), introduce una variante della procedura di amministrazione straordinaria "normale" per le imprese di ancor più ampie dimensioni, qualificate dalla presenza di almeno mille lavoratori subordinati e un indebitamento di almeno un milione di euro; inoltre, rispetto alla "Prodi bis", l'avvio della procedura è totalmente sottratta all'autorità giudiziaria - salvo per quanto attiene all'accertamento dello stato di insolvenza - ed è invece rimessa alla competenza del Ministero delle attività produttive. Nel medesimo decreto ministeriale viene inoltre nominato un commissario straordinario con ampi poteri di gestione e di soluzione della crisi, secondo l'alternativa della ristrutturazione ovvero della cessione dei complessi aziendali.

Seppure il gruppo Parmalat rientrasse nei requisiti dimensionali già previsti nella "Prodi bis" - di cui ha invece beneficiato il gruppo Cirio, anch'esso toccato da una gravissima crisi finanziaria nello stesso periodo; si veda in proposito FABIANI M., *Dai pomodorini ai latticini, ovvero dalla regola all'eccezione: un testo unico per l'amministrazione straordinaria e la gestione di gruppi transnazionali?*, in *Foro it.*, 2004, I, 1570 ss. - il legislatore ha ritenuto di introdurre questa ulteriore procedura concorsuale per le imprese di "grandissime" dimensioni per consentire un rapido avvio della procedura e l'efficace ristrutturazione, contemperando la garanzia dei creditori con la conservazione dell'avviamento e la posizione di mercato dell'impresa; tali rilievi, espressi nella Relazione alla decreto legge si ritrovano in BONFATTI S., *La procedura di ristrutturazione industriale delle imprese insolventi di rilevanti dimensioni*, in *Fall.*, 2004, 362 ss. Per gli ulteriori rilievi sull'istituto si rimanda a BIANCA M., *La disciplina della crisi delle grandi imprese*, cit. 12 ss.; ZANICHELLI V., *L'amministrazione straordinaria*, cit., 2074 ss.; CASTIELLO D'ANTONIO A., Voce "*Amministrazione straordinaria di grandi imprese in crisi (misure urgenti)*", in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 2008, 1 ss.; ROSSI R., *L'amministrazione straordinaria tra Prodi bis, Decreto Marzano e legge 18 febbraio 2004*, n. 39, in *Dir. fall.*, 2004, I, 634 ss.; GUGLIELMUCCI L., *La disciplina speciale dell'amministrazione straordinaria per le situazioni di crisi particolarmente rilevanti*, in *Dir. fall.*, 2004, I, 1225 ss.

⁴⁶ E' il caso della vicenda della compagnia aerea *low cost* Volareweb che, per l'appunto, non raggiungeva i parametri dimensionali richiesti dalla norma esistente. In considerazione di ciò, il citato d.l. 29 novembre 2004, n. 281 riduce le soglie dell'art. 1 del "Decreto Marzano" a cinquecento lavoratori e un indebitamento non inferiore a trecento milioni di euro e, soprattutto viene consentito il rilevamento di tali parametri a livello di gruppo purchè questo sia costituito da almeno un anno. Per un commento sul punto si rimanda a GALLETTI D., "*Volareweb*": *introduzione al "nuovo diritto concorsuale"*, in *Giur. comm.*, 2005, II, 262 ss.

disposizioni per le imprese operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali al fine di garantire la continuità nell'erogazione dei relativi servizi⁴⁷.

1.4: Il ruolo economico-sociale dell'impresa e la necessità di superare la logica liquidatoria quali nuove esigenze alla base della stagione delle riforme

Se le poche pagine che precedono non possono certamente essere sufficienti ad esaurire le complessità di oltre sessant'anni di riforme delle procedure concorsuali, la speranza è comunque di aver offerto una prima prospettiva attraverso cui inquadrare l'*humus* economico-giuridico che ha dato vita alle problematiche che il presente lavoro si propone di affrontare.

Dall'originaria intonazione monocorde della legge del 1942 imperniata sulla soddisfazione delle esigenze creditorie, il caleidoscopio di interessi che via via emergevano hanno messo a nudo tutta la rigidità di un'impostazione che non era in grado di adattarsi alle nuove esigenze. L'incapacità di fornire risposte soddisfacenti aveva rilevato l'anacronismo di un sistema pensato per un'altra economia e, in definitiva, per un'altra realtà sociale⁴⁸.

Già si è detto di alcune di queste esigenze che hanno drasticamente complicato il panorama; in primo luogo si è dato conto del superamento dell'impostazione "darwiniana" di matrice liberale in favore della necessità di preservare i valori occupazionali che l'impresa garantisce quale fattore di pacificazione, *rectius*, non contrasto sociale. Ed in tale contesto il lavoratore in qualche modo qualifica il proprio credito al proseguimento della vita della impresa, degradando quello degli altri creditori; ed anche ove questi si vedano costretti a rimanere inermi di fronte al depauperamento del valore di una impresa mantenuta in vita anche oltre il ragionevole limite, tale

⁴⁷ A parte la novità della possibilità di avvio della procedura ad opera, alternativamente del Presidente del Consiglio, ovvero del Ministro dello sviluppo economico, l'aspetto più rilevante per quello che qua interessa consiste nella creazione di una sorta di terza faccia dell'amministrazione straordinaria, esclusivamente destinata alle imprese operanti nei settori dei servizi pubblici essenziali, da attuarsi "anche tramite la cessione di complessi di beni e contratti sulla base di un programma di prosecuzione dell'esercizio dell'impresa di durata non superiore ad un anno". Su tali aspetti si veda CASTIELLO D'ANTONIO A., Voce "Amministrazione straordinaria di grandi imprese in crisi (misure urgenti)", cit., 12 ss.; LO CASCIO G., *Insolvenza Alitalia: nuova versione dell'amministrazione straordinaria*, in *Fall.*, 2008, 1115 ss.; ID., *Gruppo Alitalia: conversione del decreto legge sull'insolvenza*, in *Fall.*, 2008, 1365 ss.

⁴⁸ Peraltro, la difficoltà di reperire un corretto equilibrio dei vari interessi in gioco che hanno caratterizzato le risposte estemporanee di cui si è dato conto, non fa che confermare quanto fosse urgente una visione moderna e complessiva dell'intera materia della crisi di impresa. Ci si riferisce, ovviamente, alle varie "edizioni" dell'amministrazione straordinaria, ove la tutela delle pretese creditorie passa decisamente in un piano secondario rispetto alle esigenze di conservazione dei valori produttivi e dei livelli occupazionali.

connotazione patologica viene generalmente giustificata dalla necessità di assicurare la soddisfazione di altre prioritarie esigenze di carattere pubblico⁴⁹.

Nel contempo, tale processo evolutivo ha interessato anche la fisionomia della stessa impresa, non più considerata come “*riflesso dell'imprenditore e quindi come attività da esso esercitata ... ma come autonoma organizzazione, suscettibile di vicende giuridiche unitarie, non identificantisi né con le vicende dell'azienda, come mero complesso di beni e rapporti giuridici destinati all'attività imprenditrice, né con le vicende giuridiche dell'imprenditore*”⁵⁰.

In tale prospettiva, di conseguenza, muta anche il peso che può vantare l'impresa stessa nel gioco degli equilibri. Una volta assunta a vero e proprio bene da preservare in considerazione di quei valori economici connessi all'avviamento di cui la stessa è portatrice, la ricerca si focalizza verso meccanismi finalizzati al suo risanamento ed al reinserimento nel mercato economico, eventualmente attraverso la cessione integrale dei valori produttivi a nuove mani in grado di ridare stimolo⁵¹. In una prospettiva in cui il fallimento diventa l'ultima strada da percorrere, ed anzi da scongiurare ad ogni costo in considerazione delle ricadute negative non solamente per l'imprenditore, i lavoratori e gli investitori, ma anche per gli stessi creditori dell'impresa.

D'altro canto va detto che la stessa procedura liquidatoria era considerata nel complesso sicuramente insoddisfacente: le lungaggini procedurali proprie della giustizia civile normalmente impedivano l'accertamento dell'insolvenza in un momento in cui la stessa già non avesse scarnificato i valori dei beni su cui i creditori potevano soddisfarsi. D'altro canto non vi erano incentivi per lo stesso imprenditore a portare alla luce del sole la propria situazione di difficoltà, né vi erano meccanismi in grado di indurlo a fare ciò⁵².

⁴⁹ GAMBINO A., *Sull'uso alternativo della procedura di amministrazione controllata*, cit., 237; D'ALESSANDRO F., *Interesse pubblico alla conservazione dell'impresa e diritti privati sul patrimonio dell'imprenditore*, in *Giur. comm.*, 1984, I, 66 ss.; BELVISO U., *La liquidazione coatta amministrativa nel quadro di una riforma delle procedure concorsuali*, in *Giur. comm.*, 1979, I, 245.

⁵⁰ GAMBINO A., *Profili dell'esercizio delle imprese nelle procedure concorsuali alla luce della disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese*, in *Giur. comm.*, 1980, I, 564 ss. Esempio di tale evoluzione, riscontrabile anche nella prassi applicativa della giurisprudenza si può riscontrare nel già ricordato allargamento del presupposto della “*temporanea difficoltà*” di cui all'amministrazione controllata o nella benevolenza accordata all'imprenditore meritevole in sede di richiesta di accesso al concordato preventivo; a fronte dell'immobilità del legislatore a recepire la necessità di valorizzazione del patrimonio connesso all'impresa stessa, a tale processo, *ante riforma*, è stato in qualche modo inaugurato da parte dagli stessi Tribunali; si veda sul punto PELLEGRINO G., *La riforma della legge fallimentare*, in *Dir. fall.*, 2006, 335 ss.

⁵¹ LIBONATI B., *Prospettive di riforma sulla crisi di impresa*, cit., 328 ss. D'altro canto a mutare è la stessa considerazione che la crisi di impresa assume nel mutato contesto economico: si percepisce il rischio di impresa come suo connotato tipico, un passaggio possibile a causa delle numerose variabili che la caratterizzano senza che, per questo, ne debba necessariamente derivare l'epurazione dell'imprenditore dal mondo economico in caso di insuccesso. In tale contesto l'insolvenza viene quindi via via a “*depurarsi*” dal connotato negativo derivante ancora dalle originaria qualificazione penalistica dell'istituto.

⁵² GRANATA E., *La riforma della legge fallimentare italiana*, in S. BONFATTI G. FALCONE (a cura di), *La legislazione concorsuale in europa. Esperienze a confronto*, Milano, 2004, 9 ss.; D'ALESSANDRO F., *La crisi delle procedure concorsuali e le linee della riforma: profili generali*, in *Crisi dell'impresa e riforme delle procedure concorsuali*, Milano, 2006, 20 ss. D'altra parte i dati relativi alla procedura fallimentare

Se la *pars destruens* del discorso si incentra - lo si ripete ancora una volta per la decisività del punto - nella necessità di superare la logica liquidatoria del fallimento, le rigidità connaturate alle altre soluzioni di carattere concordato, a cui gli operatori avevano fisiologicamente teso in maniera più o meno lecita (si veda *retro*), non consentivano certo una ricostruzione autopoietica del sistema ed anzi obbligavano ad un sostanzioso ripensamento delle fondamenta stessa dell'impostazione tradizionale. La necessità di percorrere vie nuove, capaci di soddisfare la pluralità dei protagonisti del momento della crisi non era più assecurabile con soluzioni occasionali ma obbligava ad una operazione di ristrutturazione dello stesso testo del 1942.

Tanto più che al di là dei nostri confini non mancavano certo gli esempi di soluzioni alternative e improntate su soluzioni innovative quanto a metodologie, presupposti ed equilibri.

Innanzitutto va segnalata la presenza di interessanti strumenti diretti alla prevenzione del fallimento attraverso il monitoraggio della situazione economico-patrimoniale da parte di vari soggetti in contatto con l'impresa stessa⁵³; aspetto, questo, del tutto trascurato nel nostro ordinamento⁵⁴. Ancora, è possibile riscontrare meccanismi in grado di attivarsi in un momento antecedente a quello dell'insolvenza vera e propria, così da anticipare la crisi irreversibile dell'impresa e operare con un margine maggiore di speranza di un salvataggio proficuo⁵⁵.

testimoniavano una durata media di circa 6-7 anni (ma non erano isolati i casi di procedure che durano anche 10-15 anni) per arrivare all'irrisoria percentuale del 10 % dei creditori chirografari soddisfatti; così in *Relazione*, in JORIO A. FORTUNATO S. (a cura di), *La riforma delle procedure concorsuali. I progetti*, Milano, 2004, 149.

⁵³ E' il caso dell'ordinamento francese e della c.d. *procedure d'alerte*, introdotta già dal 1984 e successivamente riformata nel 1994, a mente della quale i revisori dei conti, il consiglio di fabbrica o il presidente di tribunale di commercio possono stimolare l'attivazione della procedura attraverso la convocazione degli amministratori quando risulta che l'impresa versi in difficoltà. Accanto a tale meccanismo si colloca quello delle "obbligazioni contabili": ove l'impresa abbia almeno 300 dipendenti ed un fatturato, al netto delle tasse, di almeno 18 milioni di euro, sussiste l'obbligo di stendere un bilancio di previsione finalizzato a prendere in considerazione le future prospettive economiche e finanziarie. Così facendo l'imprenditore dovrebbe essere stimolato a prendere in considerazione la prospettiva di un'eventuale crisi che si possa stagliare all'orizzonte; sul punto si veda CAMPANA M.J., *La prevenzione della crisi delle imprese. L'esperienza francese*, in S. BONFATTI E G. FALCONE (a cura di), *La legislazione concorsuale in europa. Esperienze a confronto*, Milano, 2004, 233 ss.

⁵⁴ Come anticipazione di quanto verrà esposto in seguito merita già in questa sede mettere in evidenza che l'attenzione verso misure di allerta in grado di anticipare il momento di intervento sull'impresa (non ancora) in crisi, non ha avuto un seguito legislativo nella stagione delle riforme inaugurate nel 2005 dalla commissione Trevisanato, relativamente alla quale si rimanda al paragrafo successivo. Su tale aspetto si rinvia a JORIO A., *Introduzione*, cit., 18 ss.

⁵⁵ Sempre nell'ordinamento francese, con la *Loi de sauvegarde des entreprises* del 2005 sono state introdotte due procedure di carattere preventivo: la *conciliation* per l'imprenditore in difficoltà giuridiche, economiche o finanziarie accertate o prevedibili che non sia in cessazione di pagamento da più di quarantacinque giorni e il *sauvegarde* - una sorta di risanamento giudiziario anticipato - per l'imprenditore che abbia delle difficoltà che non sia in grado di superare, tale da costringerlo alla cessazione di pagamento. Entrambe le procedure sono quindi finalizzate ad anticipare l'emersione dello stato di difficoltà, in modo da prevenire l'intervento, in ogni caso

Ma il tratto qualificante in termini di interesse comparatistico presente nel panorama straniero è rappresentato certamente dalle soluzioni di carattere negoziale, ove gli interessi dell'imprenditore e dei creditori si compenetrano in un accordo che, sulla base delle esigenze del caso, sia in grado di conciliare le diverse prospettive in una visione elastica dei valori in gioco, tesa in ogni caso al fine primario del risanamento - ove possibile - della impresa stessa. Si tratta di un'impostazione che trova radici nei modelli statunitensi della *Corporate Reorganization* e che ha avuto poi largo seguito in numerose legislazioni europee⁵⁶.

finalizzato a salvaguardare l'impresa; per tali rilievi si rimanda a CAMPANA M.J., *L'esperienza francese*, in *Crisi dell'impresa e riforma delle procedure concorsuali*, Milano, 2006, 202 ss.

Ancora, sempre in una logica di anticipazione, si può citare la procedura del *Company Voluntary Arrangement* britannico per le imprese che semplicemente si trovino in "financial distress"; tale presupposto consente all'imprenditore di rimanere alla guida della propria impresa ma, posto che l'attivazione della procedura è di carattere, appunto, volontario la stessa sconta il fatto che spesso l'imprenditore vi ricorra quando già sia troppo tardi; volendo sempre rimanere oltre manica merita spendere qualche parola anche sul procedimento di *Administration* per gli evidenti spunti che il nostro legislatore ha voluto trarre: si tratta di una procedura che si caratterizza per la presenza di un esperto, indipendente rispetto all'imprenditore, tenuto a certificare le condizioni economico-finanziarie dell'impresa che chiede di essere ammessa alla procedura e sull'eventuale pendenza di procedimenti di fallimento in corso; AMBROSINI S., *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 11.

In Spagna, invece, la procedura concorsuale (*concurso de acreedores*) introdotta dalla *Ley Concursal* del 2003 prevede quale presupposto oggettivo quello della insolvenza attuale e imminente, incentrandosi quest'ultimo termine sulla puntualità dei pagamenti stessi: così EZGUERRA J.P., *Alcune considerazioni relative alla riforma del diritto concorsuale spagnolo*, in *La legislazione concorsuale in europa. Esperienze a confronto*, cit., 128 ss.

⁵⁶ Si tratta del celebre *Chapter 11* del *Bankruptcy Code* uscito dalla riforma del 1978, ovvero una procedura finalizzata al risanamento dell'impresa che si snoda attraverso un accordo tra il debitore e i vari creditori. La *reorganization* è finalizzata - dal lato dell'imprenditore - a liberarsi delle obbligazioni antecedenti la procedura per il tramite di un piano che, una volta omologato, gli consenta quello che viene generalmente chiamato un c.d. *fresh start*; d'altro canto, è ovvio che il piano potrà incontrare il favore dei creditori solamente ove a questi venga paventata una possibilità di soddisfazione più elevata rispetto all'epilogo liquidatorio. L'aspetto decisamente innovativo consiste però nel superamento della *par condicio creditorum*, attraverso la possibilità di suddivisione dei vari debitori in *classes* a cui deve essere garantito un trattamento uniforme; il progetto di risanamento deve quindi ricevere l'approvazione dei creditori i quali decidono sulla base delle informazioni economico-finanziarie dell'impresa messe a loro disposizione nel *disclosure statement*. Rispetto a tale marcata connotazione privatistica della procedura, il giudice svolge non solamente un ruolo di garante della regolarità della procedura ma, attraverso il meccanismo del c.d. *cram-down* può svolgere un ruolo attivo di sollecitazione nei confronti di creditori ingiustificatamente dissenzienti verso soluzioni economicamente realizzabili. Si tratta di un modello di accordo che si è contraddistinto per l'estrema flessibilità e la grande capacità di adattamento tanto all'insolvenza del "corner grocer's shop" quanto ai dissesti delle grandi *corporations*. Sul modello statunitense si rimanda a CORAPI D. - PIERFELICI V., Voce "Procedure concorsuali, II) diritto comparato e straniero, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1988, 4-5; VALENTE C., *La corporate reorganization: elementi di comparazione e di prospettiva a seguito della recente riforma della disciplina concorsuale italiana*, in *Dir. fall.*, 2008, I, 470 ss., nonché CASE II C.G., *Business Crisis and Reorganization: the American Experience*, in *Crisi dell'impresa e riforma delle procedure concorsuali*, cit., 177 ss.

Come già ricordato l'esempio, della *reorganization* del *Chapter 11* ha avuto una grossa influenza nella legislazione europea; basti in tal senso ricordare il già citato *Company Voluntary Arrangement* o

E proprio a tale aspetto si guardava con maggior attenzione, cioè all'esigenza di superare una volta per tutte la contrapposizione tra imprenditore e creditori sulla scorta di soluzioni che, da un lato fossero purificate delle rigidità anacronistiche del concordato preventivo, dall'altro corressero sui binari della privatizzazione della crisi d'impresa, senza però il deficit, di cui già si è dato conto *retro*, che scontavano gli accordi stragiudiziali⁵⁷.

1.5: Verso la riforma organica della legge fallimentare: i progetti elaborati delle due Commissioni Trevisanato

E' in questo contesto che con il d.m. 28 novembre 2001 viene finalmente istituisce una "Commissione per l'elaborazione di principi e criteri direttivi di uno schema di disegno di legge delega al Governo, relativo all'emanazione delle nuova legge fallimentare ed alla revisione delle norme concernenti gli istituti connessi", meglio nota come "Commissione Trevisanato" dal nome del suo presidente.

In verità il tentativo di approdare ad una modifica organica della normativa del 1942 aveva portato alla luce, già dalla fine degli anni '60, vari progetti di riforma cui peraltro mai aveva fatto seguito una concretizzazione normativa⁵⁸. Si trattava di progetti

l'Administrative Receivership britannici e soprattutto la *Insolvenzordnung* tedesca: anche qui lo spazio di autonomia per debitore e creditori è sicuramente generoso – ed anche qui è concessa la facoltà di contravvenire alla *par condicio creditorum* - con la possibilità di scegliere tra la semplice liquidazione dell'attivo in parziale deroga alla disciplina legale, la conservazione dell'impresa in capo al debitore o ad un terzo, fino al soddisfacimento dei debitori grazie agli utili conseguiti dall'impresa ammessa alla prosecuzione dell'attività; per tali rilievi si rinvia a AMBROSINI S., *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 11-12 e per maggiori approfondimenti a OBERMULLER M., *Esperienze di riforma in Germania*, in *La legislazione concorsuale in europa*, cit., 182 ss.

⁵⁷ D'altro canto, qualora ve ne fosse dubbio, l'attenzione diffusa verso le soluzioni straniere di risoluzione della crisi di impresa è ben evidenziata dalla relazione allo schema di d.d.l. elaborato dalla c.d. seconda Commissione Trevisanato e pubblicato come *Relazione*, in JORIO A. FORTUNATO S. (a cura di), *La riforma delle procedure concorsuali. I progetti*, Milano, 2004, 150 ss.

⁵⁸ Si deve citare in tal senso il progetto di riforma dell'Ordine dei dottori commercialisti, pubblicato come TESTO DEL PROGETTO DI NUOVA LEGGE FALLIMENTARE, in *Dir. fall.*, 1971, I, 148 ss.; in un interessante commento cui si può senz'altro rimandare (BIANCHI D'ESPINOSA L., *Progetti per una riforma di legge fallimentare*, in *Dir. fall.*, 1968, I, 301 ss.) si mette in evidenza, oltre all'assoggettamento alla disciplina di tutti gli imprenditori senza esclusione alcuna (tranne, solamente, gli enti pubblici economici), la scelta di eliminare radicalmente tanto l'amministrazione controllata ("un espediente, per il debitore in dissesto, per differire la dichiarazione di fallimento in attesa di un intervento quasi miracoloso che il più delle volte non si verifica"), quanto la liquidazione coatta amministrativa ("«fossile» dell'epoca «corporativistica»") in favore di un'unica procedura capace, a seconda del caso concreto di sfociare in concordato preventivo - pur con sostanziose correzioni delle percentuali così gravose e delle condizioni personali per accedere alla procedura - o in fallimento. Altra peculiarità consisteva nel fatto che ove l'imprenditore avesse ottenuto l'omologazione del piano di concordato e si concretizzasse il soddisfacimento dei creditori in misura non inferiore al 25 %, sarebbe scattata una discutibile esenzione da responsabilità penale. Altri "aggiustamenti" dovevano poi consistere nell'introduzione di

di profondo interesse nei quali è possibile riconoscere molte delle linee conduttrici cui si è ispirata l'opera del legislatore successivo.

Prova ne è che in seno alla Commissione Trevisanato, è emersa quale linea portante della riforma la riduzione del complesso delle procedure in due sole: la prima, ad iniziativa dell'imprenditore, connotata dall'accordo tra debitore e creditori, l'altra, attivabile dal debitore, dal creditore o dall'autorità giudiziaria destinata a sostituire il fallimento e diretta, al termine della stessa ad ottenere la liberazione dai debiti non soddisfatti al ricorrere di determinate circostanze.

Tuttavia, anche a causa dell'elevato numero dei componenti della commissione, le divergenze relative alla pregnanza della presenza dell'autorità giudiziaria nelle due procedure e al correlato grado di privatizzazione delle stesse, impedì la presentazione di uno schema finale unitario decretandone così l'insuccesso⁵⁹.

sanzioni - anche a carattere penale - per il debitore che omettesse di denunciare il proprio stato di dissesto nonché una decisa revisione dell'intero complesso delle incapacità personali derivanti dalla dichiarazione di fallimento. Sempre sul tema, per un'analisi approfondita, PAJARDI P., *Riflessioni ed appunti sul progetto di legge fallimentare dell'Ordine dei Dottori Commercialisti*, in *Mon. trib.*, 1973, 84 ss.

Altra proposta di natura "privata" che possiamo citare è l'articolato progetto ad opera di Chiaraviglio, Gerini e Severgnini, incentrato, in estrema sintesi sul recupero nel maggior grado possibile della redditività dei complessi aziendali ed economici; per maggiori dettagli si rinvia a CHIARAVIGLIO L. - GERINI L. - SEVERGNINI O., *Le procedure concorsuali previste dalla legislazione vigente e l'attuale realtà economica e sociale*, in *Riv. dott. comm.*, 1979, 1 ss.

Ancora, il c.d. Progetto Pajardi, elaborato da una commissione costituita con decreto 30 maggio 1983 dal Ministero di Grazia e Giustizia per l'elaborazione di principi e criteri direttivi finalizzati ad uno schema di disegno di legge di delega al governo per la revisione della legge fallimentare, la cui relazione finale è reperibile come PRINCIPI E CRITERI DIRETTIVI PER UNA NUOVA LEGGE FALLIMENTARE, in *Giur. comm.*, 1985, I, 154 ss. Anche qua le novità non mancano: innanzitutto, circa il presupposto soggettivo si conferma l'allargamento della fallibilità a tutte le categorie di imprenditori commerciali con la sola esclusione degli enti pubblici; d'altro canto viene confermata la fiducia alla nozione di "stato d'insolvenza" quale presupposto da accertare con sentenza per il successivo avvio di una delle varie procedure concorsuali - con esclusione dell'amministrazione controllata, mantenuta ma imperniata su una inedita "insufficienza dei ricavi della gestione ordinaria a coprire i relativi costi" - sul rilievo che altri concetti (dissesto, incapacità di acquisire credito, incapacità cronica ad adempiere e così via) "oltre che essere restrittivi, potrebbero comportare notevoli difficoltà per il relativo accertamento". Non viene eliminata neppure la liquidazione coatta amministrativa, seppur se ne limita l'applicabilità esclusivamente, in ragione degli interessi superindividuali da proteggere, agli istituti di credito, alle imprese di assicurazione, gli istituti autonomi per le case popolari e i consorzi. Il concordato preventivo, infine, perde il connotato di strumento di beneficio del debitore - e in tal senso vengono eliminati i connotati di "meritevolezza" - per diventare, più efficacemente, strumento di superamento della crisi; si prevede però la possibilità che sia un terzo garante a proporre la domanda di concordato, la soppressione della possibilità di cessione dei beni, la previsione di un sistema di garanzie che assicuri il pagamento delle spese, dei crediti privilegiati maggiorati degli interessi legali e della percentuale del 40 % ai creditori chirografari nel termine massimo di un anno, l'importante prededucibilità dei crediti sorti in costanza di concordato preventivo in caso di successivo fallimento e, per quanto riguarda il voto, la suddivisione dei creditori tra privilegiati e chirografari e la necessità che entrambe le classi raggiungano le rispettive maggioranze.

⁵⁹ JORIO A., *Introduzione* in *Il nuovo diritto fallimentare*, cit., 12; ROSSI A., *Reati fallimentari*, cit., 7. Altro campo di scontro fu quello della disciplina della nuova revocatoria, tra chi riteneva che dovesse trovare fondamento ontologico tanto nella lesione del patrimonio del debitore quanto

Tuttavia il progetto di legge delega approvato dalla maggioranza della commissione e le osservazioni della minoranza hanno trovato una sorta di sintesi - o forse di compromesso - nello schema di disegno di legge che venne approvato in tempi contenuti ad opera della c.d. “seconda Commissione Trevisanato”, istituita, in composizione ben più ristretta, ad opera del d.m. 27 febbraio 2004⁶⁰.

Il risultato che ne è emerso ha investito oltre all'intera disciplina in vigore delle procedure concorsuali, anche importanti innovazioni in termini di misure di allerta e di prevenzione nonché, con saggia visione d'insieme, le disposizioni penali⁶¹ e di carattere fiscale. Davvero interessanti le novità previste in tema di allerta e prevenzione, attraverso l'istituzione di banche dati a cura delle camere di commercio ove vengano annotati le vicende patologiche della vita delle imprese (protesti, pendenza di procedure esecutive e mancato pagamento di debiti nei confronti delle amministrazioni pubbliche) al fine di consentire una maggiore trasparenza dell'impresa verso i terzi che intrattengano rapporti con questa; d'altra parte, dal punto di vista interno, viene rimarcata la necessità di monitoraggio dello stato di salute da parte dell'organi di controllo e di revisione nelle società di capitali (Titolo II dello schema di d.d.l.)⁶².

Ma l'ambito che qui maggiormente interessa è quello relativo alla procedura di composizione concordata della crisi (Titolo III): si tratta di una procedura a iniziativa esclusiva del debitore che si incentra su un piano di soluzione della crisi che può avere il contenuto più vario, anche il trattamento differenziato dei creditori che possono essere distinti in classi, all'interno delle quali deve essere garantita la parità di trattamento (art. 16 dello schema di d.d.l.) ma con possibilità di soddisfacimento differenziato a seconda delle diverse classi tramite conversione totale o parziale dei crediti in quote di capitale o

nella frode perpetrata ai danni dei creditori (c.d. teoria indennitaria) e chi, invece ne difendeva la natura di sanzione generale di inefficacia degli atti del debitore (c.d. teoria antindenitaria).

⁶⁰ Per il testo dello schema di disegno di legge si rinvia a JORIO A. FORTUNATO S. (a cura di), *La riforma delle procedure concorsuali. I progetti*, Milano, 2004, 35 ss. E' interessante sottolineare come nella Relazione allo schema di d.d.l. (*Relazione*, in JORIO A. FORTUNATO S. (a cura di), *La riforma delle procedure concorsuali.*, cit., 154-155), oltre alla già citata attenzione verso i modelli stranieri di composizione della crisi, vengono definiti obiettivi della riforma la “necessità del superamento della contrapposizione tra tutela dei creditori e conservazione degli organi produttivi...rifiutando sia le soluzioni che avviliscono le attese dei creditori sia quelle che trascurino interessi che gravitano a vario titolo attorno alla vita dell'impresa...Il giusto equilibrio deve peraltro essere ricercato attraverso il consenso dei creditori ogniquale volta sia possibile evitare una procedura liquidatoria, e non essere ad essi imposto”; l'individuazione di adeguate misure di allerta e prevenzione; la costruzione di un sistema di regole premiali che induca l'imprenditore a denunciare il proprio stato di difficoltà; ove l'accordo non sia possibile, l'attivazione della procedura liquidatoria che “introducendo sostanziali modifiche all'attuale disciplina del fallimento, risulti più snella e flessibile, consenta un più rapido soddisfacimento dei crediti e valorizzi le opportunità di collocazione degli organismi produttivi nell'interesse generale, sia del sistema sia dei creditori?”.

⁶¹ Per la cui analisi si rimanda al § 2.1.

⁶² E' giusto evidenziare che l'attenzione per misure di allerta e prevenzione si ritrovano all'art. 5 di un altro progetto di legge coevo, quello ad iniziativa di vari deputati D.S. per il cui testo si rimanda nuovamente a JORIO A. FORTUNATO S. (a cura di), *La riforma delle procedure concorsuali*, cit., 305 ss. Va tuttavia rilevato che gli strumenti previsti da quest'ultima proposta si incentrano in un controllo esclusivamente interno, probabilmente sul rilievo di possibili riflessi negativi che tali notizie potrebbero avere per la vita delle imprese; così *Introduzione*, in JORIO A. FORTUNATO S. (a cura di), *La riforma delle procedure concorsuali. I progetti*, Milano, 2004, 5.

altri strumenti finanziari oppure pagamenti in misura ridotta o dilazionata rispetto ad altra classe. Il piano è approvato quando riceve il consenso della maggioranza assoluta dei crediti; in caso di suddivisione in classi, il piano è invece approvato col voto favorevole di due terzi delle classi che devono anche rappresentare la maggioranza dei crediti (art. 27). In sede di omologazione del piano i poteri del Tribunale si attestano alla semplice regolarità procedurale per estendersi alla valutazione circa la fattibilità e convenienza nel caso in cui sia proposta formale opposizione da parte di una maggioranza significativa di creditori o se la relazione del commissario giudiziale è negativa (art. 28)⁶³.

Significativa novità è poi rappresentata dalla protezione giuridica accordata agli accordi stragiudiziali: si tratta, nel caso, di una procedura semplificata attivabile quando il debitore ancora prima dell'apertura della procedura, abbia ottenuto il consenso al piano di una parte rilevante dei creditori, ovvero della maggioranza dei crediti, dei quali almeno la metà riferibili a banche o ad altri intermediari finanziari. In tal caso il piano deve essere accompagnato da una relazione sottoscritta da un “*soggetto professionale esperto della materia*” che attesti la “*attuabilità del piano*”. Il Tribunale, eventualmente previa nomina di un esperto che valuti l'esistenza delle condizioni per il soddisfacimento integrale dei creditori non aderenti al piano, procede alla sua omologa (art. 30).

Sensibilmente rinnovata è anche la “*procedura di liquidazione concorsuale*” (Titolo IV) che sostituisce il tradizionale fallimento⁶⁴. Per quanto in questa sede interessa, si segnala la scelta di concedere l'apertura della procedura esclusivamente in presenza di un'esposizione debitoria di ammontare significativo, in ogni caso da aggiornare periodicamente, in modo da evitare procedure che appesantiscano le strutture giudiziarie senza un vantaggio economico apprezzabile; nonché tutta una serie di scelte ispirate al segno della celerità⁶⁵ e un significativo arretramento degli organi giudiziari nell'equilibrio complessivo della procedura⁶⁶.

La liquidazione dell'attivo vede invece l'introduzione di un programma di liquidazione predisposto dal curatore da sottoporre all'approvazione del consiglio dei creditori, con una innovativa attenzione per la conservazione dei valori produttivi mediante il trasferimento in blocco a terzi⁶⁷. Altrettanto innovativa è la scelta in tema di esdebitazione (artt. 172 – 174); si tratta di un istituto che trova origine nel c.d. *discharge* di

⁶³ Fin troppo facile il raffronto tra l'architettura predisposta e l'impostazione del *Chapter 11* statunitense.

⁶⁴ Già dal cambiamento del nome si vuole dunque “*segnare una svolta rispetto alla concezione afflittiva del fallimento eliminando proprio la parola che trova le sue radici nel basso medioevo italiano*”; così *Relazione*, in JORIO A. FORTUNATO S. (a cura di), *La riforma delle procedure concorsuali*, cit., 176.

⁶⁵ Basti, in tal senso, sottolineare che la pronuncia sull'incompetenza fa salva la continuazione del processo nella sede competente oppure si pensi all'introduzione del modello camerale per la soluzione delle controversie insorte nell'ambito della procedura.

⁶⁶ Da un lato infatti vengono estesi i poteri del curatore - in particolare per quanto riguarda il momento dell'accertamento del passivo e della liquidazione - anche se, in alcuni snodi, restano condizionati dall'autorizzazione del giudice delegato o dal consiglio dei creditori; a sua volta quest'ultimo assume il ruolo di vero rappresentante degli interessi del ceto creditorio.

⁶⁷ In tal senso va letta la possibilità della prosecuzione dell'attività dell'impresa attraverso il suo esercizio provvisorio (art. 144) o dell'affitto dell'azienda (art. 146).

matrice statunitense e che consente al debitore che non si sia macchiato di atti fraudolenti e che abbia soddisfatto i propri crediti chirografari in una percentuale significativa (25 %), di liberarsi degli ulteriori debiti insoddisfatti e godere così di quello che viene generalmente chiamato “*fresh start*”⁶⁸.

Da ultimo merita rilevare che, anche nell’ambito della liquidazione si prospetta la via dell’accordo, ove possibile, attraverso il piano dell’insolvenza, che può proporre tanto il debitore quanto il curatore, i creditori o un terzo già dopo l’apertura della procedura liquidatoria (artt. 85 ss.)⁶⁹; ispirato anch’esso dall’ampia varietà di contenuto (prima tra tutti la possibilità la possibilità di raggruppamento in classi per i creditori all’interno delle quali assicurare la parità di trattamento) si propone attraverso la propria flessibilità di evitare la disgregazione atomistica dei valori dell’impresa.

Lungi dalla pretesa di rendere giudizi che difficilmente potrebbero competere sulle scelte trasfuse nel progetto, va in ogni caso evidenziato un pregio difficilmente contestabile, ovvero quello della organicità; quello elaborato, difatti, consisteva in una riscrittura completa delle norme in tema di procedure concorsuali che ne abbracciava tutti gli ambiti, non da ultimo anche gli aspetti penalistici e quelli fiscali; una riforma matura e contestualizzata, da porre senza indugio a disposizione delle imprese in un panorama economico-giuridico moderno e dal respiro finalmente internazionale.

Non può che suscitare stupore quindi la virata legislativa verso le acque ben più agitate di una lunga serie di “*legge tappabuchi*”⁷⁰ del tessuto normativo del 1942 che, almeno inizialmente, hanno sì recepito parte delle indicazioni elaborate da parte delle Commissioni che hanno lavorato alla stesura del testo di riforma ma hanno privato di completezza e di compiutezza generale la normativa a favore di una frammentazione della riforma in vari momenti che ha provocato gravi problemi in termini di coordinamento complessivo a causa delle varie stratificazioni normative che si sono succedute.

⁶⁸ L’introduzione di questo istituto, inoltre, ha reso necessario, in un’ottica di uguaglianza costituzionale, assicurare un beneficio di carattere omogeneo anche al c.d. debitore civile (così *Relazione*, in JORIO A. FORTUNATO S. (a cura di), *La riforma delle procedure concorsuali*, cit., 229); è stata così introdotta una procedura esecutiva concorsuale “minore” finalizzata all’esdebitazione per gli imprenditori in stato di insolvenza che non raggiungano un indebitamento di cinquantamila euro e i debitori “privati” con un indebitamento non superiore a duecentomila euro (o trecentomila euro in caso di attivazione della procedura a iniziativa dei creditori muniti di titolo esecutivo); tale procedura semplificata può svolgersi poi in base ad un accordo tra le parti o attraverso la liquidazione, essendo comunque garantita la celerità della procedura stessa (artt. 173 ss. del d.d.l.).

⁶⁹ Il piano in questione è invece ispirato, per espressa ammissione delle Relazione (si veda *Relazione*, in JORIO A. FORTUNATO S. (a cura di), *La riforma delle procedure concorsuali*, cit., 189) alla nuova disciplina dell’*Insolvenzplan* tedesca.

⁷⁰ JORIO A. FORTUNATO S. (a cura di), *Introduzione*, cit. 32.

1.6: La stagione delle riforme della legge fallimentare: dall'introduzione dei nuovi strumenti alternativi al fallimento (d.l. 14 marzo 2005, n. 35) alla responsabilità penale del professionista attestatore (d.l. 18 ottobre 2012, n. 179)

Come detto, invece di svilupparsi secondo i binari dell'unitarietà, il legislatore ha ritenuto di procedere, per esigenze di celerità, con una serie di interventi a pioggia sulla normativa vigente, perdendo però per strada importanti passaggi che segnano irrimediabilmente una pesante discontinuità dalla filosofia a cui il progetto di disegno di legge si ispirava⁷¹.

Di seguito si darà conto dei vari passaggi attraverso i quali la riforma, *rectius*, le riforme, hanno modificato il volto del Regio Decreto del 1942, e, successivamente, si procederà all'analisi dei principali strumenti introdotti (o rinnovati) per la risoluzione della crisi di impresa, riservandosi tuttavia un più approfondito esame, ove necessario, in sede di analisi delle varie problematiche di carattere penalistico che il lavoro si propone di affrontare.

Il primo passaggio della riforma è avvenuto addirittura attraverso lo strumento della decretazione d'urgenza (d.l. 14 marzo 2005, n. 35, "*Disposizioni urgenti nell'ambito del Piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale*", c.d. "Decreto competitività", convertito con modifiche in l. 14 maggio 2005, n. 80) che ha agito, in particolare su tre fronti differenti: in primo luogo con la modifica della disciplina dell'azione revocatoria e l'introduzione di un nuovo strumento di composizione della crisi di impresa, il c.d. piano attestato di risanamento (art. 67, 3° comma, lett. d) l.f.); poi con il profondo rinnovamento della disciplina del concordato preventivo (artt. 160 ss. l.f. ss.) e, da ultimo, con l'introduzione degli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182 *bis* l.f.).

Con la legge n. 80 del 2005 di conversione del decreto sono poi state conferite deleghe al governo per una riforma più vasta della legge fallimentare. In esecuzione di tal delega è stato emanato il d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 ("*Riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali a norma dell'articolo 1, comma 5, della legge 14 marzo 2005, n. 80*") con cui sono state disposte tutta un'ampia serie di modifiche della normativa in vigore, finalizzate in particolare a velocizzare e rendere più efficiente e completa l'intera procedura fallimentare⁷². Sempre limitando l'attenzione ai fini che qui interessano, va

⁷¹ Si pensi, oltre all'assenza di una modifica delle norme fallimentari, alla scomparsa delle misure di allerta e prevenzione che erano state elaborate per una utile anticipazione dell'intervento sulla crisi dell'impresa in un momento anteriore rispetto all'insolvenza; a tal proposito non si può che citare il severo giudizio di JORIO A. *Introduzione* in *Il nuovo diritto fallimentare*, cit. 18: "*Solo uno Stato forte ed equo, ad un tempo rispettoso dell'autonomia dei cittadini e da questi rispettato nella sua più che comprensibile volontà di perseguire il benessere collettivo attraverso un sistema di regole che consentano di percepire con tempestività l'insorgere della crisi e di affrontarla con migliori possibilità di successo, può pensare a misure di allerta e di prevenzione al tempo stesso «liberali» ed efficaci. La consapevolezza di non essere (ancora) in questa ottimale condizione non avrebbe tuttavia dovuto far rinunciare ad indicare alcune misure di allerta e prevenzione, quanto meno con riferimento a più stringenti regole di controllo all'interno delle imprese*".

⁷² Si pensi, ad esempio la regola introdotta dall'art. 9 *bis* l.f. che fa salva la dichiarazione di fallimento da parte del tribunale incompetente; la soglia minima per la dichiarazione di fallimento dei debiti scaduti e non pagati non inferiore a venticinquemila euro (poi aumentati a

segnalata in particolar modo la riformulazione del presupposto soggettivo del fallimento, con la ridefinizione dei connotati del c.d. piccolo imprenditore⁷³, nonché l'abrogazione dell'intera disciplina dell'amministrazione controllata (prevista al Titolo IV del R.D. del 1942) a far data dal 16 luglio 2006.

A completare questo primo "atto" di riforme, il c.d. "decreto correttivo" (d.l. 12 settembre 2007, n. 169) che ha introdotto una serie di disposizioni correttive ed integrative dei due precedenti interventi legislativi.

Ad appena tre anni di distanza il legislatore è poi intervenuto nuovamente con il d.l. 31 maggio 2010, n. 78 (*"Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica"*), convertito con modificazione in l. 30 luglio 2010, n. 122 con il quale è stato introdotto l'art. 182 *quater* l.f. in tema di prededucibilità dei crediti nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti⁷⁴, il comma 5° all'art. 182 *bis* l.f. con l'estensione del divieto di iniziare o proseguire azioni cautelari ed esecutive anche nel corso delle trattative o prima della formalizzazione dell'accordo di

trentamila euro ad opera del d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169) in modo da evitare l'intasamento dei tribunali con procedure non fruttifere; l'eliminazione del giudizio di opposizione alla sentenza di fallimento, sostituito dal reclamo alla Corte d'Appello (art. 18 l.f.), con la possibilità che la Corte, su richiesta del reclamante o del curatore, conceda la sospensione dell'attività di liquidazione per gravi motivi (art. 19). Altra novità risiede nell'estensione della legittimazione a proporre il concordato fallimentare ai creditori ed ai terzi nonché nella possibilità di proporre il concordato stesso anche prima del decreto che rende esecutivo lo stato passivo (art. 124 l.f.) Ancora, si pensi al beneficio dell'esdebitazione (artt. 142 – 144 l.f.) per il fallito persona fisica "meritevole" a cui viene concessa la liberazione dai debiti residui nei confronti dei creditori concorsuali non soddisfatti. E' stata poi introdotto l'art. 182 *ter* in tema di transazione fiscale con cui l'imprenditore, in occasione del concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, può definire la posizione anche con l'erario - ovviamente con il diretto coinvolgimento dell'Agenzia delle Entrate - attraverso un accordo diretto ad assolvere in misura ridotta e/o dilazionata il credito tributario, quelli previdenziali ed assistenziali; a tal fine possono essere oggetto di accordo transattivo tanto i crediti tributari chirografari che quelli privilegiati, tanto quelli iscritti a ruolo quanto quelli ancora non iscritti.

⁷³ In realtà i parametri alternativi presi in considerazione dal d.lgs. n. 5 del 2006 (investimenti di capitale effettuati nell'azienda per un ammontare non superiore a trecentomila euro e la media dei ricavi lordi non superiore a duecentomila euro conseguiti negli ultimi tre anni o dall'inizio dell'attività se questa ha avuto una durata inferiore), è stato presto sostituito dal d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169 con il possesso congiunto dei seguenti requisiti: a) un attivo patrimoniale complessivo annuo non superiore a trecentomila euro nei tre esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza di fallimento o dall'inizio dell'attività se di durata minore; b) ricavi lordi per un ammontare complessivo annuo non superiore a duecentomila euro nei tre esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza di fallimento o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore; c) un ammontare di debiti anche non scaduti non superiore a cinquecentomila euro.

⁷⁴ La norma è volta a favorire e promuovere l'erogazione di nuovi finanziamenti all'impresa in crisi attraverso la "rassicurazione" tanto per le banche e gli intermediari finanziari quanto per i soci stessi (limitatamente alla concorrenza dell'80 % dell'ammontare del loro finanziamento) che, in caso di successivo fallimento, i relativi finanziamenti sarebbero stati considerati prededucibili per gli effetti di cui all'art. 111 l.f. Beneficiario della prededucibilità, inizialmente, era anche il compenso per il "professionista attestatore" di cui all'art. 161, 3° comma e art. 182 *bis*, 1° comma l.f., tuttavia con l'ultima modifica ad opera del d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito in l. 7 agosto 2012, n. 134 è stato abrogato il comma 4° dell'art. 182 *quater* l.f. che prevedeva tale beneficio.

ristrutturazione dei debiti⁷⁵, nonché il primo, tanto atteso quanto timido intervento in ambito penal-fallimentare con l'introduzione dell'art. 217 *bis* l.f. rubricato “*Esenzione dai reati di bancarotta*”⁷⁶.

Ulteriore intervento legislativo è avvenuto con la l. 27 gennaio 2012, n. 3⁷⁷ (“*Disposizioni in materia di usura e di estorsione, nonché di composizione delle crisi da sovraindebitamento*”) la quale ha introdotto anche nel nostro ordinamento una organica procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento destinata agli imprenditori non assoggettabili alle norme dettate in tema di procedure concorsuali e ai “debitori civili” in generale; uno strumento quindi che non si pone in alternativa con gli strumenti delineati nella legge fallimentare ma opera con un ambito di applicazione nettamente diverso.

Si tratta di una procedura che si snoda attraverso un accordo con i creditori, il cui contenuto può essere il più vario e che si caratterizza per la particolarità dell'intervento in funzione di intermediazione di speciali organismi di composizione della crisi; una volta raggiunto l'accordo, una volta omologato dal tribunale, si produce l'effetto esdebitatorio per il debitore civile⁷⁸.

⁷⁵ L'estensione del divieto anche al momento delle trattative, del tutto stragiudiziale, è subordinata anche in tal caso, ad una dichiarazione dell'imprenditore che attesti che sono in corso trattative con i creditori che rappresentino almeno il 60 % dei crediti e da una dichiarazione di un professionista - sempre coi requisiti di cui all'art. 67, 3° comma, lett. d) l.f. – che attesti l'idoneità della proposta, se accettata, “*il regolare*” (termine poi sostituito ad opera del d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito in l. 7 agosto 2012, n. 134, con “*l'integrale*”) pagamento dei creditori con cui sono in corso trattative o che comunque hanno negato la propria disponibilità a trattare.

⁷⁶ Per il quale non si può che rimandare al capitolo II.

⁷⁷ Il provvedimento è stato a breve distanza già oggetto di modifica ad opera del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito in l. 17 dicembre 2012, n. 221

⁷⁸ La norma nasce con la finalità di consentire una gestione del problema del sovraindebitamento che non dia la stura a fenomeni pericolosi per i soggetti in crisi e non assoggettabili a fallimento per la mancanza dei richiesti requisiti dimensionali; in verità, secondo quanto correttamente rilevato da PISTORELLI L., *Novità legislative: l. 27 gennaio 2012, n. 3*, Rel. n. III/3/2012, 2, la misura in questione avrebbe quale finalità quella di contrastare preventivamente il ricorso all'usura da parte dei soggetti sovraindebitati; prova ne sarebbe, prosegue l'Autore, il fatto che nella stessa legge n. 3 del 2012 sono inserite modifiche alla normativa anti usura.

La l. n. 3 del 2012 si apre con la definizione di “sovraindebitamento” quale “*situazione di perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte e il patrimonio prontamente liquidabile per farvi fronte, nonché la definitiva incapacità del debitore di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni*” (art. 6). La procedura si applica al “debitore” e al “consumatore”, quest'ultimo inteso come il “*debitore persona fisica che ha assunto obbligazioni esclusivamente per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta*”. La distinzione soggettiva rileva ai fini della soluzione che il soggetto può prospettare ai propri creditori; in breve, il “debitore” può presentare ai creditori un accordo di ristrutturazione dei debiti sulla base di un piano che assicuri il regolare pagamento dei titolari di crediti impignorabili e che può prevedere scadenze e modalità diverse di pagamento dei creditori, anche suddivisi in classi, e che indichi le eventuali garanzie per l'adempimento dei debiti e le modalità per l'eventuale liquidazione dei beni.

E' poi possibile prevedere che i crediti muniti di privilegio, pegno e ipoteca non siano soddisfatti integralmente, quando ne sia assicurato il pagamento in misura non inferiore a quella realizzabile avendo riguardo al valore di mercato dei relativi beni; il piano può anche prevedere

Ormai privo di un disegno di riforma organica ma costretto dalla necessità di intervento a favore delle gravi difficoltà delle imprese italiane⁷⁹, il legislatore è tornato nuovamente ad incidere sul tessuto della legge fallimentare con il d.l. 22 giugno 2012, n. 83 (“*Misure urgenti per la crescita del Paese*”), convertito con modifiche in l. 7 agosto 2012, n. 134 che, in particolare, ha ridisegnato il profilo del professionista di cui all’art. 67, 3° comma, lett. d) ed ha inciso sull’oggetto della relativa attestazione⁸⁰, introducendo

l’affidamento del patrimonio ad un fiduciario per la liquidazione, la custodia e la distribuzione del ricavato ai creditori (art. 7, 1° comma). Il “consumatore” invece può proporre ai creditori un accordo con il medesimo contenuto di quello appena descritto, oppure può presentare, con l’ausilio degli organismi di composizione della crisi, un piano contenente le previsioni sopra indicate (art. 7, 1° bis); la proposta di accordo o di piano del consumatore prevede la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma, anche mediante cessione di crediti futuri. Può essere prevista una moratoria di un anno per il pagamento dei crediti estranei (art. 8, 1° comma) e, nel caso in cui i beni e i redditi del debitore non siano sufficienti a garantire la fattibilità dell’accordo o del piano del consumatore, la proposta deve essere sottoscritta da un terzo o più terzi che consentano il conferimento, anche in garanzia, di redditi o beni sufficienti per assicurarne l’attuabilità (art. 8, 2° comma); è inoltre stabilita la possibilità che la proposta di accordo con continuazione dell’attività d’impresa e il piano del consumatore possano prevedere una moratoria fino ad un anno per il pagamento di crediti muniti di privilegio, pegno o ipoteca (art. 8, 4° comma).

Il “debitore civile”, quindi, procede al deposito della proposta presso il Tribunale competente in modo da poter beneficiare del divieto di iniziare o proseguire azioni esecutive individuali, di disporre sequestri conservativi né essere acquistati diritti di prelazione sul patrimonio del debitore stesso. Rispetto alla procedura di cui all’art. 182 bis l.f., quello in questione prima è depositato presso il Tribunale e solo successivamente va sottoposto al consenso dei creditori, di cui deve raggiungere almeno il 70 % ai fini dell’approvazione (art. 11, 2° comma).

In tale contesto assume un ruolo importante il nuovo Organismo di composizione della crisi che svolge una funzione di intermediazione con i debitori e, da ultimo, trasmette al giudice i consensi espressi dai creditori; il giudice poi, verificato il raggiungimento del *quorum* e l’idoneità del piano ad assicurare il pagamento dei creditori estranei, omologa l’accordo e ne dispone la pubblicazione (art. 12). A completamento della procedura è stato inoltre introdotto l’art. 19 (ora art. 16 per le modifiche introdotte ad opera del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179) che ha previsto una doppia fattispecie di reato diretta a sanzionare tanto la condotta fraudolenta del debitore civile al momento dell’accesso alla procedura di composizione da sovraindebitamento (comma 1°), quanto le false attestazioni poste in essere da parte del componente dell’organismo di composizione della crisi (comma 2°); per una analisi di maggior approfondimento rispetto alle nuove fattispecie penali introdotte si rimanda al § 4.1.

Invece per questi ed ulteriori rilievi si rimanda a GUIOTTO A., *La nuova procedura per l’insolvenza del soggetto non fallibile: osservazioni in itinere*, in *Fall.* 2012, p. 21 ss. (in relazione al testo inizialmente introdotto con d.l. 22 dicembre 2011, n. 212, poi trasfuso sostanzialmente senza alcuna alterazione nella l. n. 3 del 2012); CAIAFA A., *La composizione della crisi da sovra indebitamento*, in *Dir. fall.*, 2012, nn. 3-4, 412 ss.; LO CASCIO G., *La composizione della crisi da sovra indebitamento (Introduzione)*, in *Fall.*, 2012, 1021 ss., nonché, per una lettura più approfondita MODICA L., *Profili giuridici del sovra indebitamento*, Napoli, 2012.

⁷⁹ Non si può che aderire alla considerazione di VELLA P., *L’accrescimento dei controlli giudiziali di merito e degli strumenti protettivi nel nuovo concordato preventivo (dopo la legge n. 134/12)*, *www.ilcaso.it*, 2012, 2. Parla invece di intervento in tempo di “crisi del settimo anno” per il concordato preventivo BOTTAI L.A., *Revisione della legge fallimentare per favorire la continuità aziendale*, in *Fall.* 8/2012, 924.

⁸⁰ Si riporta, per facilità espositiva il testo completo dell’art. 67, 3° comma, lett. d) nella sua versione attuale: non sono soggetti all’azione revocatoria “*gli atti, i pagamenti e le garanzie concesse su*

finalmente un atteso presidio penalistico contro le falsità commesse dalle varie figure di professionisti attestatori all'art. 236 *bis* l.f. rubricato “*Falso in attestazioni e relazioni*”⁸¹.

beni del debitore purchè posti in essere in esecuzione di un piano che appaia idoneo a consentire il risanamento della esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria, un professionista indipendente designato dal debitore, iscritto nel registro dei revisori contabili ed in possesso dei requisiti dell'articolo 28, lettere a) e b) deve attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano; il professionista è indipendente quando non è legato all'impresa e a coloro che hanno interesse all'operazione di risanamento da rapporti di natura personale o professionale tali da comprometterne l'indipendenza di giudizio; in ogni caso il professionista deve essere in possesso dei requisiti previsti dall'articolo 2399 del codice civile e non deve, neanche per il tramite di soggetti con i quali è unito in associazione professionale, avere prestato negli ultimi cinque anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore ovvero partecipato agli organi di amministrazione e di controllo; il piano può essere pubblicato nel registro delle imprese su richiesta del debitore”.

Al contempo, all'art. 161, 3° comma l.f., è stato precisato che il professionista che attesta la veridicità dei dati aziendali esposti dall'imprenditore e la fattibilità del piano di concordato preventivo è “*designato dal debitore*”; e, sempre relativamente al concordato preventivo al 2° comma del medesimo articolo è stata introdotta la lett. e) ove si prevede che il debitore col ricorso deve presentare anche “*un piano contenente la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta*”, nonché al 3° comma, che in caso di modifiche sostanziali delle proposta o del piano deve essere presentata una analoga relazione di fattibilità da parte del professionista attestatore.

Il requisito della nomina del professionista da parte dell'imprenditore è stato reso esplicito anche nell'ambito dell'accordo di ristrutturazione dei debiti e, sempre in tale contesto il giudizio del professionista è stato reso conforme a quello già previsto per il concordato preventivo per quanto riguarda la “*veridicità dei dati aziendali*” ma richiedendosi ora anche la positiva valutazione circa la “*attuabilità dell'accordo stesso con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei*” nel rispetto del termine di centoventi giorni dall'omologazione per i crediti già scaduti e di centoventi dalla scadenza per quelli ancora non scaduti (art. 182 *bis*, 1° comma l.f.).

E' stato poi introdotto l'art. 169 *bis* l.f. grazie al quale, nell'ambito del concordato preventivo, il debitore può chiedere al Tribunale di essere autorizzato a sciogliersi dai contratti in corso di esecuzione o la relativa sospensione per 60 giorni, prorogabili una sola volta, a fronte di un indennizzo a favore dell'altro contraente.

Per questi e per altri, più approfonditi rilievi si rimanda a BOTTAI L.A., *Revisione della legge fallimentare per favorire la continuità aziendale*, in *Fall.*, 2012, 924 ss. e a BALESTRA L., *I finanziamenti all'impresa in crisi nel c.d. Decreto sviluppo*, in *Fall.*, 2012, 1401 ss.

⁸¹ Rinviando al capitolo IV l'analisi della neo introdotta fattispecie penale, val la pena fin da subito prendere in considerazione altre due norme introdotte dal d.l. n. 83 del 2012 per i rilievi in termini di rilevanza penale ai fini proprio dell'art. 236 *bis* l.f.. Si tratta in primo luogo delle “*Disposizioni in tema di finanziamento e di continuità aziendale nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti*” di cui all'art. 182 *quinquies* l.f. con cui si prevede che il debitore che chiede l'ammissione a tali procedure può essere autorizzato dal Tribunale a contrarre finanziamenti prededucibili ai sensi dell'art. 111 l.f. “*...se un professionista designato dal debitore in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), verificato il complessivo fabbisogno finanziario dell'impresa sino all'omologazione, attesta che tali finanziamenti sono funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori*”, in modo così da consentire all'imprenditore di arrivare all'omologazione dell'accordo senza dover interrompere l'attività aziendale. Sempre in tale contesto l'imprenditore può poi chiedere l'autorizzazione al pagamento di “*crediti anteriori per prestazione di beni e servizi*” quando il professionista munito dei soliti requisiti attesti che “*tali prestazioni sono essenziali per la prosecuzione dell'attività di impresa e funzionali ad assicurare la migliore soddisfazione dei crediti*”; obbligo di attestazione che peraltro non sussiste per i pagamenti fatti fino a concorrenza dell'ammontare di nuove risorse finanziarie che vengano apportate al debitore senza obbligo di restituzione o con obbligo di restituzione postergato alla soddisfazione dei creditori. I pagamenti e le operazioni di

1.7: Il nuovo volto della legge fallimentare: nuovi strumenti e direttici di fondo

Il quadro che emerge dall'affastellante incedere legislativo, testimonia, oltre che la grave mancanza di una visione sistematica (che, come si avrà modo di anticipare a breve, rappresenta un pesante deficit di credibilità per delle innovazioni legislative calate in una realtà non altrettanto adeguatamente ammodernata), che una strada è stata in ogni caso imboccata da parte del legislatore. Non v'è dubbio infatti che oggi il panorama normativo che viene offerto alla problematica della crisi dell'impresa si connota di strumenti che, pur dovendo scontare vari profili problematici frutto del loro parto a singhiozzo, indicano chiaramente il *favor* legislativo per soluzioni alternative al fallimento e con le fondamenta solidamente poste nell'accordo tra l'imprenditore e i creditori.

finanziamento autorizzati dal giudice sono stati inoltre "esentati" dai reati di bancarotta ai sensi dell'art. 217 *bis* l.f.; necessità quanto mai attuale, posto che la norma introdotta postula una (ulteriore) chiara deroga rispetto al principio della *par condicio creditorum*.

Come già messo in evidenza, il legislatore già nel 2010 era intervenuto introducendo l'art. 182 *quater* in tema di prededuzione dei finanziamenti concessi in funzione della presentazione di una domanda di omologa dell'accordo di ristrutturazione dei debiti (c.d. finanza ponte), ma tale novità non aveva raggiunto l'auspicato fine di assicurare adeguatamente del mondo bancario, necessario protagonista principale di tutte i piani di risanamento; con l'introduzione dell'art. 182 *quinquies*, la finalità quindi è di dare maggiore sicurezza alla attività di finanziamento attraverso il possibilità ottenere finanziamenti prededucibili ai sensi dell'art. 111 l.fall. Sul tema si rimanda a LAMANNA F., *La problematica relazione tra pre-concordato e concordato con continuità aziendale alla luce delle speciali autorizzazioni del tribunale*, in *www.ilfallimentarista.it*, 2012, 10 ss.

Ancora, altra novità è quella del nuovo art. 186 *bis* l.f. in tema di "Concordato con continuità aziendale" teso a favorire la prosecuzione dell'attività dell'impresa, anche attraverso la cessione dell'azienda in esercizio o con il conferimento della stessa in esercizio in una o più società, anche di nuova costituzione; in tal caso la relazione del professionista di cui all'art. 161, 3° comma deve "attestare che la prosecuzione dell'attività di impresa prevista dal piano di concordato è funzionale al migliore soddisfacimento dei creditori"; inoltre, per quanto a noi interessa, è previsto che "L'ammissione al concordato preventivo non impedisce la continuazione di contratti pubblici se il professionista designato dal debitore di cui all'articolo 67 ha attestato la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento"; addirittura l'ammissione al concordato preventivo non impedisce che l'impresa partecipi a procedure di assegnazione di contratti pubblici quando la stessa presenti "una relazione di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), che attesta la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento del contratto".

Da ultimo merita menzionare la nuova disciplina del c.d. concordato "in bianco" o "con riserva", contenuta ai commi 6° e ss. dell'art. 161; si tratta della possibilità di anticipare gli effetti protettivi del concordato attraverso il semplice deposito di un ricorso contenente la sola domanda di ammissione al concordato, insieme ai bilanci degli ultimi tre esercizi, senza obbligo di contestuale allegazione contestuale del piano concordatario e dell'ulteriore documentazione normalmente necessaria. All'atto del deposito del ricorso, il giudice delegato assegna al debitore un termine, compreso fra 60 e 120 giorni (ulteriormente prorogabile di ulteriori 60 giorni in presenza di giustificati motivi) per integrare il ricorso stesso. Tramite la proposizione di questa domanda dal contenuto semplificato si consente al debitore di beneficiare immediatamente degli effetti "protettivi" che sarebbero garantiti dalla presentazione di una domanda di concordato completa, permettendogli di predisporre nel frattempo la proposta di concordato preventivo oppure di un piano di ristrutturazione, evitando così l'aggressione del proprio patrimonio e il conseguente aggravarsi della situazione di crisi.

Appare allora utile spendere alcune parole per caratterizzare i tratti più qualificanti dei nuovi strumenti per poter svolgere poi formulare un giudizio di sintesi utile ai fini del presente lavoro.

1.7.1: La nuova disciplina dell'azione revocatoria e il c.d. "piano attestato di risanamento"

In primo luogo sono state previste significative modifiche relative alla disciplina dell'azione revocatoria fallimentare (art. 67 l.f.) volte a depotenziarne l'istituto; e ciò sia attraverso il dimezzamento del c.d. "periodo sospetto"⁸² sia attraverso l'introduzione di una nuova serie di rilevanti esenzioni. In particolare, per la finalità della soluzione della crisi di impresa che in tal sede interessa va segnalata, oltre alla previsione di cui alla al 3° comma, lett. g)⁸³, quella prevista alla lett. e) relativa a "gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione di un concordato preventivo, nonché dell'accordo omologato ai sensi dell'art. 182 bis nonché gli atti e i pagamenti e le garanzie legalmente posti in essere dopo il deposito del ricorso di cui all'articolo 161" e soprattutto l'esenzione relativa al già delineato "piano attestato di risanamento" di cui alla lett. d)⁸⁴. Tale strumento consiste in un accordo di carattere

⁸² Più in dettaglio, il periodo sospetto dei nn. 1, 2 e 3 del 1° comma dell'art. 67 l.f. è passato da due a un anno dalla data della dichiarazione di fallimento, mentre le previsioni di cui al n. 4 del 1° comma e del 2° comma sono state ridotte da 1 anno a sei mesi dal medesimo termine.

⁸³ Si tratta dell'esenzione relativa ai "pagamenti di debiti liquidi ed esigibili eseguiti alla scadenza per ottenere la prestazione di servizi strumentali all'accesso alla procedure concorsuali di amministrazione controllata e di concordato preventivo"; rientrano, in tal caso, ad esempio, il pagamento del compenso del c.d. professionista attestatore incaricato della relazione prevista al (rinnovato) art. 161 l.f. Almeno un cenno merita anche l'esenzione dalla revocatoria prevista dalla lett. b), delle "rimesse effettuate su un conto corrente bancario, purchè non abbiano ridotto in maniera consistente e durevole l'esposizione debitoria del fallito nei confronti della banca"; così FERRI JR. G., Voce "Procedure concorsuali (riforma delle), I) profili sostanziali", in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 2005, 6.

⁸⁴ Per la connotazione del piano non si può che rimandare al testo dell'attuale art. 67, 3° comma, lett. d) l.f. di cui alla precedente nota n. 80. Vale la pena ricordare che nella versione del "piano attestato" uscita dalla prima novella del 2005, era prescritto che la "ragionevolezza" del piano dovesse essere attestata ai sensi dell'art. 2501 bis del codice civile, norma che, in tema di fusione a seguito di acquisizione con indebitamento prevede, che "La relazione di cui all'articolo 2501-sexies, attesta la ragionevolezza delle indicazioni contenute nel progetto di fusione ai sensi del precedente secondo comma".

Successivamente, con il terzo "step" di riforma della legge fallimentare, ad opera del d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169 è stata aggiunto l'ulteriore requisito per il professionista asseveratore di essere "iscritto nel registro dei revisori contabili e che abbia i requisiti previsti dall'articolo 28, lettera a) e b)", ovvero, rispettivamente, essere avvocati, dottori commercialisti, ragionieri e ragionieri commercialisti, oppure studi professionali associati o società tra professionisti, sempre che i soci delle stesse abbiano i requisiti professionali di cui alla precedente lett. a) poiché, in tal caso, all'atto dell'accettazione dell'incarico, deve essere designata la persona fisica responsabile della procedura.

Le esenzioni previste alle lett. d), e) e g) (rispettivamente, gli atti relativi ad un piano attestato di risanamento, gli atti esecutivi di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato e i pagamenti necessari per l'accesso ad un concordato preventivo) sono caratterizzati dall'essere tutti atti finalizzati al superamento della crisi di impresa; viceversa le altre esenzioni sono classificabili come atti destinati a favorire il mantenimento in vita

stragiudiziale - quindi garantisce l'assenza di pubblicità della situazione di difficoltà dell'impresa e può essere predisposto in qualsiasi stato verso l'impresa, attesa l'assenza di riferimenti oggettivi nella norma in esame - ed è predisposto unilateralmente dall'imprenditore o comunque attraverso l'accordo tra le parti, con l'ovvia conseguenza che il relativo vincolo si formerà esclusivamente tra le parti che vi hanno aderito, dovendo gli ulteriori debiti non compresi essere soddisfatti all'originaria scadenza.

La particolarità dello strumento risiede quindi nell'assenza di alcun controllo *ex ante* sul piano - cui peraltro non è imposto normativamente alcun contenuto necessario se non la finalità del conseguimento del risanamento debitorio e del riequilibrio finanziario - essendo invece demandato il controllo circa la sua fattibilità e la veridicità dei dati aziendali esposti alla certificazione di un professionista. In tal modo si vuole garantire protezione a tale strumento che scontava, altrimenti, l'incertezza della sorte degli atti posti in essere in esecuzione dell'accordo nel caso in cui fosse sopraggiunto il fallimento⁸⁵.

Del resto, in una cornice più generale, si può certamente affermare che con l'introduzione di tali esenzioni dall'azione revocatoria si è voluto garantire un sicuro ombrello protettivo per i nuovi (o rinnovati) istituti messi a disposizione della crisi di impresa, il concordato preventivo (artt. 160 ss. l.f.), l'accordo di ristrutturazione dei debiti (art. 182 *bis* l.f.) e, appunto, il c.d. piano attestato di risanamento di cui all'art. 67, comma 3°, lett. d), per la ovvia considerazione che il loro successo è senza dubbio alcuno proporzionale al grado di stabilità giuridica degli effetti di cui tali strumenti potranno godere⁸⁶.

dell'impresa (lett. a), pagamenti di beni e servizi effettuati nell'esercizio dell'attività d'impresa nei termini d'uso; lett. b), le rimesse in conto corrente bancario, tranne quelle che hanno ridotto in maniera consistente e durevole l'esposizione debitoria del fallito nei confronti della banca; lett. f), i pagamenti dei corrispettivi per prestazioni di lavoro) oppure sono atti che svolgono una c.d. "funzione sociale" (lett. c), relativo a contratti di vendita e preliminari di vendita trascritti ai sensi dell'art. 2645 *bis* c.c. relativi a beni immobili destinati a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o dei suoi parenti e affini entro il terzo grado purchè conclusi a giusto prezzo); per tale distinzioni FEUCEGLIA G. - ROCCO DI TORREPADULA N., *Diritto dell'impresa in crisi*, cit., 184 ss.

⁸⁵ Per questi brevi rilievi sull'istituto in esame BENZI D., *Le esenzioni di cui alle lett. d) ed e)*, in L. GHIA, C. PICCININI, F. SEVERINI, *Trattato delle procedure concorsuali*, 6, *I reati nelle procedure concorsuali. Gli adempimenti fiscali*, Torino, 2012, 241 ss.; GUERRIERI G., *Sub art. 67*, in A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, VI° ed., Padova, 2013, 436 ss.; SANZO S., *Il piano di risanamento attestato*, in *Giur. It.*, 2010, p. 2473 ss.; FERRO M., *Sub art. 67, co. 3, lett. d)*, in M. FERRO (a cura di), *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, 3° ed., Padova, 2014, 884 ss., nonché AA.VV., *I piani di risanamento. La tutela dei finanziamenti*, in *Le soluzioni concordate delle crisi di impresa*, cit., 101 ss.

⁸⁶ Appare fin troppo facile mettere già in evidenza che, quindi, il successo di tali strumenti è garantito esclusivamente attraverso una completa protezione giuridica che derivi dalla certezza di non incorrere, al contempo, in condotte penalmente rilevanti, chiaro altrimenti, l'evidente scarso *appeal* di tali procedure.

1.7.2: Il nuovo concordato preventivo

Altra importante modifica è quella relativa allo strumento del concordato preventivo, sottoposto ad una massiccia opera di *restyling* al fine di ampliarne l'utilizzo attraverso un allargamento delle condizioni ed il superamento della sua originaria connotazione premiale con la chiara finalità di aumentarne l'appetibilità; dal punto di vista soggettivo il concordato rimane uno strumento di cui può beneficiare l'imprenditore commerciale non piccolo ma, in forte discontinuità con la precedente impostazione, sono stati eliminati i requisiti di meritevolezza originariamente indicate all'art. 160, 1° comma l.f.⁸⁷.

Ulteriore modifica estremamente rilevante è quella relativa al presupposto oggettivo: lo stato di insolvenza, condiviso con il fallimento, viene sostituito dello “*stato di crisi*”. Conscio della difficoltà di garantire una chiara fisionomia ad un presupposto così slegato da chiare connotazioni economico-giuridiche, il legislatore ha ritenuto di lì a breve di “specificare” (le virgolette sono quanto mai volute) che per stato di crisi “*si intende anche lo stato di insolvenza*”⁸⁸.

Altro connotato di novità attiene al piano proposto dall'imprenditore che assume un ruolo centrale nell'intera procedura, spostandone l'asse su connotati marcatamente privatistici rispetto alla versione precedente. Il piano infatti si caratterizza per l'ampia possibilità di contenuto che può avere, in modo che la sua duttilità e flessibilità venga incontro alle esigenze delle varie parti in gioco⁸⁹; inoltre non è più imposta la soddisfazione di una percentuale minima per i creditori chirografari così come i creditori privilegiati devono essere soddisfatti solamente in misura non inferiore a quella realizzabile tramite la liquidazione, ma non più in maniera integrale⁹⁰, quindi con

⁸⁷ Sempre in tale ottica deve essere letta l'eliminazione tanto di ogni valutazione circa la meritevolezza da parte del Tribunale del precedente art. 181 l.f., quanto della necessità di allegare alla domande di ammissione alla procedura una descrizione delle causa che hanno portato all'insolvenza (originario art. 161, 1° comma l.f.).

⁸⁸ Tale “chiarimento” è avvenuta ad opera del ravvicinato d.l. 30 dicembre 2005, n. 273, convertito con modifiche in l. 23 febbraio 2006, n. 51. Per la doverosa analisi sul punto si rimanda al § 3.2.1. Va peraltro subito sottolineato che, essendo venuta meno la possibilità di dichiarazione di fallimento ad istanza d'ufficio (art. 6), attesa ora la non omogeneità di presupposti tra il fallimento e il concordato preventivo, l'insolvenza può essere accertata solamente su domanda dei creditori o del pubblico ministero (art. 162, 2°) e non più d'ufficio dal giudice, aumentando così ulteriormente l'appetibilità dello strumento in esame.

⁸⁹ Il piano può infatti prevedere la ristrutturazione dei debiti (da intendersi come la variazione quantitativa e/o il riscadenziamento degli stessi debiti) e la soddisfazione dei debiti da attuarsi non più attraverso le rigide formule dell'antecedente modello - concordato con garanzia, concordato con cessione dei beni e c.d. concordato misto - ma con “*qualsiasi forma*”, ovvero, a titolo esclusivamente esemplificativo la lett. a) del comma 1° dell'art. 160 l.f. elenca “*cessione di beni, acollo, o altre operazioni straordinarie, ivi compresa l'attribuzione ai creditori, nonché a società da questi partecipate, di azioni, quote ovvero obbligazioni, anche convertibili in azioni, o altri strumenti finanziari e titoli di debito*” e alla lett. b) è previsto la possibilità che le attività dell'impresa debitrice siano attribuite ad un assuntore.

⁹⁰ Così l'attuale art. 160, 2° comma l.f., introdotto ad opera del d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169. A tal fine, prosegue la norma, si deve fare riferimento ai valori di mercato dei beni o dei diritti sui quali sussiste la causa di prelazione così come espressi in una relazione giurata di un

un innovativa sterzata rispetto alla necessità di rispettare la regola della *par condicio creditorum* che aveva rappresentato un pesante fardello rispetto alla concreta appetibilità dello strumento *ante* riforma. Inoltre, il piano può prevedere la suddivisione dei creditori in classi secondo criteri di posizione giuridica ed interessi economici omogenei (art. 160, 1° comma, lett. c) il cui trattamento può variare da classe a classe (lett. d), purchè non sia alterato l'ordine delle cause legittime di prelazione (art. 160, 2° comma). L'effetto della presentazioni del piano è quello di congelare le azioni esecutive sul patrimonio del debitore fino al momento in cui il decreto di omologazione del concordato diventa definitivo (art. 168 l.f.).

Ad accentuare ulteriormente la “privatizzazione” della procedura, l'art. 161, 3° comma l.f. prevede che l'imprenditore debba presentare al momento del deposito del ricorso, tra gli altri documenti, una relazione elaborata da parte di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, 3° comma, lett. d), che “*attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano medesimo*”⁹¹. Viene inoltre facilitata l'approvazione del piano, essendo ora sufficiente il voto favorevole della maggioranza dei creditori ammessi al voto; nel caso che siano state previste diverse classi, servirà inoltre la maggioranza nel maggior numero di classi⁹².

A tali connotati di privatizzazione della procedura si somma poi una rilevante degiurisdizionalizzazione: oltre ad essere sparito il controllo circa la meritevolezza dell'imprenditore e la convenienza economica del concordato per i creditori, rimessa in definitiva ai medesimi sulla base dei dati esposti dall'imprenditore ed attestati dal professionista, il Tribunale, oltre a dover vigilare sui criteri di formazione della classi predisposte nel piano (art. 163, 1° comma l.f.), deve limitarsi, una volta che il progetto sia stato approvato, ove non sussistano opposizioni, ad omologare il concordato, “*verificata la regolarità della procedura e l'esito delle votazioni*” (art. 180, 3° comma l.f.)⁹³. In definitiva, la fase giudiziaria che permane è volta, una volta superati tali controlli, al raggiungimento dell'approvazione dell'accordo attraverso la nomina del giudice delegato e del commissario giudiziale e, quindi, la convocazione dei creditori per esprimere il loro voto. Nel frattempo, tuttavia, il debitore mantiene l'amministrazione dei propri beni e l'esercizio dell'impresa sotto la vigilanza del commissario giudiziale, con le necessarie autorizzazioni del giudice delegato per gli atti di straordinaria amministrazione (art. 167 l.f.)⁹⁴.

professionista in possesso dei requisiti già prima posti in evidenza di cui all'art. 67, 3° comma, lett. d) l.f.

⁹¹ Questo il testo uscito dal ritocco ad opera del d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169.

⁹² Così l'art. 177 l.f. nella versione *post* d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169.

⁹³ In caso di opposizioni da parte di un creditore dissenziente o comunque escluso dalla votazione, si apre un vero e proprio giudizio con l'assunzione di mezzi istruttori su richiesta delle parti o disposti d'ufficio.

⁹⁴ Per quanto riguarda l'istituto in esame, in particolare, CASSANDO T.E., *Il concordato preventivo*, in U. APICE (diretto e coordinato da), *Trattato di diritto delle procedure concorsuali*, vol. III, *Le altre procedure concorsuali, reati fallimentari, problematiche comunitarie e trasversali, fallimento e fisco*, Torino, 2011, 5 ss.; JORIO A., *Il concordato preventivo* in A. JORIO M. FABIANI (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare. Commentario sistematico*, Bologna, 2010, 963 ss.; DIMUNDO F., *Sub art. 160*, in G. LO CASCIO (diretto da), *Codice commentato del fallimento*, I° ed., Milano, 2008, 1423 ss.; AA. VV., *Il*

Ne deriva quindi che il concordato preventivo ora vigente consente due finalità alternative, dipendenti dalla libera esplicazione della autonomia privata delle parti in gioco: oltre all'obiettivo del soddisfacimento dei creditori tramite modelli liquidatori, volti ad evitare il fallimento, si staglia anche quello di risanamento dell'impresa, volto anch'esso ad evitare l'epilogo del fallimento attraverso la prosecuzione dell'attività da parte dell'imprenditore o di soggetti terzi.

1.7.3: L'accordo di ristrutturazione dei debiti

A completare i nuovi strumenti di composizione della crisi, la legge n. 80 del 2005 ha introdotto i nuovi accordi di ristrutturazione di debiti all'art. 182 *bis* l.f., uno strumento ibrido tra la strada stragiudiziale e quella pubblica⁹⁵. Anche in tal caso il presupposto oggettivo è anticipato allo stato di crisi⁹⁶ ed anche in tal caso vi è un effetto immediato consistente, dalla data di pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese, di impedire per sessanta giorni l'inizio o la prosecuzione delle azioni esecutive o cautelari⁹⁷. Qui però, a differenza che nel concordato preventivo (ove, come detto, vi è una prima fase di verifica da parte del tribunale, a seguito della quale si apre l'iter di approvazione da parte dei creditori) l'accordo coi creditori, che devono rappresentar almeno il 60 % del debito complessivo⁹⁸, è raggiunto stragiudizialmente.

Solo una volta che sia depositato presso il Tribunale competente l'accordo, insieme alla medesima documentazione richiesta *ex art.* 161 l.f. in tema di concordato preventivo nonché ad una relazione redatta da un professionista, scelto dal debitore e coi requisiti di cui all'art. 67, 3° comma, lett.d) che attesti la “*veridicità dei dati aziendali*” e l’ “*attuabilità dell'accordo stesso con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei*” in termini diversi a seconda che i crediti siano o meno già scaduti, vi è un controllo del Tribunale sulla completezza della documentazione e sulle

concordato preventivo, in *Le soluzioni concordate delle crisi di impresa*, cit., 15 ss.; AMBROSINI S., *Il concordato preventivo: controllo giudiziale sulla domanda e sulla formazione delle classi*, in *Giur. It.*, 11/2010, p. 2453 ss.; GALLETTI D., *Sub art. 160*, in A. JORIO (diretto da) e M. FABIANI (coordinato da), *Il nuovo diritto fallimentare*, 2006, 2268; AUDINO A., *Sub art. 160*, cit., 1049 ss.; RIVOLTA C. – PAJARDI A., *Sub art. 182 bis* in P. PAJARDI, *Codice del fallimento*, a cura di M. BOCCHIOLA A. PALUCHOWSKI, Milano, 2009, 1678 ss.

⁹⁵ GUGLIELMUCCI L., *Diritto fallimentare*, cit., 14.

⁹⁶ Così prevede esplicitamente il 1° comma dell'art. 182 *bis* l.f. dopo la novella ad opera del d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169.

⁹⁷ Effetto che, ai sensi del comma 5° dell'art. 182 *bis* l.f., introdotto dal d.l. 31 maggio 2010, n. 78, convertito con modifiche in l. 30 luglio 2010, n. 122, è stato esteso anche nel corso delle trattative, sempre che l'imprenditore depositi presso il tribunale competente una proposta d'accordo corredata da un'autocertificazione dell'imprenditore che sono in corso trattative con creditori che rappresentino almeno il 60 % dei crediti e da una dichiarazione di un professionista con i requisiti di cui all'art. 67, 3° comma, lett. d) circa l'idoneità della proposta, se accettata, ad assicurare il regolare pagamento dei creditori con i quali sono in corso trattative o che comunque hanno negato la propria disponibilità a trattare.

⁹⁸ Ma, pacificamente, potrebbe trattarsi anche di un solo creditore purchè raggiunga tale percentuale rispetto all'ammontare complessivo; *ex pluribus* RIVOLTA C. – PAJARDI A., *Sub art. 182 bis*, cit., 1782.

eventuali opposizioni che siano state presentate dai creditori che non hanno aderito all'accordo finalizzato alla sua omologa. Ovviamente, una volta omologato l'accordo di ristrutturazione, l'imprenditore potrà beneficiare dell'ombrello protettivo relativo all'esenzione dall'azione revocatoria ai sensi dell'art. 67, 3° comma, lett. e), l.f.

Quanto al contenuto dell'accordo, questo non viene specificato dall'art. 182 bis, se non nei termini in cui si prevede che deve garantire "la ristrutturazione dei debiti" e può quindi adattarsi alle esigenze concrete del piano di garantire la soddisfazione integrale dei creditori estranei all'accordo; vi è quindi la massima libertà di contenuto, anche in termini di trattamento differenziale tra i vari creditori aderenti al piano, senza necessità di osservare la *par condicio creditorum*, così come è indifferente che venga offerto un soddisfacimento maggiore per i chirografari rispetto ai creditori privilegiati⁹⁹.

1.7.4: Uno sguardo di sintesi dei nuovi assetti delineati dalle riforme

Avvertendo la necessità di giungere, infine, ad una sintesi di queste pagine, appare doveroso evidenziare alcune direttive riscontrabili tra le pieghe delle varie riforme che sono state inoculate nel tessuto normativo della legge fallimentare del 1942.

A prescindere dal successo dei nuovi strumenti¹⁰⁰, vi sono degli elementi che si stagliano limpidamente nel nuovo panorama legislativo della crisi di impresa e che

⁹⁹ RIVOLTA C. – PAJARDI A., Sub art. 182 bis, cit., 1780 ss.; AMBROSINI S., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in A. JORIO M. FABIANI (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare. Commentario sistematico*, Bologna, 2010, p. 1137 ss.; GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, cit., 351 ss.; LA CROCE G., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Giur. It.*, 2010, 2460 ss.; AA.VV., *Gli accordi di ristrutturazione in Le soluzioni concordate delle crisi di impresa*, cit., 69 ss.; GIRONE L., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 517 ss.; FRASCAROLI SANTI E., Sub art 182 bis, in A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 2009, 1056 ss.

¹⁰⁰ A distanza di un anno dalla prima *tranche* di riforme i dati che emergono da un'indagine svolta (ASSONIME, *Osservatorio della riforma delle procedure concorsuali. Il primo anno di riforma – rapporto di sintesi. Roma settembre 2007, www.ilfallimento.it*, 2007), testimoniano che non tutti i meccanismi pensati per incentivare l'utilizzo delle soluzioni nuove o rinnovate hanno colto nel segno. In particolare viene messo in evidenza lo scarso successo degli accordi di ristrutturazione dei debiti, presentati solamente in sei tribunali in tutto il Paese; lo scarso *appeal* viene giustificato dalla lacunosità della disciplina introdotta e nel conseguente sorgere di nodi interpretativi che di certo non ne hanno favorito il successo, soprattutto per quanto attiene ai presupposti, tanto soggettivi quanto oggettivi dell'istituto, nonché ai poteri del Tribunale in sede di omologa dell'accordo. Quello dell'ampiezza dei poteri del Tribunale - tanto in sede di ammissione alla procedura quanto al momento dell'omologa - peraltro, è un aspetto risultato poco chiaro anche in tema di concordato preventivo, strumento anch'esso non particolarmente "premiato" dagli operatori economici del mercato, visto lo scarso utilizzo fattone pur nella sua rinnovata veste. Altro dubbio che è emerso poi tra gli operatori giuridici è se, pur a fronte della modifica dell'art. 6 l.f. circa l'iniziativa per la dichiarazione di fallimento, il Tribunale potesse o meno dichiararlo di propria iniziativa in caso di ritenuta inammissibilità della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo o in sede di revoca dall'ammissione alla procedura *ex art.* 173 l.f. E, sempre per i fini che interessano, si è evidenziato, da un lato che la riscrittura delle soglie di fallibilità ha portato - come auspicato dalla filosofia della riforma - ad una rilevante riduzione del numero delle aperture delle procedure di fallimento e, dall'altra è stata messa in evidenza una

vanno messi in evidenza per iniziare a focalizzare l'attenzione sulla divergenza ormai palese tra l'impostazione strutturale di quella che – molto impropriamente – possiamo definire la “parte civilistica” della legge fallimentare rinnovata e l'intero impianto penalistico, rimasto sostanzialmente inalterato in questo settennato di riforme.

Pur nelle peculiari caratteristiche di ciascuno dei nuovi strumenti usciti dalle riforme¹⁰¹, emergono delle evidenti linee comuni che rappresentano una scelta di fondo

sensibile diminuzione delle azioni revocatorie proposte a seguito del dimezzamento del c.d. “periodo sospetto”.

Un ulteriore studio elaborato a distanza altri cinque anni, all'esito quindi delle ulteriori riforme apportate (ASSONIME, *Rapporto sull'attuazione della riforma della legge fallimentare e sulle sue più recenti modifiche*, Roma, aprile 2012, in www.webstat.giustizia.it, 2012), ha messo in evidenza dati maggiormente consolidati che meritano di essere riportati. Lo studio ha rilevato nel panorama in esame certamente la centralità del concordato preventivo quale soluzione privilegiata di risoluzione della crisi di impresa, mettendo però in evidenza il fatto che normalmente questo non viene utilizzato ai fini della continuità dell'impresa e quindi con la prospettiva di recupero dell'attività bensì per finalità esclusivamente liquidatorie, svilendo così le prospettive per le quali tale strumento era stato pensato. Altro aspetto critico messo in evidenza nello studio è quello relativo al controllo giurisdizionale circa l'accordo che riflette, del resto, l' “evoluzione liquidatoria” che nella prassi sta caratterizzando l'istituto: si riscontra infatti un forte controllo da parte dei Tribunali sulla proposta di concordato, una sorta di trattativa sul contenuto della proposta tra il debitore e gli organi della procedura, anziché tra il debitore e i creditori come invece tale snodo era stato pensato (basti rilevare che i dati testimoniano che in oltre la metà dei casi tra l'ultimo trimestre del 2010 e il primo del 2011 per i concordati presentati sono state richieste integrazioni, modifiche della proposta o integrazioni della relazione attestativa). Ulteriore novità scarsamente utilizzata si è rilevata poi essere la possibilità di suddivisione in classi dei debitori (strumento utilizzato solamente nel 29 % dei concordati presentati nel periodo preso in considerazione) mentre si rileva una direttiva abbastanza univoca in ordine alla circostanza che in caso di rigetto della proposta, il Tribunale non proceda alla dichiarazione di fallimento (74 % dei casi presi in considerazione nel periodo tra l'ultimo trimestre 2010 e il primo trimestre 2011); nella maggioranza dei casi invece alla mancata omologazione del concordato ha fatto seguito la dichiarazione di fallimento su istanza dei creditori o del pubblico ministero.

Sempre in relazione al concordato preventivo permangono criticità irrisolte sull'ampiezza del potere valutativo del giudice in sede di ammissione alla procedura, auspicando lo studio un nuovo intervento volto a delimitarne maggiormente i confini ai fini della certezza dell'intero impianto della procedura e, di conseguenza, del successo dello strumento.

Quanto agli accordi *ex art. 182 bis l.f.*, è confermato il loro scarso utilizzo nonostante le modifiche introdotte dal d.l. 78 del 2010 in tema di prededucibilità della nuova finanza per la predisposizione dell'accordo e per la sua esecuzione, che però - si rileva - nella realtà dei fatti poi viene scarsamente erogata. Viceversa si registra un buon utilizzo del nuovo strumento volto al blocco delle azioni esecutive da parte dei creditori nella fase antecedente l'iscrizione dell'accordo nel registro delle imprese, durante la trattativa con i creditori. Da ultimo il controllo del Tribunale in sede di omologa continua a concretizzarsi in un controllo sulla fattibilità del piano anziché una mera verifica del raggiungimento del consenso da parte dei creditori.

¹⁰¹ E' chiaro che ad influenzare la scelta dello strumento concretamente più adeguato al superamento della crisi dovranno essere presi in considerazione una serie di fattori contingenti ed eterogenei: l'entità economico-strutturale della crisi (con favore per lo strumento del concordato - che garantisce l'efficacia *ultra partes* - quanto più grave si presenti la situazione sotto tale aspetto), la tipologia di intervento di ristrutturazione che si intende attuare (in caso di interventi più “leggeri” ovviamente si preferirà il piano attestato di risanamento, ove invece la crisi richieda interventi più radicali e variegati quanto agli strumenti giuridici saranno più indicati

operata dal legislatore in una direzione di marcata discontinuità rispetto all'aspetto originario della legge del 1942.

In primo luogo, alla necessità di anticipare la possibilità di intervento in un momento in cui sia ancora possibile sfruttare positivamente gli *assets* aziendali dotati di capacità produttiva è stata data risposta con l'introduzione del presupposto oggettivo dello “*stato di crisi*”¹⁰². Si tratta, è bene anticiparlo, di un dato normativo che sconta però un gravoso deficit in termini di determinatezza, i cui contorni rimangono irrimediabilmente indefiniti anche dopo che il legislatore ha “specificato” – le virgolette sono quanto mai d'obbligo - che “*per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza*”¹⁰³. Ad ogni modo, al di là di tale aspetto, è comunque forte l'intenzione di fornire strumenti ed anzi, incentivare iniziative da prendere in un momento in cui l'impresa non sia già destinata ad un declino irrimediabile e possa invece rilanciarsi nel panorama economico una volta che la catarsi economica sia stata portata a termine.

Altro snodo fondamentale è quello della fiducia nello strumento negoziale quale metodo compositivo della crisi; un “piano” (quello attestato o del concordato preventivo) o un “accordo” (di ristrutturazione dei debiti) che goda della forza giuridica della volontà condivisa circa il percorso da attuare quale migliore sorte per entrambe le parti. Volendo sintetizzare gli elementi di matrice comune, anche per le rilevanti implicazioni di carattere penalistico, va messo in evidenza che tali piani e accordi trovano equilibrio da un lato in dati relativi all'impresa idonei a rappresentare la situazione economica, patrimoniale e finanziaria della stessa, dall'altro in valutazioni di carattere prospettivo, variamente definite, ma tutte in definitiva incentrate sulla prognosi di possibilità che l'impresa superi lo stato di difficoltà¹⁰⁴.

Inoltre, la forza peculiare di tali accordi si manifesta tanto nella circostanza che per produrre gli effetti voluti l'intesa deve raggiungere non la totalità ma solamente una

il concordato o l'accordo di ristrutturazione), la composizione del ceto creditorio (così in caso di numero circoscritto di creditori potrà risultare utile un accordo stragiudiziale - anche se è una soluzione che tradizionalmente ha incontrato poco successo in caso di interlocutori bancari per le possibili ricadute in termini di responsabilità tanto civile quanto penale nel caso in cui l'erogazione finanziaria non abbia poi evitato il fallimento - mentre gli altri due strumenti “godono” di un controllo giudiziario, seppur decisamente contenuto), l'esigenza di riservatezza da preservare (soddisfatte, ovviamente, dal piano attestato) o l'esigenza di bloccare immediatamente azioni esecutive e cautelari individuali (tramite il concordato preventivo o l'accordo di ristrutturazione dei debiti). Queste e più approfondite considerazioni in LOMBARDI G. – BELTRAMI P.D., *I criteri di selezione della procedura più adatta al risanamento di un'impresa in crisi*, *Giur. comm.*, 2011, 713 ss.

¹⁰² Presupposto espressamente previsto tanto per il concordato preventivo quanto per l'accordo di ristrutturazione dei debiti; per quanto riguarda il piano attestato va detto che il presupposto dello stato di crisi è da ritenere certamente in maniera intrinseca; *ex pluribus* BENZI D., *Le esenzioni di cui alle lett. d) ed e)*, cit., 244.

¹⁰³ Inoltre tale astrattezza normativa è tanto più evidente ove si consideri che, invece, la nozione di insolvenza all'art. 5, 2° comma l.f. – incentrata come noto nella manifestazione esterna dell'impossibilità di pagare regolarmente le proprie obbligazioni – gode di una connotazione quanto meno accettabile.

¹⁰⁴ Si veda sul punto MUCCIARELLI F., *Stato di crisi, piano attestato, accordi di ristrutturazione, concordato preventivo e fattispecie penali*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2009, 841 ss.

percentuale della massa complessiva dei crediti dell'impresa¹⁰⁵, quanto nell'elasticità e nella duttilità di tali strumenti, in grado di adattarsi alle esigenze delle parti in gioco, addirittura - vero mutamento copernicano – anche con la possibilità di contravvenire alla regola della *par condicio creditorum* con l'inedita possibilità di divisione dei creditori in classi.

In questa prospettiva di gestione della crisi che vira con decisione verso binari marcatamente privatistici, il legislatore poi ha deciso di affidare la rappresentazione della situazione della impresa, quale passaggio prodromico all'accesso alle procedure, allo stesso imprenditore. E' lui infatti direttamente a delineare la situazione economica, patrimoniale e finanziaria dell'impresa, il numero e l'entità qualitativa dei suoi creditori ed è un professionista, da lui nominato, che è chiamato ad attestare sia la veridicità delle informazioni esposte dall'imprenditore e sulle quali la volontà della massa creditoria è chiamata ad esprimersi ma soprattutto la positiva tenuta del piano di salvataggio. Si tratta sicuramente di un primo momento di recupero del profilo pubblicistico nell'assetto complessivo della procedura ma, d'altro canto non si può scordare che questa figura rimane profondamente vicina all'imprenditore, già per quanto attiene alla sua nomina, anche se va dato atto del tentativo delle ultime novelle di accentuarne il requisito dell'indipendenza in termini maggiormente oggettivi.

Quest'ultimo aspetto sollevato merita di essere sottolineato con particolare attenzione: pur col succedersi di riforme a distanza di svariati anni l'una dall'altra, sembra infatti potersi intravedere un dato metodologico assunto a regola di sistema: la scelta di trasferire il controllo economico-giuridico dal Tribunale alla figura del "professionista attestatore" in questi anni è stata confermata ad ogni episodio di intervento legislativo - da ultimo nella procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento del 2012 – tanto da potersi riconoscere un consolidamento convinto a favore di questa modalità di intervento.

Da ultimo poi, in una sorta di struttura che ricorda quella dei vasi comunicanti, all'espansione del controllo di tale figura professionale si è assistiti ad un sensibile arretramento del momento giurisdizionale di controllo, tanto in tema di ammissione alle procedure che al momento della omologa dell'accordo. Tuttavia, anche sotto tale profilo va messo in evidenza l'assenza di una precisa indicazione legislativa di fino a quale sia il punto ove tale accertamento è arretrato, dando luogo ad un fitto dibattito che probabilmente non troverà un punto di equilibrio stabile neppure a seguito della pronuncia a Sezioni Unite del 2013 in tema di concordato preventivo¹⁰⁶.

Ed allora, volendo procedere ad un'ulteriore operazione di sintesi, può certamente affermarsi che ciò che esce da questo settennato di riforme testimonia un

¹⁰⁵ Lo si ripete, solo la metà della massa complessiva dei crediti per quanto attiene il concordato preventivo (art. 177 l.f.) e la percentuale del 60 % per l'accordo di ristrutturazione dei debiti. Ovviamente per quanto riguarda il piano attestato, il concetto di percentuale della massa complessiva dei crediti non rileva.

¹⁰⁶ Ci si riferisce ovviamente a Cass. Civ., Sez. Unite, 23 gennaio 2013, n. 1521, sulla quale si avrà modo di tornare ampiamente al capitolo II.

cambiamento di prospettiva che ha radici profonde e antecedenti risalenti nel tempo, cui, in qualche modo si è finalmente giunti a riconoscere concretezza legislativa.

Non si può negare che sia ormai avvenuto il passaggio da quella filosofia esclusivamente liquidatoria e irrimediabilmente afflittiva nei confronti dell'imprenditore insolvente a un assetto poliedrico ove, accanto - ed anzi, forse davanti - alla soddisfazione delle pretese creditorie si staglia la necessità di salvare l'impresa economica con quanto ne consegue in termini di ricadute positive sotto la prospettiva non solamente economica ma anche sociale e collettiva. L'impresa assurge così al rango di bene giuridico, da garantire e da preservare, una lente attraverso cui rileggere gli istituti giuridici riformati e fornire la risposta di contemporanea attualità alla domanda con cui si è ritenuto di aprire il presente capitolo.

Capitolo II: Piani, accordi e rischio di responsabilità penale dei protagonisti del risanamento.

SOMMARIO: 2.1: Approccio al problema: miopie (legislative) e riflessi (penalistic) – 2.2: Il rischio penale per le operazioni e i pagamenti realizzati in esecuzione dei nuovi strumenti concorsuali non andati a buon fine – 2.2.1: I mutati rapporti tra l'azione revocatoria fallimentare e la bancarotta preferenziale – 2.2.2: Introduzione dell'esenzione dai reati di bancarotta (art. 217 *bis* l. fall.): prospettiva di metodo – 2.2.4: Natura giuridica della "esenzione" e conseguenze sul piano applicativo – 2.2.5: I presupposti di operatività della norma – 2.2.5.a): I pagamenti e le operazioni esentate – 2.2.5.b): I piani, gli accordi e gli altri strumenti di risoluzione della crisi previsti dall'esenzione *ex* art. 217 *bis* l. fall.; rapporto con i "pagamenti" e le "operazioni" - 2.2.5.c): Le fattispecie penali "esentate": la bancarotta preferenziale e la bancarotta semplice – 2.2.6.a): I "piani attestati" *ex* art. 67, 3° comma, lett. d) – 2.2.6.b): Gli altri strumenti di risoluzione della crisi d'impresa "esentati" ai sensi dell'art. 217 *bis* – 2.2.6.b).1: La tesi dell'"integrazione" del controllo da parte del giudice penale – 2.2.6.b).2: La tesi della impossibilità da parte del giudice penale di rivalutare i presupposti dei piani e degli accordi – 2.2.6.b).3: La tesi della piena sindacabilità da parte del giudice penale – 2.2.7: Le conseguenze della rivalutazione dei piani e degli accordi da parte del giudice penale - 2.2.8: Le altre operazioni non revocabili *ex* art. 67, 3° comma ma non esentate - 2.2.9: Le altre fattispecie penali rilevanti nell'ambito dei piani e degli accordi ma non esentate.

2.1: Approccio al problema: miopie (legislative) e riflessi (penalistic)

Le pagine che precedono rendono conto di un'evoluzione significativa della disciplina della gestione della crisi di impresa, le cui opzioni, positivizzate nel testo delle riforme, testimoniano scelte nette di politica legislativa. Magari in ritardo, ma chiare ed effettive.

Una discontinuità evidente, voluta e necessaria; non semplici modifiche ad aspetti marginali ma un vero e proprio capovolgimento dell'approccio e della soluzione al problema della crisi aziendale; un mutamento di prospettiva, di risposte e, in definitiva, di fisionomia del problema stesso.

In tale panorama ciò che imbarazza è l'assordante silenzio del legislatore nelle disposizioni penali della legge fallimentare.

Se la stagione delle (auspicate) riforme della regolamentazione della crisi di impresa ha dato alla luce la pluralità di istituti e di meccanismi giuridici che si è cercato di delineare nelle pagine precedenti, l'impianto penalistico della legge fallimentare non ha subito la medesima sorte, rimanendo del tutto immutato; lungi dal rappresentare una scelta ponderata – quasi che il legislatore confidasse in una ricomposizione autopoietica degli sfasamenti prodotti – la prospettiva penalistica alla gestione della crisi di impresa

risulta da un lato inopinatamente ancorata - per non dire zavorrata - ad istituti ormai superati dallo stesso legislatore, ancor prima che dalla prassi economica¹⁰⁷ e, dall'altro, totalmente inadeguato a dare protezione a nuovi interessi plasticamente delineati nelle nuove norme.¹⁰⁸

Le due direttrici problematiche rappresentano il terreno di indagine affidato, *rectius* abbandonato, da un legislatore poco lungimirante allo studioso del diritto penale, chiamato a orientarsi e ad orientare in una selva di norme incriminatrici che più non condividono con le norme civilistiche l'omogeneità dell'essenza come nella loro genesi del 1942.

La suddetta miopia appare grave se solo si pensa che, una volta mutati i connotati degli istituti su cui sono state plasmate le condotte incriminatrici, quest'ultime non possono che perdere l'originaria connotazione di completezza ed effettività: mutando i fattori in gioco il risultato cambia eccome e soprattutto i conti non tornano¹⁰⁹.

L'illogicità di una riforma a metà ha sollevato condivisibili critiche da parte della dottrina unanime; ciò non solo per l'immediato riscontro di rilevanti problemi di coordinamento tra le norme penali, oramai orfane dei loro presupposti giuridici, e del pericolo che i tradizionali meccanismi sanzionatori possano scattare inopinatamente per condotte lesive di interessi e beni giuridici ormai cedevoli rispetto ad altri che le stesse fattispecie non sono in grado di mettere a fuoco, ma, in definitiva, perché ne risulta irrimediabilmente svilita e frustrata la stessa portata effettiva della riforma: tale pericolo,

¹⁰⁷ Solo per anticipare, s'intende far riferimento a pericolo che le astratte previsioni delle norme incriminatrici - in particolar modo l'art. 216, 3° e art. 217 l. fall - possano trovare applicazione per gli istituti di nuovo conio per la soluzione della crisi di impresa alternativa al fallimento che si è precedentemente illustrato.

¹⁰⁸ Con la medesima finalità, si pensi in particolar modo al pericoloso vuoto di tutela lasciato con riguardo alla veridicità delle relazioni e delle attestazioni operate dalla nuova figura del professionista attestatore.

¹⁰⁹ Con maggior impegno esplicativo, se, com'è, il diritto penale dell'economia è chiamato a sanzionare condotte che si snodano tra elementi costitutivi che trovano la loro genesi in istituti autonomamente costituiti ed altrove destinati a regolare un certo momento dell'attività economico-giuridica, ne consegue per forza che "...ogni modifica di quest'ultima parte...si riverbera fatalmente su quella penalistica, perché ne muta silenziosamente gli elementi costitutivi?"; non era possibile trovare migliori parole di quelle di ALESSANDRI A., *Profili penalistici delle innovazioni in tema di soluzioni concordate della crisi di impresa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 113; ugualmente, sul punto, si veda MANGIONE A., *Riflessi penalistici sulla riforma delle procedure concorsuali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 892. In tema di diritto penale societario ma con preziose considerazioni che valgono ugualmente per il nostro discorso C. PEDRAZZI, *La disciplina penale delle società commerciali*, in *Diritto penale. Scritti di diritto penale dell'economia*, III, Milano, 2003, 293 ss.

Sia consentito inoltre riportare il pensiero di un autorevole Autore che, nel più ampio contesto del rapporto tra attività economica e incriminazione evidenzia, che "*i reati economici sono tipici reati artificiali, anzi, se questo aggettivo ha un senso rispetto alla regolazione penalistica, esso lo ha proprio nella materia economica, per sua natura mutevole, dipendente dalle forme assunte dai processi e dai protagonisti della competizione, dalla trama civilistica della disciplina che regola l'attività*"; così ALESSANDRI A., *Attività d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 549; ancora, in tema di rapporti tra diritto penale dell'economia e norma extrapenale SEMINARA S., *Insider trading e diritto penale*, Milano, 1989, 218 ss.

tale rischio penale nella gestione della crisi delle imprese, impedisce alle stesse di intraprendere con serena progettualità la strada dei nuovi istituti poiché ad incombere è la risposta punitiva inalterata del diritto penale; una minaccia – riflessa ma quanto mai accecante – che rappresenta una seria ipoteca sulla percorribilità degli istituti di nuovo conio e, in definitiva, sulla credibilità dell'intero progetto di riforma, svilendone la portata applicativa¹¹⁰.

La riqualificazione della fisionomia della risposta penale è rimasta vittima delle sabbie mobili in cui sono rimasti impantanati i vari progetti di riforma ad ampio respiro dell'intero impianto delle norme penal-fallimentari¹¹¹, incentrati a fornire risposta anche

¹¹⁰ Critici sulla decisione di lasciare inalterata le disposizioni sanzionatorie, in particolare, A. ALESSANDRI, *Profili penalistici delle innovazioni*, cit. 111 ss.; SANDRELLI G.G., *Prime considerazioni sui riflessi della legge 80/05 sul comparto penale della legge fallimentare*, in *Fall.* 2005, 1218 ss.; R. BRICCHETTI, F. MUCCIARELLI, G.G. SANDRELLI, *Le responsabilità penali*, in A. JORIO M. FABIANI (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare. Commentario sistematico*, Bologna, 2010, 1269 ss.; G.G. SANDRELLI, *La riforma della legge fallimentare: i riflessi penali*, in *Cass. pen.*, 2006, 1449 ss.; G. INSOLERA, *Riflessi penalistici della nuova disciplina del concordato preventivo e delle composizioni extragiudiziali della crisi di impresa*, in *Giur. comm.*, 2006, 459 ss.; F. MUCCIARELLI, *Stato di crisi, piano attestato, accordi di ristrutturazione, concordato preventivo e fattispecie penali*, cit., 825 ss.; A. MANGIONE, *Riflessi penalistici sulla riforma delle procedure concorsuali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 891 ss.; G. AMARELLI, *La riforma dei reati fallimentari nel disegno di legge delega n. 1741-C*, in Pisani N. (a cura di), *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, Torino, 2010, 201 ss.

Le stesse preoccupazioni sono espresse chiaramente anche dal mondo economico; queste infatti le parole dell'allora Presidente di Assonime, Luigi Abete nella sua audizione nell'ambito dell'indagine conoscitiva sul disegno di legge C 1741 tenutasi a Roma il 27 aprile 2010 e reperibile presso www.assonime.it/AssonimeWeb2/servlet.Allegati?numero=3511: “E’ di primaria importanza la realizzazione della riforma penale fallimentare generale. Il sistema delle norme penali delineato dalla legge fallimentare è rimasto immutato nel tempo e non appare più coerente con i principi ispiratori delle nuove procedure concorsuali....Gli istituti più nuovi della legge fallimentare son fortemente penalizzati dalla presenza di un rischio penale. Allo stato attuale in caso di esito negativo degli accordi di ristrutturazione dei debiti e dei piani di risanamento, l'imprenditore potrebbe essere imputato per i reati di bancarotta preferenziale e di bancarotta semplice e il finanziatore per il reato di concessione abusiva di credito. Questa situazione comporta un freno e un grave deterrente alla piena attuazione della riforma concorsuale e allo sviluppo degli istituti?”.

¹¹¹ In più occasioni, varie iniziative legislative hanno cercato di risolvere alcune criticità dell'impianto penalistico della legge fallimentare; senza pretesa di esaustività, i vari progetti di riforma del comparto penalistico della legge fallimentare si sono incentrati tanto sulla struttura formale delle fattispecie quanto sugli aspetti più stridenti rispetto ai canoni costituzionali dell'incriminazione.

Sotto il primo profilo si segnala l'abuso del sistema casistico e della tecnica del rinvio tra le norme; effettivamente tale tecnica legislativa comporta per l'interprete problemi di non agevole soluzione che si riverberano sull'effettiva perimetrazione precettiva della norma penale. Segnala infatti ROSSI A., *Reati fallimentari*, in F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale: leggi complementari. I reati fallimentari, tributari, ambientali e dell'urbanistica*, Milano, 2008, 15 che la moltiplicazione propria del sistema casistico comporta la scomposizione del fatto tipico in segmenti che rendono spesso incerta la riconduzione del fatto materiale nella norma entro tale segmentazione; viceversa l'abuso del rinvio produce problemi di coordinamento tra le norme, la cui fisionomia spesso rimane nebulosa.

Per quanto attiene ai vari progetti di riforma, primo in ordine di tempo è stato quello elaborato dalla Commissione Pagliaro del 1991, che nell'ambito del tentativo di riscrittura dell'intero codice penale, prevedeva al Titolo VII, il “grande capitolo dei reati contro l'economia”, il cui Capo VII era dedicato ai reati fallimentari. Come emerge dalla Relazione allo schema di delega legislativa,

finalizzata all'emanazione dell'auspicato nuovo codice penale, del 25 ottobre 1991 (www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_12_1.wp?previousPage=mg_7_7&contentId=SPS31492#intro), i tratti salienti della proposta s'incentrano nell'evitare l'appesantimento delle fattispecie in questione con l'abbandono del metodo casistico e dei rinvii da una disposizione all'altra, nella centralità dell'apertura di una procedura concorsuale per la punibilità del reato e nella centralità della fattispecie della bancarotta (art. 117 del disegno di legge delega); quest'ultima veniva declinata in bancarotta fraudolenta patrimoniale – imperniato sulla causazione o sull'aggravamento del dissesto e sulla volontà di sottrarre attività alla garanzia patrimoniale nei confronti dei creditori; chiara quindi la volontà di caratterizzare la fattispecie da una lato quale delitto di evento, superando così l'attuale configurazione della norma quale reato di pericolo, non essendo necessaria, per la sussistenza dello stesso che le condotte delineate dall'art. 216 l. fall. cagionino l'effettivo danno delle ragioni della massa creditoria ma solo il pericolo di tale evento, dall'altro quale delitto connotato da un più marcato dolo di frode – bancarotta fraudolenta documentale e bancarotta fraudolenta per dissimulazione e occultamento in cui la diminuzione dell'attivo è invece solo apparente. Viceversa la bancarotta semplice era configurata quale mera contravvenzione, connotata dalle medesime condotte che cagionano o aggravano il dissesto, senza il dolo di frode ma solo del fatto tipico o la colpa grave. Coraggiosa infine, per il nostro discorso, la proposta di non rendere punibile la bancarotta semplice in presenza delle procedure di concordato preventivo o di amministrazione controllata, salvo che esse sfocino in una procedura maggiore e ciò al fine dichiarato di *“non scoraggiare l'imprenditore dal chiedere l'ammissione [a tali procedure]...che possono anche consentire il salvataggio dell'impresa”*.

In tempi più recenti meritevole di menzione è la proposta di legge n. 7497 del 14 dicembre 2000 a firma dell'On. Veltroni e altri; nell'ambito di una più ampia delega al Governo per la ambita riforma delle procedure concorsuali attinenti alla crisi di impresa (reperibile presso http://leg13.camera.it/_dati/leg13/lavori/stampati/pdf/7497.pdf).

Concentrandoci sugli aspetti penalistici, si mette in evidenza la sproporzione sanzionatoria delle fattispecie fallimentari, tanto rispetto ad altri delitti di matrice economica e patrimoniale, quanto rispetto alla media degli altri paesi europei; sempre con la lente comparatistica, emerge la necessità di superare la tipizzazione casistica propria della fattispecie di bancarotta che prescinde inoltre dalla rilevanza del nesso causale fra le singole condotte e il dissesto della società; consapevole che *“la previsione di fattispecie di bancarotta svincolate da un nesso di causalità con l'insolvenza reca infatti pur sempre con sé il rischio di un'estensione a dismisura della zona di <rischio penale> dell'imprenditore, che potrebbe essere chiamato a rispondere a titolo di bancarotta di condotte di mala gestione lontanissime nel tempo dal momento della verifica dell'insolvenza, che potrebbe poi essersi prodotta per cause completamente diverse ed autonome”*, la proposta intendeva intervenire definendo maggiormente i contorni della situazione della crisi economica in cui devono inserirsi i comportamenti vietati, caratterizzando maggiormente l'elemento soggettivo con particolari ipotesi di dolo specifico e determinando una soglia temporale per circoscrivere le condotte rilevanti; in tal senso veniva così posto al centro il concetto di “stato di insolvenza” - quale impossibilità del debitore di adempiere le proprie obbligazioni – unico in grado di garantire sufficiente certezza di contenuto al presupposto fattuale della fattispecie.

La suddetta perimetrazione della crisi aziendale altro non sarebbe, seconda autorevole dottrina che un richiamo alla teoria della zona del rischio penale del Prof. Nuvolone degli anni '50 (così SANDRELLI G., *Riflessi penalistici della riforma del diritto fallimentare*, in N. PISANI (a cura di), *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, cit. 49). La citata impostazione era volta a delimitare una zona di rilevanza dei fatti di bancarotta fraudolenta al di là del mero dato legislativo che nulla invece sembra limitare in tal senso; la teoria in esame muove dalla considerazione che tanto la bancarotta pre-fallimentare quanto quella post-fallimentare è posta a tutela delle esigenze di soddisfazione paritaria delle esigenze creditorie; ne consegue quindi che è solo nel momento in

cui incorre l'insolvenza del debitore che sorge il rischio di lesione del bene giuridico protetto, non prima, per cui solo i comportamenti che si collocano in questa sfera di rischio – l'insolvenza per l'appunto – possono essere puniti; così NUVOLONE P., *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, 1955, 9 ss.

Ritornando al progetto, con l'intento di potenziare la prevenzione e la gestione dell'insolvenza da parte dello stesso imprenditore in difficoltà, si mette in luce la necessità di superare la centralità della dichiarazione di fallimento quale condizione obiettiva di punibilità e, soprattutto, genesi della sanzione dell'imprenditore; proprio lo stretto legame tra le nuove condotte di bancarotta e lo stato di insolvenza, nonché la "non interpretabilità" di tale concetto dovevano servire a superare i timori di una incontrollata dilatazione dell'intervento penale dovuta al superamento della condizione di punibilità del fallimento. Sempre in ottica premiale viene prevista poi una riduzione di pena per il debitore che, dopo la commissione del reato, chieda volontariamente l'apertura di una procedura concorsuale e si sia seriamente adoperato per eliminare o ridurre il pregiudizio cagionato ai creditori.

Infine, ed opportunamente, si prevede l'introduzione di nuove fattispecie incriminatrici volte a sanzionare la falsità nella situazione patrimoniale o nella relazione allegata al piano di ristrutturazione delle passività o nella domanda di omologazione dell'accordo di composizione negoziale della crisi.

Contemporaneo a tale progetto è la proposta di legge dell'allora Ministro della Giustizia On. Fassino, n. 7458 presentata in data 24 novembre 2000, recante "Delega al Governo per la riforma delle procedure relative alla crisi di impresa", reperibile presso http://leg13.camera.it/_dati/leg13/lavori/stampati/pdf/7458.pdf.

La proposta conferma la centralità della dichiarazione di fallimento che assume autorità di giudicato nel processo penale, anzi si prevede la possibilità di iniziare indagini preliminari e di adottare misure cautelari reali anche prima della dichiarazione dell'insolvenza, purché ne sia già stata presentata l'istanza ed occorra evitare che siano commesse condotte fraudolente o che queste siano portate ad ulteriori conseguenze. Valorizzando inoltre il principio di *extrema ratio* del diritto penale, si intendeva rimodellare le fattispecie di bancarotta in modo da sanzionare solo quei comportamenti concretamente lesivi dei creditori, da un lato attraverso una causa di non punibilità operante nel caso in cui la procedura si chiuda con l'integrale pagamento dei creditori, dall'altro limitando la fattispecie di bancarotta fraudolenta patrimoniale alle sole condotte dolose dell'imprenditore che cagionino l'ingiustificato impoverimento della garanzia patrimoniale, stabilendo quindi "*una relazione fra la condotta dell'autore-debitore ed il dissesto dell'impresa tale da impedire che atti dispositivi in sé leciti, in qualunque tempo commessi, assumano carattere di illiceità a prescindere dal loro collegamento con lo stato di insolvenza*"; si avverte quindi la necessità di prevedere fattispecie che, sotto il profilo rappresentativo, esprimano l'idoneità della condotta a causare o aggravare lo stato di dissesto, non invece che l'agente agisca col dolo specifico di cagionare danno alla massa dei creditori o per conseguire profitto per sé o per altri, almeno per quanto concerne la bancarotta fraudolenta patrimoniale (posto che quella documentale e preferenziale prevedono, rispettivamente, il dolo specifico dell'ingiusto profitto e quello di favorire taluno dei creditori a danno di altri).

Viceversa, viene prevista una fattispecie di bancarotta semplice patrimoniale volta a punire chi cagioni o aggravi lo stato di insolvenza con "colpa grave".

Oltre alla previsione della fattispecie di bancarotta patrimoniale commessa nell'ambito dei gruppi di società, viene anche qui prevista una sanzione specifica per le false informazioni o per l'omissione di informazioni rilevanti da parte dell'imprenditore al fine di essere ammesso alla procedura di crisi o al programma di risanamento, ovvero per evitarne la cessazione.

Altra proposta di legge, infine, è quella a firma dell'On. Cola, la n. 2342 del 14 febbraio 2002 (http://www.camera.it/_dati/leg14/lavori/stampati/pdf/14PDL0021120.pdf).

Anche in tal caso si manifesta un maggior rispetto dei principi di tassatività e determinatezza dell'illecito penale nonché quello di sussidiarietà, "*in modo da escludere l'intervento penale nel caso in cui siano esperibili altri rimedi e circoscrivere quindi la punibilità alle sole condotte concretamente offensive dell'interesse protetto*". D'altro canto muta il presupposto fattuale, connotato da una "zona di

all'annoso dibattito relativo al ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento all'interno delle fattispecie di bancarotta prefallimentare; senza in tale sede voler affrontare il dibattito su questa rilevante questione – per la verità abbastanza a senso unico date le pesanti censure da parte della letteratura alle posizioni sorde della giurisprudenza sul punto – si deve tuttavia sottolineare la rilevanza delle ricadute dello stesso; certo non meramente dogmatiche, posto che ad essere condannata è la evidente frizione della ricostruzione della giurisprudenza, con la complicità, invero, della formulazione letterale della stessa fattispecie, con i principi costituzionali¹¹². L'occasione di porre mano una

rischio penale”, delineato nello “stato di insolvenza” o nel “concreto ed attuale pericolo di insolvenza”. Per quanto attiene la bancarotta fraudolenta patrimoniale, oltre ad abbassare la forbice sanzionatoria, si indica la necessità di limitare la sanzione alle sole condotte che possiedano reale efficacia causale rispetto al fallimento o al dissesto della società; infine è prevista una causa di estinzione del reato in caso di ravvedimento operoso consistente nella restituzione dei beni, in tutto o in parte, indebitamente sottratti dall'imprenditore alla massa creditoria, purché in misura tale da ridurre grandemente il pregiudizio per i creditori.

Aspetto aspramente criticato dalla dottrina pressoché unanime è quello relativo al radicale abbattimento sanzionatorio previsto per i principali reati fallimentari e della forte differenziazione della risposta punitiva della bancarotta individuale (punita fino a sei anni) rispetto a quella societaria (punita fino a quattro anni, pertanto facilmente estinguibile per prescrizione).

Su tali progetti di riforma, nonché per i successivi analizzati nel prosieguo del paragrafo, A. ALESSANDRI, *Profili penalistici delle innovazioni*, cit. 112 ss.; MANNA A., *Dalla riforma dei reati societari alla progettata riforma dei reati fallimentari*, in A. MANNA (a cura di), *Diritto e impresa: un rapporto controverso*, Milano, 2004, 165 ss.; SCOPESE E., *Il disegno di legge delega di riforma delle disposizioni penali in materia di procedure concorsuali*, in *Dir. fall. soc. comm.*, 2009, 22 ss.; PERDONÒ G., *I reati fallimentari*, in A. MANNA (a cura di), *Corso di diritto penale dell'impresa*, Padova, 2010, 430 ss.; AMARELLI G., *La riforma dei reati fallimentari nel disegno di legge delega n. 1741-C*, cit., 201 ss.; ID., *I delitti di bancarotta alla luce del nuovo 217 bis l. fall.: qualcosa è cambiato?*, in *Giust. pen.*, 2011, 548 ss.; ROSSI A., *Reati fallimentari*, cit., 3 ss.; CONZ A., *I criteri interpretativi ed i progetti di riforma dell'art. 216, comma 1, del r.d. n. 267/1942: l'esempio della bancarotta patrimoniale fraudolenta per distrazione*, in *Ind. Pen.*, 2007, 599 ss.; nonché sulle criticità che hanno animato gli intenti di riforma si rimanda a SGUBBI F., *Le nuove regole penali*, in A. JORIO (a cura di), *Le nuove regole per le crisi di impresa*, Milano, 2001, 129 ss.

¹¹² Volendo effettuare una estrema sintesi del dibattito, per il quale si rimanda alla trattazione di AMBROSETTI E.M., *I reati fallimentari*, in AMBROSETTI E.M. – MEZZETTI E. – RONCO A., *Diritto penale dell'impresa*, Bologna, 3° ed., 2012, 269 ss., è noto che la giurisprudenza considera la sentenza di fallimento quale elemento costitutivo del reato; tale impostazione ha avuto consacrazione in una pronuncia a Sezioni Unite del 1958 (Cass. Pen., Sez. Un., 25 gennaio 1958, n. 2, in *Giust. pen.*, 1958, II, 513 ss.) sulle cui basi si è formato la granitica interpretazione successiva. Al punto che ha destato stupore (e speranza) una recente pronuncia (Cass. Pen., Sez. V, 24 settembre 2012, n. 47502, nota come sentenza “Corvetta”, in <http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1358171980Cassazione%20bancarotta.pdf>) che in effetti sembrava intenzionata ad una rivisitazione della tematica; tuttavia il medesimo giorno un'altra pronuncia della stessa sezione della Cassazione (Cass. Pen., Sez. V, 24 settembre 2012, n. 733, in <http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1359363826bancarotta%20Sarno.pdf>) ritornava alla tradizionale impostazione, confermando le posizioni della Corte sul problema.

Ed infatti le critiche mosse dalla dottrina attengono essenzialmente a ciò: nella tradizionale impostazione il fallimento assumeva un ruolo centrale all'interno della fattispecie, la cui punizione discendeva dalla commissione di determinati fatti di natura dolosa o colposa che potevano essere stati commessi in tempi molto antecedenti con la situazione di crisi e che in ogni caso non dovevano essere legati alla causazione del fallimento; sotto tale prospettiva, pertanto, si finisce, sostiene la dottrina, per punire situazioni presuntive di lesione di determinati

volta per tutte alla struttura materiale della bancarotta rappresentava, nell'ottica di una completa riscrittura delle fattispecie penal-fallimentari, una irrinunciabile premessa sistematica.

In realtà, secondo i più, la grande occasione persa, quanto meno sotto il profilo dell'organicità e completezza della riforma, si è avuta con il naufragio dei progetti elaborati dalle due Commissioni Trevisanato¹¹³; è noto tuttavia che i lavori della prima di esse, pur nella consapevolezza del necessario approccio interdisciplinare nella materia fallimentare e della conseguente necessità di operare interventi coordinati nelle due sfere disciplinari, sfociarono in due differenti progetti, entrambi approvati ed entrambi sottoposti al vaglio del Ministro di Grazia e Giustizia¹¹⁴, che decretarono però anche l'accantonamento di ogni proposito di sistematicità.

beni giuridici a prescindere dalla consistenza effettiva di un legame psicologico tra la condotta tenuta e la causazione del dissesto (non essendo considerato il dissesto quale evento della condotta vietata), nonché, ancor prima, una medesima presunzione di carattere materiale tra questi due elementi.

Si tratta di rilievi che censurano la ricostruzione della dottrina tradizionale intesa a inquadrare l'elemento normativo del fallimento tra le condizioni di punibilità estrinseche, per cui, ugualmente, non si richiede il nesso causale tra la condotta e il dissesto, ma la condotta vietata, che già esprime il *proprium* di offensività, rimane invece esentata dalla punibilità fintantochè non sopraggiunga la sentenza di fallimento.

Viceversa, per altra interpretazione, dovrebbe farsi riferimento alla categoria della condizione di punibilità intrinseca, limitando la punibilità a quelle sole condotte che siano potenzialmente offensive degli interessi variamente tutelati dalle fattispecie di bancarotta. Soluzione che si avvicina a quella che colloca invece le fattispecie di bancarotta tra i delitti di pericolo concreto, poiché, anche in tal caso, si richiede il legame di offensività necessario a ricondurre la fattispecie ad una interpretazione costituzionalmente conforme, nonché la circostanza che al momento del fallimento siano ancora persistenti gli effetti delle condotte poste in essere antecedentemente.

Per una recente disamina delle posizioni sostenute dalla giurisprudenza e dalla dottrina, in questo non semplice scambio di opinioni si rimanda ai recenti contributi di ZANCHETTI M., *Incostituzionali le fattispecie di bancarotta? Vecchi quesiti e nuove risposte (o magari viceversa), alla luce della giurisprudenza di legittimità sul ruolo del fallimento nella bancarotta fraudolenta prefallimentare*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2014, 111 ss., e di COCCO G., *Il ruolo delle procedure concorsuali e l'evento dannoso nella bancarotta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 67 ss., il quale valorizza il ruolo dell'evento dannoso per i creditori (peraltro non corrispondente in via diretta al fallimento o all'apertura della procedura concorsuale, ma quale conseguenza per le ragioni creditorie delle varie condotte delineate in tema di bancarotta) all'interno della struttura normativa; ne consegue, secondo questa impostazione, che tale evento dannoso deve necessariamente essere coperto dal dolo per essere oggetto di rimprovero da parte dell'ordinamento, dovendo sussistere il riscontro di un coefficiente psicologico in tal senso, in rispetto dei canoni delineati dall'art. 27 della nostra Costituzione.

¹¹³ Per i relativi contenuti attinenti alle soluzioni di matrice civilistica, nonché per l'esito dei progetti approvati si rimanda al § 1.5.

¹¹⁴ Per quanto interessa in tale sede, la distanza tra i due progetti elaborati in seno alla Commissione Trevisanato era per la verità decisamente contenuta e limitata ad aspetti sicuramente secondari, se non a differenze terminologiche. Per quanto riguarda il contenuto della proposta essa, mantiene la “*continuità, di struttura e terminologica, con la normativa già vigente, pur essendo mutati i presupposti extrapenalistici di riferimento... Si è, dunque, ritenuto di non disperdere il complesso delle elaborazioni interpretative sinora maturate, sia allo scopo di non disperdere il complesso delle elaborazioni interpretative sinora maturate, sia allo scopo di assicurare la certezza applicativa delle nuove disposizioni, sia al fine di agevolare il regime transitorio (che in ogni caso è disciplinato espressamente)*”; così nella *Relazione al*

Miglior sorte non ebbe neanche il progetto elaborato dalla seconda commissione Trevisanato¹¹⁵.

L'ultimo tentativo di una rivitalizzazione delle fattispecie penali si è avuta con il disegno di legge delega n. 1741 C presentato il 2 ottobre 2008 per la riforma delle procedure di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi e di adeguamento della normativa penale fallimentare alla nuova disciplina nel frattempo introdotta con gli interventi normativi del 2005¹¹⁶; va peraltro sottolineato come anche tale progetto non affrontava in concreto le criticità emerse, limitandosi ad affrontare il problema della veridicità dei dati esposti dall'imprenditore in sede di ammissione alle nuove procedure¹¹⁷.

disegno di legge, in JORIO A. – FORTUNATO S. (a cura di), *La riforma delle procedure concorsuali. I progetti*, Milano, 2004, 239.

All'art. 16 della proposta vengono previsti i criteri direttivi della riforma: si prevede che i fatti tipici delle tre figure di bancarotta fraudolenta devono essere tenute “*contemporaneamente allo stato di insolvenza o al concreto pericolo del medesimo, se segue il relativo provvedimento di apertura della procedura di liquidazione concorsuale*”, ovvero successivamente a tale provvedimento; la fattispecie patrimoniale può invece consistere anche in “*condotte di causazione intenzionale del dissesto*”, ponendo così un'alternativa tra il modello di pericolo concreto e quello di danno. Una novità significativa è poi rappresentata dalla fattispecie di bancarotta semplice dell'imprenditore individuale “*consistente nelle condotte di omessa o ritardata presentazione dell'istanza per l'apertura della procedura di liquidazione concorsuale o ritardato deposito delle dichiarazioni di cui all'art. 4, comma 2 lett. a) che hanno aggravato il preesistente dissesto, se segue il relativo provvedimento di apertura della procedura di liquidazione concorsuale*”. Anche tale progetto mantiene quindi, come cardine dell'incriminazione, la tradizionale condizione obiettiva di punibilità, tuttavia, anche prima della sua verifica, è possibile l'adozione di misure cautelari reali se è già pendente il procedimento di apertura della procedura stessa, nonché indagini preliminari.

Va peraltro sottolineato che, a cagionare l'abbandono del proposito di riforma dei reati fallimentari, contribuì anche la proposta sopra menzionata orientata all'eccessiva mitezza sanzionatoria per fattispecie particolarmente delicate quali la bancarotta societaria.

¹¹⁵ Quanto ai contenuti, anche tale progetto rappresenta un buon punto di approdo delle varie posizioni tracciate dai precedenti studiosi; viene ripresa la necessità che l'agente versi in stato di insolvenza o che si trovi nell'attuale e concreto pericolo di stato di insolvenza; si prevede inoltre per la condotta distrattiva il solo dolo generico a differenza del dolo specifico richiesto per il debitore che ha esposto o riconosciuto passività inesistenti o per colui che intenzionalmente cagiona la propria insolvenza.

¹¹⁶ Per la quale si rimanda al § 1.6.

L'impianto complessivo della riforma fa propri gli approdi del progetto elaborato dalla prima Commissione Trevisanato (si confronti in tal senso la già citata Relazione al progetto della Commissione con quella del disegno di legge n. 1741 C, reperibile presso http://leg16.camera.it/_dati/leg16/lavori/stampati/pdf/16PDL0013190.pdf). Anche in tal caso viene riproposto l'introduzione del limite temporale della “zona di rischio penale” per le condotte fraudolente mentre scompare il riferimento alla pregiudiziale fallimentare ovvero all'autorità di giudicato, nel processo penale, del provvedimento di apertura della procedura divenuto definitivo.

¹¹⁷ Art. 2, lett. h) del disegno di legge: “*prevedere il delitto di falsa esposizione di dati o informazioni o altri comportamenti fraudolenti, consistente:*

1. *nell'esposizione di informazioni false o nell'omissione di informazioni imposte dalla legge per l'apertura delle procedure di concordato preventivo al fine di potervi accedere, ovvero per ottenere l'omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'articolo 182-bis del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, e successive modificazioni, l'ammissione alla procedura di amministrazione*

E' in questo panorama, tra progetti riformatori consapevolmente organici e tensioni di urgenza d'intervento, che avviene una salomonica (solo per l'effetto, non certo per la filosofia che l'ha animato) divisione delle due parti della legge fallimentare; il d.l. n. 35/2005 dà il via allo squarcio di una materia finora organica, abbandonando i reati fallimentari ad un destino di inopinata solitudine.

Si viene così a creare un “*assurdo bicefalismo*”¹¹⁸, la cui gravità non si manifesta solamente nello scollamento dei presupposti normativi ma riflette invero una vera e propria distonia ontologica; la nuova filosofia – privatistica e conservativa – che ha animato la stagione delle riforme si trova a convivere con norme incriminatrici ancorate a finalità punitive e presupposti liquidatorie, incapaci di prendere in considerazione beni giuridici che si stagliano ormai centrali nella legge fallimentare e nella vita economica¹¹⁹.

2.2: Il rischio penale per le operazioni e i pagamenti realizzati in esecuzione dei nuovi strumenti concorsuali non andati a buon fine

Emblema dello scollamento prospettico tra i suddetti comparti della legge fallimentare è il problema riguardante la sorte delle operazioni realizzate in esecuzione dei novellati strumenti concorsuali quando questi non raggiungano l'auspicato fine di risanamento e si pervenga alla dichiarazione di fallimento dell'imprenditore. In tale ipotesi si paventa, infatti, il rischio – quanto mai concreto – che i comportamenti leciti sotto il profilo civilistico cadano nelle maglie delle tradizionali figure incriminatrici.

Si comincia così ad intravedere la cifra problematica della riforma a metà: ad attenersi al mero dato normativo, infatti, medesime condotte, lecite – per non dire incoraggiate – da parte dell'imprenditore in crisi potrebbero essere successivamente rivalutate sotto la lente del precetto penale nel caso in cui esse non riescano ad evitare l'epilogo negativo. “Potrebbero”, per l'appunto; perché, in verità, in vario modo la dottrina aveva tentato di ricostruire i rapporti tra tali atti leciti sotto l'ottica civile e le fattispecie penali, non senza giungere a delineare (fragili) equilibri normativi.

straordinaria di cui al decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270, e al decreto legge 23 dicembre 2003, n. 347, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 febbraio 2004, n. 39, ovvero per ottenere l'approvazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti da parte del Ministero dello sviluppo economico; prevedere altresì la punibilità delle condotte fraudolente commesse nel corso di tali procedure;

2. *nella simulazione di crediti inesistenti o in altri comportamenti di frode, al fine di influire sulla formazione delle maggioranze; prevedere che la stessa pena si applichi al creditore che riceva il pagamento o che accetta la promessa al fine dell'espressione del proprio voto”.*

¹¹⁸ Così AMARELLI G., *I delitti di bancarotta alla luce del nuovo 217 bis l. fall.: qualcosa è cambiato?*, cit., 550.

¹¹⁹ Per tutti BRICCHETTI R. – MUCCIARELLI F. – SANDRELLI G., Sub. *Artt. 216 – 241*, in A. JORIO (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare: r.d. 16 marzo 1942, n. 267 (agg. al d.l. 35/2005 e al d. lg. 5/2006)*, II, Bologna, 2007, 2729;

2.2.1: I mutati rapporti tra l'azione revocatoria fallimentare e la bancarotta preferenziale

La genesi del problema è agevolmente riscontrabile nell'interrotta continuità para-normativa tra l'azione revocatoria dell'art. 67 e la bancarotta preferenziale (art. 216, 3°). Come noto, i due rimedi, pur orientandosi su prospettive differenti, erano storicamente volti alla protezione della medesima finalità di assicurare la *par condicio* alle ragioni della massa creditoria.

Prima della riforma, infatti, l'azione revocatoria fallimentare era volta a sanzionare, attraverso meccanismi presuntivi, diversi atti posti in essere nel periodo antecedente alla dichiarazione di fallimento dall'imprenditore in stato di insolvenza qualora tale condizione fosse nota alla parte beneficiata dall'atto in questione; lo stato di insolvenza comporta quindi un vincolo di indisponibilità sul patrimonio dell'imprenditore, ora soggetto alla garanzia di pari soddisfazione di tutti i suoi creditori¹²⁰.

Nell'ambito di un *corpus* normativo organicamente delineato¹²¹, la bancarotta preferenziale svolgeva invece il compito – compatibile e complementare¹²² – di presidiare la lesione di quella medesima finalità che, in ambito penale, assurge a bene giuridico¹²³; la

¹²⁰ Si riporta per comodità il testo dell'art. 67 anteriore alla riforma: “Sono revocati, salvo che l'altra parte provi che non conosceva lo stato d'insolvenza del debitore:

1) gli atti a titolo oneroso compiuti nei due anni anteriori alla dichiarazione di fallimento, in cui le prestazioni eseguite o le obbligazioni assunte dal fallito sorpassano notevolmente ciò che a lui è stato dato o promesso;

2) gli atti estintivi di debiti pecuniari scaduti ed esigibili non effettuati con danaro o con altri mezzi normali di pagamento, se compiuti nei due anni anteriori alla dichiarazione di fallimento;

3) i pegni, le anticresi e le ipoteche volontarie costituiti nei due anni anteriori alla dichiarazione di fallimento per debiti preesistenti non scaduti;

4) I pegni, le anticresi e le ipoteche giudiziali o volontarie costituiti entro l'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento per debiti scaduti.

Sono altresì revocati, se il curatore prova che l'altra parte conosceva lo stato d'insolvenza del debitore, i pagamenti di debiti liquidi ed esigibili, gli atti a titolo oneroso e quelli costitutivi di un diritto di prelazione per debiti contestualmente creati, se compiuti entro l'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento”.

¹²¹ BRICCHETTI R. – MUCCIARELLI F. – SANDRELLI G., Sub. Artt. 216 – 241, cit., 2738 nonché SANDRELLI, *La riforma della legge fallimentare: i riflessi penali*, cit., 443.

¹²² Rileva ZAMBUSI A., *La bancarotta preferenziale dopo la riforma dell'azione revocatoria fallimentare: riflessi problematici*, in *Ind. pen.*, 2009, 536 che la compatibilità deriva dalla circostanza che il rimedio civilistico nulla esclude in termini di configurazione della fattispecie penalistica preferenziale; così del resto anche Cass. Pen., 27 novembre 1985, in *Giur. it.*, 1987, II, 18 mette in evidenza che le norme civilistiche che fissano limiti temporali anteriori alla dichiarazione di fallimento non possono svolgere la medesima funzione selettiva nei confronti della fattispecie preferenziale che, per converso, nulla dispone circa limiti temporali di rilevanza delle condotte poste in essere. Va peraltro rilevato che l'ambito dell'azione revocatoria è peraltro sicuramente più esteso rispetto a quello della fattispecie penale.

Circa la complementarietà tra i due istituti, si prosegua la lettura nel corpo del testo.

¹²³ Sulla *par condicio creditorum* quale oggetto di tutela della bancarotta preferenziale, in particolare, AMBROSETTI E.M., *I reati fallimentari*, cit., 298; COCCO G., *La bancarotta preferenziale*, Napoli, 1987, 87; ROSSI A., *Reati fallimentari*, in F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale: leggi complementari. I reati fallimentari, tributari, ambientali e dell'urbanistica*, Milano, 2008, 144; MANGANO P., *Disciplina*

condotta di chi “*prima o durante la procedura fallimentare...esegue pagamenti o simula titoli di prelazione*”¹²⁴ viene selezionata dal dolo specifico dello scopo di favorire a danno dei creditori taluno di essi¹²⁵, tanto che la fattispecie in questione viene tradizionalmente denominata “favoreggiamento dei creditori”¹²⁶.

penale del fallimento, III° ed., Milano, 2003, 81; GIULIANI – BALESTRINO U., *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, V° ed., Milano, 2006, 475; PEDRAZZI C., Sub *art. 216*, in C. PEDRAZZI – F. SGUBBI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, a cura di F. Galgano – art. 216-227, in *Commentario Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 1995; PUCETTI L., Sub *art. 216*, in A. GAITO – M. RONCO (a cura di), *Leggi penali complementari commentate*, Milano, 2009, 2707, nonché, NUVOLONE P., Voce “*Fallimento (reati)*”, in *Enciclopedia del diritto*, XVI, Milano, 1967, 484, per il quale la norma “*il legislatore tende a rafforzare il principio di par condicio creditorum che sta alla base anche delle disposizioni in tema di revocatoria*”

¹²⁴ A fronte della diversificazione degli atti civilistici, sotto il versante penalistico, la norma invece parla genericamente di “*pagamenti*”;

¹²⁵ Sull'elemento soggettivo del delitto in questione devono essere fatte alcune puntualizzazioni posto che in cosa esso consista è questione non pacifica.

Secondo la maggioranza degli Autori, il dolo specifico sarebbe individuato dal fine delineato dalla norma di “*favorire, a danno dei creditori, taluno di essi*”; sarebbe quindi sufficiente, secondo tale impostazione, il c.d. *animus favendi*, cioè la volontà di far conseguire al creditore un indebito vantaggio; ciò perché il fine di recare pregiudizio ai creditori (*animus nocendi*), a differenza delle altre figura di bancarotta preferenziale in cui è espressamente richiesto, non figura tra le finalità prese in diretta considerazione dalla norma; rimane tuttavia la necessità che il debitore si sia rappresentato e abbia voluto il pregiudizio degli altri creditori, potendo in tal senso anche bastare la mera accettazione di tal eventualità. Di tale avviso ROSSI A., *Reati fallimentari*, cit., 158; BRICCHETTI R. – PISTORELLI L., *La bancarotta e gli altri reati fallimentari. Dottrina e giurisprudenza a confronto*, cit., 150; CONTI L., *Diritto penale commerciale, I reati fallimentari*, 2° ed., Torino, 1991, 192; MANGANO P., *Disciplina penale del fallimento*, III° ed., Milano, 2003, 82; SERIANNI V., *Il concorso del creditore nel delitto di bancarotta preferenziale: struttura e limiti. La ricettazione fallimentare del creditore*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974, 203, il quale mette in evidenza che ove si ritenesse “colpito” dal dolo specifico anche l'*animus nocendi*, si restringerebbe in maniera eccessiva la norma posto che, normalmente, il debitore non agisce con tale finalità, bensì con quella di favorire uno dei creditori. Rileva peraltro PEDRAZZI C., Sub *art. 216*, cit., 124, che la finalità di favorire un creditore porta in sé irrimediabilmente la volontà di danneggiare gli altri, trattandosi del “*rovescio della stessa medaglia*”;

Si sottolinea fin da ora che questa è anche l'impostazione seguita dalla maggioranza della giurisprudenza, che per l'appunto richiede sufficiente anche il dolo eventuale per quanto attiene al danno della massa dei creditori; sul punto, per una analisi di maggior dettaglio delle problematiche relative al dolo eventuale e ulteriori finalità perseguite dal debitore con il pagamento preferenziale, si rimanda necessariamente alla seconda parte della nota n. 135.

Secondo altra impostazione, viceversa, la norma richiederebbe anche la certezza del pregiudizio agli altri creditori, non la semplice accettazione del relativo rischio poiché i fatti in questione son già irrimediabilmente correlati per cui ove l'uno necessariamente anche la certezza dell'altro (così NAPOLEONI V., *Frammenti d'una indagine sul dolo della bancarotta preferenziale*, in *Cass. pen.*, 1987, 398 ss. nonché, in termini, DE SIMONE G., *Brevi note a margine della c.d. bancarotta preferenziale*, in *Riv. it. dir. pen. ec.*, 1994, 165 ss., ma anche già NUVOLONE P., *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, 1955, 242).

Ancora diversa, infine è la soluzione di chi ritiene che l'elemento delineato dalla norma sia invece un dolo generico; a tale conclusione pervengono gli Autori che rilevano che la volontà del soggetto agente sarebbe diretta ad un fine la cui realizzazione ricadrebbe al di fuori della fattispecie tipica, sicché il dolo sarebbe non specifico ma generico misto o composito: intenzionale quanto all'indebito vantaggio e anche solo eventuale quanto al danno (COCCO G.,

In tale contesto normativo la dottrina, muovendo dall'omogeneità delle finalità perseguite tra le due norme, ne ha sempre dato una lettura complementare, pur nell'assenza di alcun rimando diretto tra le stesse; il ruolo naturale di *extrema ratio* della risposta penale garantiva una razionale *escalation* di tutele (civilistiche) e sanzioni (penali) nei confronti dei vari protagonisti della vicenda preferenziale¹²⁷.

Come si è avuto modo di dire, il d.l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito in l. 14 maggio 2005, n. 80, ha profondamente mutato la fisionomia e la *ratio* ispiratrice della revocatoria fallimentare¹²⁸; con la riduzione del periodo sospetto e soprattutto con

La bancarotta preferenziale, cit., 231 ss. e GIULIANI – BALESTRINO U., *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, cit., 474 ss.).

Secondo l'impostazione maggioritaria invece, il dolo specifico offrirebbe il fondamentale compito di calibrare correttamente la capacità d'insistenza delle generiche condotte dell'effettuare pagamenti; posto che lo scopo di favorire taluno dei creditori in danno di altri svolge la funzione di delimitare la zona di rischio penale poiché la norma, nella sua costruzione, presuppone in capo al debitore la sussistenza o quanto meno la previsione dello stato di insolvenza; così, per tutti ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, cit., 89 ss. Ne deriva quindi la necessità, secondo BRICCHETTI R. – PISTORELLI L., *La bancarotta e gli altri reati fallimentari. Dottrina e giurisprudenza a confronto*, cit., 150, di dare una lettura oggettiva del dolo specifico in questione: detto altrimenti, la condotta, nella sua realtà storico-materiale, deve essere in grado di offendere il bene giuridico protetto dalla fattispecie penale. Critico sulla capacità selettiva del dolo specifico è invece A. ALESSANDRI, *Profili penalistici delle innovazioni*, cit. 128, per il quale invece a tale elemento soggettivo sarebbe attribuito “*un corposo compito tipizzante di condotte del tutto lecite*”.

¹²⁶ PEDRAZZI C., *Notarelle comparatistiche di diritto penale commerciale*, in *Ind. Pen.*, 1970, 42 e ANDREAZZA G., Sub art. 216 in *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, a cura di M. Ferro, 3° ed., Padova, 2014, 2908.

¹²⁷ Che i fatti decritti dall'art. 67 l. fall. andassero a delineare le condotte preferenziali, semplicemente descritte in termini di “*pagamenti*” – con l'ulteriore filtro, come detto, dell'elemento soggettivo – è affermazione ricorrente in dottrina: così BRICCHETTI R. – MUCCIARELLI F. – SANDRELLI G., Sub artt. 216 – 241, cit., 2739; SANDRELLI, *La riforma della legge fallimentare: i riflessi penali*, cit., 443; MANGIONE, *Riflessi penalistici sulla riforma delle procedure concorsuali*, cit., 906; GIUNTA F., *Revocatoria e concordato preventivo: tutela penale*, in *Dir. prat. fall.*, 2006, n. 1, 34; ZAMBUSI A., *La bancarotta preferenziale dopo la riforma dell'azione revocatoria fallimentare: riflessi problematici*, cit., 540; BRICCHETTI R., *Profili penali*, in S. AMBROSINI (a cura di), *Le nuove procedure concorsuali*, Bologna, 2010, 639 ss.

Più in generale, per i rapporti tra l'azione revocatoria fallimentare e la bancarotta preferenziale si veda MANGANO P., *Disciplina penale del fallimento*, cit. 80-81; CONTI L., *Diritto penale commerciale, I reati fallimentari*, cit., 187; LA MONICA M., *Manuale di diritto penale commerciale*, Milano, 1993, 340 ss.; PEDRAZZI C., *Reati fallimentari*, in C. PEDRAZZI, A. ALESSANDRI, L. FOFFANI, S. SEMINARA, G. SPAGNOLO, *Manuale di diritto penale dell'impresa*, ed. rid., Bologna, 2003, 152; ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, II, 11° ed., a cura di C.F. GROSSO, Milano, 2001, 84 ss.; ROPPO E., Par condicio creditorum: *sulla posizione e sul ruolo del principio di cui all'art. 2741 c.c.*, in *Riv. dir. comm.*, 1981, 308. In giurisprudenza Cass. 24 novembre 1956, sez. III, in *Riv. it. dir. pen.*, 1957, 253 ss.: l'azione ex art. 67 l. fall. e quella penale “*hanno una finalità distinta e specifica: l'azione revocatoria quella di fare rientrare nell'attivo fallimentare un bene che era indebitamente uscito e di ristabilire quindi la par condicio creditorum, l'azione penale...tende a esercitare il proprio potere intimidatorio o repressivo sull'autore di un illecito, che non soltanto ha leso determinati diritti e interessi patrimoniali ma anche la fiducia generale che deve presiedere in una ordinata società ad ogni attività commerciale*”.

¹²⁸ Si rimanda sul punto al § 1.6 del presente lavoro.

l'introduzione di specifiche ipotesi di esenzione dall'azione¹²⁹, si è effettivamente destabilizzata quell'omogeneità originaria della norma con la fattispecie penalistica rimasta, nel frattempo, immutata.

E se la novellata disciplina dell'azione revocatoria fallimentare ben testimonia la volontà del legislatore di escludere dallo spettro della tutela civilistica quegli atti volti eminentemente al superamento della crisi di impresa – in omogeneità del resto con la filosofia che ne ha animato la stagione delle riforme¹³⁰ – ebbene tale aspirazione certo non emerge dall'art. 216, 3°, a meno di letture esegetiche in cui la dottrina si è effettivamente cimentata.

L'interrogativo che emerge è tanto chiaro quanto sorprendente: nel mutato contesto normativo è possibile che quei medesimi atti che non sono sanzionati con la

¹²⁹ Si riporta per comodità il nuovo testo uscito dalla riforma: “*Sono revocati, salvo che l'altra parte provi che non conosceva lo stato d'insolvenza del debitore:*

1) *gli atti a titolo oneroso compiuti nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento, in cui le prestazioni eseguite o le obbligazioni assunte dal fallito sorpassano di oltre un quarto ciò che a lui è stato dato o promesso;*

2) *gli atti estintivi di debiti pecuniari scaduti ed esigibili non effettuati con danaro o con altri mezzi normali di pagamento, se compiuti nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento;*

3) *i pegni, le anticresi e le ipoteche volontarie costituiti nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento per debiti preesistenti non scaduti;*

4) *i pegni, le anticresi e le ipoteche giudiziali o volontarie costituiti entro sei mesi anteriori alla dichiarazione di fallimento per debiti scaduti.*

Sono altresì revocati, se il curatore prova che l'altra parte conosceva lo stato d'insolvenza del debitore, i pagamenti di debiti liquidi ed esigibili, gli atti a titolo oneroso e quelli costitutivi di un diritto di prelazione per debiti, anche di terzi, contestualmente creati, se compiuti entro sei mesi anteriori alla dichiarazione di fallimento.

Non sono soggetti all'azione revocatoria:

a) *i pagamenti di beni e servizi effettuati nell'esercizio dell'attività d'impresa nei termini d'uso;*

b) *le rimesse effettuate su un conto corrente bancario, purché non abbiano ridotto in maniera consistente e durevole l'esposizione debitoria del fallito nei confronti della banca;*

c) *le vendite ed i preliminari di vendita trascritti ai sensi dell'articolo 2645-bis del codice civile, i cui effetti non siano cessati ai sensi del comma terzo della suddetta disposizione, conclusi a giusto prezzo ed aventi ad oggetto immobili ad uso abitativo, destinati a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o di suoi parenti e affini entro il terzo grado;*

d) *gli atti, i pagamenti e le garanzie concesse su beni del debitore purché posti in essere in esecuzione di un piano che appaia idoneo a consentire il risanamento della esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria e la cui ragionevolezza sia attestata da un professionista iscritto nei revisori contabili e che abbia i requisiti previsti dall'art. 28, lettere a) e b) ai sensi dell'articolo 2501-bis, quarto comma, del codice civile;*

e) *gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione del concordato preventivo, nonché dell'accordo omologato ai sensi dell'articolo 182-bis nonché gli atti, i pagamenti e le garanzie legalmente posti in essere dopo il deposito del ricorso di cui all'articolo 161;*

f) *i pagamenti dei corrispettivi per prestazioni di lavoro effettuate da dipendenti ed altri collaboratori, anche non subordinati, del fallito;*

g) *i pagamenti di debiti liquidi ed esigibili eseguiti alla scadenza per ottenere la prestazione di servizi strumentali all'accesso alle procedure concorsuali e di concordato preventivo.*

Le disposizioni di questo articolo non si applicano all'istituto di emissione, alle operazioni di credito su pegno e di credito fondiario; sono salve le disposizioni delle leggi speciali?”.

¹³⁰ Sia consentito un (ulteriore) richiamo al § 1.7.4.

revocatoria perché ormai leciti incorrano nella sanzione penale della bancarotta preferenziale?

V'è appena da rilevare che la risposta positiva a questo interrogativo comporterebbe l'evidente sovvertimento della graduazione di risposta da parte dell'ordinamento, venendo meno il tradizionale ruolo di sussidiarietà su cui è assestata la sanzione penale¹³¹. Non solo, è evidente che ancor prima di ragionare in termini di legittimità giuridica, il problema debba viaggiare sui binari della logica e dei suoi postulati, primo tra tutti il principio di non contraddizione.

Se per la riduzione del periodo sospetto le considerazioni della dottrina non sono state sempre univoche¹³², si registra maggiore convergenza sulla mancanza di antiggiuridicità del fatto materiale corrispondente alle esenzioni introdotte nel 2005; chi rileva che il fatto non sarebbe antiggiuridico in costanza di una causa di giustificazione¹³³,

¹³¹ Proprio da tale spinosa prospettiva sembra muovere la dottrina quando variamente argomenta (nei termini di cui a breve) l'insostenibilità di tale soluzione, almeno con riferimento ai riflessi delle introdotte esenzioni in tema di revocatoria; sia consentito rilevare l'impressione che il percorso argomentativo, forse inconsciamente, muova i propri passi da questa inaccettabile conclusione per proseguire a ritroso fino ad una giustificazione giuridicamente corretta dell'effetto. Percorso che, d'altro canto, trova discolpa nella scarsa razionalità complessiva del progetto riformatore.

¹³² Come già evidenziato, l'assenza di alcuno specifico riferimento temporale nell'art. 216, 3° - se non nei termini di anteriorità o contemporaneità rispetto alla procedura fallimentare - nonché di un diretto collegamento normativo tra questa norma e l'azione revocatoria rende non agevole stabilire il concreto livello d'interazione tra le stesse, se non in via interpretativa.

E' stato così rilevato che la riduzione del periodo sospetto renderebbe legittimo l'atto poiché prevarrebbe l'interesse del creditore rispetto alla *par condicio creditorum*, senza che sia possibile una correlativa incriminazione penale; in altre parole, si sostiene un doveroso "riverbero interpretativo" tra le due norme, in adesione al principio di sussidiarietà della sanzione penale rispetto a quella civile (così GIUNTA F., *Revocatoria e concordato preventivo: tutela penale*, cit. 37). In realtà tale argomentazione non persuade fino in fondo: è fuor di dubbio che l'ordinamento abbia dato prevalenza alle ragioni del singolo creditore ma, immutati i connotati della fattispecie penalistica, è arduo riscontrare una correlativa riduzione del perimetro applicativo di quest'ultima ragionando esclusivamente in termini di funzioni politico-criminali della sanzione penale. A diversa conclusione si potrebbe invece pervenire ragionando sulla (attuale) liceità del fatto e sulle dirette conseguenze che ciò comporta, sull'astratta o concreta punibilità di un fatto di reato.

Viceversa, a conclusioni opposte perviene altra dottrina, per cui ben può prospettarsi che si verifichi una sfasatura tra le due tutele, con la prevalenza di quella penale rispetto all'azione civile, "*fenomeno inconsueto ma non abnorme*"; così BRICCHETTI R. – MUCCIARELLI F. – SANDRELLI G.G., *Le responsabilità penali*, in A. JORIO M. FABIANI (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare. Commentario sistematico*, Bologna, 2010, 1289; aderisce a tale impostazione ZAMBUSI A., *La bancarotta preferenziale dopo la riforma dell'azione revocatoria fallimentare: riflessi problematici*, cit., 547; analogamente anche SANDRELLI G.G., *La riforma della legge fallimentare: i riflessi penali*, cit., 1454 nonché SCHIAVANO G., *Riforma della legge fallimentare: implicazioni penalistiche*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2006, 964.

¹³³ Vari sono gli Autori che, sul punto, ragionano in termini di causa di giustificazione; in particolare, per le esenzioni riguardanti le operazioni attuate nell'ambito di un concordato preventivo o nell'accordi di ristrutturazione dei debiti (lett. e del 3° comma dell'art. 67), si sottolinea che i meccanismi di approvazione degli stessi, basati sul consenso da parte di maggioranze qualificate dei creditori (artt. 177 e 182 *bis* l. fall.), delineano la causa di giustificazione del consenso dell'avente diritto (art. 50 c.p.). Diverso invece il discorso per la lett.

chi invece sottolinea che tali atti esulino, nel mutato contesto normativo, dalla sfera oggettiva del delitto in questione¹³⁴, chi infine denuncia l'assenza dell'elemento soggettivo richiesto dalla fattispecie¹³⁵.

d), posto che in tal caso il piano attestato di risanamento si basa su accordi individuali tra creditori e imprenditore, venendo quindi a mancare il dolo tipico della bancarotta preferenziale (così INSOLERA G., *Riflessi penalistici della nuova disciplina del concordato preventivo e delle composizioni extragiudiziali della crisi di impresa*, cit., 467-469; sostanzialmente aderente a tale impostazione anche CASSANI C., *La riforma del concordato preventivo: effetti penali*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.* 2006, 775). Tale impostazione ripropone una autorevole posizione dottrinale (PEDRAZZI C., *Sub art. 216*, cit., 127) che, *ante* riforma, individuava nel consenso dei creditori – ove correttamente formato – quale limite alla punibilità del fatto di bancarotta preferenziale. Tale soluzione tuttavia sconta il limite di allargare l'efficacia scriminante del consenso prestato dai creditori che approvano il piano all'intera massa creditoria: c'è il rischio quindi di “individualizzare” la *par condicio*, e quindi di non considerare il dissenso dei creditori di minoranza i quali, in ultima analisi, rappresentano proprio i soggetti lesi dal pagamento preferenziale. In altre parole, posto che tali strumenti prevedono la possibilità che siano soddisfatte solo alcune classi di creditori e non altre, è innegabile che esse contengano “*il germe della preferenzialità penalmente rilevante*” per citare BRICCHETTI R. – PISTORELLI L., *La bancarotta e gli altri reati fallimentari. Dottrina e giurisprudenza a confronto*, Milano, 2011, 154.

Sempre nell'orbita delle cause di giustificazione, si è poi fatto prospettato l'utilizzo dell'esercizio del diritto (MANGIONE A., *Riflessi penalistici sulla riforma delle procedure concorsuali*, cit., 909), con riscontro della prevalenza quindi delle norme civili su quelle penali; non soddisfacente appare invece la soluzione alternativa – e diametralmente opposta – elaborata dal medesimo Autore: ritenere infatti i suddetti patti nulli per contrasto alla norma penale *ex art. 1418 c.c.*, varrebbe a vanificare lo spirito riformatore della norma dell'art. 67, invertendo la prospettiva di analisi tra condotta lecita e quella illecita.

¹³⁴ Tale soluzione muove effettivamente da una corretta impostazione dei rapporti tra principio di offensività e condotta penalmente rilevante che, nel caso della bancarotta preferenziale, appare tanto laconica quanto elastica. Partendo da tale premessa, diversi Autori rilevano che gli atti in questione non ricadrebbero nella condotta obiettiva della norma penale perché incapaci di ledere la *par condicio creditorum* sotto il profilo civilistico e, correlativamente, non sarebbero lesivi del medesimo bene giuridico tutelato dall'art. 216, 3° l. fall. In questi termini, seppur con varie sfumature SANDRELLI, *La riforma della legge fallimentare: i riflessi penali*, cit., 1449; BRICCHETTI R. – MUCCIARELLI F. – SANDRELLI G., *Sub artt. 216 – 241*, cit., 2741; GIUNTA F., *Revocatoria e concordato preventivo: tutela penale*, cit. 34. Viene peraltro messo in evidenza che tale soluzione non elimina in ogni caso il rischio che l'operazione realizzata venga presa in considerazione da parte del giudice penale posto che molte delle esenzioni introdotte si connotano per rilevanti momenti di opinabilità: non solamente le valutazioni intrinseche ai piani di recupero su cui si avrà modo di approfondire oltre, ma anche le nozioni di “*termini d'uso*” per i pagamenti e servizi effettuati nell'esercizio dell'attività (lett. a), le rimesse in conto corrente che non abbiano ridotto in maniera “*consistente e durevole*” l'esposizione debitoria (lett. b), le vendite e i preliminari di vendita con oggetto immobili ad uso abitativo e “*conclusi a giusto prezzo*” (lett. c).

Circa la mancanza di offensività delle condotte, altra dottrina (SCHIAVANO G., *Riforma della legge fallimentare: implicazioni penalistiche*, cit., 946) sostiene invece che gli atti in questione sarebbero non punibili ai sensi dell'art. 49, 2° c.p. per inidoneità dell'azione a ledere il bene giuridico protetto.

La soluzione in commento rischia tuttavia di non cogliere il problema nella sua piena complessità, causata dalla sfasatura d'interessi che le norme sono volte a proteggere: il legislatore della riforma del 2005 ha esentato le operazioni in questione non tanto perché esse non ledano la *par condicio* – ed in realtà esse continuano a farlo – ma perché fotografano altri interessi che la riforma delle procedure concorsuali ha voluto valorizzare, primariamente la conservazione dei fattori produttivi attraverso il risanamento dell'impresa piuttosto della loro dispersione. Dall'analisi delle istanze più profonde della riforma che si è cercato di mettere in evidenza nella

prima parte di questo lavoro, emerge con evidenza il mutamento all'approccio del problema della crisi di impresa, la soluzione del quale passa ora attraverso modelli nuovi che esprimono altrettanto nuove esigenze: in tale contesto va inquadrata anche la riforma dell'azione revocatoria, le cui esenzioni rispecchiano l'esigenza di consentire all'impresa in difficoltà la continuazione della propria attività.

Nel caleidoscopio delle esenzioni è possibile intravedere, se non lo stesso colore d'ispirazione, quanto meno una tonalità comune, da cui si discosterebbe esclusivamente la previsione della lett. c), volta alla protezione di istanze solidaristiche di protezione del diritto alla casa; in modo più o meno evidente, la matrice generale appare quella della salvaguardia diretta o indiretta della produttività aziendale, attraverso l'eliminazione in radice del pericolo che determinati atti posti in essere nel periodo di insolvenza vengano successivamente revocati; si vuole cioè "evitare che intorno al debitore insolvente di formi un cordone sanitario per il timore che chiunque si astenga dal porre in essere atti, anche relativi alle più ordinarie esigenze dell'impresa, per il rischio di incorrere nella revocatoria, con ciò precludendo al debitore l'accesso a qualunque forma di soluzione della crisi?"; in questi termini GIORGI V., *Le esenzioni dalla revocatoria fallimentare per favorire la normale prosecuzione dell'impresa (art. 67, comma 3, lettere a ed f, legge fallimentare)*, in *Dir. fall.*, 2008, 393; si tratta in definitiva di una forma di incentivo, per entrambe le parti in gioco, di una soluzione indirizzata verso il tentativo di risanamento, nel cui ambito la certezza dei rapporti giuridici assume un ruolo determinante per chi è a conoscenza dell'insolvenza altrui; diffusamente CAVALLI G., *Sub art. 67, 3° co., lett. a)*, in , in A. JORIO (diretto da) e M. FABIANI (coordinato da), *Il nuovo diritto fallimentare*, 2006, 945; PATTI A., *Le azioni di inefficacia*, in A. JORIO M. FABIANI (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare. Commentario sistematico*, Bologna, 2010, 271; MEOLI B., *Vecchie e nuove esenzioni della revocatoria fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2006, 208; SCHIANO DI PEPE G., *La nuova revocatoria fallimentare*, in *Dir. fall.*, 2005, 799 ss.; FABIANI M., *L'alfabeto della nuova revocatoria fallimentare*, in *Fall.*, 2005, 573 ss.; , 202.

Riprendendo una classificazione che pare convincente, le varie ipotesi si possono infatti suddividere tra quelle volte a favorire la continuazione dell'ordinaria attività di impresa pur nella situazione di insolvenza (lett. a), b) ed f)), rispetto a quelle evidentemente dirette a garantire la agevolazione dall'uscita dalla crisi attraverso le nuove forme concordate di soluzione della crisi di impresa (lett. d), e) e g)); in questi termini NIGRO A., *Sub art. 67*, in A. NIGRO, M. SANDULLI, V. SANTORO (a cura di), *La legge fallimentare dopo la riforma*, I, Torino, 2010, 929. In ogni caso si vedrà a breve che, nella prospettiva penalistica, le ipotesi che acquistano particolare interesse sono quelle di cui alla lett. d), ove si trova la disciplina del c.d. "piano attestato di risanamento", lett. e), relativo a pagamenti eseguiti in esecuzione di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione dei debiti, nonché lett. g), relativo al pagamento di attività strumentali all'accesso alle procedure concorsuali.

Per un approfondimento analitico delle singole fattispecie si rimanda a ZAMBUSI A., *La bancarotta preferenziale dopo la riforma dell'azione revocatoria fallimentare: riflessi problematici*, cit., 552 ss.

Si è cercato quindi di evidenziare il forte scollamento che si è verificato tra l'azione revocatoria e la bancarotta preferenziale; ma a fronte di tale mutamento di prospettiva "il delitto resta programmato a tutela della par condicio, ma la par condicio non è più l'unico orizzonte di tutela di entrambi gli strumenti?"; così efficacemente ZAMBUSI A., *La bancarotta preferenziale dopo la riforma dell'azione revocatoria fallimentare: riflessi problematici*, cit., 569, il quale mette analiticamente in rilievo l'irriducibilità della nuova veste dell'azione revocatoria alla semplice protezione della *par condicio*, cui si ritiene di aderire. Conferma tale mutamento di prospettiva MANGIONE, *Riflessi penalistici sulla riforma delle procedure concorsuali*, cit., 910.

¹³⁵ Conformemente all'impostazione messa in evidenza nella nota precedente, tali atti non sarebbero quindi capaci di integrare lo "scopo di favorire, a danno dei creditori, taluno di essi"; la carica anti-giuridica della finalità mediata, cioè il pagamento di un solo creditore a fronte della massa, svanirebbe nel più ampio contesto dello scopo ultimo, che è quello invece di effettuare una operazione finalizzata al diverso fine del risanamento dell'impresa. In definitiva, le operazioni esentate e i valori per le quali l'imprenditore le realizza si palesano eccentriche rispetto al fine preso in considerazione nella bancarotta preferenziale; in tal senso AMBROSETTI E.M., *I reati*

Che la materia avesse quindi raggiunto approdi sicuri è affermazione quanto mai azzardata; il numero e la gracilità delle soluzioni elaborate – accomunate dalla spinta emotiva dell' *“l'insostenibilità di qualsivoglia giustificazione di un fatto civilmente lecito ma penalisticamente rilevante”*¹³⁶ - dimostra quanto fosse necessario un intervento legislativo che ricomponesse l'equilibrio spezzato.

fallimentari, cit., 300; MANGIONE, *Riflessi penalistici sulla riforma delle procedure concorsuali*, cit., 910; ZAMBUSI A., *La bancarotta preferenziale dopo la riforma dell'azione revocatoria fallimentare: riflessi problematici*, cit., 566; ROSSI A., *Reati fallimentari*, cit., 154; GROSSI M.R., *La riforma della legge fallimentare. Commento e formule della nuova disciplina delle procedure concorsuali*, II° ed., Milano 2008, 1754, LANZI A., *Osservazioni su taluni riflessi penalistici della riforma della legge fallimentare*, in *Fall.*, 2006, 1444, nonché SANDRELLI, *La riforma della legge fallimentare: i riflessi penali*, cit., 1454.

Peraltro, in tale prospettiva, si deve registrare il tradizionale atteggiamento rigorista della giurisprudenza penale circa l'elemento soggettivo richiesto dalla fattispecie anche a fronte di ulteriori finalità, non immediatamente preferenziali, per le quali veniva posto in essere l'operazione.

La circostanza che a integrare il dolo specifico in questione sia sufficiente la mera accettazione del rischio di cagionare danno alla massa creditoria (così Cass. Pen., Sez. V, 26 giugno 2009, n. 31894, Rv. 244498; Cass. Pen., Sez. V, 24 febbraio 1998, n. 4427, Rv. 211138, nonché, da ultimo, Cass. Pen., Sez. V, 21 novembre 2013, n. 673, Rv. 257963; si veda sul punto la nota n. 123) comportava l'indifferenza alla circostanza che l'imprenditore avesse agito per il perseguimento di finalità ulteriori rispetto a quelle immediatamente preferenziali, prima tra tutti col fine di alleggerire la pressione dei creditori ed evitare il fallimento; numerose sono infatti le pronunce, anche recenti, per le quali tale circostanza non rappresenta automaticamente un elemento decisivo – soprattutto se le speranze erano oggettivamente labili – per escludere il dolo in questione (da ultimo Cass. Pen., sez. V, 28 febbraio 2014, n. 32725, ma già Cass. Pen., Sez. V, 27 settembre 1984, n. 23, Rv. 167256 e Cass. Pen., Sez. V, 3 gennaio 1985, n. 23, in *Cass. pen.*, 1986, 597). Più in generale, solo la concreta capacità dell'operazione di risanamento di raggiungere gli effetti sperati, la quale riverberava le proprie qualità nella certezza soggettiva del non verificarsi dell'evento fallimentare, comportava un buon grado di sicurezza per il debitore, altrimenti rimaneva incombente la sanzione penale poiché, in sostanza, egli aveva accettato il rischio di preferenzialità; così BRICCHETTI R. – PISTORELLI L., *La bancarotta e gli altri reati fallimentari. Dottrina e giurisprudenza a confronto*, cit. 153.

Viceversa, per l'appunto, viene messa in evidenza l'incompatibilità tra tali atteggiamenti psicologici ove l'imprenditore agisca con la certezza di riuscire a ripianare la situazione di insolvenza (Cass. Pen., Sez. V, 15 aprile 1992, n. 7248, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1993, 1182; Cass. Pen., Sez. V., 12 giugno 1985, n. 9400, Rv. 170784; Cass. Pen., Sez. V, 3 luglio 1973, n. 8142, Rv. 125485)

Merita invece segnalare che una recente pronuncia sembra in realtà riconsiderare, alla luce della complessiva riforma, i tradizionali rapporti tra fini psicologici ultimi dell'imprenditore che agisce per finalità ulteriori, segnatamente, quella di rientrare dalla propria esposizione debitoria: *“In tema di bancarotta preferenziale, punita dall'art. 216 co. 3 l. fall., occorre - quanto all'oggetto del reato - dimostrare la violazione della cd. par condicio creditorum nella procedura fallimentare e, in relazione all'elemento psicologico, provare la ricorrenza della forma peculiare del dolo, costituito dalla volontà di recare un vantaggio al creditore (o ai creditori) soddisfatto, con l'accettazione dell'eventualità di un danno per altri. Questa finalità deve risultare come primario interesse perseguito del debitore, onde la strategia di alleggerire la pressione dei debitori, in vista di un ragionevolmente presumibile riequilibrio finanziario e patrimoniale, si appalesa incompatibile con la norma, soprattutto alla luce della riforma (portata dal già citato D. L.vo 269/07) dell'azione revocatoria e specialmente dell'art. 67 co. 3 l. fall.”*; così Cass. Pen., sez. V, 20 maggio 2009, n. 31168, in *Fall.*, 2010, 495.

¹³⁶ ALESSANDRI A., *Profili penalistici delle innovazioni in tema di soluzioni concordate della crisi di impresa*, cit., 129.

E all'aspirazione di logica giuridica si sommava l'interesse ancora più concreto del mondo imprenditoriale e bancario, legittimamente preoccupato di vedersi contestato il concorso nella bancarotta preferenziale nel momento in cui accettava il pagamento dal debitore prima insolvente e poi fallito¹³⁷. Il rischio dell'incombenza della sanzione

¹³⁷ La bancarotta preferenziale è un reato necessariamente plurisoggettivo o a concorso necessario: perché venga integrata la fattispecie serve infatti anche un comportamento naturalisticamente percepibile da parte del creditore, limitato anche alla mera percezione della somma. Tale ultima condotta, tuttavia, non viene punita dall'art. 216, 3° c.p.; trassi infatti di reato proprio dell'imprenditore. (per tutti AMBROSETTI E.M., *I reati fallimentari*, cit., 303; ROSSI A., *Reati fallimentari*, cit., 154; PEDRAZZI C., *Sub art. 216*, cit., 132; NUVOLONE P., *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, cit., 436; COCCO G., *Sub art. 216*, in F.C. PALAZZO – C.E. PALIERO, *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, 2003, 930; SERIANNI V., *Il concorso del creditore nel delitto di bancarotta preferenziale: struttura e limiti. La ricettazione fallimentare del creditore*, cit., 201 ss.).

La ragione di tale diversificazione di trattamento trova conforto, secondo la maggioranza degli Autori, nel decisivo riscontro del fatto che in capo al creditore non solo non sussiste un obbligo di rifiutare il pagamento offerto ma, anzi, ha diritto ad esigerlo ai sensi dell'art. 1186 c.c. che autorizza il creditore a esigere immediatamente la prestazione del debitore divenuto insolvente; viceversa COCCO G., *La bancarotta preferenziale*, cit., 266 la giustifica in considerazione della diverso rapporto sussistente tra ruolo ricoperto e bene giuridico protetto. Secondo un'ulteriore prospettiva, invece, ad escludere la punibilità dell'*extraneus* sarebbe decisivo il fatto che la fattispecie punisce, *expressis verbis*, solamente una condotta delle due "naturalistiche", la seconda delle quali, si pone in posizione eccentrica rispetto alla tipicità della norma (PAGLIARO A., *Il delitto di bancarotta*, Palermo, 1957, 147).

Il discorso tuttavia muta nel caso in cui il creditore non si sia limitato ad accettare il pagamento, pur nella consapevolezza dello stato d'insolvenza del debitore, ma abbia posto in essere un *quid pluris* giuridicamente rilevante alla realizzazione della fattispecie; secondo parte della dottrina, prendendo le mosse dalla circostanza che l'art. 1186 c.c. autorizza – per gli effetti di cui all'art. 51 c.p. - non solo la condotta di accettazione ma anche la sollecitazione del pagamento, ritiene non punibili condotte di sollecitazione al pagamento, specie se attuate nelle forme d'uso nella prassi commerciale (COCCO G., *La bancarotta preferenziale*, cit., 272; PEDRAZZI C., *Reati fallimentari*, cit., 157; CERQUA L.D., *Il concorso del debitore favorito nel delitto di bancarotta preferenziale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2003, 574); altri Autori, invece, propendono per una tesi di maggior rigore (NUVOLONE P., *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, cit., 436; CONTI L., *Diritto penale commerciale, I reati fallimentari*, cit., 335; a tale posizione sembra conformarsi anche la giurisprudenza, ove ritiene sussistente la punibilità in condotte d'istigazione connotate da particolare attività ed insistenza; Cass. Pen., Sez. V, 24 settembre 2008, n. 39417, Rv. 241740 nonché Cass. Pen., Sez. V, 20 ottobre 1981, in *Cass. pen.*, 1983, 428 nonché Cass. Pen., Sez. V, 16 agosto 2005, n. 16957, in *Guida dir.*, 2005, n. 41, 71 ss. nel caso di concorso nel delitto degli amministratori della società controllante che sia creditrice della controllata; i primi, a conoscenza dello stato di insolvenza della seconda, possono concorrere nel reato commesso dagli amministratori della controllata poiché concorrono a violare la *par condicio*). In ogni caso, al creditore non sarebbe comunque consentito andare e oltre e intraprendere condotte di costrizione al pagamento, anche tramite minaccia di presentazione dell'istanza di fallimento.

Va peraltro sottolineato che anche nel concorrente favorito deve in ogni caso sussistere l'elemento psicologico richiesto dalla norma incriminatrice; quindi la consapevolezza anche della prognosi infausta della situazione patrimoniale del debitore. Da questa prospettiva si muove quindi l'ulteriore considerazione attraverso cui analizzare una situazione frequente che si può verificare; quando il debitore paghi un credito preesistente al fine di reperire nuove risorse dall'ente creditizio finalizzato al superamento della situazione di crisi e quindi al pagamento degli altri creditori, il fine di colui che accetta il pagamento non è certo quello di ledere la *par condicio*, semmai esattamente l'opposto. Anche in tal caso, tuttavia, come già messo in evidenza in tema

penale, come è evidente, produce un effetto intimidatorio della libertà d'azione dei protagonisti del mondo economico, frustrando evidentemente la sicurezza dei traffici commerciali e le prospettive di sviluppo a livello microeconomico¹³⁸.

2.2.2: Introduzione dell'esenzione dai reati di bancarotta (art. 217 bis l. fall.): prospettiva di metodo

La risposta legislativa a tali istanze ha trovato concretezza nel 2010, con l'introduzione di un nuovo articolo nel corpo della legge fallimentare. Inserito tra le disposizioni penali dal comma 2 *bis*, aggiunto in sede di conversione dell'art. 48 d.l. 31 maggio 2010, n. 78 (convertito con modificazioni in legge 30 luglio 2010, n. 78), viene così alla luce l'art. 217 *bis* l. fall., rubricato "Esenzioni dai reati di bancarotta".

La norma prevede che "le disposizioni di cui all'articolo 216, terzo comma, e 217 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 ovvero del piano di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d)" e la sua portata è stata successivamente estesa "ai pagamenti e alle operazioni di finanziamento autorizzati dal giudice a norma dell'art. 182 quinquies" (art. 33, d.l. 22 giugno 2012, n. 83 – c.d. "Decreto sviluppo" – convertito in l. 7 agosto 2012, n. 134) e a quelli posti in essere in esecuzione "di un accordo di composizione della crisi omologato ai sensi dell'art. 12 della legge 27 gennaio 2012, n. 3" (art. 18, d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 – c.d. "Decreto crescita 2.0" -convertito in l. 17 dicembre 2012, n. 179)

di dolo del soggetto attivo del reato di bancarotta preferenziale (cfr. nota n. 135), l'equilibrio di tale soluzione si basa essenzialmente sull'effettivo percorribilità giuridico-economica del piano di rientro predisposto; sul punto si rimanda a MARINUCCI G., *Tendenze del diritto penale bancario e bancarotta preferenziale*, in M. ROMANO (a cura di), *Le responsabilità penali degli operatori bancari*, Bologna, 1980, 45 ss.; STELLA F., *Insolvenza del debitore e responsabilità penale del banchiere*, in *Fall.*, 1985, 305, nonché COCCO G., *I rapporti tra banca e impresa in crisi: problemi di responsabilità penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 566; FLORA G., *Mutui fondiari e concorso in bancarotta preferenziale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1998, 87 ss.

Ovviamente tali ambiti di liceità della condotta concorsuale posso giustificarsi fino a quando non intervenga la sentenza dichiarativa di fallimento poiché da tale momento sono inibite le azioni esecutive individuali e non può trovare applicazione il principio *ex* 1186 c.c.

¹³⁸ Si rimanda alle considerazioni dell'avv. Corrado Faissola, presidente dell'ABI in occasione della sua audizione tenutasi il 10 giugno 2010 a Roma in occasione dei lavori della V Commissione del Senato, Programmazione economica e bilancio e reperibile http://www.falcri.it/documenti/3410.audizione_abi_senato%2010.6.10.pdf.

Sottolinea inoltre TROYER L., *Le responsabilità penali relative alle soluzioni concordate delle crisi d'impresa*, in *Riv. dott. comm.*, n. 1/2008, 112, l'esigenza di razionalità giudiziaria per non sovraccaricare la macchina amministrativa di fatti di bancarotta spesso di modesta entità.

Sulla "ratio artificiale" della risposta legislativa – l'art. 217 *bis* l. fall. di cui a breve – intesa a (r)assicurare il panorama economico ed imprenditoriale da possibili implicazioni penalistiche, AMARELLI G., *I delitti di bancarotta alla luce del nuovo 217 bis l. fall.: qualcosa è cambiato?*, cit., 558; sul tema, infine COCCO G., *Esenzioni dai reati di bancarotta nel "nuovo" art. 217 bis della legge fallimentare*, in *Leg. Pen.*, 1/2011, 6.

Procedendo con ordine, per esprimere un giudizio circa tale intervento si deve evidentemente comprendere se lo stesso sia o meno riuscito a risolvere i problemi che si è passato in rassegna in precedenza; se lo spirito di tale *novum* legislativo era – e altro non poteva essere – di garantire finalmente un corretto riallineamento delle basi valoristiche su cui poggiano i due comparti della legge fallimentare, il risultato dovrebbe essere allora un nuovo equilibrio che assicuri finalmente certezza prognostica agli operatori del mondo economico che intraprendano la strada del risanamento dell'impresa.

Ciò che può sottolinearsi in prima battuta è la scelta di incidere nel tessuto normativo attraverso l'introduzione di una nuova norma a fronte della diversa possibilità di adeguare il portato normativo proprio delle fattispecie tangenti con la problematica del risanamento di impresa.

Procediamo quindi a calare la norma nella trama del tessuto normativo in cui è stata inserita per vedere se il risultato sperato è stato effettivamente raggiunto.

2.2.3: Natura giuridica della “esenzione” e conseguenze sul piano applicativo

Per realizzare quanto prefissato si deve iniziare dal comprendere quale sia l'effetto giuridicamente rilevante che il legislatore ha attribuito a tale norma; è appena il caso di mettere in evidenza che le possibili soluzioni ermeneutiche che ricadono nell'alveo delle “cause di esclusione della pena” hanno fondamento e soprattutto conseguenze ben diverse tra loro¹³⁹. A tal fine l'esegesi della norma non può che concentrarsi sugli unici appigli linguistici che segnalino un effetto giuridico tra le fattispecie penali e quelle civili, ovvero le locuzioni “*esenzione*”, contenuto nella rubrica e “*non si applicano*” nel corpo della norma.

Anche a condividere le perplessità della dottrina per l'utilizzo di termini certo non immediatamente evocativi di un chiaro istituto giuridico¹⁴⁰ – e sarebbe impossibile non farlo – rimane immutata la necessità (e, in tale sede, il dovere) di riconoscere il significato penalistico di tale norma.

¹³⁹ Si intende far riferimento alle cause di giustificazione, alle cause di esclusione della colpevolezza e alle cause di non punibilità in senso stretto; per le differenze ontologiche e i relativi corollari applicativi si rimanda a ROMANO M., *Pre-Art. 50*, in *Commentario sistematico del codice penale*, I, art.1-84, Milano, 1987, 444 ss.

¹⁴⁰ MUCCIARELLI F., *L'esenzione dai reati di bancarotta*, in *Dir. pen. proc.*, 12/2010, p. 1475; si veda inoltre VITALE F., *Nuovi profili penali della crisi di impresa: l'esenzione dai reati di bancarotta e la responsabilità del professionista attestatore*, in www.archiviopenale.it, 2014, n. 1, 10; DONELLI F., *I continui esperimenti sul diritto penale del fallimento: l'art. 217 bis l. fall. prima e dopo il “Decreto sviluppo”*, in *Riv.trim.dir.pen.econ.*, 3/2012; AMARELLI G., *I delitti di bancarotta alla luce del nuovo 217 bis l. fall.: qualcosa è cambiato?*, cit., 562, il quale analizza la ricorrenza di simili espressioni nella nostra legislazione penale.

Si può affermare con ragionevole sicurezza che l'esenzione certo non sembra introduca né una causa di esclusione della colpevolezza, né una causa di non punibilità in senso stretto¹⁴¹.

Il discorso invece è più delicato per quello che riguarda le cause di giustificazione: è vero che la norma, in prima ed astratta battuta, esprime un giudizio di prevalenza tra due classi di norme, ma è vero anche che tale giudizio di bilanciamento viene descritto attraverso una modalità diversa rispetto a quella tipica delle scriminanti; non attraverso l'affermazione della prevalenza di un interesse contrapposto ad un altro che l'ordinamento ritiene prevalente rispetto alla meritevolezza di pena, bensì operando in un momento anteriore, ovvero quello della tipicità normativa. I due contrapposti interessi, detto altrimenti, non rimangono distinti e come tali "soppesati", ma vengono dal legislatore utilizzati nell'ambito di un processo di erosione di una fattispecie rispetto all'altra¹⁴²; più precisamente, si "allinea" la tipicità materiale delle fattispecie previste ai contenuti di concreta (in)offensività di determinati comportamenti ora ritenuti leciti. Questi stessi comportamenti fuoriescono quindi dal raggio operativo degli artt. 216, 3° comma e 217 l. fall. per espressa volontà legislativa; posto che, come sopra affermato, la tipicità materiale altro non può esprimere se non la modalità di aggressione di un bene giuridico, tali pagamenti e tali operazioni sono leciti poichè non ledono la *par condicio creditorum, rectius*, in quanto garantiscono la salvaguardia di istanze di protezione del bene impresa e dei suoi corollari economico-sociali; le operazioni e i pagamenti "esentati", nella loro naturale fisiologia, muovono infatti in senso opposto alla lesione della parità delle ragioni creditorie, poichè il loro fine è quello di superare la crisi e di ritornare a soddisfare regolarmente ed in maniera corretta i creditori.

Risulta quindi convincente la soluzione individuata dalla grande maggioranza degli Autori sul punto, per i quali, la norma rientrerebbe tra le c.d. cause di esclusione della tipicità con evidenti ricadute favorevoli anche per gli eventuali concorrenti nel fatto ormai atipico¹⁴³. Così ragionando consegue agevolmente che, pur non espressamente

¹⁴¹ Con riguardo alla prima ipotesi certo l'art. 217 *bis* non introduce alcun elemento idoneo ad incidere sulla rimproverabilità del fatto posto che le note materiali della fattispecie in questione non mettono in luce alcuna particolare situazione soggettiva in capo al soggetto agente capacità di agire al livello della colpevolezza. Allo stesso modo non sembra conferente il ricorso alla categoria della causa di non punibilità in senso stretto: non emerge infatti alcuna ragione di opportunità politico-criminale; per tali riflessioni non si può, sul punto, che convenire quindi con ZINCANI M., *Il nuovo 217 bis l. fall.: la ridefinizione dei reati di bancarotta*, in *Fall.*, 2011, 520.

¹⁴² Similmente LOTTINI R., *Modifica della legge fallimentare*, *Fall.*, 2010, 1362 e DONELLI F., *I continui esperimenti sul diritto penale del fallimento: l'art. 217 bis l. fall. prima e dopo il "Decreto sviluppo"*, 791, in nota n. 20, nonché, più in generale ROMANO M., *Teoria del reato, punibilità, soglie espresse di offensività (e cause di esclusione del tipo)*, in E. DOLCINI E C.E. PALIERO, *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, *Teoria della pena, teoria del reato*, Milano, 2006, 1737. Si veda inoltre PISTORELLI L., *Novità legislative – Decreto legge 31 maggio 2010, n. 78 – Legge 2 luglio 2010, n. 108 – Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica*, Rel. n. III/09/2010, 10 ss.

¹⁴³ Per tutti, MUCCIARELLI F., *L'esenzione dai reati di bancarotta*, cit., 1475; AMARELLI G., *I delitti di bancarotta alla luce del nuovo 217 bis l. fall.: qualcosa è cambiato?*, cit., 564; BRICCHETTI R., *Le esenzioni dai reati di bancarotta. L'art. 217 bis l. fall.*, cit., 372; ANDREAZZA G., *Sub art. 216*, in M. FERRO (a cura di), *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, 3° ed., Padova, 2014, 1484; D'ALESSANDRO F., *Il nuovo 217 bis l. fall.*, in *Soc.*, 2011, 206; ALESSANDRI A., *Intervento*, in

richiamate nell'art. 217 *bis*, i fatti esentati rilevano anche ai fini dell'applicabilità delle norme in tema di bancarotta societaria, pur se le stesse non vengono direttamente menzionate. La tentazione di chiamare in causa opzioni restrittive, incentrate sul richiamo espresso alle fattispecie penali da esentare e sull'impossibilità di letture analogiche per il carattere certamente eccezionale della norma, si stempera proprio in considerazione della natura giuridica dell'esenzione.

Una volta che dal novero dei fatti penalmente rilevanti sono stati esclusi quelli delineati dall'esenzione, ne consegue che il rinvio recettizio operato dagli artt. 223 e 224 ai fatti di bancarotta fraudolenta o ai fatti di bancarotta semplice non potrà che comportare il venir meno della tipicità anche per questi delitti, almeno per ciò che riguarda le norme che vengono espressamente richiamate¹⁴⁴.

AA.VV., *Le soluzioni concordate delle crisi di impresa*, a cura di A. JORIO, Milano, 2012, 142; BRICCHETTI R., MUCCIARELLI F., SANDRELLI G.G., *Le responsabilità penali*, cit. 1293, i quali rilevano che “l'effetto dell'iniziativa legislativa è più incisivo (con immediato riflesso in tema di successione della legge penale), avendo dato vita ad una nuova disposizione penale e non ad una mera modifica di norma extra-penale con indiretto portato modificativo del precetto penale”. Non si può non rimandare infine – come peraltro fanno molti Autori sul punto – a ROMANO M., *Teoria del reato, punibilità, soglie espresse di offensività (e cause di esclusione del tipo)*, cit., 1721 ss., il quale, pur se relativamente al ruolo degli artt. 2621-2622 c.c., individua *ratio* e conseguenza dell'introduzione di cause di esclusione del tipo legale.

Secondo una ulteriore opinione, invece, la tipicità materiale delle fattispecie sarebbe già stata autonomamente ridefinita per l'effetto della riformulazione delle norme civilistiche e, conseguentemente, l'art. 217 *bis* nulla innoverebbe sotto tale punto di vista; viene infatti sottolineato che, in un ambito intrinsecamente “artificiale” quale è quello del diritto penale fallimentare, ove la consistenza dei beni giuridici protetti dalle fattispecie incriminatrici è plasmata dalle norme di matrice “civilistica” che ne fanno per così dire da calco, se per l'ordinamento non sono lesivi della *par condicio creditorum* gli atti e gli accordi già esentati dall'azione revocatoria, non può che riconoscersi, già a prescindere dall'art. 217 *bis*, l'irrilevanza penale delle condotte realizzate nell'ambito di questi piani o accordi.

Analogo discorso varrebbe anche con riferimento alla ipotesi dell'art. 217, n. 3, ove la “grave imprudenza” censurata dalla fattispecie non può che contestualizzarsi nell'ambito della crisi in cui versa l'impresa, per cui, la finanza erogata in applicazione del piano non può concretare il requisito delineato da questa tipologia di bancarotta semplice poiché ad escluderlo vi è l'attestazione del professionista.

L'art. 217 *bis* assumerebbe pertanto la fisionomia di una norma di interpretazione autentica, volta ad evidenziare la (già) corretta operatività delle esenzioni civilistiche rispetto alle fattispecie penali in questione; così COCCO G., *Esenzioni dai reati di bancarotta nel “nuovo” art. 217-bis della legge fallimentare*, cit. 5 ss. che, difatti, sottolinea il portato più sociologico che dogmatico della norma introdotta nel 2010.

¹⁴⁴ R. BRICCHETTI, F. MUCCIARELLI, G.G. SANDRELLI, *Le responsabilità penali*, cit. 1295; LOTTINI R., *Modifica della legge fallimentare*, cit., 1374, nonché AMARELLI G., *I delitti di bancarotta alla luce del nuovo 217 bis l. fall.: qualcosa è cambiato?*, cit., 569, il quale paventa, a voler ragionare diversamente, il rischio d'incostituzionalità della norma con riferimento all'art. 3 Cost. per l'irragionevolezza della diversità nel trattamento delle due situazioni.

2.2.4: I presupposti di operatività della norma

E' di immediata evidente che l'art. 217 *bis* trova la propria ragione d'essere in una situazione tipica che già si è messo in evidenza: quella in cui, nonostante i tentativi di salvataggio dell'impresa, l'esito sperato non venga raggiunto e l'imprenditore sia dichiarato fallito. Va allora preso in considerazione il corretto perimetro di operatività della norma; e ciò tanto sotto l'aspetto delle operazioni esentate dalla rilevanza penale, quanto di quali fattispecie possano in tale frangente venire in considerazione a seguito del fallimento.

2.2.4. a): I pagamenti e le operazioni esentate

In primo luogo le operazioni giuridico-economiche poste sotto l'ombrello di protezione: i “*pagamenti*” e le “*operazioni*” eseguite in esecuzione di uno degli strumenti presi in considerazione dalla norma. Mettendo per ora da parte l'elemento che più degli altri è evocativo del problema di equilibrio dei rapporti creati dal legislatore (ovvero il termine “*in esecuzione*”), riprendendo le considerazioni di autorevole dottrina sul punto, può rilevarsi che mentre con il termine “*pagamenti*” si intende far riferimento a qualsiasi forma di pagamento in funzione solutoria di un debito pregresso, in una sorta di assonanza con la condotta di bancarotta preferenziale, le “*operazioni*” descrivono in modo ampio tutte quegli atti o negozi giuridici che siano finalisticamente diretti alla realizzazione del piano di cui sono diretta emanazione¹⁴⁵.

2.2.4. b): I piani, gli accordi e gli altri strumenti di risoluzione della crisi previsti dall'art. 217 bis l. fall.; rapporto con i “pagamenti” e le “operazioni”

I pagamenti e le altre operazioni trovano una netta delimitazione nel contesto economico-giuridico in cui le stesse sono poste in essere; deve così farsi riferimento agli strumenti di nuovo conio. I primi tre sono quelli già previsti nella versione originaria del 2010 della norma – piano attestato di risanamento *ex* art. 67, comma 3, lett. d), concordato preventivo *ex* artt. 160 ss. e infine accordo di ristrutturazione dei debiti *ex* art. 182 *bis* l. fall.¹⁴⁶ – gli altri due sono frutto del successivo incedere episodico da parte del legislatore: i finanziamenti prededucibili ai sensi dell'art. 111 l. fall. e il pagamento dei crediti anteriori per la prestazione di beni e servizi ai sensi dell'art. 182 *quinquies*¹⁴⁷ e l'accordo di composizione della crisi omologato ai sensi dell'art. 12 della l. 27 gennaio 2012, n. 3 in tema di sovraindebitamento¹⁴⁸.

¹⁴⁵ MUCCIARELLI F., *L'art. 217-bis l. fall. e la disciplina penale delle procedure di soluzioni della crisi d'impresa*, in F. BONELLI (a cura di), *Crisi di impresa: casi e materiali*, Milano 2011, 283-284.

¹⁴⁶ Per le cui caratteristiche si rinvia, rispettivamente ai § 1.7.1, 1.7.2, 1.7.3.

¹⁴⁷ Si rimanda alla nota n. 81 al § 1.6 per il relativo contenuto.

¹⁴⁸ Si veda sul punto i contenuti del § 1.6.

I tratti comuni di tali strumenti, come già si è avuto modo di rendere meglio evidente in precedenza¹⁴⁹ si polarizzano attraverso alcuni connotati comuni, che riflettono il differente approccio alla soluzione della crisi di impresa; l'utilizzo di strumenti negoziali caratterizzati da snodi marcatamente privatistici tra i protagonisti degli accordi o dei piani, la presenza di soggetti certificatori terzi, chiamati ad attestare le esposizioni economico-patrimoniali dell'imprenditore e la "realizzabilità" del progetto di rientro e, infine, il sensibile arretramento – o la relativa totale mancanza come nel caso dei piani *ex art. 67, 3°*, lett. d) - del controllo giurisdizionale.

La nota di congiunzione di tali progetti di risanamento ai "*pagamenti*" e alle "*operazioni*" viene espressa dal sintagma "*in esecuzione*"; sul significato da attribuire a tale espressione ruota un problema di non secondario rilievo ai fini del concreto perimetro dell'esonazione. Secondo un primo orientamento, l'espressione andrebbe intesa in una ampia valenza, secondo un significato funzionale tra gli atti compiuti e i progetti di salvataggio, con un conseguente allargamento della protezione anche a comportamenti prodromici alla realizzazione del piano e dell'accordo purchè realizzati in via strumentale rispetto a uno degli accordi o dei piani descritti¹⁵⁰.

La soluzione tuttavia non persuade per una serie di ragioni: sotto un profilo linguistico, in una declinazione giuridica, il termine "*esecuzione*" è certamente evocativo di un atto attuativo o in ogni caso successivo ad un altro antecedente; così si esegue una condanna dopo che questa è stata pronunciata o, meglio ancora, si esegue un contratto dopo che si è formato l'accordo sulla volontà di vincolarsi. Richiamando i canoni prescritti dall'art. 12 disp. prel. c.c. si può affermare che tale esegesi "strumentale" della norma, se orientata ad una interpretazione teleologica rispetto alla finalità ultima della soluzione della crisi di impresa, sembra tuttavia travalicare tanto il significato delle parole usate quanto l'*intentio legis*. Ulteriore ostacolo a tale interpretazione è poi previsto dall'art. 14 disp. att. c.c. in tema di divieto di analogia; e ciò non tanto perché l'art. 217 *bis* mantiene pur sempre la natura di norma penale, come tale quindi insuscettibile di applicazione analogica¹⁵¹, ma perché la norma è senza dubbio di natura eccezionale rispetto alla regola dell'incriminazione penale per quelle delineate condotte.

D'altro canto, anche in via sistematica, si può rilevare che l'intenzione del legislatore sia di assicurare l'esonazione a condotte poste in essere sotto i presupposti specifici dei nuovi strumenti, in modo da assicurare (almeno nelle intenzioni) un perimetro protettivo dall'incriminazione a solo quelle condotte che si pongano in attuazione di determinati istituti, senza che le maglie dell'art. 217 *bis* possano essere allargate oltre i confini già altrove delineati. Inoltre, con la novella del 2012 e

¹⁴⁹ Si veda, da ultimo, il § 1.7.4.

¹⁵⁰ Si tratta della posizione di MUCCIARELLI F., *L'art. 217-bis l. fall. e la disciplina penale delle procedure di soluzioni della crisi d'impresa*, cit., 284. L'Autore perviene a tale soluzione attraverso una lettura sistematica della norma e della complessiva finalità che la stessa persegue.

¹⁵¹ Questa la posizione di D'ALESSANDRO F., *Il nuovo 217 bis l. fall.*, cit., 213; tuttavia, in tal caso ci troveremmo di fronte ad una interpretazione analogica *in bonam partem*, come tale ammessa negli ulteriori limiti dell'art. 14 disp. att. c.c., posto che comporterebbe l'esclusione della punibilità di ulteriori fatti rispetto alla stretta interpretazione della norma. Sul punto, per tutti, FIANDACA G. MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, VI° ed., Bologna, 2009, 107.

l'allargamento dell'esenzione ai pagamenti e alle operazioni di finanziamento *ex art.* 182 *quinquies* pare sufficientemente definito anche il campo di applicazione della norma con riferimento alle operazioni preordinate ed antecedenti alla presentazione del piano (seppur non in riferimento a quelli *ex art.* 67, 3°, lett. d), pena, altrimenti, una interpretazione *contra legem* francamente insostenibile¹⁵².

Si può tuttavia notare come il dolo della bancarotta preferenziale valga ad escludere che dette operazioni precedenti e prodromiche alla redazione degli accordi lascino l'imprenditore incagliato in responsabilità preferenziali che sono effettivamente ultronee rispetto alle proprie intenzioni, soprattutto se tali operazioni si pongano in razionale antecedenza, anche sotto l'aspetto della spesa sostenuta, rispetto alla successiva presentazione di una ragionata proposta di risanamento¹⁵³.

Si può invece concludere che il termine "*in esecuzione*", nell'economia della norma, assuma una valenza per così dire cronologico-consequenziale rispetto al progetto di risanamento ideato: così gli atti esecutivi di quest'ultimi beneficiano della protezione civilistica dall'azione revocatoria fallimentare, così, in ideale parallelismo, gli stessi potranno godere dell'esenzione dalle fattispecie penalistiche, poiché, in entrambe le circostanze, trovano fondamento in istituti dettagliati e specificatamente delineati a tal scopo¹⁵⁴.

¹⁵² Pertanto non sembra poter trovare eguale protezione i finanziamenti c.d. "in esecuzione" di cui al 1° comma dell'art. 182 *quater*, nonché quelli "in funzione" della presentazione della domanda di concordato o di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti di cui al successivo 2° comma dello stesso articolo, (la c.d. "finanza-ponte") pur se in entrambi i casi i relativi apporti sono prededucibili ai sensi dell'art. 111 l.fall., anche se tale beneficio rimane subordinato all'avvenuta omologazione del piano Di diverso avviso SPINOSA V., *Il cd. decreto sviluppo nel sistema della legge fallimentare: i rapporti tra nuove procedure concorsuali e profili di responsabilità penale*, in www.penalecontemporaneo.it, 11, sulla scorta del fatto che tanto nel caso dell'art. 182 *quater* quanto in quello dell'art. 182 *quinquies*, la legge riconosce il medesimo trattamento in tema di prededucibilità e sarebbe irragionevole riconoscere una diversa soluzione per quanto riguarda il rilievo penale di tali finanziamenti. Tale argomentazione, lo si ribadisce, si scontra col dato inequivocabile della norma, al più censurabile per profili di irragionevolezza per la parificazione di situazioni in sé effettivamente assimilabili.

Maggiormente suggestiva è la tesi di DONELLI F., *I continui esperimenti sul diritto penale del fallimento: l'art. 217 bis l. fall. prima e dopo il "Decreto sviluppo"*, cit., 787 ss., il quale propone di anticipare l'inizio "rilevante" della procedura (e quindi la sua "esecuzione", come richiesto dall'art. 217 *bis*) al momento in cui l'impresa fa ricorso alla finanza-ponte *ex art.* 182 *quater*, e ciò sulla base dell'assunto per cui la successiva omologazione da parte del Tribunale attribuisce protezione a tali finanziamenti assistiti dall'intervento del professionista attestatore che rappresenterebbero, in realtà, il vero inizio della procedura, soprattutto in considerazione dell'importanza che tali operazioni ricoprono nel tentativo di recupero dell'impresa.

¹⁵³ MUCCIARELLI F., *L'art. 217-bis l. fall. e la disciplina penale delle procedure di soluzioni della crisi d'impresa*, cit., 288; parimenti la medesima soluzione, questa volta sotto l'aspetto della mancanza dei requisiti oggettivi dell'art. 217, nn. 3 e 4 (come si avrà modo di rilevare a breve nel successivo paragrafo) può essere formulata con riferimento al pericolo di intersezione tra tali attività e la bancarotta semplice.

¹⁵⁴ D'ALESSANDRO F., *Il nuovo 217 bis l. fall.*, cit., 213, nonché AMARELLI G., *I delitti di bancarotta alla luce del nuovo 217 bis l. fall.: qualcosa è cambiato?*, cit., 568 che, efficacemente, si rifà alla medesima lettura cronologica della dottrina civilistica per lo stesso sintagma contenuto nell'art. 67, comma 3°, lett. d) l. fall.; sul punto si rimanda a GUERRIERI G., *Sub art. 67*, cit., 436 e a

D'altra parte questa interpretazione meglio concorre a delineare un ulteriore – e non secondario – punto da tenere in considerazione: i pagamenti e le operazioni sono esentate dal rischio di incriminazione solamente nel caso in cui esse siano poste in essere in esecuzione di un piano la cui finalità o, meglio, la cui causa¹⁵⁵, è evidentemente quella del superamento della crisi¹⁵⁶. Ne consegue pertanto che non potranno trovare protezione quegli accordi, lungi dal proporsi tale fine, si basino su rappresentazioni non fedeli della situazione economico-patrimoniale dell'impresa o comunque abbiano finalità fraudolente, esclusivamente dilatorie rispetto all'esito fallimentare.

2.2.4.c): Le fattispecie penali “esentate”: la bancarotta preferenziale e la bancarotta semplice

E veniamo, infine, alle fattispecie penali esentate. Va riscontrato, anche in tale sede, che la formulazione della norma non appare immune da censura: si riscontrano infatti astrattamente coperte dall'esenzione delle condotte, predicate attraverso il generico riferimento agli artt. 216, 3° e 217 l. fall che si pongono in radicale contrapposizione logico-giuridica con la finalità di risanamento e di corretta gestione della crisi.

Già *supra* si è ragionato circa la problematica della preferenzialità dei pagamenti, vero problema per cui è sorta l'esigenza dell'esenzione.

Ma l'art. 216, 3° sanziona anche la condotta di chi, sempre allo scopo di favorire, a danno dei creditori, taluno di essi, “*simula titoli di prelazione*”. Qualora se ne accogliesse una nozione strettamente civilistica¹⁵⁷, è evidente che questa condotta non potrà trovare protezione per l'ovvia circostanza che in nessun caso la creazione artificiale di un privilegio non può trovare ragion d'essere in sede di esecuzione di un piano tra quelli che sono deputati al risanamento dell'impresa¹⁵⁸.

Tuttavia va segnalato che la giurisprudenza, sulla scorta di un'interpretazione complessiva della disposizione che rispecchi la finalità di garanzia della *par condicio*, include anche quelle condotte effettivamente volte a trasformare un credito da chirografario a privilegiato in una situazione già delineata dal dissesto, in modo da consentire al creditore privilegiato una maggior soddisfazione nella successiva procedura

FERRO M., Sub art. 67, co. 3, lett. d), cit. 899; sulla stessa posizione anche BASILE E., Art. 217-bis l. fall. e gruppi di società, in Banca borse tit. cred., 2013, 217.

¹⁵⁵ Il termine va inteso nell'accezione propriamente civilistica, quale elemento necessario del contratto; così come del resto è stato utilizzato dalle Sezioni Unite della Cassazione civile con la sentenza n. 1521 del 2013, su cui si avrà modo di tornare a breve.

¹⁵⁶ LOTTINI R., Modifica della legge fallimentare, cit., 1372.

¹⁵⁷ ROSSI A., Reati fallimentari, cit., 146; MANGANO P., Disciplina penale del fallimento, cit., 72; in tale accezione, largamente maggioritaria in dottrina, la condotta consisterebbe nel simulare l'esistenza tra le parti di un negozio giuridico che, tuttavia, per l'effetto dell'accordo simulatorio, non abbia valore tra le parti o nasconda un diverso negozio che le parti effettivamente vogliono.

¹⁵⁸ A diversa soluzione, ovviamente si presta il caso della effettiva costituzione di un titolo di prelazione, posto che tale operazione appartiene alla fisiologia degli accordi di risanamento, come giustamente sottolinea MUCCIARELLI F., L'esenzione dai reati di bancarotta, cit., 1477; dello stesso avviso anche D'ALESSANDRO F., Il nuovo 217 bis l. fall., cit., 207.

concorsuale¹⁵⁹; ne consegue che anche la condotta simulatoria, intesa in tale questa accezione “penalistica”, ricade nello spazio applicativo dell’esenzione¹⁶⁰.

La mancanza di coerenza sistematica appare maggiormente evidente con riferimento all’ “*indifferenziato richiamo all’art. 217*”¹⁶¹; sicuramente manca la possibilità di un coordinamento logico-giuridico con riferimento al comma 2° dell’art. 217 – omessa o inidonea tenuta dei libri e scritture contabili nei tre anni antecedenti la dichiarazione di fallimento – nonché al n. 1 - “*spese personali o per la famiglia eccessive rispetto alla sua condizione economica*” - e n. 5 - inadempimento delle “*obbligazioni assunte in un precedente concordato preventivo o fallimentare*” – del 1° comma della fattispecie in questione; in tali casi, infatti, non è dato cogliere come tali comportamenti possano rilevare “*in esecuzione*” di un piano di risanamento dell’impresa.

Ugualmente, seppur almeno in maggior coerenza con l’*humus* della crisi di impresa, è a dirsi con riferimento al n. 2 del 1° comma, relativo alla consumazione di “*una notevole parte del suo patrimonio in operazioni di pura sorte o manifestamente imprudenti*”; è appena il caso di rilevare l’evidente incompatibilità logica tra tale condotta e i piani in questione che variamente si connotano in termini di “*idoneità a consentire il risanamento dell’esposizione debitoria e ad assicurare il riequilibrio dell’esposizione debitoria*” in caso di piano attestato (art. 67, 3°, lett. d); di “*fattibilità*” del concordato preventivo (art. 161, 3°); di “*attuabilità dell’accordo*” del piano attestato di risanamento (art. 182 *bis*, 1°); di “*funzionalità alla migliore soddisfazione dei creditori*” per i finanziamenti autorizzati *ex art. 182 quinquies*; di “*idoneità del piano ad assicurare il pagamento dei debitori estranei*” nell’art. 12 della l. n. 3 del 2012¹⁶².

Rimangono quindi, in definitiva, pertinenti solamente il n. 3 del 1° comma – operazioni di grave imprudenza per ritardare il fallimento – nonché il n. 4 –

¹⁵⁹ Per tutte, Cass. Pen., Sez. V, 2 marzo 2004, n. 16688, in *Foro it.*, 2005, II, 781: “*In tema di bancarotta preferenziale, la locuzione "simulazione" di cui all'art. 216, comma terzo, seconda parte L.F. non va intesa in senso civilistico, poiché la ratio della previsione è quella di sanzionare sia le condotte che realizzino la costituzione fittizia di un titolo preferenziale sia quelle che trasformino un credito chirografario in credito privilegiato con la costituzione effettiva di una garanzia in presenza dello stato di insolvenza, posto che entrambe conducono al medesimo risultato di alterazione della par condicio creditorum*”; nonché, sempre nella medesima pronuncia “*In tema di bancarotta preferenziale, integra gli estremi della "simulazione di prelazione" di cui all'art. 216, comma terzo, parte seconda, della legge fallimentare, la condotta di una impresa in situazione di decozione, che consegua da una banca creditrice mutui fondiari garantiti da ipoteca immobiliare utilizzati per il ripianamento dei saldi negativi dei conti correnti intrattenuti con la stessa Banca, così trasformandosi il credito vantato da quest'ultima verso l'impresa da chirografario in privilegiato e, quindi, costituendosi un titolo di prelazione in danno di ogni altro creditore*”.

¹⁶⁰ Così rilevano BRICCHETTI R. – PISTORELLI L., *La bancarotta e gli altri reati fallimentari. Dottrina e giurisprudenza a confronto*, cit., 158.

¹⁶¹ VITALE F., *Nuovi profili penali della crisi di impresa: l'esenzione dai reati di bancarotta e la responsabilità del professionista attestatore*, cit. 13; rileva BRICCHETTI R., *Intervento*, in AA.VV., *Le soluzioni concordate delle crisi di impresa*, cit., 143 che, per la verità, prima dell’introduzione dell’art. 217 *bis* non era stato sollevato un problema di interferenza con la fattispecie di bancarotta semplice.

¹⁶² MUCCIARELLI F., *L'art. 217-bis l. fall. e la disciplina penale delle procedure di soluzioni della crisi d'impresa*, cit., 283; ; BRICCHETTI R., *Le esenzioni dai reati di bancarotta. L'art. 217 bis l. fall.*, cit., 376; ZINCANI M., *Il nuovo 217 bis l. fall.: la ridefinizione dei reati di bancarotta*, cit., 522.

aggravamento del proprio dissesto, astenendosi l'imprenditore dal richiedere la dichiarazione del proprio fallimento o con altra grave colpa.

2.2.5: Il sindacato del giudice penale, ovvero i nodi vengono al pettine

Per esprimere un giudizio sull'efficacia dell'esenzione bisogna necessariamente chiedersi se questa, al di là della perentoria affermazione che le norme penali “*non si applicano*”, assicuri effettivamente tale risultato.

E' evidente, lo si sottolinea ancora una volta, che la rassicurazione di non incorrere in successive sanzioni penali in caso di naufragio del progetto di salvataggio rappresenta un elemento decisivo nella risoluzione dei protagonisti della gestione della crisi di imboccare la strada del tentativo di risanamento. L'espressione usata dal legislatore sembra, in prima battuta, recidere *tout court* la questione, attraverso un automatico salvacondotto rispetto alle incriminazioni penali; la decisività delle parole utilizzate stridono tuttavia con la certezza del buon esito di tali piani sotto l'aspetto economico: è evidente infatti che ogni progetto di risanamento sconta un fisiologico ambito di incertezza, dovuta a variabili innate nella programmazione economica che non sempre sono correttamente individuabili e valutabili a priori.

Non è un caso che i giudizi richiesti per l'efficacia di questi piani o accordi gravitino tutti intorno ad espressioni di segno prospettico; la “fattibilità” o l’“attuabilità” rappresentano il massimo grado di giudizio che si possa richiedere a chi deve esprimere valutazioni prognostiche in tale campo e non potrebbe essere altrimenti: elevare la soglia alla certezza di successo del piano significherebbe decretare automaticamente l'impossibilità di percorrere tale strada, poiché né l'imprenditore né, tanto meno, alcun professionista attestatore, si assumerebbe il rischio di incorrere in sanzioni penali in caso di insuccesso, spalancando così la porta al fallimento della stagione delle riforme che ha avuto come obiettivo, per l'appunto, quello di creare alternative percorribili rispetto alla prospettiva meramente liquidatoria.

Altrettanto certo è che le difficoltà insite nella valutazione prospettica non possono ridursi all'alea, tutt'altro; il legislatore ha delineato un sistema imperniato sulla correttezza, veridicità e completezza dei dati economico-patrimoniali esposti dall'imprenditore e sull'intervento di un soggetto terzo, con adeguate capacità professionali, che certifichi la congruenza della progettazione rispetto al canone prospettico richiesto dal legislatore. Ma la soluzione della crisi ora sconta anche, in una prospettiva privatistica, un consistente arretramento del controllo giurisdizionale sulle soluzioni elaborate, che se ha evidenti propagazioni positive in termini di celerità della risposta giuridica al momento di difficoltà, comporta però anche una innegabile deflazione della certezza della conformità del piano rispetto ai parametri normativi richiesti¹⁶³.

Il rischio che si paventa all'orizzonte è allora il seguente: è possibile che, in questo contesto, si verifichi un parallelo avanzamento della cognizione del giudice

¹⁶³ Si rimanda al § 1.7.4 per “uno sguardo di sintesi dei nuovi assetti delineati dalle riforme”.

penale? Detto altrimenti, nel caso d'insuccesso di questi piani e di successiva dichiarazione di fallimento dell'imprenditore, le condotte poste in essere in attuazione dei piani e degli accordi beneficiano dell'automatico ombrello protettivo dell'art. 217 bis oppure la norma, al di là del suo significato apparentemente *tranchant* – e a questo punto *contra* l'intenzione del legislatore stesso – consente un successivo ambito di cognizione del giudice penale, in particolare sulla correttezza dei dati esposti e sulla validità del giudizio espresso dal professionista attestatore?

La domanda pare giustificarsi proprio in considerazione delle suesposte connotazioni prospettiche e più in generale delle caratteristiche proprie dei piani e degli accordi, tanto più che la norma penale è incentrata sul flebile collegamento espresso dall'espressione “*in esecuzione*”.

Ci si trova di fronte ad un bivio che comporta una scelta senz'altro gravosa: il giudice penale deve limitarsi a prendere atto dell'esistenza del piano o dell'accordo e dell'eventuale omologazione (ove sussistente) oppure deve spingersi a una completa rivalutazione dell'idoneità *ex ante* degli stessi a risollevare la situazione dell'impresa per non lasciare impuniti comportamenti fraudolenti che potrebbero esser penetrati nelle maglie ora allargate dei controlli sulle soluzioni elaborate?¹⁶⁴

E' opportuno segnalare, come peraltro fa autorevole dottrina¹⁶⁵, il rischio che si insinua imboccando questa seconda strada, cioè quello, inconscio ma comunque pericoloso, dell'automatismo del giudizio negativo su tali piani qualora non abbiano portato gli effetti sperati; il rischio del giudizio “con il senno di poi” da parte del giudice penale rappresenta effettivamente un ulteriore rischio che si prospetta all'orizzonte.

Si segnala però un'opportuna notazione, rilevante per il proseguimento della trattazione: la possibilità di una rivalutazione dei piani o degli accordi che in questa sede s'intendere prendere in considerazione esula dalle situazioni per così dire patologiche, in cui cioè vi sia stata un'artata ricostruzione dello stato economico-patrimoniale dell'impresa da parte dell'imprenditore o una compiacente collaborazione da parte del professionista attestatore nel confezionamento del programma di risanamento. Viceversa s'intende considerare quelle situazioni in cui sia stata riconosciuta da parte del Tribunale la sussistenza dei presupposti richiesti dalla normativa per concedere l'omologazione del piano poiché giudicato idoneo (in senso generico e comprensivo delle diverse accezioni in cui tale giudizio si declina nelle varie ipotesi di piani o accordi) e, ciononostante esso non abbia raggiunto gli effetti sperati ma per circostanze che esulano da condotte fraudolente.

¹⁶⁴ L'interrogativo viene prospettato già all'indomani dell'introduzione della norma dei primi commenti; per tutti PISTORELLI L., *Novità legislative – Decreto legge 31 maggio 2010, n. 78 – Legge 2 luglio 2010, n. 108 – Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica*, cit., 11.

¹⁶⁵ Mette in guardia dall'equazione “piano non andato a buon fine” = “piano inidoneo o inattuabile” BRICCHETTI R., *Soluzioni concordate delle crisi di impresa e rischio penale dell'imprenditore*, cit., 689. Sul punto anche D'ALESSANDRO F., *Il nuovo 217 bis l. fall.*, cit., 207, che richiama, quali ipotesi simili in cui si verifica tale rischio quelle dei delitti colposi d'evento, l'omesso impedimento dei reati da parte dei componenti dell'organo collegiale e la valutazione sull'idoneità dei modelli organizzativi *ex d.lgs. n. 231 del 2001*.

Il panorama che si presenta tra gli Autori che hanno analizzato la problematica è alquanto variegato; le soluzioni prospettate si dipanano lungo l'intero arco delle soluzioni astrattamente possibili, dalla necessità sempre e comunque di assicurare una completa rivalutazione dei piani da parte del giudice penale, ad una valutazione inversamente proporzionale rispetto a quella effettuata dal Tribunale civile, fino al divieto di una ulteriore cognizione del giudice penale.

Si pone però una netta separazione tra piani che prevedono un controllo dal parte del Tribunale e quelli che invece ne prescindono totalmente; cominciamo con quest'ultimi, ipotesi effettivamente più semplice, su cui anche la dottrina converge in maniera uniforme.

2.2.5. a): I "piani attestati" ex art. 67, 3° comma, lett. d)

Come già rilevato¹⁶⁶, il piano attestato si caratterizza, a differenza degli altri strumenti, per la completa privatizzazione dell'accordo tra le parti e la conseguente degiurisdizionalizzazione della gestione della crisi di impresa; tale circostanza, se comporta una forte attrattiva per l'imprenditore, che non è tenuto alla *disclosure* del proprio stato di difficoltà¹⁶⁷, implica delle evidenti ricadute in termini di certezza delle conseguenze di questo piano. Già con riferimento alla cognizione in sede di azione revocatoria fallimentare è stata rilevata l'impraticabilità di precludere al giudice l'indagine circa la correttezza delle valutazioni operate tanto nel piano quanto da parte del professionista attestatore¹⁶⁸, che potrebbero sacrificare la *par condicio creditorum* in maniera fraudolenta o comunque in maniera inidonea rispetto ai parametri delineati dall'art. 67, 3° comma, lett. d).

Tale mancanza di stabilità di effetti da parte del piano attestato si riverbera con ancor maggior vigore in ambito penale.

Se, come messo in evidenza sopra, l'esenzione ha eliso dalle condotte tipiche dei reati in questione quelle poste in essere in esecuzione di uno di questi piani, non si potrà

¹⁶⁶ Cfr. § 1.7.1

¹⁶⁷ Con il d.l. n. 83 del 2012 è stata peraltro prevista la possibilità di rendere pubblico il piano attraverso l'annotazione nel registro delle imprese.

¹⁶⁸ Di tale avviso è FERRO M., Sub *art. 67, co. 3, lett. d)*, cit. 906 che ritiene che l'indagine debba necessariamente avere una valutazione *ex ante* rispetto al contenuto del piano e delle attestazioni; dello stesso avviso FARINA M., *Gli effetti sugli atti pregiudizievoli ai creditori*, in U. APICE (diretto e coordinato da), *Trattato di diritto delle procedure concorsuali, reati fallimentari, problematiche comunitarie e trasversali, fallimento e fisco*, I, *La dichiarazione e gli effetti del fallimento*, Torino, 2011, 641. Minoritaria invece la dottrina che ritiene che la *ratio* della riforma escluda la possibilità del successivo vaglio da parte del Tribunale, poiché la sola attestazione del professionista sarebbe sufficiente a garantire la correttezza dei presupposti così come delineati dalla norma, in modo che i creditori possano immediatamente beneficiare della certezza dell'intangibilità degli atti compiuti in esecuzione di questi atti; per tale posizione, anche se *ante* riforma del 2012 GUERRIERI G., Sub *art. 67*, in A. Maffei Alberti, *Commentario breve alla legge fallimentare*, V° ed., Padova, 2009, 305; lo stesso Autore, tuttavia, alla luce delle innovazioni apportata dal "Decreto Sviluppo" sembra aver abbandonato tale tesi; cfr. ID. Sub *art. 67*, in A. Maffei Alberti, *Commentario breve alla legge fallimentare*, VI° ed., Padova, 2013, 438.

negare la possibilità che il giudice penale vada a verificare la conformità del piano concretamente adottato ai parametri delineati dalla norma per l'ovvia ragione per cui si potrà affermare di essere nell'ambito di condotte esentate – ovvero nel perimetro degli elementi negativi delineati dall'art. 217 *bis* - solamente nel caso in cui il progetto in questione rispecchi i connotati del “piano attestato” così come delineato dalla norma¹⁶⁹; e tale corrispondenza, si mette in evidenza da molti Autori, “*non potrebbe certo dipendere da un'incontrollata scelta lasciata alla privata autonomia*”¹⁷⁰.

Per le conseguenze di tale esito si rimanda al § 2.2.7.

2.2.5.b): Gli altri strumenti di risoluzione della crisi d'impresa “esentati” ai sensi dell'art. 217 *bis*

Le ulteriori ipotesi “esentate” dall'art. 217 *bis* si caratterizzano tutte per un *quid pluris* rispetto all'ipotesi appena presa in considerazione, che consente – e al tempo stesso impone – una trattazione collettiva posto che dalla medesima soluzione di diritto derivano, ciascuno nei propri ambiti, conseguenze omologhe. In tutti questi casi, infatti, vi è un controllo, dai contorni non particolarmente definiti, da parte del Tribunale sull'assetto economico-giuridico delineato dal progetto, il cui assenso rappresenta la condizione necessaria per la stabilità delle conseguenze che le varie norme perseguono.

Il punto decisivo, su cui s'incentrano le varie soluzioni elaborate dalla dottrina, vertono essenzialmente su questo quesito: è possibile una rivalutazione da parte del giudice penale anche in questi casi in cui vi è un controllo da parte del Tribunale oppure l'omologa (nel caso di concordato preventivo, di accordo *ex art. 182 bis* o dell'accordo *ex art. 12* della l. n. 3 del 2012), l'autorizzazione (in caso di finanziamenti dell'art. 182 *quinquies*) impone un giudizio di “idoneità” i cui effetti si riflettono anche sul piano penalistico?

La questione, lo si capisce con immediata evidenza, assume una valenza decisiva per l'affidabilità degli strumenti in questione a svolgere il ruolo che si propongono, poiché il rischio insito in una nuova valutazione appare evidentemente sproporzionato a fronte di una procedura che, per produrre gli effetti tra le parti in gioco, richiede che questi piani e questi accordi siano sottoposti a controlli sia privati (da parte del professionista attestatore), ma – e qua sta il paradosso della situazione - anche pubblici.

¹⁶⁹ Così, già anteriormente all'introduzione dell'art. 217 *bis*, F. MUCCIARELLI, *Stato di crisi, piano attestato, accordi di ristrutturazione, concordato preventivo e fattispecie penali*, cit., 845. Allo stesso modo, *post* riforma, ancora ID., *L'art. 217-bis l. fall. e la disciplina penale delle procedure di soluzioni della crisi d'impresa*, cit., 293, il quale efficacemente rileva che “*diversamente ragionando, si arriverebbe alla conclusione (inammissibile sul piano sistematico) che un atto dell'autonomia privata è in grado di paralizzare l'operatività di norma incriminatrice (che, come ognuno sa, hanno valenza pubblicistica)*”. Per la medesima soluzione anche, in particolare, R. BRICCHETTI, F. MUCCIARELLI, G.G. SANDRELLI, *Le responsabilità penali*, cit., 1296; BRICCHETTI R. – PISTORELLI L., *La bancarotta e gli altri reati fallimentari. Dottrina e giurisprudenza a confronto*, cit., 162; SCHIAVANO G., *I reati fallimentari: oggi*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 3/2011, 706; LOTTINI R., *Modifica della legge fallimentare*, cit., 1373; ZINCANI M., *Il nuovo 217 bis l. fall.: la ridefinizione dei reati di bancarotta*, cit., 524.

¹⁷⁰ R. BRICCHETTI, F. MUCCIARELLI, G.G. SANDRELLI, *Le responsabilità penali*, cit., 1296.

Il rischio che si paventa è quindi di una pericolosa distonia tra l'esito dei controlli in sede di accesso a questi strumenti e la possibile rivalutazione con sguardo prospettico da parte del giudice penale; un rischio che mette in questione la credibilità dell'intero assetto degli istituti delineati e che rifletterebbe, in definitiva, il permanere di una diversità di filosofie immanente alla legge fallimentare, che il modesto strumento dell'art. 217 *bis* non avrebbe saputo superare.

Vi sono sostanzialmente tre strade che sono state prospettate per risolvere questo difficile intreccio; una prima tesi sostiene che il controllo già svolto dal Tribunale impedirebbe al giudice penale di rivalutare l'idoneità di tali strumenti; le altre due invece, di contrario avviso, ma con esiti differenti. Partiamo da quest'ultime.

2.2.5.b). 1: La tesi della "integrazione" del controllo da parte del giudice penale

Secondo un primo orientamento al giudice penale sarebbe riservato il compito di svolgere le indagini e gli accertamenti che non sono stati svolti in sede civile per le cadenze procedurali che sono state seguite in concreto¹⁷¹. Si ricorderà infatti che già nel Capitolo I, si era messo in evidenza che una delle direttrici della riforma era stata quella di consentire una accelerazione dei tempi delle procedure, per venire incontro alle esigenze delle parti in gioco di risolvere con maggior velocità la situazione di crisi poiché, così facendo, si intendeva evitare la dispersione di ulteriori fattori produttivi; a tale esigenza risponde la forte degiurisdizionalizzazione delle procedure, imperniate ben più sul giudizio del professionista privato che sul controllo svolto dal Tribunale per il rilascio dell'omologa. Secondo questa prospettiva, quindi, ciò che viene eliminato in sede di controllo da parte del Tribunale, potrebbe essere legittimamente recuperata dal giudice penale, per "completare" il giudizio (legittimamente) incompleto che era stato prima svolto.

Immediato corollario di tale impostazione è l'indagine di quali siano i poteri in capo al Tribunale, posto che le norme sul punto certo non appaiono d'immediata chiarezza, tanto per quanto riguarda il piano attestato *ex art. 182 bis l. fall.*¹⁷², quanto i

¹⁷¹ E' la tesi di MUCCIARELLI F., *L'esenzione dai reati di bancarotta*, cit., 1482 ss. già sostenuta, peraltro, anche prima dell'introduzione dell'art. 217 *bis*; cfr. ID, *Stato di crisi, piano attestato, accordi di ristrutturazione, concordato preventivo e fattispecie penali*, cit. 834 ss.

¹⁷² Cominciando dall'accordo di ristrutturazione dei debiti, si ricordi che l'art. 182 *bis* prevede, dopo che è stato depositato l'accordo da omologare con la relativa documentazione (tra cui, la relazione redatta dal professionista che attesti la veridicità dei dati aziendali e l'attuabilità dell'accordo, con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare l'integrale pagamento dei crediti estranei all'accordo), i creditori e ogni altro soggetto interessato può, entro trenta giorni dal deposito della domanda, proporre opposizione. In ogni caso il Tribunale "*decide le opposizioni, procede all'omologazione in camera di consiglio con decreto motivato*". In ordine al contenuto fattuale e giuridico di tale decisione ruotano le successive considerazioni sul controllo del giudice penale; essenzialmente si discute se l'omologa sia il risultato di un accertamento che riguardi esclusivamente la legalità della procedura o se sia invece estesa anche al merito dell'accordo. Secondo la prima opzione, il controllo dovrebbe limitarsi al vaglio dell'avvenuta pubblicazione

presupposti su cui si basa il decreto di omologa del concordato preventivo ai sensi dell'art. 180¹⁷³; lo stesso ragionamento può poi essere esteso anche alle ulteriori ipotesi

nel registro delle imprese, del decorso del termine di trenta giorni, della correttezza della propria competenza, della completezza della documentazione prescritta e della sussistenza dei requisiti richiesti in capo al soggetto attestatore, nonché il raggiungimento della prescritta soglia del 60 % dei crediti; viceversa, sarebbe preclusa alcun vaglio su ulteriori profili attinenti alla legalità “sostanziale” dell'accordo, ovvero la valutazione della completezza, coerenza e ragionevolezza della relazione elaborata e del piano predisposto a garantire le finalità che sono prescritte dalla legge e che essi si propongono concretamente di attuare. Al più, solo in caso di opposizioni, nei limiti del *petitum*, il Tribunale potrebbe procedere ad ulteriori esami estesi al merito.

Viceversa, per altra posizione, in considerazione del fatto che altrimenti il ruolo del Tribunale verrebbe ridotto a funzioni di mera certificazione e soprattutto che per il mezzo dell'omologa si produce l'effetto, *inter partes*, dell'esenzione dall'azione revocatoria, ma anche verso i terzi creditori estranei all'accordo, la verifica dovrebbe coinvolgere anche i suddetti aspetti di ragionevolezza e coerenza, in particolar modo sotto il profilo della attuabilità dell'accordo stesso e della sua idoneità a consentire il regolare pagamento degli estranei; la critica a tale posizione, sul punto, rileva che però, così facendo si svilirebbe il ruolo delle attestazioni del professionista, che, nella *ratio* della riforma, sembra effettivamente essere il soggetto competente a svolgere questo tipo di indagini. Sempre nell'ambito di questa corrente favorevole ad un controllo esteso al merito, si è poi sottolineato che in assenza di opposizioni al giudice sarebbe consentito disattendere le valutazioni del professionista solo ove queste appaiano manifestamente contraddittorie, illogiche o carenti sotto l'aspetto motivazionale o documentale; viceversa, in caso di opposizioni, il Tribunale dovrebbe valutare il fondamento di tutti i motivi avanzati in tale contesto. Ciò su cui si conviene, peraltro, è che sia certamente precluso un vaglio circa la convenienza economica dell'accordo, aspetto che rimane irrimediabilmente di competenza delle parti in causa. Sul punto, per una ampia panoramica delle varie posizioni sostenute, si rimanda a FRASCAROLI SANTI E., Sub *art. 182 bis*, in A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, VI° ed., Padova, 2013, 1252 ss.; LA CROCE G., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 2472, nonché a FERRO M., Sub *art. 182 bis*, in M. FERRO (a cura di), *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, 3° ed., Padova, 2014, 2537.

¹⁷³ In caso di concordato preventivo, l'art. 160 l. fall. autorizza l'imprenditore in crisi a presentare ai propri creditori un piano dal contenuto estremamente variegato (cfr. § 1.7.2); la relativa domanda va presentata con ricorso al Tribunale competente, cui deve essere allegata, tra le altre cose, anche in tal caso, dalla relazione del professionista attestatore che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano stesso; segue poi la comunicazione della domanda al pubblico ministero e la pubblicazione della stessa nel registro delle imprese.

Ove non ritenga che non sussistano i presupposti relativi al contenuto del programma così come prescritti dalla legge (artt. 160, commi 1° e 2°, nonché art. 161, che portano alla dichiarazione di inammissibilità della proposta di concordato ed, eventualmente, su istanza del creditore o su richiesta del pubblico ministero, alla dichiarazione di fallimento qualora ricorrano i presupposti di cui agli artt. 1 e 5 l. fall.), il Tribunale dichiara l'apertura della procedura e contestualmente, in particolare, delega un giudice alla procedura di concordato, nomina un commissario giudiziale e, soprattutto per quel che qui interessa, ordina la convocazione dei creditori. Quest'ultimi, una volta riuniti possono proporre opposizioni e, infine, votano sulla proposta; qualora non siano raggiunte le prescritte maggioranze, il Tribunale provvede nei medesimi termini del caso di mancanza di presupposti della domanda (art. 179 con riferimento all'art. 162, 2° comma); viceversa, una volta approvato il concordato, viene fissata la camera di consiglio in cui, con la presenza necessaria del commissario giudiziale, il Tribunale, se non ci sono state opposizioni, “verificata la regolarità della procedura e l'esito della votazione, omologa il concordato con decreto motivato non soggetto a gravame” (art. 180, 3° comma); in caso di opposizioni invece “il Tribunale assume i mezzi istruttori richiesti dalle parti o disposti d'ufficio, anche delegando uno dei componenti del collegio”; qualora, la contestazione da parte di una certa percentuale dei creditori dissenzienti, riguardi la convenienza

della proposta, “*il Tribunale può omologare il concordato qualora ritenga che il credito possa risultare soddisfatto dal concordato in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili*” (art. 180, 4° comma).

Emerge con evidenza, attraverso le scansioni procedurali delineate, una maggior pregnanza dei controlli che possono rendersi necessari secondo quanto stabiliscono direttamente le norme in questione; tuttavia, anche in tal caso vi è un consistente dibattito, omologo a quello già delineato in tema di art. 182 *bis*, in ordine all’ampiezza dei poteri del Tribunale in sede di omologa: a fronte della tesi che sostiene che, in mancanza di opposizioni, il controllo dovrebbe limitarsi alla correttezza formale della procedura, si è messo rilevato che, dato che in ogni momento della procedura il Tribunale dovrebbe controllare se vengano a mancare le condizioni per l’ammissione alla stessa (così come prescritto dall’art. 173, 3° comma, che impone, in caso di riscontrata insussistenza, la revoca dall’ammissione alla procedura), in sede di omologa dovrebbe essere riscontrato il permanere di tali condizioni e, conseguentemente, l’indagine dovrebbe estendersi anche alla fattibilità del piano, finanche a vizi relativi alla nullità del concordato a causa dell’impossibilità dell’oggetto quando la proposta non abbia alcuna possibilità di essere adempiuta.

Su tale punto bisogna dare conto della importante pronuncia a Sezioni Unite da parte della Cassazione del 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Fall.*, 2013, 149 ss.; la sentenza, dopo aver ripercorso le note fondamentali della riforma in tema di concordato preventivo, giunge a distinguere la “fattibilità giuridica” del concordato, di pertinenza del giudice, quando risultino nel progetto “*modalità attuative...incompatibili con norme inderogabili*” e la “fattibilità economica”, legata a una valutazione prognostica, con fisiologici margini di opinabilità e possibilità di errore, che a sua volta si traduce in un fattore di rischio per gli interessati, cui devono farsi carico esclusivamente i creditori. Il Collegio si interroga poi sulla possibilità da parte del Tribunale di contravvenire al giudizio espresso da parte del professionista nella sua attestazione; argomentando dal rilievo che la causa concreta del procedimento di concordato preventivo è sicuramente il superamento dello stato di crisi dell’impresa, ne consegue che la proposta deve necessariamente avere ad oggetto la regolamentazione della crisi; oggetto che può dirsi soddisfatta nel momento in cui sia dato riscontrare le modalità di soddisfacimento dei crediti, rispetto alla quale la relativa valutazione è rimesso al giudizio dei creditori, in quanto diretti interessati. In tal senso assume primario rilievo l’insieme delle informazioni che devono affluire ai creditori da parte dell’attestato e del commissario giudiziale poiché solo ove tutti i creditori siano muniti della medesima completezza d’informazioni; rientrano quindi, tra i controlli che deve svolgere il Tribunale, un vaglio sulla “*correttezza delle argomentazioni svolte e delle motivazioni addotte dal professionista a sostegno del formulato giudizio di fattibilità del piano*” così come “*la coerenza complessiva delle conclusioni prospettate*”, nonché “*l’impossibilità giuridica di dare esecuzione alla proposta di concordato...ovvero la rilevazione del dato, se emergente “prima facie”, da cui poter desumere l’inidoneità della proposta a soddisfare in qualche misura i diversi crediti rappresentati*”; viceversa esula senza dubbio il sindacato sull’aspetto pratico-economico della proposta, sulla correttezza delle indicazioni della misura di soddisfacimento percentuale offerta dal debitore ai creditori. Il ruolo del giudice, quindi, è in funzione di carattere preventivo: egli è chiamato a verificare che siano correttamente applicate determinate regole di diritto sostanziale; un’eterotutela preventiva, destinata a far sì che poi possano prodursi gli effetti che lo strumento concordatario è destinato a realizzare.

La pronuncia, infine, afferma che lo stesso parametro valutativo debba essere utilizzato anche in caso di assenza di opposizioni; ciò perché la verifica sulla regolarità della procedura – nei termini sopra delineati – presuppone di accertare che, anche nei prosieguo, non siano venuti meno quei presupposti la cui mancanza iniziale non avrebbe consentito l’accesso alla procedura; ugualmente, l’omogeneità del tipo di sindacato deve essere riconosciuto nelle varie fasi della procedura, in considerazione del fatto che tutte svolgono lo stesso ruolo: tanto nella fase di ammissione (art. 162 l. fall.), quanto in quello di revoca in caso di sopravvenuta mancanza dei presupposti (art. 173), che in quello di omologazione. In particolare sulla pronuncia delle Sezioni Unite si veda FABIANI M., *La questione “fattibilità” del concordato preventivo e la lettura delle Sezioni Unite*, in *Fall.*, 2013, 156 ss.; più in generale, sul giudizio di “fattibilità” in tema di concordato

prese in considerazione dall'art. 217 *bis*, ovvero l'autorizzazione ai pagamenti e alle operazioni di finanziamento di cui all'art. 182 *quinquies*¹⁷⁴ e l'omologazione dell'accordo di cui all'art. 12 della legge n. 3 del 2012¹⁷⁵.

preventivo, si rimanda, per una completa panoramica delle posizioni tanto dottrinali quanto della giurisprudenza prima della pronuncia delle Sezioni Unite, a AUDINO A., Sub *art. 180*, in A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, VI° ed., Padova, 2013, 1194 nonché a FILOCAMO F.S., Sub *art. 180*, in M. FERRO (a cura di), *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, 3° ed., Padova, 2014, 2432 ss.; nonché, più in generale AMBROSINI S., *Il concordato preventivo: controllo giudiziale sulla domanda e sulla formazione delle classi*, in *Giur. It.*, 2010, 2453 ss.; GALLETTI D., Sub *art. 160*, in A. JORIO (diretto da) M. FABIANI (coordinato da), *Il nuovo diritto fallimentare*, 2006, 2277 ss.; JORIO A., *Le soluzioni concordate della crisi di impresa tra "privatizzazione" e tutela giudiziaria*, in *Fall.*, 2005, 1455; ID., *Il concordato preventivo* in A. JORIO M. FABIANI (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare. Commentario sistematico*, Bologna, 2010, 991 ss.; BOTTAI L.A., *Il processo di disintermediazione giudiziaria continua*, in *Fall.*, 2011, 810 ss.; LAMANNA F., *Il controllo giudiziale sulla fattibilità e la convenienza nel giudizio di omologazione del concordato preventivo*, in *www.ilfallimentarista.it*, 2012; LO CASCIO G., *Il concordato preventivo nel quadro degli istituti di risanamento*, in *Fall.*, 2012 137 ss.; ID., *Concordato preventivo: incerti profili applicativi*, in *Fall.*, 2012, 5 ss.; CAVALLINI C., *Dalla crisi alla conservazione dell'impresa nelle ultime riforme fallimentari: uno sguardo d'insieme tra novità della legge e statuizioni della Suprema Corte*, in *Riv. soc.*, 2013, 771 ss.; PENTA A., *Alla ricerca del punto di equilibrio tra tutela dei creditori e la salvaguardia del debitore fallito*, in *Fall.* 2014, 782 ss.

¹⁷⁴ L'esenzione di cui all'art. 182 *quinquies* e quella di cui all'art. 12 della legge n. 3 del 2012 sono state introdotte solo nel 2012; peraltro non v'è motivo di dubitare che si possa adattare la tesi del Prof. Mucciarelli anche alle ipotesi in questione; nel primo caso, secondo quanto prevede il 1° comma dell'art. 182 *quinquies*, l'imprenditore, che presenta una domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo (anche nella forma del "concordato in bianco di cui al comma 6° dell'art. 161), o di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti (anche ai sensi del 6° comma dell'art. 182 *bis*) può chiedere al Tribunale di essere autorizzato a contrarre finanziamenti che siano assistiti dal beneficio della prededucibilità ai sensi dell'art. 111 l. fall. qualora il solito professionista attestatore, dopo aver valutato quale sia il complessivo fabbisogno finanziario dell'impresa sino all'omologazione, certifichi che tali finanziamenti sono funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori; in tal caso il Tribunale può anche assumere sommarie informazioni; ai sensi del 4° comma del medesimo articolo, invece, la medesima autorizzazione può essere domandata per il pagamento di crediti anteriori per prestazioni di beni e servizi, se il professionista attesta che tali prestazioni sono essenziali per la prosecuzione dell'attività di impresa e funzionali ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori; anche in tal caso il Tribunale, prima di autorizzare il pagamento, può assumere sommarie informazioni. Si noti che in entrambi i casi i controlli da parte del Tribunale sono tanto eventuali quanto limitati solo a sommarie informazioni; questo perché altrimenti verrebbe frustrata l'esigenza di celerità che attiene a tale fase, senza che, neppure in tal caso, sia chiaro se questi debbano o meno investire anche la prospettiva funzionale del pagamento, oltre a quella relativa alla completezza, alla coerenza e alla razionalità del percorso argomentativo contenuto nella relazione del professionista; sul punto si rimanda a MAFFEI ALBERTI A., Sub *art. 182 quinquies*, in A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, VI° ed., Padova, 2013, 1290; FILOCAMO F.S., Sub *art. 182 quinquies*, in M. FERRO (a cura di), *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, 3° ed., Padova, 2014, 2626.

¹⁷⁵ Il richiamo all'art. 12 della legge n. 3 del 2012 in tema di sovraindebitamento, pare trovare giustificazione nella necessità di assicurare pienezza di tutela, anche nel caso in cui un soggetto sia stato erroneamente ritenuto soggetto alla procedura di sovraindebitamento e, successivamente, sia aperto il fallimento (così SPINOSA V., *Il cd. decreto sviluppo nel sistema della legge fallimentare: i rapporti tra nuove procedure concorsuali e profili di responsabilità penale*, 7); in tal caso il controllo svolto dal Tribunale appare dettagliatamente descritto dall'art. 12 della citata legge; una

Ne deriverebbe quindi che la concreta ampiezza del potere di indagine da parte del giudice penale deriverebbe dalle varie combinazioni di profondità dei precedenti controlli e delle eventuali opposizioni proposte; un rapporto tra i due giudizi che assomiglia a quello intercorrente tra vasi comunicanti: tanto meno contiene uno, tanto potrà contenere l'altro¹⁷⁶.

In considerazione del fatto che il legislatore ha accordato l'esenzione alle operazioni e pagamenti in esecuzione di uno di tali strumenti, l'indagine circa il perimetro di efficacia dei connotati propri degli stessi, in particolare sotto il profilo della

volta raggiunto l'accordo per la composizione della crisi, l'organismo di composizione della crisi trasmette a tutti i creditori una relazione, in modo tale da consentire agli stessi di sollevare eventuali contestazioni. Successivamente l'organismo di composizione della crisi trasmette al giudice la relazione e le contestazioni ricevute. A questo punto il giudice, ai sensi dell'art. 12, 2°, risolve ogni contestazione, verifica il raggiungimento della percentuale richiesta ma anche l'idoneità del piano ad assicurare il pagamento integrale dei crediti impignorabili nonché dei crediti di cui all'art. 7, comma 1°, terzo periodo; il giudice, pertanto, a differenza delle altre ipotesi sopra illustrate, entra direttamente nel merito del contenuto del piano, potendo quindi il proprio giudizio estendersi anche alla coerenza e alla congruità dell'attestazione rilasciata dal professionista; cfr. BERTACCHINI E., *Sub art. 12, l.3/2012*, in A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, 6° ed., Padova, 2013, 2044; GUIOTTO A., *La nuova procedura per l'insolvenza del soggetto non fallibile: osservazioni in itinere*, in *Fall.*, 2012, 21 ss.; STESURI A. – GIORGETTI M., *Profili di diritto fallimentare*, 2° ed., Padova, 2013, 299 ss.; MACAGNO G.P., *Approvazione ed omologazione*, in *Fall.*, 2012, 1063 ss.

¹⁷⁶ In caso di piano attestato, l'Autore immagina che possano configurarsi le seguenti situazioni: nel caso in cui il Tribunale si sia limitato ad un controllo meramente formale dei requisiti di esistenza dell'accordo e delle percentuali richieste, la successiva rivalutazione in sede penale non potrebbe trovare limiti all'indagine circa la completezza e ragionevolezza *ex ante* del progetto elaborato; viceversa, in caso di attività maggiormente pregnante, allargata alla completezza, coerenza e ragionevolezza del piano, senza una contestuale allargamento di prospettiva ai dati aziendali e di contesto, sarà possibile una rivalutazione anche di quest'ultimi dati precedentemente non presi in considerazione; da ultimo, nel caso di una valutazione invece estrinseca, estesa quindi anche alle componenti non direttamente allegare nel piano, sarebbe preclusa alcuna rivalutazione da parte del giudice penale, posto che si tratterebbe di una completa rivalutazione di quanto già accertato – con completezza – da parte del Tribunale in sede di omologa; cfr. MUCCIARELLI F., *L'esenzione dai reati di bancarotta*, cit., 1483 – 1485.

Viceversa, come visto, i vari controlli di cui alle norme in tema di concordato preventivo, secondo l'Autore dovrebbero giustificare, concretamente, possibilità di momenti di indagine di maggior profondità; ne conseguirebbe, quindi che, con maggior probabilità il Tribunale si troverà ad affrontare il vaglio della "congruenza" del piano, rimanendo la successiva rivalutazione "di completamento" da parte del giudice penale una eventualità decisamente meno significativa rispetto ai casi dell'art. 182 *bis*; così MUCCIARELLI F., *L'esenzione dai reati di bancarotta*, cit., 1485.

Nel caso dei finanziamenti e pagamenti dei crediti anteriori ai sensi dell'art. 182 *quinquies*, si può rilevare che, in considerazione della sola eventualità del controllo da parte del Tribunale e della sua superficialità, posto che lo stesso è limitato all'assunzione di sommarie informazioni, è ipotizzabile che, seguendo la prospettiva che si sta delineando, al giudice penale sia riservato un maggior ambito cognitivo, per supplire, per l'appunto, alla minore profondità d'indagine propria di questa fase.

Nell'ultimo caso preso in considerazione, quello dell'art. 12 della legge n. 3 del 2012, viceversa, la pervasività del controllo giurisdizionale sembra non consentire spazi per ulteriori rivalutazioni *ex post* dei requisiti richiesti dalla norma poiché, in tal caso, a differenza degli altri, vi è una diretta indicazione da parte del legislatore circa il controllo anche sulla fattibilità del progetto elaborato.

loro attuabilità degli stessi, si scomporrebbe, in definitiva, in due distinti momenti: il primo direttamente in sede di ammissione della procedura da parte del Tribunale, di contenuto ed ampiezza variabile, a seconda di quanto prescritto dalla procedura e di eventuali opposizioni da parte dei creditori o di momenti di accertamento giurisdizionale; il secondo invece, volto ad “integrare” questo primo momento di accertamento, da parte del giudice penale, in modo da pervenire definitivamente alla sicura affermazione che il piano effettivamente corrisponde alle coordinate normative richieste.

2.2.5.b). 2: La tesi dell'impossibilità da parte del giudice penale di rivalutare i presupposti dei piani e degli accordi

Secondo altra tesi, radicalmente opposta alla precedente, invece, dovrebbe escludersi del tutto la possibilità da parte del giudice penale di una rivalutazione circa i presupposti dei piani o degli accordi. Ciò deriverebbe da una corretta considerazione degli equilibri creati dalle riforme – ed in ciò effettivamente la tesi in parola appare particolarmente pregevole – e dal significato da attribuire alle statuizioni del Tribunale, seppur variamente estese e senza che sia necessario indagare quanto ampio sia il potere di cognizione in sede di omologa o di approvazione¹⁷⁷.

Richiamando l'orientamento delle Sezioni Unite che escludono la sindacabilità da parte del giudice penale della sentenza dichiarativa di fallimento¹⁷⁸, si sostiene che

¹⁷⁷ La tesi è sostenuta in particolare da COCCO G., *Esenzioni dai reati di bancarotta nel “nuovo” art. 217 bis della legge fallimentare*, 11 ss., nonché del medesimo avviso è SCHIAVANO G., *I reati fallimentari: oggi*, cit., 704.

¹⁷⁸ Cass. Pen., Sezioni Unite, 28 febbraio 2008, n. 19601, Niccoli, in *Cass. pen.*, 2008, 3592 ss. con nota di AMBROSETTI E.M., *I riflessi penalistici derivanti dalla modifica della nozione di piccolo imprenditore nella legge fallimentare al vaglio delle Sezioni Unite*; la pronuncia affronta il delicato tema dell'efficacia, vincolante o meno, della sentenza dichiarativa di fallimento sotto il profilo dello stato di insolvenza in cui versi l'imprenditore ma anche in relazione al presupposto soggettivo inerenti le condizioni indicate dall'art. 1 l. fall., in particolare in considerazione delle modifiche apportate in tema di “piccolo imprenditore” dal d.lgs. n. 5 del 2005; senza addentrarci nelle problematiche di carattere intertemporale che tale modifica normativa ha prodotto, si deve rilevare che questa pronuncia si è inserita in un lungo dibattito circa i poteri del giudice in relazione al contenuto della sentenza di fallimento, in particolare a seguito della introduzione del nuovo codice di rito nel 1989 e del principio di autonoma cognizione disposto dal relativo art. 2 c.p.p. che affida al giudice la risoluzione di ogni antecedente logico rispetto alla decisione finale, salvo che si a altrimenti stabilito o che rientri nei casi di questioni pregiudiziali delineate dal successivo art. 3 c.p.p.; per diffuse notazioni sul punto si rimanda a AMBROSETTI E.M., *I reati fallimentari*, cit., 273 ss. nonché a CASAROLI G., *Intr. Titolo V*, in A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, cit., 1404 ss.

L'opinione maggiormente condivisa tanto in dottrina che in giurisprudenza sosteneva, proprio in considerazione del mutato contesto dei poteri di cognizione del giudice penale, che questi fosse tenuto a valutare autonomamente la qualifica di imprenditore commerciale posto che quest'ultima è un autonomo requisito della fattispecie di bancarotta, a differenza dello stato di insolvenza che, invece, rappresenterebbe un presupposto della dichiarazione di fallimento. Discostandosi da questo indirizzo, le Sezioni Unite affermano invece che l'accertamento dello *status* di imprenditore nella sentenza dichiarativa di fallimento sia vincolante anche nel giudizio

non vi sarebbe motivo per discostarsi dalla soluzione delineata anche con riferimento ai vari provvedimenti di omologa o di autorizzazione da parte del Tribunale: la sussistenza di quest'ultimi rappresenterebbe un "mero dato di fatto o, se si preferisce, ...un rapporto di antecedenza necessaria di diritto sostanziale"¹⁷⁹.

Tale impostazione ha effettivamente il pregio di delineare in maniera razionale i rapporti intercorrenti tra la normativa della parte civilistica della legge fallimentare e le fattispecie penali, in un equilibrio auspicabile nel quadro di una coerente sistematica delle relazioni intercorrenti tra i giudizi espressi in sede giurisdizionale; detto altrimenti, precludere un ulteriore sindacato da parte del giudice penale poiché già vi è stato un giudizio da parte del giudice civile, esprime la necessità di considerare in maniera adeguata ciò che serve per produrre gli effetti che gli strumenti in parola sono chiamati a svolgere, senza che l'alleggerimento stesso del vaglio e lo spostamento della centralità della procedura nella relazione del professionista debba essere considerato un instabile equilibrio cui sottrarre certezza nel momento in cui non sia raggiunta la finalità sperata. Una volta che la riforma ha ritenuto sufficiente un controllo meno pregnante da parte

penale e ciò perché nelle fattispecie di bancarotta "la dichiarazione di fallimento assume rilevanza nella sua natura di provvedimento giurisdizionale, e non per i fatti con essa accertati", ovvero quale mero presupposto formale - "in quanto atto della giurisdizione richiamato dalla fattispecie penale" - senza che questi possano essere affrontati come una questione pregiudiziale da cui dipende la decisione; inoltre, secondo la Corte, "i nuovi contenuti dell'art. 1 l. fall. non incidono su un dato strutturale del paradigma della bancarotta (semplice o fraudolenta) ma sulla condizioni di fatto per la dichiarazioni di fallimento, sicché non possono dirsi norme extrapenali che interferiscono con la fattispecie penale". Le Sezioni Unite si rifanno quindi a un più risalente impostazione intesa a valorizzare il ruolo della pronuncia giurisdizionale più che il relativo contenuto; non rilevarebbero pertanto i limiti disposti dagli artt. 2 e 3 c.p.p. poiché i presupposti di fatto accertati nella sentenza non rappresentano una questione pregiudiziale di cui è investito il giudice posto che gli stessi già sono accertato nella sentenza dichiarativa di fallimento che, ove esistente e non revocata, non può che vincolare il giudice penale; al più, continua la Corte, il giudice penale può disporre ex art. 479 c.p.p. la sospensione del dibattimento quando sia in corso il procedimento davanti al Tribunale civile per l'accertamento dello *status* di fallito.

Pertanto, conclude la pronuncia, si deve ritenere preclusa alcuna indagine circa la possibilità di considerare l'avvenuta riforma del presupposti di cui all'art. 1 l. fall. un'ipotesi di *abolitio criminis*, con la conseguenza di rendere così inapplicabile il meccanismo di cui all'art. 2 c.p.

La pronuncia è stata esposta, è bene anticiparlo, a considerazioni critiche, in particolar modo con riferimento al ruolo che assume la nozione d'imprenditore ai fini della punibilità delle fattispecie di bancarotta, posto che nella soluzione delineata dalle Sezioni Unite sostanzialmente viene ad essere negata la natura di elemento costitutivo della fattispecie, svanendo nel contenuto della sentenza di fallimento, con gli effetti che questa produce nell'economia della fattispecie penale; cfr. AMBROSETTI E.M., *I riflessi penalistici derivanti dalla modifica della nozione di piccolo imprenditore nella legge fallimentare al vaglio delle Sezioni Unite*, cit., 3614.

¹⁷⁹ COCCO G., *Esenzioni dai reati di bancarotta nel "nuovo" art. 217-bis della legge fallimentare*, cit., 14 ss.. L'Autore pertanto perviene a distinguere la rilevanza, dal lato penalistico, dei diversi strumenti di risoluzione della crisi e così, mentre con riferimento al concordato preventivo e agli accordi di ristrutturazione esclude la sindacabilità degli stessi da parte del giudice penale, in considerazione della già ricordata impostazione delineata anche dalla pronuncia delle Sezioni Unite, con riferimento al piano attestato di risanamento, caratterizzato dalla assenza di alcun passaggio giurisdizionale, ammette invece la rivalutazione della ragionevolezza del piano stesso in sede penale, quale passaggio necessario per l'affermazione della sussistenza degli elementi costitutivi delle fattispecie di bancarotta preferenziale o semplice.

del Tribunale in funzione della forte privatizzazione della procedura, riconoscere che poi questo controllo in realtà non era così pervasivo e che quindi ciò che è stato omesso debba essere recuperato in sede penale, rappresenta uno svilimento e, in definitiva, un travisamento dell'intero impianto che il legislatore ha con insistenza voluto delineare.

Pertanto, secondo questa posizione, una volta che sia intervenuto il decreto di omologa o l'autorizzazione del Tribunale, si dovrebbe riconoscere che tale provvedimento ha garantito, in forza dei nuovi equilibri delineati, che le situazioni giuridiche prese in considerazione, si sono perfezionate, senza poter lamentare il *quantum* di accertamento che è stato compiuto, poiché questo è stato definito come quello idoneo da parte del legislatore¹⁸⁰.

Si tratta di una posizione che giunge effettivamente ad esiti molto apprezzabili in termini di razionalità e congruenza giuridica dell'impianto complessivo della normativa fallimentare; tuttavia, il parallelismo instaurato tra la soluzione del 2008 delle Sezioni Unite e la cognizione del giudice in sede di rivalutazione del piano soffre del medesimo equivoco proprio della premessa da cui procede la pronuncia¹⁸¹; una volta che la sentenza dichiarativa di fallimento venga presa in considerazione esclusivamente per la sua sussistenza quale provvedimento giurisdizionale e non per il relativo contenuto, viene conseguentemente meno il corretto inquadramento dogmatico degli elementi normativi propri della fattispecie di bancarotta e, di conseguenza, la portata del potere cognitorio da parte del giudice penale sugli stessi: detto altrimenti, la strada tracciata dalla pronuncia in esame non prende in dovuta considerazione che nelle norme in tema di bancarotta, la nozione di "imprenditore" rappresenta un requisito esplicito della norma, come tale di autonoma cognizione da parte del giudice penale, ai sensi dell'art. 2 c.p.p., perché questi possa affermare che vi si corrisponda tra il fatto e la fattispecie

¹⁸⁰ SCHIAVANO G., *I reati fallimentari: oggi*, cit., 704.

¹⁸¹ Come già accennato, prima della pronuncia delle Sezioni Unite del 2008, l'opinione prevalente della giurisprudenza era nel senso di escludere che la sentenza di fallimento facesse stato nel procedimento per bancarotta (*ex pluribus* Cass. Pen., Sez. V, 15 marzo 2007, n.15803, Rv. 236555, Cass. Pen., Sez. V, 21 marzo 2003, n. 22019, Rv. 224530; Cass. Pen., Sez. V, 26 settembre 2002, n. 36032, Rv. 223456, nonché, anche poco prima della pronuncia in questione, Cass. Pen., Sez. V, 4 gennaio 2008, n. 120, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 294), in considerazione del fatto che nel nuovo codice di procedura penale, a differenza di quello del 1930, è esplicitamente riconosciuto il principio di autonomia di giudizio in capo al giudice penale; di conseguenza, per gli effetti di quanto preso in considerazione anche dalla pronuncia delle Sezioni Unite, al giudice penale veniva assegnato il compito di valutare se l'imputato potesse essere considerato o meno piccolo imprenditore, come tale non soggetto al fallimento.

Secondo altra opinione, minoritaria e più risalente, invece, legata alla tradizionale impostazione *ante* 1989, riteneva che, sulla scorta della considerazione della sentenza dichiarativa di fallimento quale elemento costitutivo del reato, ribadivano il principio per cui, una volta acquisito il carattere dell'irrevocabilità, la pronuncia non poteva più essere messa in discussione, se non in relazione alla sua giuridica esistenza, assumendo così valore vincolante quanto al suo contenuto; così, ad esempio Cass. Pen., Sez. V, 24 febbraio 1998, n. 4427, Rv. 211139; Cass. Pen., Sez. V, 4 maggio 1993, n. 7912, Rv. 194876.

delineata dalla norma, senza che possano trovare applicazione le restrizioni riguardanti le questioni pregiudiziali di cui al successivo art. 3 c.p.p.¹⁸²

2.2.5. b). 3: La tesi della piena sindacabilità da parte del giudice penale

Entrambe le tesi suesposte in definitiva scontano una non adeguata considerazione dei poteri cognitori del giudice penale riguardo a quanto sancito dalle norme del codice di rito; infatti, come giustamente evidenziato, non solo non è dato

¹⁸² La Corte sembra effettivamente essere incorsa nell'errore di sovrapporre il ruolo che la sentenza di fallimento svolge nell'ambito dei reati di bancarotta – ovvero quello di presupposto della fattispecie, per cui il giudice necessariamente deve verificare la sua esistenza “storica” – con lo *status* d'imprenditore che, invece, trattandosi di elemento normativo della fattispecie impone al giudice di valutare una autonoma valutazione, a prescindere da quelli che sono i risultati cui è pervenuto il Tribunale in sede civile; tanto più in considerazione del fatto che si tratta di reati propri, per la cui caratterizzazione sotto l'aspetto dei requisiti soggettivi bisogna far riferimento proprio alle norme extrapenalistiche che scoliscono la figura del soggetto attivo del reato. Per tali rilievi, nonché per una esaustiva disamina dei poteri di cognizione del giudice in relazione all'art. 2 c.p.p. si rimanda a SILVA C., *Elementi normativi e sindacato del giudice penale*, Padova, 2014, in particolare 221 ss.; ugualmente critico sulla pronuncia delle Sezioni Unite, come già ricordato, AMBROSETTI E.M., *I riflessi penalistici derivanti dalla modifica della nozione di piccolo imprenditore nella legge fallimentare al vaglio delle Sezioni Unite*, 3592 ss., che rileva, inoltre, che la soluzione prospettata si pone in evidente contrasto con gli esiti cui la giurisprudenza è approdata in tema di sindacato del giudice penale del provvedimento concessorio in tema di reati urbanistici. Ugualmente critici sulla soluzione delle Sezioni Unite, anche DESTITO V.S., *Irrilevanza delle innovazioni legislative sui presupposti soggettivi del fallimento nei processi penali in corso*, in *Giur. It.*, 2008, 2592; CARDONE V. – PONTIERI F., *Le Sezioni Unite chiariscono gli effetti della riforma della legge fallimentare sul reato di bancarotta*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2008, 267 ss., in particolare 281; GAMBONI G., *La sentenza delle Sezioni Unite n. 19061/08 in tema di bancarotta fraudolenta: una vera strage delle (fondate) illusioni*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2008, 282 ss., nonché CHIARAVIGLIO P., *L'oscillante definizione di imprenditore fallibile e la configurabilità del delitto di bancarotta*, in *Corr. Merito*, 2009, 70 ss.; GAMBARDELLA M., *Abolito criminis e bancarotta impropria nell'amministrazione controllata*, in *AA.VV.*, *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, cit., 154.

Va peraltro osservato che la giurisprudenza successiva a quella del 2008 ha tuttavia seguito l'impostazione delineata dalla pronuncia Niccoli (Cass. Pen., Sez. V, 8 gennaio 2009 n. 9279, Rv. 243160; Cass. Pen., Sez. V, 8 maggio 2009 n. 40404, Rv. 245427); vi è una isolata pronuncia di merito che, in un caso del tutto peculiare, è giunta a negare valore nel giudizio penale a quanto accertato nella sentenza di fallimento in relazione ai requisiti soggettivi dell'imputato, in considerazione, però – ecco la peculiarità – del fatto che l'accertamento in sede civile è avvenuto secondo il meccanismo di cui all'art. 1, comma 2° che consente all'imprenditore, con inversione dell'ordine della prova in considerazione della *vicinitas* alla stessa, di dimostrare l'assenza dei requisiti richiesti per la sottoposizione al fallimento; secondo il Tribunale, nel caso in cui per trascuratezza dell'imputato il giudice fallimentare abbia potato per tale criterio presuntivo, tale accertamento non potrà valere in ambito penale poichè, altrimenti, “potrebbe condurre all'inaccettabile risultato di sottoporre a pena l'imputato sulla base di un mero dato presuntivo”; nella sentenza si mette quindi in evidenza che, lungi dal voler disattendere quanto affermato nella sentenza Niccoli, la peculiarità del caso concreto consentono di affermare che si tratti di circostanza diversa da quella presa in considerazione dalla Corte nel 2008 e che alter debba essere la soluzione in questo caso; così Trib. Como, 14 marzo 2013 – 28 marzo 2013, in *Corr. merito*, 2013, 1082 ss., con commento di CHIARAVIGLIO P., *La prova della qualifica di imprenditore fallibile nel reato di bancarotta*, *ivi*, 1083 ss.

riscontrare alcuna norma che valga ad escludere un sindacato del giudice sui connotati di “fattibilità” degli strumenti adottati, pur se vi sia già stato un giudizio in tal senso da parte del Tribunale fallimentare, ma l’art. 2 c.p.p. impone al giudice di effettuare tale esame in via autonoma, anche al costo di un esito difforme da quanto sancito dalla precedente pronuncia¹⁸³. Una volta che i piani in questione sono richiamati dall’art. 217 *bis* per determinare un certo effetto giuridico, giocoforza vengono alla ribalta i anche i loro connotati poiché solamente ove vi sia effettiva corrispondenza tra tali elementi normativi (e soprattutto i loro connotati) e il paradigma delineato dal legislatore sarà possibile affermare l’effetto di esenzione proprio della norma; corrispondenza che deve essere accertata da parte del giudice penale poiché il valore vincolante dell’art. 2 c.p.p. non ammette una deroga in questo campo, posto che le eccezioni a tale regola sono disciplinate dalla stretta tassatività come è dato evincere dalla riserva nell’inciso finale del 1° comma dello stesso art. 2 c.p.p.¹⁸⁴.

Non sembra pertanto totalmente corretto risolvere il problema della rivalutazione con “graduazioni” di controllo *ex post* a seconda di quanto precedentemente verificato da parte del giudice civile, come invece rappresentato dalla prima tesi presa in considerazione¹⁸⁵: una volta riconosciuto che l’ordinamento impone al giudice penale di risolvere ogni questione pregiudiziale da cui deriva la decisione, imporgli un vincolo “modulato” secondo l’accertamento precedentemente effettuato rappresenterebbe una infondata smentita della portata di questo principio, incompatibile con quanto precedentemente messo in evidenza¹⁸⁶.

¹⁸³ E’ quanto rileva BRICCHETTI R., *Le esenzioni dai reati di bancarotta. L’art. 217 bis l. fall.*, cit., 380 ss.

¹⁸⁴ Per diffuse notazioni sull’ampiezza della cognizione del giudice penale così come delineata dal codice di rito si rimanda a GIARDA A., *Sub art. 2*, in A. GIARDA – G. SPANGHER, *Codice di procedura penale commentato*, IV ed., 2010, Milano, 238 ss.. Le eccezioni al principio dell’art. 2 c.p.p. non sembrano poter risultare di interesse per affermare un vincolo in capo al giudice penale in questo settore; certo non può venire in considerazione l’art. 3 c.p.p. poiché il caso da noi preso in considerazione nulla ha che vedere con questioni relative a stato di famiglia o di cittadinanza. Non è da escludere che, invece, possa trovare applicazione l’art. 479 c.p.p.; vero che è difficile immaginare che, nel momento in cui il giudice penale è chiamato a decidere circa la responsabilità di un reato di bancarotta per l’idoneità di un piano ritenuto erroneamente fattibile da parte del giudice civile, possa ancora essere in corso il giudizio in sede fallimentare ma in caso di reclamo, ad esempio contro il decreto ai sensi dell’art. 183 l. fall., non può escludersi che si pervenga alla sospensione del procedimento, ovviamente in costanza degli ulteriori requisiti delineati dall’art. 479 c.p.p.

¹⁸⁵ Così lo stesso BRICCHETTI R., *Le esenzioni dai reati di bancarotta. L’art. 217 bis l. fall.*, cit., 381 con riferimento alla posizione di MUCCIARELLI F., *L’esenzione dai reati di bancarotta*, cit., 1482.

¹⁸⁶ E’ bene, a questo punto, fare una precisazione: quello che in queste pagine si sta cercando di mettere in evidenza rappresenta il pensiero di quello che si ritiene sia la soluzione preferibile dal punto di vista che in tale sede deve essere preso in considerazione, ovvero quello della correttezza giuridica; non si può tuttavia far finta di ignorare che le vicende concrete, in questi ambiti così insidiosi, siano effettivamente influenzate dalla precedente valutazione compiuta da parte del Tribunale fallimentare; detto altrimenti, non è facile immaginare che, in concreto, il giudice penale si discosti dalla valutazione di idoneità espressa dal professionista e già vagliata in precedenza, tanto più, effettivamente, ove vi siano scansioni procedurali che impongano maggior ampiezza di indagine. Si può pertanto immaginare che la soluzione prospettata nella

Ugualmente, per quanto riguarda al seconda tesi esaminata, ritenere che il giudice penale sia vincolato al giudizio precedentemente espresso perché, nell'economia della fattispecie, i piani in questione verrebbero in considerazione solo come un'antecedenza necessaria di diritto, non sembra tenere in adeguata considerazione il ruolo di elemento normativo della fattispecie che questi piani – e, in via indiretta, le loro connotazioni – assumono, nonché la corretta portata della cognizione del giudice penale.

2.2.6: Le conseguenze della rivalutazione dei piani e degli accordi da parte del giudice penale

Che la soluzione appena sopra prospettata appaia la preferibile sotto un profilo della coerenza giuridica certo non elide la circostanza che i risultati che essa comporta sono diametralmente opposti rispetto alla *intentio legis* dell'art. 217 *bis*.

Se la speranza che ha animato il legislatore del 2010 era di assicurare *a priori* una protezione certa ed automatica, che non rimanesse impantanata nelle pastoie di soluzioni che richiedessero di ragionare attorno a tipicità o elemento soggettivo che anima l'imprenditore in difficoltà, deve ammettersi che questo risultato non è stato raggiunto. E, di riflesso, non è stato raggiunto nemmeno lo scopo di rendere maggiormente appetibili tali soluzioni ai vari protagonisti delle vicende della crisi di impresa, compresi i ceti bancari che, come visto, avevano manifestato con insistenza la necessità di un intervento normativo che garantisse adeguata sicurezza per queste operazioni¹⁸⁷.

Tanto nel caso dei piani attestati di cui all'art. 67, comma 3°, lett. d) quanto, seppur in via indiretta, in caso degli altri strumenti e accordi, l'art. 217 *bis* non garantisce che l'operazione posta in essere non subisca una nuova valutazione, in sede penale, nel caso in cui questa non raggiunga l'effetto sperato e l'imprenditore sia dichiarato fallito. E tale rilievo mette a nudo la sbrigatività con cui è stata introdotta l'esenzione, frutto di un intervento legislativo estemporaneo e, in definitiva, non adeguatamente meditato¹⁸⁸.

Il giudice penale è chiamato a prendere in considerazione gli elementi strutturali del piano o dell'accordo, per verificare che questi, effettivamente, siano tipici rispetto ai vari paradigmi delineati nelle norme fallimentari; solo ove questa questione pregiudiziale sia risolta positivamente è consentito affermare che i pagamenti e le operazioni poste in

prima tesi, pur se giuridicamente non ineccepibile, possa, nei fatti, rappresentare la via attraverso cui il magistrato penale ritenga di agire in sede di rivalutazione di questi piani ed accordi.

¹⁸⁷ Di tale circostanza è ben consapevole lo stesso BRICCHETTI R., *Le esenzioni dai reati di bancarotta. L'art. 217 bis l. fall.*, cit., 381; concorda con tali rilievi anche ALESSANDRI A., *Intervento*, in AA.VV., *Le soluzioni concordate delle crisi di impresa*, cit., 147.

¹⁸⁸ La sintesi delle uniche conseguenze dirette dell'esenzione sarebbe allora limitata alla circostanza che la formula alternativa al giudizio non sarebbe più quella del "fatto non costituisce reato" ma del "fatto non sussiste", secondo quanto rileva lo stesso BRICCHETTI R., *Intervento*, in AA.VV., *Le soluzioni concordate delle crisi di impresa*, cit., 146.

essere in esecuzione dei piani non concretizzano i reati presi in considerazione dall'art. 217 *bis* poiché questa norma ha rimodulato il perimetro delle relative fattispecie.

In tutti i casi presi in considerazione dall'esenzione, il giudice penale è tenuto quindi a rivalutare i giudizi prospettici espressi nel piano e dal professionista, per valutare se, *ex ante*, il piano era davvero basato su dati veritieri e se lo stesso era effettivamente fattibile. Al di là della difficoltà di riempire di significato termini che richiedono un certo grado di esperienza nel campo dell'attività di impresa¹⁸⁹, è giusto rilevare che l'eventuale rivalutazione dell'idoneità e della fattibilità debba calibrarsi non tanto sull'esito infruttuoso, dato ormai certo, bensì sulla razionalità metodologica e valutativa con cui è stato svolto il giudizio, senza che possano prendersi in considerazione eventuali situazioni che, anche esistenti al momento della redazione dell'atto, non potevano ragionevolmente essere prese in considerazione ai fini della valutazione, secondo la migliore regola dell'arte del relativo settore; così come non potrebbero rilevare quei fattori legittimamente ignorati dai protagonisti perché fuori dal cono di luce degli elementi che, *ex ante*, rilevano per il giudizio¹⁹⁰.

La soluzione prospettata non sembra soffrire possibilità di smentita, anche se rappresenta un'inevitabile mortificazione dello spirito della riforma e del ruolo dei nuovi

¹⁸⁹ Che tale operazione rivalutativa sia alquanto insidiosa, si può apprezzare da uno sguardo, in ottica commercialistica, agli obiettivi che si deve prefiggere il piano attestato.

Per quanto attiene ai connotati del piano attestato di cui all'art. 67, comma 3°, lett. d), per "*risanamento della esposizione debitoria*" si può intendere il riequilibrio dell'ammontare delle posizioni debitorie in capo all'impresa, anche attraverso una rinegoziazione delle relative scadenze; viceversa il "*riequilibrio della situazione finanziaria*" rappresenta il ritorno ad una situazione di equilibrio finanziario caratterizzato dall'armonia tra i flussi finanziari di entrata e di uscita, indice particolarmente importante poiché tale fattore indica generalmente il grado di indebitamento dell'impresa. Il professionista inoltre deve certificare – non più la semplice "*ragionevolezza*" del piano stesso, come fino all'entrata in vigore del d.l. n. 83 del 2012 – il requisito della "*veridicità dei dati aziendali*" e la "*fattibilità del piano*"; con riguardo ai dati va rilevato che il requisito non rimane soddisfatto da una mera verifica di corrispondenza formale dei dati contabili con quelli espressi nella proposta, ma essi sono il frutto di componenti spiccatamente valutative, per cui anche in tal caso, seppur in maniera ridotta rispetto alle altre previsioni, permane una componente valutativa passibile di opinabilità. Sulla base del fondamentale presupposto della veridicità dei dati esposti è quindi poi possibile esprimere un giudizio prognostico in ordine alla "*fattibilità del piano*" a raggiungere gli scopi prima delineati, nelle forme e nelle modalità rappresentate nel progetto; è ovvio che in tale contesto la valutazione non possa esimersi, *rectius*, debba necessariamente considerare tutte le componenti economiche, aziendali e finanziarie che variamente possano incidere sul buon esito del piano; si pensi ad esempio alle condizioni economiche dei fornitori o dei *competitors*, all'andamento del mercato in generale e del lavoro in particolare in quel determinato settore, ai tempi e alle spese necessarie per avviare progetti di sviluppo in un nuovo settore e così via. Le medesime considerazioni valgono, declinate nelle connotazioni specifiche, anche per gli altri strumenti. Sul punto, in particolare, FERRO M., *Sub art. 67, co. 3, lett. d)*, cit. 902 ss.; AUDINO A., *Sub art. 161*, cit., 1081; F MUCCIARELLI, *Stato di crisi, piano attestato, accordi di ristrutturazione, concordato preventivo e fattispecie penali*, cit., 849 ss.; DONELLI F., *I continui esperimenti sul diritto penale del fallimento: l'art. 217 bis l. fall. prima e dopo il "Decreto sviluppo"*, cit., 804 ss.

¹⁹⁰ Pertinente la distinzione che opera F MUCCIARELLI, *Stato di crisi, piano attestato, accordi di ristrutturazione, concordato preventivo e fattispecie penali*, cit., 848, con lo statuto della "idoneità" degli atti *ex art.* 56 c.p. e la c.d. base totale nella valutazione del tentativo.

istituti introdotti dal legislatore; ancora più travisata appare poi la *ratio* dell'esenzione, posto che, così facendo – ed effettivamente, lo si ripete, non pare possibile argomentare altrimenti – si riduce la portata dell'art. 217 *bis* ad un ombrello di modesta portata protettiva, che ben poco garantisce, *ex ante*, a chi intraprende la strada del piano attestato di risanamento posto che la definitiva esenzione sconta il pericolo di un passaggio ulteriore, un altro vaglio, da parte del giudice penale, incentrato su parametri tanto opinabili quanto “scivolosi”¹⁹¹.

Ciò tuttavia non significa che, pur in caso di piano rivalutato come inidoneo, si schiudano irrimediabilmente le porte all'incriminazione; è vero che la condotta così tenuta esula dal perimetro delineato dall'esenzione, tuttavia non sembra in ogni caso potersi ritenere sussistente l'elemento soggettivo richiesto per le fattispecie che possono venire in considerazione, almeno con riguardo alla fattispecie di bancarotta preferenziale¹⁹²; e ciò tanto nel caso in cui l'erronea valutazione sia il frutto del comportamento “colposo” da parte dell'imprenditore, ad esempio nell'esposizione dei dati dell'impresa, quanto in caso di imperizia da parte del professionista.

Maggiori perplessità si paventano invece in tema di bancarotta semplice, per il rilievo che le ipotesi che vengono in considerazione (ovvero quelle prevista ai nn. 3 e 4 dell'art. 217, come detto) sono caratterizzate da un elemento soggettivo che appare compatibile con condotte caratterizzate da non adeguata correttezza procedimentale e valutativa nella redazione del piano e nella valutazione dei relativi elementi.

Nessun dubbio può sussistere sul fatto che un comportamento di trascuratezza particolarmente evidente o di marcata superficialità nelle valutazioni di pertinenza

¹⁹¹ Parla, sul punto, di “*eccessivo margine discrezionale*” AMARELLI G., *I delitti di bancarotta alla luce del nuovo 217 bis l. fall.: qualcosa è cambiato?*, cit., 570.

¹⁹² Sono di tale avviso BRICCHETTI R., *Le esenzioni dai reati di bancarotta. L'art. 217 bis l. fall.*, cit., 380; COCCO G., *Esenzioni dai reati di bancarotta nel “nuovo” art. 217-bis della legge fallimentare*, cit., 12. La soggettiva convinzione, pure errata, che il piano fosse idoneo potrebbe effettivamente rappresentare il dato decisivo perché l'imprenditore non rimanga incagliato nelle strette maglie della responsabilità che la giurisprudenza penale, come *supra* messo in evidenza, delinea in tema di comportamenti messi in opera nell'ambito di piani di risanamento; cfr. sul punto la nota n. 135.

Altresi possibile chiamare in causa la disciplina dell'errore ai sensi dell'art. 47 c.p., nel caso in cui l'imprenditore fosse nella soggettiva convinzione dell'idoneità del piano a raggiungere lo scopo sperato, tanto più sulla scorta dell'asseverazione di un professionista qualificato.

Vi sono diversi Autori che, sul punto, prendono in considerazione una situazione di carattere patologico che potrebbe profilarsi, ovvero il caso del professionista attestatore che esprima un giudizio positivo sul piano pur nella consapevolezza della relativa inidoneità, al solo scopo di ottenere l'incarico ed il relativo compenso. In tale caso - effettivamente non impossibile, ma destinato probabilmente a diventare marginale a seguito delle specifiche responsabilità introdotte dall'art. 236 *bis* l. fall. – non persuade del tutto la soluzione elaborata da D'ALESSANDRO F., *Il nuovo 217 bis l. fall.*, cit., 208 che richiama sul punto la disciplina dell'art. 48 c.p.; la norma, per poter operare, necessiterebbe della difficile prova (e lo stesso Autore dimostra di rendersene conto) della rappresentazione e soprattutto della volontà, in capo allo stesso, della lesione della *par condicio creditorum* (critico sul punto AMARELLI G., *I delitti di bancarotta alla luce del nuovo 217 bis l. fall.: qualcosa è cambiato?*, cit., 571) anche se, effettivamente la già ricordata compatibilità dell'elemento soggettivo dell'art. 216, 3° con il dolo eventuale potrebbe rendere possibile questa soluzione.

dell'imprenditore, potrebbe effettivamente concretare un'ipotesi di "altra colpa grave", qualora l'esecuzione di tale piano, irrealizzabile già *ex ante* per la particolare imperizia con la quale sia stato redatto, abbia portato all'aggravio del dissesto e al successivo fallimento ai sensi del n. 4 dell'art. 217, 1° comma¹⁹³.

Viceversa, per quanto riguarda l'ipotesi *sub* n. 3, la soluzione evidentemente muterà in considerazione della qualificazione dell'elemento soggettivo in termini di compatibilità o meno con la sola colpa. Come noto, mentre la dottrina mantiene posizioni estremamente variegata sul punto¹⁹⁴, l'orientamento consolidato della

¹⁹³ Sulla circostanza che, in tale ipotesi delittuosa, l'evento dell'aggravamento del dissesto deve non essere voluto ma cagionato da un atto gravemente colposo, soprattutto in considerazione dell'esplicito riferimento contenuto nella norma, per tutti NUVOLONE P., *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, cit., 78; PEDRAZZI C., *Reati fallimentari*, cit., 135; LA MONICA M., *Manuale di diritto penale commerciale*, cit., 381; *contra* FORNASARI G., *I criteri di imputazione soggettiva del delitto di bancarotta semplice*, in *Giur. comm.*, 1988, I, 692, per il quale il termine "grave colpa", lungi dal rievocare un fatto colposo, stia ad indicare un fatto consapevolmente imprudente.

¹⁹⁴ Non è questa la sede per analizzare l'ampia varietà di posizione sostenute dalla dottrina con riferimento alla nota soggettiva propria della bancarotta semplice, dato che l'interesse, in tale sede, si appunta su ipotesi specifiche che conviene analizzare. Basti ricordare che l'individuazione dell'elemento soggettivo dell'art. 217 impone di prendere in particolare due circostanze; in primo luogo l'attiguità delle condotte con quelle delineate dal precedente art. 216, i cui confini tra i quali sono in qualche modo regolati dalla clausola di riserva contenuta all'art. 217; e, in secondo luogo, se alcune espressioni che delineano la condotta dell'imprenditore ("manifestamente imprudenti", "grave imprudenza", "altra grave colpa") valgano a rendere sufficiente la sola colpa – a volte particolarmente rilevante – ai fini della punibilità delle condotte in questione. Per una approfondita disamina delle varie soluzioni su tal aspetto si rimanda a AMBROSETTI E.M., *I reati fallimentari*, cit., 316 ss.

Per quanto riguarda specificatamente l'ipotesi delle "operazioni di grave imprudenza per ritardare il fallimento", esse consistono in operazioni che non sono in sé aleatorie né manifestamente imprudenti (cfr. n. 2) ma che si qualificano per lo stato di dissesto in cui già deve versare l'impresa e per la finalità dilatoria rispetto al fallimento che l'imprenditore spera in tal modo di evitare; si tratta, in definitiva, di quegli espedienti rovinosi cui può trovarsi a ricorrere l'imprenditore con l'acqua alla gola, ad esempio, l'accettazione di interessi usurari per il rinnovo di un credito, la vendita di un bene a prezzo inferiore rispetto a quello di acquisto o ancora la locazione di terreni e fabbricati a basso canone ma facendosi anticipare alcune rate; in questi casi l'operazione è dettata al solo scopo di allontanare la dichiarazione di fallimento, pur nella soggettiva convinzione di poterlo evitare.

In tale contesto la difficoltà dell'indagine circa l'elemento soggettivo si fonda sulla circostanza che, a fronte della connotazione evocativamente colposa che debbono avere le operazioni dirette a ritardare il fallimento, la descrizione di quest'ultimo elemento è strutturata secondo connotati finalistici che sembrano effettivamente riecheggiare un dolo specifico; sul punto prevale in dottrina l'opinione che sotto tale aspetto la norma richieda, per l'appunto il dolo specifico, con l'ulteriore conseguenza che l'imprenditore deve essere consapevole della natura meramente dilatoria dell'atto che pone in essere; la grave imprudenza diventa quindi connotato di consapevolezza dell'atto utilizzato per le finalità dilatorie; si veda sul punto PAGLIARO A., *Il delitto di bancarotta*, cit. 126; M., *Il delitto di bancarotta*, Torino, 1953, 208; MANGANO P., *Disciplina penale del fallimento*, cit., 87; CONTI L., *Diritto penale commerciale, I reati fallimentari*, cit., 276; ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, cit., 113; FORNASARI G., *I criteri di imputazione soggettiva del delitto di bancarotta semplice*, cit., 689. Viceversa, alcuni Autori sottolineano la compatibilità tra la componente colposa e il fine specifico, senza che quest'ultimo vada ad intaccare la componente eminentemente colposa dell'intera fattispecie; così NUVOLONE P., *Il*

giurisprudenza è che tutte le varie ipotesi previste dall'art. 217 l. fall. siano punibili indistintamente a titolo di dolo o di colpa¹⁹⁵.

C'è però un'interessante pronuncia che, sul punto di nostro specifico interesse, per la punibilità del fatto descritto al n. 3, richiede il dolo e non la semplice colpa, poichè in tal caso si verserebbe in ipotesi di “operazioni finalisticamente orientate a ritardare il fallimento, ma ad un tempo caratterizzate da grave avventatezza o spregiudicatezza, che superino i limiti della ordinaria “imprudenza”, che, secondo la comune logica imprenditoriale, può a volte giustificare il ricorso, da parte dell'imprenditore che versi in situazione di difficoltà economica, ad iniziative “coraggiose”, da “extrema ratio”, ma ragionevolmente dotate di probabilità di successo al fine di scongiurare il fallimento”¹⁹⁶.

Tali pericolose implicazioni in ordine a fattispecie colpose di bancarotta semplice, incentrate sulla cattiva redazione o aggregazione dei dati aziendali su cui si fonda poi il giudizio prospettico, devono però essere considerate alla luce del ruolo ricoperto dal professionista attestatore e dalla valutazione che esso compie, per di più sulla scorta della neo introdotta responsabilità penale ai sensi dell'art. 236 bis l. fall. in tema di falso in attestazioni e relazioni.

Anticipando parzialmente ciò che verrà diffusamente messo in evidenza nel capitolo IV, va fin d'ora sottolineato che le conseguenze di una non corretta valutazione dei dati aziendali, aspetto in cui potrebbe annidarsi una residua responsabilità colposa da parte dell'imprenditore in ordine alla non corretta esposizione della situazione economico-patrimoniale che avrebbe cagionato gli eventi presi in considerazione ai nn.

diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali, cit. 79 che parla di “sintesi di colpa e di dolo” e BRICOLA F., *Dolus in re ipsa*, Milano, 1960, 170, in particolare la nota n. 53; PEDRAZZI C., Sub art. 217, in C. PEDRAZZI – F. SGUBBI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, cit., 144.

Per quanto attiene al relativo elemento soggettivo si deve dar conto di una pluralità di opinioni; valorizzando il dato finalistico per cui l'imprenditore agisce la maggioranza degli Autori, sul punto, richiede il dolo con riferimento alla volontà di ritardare il fallimento

¹⁹⁵ *Ex pluribus*, tra le ultime, Cass. Pen., Sez. V, 6 ottobre 2011, n. 48523, Rv. 251709; Cass. Pen., Sez. V, 20 dicembre 2005, n. 9572, Rv. 234228; Cass. Pen., Sez. V, 4 febbraio 2004, n. 27515, Rv. 228701.

¹⁹⁶ Così Cass. Pen., Sez. V, 20 marzo 2003, in *Cass. pen.*, 2005, 3101 ss., che traccia la differenza rispetto alla previsione di cui al n. 2 del medesimo articolo, punibile invece a titolo di colpa; la pronuncia in questione quindi ritiene che la “grave imprudenza” di cui al n. 3 dell'art. 217 trascenda i limiti propri della colpa, senza nemmeno riconoscere la possibilità di stabilire un'equipollenza di valore con un'altra espressione, quella del n. 4 dello stesso articolo che – effettivamente con ancora maggior forza – evoca immediatamente l'idea della colpa.

Si tratta, evidentemente, di confini estremamente labili, che segnano il passaggio, attraverso pericolose sfumature linguistiche, tra due elementi psicologici che comportano evidenti e pesanti ricadute differenti in tale ambito. E' chiaro, infatti, che, ragionando nei termini di cui alla citata pronuncia, un piano attestato sulla cui idoneità pur confidi l'imprenditore, potrebbe allora connotarsi di “ordinaria” o “grave” imprudenza a secondo di quanto il giudizio prognostico si sia scostato da quella che sarebbe dovuta essere la corretta analisi prospettica così come apprezzata dal giudice penale.

Sembrirebbe potersi incunearsi quindi, in tale rivalutazione del piano un ulteriore giudizio – quello sulla ordinaria o grave imprudenza – che comporterebbe l'ennesimo elemento di incertezza, posto che i contorni tra le suddette ipotesi appaiono quanto mai evanescenti e rischiosi; propriamente quel rischio che l'introduzione dell'art. 217 bis voleva scongiurare.

3 - 4 dell'art. 217, sembrano rimanere effettivamente assorbite, nel quadro complessivo delle varie operazioni di risanamento, dal ruolo svolto da tale figura.

In tutti i casi che vengono in considerazione, l'estensione, la profondità e la tecnicità delle valutazioni che il professionista è chiamato a compiere, i requisiti di professionalità ed indipendenza, la centralità della sua valutazione nell'equilibrio complessivo di ciascuno dei vari strumenti, nonché la decisività della suo giudizio positivo ai fini delle conseguenze di ordine "civilistico" consentono di ritenere che in capo all'imprenditore non residui alcun margine di colpa addebitabile in caso di successivo esito infausto della procedura. Nell'equilibrio delineato dalle riforme della legge fallimentare, la figura del professionista riveste un ruolo decisivo nel processo di degiurisdizionalizzazione della crisi di impresa: egli assume infatti l'onere e la relativa responsabilità (ora anche penale) dei giudizi espressi, il cui oggetto, esteso anche alla veridicità dei dati aziendali, sintetizza tutte quelle componenti valutative che sono necessarie per poter fondare un giudizio di fattibilità del piano.

L'evidente rilievo dell'attribuzione di tali funzioni a tale figura, assume valore decisivo nel giudizio di riprovevolezza della condotta dell'imprenditore: le luci della punibilità sono puntate contro il professionista, non contro l'imprenditore, è il primo e non il secondo ad essere investito del ruolo e della responsabilità della veridicità dei dati e della fattibilità del piano; è il secondo che si affida al primo per una corretta soluzione della crisi¹⁹⁷. Parallelamente, il giudizio di causalità dell'evento colposo – delineato dall'art. 43 c.p. - non verte sulla circostanza se vi sia stata o meno una condotta colposa da parte dell'imprenditore: il fatto (*i.e.* il fallimento del piano di risanamento) non si verifica a causa di un comportamento imperito di quest'ultimo che, invece, fa affidamento proprio sulla valutazione di un soggetto professionalmente competente e qualificato; al più è a quest'ultimo che potrebbero essere mosse censure in ordine ad un agire colposo che abbia eziologicamente cagionato l'evento delittuoso¹⁹⁸.

Inoltre un ulteriore alleggerimento della responsabilità deve riconoscersi in ordine al provvedimento giurisdizionale espresso dal Tribunale in ordine al progetto di risanamento, almeno per le fattispecie che lo prevedono. In tale ottica, attraverso questo doppio vaglio comunque esterno alla sfera di responsabilità dell'imprenditore, non sembrano residuare margini di rimproverabilità idonei ad assurgere a responsabilità colposa per eventi (astrattamente) delittuosi che si potrebbero verificare in seguito; e questo a maggior ragione quando la norma richieda sfumature di colposità particolarmente intense, come nei casi dei nn. 3 – 4 dell'art. 217 l. fall.

Ne consegue, pertanto, che viene meno il rischio di rivalutazioni da parte del giudice penale riguardo a comportamenti connotati da colpa da parte dell'imprenditore: esito che deriva non certo direttamente dall'istituto dell'esenzione quanto da un corretto inquadramento dei ruoli e delle responsabilità dei vari protagonisti della vicenda di

¹⁹⁷ Così anche MUCCIARELLI F., *L'esenzione dai reati di bancarotta*, cit., 1486.

¹⁹⁸ Non è questo il momento di anticipare profili di critica che, invece, necessitano della necessaria contestualizzazione; si rimanda pertanto al § 4.4.2 per l'indagine sull'effettività dello strumento dell'art. 236 *bis* l. fall. ad impedire che rimangano prive di sanzione condotte da parte del professionista attestatore caratterizzate da profili di imperizia di quest'ultimo.

risanamento, secondo le direttive delineate dalle riforme della legge fallimentare che, in tale ambito, riverberano i loro effetti nell'ambito penalistico sotto il profilo dell'elemento soggettivo.

2.2.7: Le altre operazioni non revocabili ex art. 67, 3° comma ma non esentate

Il confronto tra il rinnovato istituto della revocatoria fallimentare e l'art. 217 *bis* prospetta un ulteriore ambito problematico che deve essere preso in considerazione; vi è infatti un evidente scollamento di omogeneità di tutele – civilistiche e penali – tra gli atti e le operazioni poste in essere ai sensi della lett. d) del 3° comma dell'art. 67 e gli ulteriori atti che sono stati esclusi sottratti dalla revocatoria. Questi ultimi infatti – le lett. a), b), c), e), f) g) – non sono coperte dalla esenzione di cui beneficia l'ipotesi *sub* d); e se tale esclusione appare coerente con riferimento alla lett. e), i cui effetti ricadono in ogni caso in via diretta sotto l'ombrello dell'art. 217 *bis*¹⁹⁹, molto meno ragionevole appare invece questa differenza di disciplina.

Va subito placata la tentazione di compiere interpretazioni che ricorrano allo strumento analogico: ciò tanto per la già evidenziata²⁰⁰ natura eccezionale dell'art. 217 *bis*, quanto perchè il legislatore è stato esplicito nel prendere in considerazione solo una delle varie ipotesi *ex* art. 67, 3° comma l. fall., con ciò eliminando in radice la possibilità di ritenere sussistente una lacuna da dover colmare²⁰¹; sinteticamente, *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*.

Tuttavia, prima di censurare la norma d'incostituzionalità per l'irragionevolezza nel trattare in maniera differente fattispecie analoghe²⁰², bisogna ricercare se sia possibile una via ermeneutica per la quale ricondurre a legittimità questa antinomia, secondo l'insegnamento della stessa Corte Costituzionale; tale via non può che essere la

¹⁹⁹ La lett. e) esenta dall'azione revocatoria “*gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione del concordato preventivo nonché dell'accordo omologato ai sensi dell'articolo 182 bis, nonché degli atti, i pagamenti e le garanzie legalmente posti in essere dopo il deposito del ricorso di cui all'articolo 161*”; per tale soluzione, per tutti, AMARELLI G., *I delitti di bancarotta alla luce del nuovo 217 bis l. fall.: qualcosa è cambiato?*, cit., 572.

²⁰⁰ Cfr. § 2.2.5.b).

²⁰¹ MUCCIARELLI F., *L'esenzione dai reati di bancarotta*, cit., 1476; D'ALESSANDRO F., *Il nuovo 217 bis l. fall.*, cit., 208, il quale tuttavia dubita che la *ratio* sottesa a tale differenziazione di trattamento sia effettivamente quella di voler creare un riflesso penale diversificato tra tali atti. Vero è però che non si possa riconoscersi che vi è un dato che caratterizza irrimediabilmente l'ipotesi *sub* lett. d) - e, di riflesso, lett. e) - ovvero la circostanza che, alla base di tali operazioni vi è un vaglio di ponderazione da parte del già ricordato professionista attestatore – nonché anche del Tribunale nelle altre ipotesi; tale dato potrebbe effettivamente rappresentare la ragione che basa il differente trattamento tra le varie ipotesi del 3° comma dell'art. 67 l. fall.; in tal senso, seppur senza che tale motivo convinca l'Autore, LOTTINI R., *Modifica della legge fallimentare*, cit., 1375.

²⁰² Prospetta tale ipotesi PISTORELLI L., *Novità legislative – Decreto legge 31 maggio 2010, n. 78 – Legge 2 luglio 2010, n. 108 – Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica*, Rel. n. III/09/2010, 12.

medesima su cui si camminava anteriormente all'introduzione dell'esenzione nel 2010 per risolvere il rapporto tra le esenzioni introdotte e la fattispecie di bancarotta preferenziale, per cui si rimanda ai contenuti del § 2.2.2²⁰³.

Viceversa, con riferimento alla possibilità d'intersezione con la bancarotta semplice, *sub specie* dei nn. 3 e 4 dell'art. 217, appare difficile che atti posti in essere nell'esatto perimetro delle esenzioni, alcune delle quali peraltro già strutturalmente tipizzate secondo un profilo di corretto comportamento gestorio dell'attività di impresa²⁰⁴, possano concretizzare “*gravi imprudenza per ritardare il fallimento*” o un’ “*altra grave colpa*” richiesta dalla norma, trovando in ogni caso tali atti una sicura protezione sulla scorta dell'assenza di giuridicità del fatto per l'esercizio di un diritto ai sensi dell'art. 51 c.p.

Infine non va trascurata la concreta possibilità che taluni di questi atti si inseriscano direttamente nell'ambito di esecuzione di uno dei piani richiamati dall'art. 217 *bis*; in tal caso, ovviamente, l'esenzione opererebbe senz'altro in via diretta²⁰⁵.

2.2.8: Le altre fattispecie penali rilevanti nell'ambito dei piani e degli accordi ma non esentate

Come detto più volte, le criticità penalistiche più evidenti in tale settore sono sempre state ricondotte essenzialmente alla fattispecie di bancarotta preferenziale, sulla scorta dell'omogeneità di condotte e beni giuridici tra questa fattispecie e l'azione revocatoria fallimentare. Il legislatore del 2010 ha invece ritenuto di allargare l'esenzione, con un generico richiamo, anche alle fattispecie di bancarotta semplice, peraltro finora mai presa in considerazione in tale contesto²⁰⁶.

Bisogna peraltro chiedersi, sempre nella prospettiva di effettuare un bilancio sulla norma introdotta, se egli non si sia “scordato” di assicurare la stessa protezione

²⁰³ Sulla specifica questione del mancato richiamo, nell'art. 217 *bis*, alle altre ipotesi di operazioni esentate dall'azione revocatoria fallimentare, si registra, una pluralità di posizioni dogmatiche che sono, anche soggettivamente, omogenee rispetto a quelle elaborate *ante* 2010.

Su questo specifico aspetto, in particolare, COCCO G., *Esenzioni dai reati di bancarotta nel “nuovo” art. 217 bis della legge fallimentare*, cit., 5 ss., giustifica l'assenza d'illiceità già sul piano oggettivo, posto che gli atti in questione, non violando la *par condicio* secondo quanto stabilito dall'art. 67, 3° comma l. fall. in ambito “civilistico”, non potrebbe farlo nemmeno in ambito di fattispecie penali; dello stesso avviso anche BRICCHETTI R., *Le esenzioni dai reati di bancarotta. L'art. 217 bis l. fall.*, cit., 381; viceversa AMARELLI G., *I delitti di bancarotta alla luce del nuovo 217 bis l. fall.: qualcosa è cambiato?*, cit., 572 ragiona in termini di causa di giustificazione *ex* art. 51 c.p.; per una soluzione in termini di mancanza del dolo richiesto, infine, R. BRICCHETTI, F. MUCCIARELLI, G.G. SANDRELLI, *Le responsabilità penali*, cit., 1294.

²⁰⁴ Si pensi ai connotati dei “*termini d'uso*” entro cui sono validi i pagamenti di beni e servizi di cui alla lett. a); o ancora alla possibilità, alla lett. b), di effettuare rimesse su un conto corrente purchè “*non abbiano ridotto in maniera consistente e durevole l'esposizione debitoria*” o il “*giusto prezzo*” dei contratti di vendita o dei preliminari di vendita degli immobili ad uso abitativo (lett. c).

²⁰⁵ MUCCIARELLI F., *L'esenzione dai reati di bancarotta*, cit., 1476; concorda sul punto BRICCHETTI R., *Le esenzioni dai reati di bancarotta. L'art. 217 bis l. fall.*, cit., 381.

²⁰⁶ La “*confessione*” è di BRICCHETTI R., *Intervento*, in AA.VV., *Le soluzioni concordate delle crisi di impresa*, cit., 143.

anche rispetto ad altre fattispecie che potrebbero prospettarsi in sede di esecuzione di uno dei nostri soliti strumenti di risanamento.

Già si è escluso con sicurezza (cfr. § 2.2.4) che possano rilevare le fattispecie della bancarotta societaria degli artt. 223, 1° comma e 224, n. 1 l. fall. per la diretta operazione di riduzione della tipicità che svolge l'art. 217 *bis*.

Per quanto riguarda ulteriori fattispecie, va rilevato che, almeno per alcune di esse, le connotazioni materiali e psicologiche su cui sono incentrate le relative norme autorizzano un immediato giudizio di incompatibilità con condotte poste in essere nel corso di un coerente e non fraudolento tentativo di salvataggio, pur nel caso che la rivalutazione del piano sconti il giudizio negativo da parte del giudice penale nei termini di cui sopra.

E ciò emerge con evidenza nel caso del ricorso abusivo al credito (art. 218), quanto nella c.d. causazione dolosa o con operazione dolosa del fallimento di cui all'art. 223, 2° comma, n. 2.

Nel primo caso, infatti, la condotta di dissimulazione del dissesto e dello stato d'insolvenza non può che porsi in radicale incompatibilità con la trasparenza e la veridicità dei dati aziendali, punto imprescindibile di partenza per qualunque progetto di risanamento che pretenda di entrare nel novero degli strumenti delineati dal legislatore; alla stessa soluzione deve pervenirsi con riferimento al dolo di causazione del fallimento della società posto che la finalità di chi utilizza tali strumenti si pone in direzione diametralmente opposta²⁰⁷. Ovviamente a soluzione opposta si dovrebbe pervenire nel caso in cui il piano in questione sia stato predisposto anche allo scopo di dissimulare il dissesto o lo stato di insolvenza²⁰⁸.

Maggiori problemi presenta invece il rapporto con la fattispecie della c.d. causazione colposa del dissesto (art. 224, 1° comma, n. 2): l'opinione di chi, sul punto, ritiene che tale comportamento possa essere automaticamente “*trascinato nell'orbita della esenzione dell'art. 217, 1° co., n.4*”²⁰⁹ non sembra prendere in adeguata considerazione il ruolo che riveste la colpa specifica con riferimento ai soggetti attivi della fattispecie societaria: in primo luogo perché l'appiattimento di tale ipotesi delittuosa con quella di cui all'art. 217 scontrerebbe la necessità di spiegare come mai il legislatore abbia inserito anche la fattispecie del n. 2 dell'art. 224²¹⁰; secondariamente tale opzione non coglie il

²⁰⁷ MUCCIARELLI F., *L'art. 217-bis l. fall. e la disciplina penale delle procedure di soluzioni della crisi d'impresa*, cit. 290; l'Autore sottolinea inoltre, con riferimento al delitto di cui all'art. 218 che un ulteriore elemento di incompatibilità potrebbe rivelarsi sotto l'aspetto dell'elemento soggettivo: il programma di risanamento, ove correttamente redatto, lascerebbe prospettare una situazione di continuità aziendale che invece non si riconosce nel dolo del delitto in questione, che invece postula la consapevolezza dell'agente in ordine all'irreversibilità dello stato di dissesto dell'impresa. Per la stessa soluzione con riguardo ai citati delitti, AMBROSINI S., *Profili civili e penali delle soluzioni negoziate nella L. n. 122/2010*, in *Fall.*, 2011, 649; BRICCHETTI R., *Le esenzioni dai reati di bancarotta. L'art. 217 bis l. fall.*, cit., 376.

²⁰⁸ BRICCHETTI R. – PISTORELLI L., *Bancarotta, le operazioni escluse dall'incriminazione*, in *Guida dir.* n. 37/2010, 100.

²⁰⁹ Così BRICCHETTI R., *Le esenzioni dai reati di bancarotta. L'art. 217 bis l. fall.*, cit., 376.

²¹⁰ Il ruolo svolto è quello di norma di chiusura della fattispecie di bancarotta semplice impropria, ruolo in qualche modo parallelo all'analoga norma dell'art. 223, 2° comma, n. 2 in

maggior rigore nel punire la condotta di chi amministra la cosa altrui senza osservare con il doveroso scrupolo gli obblighi posti dalla legge, sanzionata con la colpa specifica ma di qualunque grado, mentre per la fattispecie di cui all'art. 217, n. 4, come visto, è richiesta una colpa di maggiore intensità, “grave”, per l'appunto²¹¹.

L'indagine dovrebbe invece incentrarsi sulla capacità della nozione di “*obblighi imposti dalla legge*”²¹² di comprendere o meno anche le norme disposte in tema di corretta esposizione della situazione economico-patrimoniale da parte dell'imprenditore nell'ambito dei tali progetti, posto che, come messo in evidenza sopra, anche tale ambito sconta dei profili di valutazione dei dati che presuppongono la corretta stima ed aggregazione degli stessi; pertanto potrebbe ritenersi che una non corretta operazione in tale ambito, frutto di una colposa violazione degli obblighi di fedele valutazione potrebbe concretare la violazione delineata all'art. 224, 2° l. fall.

sede di fattispecie fraudolenta; in tal modo viene superata la frammentarietà dell'art. 217 come richiamato al 1° comma e garantita un più ampio sindacato del giudice sui comportamenti deficitari in termini di diligenza nell'amministrazione della società; così PEDRAZZI C., Sub *art. 224*, in C. PEDRAZZI – F. SGUBBI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, cit., 334; FERRATO A., Sub *art. 224*, in A. GAITO – M. RONCO (a cura di), *Leggi penali complementari commentate*, cit. 2763; CASAROLI G., Sub *art. 224*, in A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, cit., 1545; APRILE F., Sub *art. 224*, cit. 2973.

²¹¹ ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, cit., 140; CONTI L., *Diritto penale commerciale, I reati fallimentari*, cit., 287; ANTONIONI F., *La bancarotta semplice*, Napoli, 1962, 257, nonchè PEDRAZZI C., *Reati fallimentari*, cit., 176, il quale rileva, ad ulteriore distinzione – questa volta sul piano oggettivo - tra le due norme, dato che l'ipotesi *sub art. 224, 2° comma*, prevede non solo l'ipotesi dell'aggravamento del dissesto ma anche quello della relativa causazione, che comprende quindi i casi in cui non sia già in atto una crisi aziendale.

²¹² Gli obblighi violati devono essere finalizzati alla prevenzione dell'evento rappresentato dal dissesto o dal relativo aggravamento, e ciò per un duplice ordine di ragioni: da un lato perché l'evento preso in considerazione dalla norma, nell'economia della stessa, deve essere effetto causale della violazione dei suddetti obblighi, dall'altro perché questo comportamento colposo, in armonia con lo statuto dogmatico della colpa, deve sottendere la prevedibilità dell'evento con riferimento alla norma violata. In definitiva, pertanto, le norme in questione sono esclusivamente quelle che dispongono obblighi legali funzionali alla conservazione della garanzia patrimoniale; rilevano, quali esempi in tal senso, l'omesso controllo, da parte dei sindaci sull'osservanza della legge, dello statuto e sui principi di corretta amministrazione ai sensi dell'art. 2403 c.c., le violazioni dell'art. 2343 c.c. in tema di omesso controllo da parte degli amministratori delle relazioni di stima relative ai conferimenti in natura, le omissioni da parte degli amministratori in caso di mancato pagamento delle quote *ex art. 2344 c.c.* o, ancora, l'inadempimento da parte dei liquidatori dell'obbligo di prendere in consegna i libri e i documenti sociali, come prescritto all'art. 227 c.c.

La violazione, in generale, può presentarsi tanto in forma attiva che omissiva e può anche essere deliberata, sempre che non vi sia anche la caratterizzazione della stessa quale operazione dolosa, che altrimenti farebbe scattare la responsabilità *ex art. 223, 2° comma, n. 2*. Per tali rilievi ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, cit., 139; CONTI L., *Diritto penale commerciale, I reati fallimentari*, cit., 287; ANTONIONI F., *La bancarotta semplice*, 252; PEDRAZZI C., Sub *art. 224*, cit., 336.

Il punto decisivo, semmai, è se tali operazioni siano effettivamente qualificabili come un obbligo imposto dalla legge, posto che la strada del risanamento a fronte del fallimento della società certo non appare un'opzione imposta da alcuna norma²¹³.

Si potrebbe sostenere che, una volta intrapresa la strada di uno degli strumenti di risanamento, la legge imporrebbe un comportamento corretto in sede di esposizione dei dati aziendali; vero che ciò non sembra essere esplicitamente prescritto da alcuna norma (ma è comunque immanente alla logica del risanamento stesso), ma le norme che, variamente, impongono doveri di correttezza e diligenza nell'operare dei vari soggetti all'interno della società²¹⁴ certo rappresenterebbero il punto di riferimento normativo idoneo a fondare una responsabilità nei termini di cui all'art. 224, 2° comma.

Tuttavia, anche in tale caso, prima di addentrarsi in ricostruzioni di responsabilità a tinte colpose è bene ribadire gli esiti cui si era già pervenuti con riferimento alle fattispecie di bancarotta semplice (art. 217 n. 3-4; cfr. § 2.2.6); anche in questa situazione, infatti, è doveroso ritenere che il ruolo svolto dal professionista nell'ambito del risanamento, nonché il *placet* espresso da parte del Tribunale, valga a elidere la colpa dei soggetti preposti alla gestione dell'impresa, nei medesimi termini già prima messi in evidenza.

Da ultimo bisogna prendere in considerazione la fattispecie di cui all'art. 236 l. fall.; senza addentrarsi nelle note criticità che la norma presenta, acuite dalle significative modifiche che hanno riguardato l'istituto, nonché dalla mancanza del medesimo presidio penale con riferimento ai nuovi istituti introdotti²¹⁵, è appena il caso di rilevare che, anche in tal caso, la norma non può venire in considerazione nelle circostanze che stiamo esaminando: per quanto riguarda il 1° comma, infatti, similmente a quanto già evidenziato in tema di ricordo abusivo al credito, la certa estraneità della fattispecie deriva dalla condotta decettiva dell'imprenditore nonché dal dolo specifico richiesto dalla norma in questione, in un contesto ove, viceversa, assume primario rilievo la corretta e veritiera esposizione dei dati e delle posizioni debitorie e creditorie.

Alla stessa conclusione, richiamando quanto già rilevato sopra, deve valere in ordine alle fattispecie di cui al comma n. 2 e alle fattispecie che le stesse richiamano.

²¹³ Il dato appare in maniera esplicita nel caso degli artt. 160, art. 182 *bis*, art. 182 *quinquies* nonché dell'art. 6 della legge n. 3 del 2012: la norma facoltizza l'imprenditore in stato di crisi ("può" oppure "è consentito" come nell'ultimo caso) ad intraprendere tale strada; non vi è ragione di optare per una diversa soluzione nel caso di piano attestato di risanamento, pur a fronte dell'assenza di una esplicita locuzione in tal senso.

²¹⁴ Si pensi, in particolare, al generale dovere di diligenza imposto dall'art. 2392 c.c. agli amministratori.

²¹⁵ Per tutte queste questioni si rimanda al capitolo III della trattazione.

Capitolo III: I riflessi dei nuovi strumenti di risoluzione della crisi sulla fisionomia dell'art. 236 l. fall.

SOMMARIO: 3.1: La riforma del concordato preventivo e l'abolizione dell'amministrazione straordinaria irrompono nell'equilibrio già precario dell'art. 236 l. fall. – 3.2: Il nuovo volto del concordato preventivo – 3.2.1.: L'allargamento del presupposto oggettivo allo “stato di crisi” – 3.2.2.: Il nuovo accesso alla procedura di concordato preventivo e le ricadute sul 1° comma dell'art. 236 – 3.3: L'abolizione dell'amministrazione controllata.

3.1: La riforma del concordato preventivo e l'abolizione dell'amministrazione straordinaria irrompono nell'equilibrio già precario dell'art. 236 l. fall.

Nell'impianto tradizionale della legge fallimentare, il Capo III del Titolo dedicato alle “*Disposizioni penali*” delineava i presidi penalistici rispetto alle condotte delittuose realizzate nell'ambito delle procedure concorsuali che, nel 1942, erano il concordato preventivo, l'amministrazione controllata e la liquidazione coatta amministrativa; i primi due nell'art. 236, il secondo nell'art. 237 della legge fallimentare.

Questi “reati concorsuali”²¹⁶ essenzialmente estendevano – e continuano in realtà a farlo - le fattispecie delittuose relative alla procedura fallimentare anche agli altri strumenti concorsuali, ad eccezione dell'art. 236, 1° comma che presenta, invece, una evidente autonomia di contenuto rispetto alle altre ipotesi²¹⁷.

Note sono le critiche alla fattispecie dell'art. 236, tanto sotto l'aspetto della esasperata tecnica del rinvio alle fattispecie relative al fallimento, con i conseguenti problemi di coordinamento con le norme richiamate, quanto per la mancanza di omogeneità nei presidi con riferimento ai soggetti coinvolti nella procedura²¹⁸.

²¹⁶ Così li chiama GIULIANI - BALESTRINO U., *La sentenza di accertamento dello stato di insolvenza e i procedimenti concorsuali*, in *Dir. fall.*, 1978, II, 202.

²¹⁷ Cfr, in particolare, ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, cit., 223; LA MONICA M., *Manuale di diritto penale commerciale*, cit., 569; CONTI L., *Diritto penale commerciale, I reati fallimentari*, cit., 402; VINCIGUERRA S., *Concordato preventivo, amministrazione controllata e responsabilità penale (riflessioni sull'art. 236 comma 1° l. fall.)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1972, 868.

²¹⁸ Sotto il profilo dei soggetti presi in considerazione dalle varie norme, la fattispecie a presidio della correttezza nell'ammissione alla procedura di concordato preventivo (art. 236, 1° comma) sorprendentemente sanziona le condotte fraudolente del solo imprenditore commerciale, senza che siano presi in considerazione gli altri organi gestori della società; viceversa una lacuna

In tale contesto, le croniche criticità della norma si sono aggravate in considerazione delle modifiche operate all'istituto del concordato preventivo da parte del d.l. n. 35 del 2005, convertito in l. n. 80 del 2005 e del successivo d.lgs. n. 169 del 2007, nonché dal d.lgs. n. 5 del 2006 che ha abrogato le norme in tema di amministrazione controllata²¹⁹.

In considerazione delle diverse problematiche affrontate con riferimento all'uno o all'altro istituto, merita procedere ad una trattazione specifica sulle conseguenze derivanti dalle relative modifiche all'impianto dell'art. 236 l. fall.

“speculare” si ha nel comma 2°, posto che, in considerazione dei soggetti attivi indicati dalla norma, l'imprenditore individuale e il socio illimitatamente responsabile non sono assoggettati alla stessa se non ricoprono anche la carica di amministratore. Nonostante le forti critiche per la differenza di trattamento in ordine alla fattispecie dell'art. 236 cpv. (si veda in particolare ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, cit., 232; LANZI A., *Riflessi penali delle procedure concorsuali vecchie e nuove*, in *Ind. pen.*, 1982, 242; CONTI L., *Diritto penale commerciale, I reati fallimentari*, cit., 406), la Corte Costituzionale ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale per contrasto della norma con l'art. 3 Cost. poiché la disparità di trattamento sarebbe giustificata dal diverso rapporto che intercorre tra l'impresa e il soggetto che l'amministra o ne è (anche) il titolare (Corte Cost., 18 maggio, 1989, ord. n. 268, in *Fall.*, 1989, 1091, nonché già prima per tale soluzione NUVOLONE P., *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, cit., 232).

Per quanto riguarda le condotte sanzionate, limitando l'attenzione a quanto sarà di nostro interesse, si deve spendere qualche parola sul contenuto del capoverso dell'art. 236, costruito attraverso una esasperata forma di rinvio, che impone di risolvere diverse questioni; la norma stabilisce che le fattispecie in tema di fatti di bancarotta fraudolenta (art. 223) e dei fatti di bancarotta semplice (art. 224) si applicano, in caso di concordato preventivo o di amministrazione controllata, agli amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori di società; escluso che la fattispecie vada a punire solo i fatti commessi successivamente al decreto di ammissione alle procedure di concordato preventivo o, addirittura, che la fattispecie fosse applicabile solo nel caso in cui, naufragata la procedura concorsuale, facesse seguito la dichiarazione di fallimento ai sensi dell'art. 173, 2° comma, pena una sostanziale abrogazione della norma, i fatti penalmente rilevanti, descritti dagli artt. 223 e 224 sono quelli commessi tanto prima quanto dopo rispetto al decreto di ammissione, svolgendo quest'ultimo (così in particolare CONTI L., *Diritto penale commerciale, I reati fallimentari*, cit., 406; LA MONICA M., *Manuale di diritto penale commerciale*, cit., 575), nell'economia della fattispecie, la stessa funzione ed efficacia della sentenza dichiarativa di fallimento, con conseguente equiparazione tra i due provvedimenti (si veda in particolare Cass. Pen., Sez. V, 7 giugno 1984, in *Cass. Pen.*, 1985, 1220).

Per ulteriori notazioni sull'art. 236 l. fall. si rimanda, oltre agli Autori già citati, ad AMBROSETTI E.M., *I reati fallimentari*, cit., 365; FERRATO A., *Sub art. 236*, in A. GAITO – M. RONCO (a cura di), *Leggi penali complementari commentate*, cit. 2800; PEDRAZZI C., *Reati fallimentari*, cit. 206; BELLÈ R., *Sub art. 236*, in M. FERRO (a cura di), *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, 3° ed., Padova, 2014, 3002 ss.; CASAROLI G., *Sub art. 224*, in A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, cit., 1545; TROISI R., *Procedure concorsuali diverse dal fallimento (reati in materia di)*, in *Digesto disc. pen.*, agg. **, Torino, 2004, 678 ss.; SGUBBI F., *I reati fallimentari e la procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, in *Giur. comm.*, 1983, II, 856.

²¹⁹ Cfr. § 1.6.

3.2: Il nuovo volto del concordato preventivo

Come si è già messo in evidenza in occasione della disamina dell'evoluzione dell'istituto²²⁰, il concordato preventivo ha subito una significativa trasformazione rispetto alle connotazioni originarie del 1942.

Le innovazioni apportate dal d.l. n. 35 del 2005 e dal d.lgs. n. 169 del 2007 hanno profondamente ridisegnato il volto e la prospettiva del concordato preventivo, trasformandolo in uno strumento maggiormente elastico per quanto riguarda le modalità di soddisfazione dei creditori e molto meno rigido in relazione ai presupposti per accedere alla procedura; e questo nell'evidente prospettiva di aumentare l'appetibilità dell'istituto, quale forma alternativa al fallimento e, quindi, conservativa degli *assets* economici sani. Per realizzare tale scopo il legislatore ha agito in una pluralità di direzioni.

In primo luogo è stato anticipato il momento in cui l'imprenditore può far ricorso a tale procedura – dallo “stato di insolvenza”, presupposto comune a quello del fallimento, allo “stato di crisi”, art. 160, 1° comma l. fall. – in modo da anticipare l'emersione della patologia dell'impresa ed incidere in maniera più efficace rispetto ad un successivo momento in cui l'intervento potrebbe già essere tardivo.

Secondariamente, sono stati eliminati i requisiti di meritevolezza per l'accesso alla procedura, che delineava la natura premiale dell'istituto rispetto all'epilogo meramente liquidatorio.

Da ultimo, per aumentare l'appetibilità dello strumento è stato eliminato l'automatismo della dichiarazione di fallimento in caso d'inammissibilità della proposta di concordato; in tal caso, infatti, il fallimento può essere dichiarato solo su istanza di uno dei creditori o su richiesta del pubblico ministero, una volta verificato il presupposto soggettivo e soprattutto oggettivo, ora non più omogeneo, per la dichiarazione (art. 162, 3° comma).

Infine, come già evidenziato, vi è stata una significativa privatizzazione della procedura, con l'intervento del professionista attestatore per certificare la veridicità dei dati aziendali esposti dall'imprenditore e la fattibilità del piano (art. 161, 3° comma) e, parallelamente, la forte riduzione del controllo da parte del Tribunale fallimentare.

Alle modifiche, sostanziose, approntate all'istituto, il legislatore non ha ritenuto di affiancare alcun ritocco alla fattispecie dell'art. 236; così si è venuta a creare una serie di aspetti problematici, frutto del riflesso, in particolare, di alcune delle modifiche evidenziate sulla corrispondente fattispecie penale. Inoltre va sottolineato che, a fronte dell'originaria limitazione degli istituti alternativi al fallimento al solo concordato preventivo e all'amministrazione controllata, i nuovi istituti che sono stati introdotti non sono stati muniti dei medesimi presidi penalistici previsti in tema di “reati concorsuali”, con un sensibile quanto inopinabile scollamento di tutele.

²²⁰ Cfr., in particolare, anche per i seguenti rilievi, § 1.2.2 e § 1.7.2.

3.2.1: L'allargamento del presupposto oggettivo allo "stato di crisi"

Una delle modifiche più critiche, per i riflessi penalistici che comporta, è l'anticipazione della possibilità di attivare la procedura di concordato preventivo allo "stato di crisi".

Nell'impostazione tradizionale l'omogeneità del presupposto dello "stato d'insolvenza" tanto per il fallimento quanto per il concordato preventivo, rappresentava una continuità normativa sulla quale si fondava la *ratio* dei richiami operati dall'art. 236, 2° comma, nn. 1 e 2²²¹: lo stato di insolvenza, presupposto comune dei due istituti, giustificava da un lato l'estensione ad amministratori, direttori generali, sindaci, liquidatori di società della sanzione delle condotte previste dagli artt. 223 e 224 e all'instigatore quelle dell'art. 227 e dall'altro la già ricordata equiparazione tra il provvedimento di ammissione alla procedura e la sentenza dichiarativa di fallimento.

Con il mutare del parametro della sola insolvenza si è venuta così a creare una discontinuità normativa che per essere risolta necessita di alcune riflessioni di carattere sistematico.

Punto di partenza non può che essere il contenuto della nozione di "stato di crisi"; come si ricorderà²²², mentre il presupposto dello stato d'insolvenza è delineato dall'art. 5, 2° comma l. fall., attraverso una definizione dalla portata contenutistica sostanzialmente soddisfacente²²³, altrettanto non si può dire del nuovo presupposto, posto che la definizione introdotta ad opera dell'art. 36 del d.l. n. 273 del 2005, convertito in l. n. 51 del 2006 per "chiarire" il *novum* della precedente novella, si limita a statuire che "... per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza".

Al di là del rilievo per cui lo stato di crisi "*se comprende l'insolvenza, ad essa certo non si riduce*"²²⁴, va sottolineato, con altrettanta immediatezza, che si è in tal modo interrotta l'omogeneità di presupposti sui quali si fondava la fattispecie dell'art. 236, che è rimasta inalterata. Ciò ha comportato una modifica della fisionomia della portata applicativa della norma, per alcuni versi producendo una estensione dell'incriminazione, per altri invece ponendo problemi sulla permanenza della compatibilità tra le norme richiamate e il nuovo presupposto dello stato di crisi.

L'effetto espansivo si è avuto in relazione al 1° comma dell'art. 236 l. fall. poiché alla maggiore facilità di accesso alla procedura consegue anche la possibilità di diventare soggetti attivi della relativa fattispecie, il cui portato applicativo risulta quindi in tal senso allargato, pur limitandosi ancora a prendere in considerazione esclusivamente le

²²¹ MANGIONE A., *Riflessi penalistici sulla riforma delle procedure concorsuali*, cit., 916; SANDRELLI G.G., *Prime considerazioni sui riflessi della legge 80/05 sul comparto penale della legge fallimentare*, cit., 1220; R. BRICCHETTI, F. MUCCIARELLI, G.G. SANDRELLI, *Le responsabilità penali*, cit., 1297.

²²² Cfr. § 1.7.2.

²²³ Art. 5, 2° comma l. fall.: "*Lo stato di insolvenza si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni*".

²²⁴ Così ALESSANDRI A., *Profili penalistici delle innovazioni in tema di soluzioni concordate della crisi di impresa*, cit., 117, con una "definizione" dello stato di crisi che è stata poi largamente citata dalla dottrina.

condotte del solo imprenditore individuale²²⁵; ugualmente deve dirsi per quanto riguarda anche le ipotesi richiamate dal 2° comma dell'art. 236: l'effetto dell'estensione del presupposto anche allo stato di crisi comporta che anche le procedure aperte con solo quest'ultimo presupposto rendono i soggetti richiamati passibili di incorrere nell'incriminazione per i fatti a cui l'art. 236 rimanda²²⁶.

Il discorso è più complicato invece per quelle ipotesi richiamate dall'art. 236 e che sembrano essere costruite in termini di incompatibilità con il semplice stato di crisi; nelle ipotesi di bancarotta societaria di cui all'art. 223, 2° comma n. 1 nonché per i casi di bancarotta semplice impropria di cui all'art. 217, n. 4 (a sua volta richiamato dall'art. 224, n.1) e dell'art. 224, 2° comma, la struttura delle norme richiamate richiede infatti che la condotta abbia cagionato il dissesto e non la sola crisi²²⁷.

Ci si trova così a dover fare i conti con tre diverse tonalità della patologia dell'impresa: lo stato di insolvenza – unico delineato dal legislatore all'art. 5, 2° comma l. fall. - il dissesto – quale evento preso in considerazione dall'art. 217, 1° comma, n. 4, dall'art. 223, 2° comma, n. 1, come conseguenza della commissione delle indicate fattispecie societarie e dall'art. 224, n. 2 quale risultato dell'inosservanza degli obblighi imposti dalla legge - e lo stato di crisi, che peraltro, secondo l' "interpretazione autentica" del legislatore, comprende anche l'insolvenza.

Secondo l'opinione tradizionalmente sostenuta in dottrina, il legislatore intenderebbe il termine dissesto in un senso omologo a quello di insolvenza, di cui ne esprimerebbe "il *substrato economico patrimoniale in un momento della vita dell'impresa*"²²⁸.

²²⁵ CASSANI C., *La riforma del concordato preventivo: effetti penali*, cit. 758.

²²⁶ SANDRELLI G.G., *La riforma della legge fallimentare: i riflessi penali*, cit., 1455; BRICCHETTI R., MUCCIARELLI F., SANDRELLI G.G., *Le responsabilità penali*, cit. 1295; Correttamente MUCCIARELLI F., *Stato di crisi, piano attestato, accordi di ristrutturazione, concordato preventivo e fattispecie penali*, cit., 839 si interroga se sia ancora legittima l'estensione di fattispecie penali che hanno come fondamento la sentenza di fallimento e, quindi lo stato di insolvenza, a situazioni ora connotata anche da un *quid minus* rispetto ad essa; lo stesso Autore, peraltro, richiamando le argomentazioni svolte dalla giurisprudenza con riferimento al rapporto con l'amministrazione controllata che si fondava sul presupposto della "temporanea difficoltà di adempiere le proprie obbligazioni" – quindi già diverso dallo stato di insolvenza – rileva che, diversamente, si giungerebbe ad una interpretazione essenzialmente abrogatrice dell'art. 236, che i provvedimenti di ammissione alla procedura svolgono in ogni caso la medesima funzione e gli stessi effetti a quelli della sentenza dichiarativa di fallimento con riguardo alle figure di bancarotta fallimentare, nonché, da ultimo, sottolinea la circostanza che l'art. 236, 2°, n. 1 è un'ipotesi di reato di pericolo, volto a proteggere l'interesse dei creditori alla integrità della garanzia rappresentata dal patrimonio del debitore.

²²⁷ Così SANDRELLI G.G., *La riforma della legge fallimentare: i riflessi penali*, cit., 1455; TROYER L., *Le responsabilità penali relative alle soluzioni concordate delle crisi d'impresa*, cit., 115; BRICCHETTI R. – MUCCIARELLI F. – SANDRELLI G., *Sub. Artt. 216 – 241*, cit., 2744; BRICCHETTI R., *Profili penali*, cit., 648.

²²⁸ PEDRAZZI C., *Sub art. 224*, in C. PEDRAZZI – F. SGUBBI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, cit., 335; allo stesso modo, per la dottrina tradizionale, si veda NUVOLONE P., *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, cit., 396; CONTI L., *Diritto penale commerciale, I reati fallimentari*, cit., 351; ROSSI A., *Reati fallimentari*, cit., 244; critico rispetto a tale lettura COCCO G., *Sub art. 218*, in F.C. PALAZZO – C.E. PALIERO, *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, 2003, 956, che rileva che il termine "dissesto" sembra

Tuttavia il dibattito sul corretto contenuto della nozione di dissesto ha trovato nuova linfa in seguito alla modifica della fattispecie di ricorso abusivo al credito; nella nuova veste della norma, uscita dalla l. n. 262 del 2005, infatti, oggetto della dissimulazione, attraverso cui deve svolgersi la condotta penalmente rilevante, può essere tanto il dissesto quanto – e qua sta la novità rilevante – lo stato di insolvenza; ovvia la superfluità del riferimento anche a tale stato ove il relativo contenuto fosse identico a quello dell'insolvenza²²⁹, alla nozione di dissesto²³⁰ non può allora non attribuirsi il medesimo significato (diverso da quello di insolvenza) in una dovuta interpretazione sistematica, anche nelle altre norme attigue che richiamo il dissesto in via autonoma, ovvero in quelle che sono richiamate dalla fattispecie dell'art. 236 l. fall.

Ad acuire ulteriormente l'incertezza derivante dai termini attorno ai quali si deve ragionare, sovviene oggi anche la nozione di “stato di crisi”, cui il legislatore si è limitato

semmai esprimere un concetto di maggior gravità rispetto alla “insolvenza”. Unica differenza tra le due nozioni, accomunate in ogni caso dall'esprimere l'impossibilità economica-finanziaria di far fronte alle proprie obbligazioni, potrebbe quindi riposare esclusivamente su aspetti di carattere secondario: il carattere oggettivo del dissesto rispetto alla situazione anche soggettiva che può assumere il termine “insolvenza” (PROVINCIALI R., *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1962, 105) oppure il riferirsi il primo alla disorganizzazione di un'unità economica o di una impresa, e la seconda alla cessazione dei pagamenti da parte di una persona (NUVOLONE P., *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, cit., 408).

In tal senso quindi la norma, nella propria impostazione originaria, effettivamente sanzionava coloro che avessero, con le proprie condotte, cagionato quella condizione economico-patrimoniale causativa della sentenza di fallimento o di accesso alla procedura minore; e da qui, come già sottolineato, l'assimilazione, *quoad effectum*, tra i due provvedimenti a fini della punibilità delle condotte descritte.

Viceversa la lettura, tradizionalmente minoritaria, contraria a tale “appiattimento” di significato tra l'insolvenza e il dissesto secondo la quale, invece, il secondo starebbe a significare una graduazione di connotazione minore quanto a gravità, rispetto alla prima, era sostenuta in particolare da ANTONIONI F., *La bancarotta semplice*, cit., 196, PUNZO M., *La bancarotta impropria e gli altri reati previsti dalla legge fallimentare*, Padova, 1957, 196, nonché da DE SEMO G., *Sul reato di ricorso abusivo al credito*, in *Giust. pen.*, 1951, II, 88 per il quale, anche in considerazione del fatto che per la punibilità della fattispecie di ricorso abusivo al credito non è richiesta la sentenza di fallimento (e quindi lo stato di insolvenza), il dissesto esprime un “*serio squilibrio dell'azienda, anche se esso non si risolve in una vera e propria insolvenza*”; in questa differente accezione quindi, “*l'insolvenza è la fase terminale del dissesto cui non si è potuto o non si è voluto potuto porre rimedio: si potrebbe dire che il dissestato sta all'insolvente presso a poco come il malato grave sta al morto*”; così PUNZO M., *Il fallito non può commettere il reato di ricorso abusivo al credito*, in *Giust. pen.*, 1954, II, 222.

²²⁹ BRICCHETTI R., MUCCIARELLI F., SANDRELLI G.G., *Le responsabilità penali*, cit., 1285;

²³⁰ Riprenderebbe corpo, quindi, la tesi che assegna allo stato di dissesto una connotazione di minor gravità rispetto alla insolvenza: in particolare per dissesto dovrebbe quindi intendersi una eccedenza del passivo rispetto all'attivo, passibile di misurabilità anche nel *quantum* e non solo nell'*an*, ma che può essere anche solamente temporanea e non grave a tal punto da scivolare nella “*incapacità strutturale e definitiva di far fronte alle obbligazioni e coincidente con l'insolvenza quale presupposto della dichiarazione di fallimento*”; così MONTICELLI L., *Sub art. 218 R.D. 267/42*, in A. LANZI - A. CADOPPI (a cura di), *I reati societari. Commentario aggiornato alla legge 28 dicembre 2005, n. 262 sulla tutela del risparmio*, Padova, 2007, 520; nonché si veda, sul punto anche PERINI A., *Il “cagionamento del dissesto”: la nuova “bancarotta da reato societario” al banco di prova della causalità*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004, 727; ZAMBUSI A., *Sub art. 218*, in A. GAITO – M. RONCO (a cura di), *Leggi penali complementari commentate*, cit., 2727; D'AVIRRO A. – DE MARTINO E., *La bancarotta fraudolenta impropria: reati societari e operazioni dolose*, Milano, 2007, 136.

a dare una definizione di genere a specie rispetto all'insolvenza²³¹; rispetto a quest'ultima la crisi è, evidentemente, nozione attigua e, nella *ratio* della riforma, volta a consentire di anticipare l'emersione della situazione di difficoltà dell'impresa; tuttavia il ventaglio di opinioni che sono state espresse rendono conto del problema di delineare un concetto "minimo" di stato di crisi, rilevante per l'accesso alla procedura e, di conseguenza, per le ricadute in relazione alla fattispecie attorno alla quale ora si sta ragionando.

L'incedere caracollante con cui la dottrina e la giurisprudenza vanno alla ricerca di un significato plausibile con rispetto alla insolvenza da un lato e alla situazione di ordinaria fisiologia aziendale dall'altro²³², rende conto della difficoltà, in assenza di reali chiarimenti da parte del legislatore, di riempire di significato pregnante una nozione fin troppo evocativa.

Si spazia così tra chi si richiama alla nozione di "temporanea difficoltà ad adempiere le obbligazioni" di cui alla vecchia procedura di amministrazione controllata²³³, chi ancora parla di stato di rischio di insolvenza²³⁴, chi viceversa sposta l'attenzione dalla mancanza di liquidità ad altri "sintomi" che manifestino sotto varie forme la difficoltà dell'azienda²³⁵, chi sottolinea l'aspetto statico della relativa nozione rispetto a quello dinamico e prognostico dell'insolvenza²³⁶, chi rileva che tale stato sia

²³¹ AMBROSINI S., *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 22.

²³² Rispetto ad una prima posizione, prospettata da alcuna giurisprudenza di merito, secondo la quale per stato di crisi dovrebbe intendersi anche una situazione immediatamente antecedente rispetto all'erosione del patrimonio, ovvero una impresa che ancora non sia inadempiente, si è giustamente rilevato che in tal modo sembra anticiparsi in maniera eccessiva il presupposto oggettivo della norma poichè la norma non sembra certo prendere in considerazione quelle situazioni di normalità in cui versa invece l'impresa; per tale critica, anche con riferimento alla giurisprudenza di merito, DIMUNDO F., *Sub art. 160*, cit., 1429.

²³³ Questa la posizione di GALLETTI D., *Sub art. 160*, cit., 2275; in tale accezione, quindi, lo stato di crisi andrebbe inteso come insolvenza momentanea e non irreversibile, anche se non è escluso che possa, ciononostante, sfociare in insolvenza vera e propria; cfr. anche DEMARCHI P.G., *Sub art. 163*, in S. AMBROSINI P.G. DEMARCHI, *Il nuovo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, 2005, 81, nonché CENSONI P.F., *Il "nuovo" concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 2005, I, 731. Sul punto anche alcune pronunce di merito: Trib. Bologna, 15 novembre 2005, in *Giur. comm.*, 2006, II, 891; Trib. Roma, 1 febbraio 2006, in *Dir. fall.* 2007, II, 95.

²³⁴ Così, ad esempio ROCCO DI TORREPADULA N., *La crisi dell'imprenditore*, cit., 325, ma anche CHIMENTI S., *Condizioni per l'ammissione al concordato preventivo*, in L. GHIA, C. PICCININI, F. SEVERINI, *Trattato delle procedure concorsuali*, 6. *I reati nelle procedure concorsuali. Gli adempimenti fiscali*, cit., 272, nonché, sostanzialmente in tali termini TERRANOVA G., *Stato di crisi, stato di insolvenza, incapacità patrimoniale*, in *Dir. Fall.*, 2006, I, 570.

²³⁵ Rileva infatti AMBROSINI S., *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 23 che il deficit di liquidità non rappresenta un elemento necessario dello stato di crisi "potendo le condizioni di malessere economico manifestarsi in altri modi, a cominciare da un forte squilibrio nei conti dell'impresa"; pertanto oltre all'insolvenza vera e propria verrebbero in rilievo anche ulteriori situazioni di carattere prodromico che tuttavia possono essere superate; dello stesso avviso anche SANDULLI M., *Sub art. 160*, in A. NIGRO, M. SANDULLI (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, II, Torino, 2006, 983.

²³⁶ GIRONE L., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 533.

superabile attraverso accordi di vario contenuto con i creditori²³⁷ e chi, infine, attribuisce allo stato di crisi un po' tutte queste caratteristiche in maniera cumulativa²³⁸.

La necessità di dipanare i dubbi esposti in apertura del paragrafo impone la *reductio ad unum* delle varie sfaccettature rilevate, verso un minimo comun denominatore, il cui contenuto si assesti, genericamente, su una situazione temporale antecedente rispetto a quella della vera insolvenza vera e propria e di contenuto economico-finanziario di pericolo prospetticamente rilevante che quest'ultima si venga a verificare.

Prima dell'insolvenza, quindi, ma col rischio che questa si verifichi.

Così intesa²³⁹, è allora possibile testare la punibilità di condotte realizzate prima o successivamente al decreto di ammissione alla procedura di concordato preventivo aperto in una situazione di mera crisi che abbiano tuttavia cagionato il dissesto dell'impresa. Si tratta evidentemente di un rompicapo di non agevole soluzione, che si gioca sul crinale di nozioni attigue e tuttavia differenti, almeno secondo quella che sembra essere la volontà del legislatore.

Si può tuttavia rilevare che certamente l'indagine del giudice penale dovrà appuntarsi, evidentemente, solo verso quelle condotte che abbiano in ogni caso cagionato lo stato di dissesto e non del solo stato di crisi poiché questo impone la norma richiamata²⁴⁰, ma non può escludersi a priori una responsabilità per condotte che si caratterizzino per una recrudescenza della crisi, dal semplice stato di crisi (nel momento in cui si accede alla procedura e scatta così l'astratta operatività della norma) a quella, più grave, di dissesto (per il quale si concretizza l'evento richiesto dalla norma per la

²³⁷ Così BOZZA G., *Le condizioni soggettive e oggettive del nuovo concordato*, in *Fall.*, 2005, 954 ma anche PANZANI L., *Soggetti e presupposto oggettivo*, in *Fall.*, 2006, 1010.

²³⁸ GUGLIELMUCCI L., *Diritto fallimentare*, cit., 323. Per una ampia panoramica delle varie posizioni sostenute, qui inevitabilmente riassunte, si rimanda, oltre agli Autori già citati, in particolare a PALUCHOWSKI A., *Del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione: presentazione*, sub art. 160, cit., 6; AUDINO A., Sub art. 160, cit., 1053; CASSANDRO T.E., *Il concordato preventivo*, cit., 38; ROCCO DI TORREPADULA N., *La crisi dell'imprenditore*, in *Giur. comm.*, 2009, I, 216 ss.

²³⁹ La necessità di attribuire un significato ad una "nozione di crisi...che trascolora dalla difficoltà al dissesto, senza alcuna effettiva pregnanza semantica" (BRICCHETTI R. – PISTORELLI L., *La bancarotta e gli altri reati fallimentari. Dottrina e giurisprudenza a confronto*, cit., 331) non può nascondere, per l'appunto, le critiche all'evanescenza della nozione in questione: in particolare il moltiplicarsi delle graduazioni della crisi i cui tratti paiono, nelle varie ricostruzioni esposte, spesso sovrapporsi non aiuta né l'interprete a tracciare delle linee nette tra i vari momenti della patologia dell'impresa, né, tantomeno, il giudice, chiamato al difficile compito del raffronto di dati economici, finanziari e patrimoniali con le categorie "delineate" dal legislatore. Meglio avrebbe fatto allora, quest'ultimo, se proprio avesse voluto fornire una definizione degna di questo nome, a utilizzare il termine dissesto – già conosciuto dalla legge fallimentare – al posto dello "stato di crisi", almeno ove la finalità fosse stata quella di delineare un situazione di minor gravità rispetto alla vera e propria insolvenza; così anche MONTICELLI L., Sub art. 218 R.D. 267/42, cit., 522.

²⁴⁰ Così sottolineano anche BRICCHETTI R., MUCCIARELLI F., SANDRELLI G.G., *Le responsabilità penali*, cit., 1299; allo stesso modo, AMBROSETTI E.M., *I reati fallimentari*, cit., 332, nonché ZAMBUSI A., Sub art. 218, in A. GAITO – M. RONCO (a cura di), *Leggi penali complementari commentate*, cit., 2727.

punibilità in concreto del fatto)²⁴¹. Vero che per tale via si avrebbe, anche in tal sede, una possibilità di allargamento della responsabilità degli organi societari che abbiano intrapreso la strada del concordato preventivo²⁴², tuttavia la capacità dell'art. 236, 2° comma, al netto della novella in tema di stato di crisi, sembra effettivamente poter contenere anche tali situazioni; frutto certamente della fisiologia della norma, fatta di rinvii (ora ulteriormente) cervellotici e del grave disinteresse del legislatore per le conseguenze sul fronte penalistico delle modifiche degli istituti di riferimento, non certo di una meditata scelta di politica legislativa.

Al più la criticata irragionevolezza della soluzione potrebbe essere ricomposta da un'adeguata valutazione in sede di commisurazione della pena, trattando in maniera più severa le condotte realizzate in un contesto di maggior gravità rispetto a quelle collocate nel meno grave presupposto dello stato di crisi²⁴³.

3.2.2.: Il nuovo accesso alla procedura di concordato preventivo e le ricadute sulla portata precettiva del 1° comma dell'art. 236 l. fall.

Altra novità, tra le più rilevanti in tema di concordato preventivo, consiste nel piano predisposto dall'imprenditore per realizzare il fine di rientro dall'esposizione debitoria. In particolare, per quanto a noi interessa, il legislatore ha moltiplicato le forme attraverso cui il debitore può realizzare la soddisfazione dei creditori²⁴⁴, anche in violazione, *rectius* deroga, alla *par condicio creditorum*.

A tale ventaglio di possibilità, sul versante penale non è corrisposto un medesimo allargamento posto che l'art. 236, 1° comma resta ancora inesorabilmente

²⁴¹ Non sembra quindi condivisibile l'opinione degli Autori sopra citati, *ult. op. cit.*, 1299 (ripresi anche da ROSSI A., *Reati fallimentari*, cit., 339) i quali sottolineano – in maniera senz'altro condivisibile – un'irragionevole omogeneità di trattamento sanzionatorio tra fatti posti in essere in un contesto di superabile difficoltà (lo stato di crisi) e fatti che invece si collocano in un quadro di già irreversibile incapacità economica; peraltro gli stessi sembrano dare alla nozione di “dissesto” una pregnanza (ancora) diversa rispetto a quello che sopra si è messo in evidenza – significato omologo a quello di insolvenza o, *post* riforma art. 218 l. fall., un *quid minus* rispetto a questa – giacché starebbe a delineare “un quadro di squilibrio di impresa ben più accentuato”.

²⁴² Sottolinea tale aspetto anche TROYER L., *Le responsabilità penali relative alle soluzioni concordate delle crisi d'impresa*, cit., 115 nonché MANGIONE A., *Riflessi penalistici sulla riforma delle procedure concorsuali*, cit., 918.

²⁴³ Tale soluzione inoltre potrebbe valere a placare le tentazioni di ragionare nei termini di una irragionevole parità di trattamento rilevante *ex* art. 3 Cost. E' vero infatti che l'attuale portata della norma parificherebbe, quanto alle conseguenze sanzionatorie, atti realizzati in un contesto economico-finanziario di diversa gravità ma, l'attiguità delle nozioni di stato di crisi con quella di insolvenza descrive in ogni caso una situazione di difficoltà – definita o momentanea – nota ai protagonisti della società i quali, dovrebbero in ogni caso adottare condotte che non cagionino un ulteriore aggravamento della relativa situazione e, in definitiva, il presupposto richiesto dalla norma, cioè il dissesto. Ove ciò non accade l'art. 236, 2° comma impone, per l'attuale formulazione della norma, la punizione di tali condotte.

²⁴⁴ Circa il possibile contenuto che può assumere il piano di concordato preventivo si rimanda al § 1.7.1, nota n. 89.

ancorato sotto il profilo materiale, alla attribuzione di attività inesistenti²⁴⁵ ovvero, alla simulazione di crediti in tutto o in parte inesistenti per influire sulla formazione delle maggioranze²⁴⁶, condotte effettivamente “*minimali di aggressione al bene giuridico tutelato*”²⁴⁷ rispetto alla possibilità che invece la rinnovata procedura per l’accesso all’istituto ora consente.

Non solo: la norma appare ora ulteriormente deficitaria poiché incapace di fornire la medesima tutela in relazione agli ulteriori strumenti di nuovo conio di risoluzione della crisi a pena di una inammissibile estensione analogica della norma oltre la sua esplicita portata.

Se a ciò si aggiunge la cronica ed irragionevole limitazione, come già sopra rilevato, al solo imprenditore individuale²⁴⁸ il quadro che emerge è allora che la fattispecie dell’art. 236, 1° comma sembra più una norma di cui il legislatore si è continuato a dimenticare piuttosto che un efficace presidio della correttezza della fase di accesso alle procedure minori.

Per riequilibrare la frammentazione emergente dall’art. 236, 1° comma ed apprestare una adeguata tutela rispetto a condotte dallo spiccato sapore fraudolento, la dottrina aveva tentato di ricomporre il panorama da un lato ricorrendo al delitto di

²⁴⁵ Secondo l’impostazione tradizionale tale condotta poteva esser posta in essere nello stato analitico ed estimativo delle attività di cui all’art. 161, 3° comma versione antecedente alle riforme (nonché *ex art.* 187 che rimanda alle forme del concordato preventivo per quanto riguarda l’abrogata amministrazione controllata); ora invece si può agevolmente ipotizzare che il mendacio cada sulla documentazione di cui all’art. 161, 2° comma ove vengono elencati con dettaglio i documenti che devono essere allegati al ricorso per l’ammissione alla procedura. Per quanto riguarda il contenuto materiale della condotta in oggetto, la dottrina ha generalmente sempre escluso che vi potessero rientrare anche forme limitrofe di alterazione delle poste di attivo, quale l’occultamento di passività o la sopravvalutazione di beni; così, per tutti LA MONICA M., *Manuale di diritto penale commerciale*, cit., 571; ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, cit., 226; CONTI L., *Diritto penale commerciale, I reati fallimentari*, cit., 402.

Peraltro nella più recente interpretazione fornita dalla giurisprudenza, rientrerebbe in questa condotta “*anche l’omessa indicazione di debiti e la sopravvalutazione di immobili, e dunque, la simulazione o la dissimulazione, anche parziali, dell’attivo o del passivo*”; così Cass. Pen., Sez. V, 26 gennaio 2000, in *Riv. pen.*, 2000, 694. Tale estensione, se pure può essere apprezzato per l’effetto di fornire una protezione più efficace rispetto allo scarno contenuto materiale della norma, certo appare una dilatazione del significato della norma oltre a quanto esse effettivamente possa concedere senza scivolare nell’analogia (così anche Cass. Pen., Sez. V, 3 luglio 1991 in *Cass. pen.*, 1992, 166).

²⁴⁶ La simulazione, assoluta o relativa, dei crediti si intende, evidentemente, come alterazione dei crediti che l’imprenditore vanta verso terzi, in modo da accattivare i creditori; la condotta può realizzarsi grazie all’elenco dei creditori che l’imprenditore deve depositare unitamente al ricorso ai sensi dell’art. 161, 2° comma.; cfr. AMBROSETTI E.M., *I reati fallimentari*, cit., 367.

²⁴⁷ CASAROLI G., Sub *art. 236*, in A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, cit., 1576.

²⁴⁸ Si è evidenziato che, con riferimento alle condotte decettive delineate dall’art. 236, 1° comma poste in essere dagli organi rappresentati la società, non potrebbe rilevare il rinvio agli artt. 2621 e 2622 c.c. in tema di false comunicazioni sociali posto che il contenuto informativo relativo alla situazione della società è destinato non “al pubblico” bensì al Tribunale e alla massa dei creditori, che è pur sempre determinabile a priori; così BRICCHETTI R. – MUCCIARELLI F. – SANDRELLI G., Sub *Artt. 216 – 241*, cit., 2747, nonché INSOLERA G., *Riflessi penalistici della nuova disciplina del concordato preventivo e delle composizioni extragiudiziali della crisi di impresa*, cit., 462.

truffa per le condotte ultronee rispetto al contenuto minimale della norma²⁴⁹ e, secondariamente, attraverso l'affermazione di una responsabilità di carattere concorsuale del professionista attestatore nelle condotte decettive poste in essere in sede di ammissione al concordato preventivo²⁵⁰.

L'assetto che ne risultava, incompleto ed incoerente, ha portato, in uno con la necessità di fornire adeguata tutela alla verità delle informazioni fornite ai creditori chiamati ad esprimersi sul progetto proposto, all'introduzione dell'autonoma fattispecie dell'art. 236 *bis* di cui a breve si avrà modo di occuparsi.

Quello che già in tale sede è importante sottolineare però è la decisa presa di posizione del legislatore in ordine alla responsabilità in capo al soggetto deputato alla tutela della veridicità dei dati prospettati, ovvero il professionista attestatore; e ciò in adeguata considerazione dei compiti che è esso è chiamato a svolgere e della professionalità richiesta per ricoprire questo ruolo. In tale contesto la rilevanza di un eventuale comportamento ugualmente decettivo da parte dell'imprenditore sembra scolorire in condotte che appaiono in ogni caso muoversi nel solco del concorso di persone rispetto alla condotta decettiva del professionista; detto altrimenti, nel nuovo assetto delineato dalla riforma è pur vero che permane la possibilità che anche l'imprenditore possa esporre dati non veri col fine di rappresentare una realtà alterata e maggiormente appetibile per i creditori che sono chiamati ad esprimersi, tuttavia, le scansioni procedurali delineate tanto nel concordato preventivo che negli altri strumenti, ora sono senz'altro incentrate sul ruolo fondamentale della attestazione del professionista, vero soggetto cruciale dell'intera procedura; è tale figura, delicata per il ruolo che ricopre e per le possibilità che nel proprio operato si annidino schegge di frodolenza, che il legislatore ha deciso di sanzionare, secondo una corretta identificazione tra chi ha la possibilità di ledere il bene giuridico che si vuole tutelare e il soggetto agente tipizzato dalla norma.

Sarebbe allora stato coerente che il legislatore del 2012, nel momento in cui ha introdotto la fattispecie di "*Falso in attestazioni e relazioni*" avesse parallelamente proceduto all'abrogazione del 1° comma dell'art. 236 l. fall.; e ciò tanto in

²⁴⁹ Di questo avviso SCHIAVANO G., *Riforma della legge fallimentare: implicazioni penalistiche*, cit., 957; BRICCHETTI R. – MUCCIARELLI F. – SANDRELLI G., Sub. *Artt. 216 – 241*, cit., 2748, nonché GIUNTA F., *Revocatoria e concordato preventivo: tutela penale*, 38 che ipotizza la procedibilità d'ufficio in caso ricorra l'aggravante del danno patrimoniale di rilevante gravità ex art. 61, n. 7 c.p. Critico invece ALESSANDRI A., *Profili penalistici delle innovazioni*, cit. 127 in considerazione della circostanza che si verserebbe, in tal caso, in ipotesi di c.d. "truffa processuale", connotata dal fatto che è il giudice e non direttamente la persona offesa ad essere tratta in inganno; contro l'ammissibilità di tale ricostruzione, sottolinea l'Autore, rileva la circostanza, dirimente, che non è il giudice il titolare del patrimonio che subisce il danno.

²⁵⁰ Viceversa, ove la falsità fosse stata posta in essere nell'ambito del piano attestato di risanamento (182 *bis*) o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti (67, 3° comma, lett. d) la dottrina e alcune pronunce di merito avevano dato luogo ad una significativa pluralità di opzioni, come verrà messo in evidenza in apertura del prossimo capitolo, con le sole certezze che non fosse praticabile ricorrere ad interpretazioni *in malam partem* partendo dall'art. 236, né che lo strumento ex art. 182 *bis* potesse essere considerato un "concordato preventivo" (così, in considerazione della procedura e della peculiarità dei due istituti, ALESSANDRI A., *Profili penalistici delle innovazioni*, cit. 123).

considerazione del fatto che le medesime condotte dell'imprenditore che quest'ultima norma prende in considerazione appaiono ora certamente ricomprese, a titolo di concorso, nel nuovo 236 *bis*²⁵¹, quanto perché, in ogni caso, attraverso l'istituto del concorso sarebbero punibili anche quei frammenti materiali e quei soggetti che la vecchia norma invece non riusciva a ricomprendere.

Il rischio che si paventa è allora che il giudice penale possa valutare il comportamento decettivo dell'imprenditore che abbia agito in collaborazione con un professionista compiacente come concorso nel reato proprio di cui all'art. 236 *bis*, eclissandosi la più farraginoso ed incompleta fattispecie limitrofa del 1° comma dell'art. 236, già finora poco esplorata da parte della giurisprudenza; con il risultato, però di un innalzamento sanzionatorio del minimo edittale (da 1 anno dell'art. 236, 1° comma a 2 anni del 236 *bis*) e del cumulo di una sanzione pecuniaria di una certa rilevanza (da 50.000 a 100.000 euro). Si rimanda, tuttavia, al § 4.4.3 per una più analitica esposizione delle problematiche relative al concorso tra queste due figure delittuose.

E' appena il caso di rilevare, in conclusione, che una maggior attenzione a questi intrecci che legano le varie norme e i fondamenti degli istituti circa i quali, in via indiretta, si ragiona, avrebbero dovuto consigliare una maggiore attenzione alle possibili future implicazioni; il quadro che ne emerge, anche in questo caso è di un evidente pericolo di recrudescenza della risposta penale che potrebbe, rappresentare un ulteriore limite all'appetibilità degli strumenti negoziali introdotti dalla stagione delle riforme.

3.3: L'abolizione dell'amministrazione controllata nella pronuncia delle Sezioni Unite n. 24468 del 2009

Per ragioni di completezza pare opportuno fare almeno qualche cenno ai riflessi che ha avuto l'abrogazione delle norme relative all'amministrazione controllata sulla portata dell'art. 236 l. fall.

Come già anticipato²⁵², l'art. 147 del d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 aveva disposto l'abrogazione del Titolo IV della legge fallimentare (*"Dell'amministrazione controllata"*) nonché la soppressione di tutti i riferimenti a tale istituto contenuti nella legge fallimentare. Il riflesso di tale operazione sulle fattispecie penali ha destato problemi in

²⁵¹ Al più, considerata la nuova struttura dell'istituto, potrebbe immaginarsi quale condotta decettiva dell'imprenditore che integri il 1° comma dell'art. 236 l. fall. (e non la nuova fattispecie del 236 *bis*, giustificandone così la permanenza) quella che tragga in inganno anche il professionista attestatore, che non si accorga della falsità di quanto esposto dall'imprenditore; tuttavia, come si è messo in evidenza precedentemente (cfr. § 2.2.7) sembra difficile ritenere che ancora permanga, al di là del dato normativo del 1° comma dell'art. 236 - con tutti i suoi limiti di razionalità sistematica che prima abbiamo messo in evidenza - il cui aspetto, tanto *"vintage"* quanto poco coerente con le nuove fisionomie degli istituti in questione, un corretto presidio penale in capo all'imprenditore al netto degli equilibri, delle scansioni e delle responsabilità delineate dalla riforme che sul punto si sono succedute.

²⁵² Cfr. § 1.6.

realtà piuttosto contenuti²⁵³ rispetto ad altri già analizzati ma che meritano, ciononostante, di essere affrontati, particolarmente per i profili di pertinenza rispetto alla nostra esposizione, ai quali ci si limiterà

La questione, come noto, ha trovato epilogo nella pronuncia delle Sezioni Unite del 2009²⁵⁴, chiamata a dare risposta al quesito se, a seguito della intervenuta riforma, “con riferimento all’ipotesi di bancarotta patrimoniale societaria nell’amministrazione controllata, si sia verificata *abolitio criminis*, ai fini della revoca della sentenza di condanna ex art. 673 c.p.p., ovvero mera successione di fattispecie incriminatrici”²⁵⁵.

Già prima che intervenisse la pronuncia in questione però la dottrina, procedendo attraverso una corretta ricostruzione delle tradizionali posizioni della giurisprudenza sul ruolo del provvedimento di ammissione alla procedura quale elemento costitutivo della fattispecie, aveva preconizzato l’esito che avrebbe avuto la vicenda²⁵⁶.

Effettivamente le Sezioni Unite pervengono ad affermare che la modifica legislativa abbia prodotta una vera e propria *abolitio criminis* rispetto alle fattispecie di bancarotta poste in essere nel contesto della procedura di amministrazione controllata. La pronuncia, che effettivamente presenta maggior interesse per le questioni di diritto intertemporale e di successione di norme penali rispetto alle affermazioni in stretto

²⁵³ MUCCIARELLI F., *Vecchi e nuovi istituti della legge fallimentare nella sentenza n. 24468/2009 delle Sezioni Unite: successione di leggi e ruolo del bene giuridico*, in *Cass. pen.*, 2010, 1620.

²⁵⁴ La vicenda che ha dato luogo alla pronuncia ha genesi nella istanza di revoca della sentenza definitiva di condanna ai sensi dell’art. 673 c.p.p. e art. 2, comma 2 c.p. con cui il Tribunale di Milano aveva condannato il vicepresidente nonché amministratore delegato della Rizzoli Editore S.p.a. per il reato di bancarotta fraudolenta impropria (art. 236, 2° comma, n. 1, in relazione agli artt. 223, 216 comma 1° e 2621 c.c.); il Tribunale in qualità di giudice dell’esecuzione, tuttavia, ritenuto che al modifica normativa fosse qualificabile non come *abolitio criminis* ma come mera successione di leggi nel tempo (con gli effetti di cui all’art. 2, 4° c.p.), pronunciava il rigetto dell’istanza, avverso il quale veniva presentato ricorso di legittimità che la 1° Sezione della Cassazione affidava alle Sezioni Unite, per il timore di un successivo formarsi di posizioni discordanti in seno alla giurisprudenza; critico su questa rimessione preventiva GAMBARDELLA M., *L’abolizione del delitto di bancarotta impropria commesso nell’ambito di società in amministrazione controllata (art. 236, cpv, n. 1 l. fall.)*, in *Cass. Pen.*, 2009, 4142.

²⁵⁵ Cass. Pen., Sez. Un., 12 giugno 2009, n. 24468, Rizzoli, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 177.

²⁵⁶ Tanto in BRICCHETTI R. – MUCCIARELLI F. – SANDRELLI G., *Sub. Artt. 216 – 241*, cit. 2737 quanto in G.G. SANDRELLI, *La riforma della legge fallimentare: i riflessi penali*, cit., 1222 viene messo in evidenza che da un lato che in caso di procedura “minore” la responsabilità penale trova fondamento in via autonoma, non a causa di un eventuale successivo fallimento, quindi “può essere affermata anche se la procedura si chiuda e l’organismo un tempo dissestato riprenda ad operare”, dall’altro si evidenzia che il costante indirizzo della giurisprudenza è nel senso che il provvedimento di apertura della procedura concorsuale sia, ai fini della fattispecie, elemento costitutivo della stessa “e, dunque, un momento centrale del fatto tipico”. In entrambi gli scritti si mette peraltro in evidenza che tale soluzione, cui presumibilmente, sulla base delle suddette premesse, verrà abbracciata dalla giurisprudenza, comporta l’irragionevole esito sotto il profilo quanto meno dell’equità per cui perdono disvalore e rilevanza fatti che, viceversa, continuano a esprimere disvalore per quanto riguarda il danno cagionato ai creditori; viceversa, ove si abbracciasse la tradizionale impostazione maggioritaria in dottrina dei provvedimenti giurisdizionali quali condizioni obiettive di punibilità – quali elementi esterni al fatto – l’esito che ne deriverebbe sarebbe certamente maggiormente aderente al portato offensivo della condotta.

contatto con il nostro percorso espositivo, prende le mosse dal rilievo, già anticipato, che il provvedimento di ammissione alla procedura di amministrazione controllata, nell'economia della procedura, gioca il ruolo di elemento costitutivo della fattispecie; una volta venuto meno tale elemento, ad opera di quanto disposto dal d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, “*coinvolge necessariamente la cancellazione della L. fall., art. 236, nella parte in cui richiama il detto istituto e fa dipendere dalla operatività del medesimo la punibilità delle condotte*”²⁵⁷.

Trattasi dunque non di modifica mediata della fattispecie – il d.lgs. del 2006 infatti non si è limitato ad agire su un elemento normativo esterno alla fattispecie – ma di vera e propria *abolitio criminis* perchè l'amministrazione controllata era un elemento normativo interno alla fattispecie incriminatrice, il cui venir meno ha comportato una modifica diretta della stessa²⁵⁸. La Corte poi si premura giustamente di sottolineare che per poter affermare che vi sia stata una vera *abolitio* e non una semplice *abrogatio sine abolitione* deve anche accertarsi che il fatto materiale non ricada in altra fattispecie penale diversa, o perché introdotta contestualmente alla abrogazione²⁵⁹ o perché si viene ad espandere l'area di capienza di una altra norma già esistente, prima limitata dalla portata della norma successivamente abrogata; quest'ultima ipotesi comporta la necessità di prendere in considerazione se un tale effetto possa ascrivere alle fattispecie di appropriazione indebita (art. 646 c.p., con riferimento alla fattispecie relativa alla bancarotta societaria fraudolenta per distrazione) e di false comunicazioni sociali (art. 2621 c.c., rispetto alla fattispecie di bancarotta fraudolenta realizzata tramite la commissione dell'illecito di false comunicazioni sociali, art. 223, 2° comma), in particolare considerazione del fatto che la fattispecie che è venuta meno era un reato complesso ai sensi dell'art. 84 c.p. comprensivo tanto dell'una quanto dell'altra figura delittuosa; tuttavia tale rapporto di riespansione viene negato in riferimento tanto alla prima quanto alla seconda ipotesi²⁶⁰. Allo stesso modo deve dirsi per quanto riguarda il

²⁵⁷ Cass. Pen., Sez. Un., 12 giugno 2009, n. 24468, cit., 179. Tale esito, prosegue la pronuncia, rappresenta una coerente conseguenza della *ratio* che ha ispirato la riforma, ovvero ampliare il novero soggetti non assoggettabili a procedure concorsuali.

²⁵⁸ A tale esito la Corte perviene attraverso una puntuale ricostruzione del percorso metodologico da seguire per appurare se si sia in presenza di una modifica rilevante *ex art.* 2° c.p., 2° o 4° comma; la presa di posizione si pone in tradizionale continuità con il filone giurisprudenziale sancito con vigore dalla pronuncia Giordano del 2003 (Cass. Pen., Sez. Un., 26 marzo 2003, n. 25887, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 1503 ss.) per cui l'interprete deve procedere al confronto strutturale tra le fattispecie che si succedono nel tempo, in via astratta e “*senza la necessità di ricercare conferme della continuità, facendo ricorso ai criteri valutativi dei beni tutelati e delle modalità dell'offesa, inidonei ad assicurare approdi interpretativi sicuri*”; c.d. “doppia punibilità in astratto”.

²⁵⁹ Circostanza agevole da escludere nel nostro caso, posto che non vi è stata una correlata introduzione di alcuna fattispecie che valga a sanzionare i fatti, o anche solo alcuni di essi, previsti precedentemente nell'ambito dei fatti di bancarotta in contesto di amministrazione controllata.

²⁶⁰ Con riferimento alla fattispecie di cui all'art. 646 c.p., la Corte rileva l'insussistenza di un rapporto di specialità tra le fattispecie in questione sul rilievo che la nozione di distrazione è certamente di maggior ampiezza rispetto a quella di appropriazione, nonché in considerazione del necessario decreto di ammissione alla procedura di amministrazione controllata per il perfezionamento del reato concorsuale; condivide l'impostazione GATTA G.L. *Abolizione dell'amministrazione controllata e abolitio criminis della bancarotta impropria ex art. 236, comma 2, n. 1 legge*

raffronto con la sopravvissuta fattispecie relativa ai fatti di bancarotta commessi in costanza di concordato preventivo²⁶¹.

fallimentare, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 887. Allo stesso esito, seppur attraverso un diverso raffronto di elementi costitutivi della fattispecie anche GAMBARDELLA M., *L'abolizione del delitto di bancarotta impropria commesso nell'ambito di società in amministrazione controllata (art. 236, cpv, n. 1 l. fall.)*, cit., 4141; *contra* SCOLETTA M., *Abrogazione dell'amministrazione controllata e abolitocriminis: chiaroscuri delle Sezioni Unite*, in *Dir. pen. e proc.*, 2010, 192, nonché, con argomentazioni contrarie all'asserita diversità contenutistica tra appropriazione e distrazione, ai fini della fattispecie in questione, MUCCIARELLI F., *Vecchi e nuovi istituti della legge fallimentare nella sentenza n. 22468/2009 delle Sezioni Unite: successione di leggi e ruolo del bene giuridico*, cit., 1641.

Maggiori critiche ha invece attirato la soluzione dei rapporti relativa alla fattispecie di false comunicazioni sociali: la Corte si limita a sottolineare che elemento costitutivo della fattispecie di fattispecie di bancarotta è il provvedimento giurisdizionale di ammissione alla procedura, che invece la fattispecie societaria "semplice" non condivide; da più parti, invece – e condivisibilmente – è stato messo rilevata la sussistenza di un rapporto di specialità per aggiunta tra le fattispecie in questione: i fatti materiali non più riconducibili alla fattispecie fallimentare (speciale) ricadono invece nelle fattispecie delineate dal codice civile (generale); così, in particolare GATTA G.L. *Abolizione dell'amministrazione controllata e abolitocriminis della bancarotta impropria ex art. 236, comma 2, n. 1 legge fallimentare*, cit. 920 e LOTTINI R., *Amministrazione controllata e reati fallimentari*, in *Fall.*, 2010, 321.

Più in generale, è stata sottoposta a forte critica la scelta metodologica effettuata dalla Corte, nell'ambito di questo secondo vaglio, di integrare il criterio di confronto tra fattispecie astratte con "apporti valutativi di conferma, onde cogliere la reale intentio legis. L'individuazione del bene giuridico protetto, infatti, è idonea ad evidenziare aspetti formalmente non espliciti della stessa struttura del reato"; cfr., sul punto, in particolare per il raffronto tra beni giuridici tutelati dalle due norme MUCCIARELLI F., *Vecchi e nuovi istituti della legge fallimentare nella sentenza n. 22468/2009 delle Sezioni Unite: successione di leggi e ruolo del bene giuridico*, cit., 1633, nonché GAMBARDELLA M., *L'abolizione del delitto di bancarotta impropria commesso nell'ambito di società in amministrazione controllata (art. 236, cpv, n. 1 l. fall.)*, cit., 4138.

²⁶¹ Correttamente deve anche essere esclusa l'eventualità che si profili un caso di *abrogatio sine abolitione* in considerazione di un eventuale "trasferimento" dei fatti in questione dalla fattispecie della amministrazione controllata a quella del concordato preventivo; ciò sarebbe ammissibile, evidentemente ove si potesse sostenere l'assorbimento dell'istituto abrogato nella nuova veste del secondo. La Suprema Corte, dopo aver passato in rassegna le innovazioni che hanno ridefinito la veste del concordato preventivo, rimarca le persistenti "profonde differenze tra le due procedure, quanto ai presupposti, finalità ed effetti"; sotto il primo aspetto, mentre l'amministrazione straordinaria richiede il presupposto della "temporanea difficoltà di adempiere le proprie obbligazioni", diversa è invece la nozione di "stato di crisi" (come messo in evidenza *retro*); ancora, mentre l'abrogato istituto era eminentemente volto al risanamento dell'impresa, senza profili liquidatori, nel nuovo concordato preventivo la finalità sarebbe esclusivamente satisfattiva dei crediti in forma tuttavia contenuta e, ulteriormente, la differenza tra le due procedure impedirebbero una qualunque omologazione tra i due istituti. Da ultimo, altro rilievo decisivo assumerebbe la circostanza che, prima della definitiva abrogazione della amministrazione controllata, quest'ultima ha convissuto per oltre un anno con il nuovo concordato. Allo stesso modo, tale confronto deve avere il medesimo esito se viene preso, quale altro termine, il piano attestato di risanamento e la procedura *ex art. 182 bis l. fall.* Concorda con tale ricostruzione MUCCIARELLI F., *Vecchi e nuovi istituti della legge fallimentare nella sentenza n. 22468/2009 delle Sezioni Unite: successione di leggi e ruolo del bene giuridico*, cit., 4133 il quale sottolinea, inoltre che la giurisprudenza Niccoli in tema di insindacabilità in sede penale della sentenza dichiarativa di fallimento rappresenta un ulteriore ostacolo alla possibilità di consentire che il giudice penale rivaluti se i presupposti per l'ammissione ad una procedura siano o meno sufficienti per integrare anche l'altra. *Contra*, con argomentazioni non particolarmente persuasive, in

La Corte pertanto conclude confermando l'esclusione, nel caso in questione, di una ipotesi di *abrogatio sine abolitione* e affermando invece l'*abolitio* della fattispecie di bancarotta in sede di amministrazione controllata, “*con conseguente operatività della regola di cui all'art. 2 c.p., comma 2 e della disciplina di cui all'art. 673 c.p.p. della revoca della corrispondente statuizione id condanna*”.

considerazione di quanto sopra riportato, circa i presupposti e le finalità dei due istituti, LOTTINI R., *Amministrazione controllata e reati fallimentari*, cit., 320.

Capitolo IV: Lo statuto penale del professionista attestatore

SOMMARIO: 4.1: Il trasferimento del controllo sulla soluzione della crisi dal Tribunale al professionista attestatore: implicazioni penalistiche – 4.2: Le ipotesi elaborate dalla dottrina e dalla giurisprudenza di merito in ordine alla responsabilità penale del professionista attestatore prima dell'introduzione dell'art. 236 *bis* – 4.2.1: I requisiti per la nomina del professionista attestatore antecedenti al “Decreto sviluppo” (d.l. 83/2012) – 4.2.2.a): La possibile qualifica di “pubblico ufficiale” in capo al professionista attestatore: artt. 479 e 480 c.p. – 4.2.2.b): Il professionista attestatore quale “persona esercente un servizio di pubblica necessità” e la fattispecie di cui all'art. 481 c.p. – 4.2.2.c): Ancora in tema di falsità ideologiche: l'opzione a favore della fattispecie di cui all'art. 483 c.p. – 4.2.2.d): Il ruolo di garanzia del professionista ai sensi dell'art. 40, 2° comma c.p. – 4.3: Il “Decreto sviluppo” del 2012 introduce il nuovo statuto del professionista attestatore – 4.3.1: I nuovi requisiti d'indipendenza del professionista attestatore delineati dal “Decreto sviluppo” – 4.4: Il nuovo delitto di “*Falso in attestazioni e relazioni*” (art. 236 *bis* l. fall.) – 4.4.1: La condotta quale cuore problematico del delitto – 4.4.1.1: L'utilizzo del termine “*informazioni*” con riferimento al contenuto delle attestazioni o relazioni: quale ampiezza del precetto penale per il comportamento fraudolento del professionista? – 4.4.1.2: Il problematico connotato delle informazioni “*rilevanti*” con esclusivo riferimento alla condotta omissiva – 4.4.2: L'assenza di riferimenti alla condotta colposa del professionista: ricadute sistematiche in relazione alla “*esenzione*” di cui all'art. 217 *bis* – 4.4.3: Note sul concorso dell'art. 236 *bis* con altre fattispecie delittuose.

4.1: Il trasferimento del controllo sulla soluzione della crisi dal Tribunale al professionista attestatore: implicazioni penalistiche

Riprendiamo le fila da dove avevamo concluso il Capitolo II.

In quella sede si è messo in evidenza che la soluzione delineata dal legislatore non appare corrispondente alla volontà che lo aveva animato: lo scarto tra il fine ed il risultato ottenuto pone una pesante ipoteca sull'affidabilità complessiva degli strumenti di risoluzione della crisi di impresa poiché la coperta delineata dal legislatore è decisamente troppo corta. Ridotto il controllo da parte del Tribunale fallimentare, ecco che un nuovo controllo, ancor più pericoloso, rischia di ripresentarsi ad anni di distanza nel caso in cui le cose non vadano a buon fine: il sindacato del giudice penale resta necessariamente scoperto.

Ma i nuovi equilibri delineati dalla riforma hanno radicalmente mutato la geografia del controllo della cura per la fibrillazione dell'impresa anche sotto un'altra prospettiva. La necessità di far presto e la volontà di coinvolgere solo i soggetti direttamente interessati nella crisi ha prodotto, per un verso, un paradigma in cui il ruolo del controllo pubblico viene ad assumere tonalità marcatamente tenui, salvo, come detto, il pericolo incombente di una sua successiva significativa intensificazione in sede penale; dall'altro – posta la delicatezza dei valori in gioco che, in fin dei conti, non può

consentire l'elisione *tout court* di qualunque tipo di controllo – il mutamento della natura del controllo stesso, affidato ad una figura professionale di nuovo conio. Già si è utilizzata la figura dei vasi comunicanti, ma sia consentito prenderla nuovamente a prestito perché efficacemente delinea il trasferimento di competenze tra i soggetti investiti del controllo; proseguendo con la metafora si deve però rilevare che il secondo vaso, quello del professionista, sconta una fisiologica possibilità che le proprie pareti non siano ugualmente trasparenti rispetto a quelle del Tribunale e ciò per l'evidente differenza di ruolo e di interessi sottesi al primo rispetto al secondo. E tuttavia è proprio in tale momento che si concentra il rischio che vengano a prodursi giudizi non adeguati, valutazioni tendenziose e stime compiacenti; rischi peraltro non adeguatamente assistiti dalla possibilità di un immediato disinnescio da parte del Tribunale fallimentare: vero che il contenuto di quest'ultimo non è ancora stato delineato in maniera cristallina, ma è possibile al contempo affermare con buona convinzione che se mai venisse inteso quale momento di nuova valutazione e controllo dei risultati cui è pervenuto il professionista, esso si risolverebbe irrimediabilmente in una superfetazione del tutto in contrasto con lo spirito e le esigenze della riforma della procedure.

Ecco quindi che, fin dalla sua introduzione, non vi è stato alcun dubbio che fosse necessario individuare il corretto profilo di responsabilità per le condotte fraudolente tenute da questa figura; quale fosse la soluzione però non era risposta altrettanto immediata.

Rimandando al paragrafo che segue l'analisi delle varie soluzioni elaborate dalla dottrina *ante* 236 *bis*, bisogna però già mettere in evidenza un dato inequivocabile: la circostanza che il legislatore non avesse ritenuto di sincronizzare il Titolo VI della legge fallimentare neppure con tale innovazione non può indurre a ritenere che vi fosse la volontà di esonerare da responsabilità penale il professionista, per due ordini di motivi. Il primo, già in parte evidenziato, riposa sulla constatazione del ruolo che la valutazione di quest'ultimo riveste tanto per i creditori dell'impresa - che devono esprimere il proprio consenso, informato e genuino, sul progetto di risanamento – quanto per il Tribunale, posto che questo è chiamato in ogni caso a valutare non solo l'esistenza per così dire “materiale” delle valutazioni prescritte, quale elemento normativo imprescindibile per il decreto di omologa, ma anche, riprendendo le considerazioni svolte dalla pronuncia a Sezioni Unite n. 1521 del 2013 in tema di concordato preventivo, che il suo contenuto sia adeguato rispetto alla funzione che essa è chiamata a svolgere. Il secondo, ancor più evidente, è che, anche a voler ragionare diversamente, vi è in ogni caso una discreta pluralità di fattispecie capaci di intercettare le condotte fraudolente del professionista attestatore, pur nell'assenza²⁶² – almeno fino al d.l. 22 giugno 2012, n. 83 - di una fattispecie specifica ad esso dedicata.

²⁶² Va sottolineato invece, che nel progetto di riforma elaborato dalla Commissione Trevisanato, era stata evidenziata la necessità di introdurre un nuovo e specifico presidio penalistico contro la “falsa esposizione di dati o informazioni o altri comportamenti fraudolenti, consistente nella condotta di esposizione di informazioni false o di omissione di informazioni imposte dalla legge per l'apertura della procedura di composizione concordata della crisi al fine di potervi indebitamente accedere ovvero in successivi atti o comportamenti di cui ai commi 1 e 5 compiuti nel corso di essa; ovvero simulazione di crediti inesistenti o di altri

Peraltro, si è giustamente fatto notare²⁶³ che la mancanza di una sanzione specifica per la figura di nuovo conio, assumeva contorni ancor meno coerenti in considerazione dell'introduzione, ad opera della c.d. "legge sul sovraindebitamento" (la n. 3 del 2012), di una specifica fattispecie volta a punire gli omologhi comportamenti fraudolenti tenuti dal componente dell'organismo di composizione della crisi²⁶⁴.

comportamenti di frode"; sul punto cfr. JORIO A. FORTUNATO S., *Introduzione*, in *La riforma delle procedure concorsuali. I progetti*, cit., 31.

²⁶³ BORSARI R., *Il nuovo reato di falso in attestazione e relazioni del professionista nell'ambito delle soluzioni concordate della crisi di impresa. Una primissima lettura*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2012, 2. In verità anche nella relazione illustrativa al d.l. n. 83 del 2012, che introduce la fattispecie di "Falso in attestazioni e relazioni", si rileva che la norma si era resa necessaria "per evitare asimmetrie irragionevoli, in ottica costituzionale, rispetto alla rilevanza penale della condotta dell'organismo di composizione della crisi da sovraindebitamento del debitore non fallibile che rende false attestazioni in ordine alla veridicità dei dati contenuti nella proposta o nei documenti a essa allegati ovvero in ordine alla fattibilità del piano di ristrutturazione dei debiti proposto dal debitore, a norma dell'articolo 19, secondo comma, della legge n. 3 del 2012";

²⁶⁴ Per i già esposti rilievi relativi alla nuova procedura di sovraindebitamento si rimanda al § 1.6 e, in particolare, alla nota n. 78.

Per quanta riguarda, più nello specifico, la fattispecie penali previste dalla legge n. 3 del 2012, va quanto meno sottolineato che il legislatore si è mosso in una duplice direzione. In primo luogo sono stati introdotti dei delitti propri del soggetto "sovraindebitato", (art. 16, comma 1°, lett. a – f); si tratta di condotte che rievocano le principali fattispecie fallimentari realizzabili dall'imprenditore fallibile (di diverso avviso, su questo punto, tuttavia FILIPPI P., *Gli aspetti penali della procedura*, in *Fall.*, 2012, 115, per il quale, invece, le fattispecie a tutela della procedura in questione, incentrata sulla volontarietà e su una limitata giurisdizionalizzazione, appaiono piuttosto dirette a prevenire condotte strumentali di abuso della procedura stessa nonché a proteggere gli interessi patrimoniali dei creditori coinvolti).

La disposizione, dopo la clausola di sussidiarietà espressa, introduce le prime due fattispecie (lett. a – b) che descrivono condotte fraudolente finalizzate all'accesso alla procedura, richiamando così la fattispecie di cui all'art. 236 l. fall., nonché l'ipotesi dell'art. 173 l. fall., norma, quest'ultima, che impone l'apertura del procedimento per la revoca all'ammissione al concordato preventivo; nel primo caso attraverso operazioni compiute direttamente dal sovraindebitato sul proprio patrimonio ("aumenta o diminuisce il passivo ovvero sottrae o dissimula una parte rilevante dell'attivo ovvero dolosamente simula attività inesistenti"), nel secondo, invece, con riguardo alla documentazione che lo stesso deve produrre in sede di ammissione alla procedura ("produce documentazione contraffatta o alterata, ovvero sottrae, occulta o distrugge, in tutto o in parte, la documentazione relativa alla propria situazione debitoria ovvero la propria documentazione contabile"). Proseguendo, si punisce poi (lett. c), i casi di omessa indicazione di beni nell'inventario da presentare insieme alla domanda di liquidazione, nonché (lett. d) chi "nel corso della procedura...effettua pagamenti in violazione dell'accordo e del piano del consumatore", ipotesi, quest'ultima, che si ispira alla medesima ratio della bancarotta preferenziale.

Ancora, rilevano le condotte di aggravamento della posizione debitoria "dopo il deposito della proposta di accordo o di piano del consumatore, e per tutta la durata della procedura" (lett. e), nonché, da ultimo, di mancato rispetto intenzionale del contenuto del piano o dell'accordo (lett. f). In tutti questi casi la sanzione è della reclusione da sei mesi a due anni e della multa da 1.000 a 50.000 euro.

La seconda direttrice è stata, per l'appunto, quella di prevedere anche delle specifiche sanzioni per i componenti dell'organismo di composizione della crisi, in considerazione della rilevanza del loro ruolo nell'ambito della procedura; questo infatti segue ed assiste il sovraindebitato tanto nella fase di predisposizione del piano, attestandone la fattibilità, quanto successivamente, nel procedimento in cui il giudice è chiamato all'omologazione dell'accordo intervenuto con i creditori, nonché anche successivamente, nella fase di esecuzione dell'accordo. Ai sensi dell'art. 16, 2° comma è prevista la pena della reclusione da uno a tre anni e della multa da 1.000 a

Tuttavia, prima di affrontare direttamente il portato della nuova fattispecie è utile, come già si è fatto nel capitolo II con riferimento al problema poi (non) risolto dall'art. 217 *bis*, passare in rassegna le varie soluzioni che erano state elaborate per sanzionare la condotta fraudolenta del professionista attestatore prima dell'introduzione dell'art. 236 *bis*; in modo, tra l'altro, da poter evidenziare quali siano i profili problematici che devono essere tenuti in considerazione del legislatore con riferimento a tale figura professionale.

4.2: Le ipotesi elaborate dalla dottrina e dalla giurisprudenza di merito in ordine alla responsabilità penale del professionista attestatore prima dell'introduzione dell'art. 236 bis

Appare necessaria una premessa, probabilmente scontata: il comportamento rilevante sotto il profilo penale del professionista attestatore può emergere nella fisiologia, *rectius*, patologia delle varie procedure attraverso condotte materiali che siano espressione del contenuto del proprio ruolo. E quest'ultimo si esplica nel garantire e certificare, sotto la diversa declinazione linguistica che utilizza il legislatore, la veridicità dei dati esposti dall'imprenditore e la fattibilità del piano a risolvere la crisi dell'impresa. All'orecchio del penalista, tali affermazioni non possono che suonare come condotte di falsità ideologiche. A meno che il falso in questione non rappresenti che un mezzo per la realizzazione della condotta dell'imprenditore individuale finalizzato all'ammissione

50.000 euro per il componente dell'organismo di composizione della crisi (ovvero il professionista munito dei requisiti di cui all'art. 15, comma 9) che “rende false attestazioni in ordine alla veridicità dei dati contenuti nella proposta o nei documenti ad essa allegati, alla fattibilità del piano...ovvero nella relazione di cui agli articoli 9, comma 3 bis, 12 comma 1 e 14 ter, comma 3”, ovvero, per questi ultimi tre casi, la relazione che accompagna il piano del consumatore, l'esito della votazione dei creditori o la domanda di liquidazione. La stessa pena si applica inoltre (comma 3°) ai medesimi soggetti nel caso in cui essi cagionino “danno ai creditori omettendo o rifiutando senza giustificato motivo un atto del [loro] ufficio”. La prima fattispecie, con la sua descrizione materiale densa di interrogativi, pone problemi che si presentano in maniera analoga anche per quanto riguarda la nuova fattispecie di “Falso in attestazione e relazioni”, per cui si ritiene preferibile svolgere una trattazione unitaria nella sede di analisi di quest'ultima; sia sufficiente rilevare per ora che si tratta di una ipotesi di falsità ideologica, che per alcuni aspetti farebbe propendere per la natura privata dell'ufficio ricoperto – in particolare lo sfondo negoziale in cui si svolge la procedura e il fatto che le pene previste dalla fattispecie in questione sono effettivamente inferiori rispetto alle omologhe commesse dal pubblico ufficiale (art. 479 c.p.) – per altri, invece, per quella pubblica, in considerazione dei requisiti soggettivi richiesti per ricoprire la carica, del fatto che la costituzione degli organismi è attribuita ad enti pubblici e che essi sono nominati dall'autorità giudiziaria.

La seconda fattispecie invece, è costruita attraverso un richiamo delle note materiali del delitto di rifiuto e omissione di atti d'ufficio, arricchito dall'evento di danno rispetto ai creditori. Per queste ed altre osservazioni, oltre all'Autore già citato, si rimanda a PISTORELLI L., *Novità legislative: l. 27 gennaio 2012, n. 3*, cit., 1 ss.; MERENDA I., *Profili penali della disciplina sul sovraindebitamento*, in *Cass. pen.*, 2013, 3355 ss.; BERTACCHINI E., *Sub art. 16 l. 3/2012*, in A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, cit., 2083.

alla procedura di concordato preventivo (art. 236, 1° comma)²⁶⁵ o per realizzare un'altra fattispecie di bancarotta, con la possibilità, in tal caso, che si presenti una facile ipotesi concorsuale con la condotta dell'imprenditore stesso, posto che l'ipotesi specifica non appare diversa da altre già affrontate dalla giurisprudenza in tema di responsabilità del professionista nelle fattispecie di bancarotta dell'imprenditore²⁶⁶.

Escluso che la soluzione in parola possa garantire risultati soddisfacenti, la dottrina ha quindi volto la propria attenzione alle fattispecie di falso, la cui declinazione concreta, tuttavia, impone di individuare la qualificazione – pubblica o privata – del soggetto agente, nonché dell'atto – pubblico, privato, certificato – che egli redige per l'individuazione dello specifico presidio penalistico rilevante nel caso specifico.

Il punto di partenza per l'indagine non può che essere la lettera dell'art. 67, comma 3°, lett. d) che delinea i requisiti richiesti per la nomina a professionista attestatore del piano attestato di risanamento, gli stessi richiesti per l'attestazione della veridicità dei dati aziendali e della fattibilità del concordato preventivo (art. 161, 3° comma), e per la relazione da allegare all'accordo di ristrutturazione dei debiti (art. 182 *bis*).

²⁶⁵ Ammettono tale possibilità, pur rilevando l'inadeguatezza di tale presidio per i motivi già ampiamente evidenziati (cfr. § 3.2.2), sostanzialmente tutti gli Autori che si erano intrattenuti sul punto; cfr., per tutti, INSOLERA G., *Riflessi penalistici della nuova disciplina del concordato preventivo e delle composizioni extragiudiziali della crisi di impresa*, cit., 461; A. ALESSANDRI, *Profili penalistici delle innovazioni*, cit. 120; BRICCHETTI R. – MUCCIARELLI F. – SANDRELLI G., Sub. *Artt. 216 – 241*, cit., 2748.

²⁶⁶ Il tema del concorso del professionista (non attestatore), in particolare avvocato o commercialista, negli illeciti propri dell'imprenditore, è stato affrontato spesso della giurisprudenza; la linea di demarcazione tra quello che rappresenta una lecita attività di assistenza e condotte che sono invece penalmente rilevanti si gioca sul crinale del *quantum* di contributo proprio prestato dal professionista rispetto alla causazione dell'evento preso in considerazione dell'illecito. Secondo l'impostazione maggioritaria, infatti, non sussisterebbe un concorso penalmente rilevante laddove l'avvocato o il commercialista abbiano limitato la propria attività alla semplice ed astratta illustrazione di quali possono essere i mezzi tecnici e giuridici per realizzare le condotte fraudolente - ad esempio la sottrazione di beni dalla garanzia dei creditori - che l'imprenditore intende realizzare, senza dissuadere quest'ultimo e senza rafforzarne il proposito (Cass. Pen., Sez. III, 17 ottobre 1958, in *Giust. pen.*, 1959, II, 191), né, a maggior ragione, aiutandolo a porre in essere gli atti necessari per realizzare i negozi giuridici idonei rispetto agli intenti fraudolenti avuti di mira (Cass. Pen., Sez. V, 4 ottobre 1978, in *Cass. pen.*, 1980, 920; Cass. Pen., Sez. V, 19 aprile 1988, in *Cass. pen.* 1990, 328, che precisa che, al più, in tal caso, si profila un illecito di natura esclusivamente disciplinare).

Viceversa, sussiste una condotta rilevante in termini concorsuali e la relativa responsabilità penale nel caso in cui il professionista assuma una veste attiva nell'ideazione e nella realizzazione delle condotte fraudolente, come nel caso di assistenza nella stipulazione di negozi simulati o quando questi si adoperi per indurre i creditori ad accettare un concordato stragiudiziale (Cass. Pen., Sez. V, 23 ottobre 1978, n. 859, Rv. n. 140897; Cass. Pen., Sez. V, 7 novembre 1985, n. 1298, in *Foro it.*, 1986, II, 477), o ancora svolga una attività diretta a garantire l'impunità dell'imprenditore (Cass. Pen., Sez. V, 18 novembre 2003, n. 569, in *Dir. giust.*, 2004, 7, 48). Sul tema si rimanda inoltre a BRICCHETTI R. – PISTORELLI L., *La bancarotta e gli altri reati fallimentari. Dottrina e giurisprudenza a confronto*, cit., 24, nonché a TETI R., *La responsabilità penale del professionista nei procedimenti fallimentari*, in *Ind. Pen.*, 2/2011, 625.

4.2.1: I requisiti per la nomina del professionista attestatore antecedenti al “Decreto sviluppo” (d.l. 83/2012)

Il d.l. 83 del 2012 (c.d. “Decreto sviluppo”) ha apportato alcune ulteriori correzioni allo statuto del professionista attestatore, introducendo, in particolare, la fattispecie di responsabilità penale diretta per le falsità nella attestazioni e nelle relazioni dello stesso; tuttavia il dibattito della dottrina che in questa sede si ritiene opportuno analizzare ha interessato la fisionomia del professionista prima di queste innovazioni; pertanto è con riferimento al testo uscito dal correttivo alla prima riforma (d.lgs. n. 169 del 2007) che bisogna sincronizzare le considerazioni che a breve si faranno.

La versione antecedente all’attuale prevedeva semplicemente che il professionista fosse “iscritto nei revisori contabili” e che avesse “i requisiti previsti dall’art. 28, lettera a) e b)”. Si tratta, evidentemente, di connotati soggettivi volti a soddisfare un elevato standard di professionalità e competenza, in considerazione del fatto, come più volte sottolineato, che il momento della attestazione rappresenta uno snodo cruciale e delicatissimo per la crisi di impresa, per i relative ricadute in termini non solamente giuridici ma, ancor più evidenti, economici e sociali; a questi requisiti, direttamente enunciati, devono poi essere aggiunti anche quelli di ordine deontologico e morale, data la necessaria appartenenza ad un Ordine professionale²⁶⁷.

Si può così mettere in evidenza il richiamo all’articolo 28 l. fall., relativo ai requisiti per la nomina a curatore, peraltro limitato ai soli casi di cui alla lett. a) e b)²⁶⁸. Per quanto riguarda l’attestazione, invece, è fatto un esplicito rinvio a quella prevista “ai sensi dell’articolo 2501 bis, quarto comma, del codice civile”²⁶⁹.

E’ rimasto invece definito in maniera, al più, implicita – almeno fino all’intervento del “Decreto sviluppo” - la necessità del requisito dell’indipendenza del professionista; per vero nessun dubbio poteva essere avanzato sulla necessità che la figura in questione, pur dovendo godere della fiducia dell’imprenditore, dovesse

²⁶⁷ CECCHERINI E., *La qualificazione, l’indipendenza e la terzietà del professionista attestatore negli istituti concorsuali di gestione della crisi di impresa e le diverse tipologie di relazioni o attestazioni*, in *Dir. fall.*, 2011, 300. Sottolinea CONSULICH F., *Nolo conoscere. Il diritto penale dell’economia tra nuovi responsabili e antiche forme di responsabilità “paracolpevole”: spunti a partire dal nuovo art. 236 bis l. fall.*, in *Riv. tri. dir. pen. econ.*, 2012, 614 che tale figura professionale si colloca nel solco del trasferimento a soggetti privati del controlli sui comportamenti o sulle vicende societarie a rischio (c.d. *gatekeepers*), estraneo alle tradizionali figure gestorie dell’impresa in difficoltà.

²⁶⁸ Si tratta, rispettivamente di “*avvocati, dottori commercialisti, ragionieri e ragionieri commercialisti*” (lett. a), nonché “*studi professionali associati o società tra professionisti, sempre che i soci delle stesse abbiano i requisiti professionali di cui alla lettera a)*...” (lett. b); viceversa rimangono esclusi dalla possibilità di nomina a professionista attestatore “*coloro che abbiano svolto funzioni di amministrazione, direzione e controllo in società per azioni, dando prova di adeguate capacità imprenditoriali e purché non sia intervenuto nei loro confronti dichiarazione di fallimento*”.

²⁶⁹ Il riferimento è alla relazione richiesta dalla norma dettata in tema di “*Fusione a seguito di acquisizione con indebitamento*”, che, al 4° comma, prevede: “*La relazione degli esperti di cui all’articolo 2501 sexies, attesta la ragionevolezza delle indicazioni contenute nel progetto di fusione ai sensi del precedente secondo comma*”; quest’ultima norma, a sua volta, indica il contenuto e la metodologia da seguire per la prescritta redazione della relazione in tema di fusione di società.

qualificarsi per una posizione di estraneità rispetto agli interessi in gioco²⁷⁰, tuttavia l'assenza di uno specifico riferimento all'interno dell'art. 67, 3° comma, lett. d), ha indotto la dottrina ad estendere al professionista le cause di incompatibilità previste espressamente per il curatore all'ultimo comma dell'art. 28 l. fall.²⁷¹. In generale si era sottolineato che in capo al professionista sussistesse un obbligo di portare a conoscenza del debitore eventuali profili di incompatibilità con il ruolo che gli veniva offerto, sulla base tanto degli specifici vincoli di natura deontologica, quanto di quelli generali di buona fede e correttezza contrattuale²⁷²; infatti, da un lato, il contratto eventualmente stipulato tra il professionista privo dei necessari requisiti e il debitore doveva essere considerato irrimediabilmente nullo in quanto contrario a norme imperative e, in secondo luogo, la relazione così elaborata avrebbe dato luogo ad una nullità processuale rilevabile anche d'ufficio dal giudice²⁷³.

Viceversa, altra soluzione ha avuto il differente problema se il requisito dell'indipendenza potesse essere o meno inficiato dal fatto che il professionista avesse già svolto la propria attività professionale in passato a favore del medesimo debitore²⁷⁴;

²⁷⁰ CECCHERINI E., *La qualificazione, l'indipendenza e la terzietà del professionista attestatore negli istituti concorsuali di gestione della crisi di impresa e le diverse tipologie di relazioni o attestazioni*, cit., 302, nonché, già prima della modifica ad opera del d.lgs. n. 169 del 2007 che ha modificato il richiamo ai requisiti relativi al curatore fallimentare Trib. Palermo, 17 febbraio 2006, in *Foro it. rep.* 2006, voce "Concordato preventivo", n. 112.

²⁷¹ Effettivamente il comma 4° dell'art. 28 esclude che possano essere nominati curatore "il coniuge, i parenti e gli affini entro il quarto grado del fallito, i creditori di questo e chi ha concorso con il dissesto dell'impresa durante i due anni anteriori alla dichiarazione di fallimento, nonché chiunque si trovi in conflitto di interessi con il fallimento"; ne consegue che la medesima preclusione si deve ritenere operante anche in relazione alla figura del professionista attestatore attesa la *ratio* di terzietà ed imparzialità cui aspira la norma; così TETI R., *La responsabilità penale del professionista nei procedimenti fallimentari*, cit., 628; PAJARDI P. PALUCHOWSKI A., *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008, 827; PICA L., *Il concordato preventivo*, in P. CELENTANO – E. FORGILLO (a cura di), *Fallimento e concordati. Le soluzioni giudiziali e negoziate delle crisi di impresa dopo le riforme*, Torino, 2008, 1102; FERRO M. ROVERONI R., *Sub art. 161*, in M. Ferro (a cura di), *La legge fallimentare. Decreto legislativo 12 settembre 2007, n. 169. Disposizioni integrative e correttive. Commentario teorico-pratico*, Padova, 2008, 304. Lamentano invece l'assenza di espliciti riferimenti relativi alla assenza di divieto di assunzione dell'incarico per chi sia in conflitto di interessi con la procedura, PATTI A., *Quale professionista per le nuove soluzioni delle crisi di impresa: alternative al fallimento*, in *Fall.*, 2008, 1069 nonché NARDECCHIA G.B., *Crisi di impresa, autonomia privata e controllo giurisdizionale*, Milano, 2007, 57.

²⁷² STASI E., *Terzietà dell'attestatore*, in *Nuovo dir. soc.*, 2013, 120.

²⁷³ Così CELENTANO P., *I requisiti del professionista che attesta i piani concordati*, in *Fall.*, 2010, 827; viceversa STASI E., *Terzietà dell'attestatore*, cit. 121, offre una ricostruzione diversa: mentre i contratti stipulati con i creditori ed i terzi ex art. 67, 3°, lett. d) nonché quelli ai sensi dell'art. 182 *bis* sarebbero annullabili perché il dolo avrebbe inficiato il necessario consenso, in caso di concordato preventivo tale vizio dovrebbe comportare l'inammissibilità della domanda di ammissione alla procedura o, qualora tale circostanza emerga solo successivamente, l'attivazione della procedura ai sensi dell'art. 173 l. fall.

²⁷⁴ Tale problema era stato prospettato in considerazione della circostanza che nella versione originaria dell'art. 161 l. fall, rimasta in vigore dal d.l. n. 35 del 2005 fino al d.lgs. n. 169 del 2007, i connotati del professionista attestatore venivano plasmati attraverso un richiamo integrale all'art. 28 l. fall., anche, pertanto, al suo ultimo comma il quale, al tempo prevedeva che non potessero svolgere la funzione di curatore fallimentare anche "...chi ha prestato comunque la sua

allo stato, tuttavia, si era concluso che i richiami alle norme relative ai requisiti dei curatori fallimentari non consentissero una soluzione di questo verso²⁷⁵.

Dai dubbi a proposito del *quantum* d'indipendenza necessaria, discendeva anche un'ulteriore questione, in qualche modo conseguente alla prima: nessun esplicito riferimento infatti poteva desumersi neppure in ordine alla competenza per la nomina del professionista stesso. Vero che, sul punto, non vi erano particolari dubbi che il professionista potesse essere designato anche direttamente dal debitore e non per forza da un soggetto terzo²⁷⁶, tuttavia si devono segnalare alcune pronunce di merito nelle quali si è posto qualche dubbio in proposito²⁷⁷.

attività professionale a favore del fallito o in qualsiasi modo si è ingerito nell'impresa del medesimo durante i due anni anteriori alla dichiarazione di fallimento". Si tratta di un problema che interseca quello relativo al possibile richiamo al contenuto dell'attuale ultimo comma dell'art. 28 in tema di incompatibilità valide anche con riferimento al professionista attestatore, per il quale la dottrina ha concluso (cfr. *supra*) in senso invece affermativo.

²⁷⁵ Così tanto Cass. Civ., Sez. I, 4 febbraio 2009, n. 2706, Rv. 606616 – per la quale la modifica legislativa al richiamo dei requisiti del curatore fallimentare, di cui si è dato conto sopra, ha rimosso con effetti sananti l'originaria incompatibilità essendo intervenuta con riguardo ad una procedura di concordato ancora non conclusa – quanto Cass. Civ., Sez. I, 29 ottobre 2009, n. 22927, in *Fall.*, 2010, 822 con argomentazione che si spinge anche a valorizzare le differenze sussistenti tra la figura del curatore fallimentare e quella, neo introdotta, del professionista attestatore: “Tra le numerose e lapalissiane differenze basta soltanto rammentare che il curatore ricopre la funzione di pubblico ufficiale incaricato della gestione del patrimonio del fallito, mentre il professionista è soltanto un privato che effettua una prestazione professionale per conto di un imprenditore non ancora sottoposto ad alcuna procedura concorsuale”. Critico rispetto a tale argomentazione, CELENTANO P., *I requisiti del professionista che attesta i piani concordati*, cit., 824 rileva che, per il rilevante compito che è chiamato a svolgere, la figura del professionista attestatore dovrebbe semmai essere assistita da ancora più rilevanti garanzie di indipendenza rispetto al curatore fallimentare che non deve essere necessariamente iscritto nel registro dei revisori contabili.

²⁷⁶ Così LENOCI V., *Ruolo e responsabilità dell'esperto. L'indipendenza e il richiamo alla disciplina dei sindaci*, in *www.ilfallimentarista.it*, 2012, 4; PICA L., *Il concordato preventivo*, cit., 1102; SANDULLI M., *Sub art. 161* in A. NIGRO, M. SANDULLI (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, cit., 992. Dello stesso avviso anche la giurisprudenza di merito sul punto: Trib. Milano, Sez. II, 16 luglio 2008, in *Fall.*, 2009, 75 con nota di DIMUNDO F., *Note minime in tema di designazione dell'esperto: ragionevolezza del piano di risanamento*, *ivi*, 76; Trib. Milano, 10 marzo 2009, in *Dir. fall.*, 2009, II, 125; Trib. Mantova, 31 marzo 2009, *ivi*, 126, che esclude che la nomina spetti al Tribunale; allo stesso modo Trib. Bologna, 15 aprile 2009, *ivi*, 127. In una prospettiva parzialmente diversa invece Trib. Treviso 20 aprile 2009, *ivi*, 130 che, confermato che la relativa nomina spetti all'imprenditore, ammette però che per conferirvi una connotazione di maggiore terzietà, sia consentito delegare tale scelta al Presidente del Tribunale.

²⁷⁷ E' il caso di Trib. Bari, Sez. fer., 14 agosto 2008, in *Fall.*, 2009, 467 che afferma che in considerazione della funzione di garanzia che la attestazione è chiamata a compiere, è ammissibile il ricorso al Tribunale per la nomina del professionista attestatore; ritiene che la necessaria terzietà possa, invero, essere garantita anche attraverso altre vie BOSTICCO P., *Incertezze e soluzioni “di buon senso” in tema di nomina del professionista ai sensi dell'art. 67, terzo comma, lett. d) l. fall.*, in *Fall.*, 2009, 468. Propende invece per una differente opzione interpretativa JORIO A., *I piani di risanamento: chi nomina l'esperto?*, in *Giur. comm.*, 2009, II, 176 per il quale il riferimento all'art. 2501 *bis*, comma 4° non dovrebbe considerarsi come limitato al contenuto della relazione dell'esperto, bensì dovrebbe, attraverso il richiamo che viene fatto all'art. 2501 *sexies*, indurre a ritenere che la medesima procedura dovrebbe valere anche per la nomina del professionista attestatore, quanto meno in caso di società per azioni o in accomandita per azioni, “contribuendo esso ad avvalorare l'indispensabile requisito dell'oggettività dell'attestazione e dell'indipendenza dell'esperto”; così

L'originaria architettura della figura del professionista, con il richiamo già evidenziato all'art. 2501 *sexies* c.c. da parte dell'art. 2501 *bis*, consentiva un percorso ricostruttivo dell'ampiezza della responsabilità civile del professionista attestatore nell'ambito del proprio operato attraverso l'aggancio all'art. 64 c.p.c. in materia di responsabilità del c.t.u.²⁷⁸; si vedrà a breve che l'eliminazione di tale riferimento nella versione uscita dal "Decreto sviluppo" ha alimentato il dibattito sui profili di responsabilità civile del professionista attestatore.

Questi aspetti costituiscono il dato irrinunciabile per poter effettuare la valutazione circa la natura pubblicistica o privatistica dell'attività svolta, dalla cui soluzione, come accennato, dipende la configurazione concreta della fattispecie penale da utilizzare in caso di comportamenti fraudolenti da parte del professionista attestatore. Si tratta, in effetti, di una ricerca non facile e dagli esiti non lineari, anche in considerazione del fatto che in questo settore, come peraltro anche in altri del diritto penale dell'economia, si sta verificando una attribuzione di responsabilità che, inusualmente, si smarca dalla qualificazione pubblica o privata del soggetto in questione per polarizzarsi invece sul rilievo socio-economico della funzione svolta²⁷⁹.

argomentando, conclude l'Autore, "la nomina di un esperto indipendente, e la cui indipendenza sia certificata attraverso la designazione da parte del giudice, può costituire condizione importante per la serietà del piano di risanamento, per la sua affidabilità presso i terzi e, in definitiva, per il suo successo".

²⁷⁸ Il comma 6° dell'art. 2501 *sexies* c.c. prevede che "L'esperto risponde dei danni causati alla società partecipanti alle fusioni, ai loro soci. Si applicano le disposizioni dell'articolo 64 del codice di procedura civile"; a sua volta quest'ultima norma estende al consulente tecnico "le disposizioni del codice penale relative ai periti" (ovvero gli artt. 314, 366, 373, 376, 377, 384 c.p.; così LAMANNA F., *La legge fallimentare dopo il "Decreto sviluppo"*, Milano, 2012, 18).

Va sottolineato che la versione anteriore al d.lgs. 169 del 2007, in realtà, delineava tre figure di professionista, non del tutto omogenee per quanto riguardava i requisiti: così, oltre a quello *ex* art. 67, comma 3°, lett. d), sulle cui caratteristiche si sono attestati anche le altre due ipotesi, il professionista in tema di concordato preventivo era descritto attraverso il solo rinvio completo all'art. 28 l. fall., mentre quello in tema di accordi di ristrutturazione era ancora più vago poiché si faceva riferimento esclusivamente ad una figura di "esperto"; ne conseguiva pertanto il pericolo che si dipanassero degli statuti di responsabilità differenti. In caso di piano ai sensi dell'art. 67, 3° comma, lett. d) infatti, per il richiamo sopra descritto alle norme sulla responsabilità, anche penale, dei periti, si veniva ad ipotizzare in tal modo una responsabilità del tutto peculiare rispetto alle altre due ipotesi; così, ad esempio COCCO G., *Esenzioni dai reati di bancarotta nel "nuovo" art. 217-bis della legge fallimentare*, cit., 17 (ma solo con riferimento all'attestatore del piano di cui all'art. 67, 3° comma, lett. d) e TROYER L., *Le responsabilità penali relative alle soluzioni concordate delle crisi d'impresa*, cit., 126, il quale ipotizza, in tal caso l'applicazione dell'art. 373 c.p. ("Falsa perizia o interpretazione") nel caso in cui incorra in condotte fraudolente nell'ambito della propria attività. Si trattava, a dirla tutta, di un'opzione ermeneutica non particolarmente soddisfacente; già l'Autore da ultimo citato rileva che la scelta della fattispecie in questione appare più il frutto dell'architettura a cascata dei richiami normativi che non la manifestazione di volontà legislativa di punire in maniera più severa le falsità elaborate nell'ambito di un accordo stragiudiziale rispetto al regime previsto per gli altri due accordi; in più altra dottrina (G. INSOLERA, *Riflessi penalistici della nuova disciplina del concordato preventivo e delle composizioni extragiudiziali della crisi di impresa*, cit., 471, ma allo stesso modo anche SCHIAVANO G., *Riforma della legge fallimentare: implicazioni penalistiche*, cit., 956) rileva giustamente che in tal caso non si tratta di soggetti che sono stati nominati da parte dell'Autorità giudiziaria.

²⁷⁹ L'osservazione è di CONSULICH F., *Nolo cognoscere. Il diritto penale dell'economia tra nuovi responsabili e antiche forme di responsabilità "paracolpevole": spunti a partire dal nuovo art. 236 bis l. fall.*,

Le difficoltà della dottrina emergono con semplicità dal fatto che lo studio delle varie posizioni sul punto, un po' come si è rilevato in sede di capitolo II per l'art. 217 *bis*, viene argomentato "in negativo", per esclusione, e con un generoso uso del condizionale, fino ad arrivare ad una soluzione che, più che convincere, meno delle altre delude.

4.2.2. a): La possibile qualifica di "pubblico ufficiale" in capo al professionista attestatore: artt. 479 e 480 c.p.

La prima strada, astrattamente percorribile, è quella che configura il professionista attestatore quale pubblico ufficiale, con conseguente possibilità che trovi applicazione la fattispecie propria di cui all'art. 479 c.p. ("Falsità ideologica commessa dal pubblico ufficiale in atti pubblici") o dell'art. 480 c.p. ("Falsità ideologica commessa dal pubblico ufficiale in certificati o autorizzazioni amministrative").

A sostegno di tale tesi sono state portate, a dire la verità, argomentazioni dal sapore più suggestivo che dalla effettiva persuasività giuridica. Partendo dalle novità in tema di concordato preventivo, è stato messo in evidenza che, pure al netto della forte privatizzazione che la procedura ha subito, non sarebbe stata intaccata la fisionomia essenzialmente pubblicistica della stessa; in particolare, in considerazione del tipo di attività che il professionista è chiamato a svolgere, nonché del ruolo di natura probatoria che la relativa attestazione svolge nell'ambito della procedura ai fini dell'apertura della stessa, la soluzione preferibile sarebbe quella di ricorrere alla fattispecie di cui all'art. 479 c.p.²⁸⁰

cit., 621; secondo l'Autore questa responsabilizzazione penale di soggetti in posizioni di gestione strategica del rischio economico si colloca nella scia di ulteriori interventi che si sono avuti negli ultimi anni in questa direzione, quali, in particolare, le norme volte a sanzionare le condotte illecite poste in essere da parte dei revisori contabili (d.lgs. 39 del 2010).

²⁸⁰ Questa la soluzione elaborata da CASSANI C., *La riforma del concordato preventivo: effetti penali*, cit., 769. Propende per la qualifica di pubblico ufficiale, senza prendere posizioni sulla specifica fattispecie configurabile anche SANDRELLI G.G., *Prime considerazioni sui riflessi della legge 80/05 sul comparto penale della legge fallimentare*, 1221. Non di questo avviso invece BRICCHETTI R., *Profili penali*, cit., 652, salvo escludere, per altre motivazioni, l'opzione dell'art. 480 c.p.

Effettivamente, limitando l'attenzione al campo delle falsità compiute dal pubblico ufficiale, va detto che non appare pertinente il richiamo all'art. 480 c.p. e alla relativa nozione di "certificati", da cui ci si potrebbe far tentare in considerazione della funzione attestativa svolta dalla relazione del professionista. Se il certificato si qualifica per "il contenuto meramente dichiarativo di atti pubblici preesistenti o di fatti non conosciuti direttamente dal pubblico ufficiale per non essersi verificati alla sua presenza, laddove l'atto pubblico è un documento originale, avente valore costitutivo, diretto a provare l'attività compiuta dal pubblico ufficiale che l'ha redatto" (così Cass. Pen., Sez. V, 17 novembre 1993, n. 11506, Rv. 196464), l'attestazione in parola sembra apparire inconferente rispetto a tale nozione poiché quest'ultima né esprime il contenuto di un precedente atto pubblico, né i fatti accertati possono essere estranei rispetto alla sfera di diretta percezione da parte del professionista; ancora su questo punto Cass. Pen., Sez. V, 10 luglio 1995, n. 10113, in *Cass. pen.*, 1996, 1421 per cui il certificato si distingue dall'atto pubblico per due ordini di motivi: in primo luogo perché, quanto all'oggetto, mentre l'atto pubblico attesta fatti che appartengono alla sfera di attività e di percezione del pubblico ufficiale, il certificato invece rappresenta fatti che risultano *aliunde*; secondariamente

La suddetta ricostruzione, fondata sul riscontro dei requisiti richiesti dall'art. 357 c.p., è stata tuttavia significativamente osteggiata dalla maggior parte degli Autori²⁸¹; pur rilevando che la funzione certificativa, è ovviamente, in sé, astrattamente riconducibile nel novero di quelle rilevanti in tema di qualificazioni pubblicistiche²⁸², si è messo in evidenza che difetterebbero alcuni requisiti per una tale qualificazione.

In particolare nella prima pronuncia che ha interessato la responsabilità della neo introdotta figura attestativa, il Tribunale di Torino ha escluso che possa venire in questione una ipotesi di falsità ideologica del pubblico ufficiale in atto pubblico (art. 479 c.p.) in considerazione di un duplice ordine di argomentazioni²⁸³. In primo luogo il Tribunale rileva che, se pure è vero che il professionista svolge la propria attività in una posizione di terzietà rispetto al debitore e al giudice e al commissario, “è altrettanto vero che egli è legato da un rapporto di fiducia all'imprenditore che lo ha nominato scegliendolo a preferenza di altri, circostanza questa che (involgendo in qualche misura una dipendenza funzionale da una parte processuale) di per sé rende ardua l'assimilazione al pubblico ufficiale”²⁸⁴. Secondariamente viene poi sottolineata la differenza di disciplina tra questa figura e quella del curatore

perché, quanto agli effetti, il certificato, a differenza dell'atto pubblico, non può produrre effetti giuridici suoi propri in considerazione della natura derivativa dell'atto, che quindi si limita a riprodurre solo gli effetti dell'atto che lo presuppone necessariamente. Sulla differenza tra certificato e atto pubblico, in dottrina, si rimanda a CATELANI G., *I delitti di falso*, II° ed., Milano, 1989, 222, il quale pone l'accento, principalmente sul fatto che, a differenza dell'atto pubblico, il certificato non deve esprimere una attività posta in essere necessariamente dal pubblico ufficiale o che sia avvenuta in sua presenza, potendo invece riferirsi anche a fatti di cui altri abbiano avuto percezione o che siano invece di natura notoria.

²⁸¹ Si veda sul punto GIUNTA F., *Revocatoria e concordato preventivo: tutela penale*, cit., 38; MANGIONE A., *Riflessi penalistici sulla riforma delle procedure concorsuali*, cit., 924; TROYER L., *Le responsabilità penali relative alle soluzioni concordate delle crisi d'impresa*, cit., 122; SCHIAVANO G., *Riforma della legge fallimentare: implicazioni penalistiche*, cit., 957; o, ancora, INSOLERA G., *Riflessi penalistici della nuova disciplina del concordato preventivo e delle composizioni extragiudiziali della crisi di impresa*, cit., 470 che pone l'accento sul fatto che è stato mantenuta l'esplicita qualifica di pubblico ufficiale per il curatore (all'art. 30 l. fall) nonché per il commissario giudiziale (art. 165), pertanto, mancando la correlata esplicita qualifica in capo al professionista attestatore si dovrebbe dedurre che tale qualifica manchi a quest'ultimo. Per una soluzione negativa anche BRICCHETTI R. – MUCCIARELLI F. – SANDRELLI G., *Sub. Artt. 216 – 241*, cit., 2750, ove si fa riferimento ad un'altra figura, quella del revisore societario. Effettivamente è dato riscontrare delle rilevanti affinità tra i due soggetti posto che, sotto il profilo dell'attività svolta, anch'esso è chiamato ad una certificazione del contenuto delle informazioni prospettate dal privato, inoltre, anche per questa figura, sono richiesti requisiti di onorabilità e professionalità; tuttavia, in tal caso, proseguono gli Autori, “nessuno dubita che questo professionista rivesta natura privata, senza che possa inferirsi dal suo ruolo una responsabilità qualificabile in termini pubblicistici”.

²⁸² Ancora BRICCHETTI R., *Profili penali*, cit., 652.

²⁸³ Trib. Torino, Sez. IV, 31 marzo 2010, in *Fall.*, 2010, 1439.

²⁸⁴ Il Tribunale argomenta richiamando, a tal fine, una pronuncia di qualche anno antecedente che, *a contrario*, riconosce in capo al commissario giudiziario, nominato dal giudice dell'esecuzione civile per la vendita dei beni pignorati, la qualifica di pubblico ufficiale poiché svolge le proprie funzioni in assenza di alcuna dipendenza funzionale delle parti (Cass. Pen., Sez. VI, 13 febbraio 2008, n. 31656, Rv. 242046). Si noti, peraltro, che anche in tal caso, come messo in evidenza nel paragrafo precedente, non viene messo in dubbio che la nomina del professionista spetti allo stesso imprenditore; anzi, da tale circostanza, considerata implicita, se ne ricava l'ulteriore conseguenza messa in evidenza.

fallimentare²⁸⁵, in particolar modo per ciò che attiene il regime dei requisiti e delle incompatibilità tra le due figure²⁸⁶; da ciò deriverebbe la volontà del legislatore di non attribuire al soggetto attestatore alcuna funzione di tutela di interessi di natura pubblicistica²⁸⁷.

Se il sapore dell'esito cui perviene il Tribunale di Torino pare soddisfare le aspettative, va rilevato che il percorso argomentativo seguito non sembra garantire il medesimo appagamento. Come si è correttamente messo in evidenza²⁸⁸, la scelta di porre a fondamento dell'argomentazione elementi come quelli valorizzati nella pronuncia in esame sembra non tenere in adeguata considerazione la riforma della figura del pubblico ufficiale operata dalla legge n. 86 del 1990 e la chiara rilevanza oggettiva della funzione svolta da parte del soggetto - che deve essere pubblica ai sensi dell'art. 357 c.p. - senza che possa rilevare il rapporto di dipendenza rispetto allo Stato o ad altro ente pubblico²⁸⁹.

Viceversa, prendendo in considerazione i parametri richiesti dalla norma che delinea la figura del pubblico ufficiale, va detto che certamente, per un verso, le norme che delineano la funzione svolta sono da annoverare tra quelle di diritto pubblico, mentre maggiori resistenze pare opporre la possibilità di qualificare la sua attività come certificativa ai sensi della norma; l'attività che pone in essere il professionista, infatti, non comporta l'automatica efficacia probatoria all'attestazione realizzata²⁹⁰ bensì rappresenta, semmai, una condizione di accesso alla procedura e alle conseguenze giuridiche che essa comporta, pur rimanendo il relativo contenuto sottoposto – come si è visto - al giudizio del Tribunale in termini, quanto meno, di corrispondenza rispetto al paradigma legale. Al più pare di interesse interrogarsi²⁹¹ se l'attività del professionista non possa essere fatta rientrare nell'ambito della pubblica funzione, non amministrativa, bensì giudiziaria, atteso che la giurisprudenza, sul punto, propende per una interpretazione a maglie larghe, non limitata a chi esercita la funzione strettamente giurisdizionale, come i giudici

²⁸⁵ Cfr., sul punto, il paragrafo precedente.

²⁸⁶ A tal fine nella pronuncia vengono richiamate le due pronunce della Cassazione Civile (n. 2706 e 22927, entrambe del 2009) già prese in considerazione al paragrafo precedente per mettere in evidenza che, anche attraverso la lente civilistica era stata messa in evidenza tale diversità tra le due figure, proprio avendo come punto di partenza il fatto della nomina e della funzione svolta dall'uno rispetto all'altro.

²⁸⁷ Così LANZI M., *Il professionista incaricato della relazione per l'ammissione al concordato preventivo non è pubblico ufficiale*, in *Fall.*, 2012, 1441, in commento alla pronuncia del Tribunale di Torino.

²⁸⁸ Ancora LANZI M., *Il professionista incaricato della relazione per l'ammissione al concordato preventivo non è pubblico ufficiale*, cit., 1442 ss.

²⁸⁹ Così, *ex pluribus*, Cass. Pen., Sez. V, 16 gennaio 1997, n. 2036, Rv. 208669.

²⁹⁰ Per la distinzione tra poteri autoritativi e certificativi validi ai fini della nozione di cui all'art. 357 c.p., si può efficacemente richiamare Cass. Pen., Sez. Un., 27 marzo 1992, n. 7958, in *Giust. pen.*, 1993, II, 65; mentre tra i primi rientrano i poteri di natura coercitiva e tutte quelle attività che sono comunque esplicitazione di un potere pubblico discrezionale nei confronti di un soggetto che viene a trovarsi così su un piano non paritetico – di diritto privato – rispetto all'autorità che tale potere esercita, rientra invece nei poteri certificativi le attività di documentazione cui l'ordinamento assegna efficacia probatoria, quale che ne sia il grado.

²⁹¹ Così come fa LANZI M., *Il professionista incaricato della relazione per l'ammissione al concordato preventivo non è pubblico ufficiale*, cit., 1443.

e i pubblici ministeri, bensì estesa altresì a chi svolge attività di carattere ausiliario rispetto ad essi²⁹².

Tuttavia anche in questo caso non sembra che sia questa la funzione in grado di descrivere adeguatamente il ruolo svolto da parte del professionista attestatore posto che, come si è messo in evidenza anche precedentemente, in occasione della pronuncia delle Sezioni Unite Civili del 2013, egli, semmai, è chiamato a svolgere un ruolo nella formazione del convincimento, *rectius*, consenso per i creditori dell'impresa e solo indirettamente il contenuto della sua attestazione può rilevare in ordine alla funzione giudiziaria, così come intesa dalla giurisprudenza²⁹³.

Tale ultima constatazione, peraltro, induce un'ulteriore riflessione; posto che il ruolo dell'attestazione è quello appena descritto, sembra doversi ritenere inconferente la qualifica normativa, contenuto nell'art. 479 c.p., che specifica che l'atto in questione deve essere in ogni caso “*destinato a provare la verità*”. Se, con riferimento alla decisione che il Tribunale deve prendere in ordine all'omologa o meno dell'accordo sulla base della sussistenza degli elementi prescritti dalla legge, non sembrano residuare margini di opinabilità in capo al giudice – tanto più nell'equilibrio delineato *post* riforme - per cui, anche a voler estendere (analogicamente?) il significato dell'inciso in esame, si potrebbe ritenere che l'attestazione svolge il ruolo di prova della sussistenza dei presupposti normativi prescritti, per quello che riguarda i creditori il discorso assume connotati decisamente meno nitidi. Nei loro confronti, infatti, la funzione non è tanto quella di attestare la verità o meno di un certo fatto, bensì quella di fornire un adeguato e serio bagaglio informativo, la cui veridicità non è tanto l'effetto finale, bensì l'antecedente logico rispetto ad una decisione che sarà presa.

Sembra quindi che i connotati che la fattispecie astratta predica – ma così vale anche con riferimento alle altre opzioni che sono state avanzate dalla dottrina per risolvere tale problema, ovvero, oltre agli artt. 479 o 480, anche gli artt. 481 e 483 c.p. – scontino un'ineliminabile frizione rispetto al contenuto, alla funzione e al ruolo che svolge l'attestazione del professionista nell'economia della vicenda di risanamento.

²⁹² Tale nozione “estensiva” è dovuta alla formulazione attualmente vigente dell'art. 357 c.p.; l'espressione “*funzione giurisdizionale*” prevista nella versione originale uscita dalla riforma del 1990 è stata in seguito modificata nell'attuale “*funzione giudiziaria*” ad opera dell'art. 4 della l. n. 181 del 1992; la modifica in questione trova ragione in considerazione dei dubbi sollevati in ordine al fatto se la nozione così delineata potesse o meno comprendere anche il pubblico ministero. Ne consegue quindi che nella relativa nozione vanno fatti rientrare altresì, ad esempio, i consulenti del pubblico ministero (Cass. Pen., Sez. VI, 7 gennaio 1999, in *Giust. pen.*, 2000, II, 350), gli esperti che coadiuvano l'autorità di polizia giudiziaria nella fase delle indagini (Cass. Pen., Sez. VI, 13 marzo 1996, n. 2675, in *Riv. Pen.*, 1996, 1105), l'ufficiale giudiziario (Cass. Pen., Sez. VI, 9 ottobre 2006, n. 36306, in *Riv. pen.*, 2007, 410) nonché il liquidatore dei beni nel concordato preventivo (Cass. Pen., Sez. V, 11 novembre 1994, in *Cass. Pen.*, 1996, 1446). Per la medesima soluzione, in dottrina, si veda ROMANO M., *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei privati. Le qualifiche soggettive*, III° ed., Milano, 2008, 288.

²⁹³ Efficacemente LANZI M., *Il professionista incaricato della relazione per l'ammissione al concordato preventivo non è pubblico ufficiale*, cit., 1444 sottolinea che una diversa soluzione comporterebbe che, ove assumesse valore decisivo, ai fini della qualifica di pubblico ufficiale, la circostanza che il soggetto concorre a formare il convincimento del giudice, ne assumerebbero la qualifica persino gli avvocati difensori; esito evidentemente paradossale.

4.2.2.b): Il professionista attestatore quale “persona esercente un servizio di pubblica necessità” e la fattispecie di cui all’art. 481 c.p.

Esclusa la qualificazione pubblicistica del professionista attestatore, ha riscontrato maggiori consensi invece quella di esercente un servizio di pubblica necessità, con conseguente applicazione dell’art. 481 c.p. (“*Falsità ideologica in certificati commessa da persone esercenti un servizio di pubblica necessità*”). Per pervenire a tale soluzione, tuttavia, la norma comporta una duplice indagine: da un lato va dimostrata la correttezza della qualifica soggettiva ex art. 359 c.p.²⁹⁴ e, dall’altra, la sussumibilità nella nozione di “*certificato*” rilevante ai sensi dell’art. 481 c.p. dell’attestazione elaborata dal professionista.

A proposito del primo aspetto, va detto che esso non desta particolari problemi; non v’è difficoltà, infatti, a riscontrare che chi intenda conseguire i benefici delineati dalle riformulate norme concorsuali, debba necessariamente avvalersi dell’opera del professionista, attraverso la cui attestazione egli svolge “*un servizio di pubblica necessità in funzione della corretta informazione e tutela dei creditori*”²⁹⁵.

Il discorso si complica leggermente, invece, per ciò che riguarda l’oggetto materiale della condotta, ovvero il “*certificato*” nel quale l’autore “*attesta falsamente...fatti dei quali l’atto è destinato a provare la verità*”. Già si è rilevato²⁹⁶ il diverso contenuto, per così

²⁹⁴ Sia consentito ricordare che l’art. 359 c.p. qualifica le persone esercenti un servizio di pubblica necessità, agli effetti della legge penale: “1) *i privati che esercitano professioni forensi o sanitarie, o altre professioni il cui esercizio sia per legge vietato senza una speciale abilitazione dello Stato, quando dell’opera di essi il pubblico sia per legge obbligato a valersi; 2) i privati che, non esercitando una pubblica funzione, né prestando un pubblico servizio, adempiono un servizio dichiarato di pubblica necessità mediante un atto della pubblica Amministrazione*”.

²⁹⁵ Questo quanto affermato da Trib. Rovereto, 12 gennaio 2012, in *Fall.*, 2012, 834 ss.; si tratta dell’unica pronuncia che, in positivo, abbia riscontrato la sussistenza degli estremi di una fattispecie di falso in capo al professionista attestatore, nello specifico, per l’appunto, quella dell’art. 481 c.p. Concorda sull’esito cui perviene, sotto questo aspetto, la pronuncia, TETTO F., *Le false o fraudolente attestazioni del professionista ex art. 161, comma 3 l. fall.: alla ricerca di un’evanescente tipicità penalmente rilevante*, in *Fall.*, 2012, 845, di cui ne è il commento. Della stessa opinione, sul punto, anche ZINCANI M., *Il nuovo 217 bis l. fall.: la ridefinizione dei reati di bancarotta*, cit., 527; COCCO G., *Esenzioni dai reati di bancarotta nel “nuovo” art. 217-bis della legge fallimentare*, cit., 13 (tranne per quanto riguarda il piano attestato ex art. 67, 3° comma, lett. d) e, quanto meno in un senso dubitativo, BRICCHETTI R., *Profili penali*, cit., 652.

Effettivamente sembra essere pertinente il parallelo con altre figure professionali, cui pacificamente la giurisprudenza riconosce la qualifica di esercenti un servizio di pubblica necessità, come il caso del tecnico qualificato incaricato di predisporre la documentazione da presentare a corredo di una domanda di concessione edilizia (Cass. Pen., Sez., V, 7 dicembre 2007, n. 3146, Rv. 238344) o del geometra che presenti delle planimetrie non conformi al vero a corredo della richiesta di certificati e autorizzazioni (Cass. Pen., Sez. V, 21 marzo 2006, n. 15860, in *Cass. pen.*, 2007, 3294).

²⁹⁶ Cfr. nota n. 279. Con riferimento a questa fattispecie, parte della dottrina, sottolinea che l’atto, pur di provenienza privata, godrebbe tuttavia di un credito privilegiato in considerazione della persona che lo rilascia; per tale ragione CARNELUTTI F., *Teoria del falso*, Milano, 1935, 145, parla di documenti “quasi pubblici”. Sul punto anche MANNA A., *Falsità ideologica in certificati commessa da persone esercenti un servizio di pubblica necessità (Art. 481)*, in CADOPPI A. – CANESTRARI S. – MANNA A. – PAPA M., *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, V, *I delitti contro la fede pubblica e*

dire “secondario”, quanto a provenienza, del certificato rispetto a quello dell’atto pubblico²⁹⁷, così come deve essere sottolineato che è essenziale che il certificato acquisti valore probatorio in considerazione della provenienza per così dire qualificata dello stesso e perché ciò dispone la legge o una consuetudine non contraria alla legge²⁹⁸.

Orbene, prendendo a prestito il ragionamento svolto nella già citata pronuncia del Tribunale di Rovereto, effettivamente il ruolo svolto dal professionista attestatore si qualifica per una doppia anima: certificativa e valutativa, la cui risultanza si qualifica per una specifica funzione non solamente persuasiva ma altresì probatoria tanto per i creditori quanto per l’organismo pubblico²⁹⁹. Tuttavia lo snodo problematico è quello relativo alla possibilità di sussumere anche la componente valutativa dell’attestazione nella nozione di “*certificato*” rilevante ai fini della norma *de qua*.

Sotto tale profilo, a fronte di una posizione tradizionalmente restrittiva da parte della giurisprudenza, resta ad annoverare tra i certificati anche quelle attestazioni che fossero il frutto di valutazioni e convincimenti di carattere soggettivo e non la semplice diretta trasposizione di una mera osservazione di circostanze di fatto³⁰⁰, si devono riscontrare altre pronunce ove si è affermato che anche una valutazione può essere ideologicamente falsa poiché essa, in ogni caso, discende dall’utilizzo di parametri sulla cui correttezza può sempre effettuarsi un accertamento³⁰¹; e questo, persino, nel caso in

l'economia pubblica, Torino, 2010, 352, nonché FIANDACA G. MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale*, I, II° ed., Bologna, 1997, 591.

²⁹⁷ Rileva peraltro CATELANI G., *I delitti di falso*, cit., 283 che, a differenza dell’ipotesi del certificato redatto dal pubblico ufficiale, quello del soggetto esercente un servizio di pubblica necessità, può contenere tanto una dichiarazione di scienza di un fatto direttamente percepito da chi lo redige, quando descrive il risultato di una attività che ha condotto al risultato che viene descritto. Sostanzialmente dello stesso avviso anche MEZZETTI E., Sub *art. 481*, in RONCO M – ROMANO B. (a cura di), *Codice penale commentato*, IV° ed., Torino, 2012, 2335.

²⁹⁸ Così MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, V° ed., vol. VI, Torino, 1983, 913.

²⁹⁹ Trib. Rovereto, cit., 837; la pronuncia, con particolare riferimento all’efficacia probatoria dell’attestazione si richiama a diverse pronunce di merito dove viene sottolineata l’efficacia fideifacente della stessa.

³⁰⁰ Così Cass. Pen., Sez. II, 12 dicembre 2006, in *Cass. pen.*, 2008, 20; in tale caso, infatti, secondo la pronuncia le attestazioni frutto di valutazioni del suo autore non avrebbero la funzione, propria dell’art. 481 c.p., di fornire all’amministrazione un’esatta informazione su circostanze di fatto e, quindi, di provare la verità di quanto in esse si afferma; allo stesso modo anche Cass. Pen., Sez. V, 26 aprile 2005, n. 23668, Rv. 231906 con riferimento alla relazione allegata alla denuncia di inizio attività poiché essa non avrebbe la funzione di provare la oggettiva verità di ciò che in essa è affermato ma, per quanto riguarda la parte relativa all’assenza di vincoli, esprime solamente un giudizio dell’agente, per di più passibile di errore.

³⁰¹ Così Cass. Pen., Sez. V, 7 dicembre 2007, n. 2895, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 1119 ss., con nota di PONTIS F., *Falso e abuso edilizio*, *ivi*, 1122; nella pronuncia si mette condivisibilmente in evidenza che l’esattezza dei conteggi dei volumi necessari per la relazione diretta al rilascio di una concezione edilizia “*discende da parametri tecnici che nulla hanno di soggettivo o di “personale”, ma rispetto ai quali può e deve essere verificata la correttezza tecnica delle modalità e dei criteri posti a base del computo relativo alla volumetria assentibile asseverata negli elaborati*”.

Pur senza scendere in queste considerazioni sembra questo il percorso seguito dalla pronuncia del Tribunale di Rovereto quando afferma che la relazione elaborata dal professionista “*contiene in sé l’attestazione dell’esperto di aver compiuto le attività di raccolta di dati e di verifica di contabilità aziendale e del compendio nonché di aver accertato che i dati e le notizie raccolti in ordine alla situazione economica,*

cui, a monte, non vi siano parametri valutativi di matrice normativa precedentemente determinati³⁰². Sembra pertanto che si sia operata una (ammissibile nonchè ragionevole) interpretazione estensiva della nozione di certificato, non più limitata a dati fattuali di immediata percezione, bensì anche a quelle valutazioni che riposino su parametri idonei a consentire una valutazione di correttezza circa il ragionamento operato da parte dell'autore del certificato; si tratta, di un aspetto estremamente rilevante in considerazione della formulazione dell'art. 236 *bis* della legge fallimentare, come si avrà modo di mettere in evidenza a breve.

4.2.2.c): Ancora in tema di falsità ideologiche: l'opzione a favore della fattispecie di cui all'art. 483 c.p.

Da ultimo, merita segnalare che, una volta esclusa la ricorrenza della qualifica penalistica, alcuni Autori³⁰³ hanno prospettato la strada della fattispecie della “*Falsità ideologica commessa dal privato in atto pubblico*” (art. 483 c.p.). Si tratta di una fattispecie che, in realtà sconta alcuni dei problemi già messi in evidenza con riferimento ad altre ipotesi già analizzate.

In particolare, oltre al dubbio che la relazione sia effettivamente destinata a provare la verità di quanto in esse affermato³⁰⁴ e non invece a fornire una efficace base conoscitiva attraverso la quale i creditori possono effettuare le proprie valutazioni in ordine alla convenienza della soluzione prospettata dall'imprenditore e asseverata dal

finanziaria e aziendale coincidono con quelli esposti dall'imprenditore” e che quindi ne consegue “*che quella relazione prova la verità dei dati stessi*”; vero che in tale passaggio non emerge in maniera decisa il fatto che parte integrante dell'attestazione consiste anche in una valutazione di matrice prospettica, tuttavia tale circostanza è in realtà messa in evidenza in altre parti del percorso argomentativo della stessa. Critico, invece, su questo passaggio TETTO F., *Le false o fraudolente attestazioni del professionista ex art. 161, comma 3 l. fall.: alla ricerca di un'evanescente tipicità penalmente rilevante*, cit., 845; più in generale l'Autore rileva l'incapacità della fattispecie *de qua* a contenere le condotte realizzabili dal professionista attestatore a causa della “*manca di una perfetta osmosi strutturale tra l'art. 481 cod. pen. (e, più in generale, dei delitti di falsità ideologica documentale) e l'obbligo di attestazione della veridicità dei dati aziendali*”: posto che l'attestazione stessa nulla avrebbe a che fare con una funzione realmente fidefacente, esclude che possa farsi ricorso alle fattispecie presa in considerazione da parte del Tribunale di Rovereto.

Concordano invece con l'impostazione poco sopra esposta e pervengono, di conseguenza, a identificare la fattispecie rilevante nell'art. 481 c.p., COCCO G., *Esenzioni dai reati di bancarotta nel “nuovo” art. 217-bis della legge fallimentare*, cit. 17, nonché ZINCANI M., *Il nuovo 217 bis l. fall.: la ridefinizione dei reati di bancarotta*, cit., 527 e TROYER L., *Le responsabilità penali relative alle soluzioni concordate delle crisi d'impresa*, cit., 121.

³⁰² Cass. Pen., Sez. V, 13 gennaio 2006, n. 13249, in *Riv. pen.*, 2007, 325. In tale caso, secondo la Cassazione, la particolare posizione istituzionale o le qualifiche professionali in capo a chi effettua la valutazione comporterebbero un conseguente ragionevole affidamento nella stessa.

³⁰³ G.G. SANDRELLI, *La riforma della legge fallimentare: i riflessi penali*, cit., 443, nonché R. BRICCHETTI, F. MUCCIARELLI, G.G. SANDRELLI, *Le responsabilità penali*, cit., 1302 e BRICCHETTI R., *Profili penali*, cit., 652.

³⁰⁴ Ne sono convinti R. BRICCHETTI, F. MUCCIARELLI, G.G. SANDRELLI, *Le responsabilità penali*, cit., 1302; cfr. tuttavia la parte finale del § 4.2.2.a).

professionista, è stato messo effettivamente messo in evidenza che il meccanismo delineato nella fattispecie *de qua* riguarderebbe quelle situazioni in cui la dichiarazione del privato viene successivamente trasfusa in un atto pubblico³⁰⁵, mentre nel nostro caso l'attestazione rimarrebbe allegata nell'atto di natura privata della domanda di accesso alla procedura³⁰⁶; o, al più, verrebbe in qualche modo assorbita nel contenuto motivazione del decreto del Tribunale, senza però che possa prospettarsi alcun automatismo, non solo perché altrimenti si verrebbe totalmente a frustrare l'autonomia del provvedimento giurisdizionale in questione ma anche perché si è già messo in evidenza che in capo al Tribunale permangono, in ogni caso, dei limiti di valutazione delle risultanze cui è pervenuto il professionista.

4.2.2.d): Il ruolo di garanzia del professionista ai sensi dell'art. 40, 2° comma c.p.

Da ultimo si deve registrare una ulteriore e diversa posizione sostenuta in dottrina, del tutto ultronea rispetto alla prospettazioni in termini di falsità ideologica. Muovendo dai requisiti, già messi in evidenza *retro*, relativi alla professionalità e all'indipendenza dell'attestatore, si è prospettato in capo a quest'ultimo il ruolo di garanzia, rilevante ai sensi dell'art. 40, 2° comma c.p., con riferimento alle ipotesi illecite che potrebbe commettere non solo l'imprenditore, ma anche tutti gli altri soggetti che coadiuvano quest'ultimo nella raccolta dei dati rilevanti e che concorrono ad elaborare il piano.

Un obbligo giuridico di impedire l'evento delittuoso che potrebbe essere astrattamente commesso tanto nell'ambito specifico della redazione della proposta di piano di salvataggio, quanto in riferimento ad altri fatti "*comunque connessi ai suoi compiti*", come falsi materiali, ideologici o anche, ipotesi di bancarotta³⁰⁷.

La fonte di tale obbligo, si prosegue, sarebbe da individuare nel mandato professionale, conferito dall'imprenditore, che comporterebbe però, oltre ad una responsabilità di natura civile, con riferimento alla prestazione dell'opera pattuita, anche una responsabilità di natura penale, a protezione dei creditori, ai quali si indirizza il

³⁰⁵ La norma in questione è volta a presidiare i meccanismi di autocertificazione previsti dal nostro ordinamento attraverso la sanzione comminata al privato che dia corso alla trasfusione in un atto pubblico di un contenuto ideologicamente falso; sul punto COCCO G., *Falso ideologico del privato in atto pubblico (483)*, in G. COCCO (a cura di), *I reati contro i beni economici*, Padova, 2010, 488. Sulla integrazione del delitto in questione in caso di dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà, in caso di falsità ricadente sulla data di ultimazione dell'opera da sanare, Cass. Pen., 26 novembre 2009, n. 2978, Rv. 245839.

³⁰⁶ Per tale ragione esclude la possibilità di far ricorso all'art. 483 c.p. GIUNTA F., *Revocatoria e concordato preventivo: tutela penale*, cit., 38. Critico su tale aspetto anche ALESSANDRI A., *Profili penalistici delle innovazioni*, cit. 126, nonché ZINCANI M., *Il nuovo 217 bis l. fall.: la ridefinizione dei reati di bancarotta*, cit., 527 e TROYER L., *Le responsabilità penali relative alle soluzioni concordate delle crisi d'impresa*, cit., 123.

³⁰⁷ Si tratta della posizione sostenuta da SCHIAVANO G., *Il professionista "attentatore" nelle soluzioni concordate della crisi di impresa: la sua qualifica penalistica*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1-2/2010, 275 ss.

risultato della propria attività di attestazione. Il potere impeditivo in capo al professionista, necessario per qualificare la responsabilità nei termini di obbligo di garanzia di cui all'art. 40 cpv. c.p. e non quale semplice obbligo di sorveglianza, si collocherebbe nella fase dell'attestazione, ove il professionista potrebbe, *rectius*, dovrebbe sostanzialmente bloccare qualunque tentativo di condotta fraudolenta che possa passare attraverso le maglie dell'attestazione privatistica, celato in forma truffaldina tra i dati contabili o in un piano in realtà inidoneo allo scopo.

Si tratta di una ricostruzione effettivamente conforme allo scopo ultimo proprio dell'attestazione che però sembra non del tutto fedele ai canoni propri della responsabilità da posizione di garanzia. Con maggior sforzo esplicativo, la fonte contrattuale da cui promanano gli obblighi professionali assunti stabilisce il contenuto della prestazione che deve essere svolta, ovvero, genericamente, fornire, ove possibile, l'attestazione di conformità dei dati esposti dall'imprenditore rispetto alla realtà aziendale, così come, sempre ove ciò corrisponda al vero, l'attestazione che il piano predisposto è idoneo rispetto alle diverse finalità prese in considerazione dalle varie norme sul punto. Tuttavia far derivare dall'oggetto di tale contratto anche un autonomo dovere di impedimento di condotte fraudolente che possono essere realizzate dall'imprenditore suona come un'estensione difficilmente conciliabile col principio di tassatività del diritto penale: sembra effettivamente residuare più di un dubbio sulla circostanza che, in tal caso, il professionista si assuma contrattualmente, a favore dei creditori, l'obbligo di impedire un evento delittuoso da parte dello stesso soggetto che gli affida l'incarico professionale³⁰⁸.

Viceversa non sembra cogliere nel segno la critica a questa ricostruzione incentrata sull'asserita assenza di poteri impeditivi in capo al professionista attestatore³⁰⁹: anche ammettendo la premessa, su cui peraltro non si concorda anche in considerazione degli approdi della giurisprudenza di merito sul punto, che non è dato riscontro autonomi ed effettivi poteri di natura ispettiva e di accesso, tuttavia una volta che quest'ultimo si assuma la responsabilità – ora anche penale - di attestare la “*veridicità dei dati aziendali?*”, ove residuasse il dubbio sulla conformità al vero dei dati esposti unilateralmente da parte dell'imprenditore e costui non consentisse un diretto accesso

³⁰⁸ Per di più si tenga in considerazione che, nel ventaglio di possibili circostanze concrete che si potrebbero presentare, una responsabilità agganciata all'art. 40, cpv. c.p. che non trascolori in una diretta responsabilità a titolo concorsuale con la condotta fraudolenta dell'imprenditore, sembra prospettarsi esclusivamente in quei casi in cui l'evento si realizza perché voluto dall'imprenditore e non dal professionista. Si dovrebbe trattare, sostanzialmente, di una situazione in cui il primo ponga in essere una condotta decettiva capace di trarre in inganno anche quest'ultimo, ipotesi che sembra in realtà piuttosto marginale rispetto ai possibili casi in cui, invece, la responsabilità del professionista sia individuabile in via diretta per un comportamento proprio fraudolento.

³⁰⁹ CONSULICH F., Nolo conoscere. *Il diritto penale dell'economia tra nuovi responsabili e antiche forme di responsabilità “paracolpevole”*: spunti a partire dal nuovo art. 236 bis l. fall., cit. 631 ss., per il quale la situazione del professionista si distinguerebbe da quella di altri soggetti operanti nell'ambito della società, come amministratori non operativi o sindaci, per i quali, invece sussisterebbero adeguati poteri impeditivi una volta colti i segnali d'allarme delineati dalla dottrina e dalla giurisprudenza sul punto.

agli stessi, senza la propria intermediazione, discenderebbe senz'altro l'obbligo di non effettuare alcuna attestazione, impedendo così, in ogni caso, la condotta delittuosa altrui³¹⁰. Con l'ulteriore specificazione che, in ogni caso, una responsabilità penale da mancato impedimento potrebbe peraltro prospettarsi con esclusivo riferimento a quelle figure delittuose la cui portata offensiva possa ontologicamente continuare a svilupparsi pure a seguito dell'intervento del professionista, come nei casi di ulteriore aggravamento del dissesto o di nuovi episodi distrattivi.

4.3: Il “Decreto sviluppo” del 2012 introduce il nuovo statuto del professionista attestatore

Il dedalo di possibilità che si è descritto rende bene l'idea di quanto fosse pressante l'esigenza di garantire certezza normativa in tale ambito, snodo certamente tra i più delicati tra quelli delineati delle riformate procedure; in assenza di una strada che fosse pienamente convincente, un po' da tutte le parti, *a latere* della soluzione che veniva prospettata, si richiamava più che altro l'attenzione del legislatore per rimediare a tale incertezza³¹¹. E' stata pertanto salutata con positività la decisione di introdurre la nuova fattispecie dell'art. 236 *bis* l. fall., da parte del d.l. 22 giugno 2012, n. 83; il provvedimento, per ciò che a noi interessa ha agito in un duplice senso: da una parte, come detto, ha introdotto l'autonoma fattispecie penale di “*Falso in attestazioni e relazione*” e dall'altra ha rimodellato ulteriormente i requisiti propri della figura professionale, valorizzando maggiormente, in particolar modo, la necessità del requisito di indipendenza.

Posto che si ritiene che, per comprendere appieno la funzione e la responsabilità della figura in analisi sia necessario prima di tutto calarla nella sua realtà per così dire fisiologica, come già fatto *retro*, si procederà ora a delineare le innovazioni proprio

³¹⁰ Peraltro questa sembra essere anche la strada che sta prendendo piede nella giurisprudenza di merito, ove si rileva che il professionista non può limitarsi a “prendere atto” dei dati rappresentati dall'imprenditore, viceversa vi è un onere di esaminare e verificare i singoli elementi contabili ed extracontabili su cui il piano concordatario si fonda, vale a dire tutti i dati di natura contabile, aziendalistica e giuridica rilevanti ai fini dell'attuabilità del piano; in particolare l'attenzione deve essere rivolta agli elementi di maggiore importanza in termini quantitativi (ad esempio, crediti rilevanti), alle componenti del capitale circolante che generano flussi di cassa (ad esempio, scorte, crediti, debiti), ed agli elementi con profili di rischio elevato ai fini dell'attestazione (ad esempio, avviamenti di assets da dismettere, fondi di rischio ed oneri); in questi termini Trib. Benevento, 23 aprile 2013, in *Fall.*, 2013, 1373; Trib. Firenze, 9 febbraio 2012, in <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/6961.php>.

³¹¹ In particolare BRICCHETTI R., *Profili penali*, cit., 652; G. INSOLERA, *Riflessi penalistici della nuova disciplina del concordato preventivo e delle composizioni extragiudiziali della crisi di impresa*, cit., 471; MANGIONE A., *Riflessi penalistici sulla riforma delle procedure concorsuali*, cit., 925. Di diverso avviso invece COCCO G., *Esenzioni dai reati di bancarotta nel “nuovo” art. 217-bis della legge fallimentare*, cit. 18, il quale ritiene che “*l'equilibrio normativo raggiunto sia sufficiente garanzia di serietà ed efficienza del sistema*”.

relative ai requisiti del professionista attestatore per poi concentrare l'attenzione sui nuovi profili di responsabilità penale per i casi, invece, patologici.

4.3.1: I nuovi requisiti di indipendenza del professionista attestatore delineati dal “Decreto sviluppo”

Si è visto che la dottrina già era pervenuta a ritenere immanente al ruolo del professionista attestatore un grado di indipendenza rispetto agli interessi in gioco; pur non dubitandosi che la scelta e la nomina della stesso potesse legittimamente provenire dallo stesso imprenditore, con altrettanta convinzione è stata sottolineata la necessità di effettive connotazioni in termini di terzietà ed indipendenza, in considerazione del ruolo delicato che gli è stato affidato, con il trasferimento di alcuni fondamentali snodi decisionali che prima erano di competenza del Tribunale.

Tuttavia le modifiche introdotta dal “Decreto sviluppo” si inseriscono in un chiaro binario di “rivitalizzazione”³¹² del ruolo del professionista, i cui connotati vengono effettivamente precisati con maggior evidenza, anche per ciò che attiene alla conseguente responsabilità derivante dal suo operato. Rivitalizzazione che passa anche attraverso l'attribuzione di ulteriori compiti nella gestione della crisi di impresa, in una costante attribuzione di funzioni di carattere accertativo che, effettivamente, il legislatore sembra aver assunto a modello per ogni snodo decisionale della patologia aziendale³¹³. Con tale chiave di lettura vanno letti gli ulteriori compiti attribuiti al nostro professionista nei nuovi artt. 182 *quinquies*³¹⁴ e 186 *bis* l. fall.³¹⁵, evidente assunzione a metodo di una articolazione decisionale che meglio sembra riuscire a contemperare esigenze di celerità, professionalità d'analisi e privatizzazione della procedura.

Ne deriva quindi l'esigenza di strutturare adeguatamente la figura professionale in questione, attraverso connotazioni chiare e soprattutto positivizzate, anche al fine di eliminare aloni di incertezze normative che potevano rappresentare un deterrente rispetto all'assunzione di responsabilità professionale in questo delicato ruolo. Si è così proceduto ad una omologazione nelle varie sfaccettature degli strumenti di risoluzione della crisi, attraverso la limatura della differenze di disciplina che ancora permanevano e

³¹² LENOCI V., *Ruolo e responsabilità dell'esperto. L'indipendenza e il richiamo alla disciplina dei sindaci*, cit., 1.

³¹³ Nella più volte citata pronuncia delle Sezioni Unite, n. 1521 del 2013 vi sono alcune pagine della motivazione che si soffermano anche sulla figura del professionista, assimilata a quella dell'ausiliario del giudice, proprio in considerazione dei (rafforzati) requisiti di indipendenza e professionalità *post* “Decreto sviluppo”.

³¹⁴ Si tratta della norma riguardante la domanda di ammissione alle procedure con autorizzazione a contrarre finanziamenti prededucibili *ex* art. 111 (comma 1°) o alla domanda di concordato preventivo con continuità aziendale (comma 4°), già incontrata in sede di analisi dell'art. 217 *bis* l. fall.

³¹⁵ Relativa al concordato con continuità aziendale, in cui il professionista deve attestare che la prosecuzione dell'attività dell'impresa prevista nel piano di concordato è funzionale al migliore soddisfacimento dei creditori e l'ammissione alla procedura non impedisce comunque la continuazione dei contratti pubblici in corso di esecuzione.

il richiamo alla norma generale dell'art. 67, 3° comma, lett. d) che diventa ora la sede per lo statuto del professionista³¹⁶.

Nella versione attualmente vigente, uscita dal 1° comma, lett. a), n. 1 dell'art. 33 (“*Revisione della legge fallimentare per favorire la continuità aziendale*”) del d.l. 22 giugno 2012, n. 83, l'art. 67, comma 3°, lett. d) ora prevede espressamente sia che il professionista deve essere “*indipendente*”, sia che egli viene “*designato dal debitore*” (requisito ora espressamente ripreso anche in sede di art. 161³¹⁷, art. 182 *bis* e art. 186 *bis* l. fall.). Viene mantenuto il requisito dell'iscrizione nel registro dei revisori contabili e il riferimento ai requisiti previsti dall'art 28, lett. a) e b), ma è stato eliminato il richiamo all'art. 2501 *bis*, 4° comma c.c. e, soprattutto, è stato opportunamente specificato che “*il professionista è indipendente quando non è legato all'impresa e a coloro che hanno interesse all'operazione di risanamento da rapporti di natura personale o professionale tali da compromettere l'indipendenza del giudizio; in ogni caso, il professionista deve essere in possesso dei requisiti previsti dall'articolo 2399 del codice civile e non deve, neanche per il tramite di soggetti con i quali è unito in associazione professionale, avere prestato negli ultimi cinque anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore ovvero partecipato agli organi di amministrazione o di controllo*”.

Si tratta di una specificazione di non poco momento, non solo per la generale ritrosia da parte del legislatore a fornire in prima persona chiarimenti del dato normativo da lui stesso introdotto, ma anche perché si intravede la volontà di bilanciare il requisito della nomina privatistica – elemento difficilmente rinunciabile in un'ottica di reale privatizzazione della procedura³¹⁸ - con quello della adeguata professionalità ed estraneità dagli interessi rispetto all'esito del risanamento.

³¹⁶ Effettivamente questa rappresenta solo l'ultima tappa di un “*frammentato processo di innovazione legislativa*” che ha avuto inizio nel 2005; con queste parole TERENGGHI M., *Piani di risanamento dopo le modifiche: hanno ancora un senso?*, in *www.ilfallimentarista.it*, 2012, 1; allo stesso modo anche LAMANNA F., *La legge fallimentare dopo il “Decreto sviluppo”*, cit., 7.

³¹⁷ Per completezza va ricordato che in tema di concordato preventivo, per quanto di nostro interesse, il “Decreto sviluppo” ha aggiunto che il debitore, in sede di presentazione della domanda deve presentare, oltre agli altri documenti già individuati, “*un piano contenente la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta*” (art. 161, comma 2°, lett. e). Altra novità degna di nota è quella introdotta al comma 3° dell'art. 161 ove si prevede ora che, in caso di “*modifiche sostanziali della proposta o del piano*”, il debitore deve presentare una relazione del professionista “*analoga*” a quella da presentare in sede di presentazione della domanda.

Infine, è stata ascoltata la richiesta di una effettiva omogeneità dell'oggetto dell'attestazione nell'ambito dei diversi strumenti di risoluzione della crisi; in tutti e tre le ipotesi il professionista deve ora attestare la “*veridicità dei dati aziendali*”, nonché la “*fattibilità del piano*”, attestato o di concordato, di significato in ogni caso omogeneo (così almeno sostengono QUATTROCCHIO L. – RANALLI R., *Concordato in continuità e ruolo dell'attestatore: poteri divinatori o applicazione di principi di best practice*, in *www.ilfallimentarista.it*, 2012, 5) rispetto all'attestazione di “*attuabilità*” dell'accordo di ristrutturazione dei debiti.

³¹⁸ Critico invece sotto questo punto di vista LENOCI V., *Ruolo e responsabilità dell'esperto. L'indipendenza e il richiamo alla disciplina dei sindaci*, cit., 5 che, viceversa, sottolinea come una designazione “*pubblicistica*” avrebbe invece in ogni caso rappresentato una maggiore garanzia di terzietà nello svolgimento del proprio compito professionale. Sul punto anche NOCERA I.L., *I “nuovi” accordi di ristrutturazione: ruolo del professionista e trattamento dei creditori estranei*, in *www.ilfallimentarista.it*, 2012, 4.

Ai sensi della nuova formulazione dell'art. 67, 3° comma, lett. d) sembrano così delinearsi due diversi livelli di indipendenza³¹⁹; il primo di carattere concreto, secondo quanto previsto “in negativo” nella prima parte della norma e il secondo, invece, ulteriore, attraverso il richiamo all'art. 2399 c.c. e ai pregressi rapporti di natura professionale intercorsi con l'impresa.

Per quanto riguarda il primo livello, è appena il caso di rilevare che il legislatore – opportunamente - individua possibili deficit di terzietà non solo in relazione a rapporti di natura professionale già esistenti con l'impresa³²⁰, ma anche con riferimento a eventuali rapporti di natura personale con l'imprenditore, quali possono essere quelli di matrice familiare o anche solo di conoscenza tra il professionista e l'imprenditore³²¹. In ogni caso in capo il professionista non deve ricadere tra i soggetti indicati dall'art. 2399 c.c., norma che, in tema di società per azioni, individua le “Cause d'ineleggibilità e di decadenza” dei sindaci³²², non deve aver prestato la propria attività lavorativa, in via

³¹⁹ CONSIGLIO NAZIONALE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI ESPERTI CONTABILI, *Il ruolo del professionista attestatore nella composizione negoziale della crisi: requisiti di professionalità e indipendenza e contenuto delle relazioni*, Circ. n. 30/IR, 11 febbraio 2013. Secondo una ricostruzione solo parzialmente diversa, la chiave di lettura della norma sarebbe da rinvenire nella nozione di “conflitto di interessi”, di cui le singole ipotesi rappresenterebbero esclusivamente casi esemplificativi; così LAMANNA F., *La legge fallimentare dopo il “Decreto sviluppo”*, cit., 17.

Comunque si voglia leggere la struttura della norma, deve essere sottolineato che la norma in questione sembra garantire in ogni caso, anche attraverso le norme ulteriormente richiamate, sufficiente capacità di tenuta per tutte le situazioni in cui, nei fatti, potrebbe annidarsi un deficit di terzietà pericoloso per l'indipendenza del giudizio del professionista.

³²⁰ LENOCI V., *Ruolo e responsabilità dell'esperto. L'indipendenza e il richiamo alla disciplina dei sindaci*, cit., 5 porta quali esempi l'aver svolto attività di consulenza fiscale, essere tenentario delle scritture contabili o, ancora, averlo già assistito in precedenti giudizi o procedure amministrative.

³²¹ LAMANNA F., *La legge fallimentare dopo il “Decreto sviluppo”*, cit., 15. L'Autore sottolinea poi correttamente che la formula normativa adottata (“... *tali da compromettere l'indipendenza del giudizio*”) comporta una valutazione di natura concreta sul peso specifico del rapporto rispetto allo standard di indipendenza necessario al di sotto del quale non è possibile scendere. Critico invece sulla formulazione della clausola, ritenuta eccessivamente vaga, GUERRIERI G., *Sub art. 67*, cit., 437.

Più in generale, da parte di vari Autori viene sottolineato che la formula utilizzata dal legislatore riecheggia quella dell'art. 51 c.p.c. relativo all'obbligo di astensione da parte del giudice, che peraltro è direttamente richiamato dall'art. 63 c.p.c. per i consulenti tecnici; su questo punto, non solo LAMANNA F., *La legge fallimentare dopo il “Decreto sviluppo”*, cit., 15 ma anche LENOCI V., *Ruolo e responsabilità dell'esperto. L'indipendenza e il richiamo alla disciplina dei sindaci*, cit., 4 e VITALE F., *Nuovi profili penali della crisi di impresa: l'esenzione dai reati di bancarotta e la responsabilità del professionista attestatore*, cit., 20.

³²² La norma richiamata impedisce quindi che possano essere nominati professionisti una serie particolarmente analitica di soggetti: “*a) coloro che si trovano nelle condizioni previste dall'articolo 2382*”, ovvero “*l'interdetto, l'inabilitato, il fallito, o chi è stato condannato ad una pena che importa l'interdizione, anche temporanea, dai pubblici uffici o l'incapacità ad esercitare uffici direttivi*”; nonché, ancora, ex art. 2399 c.c. “*b) il coniuge, i parenti e gli affini entro il quarto grado degli amministratori della società, gli amministratori, il coniuge, i parenti e gli affini entro il quarto grado degli amministratori delle società da questa controllate, delle società che la controllano e di quelle sottoposte a comune controllo; c) coloro che sono legati alla società o alle società da questa controllate o alle società che la controllano o a quelle sottoposte a comune controllo da un rapporto di lavoro o da un rapporto continuativo di consulenza o di prestazione d'opera retribuita, ovvero da altri rapporti di natura patrimoniale che ne compromettano l'indipendenza*”. Si deve inoltre ritenere che

subordinata o autonoma, a favore del debitore³²³, né aver svolto un ruolo di direzione e controllo dell'impresa di cui ora dovrebbero apprezzare il tentativo di risanamento poiché, chiamati sostanzialmente a riapprezzare situazioni di natura economica, patrimoniale e finanziaria che sono già state di loro apprezzamento, potrebbero venir meno quella capacità di offrire un giudizio effettivamente indipendente³²⁴.

Gli unici dubbi che paiono annidarsi all'orizzonte riguardano invece la conseguenza derivante dalla mancanza d'indipendenza, nei termini appena sopra delineati, del professionista. La questione effettivamente si presenta di non immediata soluzione in considerazione del fatto che è stato eliminato il riferimento all'art. 2501 *bis* che consentiva, almeno indirettamente, di delineare un paradigma di responsabilità in questi casi³²⁵. Tuttavia sembra potersi dire che mentre, da un lato, non sembra possibile evitare che il professionista possa essere chiamato a risarcire il danno cagionato, tanto all'imprenditore stesso quanto ai creditori della società, derivante dall'aver accettato l'incarico professionale pur in una situazione di incompatibilità taciuta all'imprenditore che gli abbia conferito l'incarico³²⁶, il problema relativo all'effetto giuridico che produce la patologia che affligge la relazione inficiata dalla mancanza di terzietà da parte del professionista, si presenta decisamente più problematico³²⁷.

il richiamo all'art. 2399 c.c. operi anche con riferimento al 2° comma della norma *de qua*, la quale prevede, con riferimento da intendersi all'attestatore, che “*La cancellazione o la sospensione dal registro dei revisori legali e delle società di revisione legale e la perdita dei requisiti previsti dall'ultimo comma dell'articolo 2397 sono causa di decadenza dall'ufficio di sindaco*”.

Critico sulla strutturazione dei richiami previsti dalla norma *de qua*, MUCCIARELLI F., *Il delitto di falso in attestazioni e relazioni: il professionista-attestatore e le valutazioni*, in *Ind. pen.*, 2014, 133 che parla di “*circolo ermeneutico privo di valenza euristica*”.

Secondo STASI E., *Terzietà dell'attestatore*, cit. 119, il richiamo alla norma appena delineata comporterebbe anche una sorta di estensione di quegli ulteriori vincoli che sono stati individuati nell'ambito dei sindaci di società per azioni, quali, prosegue l'Autore, casi di rapporti familiari di mero fatto, ma anche di amicizia, familiarità, consulenza anche gratuita con l'organo, individuale o collettivo, di direzione dell'impresa.

³²³ QUATTROCCHIO L. – RANALLI R., *Concordato in continuità e ruolo dell'attestatore: poteri divinatori o applicazione di principi di best practice*, cit., 3, tentano di stemperare la severità della norma sottolineando che la conclusione dovrebbe tenere da conto anche l'intensità e dell'importanza delle precedenti attività svolte

³²⁴ Questa la giustificazione alla preclusione posta dalla norma secondo QUATTROCCHIO L. – RANALLI R., *Concordato in continuità e ruolo dell'attestatore: poteri divinatori o applicazione di principi di best practice*, cit., 4.

³²⁵ Cfr., *retro*, § 4.2.1. Ritiene tuttavia LAMANNA F., *La legge fallimentare dopo il “Decreto sviluppo”*, cit., 19 che, pure al netto dell'abrogazione del riferimento espresso all'art. 2501 *bis*, sia ciononostante legittimo il riferimento alla responsabilità del soggetto nominato quale consulente tecnico, posta l'evidente assimilabilità tra funzioni svolte dalle due figure e il contenuto dei documenti che gli stessi sono tenuti a elaborare.

³²⁶ Concordano sul punto LAMANNA F., *La legge fallimentare dopo il “Decreto sviluppo”*, cit., 19 nonché CONSIGLIO NAZIONALE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI ESPERTI CONTABILI, *Il ruolo del professionista attestatore nella composizione negoziale della crisi: requisiti di professionalità e indipendenza e contenuto delle relazioni*, cit. 10.

³²⁷ Al di là della considerazione che una attestazione così viziata si presenterebbe “*priva di attendibilità*” (CONSIGLIO NAZIONALE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI ESPERTI CONTABILI, *Il ruolo del professionista attestatore nella composizione negoziale della crisi: requisiti di*

4.4: Il nuovo delitto di “Falso in attestazioni e relazioni” (art. 236 bis)

In quest’ottica di rafforzamento della figura del professionista, caratterizzata ora da significative implementazioni di terzietà, si innesta anche l’introduzione di una autonoma figura delittuosa posta a presidio della correttezza del flusso informativo diretto ai soggetti coinvolti nella vicenda del risanamento, tanto in via diretta, i creditori, quanto il giudice, deputato al governo della procedura concorsuale³²⁸.

Si tratta del delitto di “*Falso in attestazioni e relazioni*”, introdotto dall’art. 33, 1° comma, lett. l) del “Decreto sviluppo” nel Titolo VI, Capo III, la cui rubrica, anch’essa modificata dal provvedimento da ultimo citato³²⁹, ora accoglie le “*Disposizioni applicabili nel caso di concordato preventivo, accordi di ristrutturazione dei debiti, piani attestati e liquidazione coatta amministrativa*”.

La norma punisce con la reclusione da due a cinque anni e con la multa da 50.000 a 100.000 euro “*il professionista che nelle relazioni o attestazioni di cui agli articoli 67, terzo comma, lettera d), 161, terzo comma, 182 bis, 182 quinquies, e 186 bis, espone informazioni false ovvero omette di riferire informazioni rilevanti*”.

Sono poi previste due aggravanti nei successivi due commi, la prima, ad effetto comune, prevede che “*se il fatto è commesso al fine di conseguire un ingiusto profitto per sé o per altri, la pena è aumentata*”; la seconda, ad effetto speciale, invece, che “*se dal fatto consegue un danno per i creditori la pena è aumentata fino alla metà*”.

professionalità e indipendenza e contenuto delle relazioni, cit. 10), è stata proposta una “graduazione” dell’effetto della patologia a seconda della gravità del vizio in questione: si dovrebbe allora parlare di sicura invalidità della nomina in quei casi, maggiormente rilevanti, in cui la relazione sia stata posta in essere da parte di un soggetto che non abbia il requisito di revisore iscritto all’albo o sia un soggetto inabilitato; mentre per le situazioni relative ai rapporti di tipo personale o professionale, sarebbe necessaria una ulteriore indagine per valutare l’effettiva compromissione dell’indipendenza da parte dell’imprenditore. Su una posizione di maggior rigore, invece, GUERRIERI G., Sub art. 67, cit., 437, per il quale, alla mancanza dei presupposti delineati dalla norma in questione non può che derivare l’inoperatività della stessa, nonché delle altre (ovvero l’esenzione ex art. 217 bis) che, indirettamente, su quest’ultima traggono ragione.

Viene poi giustamente sottolineato che la relativa patologia dovrebbe essere già rilevata dal giudice anche d’ufficio, con effetti evidenti sull’attendibilità della stessa e, di conseguenza, sulla relativa utilizzabilità (ancora LAMANNA F., *La legge fallimentare dopo il “Decreto sviluppo”*, cit., 19, ma, sostanzialmente negli stessi termini, pur nella versione antecedente al “Decreto sviluppo”, CELENTANO P., *I requisiti del professionista che attesta i piani concordati*, cit., 827, il quale sostiene inoltre che il contratto con cui viene conferito l’incarico professionale al professionista attestatore senza i prescritti requisiti di indipendenza, sarebbe inficiato da nullità per contrarietà a norme imperative).

³²⁸ Più in generale va sottolineato che il legislatore, con l’intervento bicefalo del “Decreto sviluppo” (rafforzamento dei requisiti di terzietà e introduzione della responsabilità penale) ha realizzato l’obiettivo di fugare i dubbi relativi alla possibilità di diversificare il professionista chiamato ad operare in un terreno esclusivamente privatistico (ovvero nel caso di piano attestato di cui all’art. 67, 3° comma, lett. d) rispetto a tutte le altre procedure; in questo modo la figura ne esce positivamente rafforzata in quanto a identità, ora strutturalmente definita in quello che può essere definito un vero e proprio statuto del professionista attestatore.

³²⁹ Cfr. art. 33, 1° comma, lett. i) del d.l. 22 giugno 2012, n. 83.

Ad un primo sguardo con le lenti del penalista, la scelta dell'introduzione di una fattispecie propria consente finalmente di abbandonare gli schemi della criminalizzazione concorsuale a favore di una fattispecie maggiormente tipizzata quanto a condotte e disvalore³³⁰ e priva di conseguenze rilevanti la questione della qualifica pubblicistica o privata del professionista³³¹.

Tuttavia, posto che la ragione che ispira questo lavoro risiede essenzialmente nella volontà di indagare l'effettiva capacità della risposta del legislatore di approntare una adeguata tutela ai beni coinvolti in tale delicato procedimento, si ritiene doveroso interrogarsi sugli effetti della fattispecie inoculata nel rivitalizzato tessuto normativo del Regio Decreto del 1942, al di là dell'analisi di carattere manualistico della nuova figura delittuosa; poiché, anche in tal caso, la norma è chiamata ad approntare tutela rispetto ad una struttura procedimentale e normativa particolarmente complessa, anche in considerazione della sua recente genesi, l'interesse non può che polarizzarsi attorno all'interrogativo se l'art. 236 *bis* abbia centrato l'obiettivo, denunciato ampiamente prima della sua introduzione da parte della dottrina, di disegnare un valido presidio rispetto agli interessi in gioco.

Pertanto l'analisi si concentrerà con maggiore profondità su alcuni snodi ermeneutici della norma, con attenzione particolare alla formula con la quale è stata delineata la condotta incriminatrice, nonché alle conseguenze derivanti dalla formulazione dell'elemento soggettivo adottata dal legislatore, nella cui risoluzione riposa la risposta al quesito sopra evidenziato.

D'altra parte, per il resto, ad un primo sguardo, il delitto, nella sua costruzione letterale, non sembra per la verità prospettare grandi questioni problematiche.

Si tratta pacificamente di un delitto proprio³³², con possibile concorso del debitore quale soggetto estraneo nel caso in cui vi sia un accordo fraudolento col

³³⁰ CONSULICH F., Nolo conoscere. *Il diritto penale dell'economia tra nuovi responsabili e antiche forme di responsabilità "paracolpevole": spunti a partire dal nuovo art. 236 bis l. fall.*, cit., 616.

³³¹ Vero è però che gli accentuati connotati di terzietà e indipendenza delineati dal "Decreto sviluppo" sembrano semmai avvalorare la tesi della connotazione privatistica del soggetto attestatore, posto che il rafforzamento dei requisiti sembra muoversi nella *ratio* di fornire maggior garanzia di correttezza da parte di un soggetto comunque scelto – ora senza più alcun dubbio – dal debitore. D'altro canto tale soluzione riflette, in maniera immediata, lo spirito animatore della riforma dell'intero impianto delle procedure concorsuali, di cui si è cercato di rendere conto già nel capitolo I del presente lavoro: una volta che la parte "civilistica" della legge fallimentare è stata colorata di tale tonalità privatistica, è plastica conseguenza che la medesima connotazione debba riverberarsi in quei settori che sono un ontologico riflesso della prima.

³³² Il generico riferimento al "*professionista*" quale soggetto attivo del reato è facilmente concretizzabile, in una interpretazione di carattere sistematica, nella figura che svolge la funzione certificativa in relazione a quelle attestazioni e relazioni che peraltro trovano esplicitazione nella norma quali oggetto materiale della condotta; non vi sono dubbi quindi che si tratti di colui che è chiamato a redigere i relativi documenti.

Critico sulla formulazione normativa invece CONSULICH F., Nolo conoscere. *Il diritto penale dell'economia tra nuovi responsabili e antiche forme di responsabilità "paracolpevole": spunti a partire dal nuovo art. 236 bis l. fall.*, cit., 622, per il quale il reato ("*iperproprio*") non consentirebbe l'estensione a chi abbia, *de facto*, svolto la funzione attestativa, in distonia con altre situazioni ricorrenti nell'ambito del diritto penale dell'impresa. Per vero lo stesso Autore, nel prosieguo, sembra stemperare il

professionista stesso per la prospettazione della falsità³³³; l'elemento soggettivo richiesto è il dolo generico per il reato base³³⁴ mentre nella forma aggravata prevista dal 2° comma è richiesto il fine specifico, per il vero abbastanza fisiologico tenendo conto della natura della fattispecie e del contesto nella quale può ragionevolmente essere realizzata³³⁵, di conseguire un ingiusto profitto per sé o per altri³³⁶; viceversa va sottolineato che,

suo giudizio in considerazione del fatto che il soggetto a cui è affidato l'incarico è colui che si assume la responsabilità dell'attestazione ed eventuali partecipazioni di soggetti terzi che abbiano contribuito alla realizzazione dell'attestazione truffaldina ben potranno incorrere in una responsabilità concorsuale nel delitto in questione.

Sulla medesima questione, invece, MINNITI G., *La "nuova" responsabilità penale dell'attestatore*, in *www.ifallimentarista.it*, 2012, 6, propone come soluzione quella dell' "estensione soggettiva" della norma dettata dall'art. 2639 c.c. in tema di estensione delle qualifiche soggettive.

³³³ Si noti che, la contestazione concorsuale, è la situazione "tipiche" che potrebbe presentarsi nei fatti: non vi sono dubbi infatti che il professionista certo non diffonderà una relazione falsa se non per una qualche forma di collusione fraudolenta che intervenga con l'imprenditore che gli intenda affidare l'incarico o con un soggetto terzo, normalmente un creditore sociale che intenda avvantaggiarsi illegittimamente del percorso di risanamento.

³³⁴ Consistente quindi nella volontà di rappresentare informazioni false o di omettere informazioni rilevanti con la consapevolezza del carattere infedele delle stesse; viceversa qualora in capo al professionista residuino dubbi circa la veridicità e la conformità al vero di quanto esposto e, ciononostante la relazione venga firmata e depositata, il dolo si prospetterà nella forma eventuale, compatibile con l'architettura della fattispecie; MINNITI G., *La "nuova" responsabilità penale dell'attestatore*, cit., 5.

Si rimanda peraltro al prosieguo della trattazione per l'indagine circa le eventuali conseguenze di carattere sanzionatorio che potrebbe avere la condotta di carattere negligente del professionista, circostanza che rappresenta un delicato momento di analisi di politica criminale che merita adeguato approfondimento.

³³⁵ MUCCIARELLI F., *Il ruolo dell'attestatore e la nuova fattispecie penale di "Falso in attestazioni e relazioni"*, in *www.ifallimentarista.it*, 2012, 5; BRICCHETTI R. – PISTORELLI L., *Operazioni di risanamento, professionisti nel mirino*, in *Guida dir.*, 2012 n. 29, 45.

³³⁶ Con riferimento al fine richiesto dalla fattispecie aggravata va detto che nel contesto nel quale la fattispecie si inserisce non sembra particolarmente pertinente ravvivare la discussione circa il significato esclusivamente patrimoniale o viceversa allargata a qualsiasi utilità di carattere anche morale – quest'ultima prevalente, anche in giurisprudenza - della nozione di "profitto" nell'ambito dei delitti contro il patrimonio (per una esaustiva disamina delle diverse posizioni sul punto si rimanda in ogni caso a SGUBBI F., *Voce Patrimonio (reati contro il)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, 383; PACINI M., *Sub art. 624*, in T. PADOVANI (a cura di), *Codice penale*, II, Milano, 2007, 3865; MIEDICO M. – GIACOMETTI T., *Sub art. 624*, in E. DOLCINI G. MARINUCCI, *Codice penale commentato*, III° ed., Milano, 2011, 6111).

A meno di non voler andare alla ricerca di situazioni in cui il falso venga commesso per soddisfare un improbabile finalità di mero danneggiamento di una delle parti coinvolte nel risanamento, opzione che sarebbe peraltro ugualmente ricompresa nella nozione comunemente predicata di "profitto", la fattispecie aggravata si muove in un contesto in cui la condotta si dirige in un evidente prospettiva patrimoniale, magari solo eventuale, ma comunque già attratta nel cono di luce della fattispecie in questione (dubbi sul punto li pone invece DEMARCHI ALBENGO P.G., *La fattispecie incriminatrice di cui al nuovo articolo 236-bis della legge fall.; la responsabilità penale dell'attestatore*, in *www.ilcaso.it*, 2012, 14). Stesso discorso vale poi per ciò che attiene all' "ingiustizia" che deve qualificare il profitto; MUCCIARELLI F., *Il ruolo dell'attestatore e la nuova fattispecie penale di "Falso in attestazioni e relazioni"*, cit., 5 e BORSARI R., *Il nuovo reato di falso in attestazione e relazioni del professionista nell'ambito delle soluzioni concordate della crisi di impresa. Una primissima lettura*, cit., 22.

delineato il profitto o il danno ai creditori³³⁷ esclusivamente in termini di aggravanti, il legislatore ha ritenuto di rappresentare un presidio già al contenuto veritiero della attestazione, punendo già direttamente il mendacio in sé, a prescindere della conseguenze di ordine patrimoniale che la condotta abbia prodotto; trattasi, evidentemente, di un reato di mera condotta³³⁸ che si perfezionerà nel momento in cui la relazione o l'attestazione viene depositata, insieme la progetto predisposto dall'imprenditore, nella cancelleria del tribunale³³⁹, momento prima del quale è da escludere che la fattispecie possa manifestarsi conforme al necessario canone di offensività.

Va salutata con favore, poi, la scelta di elencare espressamente le relazioni e le attestazioni, oggetti materiali sui quali può ricadere la condotta fedifraga; vero che vi è perfetta omogeneità tra le ipotesi espressamente elencate e le attestazioni che, nell'ambito della legge fallimentare, il professionista è chiamato a svolgere, ma l'assenza del richiamo diretto, come già accennato, concorre anche a delineare con sicurezza il soggetto attivo del reato e, conseguentemente, gli ambiti procedurali in cui può essere realizzato il delitto in questione³⁴⁰. Non solo; come si avrà modo di rilevare a breve, in sede di analisi della condotta, la contestualizzazione della stessa nelle specificità proprie delle attestazioni concorre ad una adeguata declinazione del comportamento mendace nei termini che paiono più rispondenti alla *ratio legis*.

La costruzione del delitto nei termini anzidetti, ovvero quale fattispecie di mera condotta, si riverbera nella corretta impostazione del problema relativo al bene giuridico a cui la norma è chiamata a dare protezione. La circostanza che la protezione scatta al momento della semplice produzione fedifraga del documento, a prescindere quindi tanto dall'esito della procedura³⁴¹ quanto del relativo risultato, giuridico-

³³⁷ Si tratta della circostanza ad effetto speciale prevista al 3° comma, che concorre a delineare, in tal caso, una fattispecie di delitto di condotta aggravato dall'evento; anche in tal caso, come sottolinea MUCCIARELLI F., *Il ruolo dell'attestatore e la nuova fattispecie penale di "Falso in attestazioni e relazioni"*, cit., 5, può agevolmente ritenersi che il danno in questione assuma una connotazione patrimoniale che potrà essere determinata, continua l'Autore, esclusivamente solo in seguito alla dichiarazione dello stato d'insolvenza, in cui potrà essere appurato quale rilevanza abbia avuto la falsa attestazione sulle (irrimediabilmente diminuite) pretese creditorie. Va invece sottolineato che non entra nel fuoco della circostanza in questione il danno che possa essere stato causato ad altri soggetti, primo fra tutti l'imprenditore inconsapevole della condotta fraudolenta del professionista a cui ha affidato l'incarico; così DEMARCHI ALBENGO P.G., *La fattispecie incriminatrice di cui al nuovo articolo 236-bis della legge fall.; la responsabilità penale dell'attestatore*, cit., 15.

³³⁸ CASAROLI G., Sub art. 236 bis, in A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, cit., 1587.

³³⁹ BORSARI R., *Il nuovo reato di falso in attestazione e relazioni del professionista nell'ambito delle soluzioni concordate della crisi di impresa. Una primissima lettura*, cit., 21, almeno con riguardo alle ipotesi in cui la struttura della procedura richieda il passaggio giurisdizionale; viceversa, nel caso di piano attestato, la fisiologia strettamente privatistica impone di anticipare tale momento a quello in cui la relazione esca dalla sfera di disponibilità del professionista e venga resa disponibile per l'imprenditore.

³⁴⁰ MUCCIARELLI F., *Il ruolo dell'attestatore e la nuova fattispecie penale di "Falso in attestazioni e relazioni"*, cit., 2.

³⁴¹ CONSULICH F., *Nolo conoscere. Il diritto penale dell'economia tra nuovi responsabili e antiche forme di responsabilità "paracolpevole": spunti a partire dal nuovo art. 236 bis l. fall.*, cit., 623.

economico, positivo o negativo per i creditori³⁴² consente di affermare che ci si trovi di fronte a una fattispecie di carattere eventualmente plurioffensiva: alla lesione della fede pubblica, quale bene giuridico di autonoma apprezzabilità, si somma quello degli interessi patrimoniali dei creditori nel caso enucleato dal 3° comma dell'art. 236 bis³⁴³.

L'approdo ermeneutico raggiunto sembra obliterare del tutto l'annoso dibattito relativo alla problematica fisionomia del bene giuridico relativo alla fede pubblica che non può che indurre qualche riflessione anche in relazione al problema di nostro interesse. Sono note le critiche³⁴⁴ mosse all'autonomia della figura del bene giuridico

³⁴² SPINOSA V., *Il cd. decreto sviluppo nel sistema della legge fallimentare: i rapporti tra nuove procedure concorsuali e profili di responsabilità penale*, cit., 19.

³⁴³ Impostano in questi termini il problema relativo al bene giuridico BRICCHETTI R. – PISTORELLI L., *Operazioni di risanamento, professionisti nel mirino*, cit., 45, nonché BORSARI R., *Il nuovo reato di falso in attestazione e relazioni del professionista nell'ambito delle soluzioni concordate della crisi di impresa. Una primissima lettura*, cit., 23, ANDREAZZA G., *Sub art. 236 bis*, in *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, cit., 3012; SPINOSA V., *Il cd. decreto sviluppo nel sistema della legge fallimentare: i rapporti tra nuove procedure concorsuali e profili di responsabilità penale*, cit., 16.

Per una diversa ricostruzione invece la tutela andrebbe incentrata sul profilo del (generico) affidamento di cui devono godere le attestazioni e le relazioni nell'ambito delle procedure nonché sulla (specifica) informazione da garantire ai creditori al fine di assicurare loro un adeguato bagaglio conoscitivo per valutare la proposta di soluzione della crisi; così DEMARCHI ALBENGO P.G., *La fattispecie incriminatrice di cui al nuovo articolo 236-bis della legge fall.; la responsabilità penale dell'attestatore*, cit., 2. Ancora, sul punto, GUERINI T., *La responsabilità penale del professionista attestatore nell'ambito delle soluzioni concordate per le crisi d'impresa*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2013, 8 per il quale, invece il generale bene giuridico della fede pubblica varrebbe solamente nel caso del piano attestato di risanamento (art. 67, 3° comma, lett. d), poiché, viceversa, negli altri casi, mancando quella più marcata privatizzazione che risiede in quest'ultimo strumento, dovrebbe preferirsi quello della tutela della funzione giurisdizionale.

³⁴⁴ Per una esaustiva panoramica dell'evoluzione del dibattito sul punto non si può che rimandare a COCCO G., *Il falso bene giuridico della fede pubblica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 66 ss., nonché a GIACONA I., *Introduzione ai reati contro la fede pubblica*, in CADOPPI A. – CANESTRARI S. – MANNA A. – PAPA M., *Trattato di diritto penale*, parte speciale, V, *I delitti contro la fede pubblica e l'economia pubblica*, cit., 3 ss.

Senza avere la pretesa di affrontare un problema che avrebbe necessità di ben altro spazio, sia tuttavia consentito almeno sintetizzare i relativi passaggi fondamentali.

Secondo l'impostazione tradizionale i delitti previsti nel Titolo VII del codice penale ("*Sui delitti contro la fede pubblica*"), al di là della collocazione sistematica, esprimerebbero la protezione per una unica tipologia di bene giuridico, sostanzialmente inteso quale fiducia, in alcuni atti, oggetti e documenti rispetto ai quali rileva il valore giuridico attribuito dallo Stato; per questa posizione, con accenti peraltro sensibilmente declinati all'aspetto soggettivo di tale fiducia, per tutti, MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, cit., 503.

A tale filone interpretativo, sulla scorta del rilievo che, per tale via, si giunge a punire condotte prive di una reale offensività, si è cercato di contrapporre una differente ricostruzione, affermando che l'oggetto della tutela dovrebbe invece essere individuato nella genuinità e nella veridicità della prova; in tale accezione CARNELUTTI F., *Teoria del falso*, Padova, 1935, 37; MALINVERNI A., *Teoria del falso documentale*, Milano, 1958, 225 ss.; CRISTIANI A., Voce "*Fede pubblica (delitti contro la)*", in *Digesto disc. pen.*, V, Torino, 1991, 180; DE MARSICO A., Voce "*Falsità in atti*", in *Enciclopedia del diritto*, XVI, Milano, 1967, 564, nonché anche FIANDACA G. MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale*, I, cit., 583 ss. L'esigenza di una adeguata valorizzazione del profilo dell'offesa trovava ragione, tra l'altro, in considerazione dell'eliminazione, nel passaggio dal codice Zanardelli al codice Rocco, della subordinazione della punibilità delle ipotesi di falso alla possibilità del verificarsi del "*pubblico o privato documento*"; ciò effettivamente aveva creato un certo

della pubblica fede, per l'incapacità della formula utilizzata di esprimere dei concreti beni che necessitino di protezione penale al di là di un mezzo "per conseguire un risultato che sta al di là della falsificazione"³⁴⁵.

Senza pretendere di voler prendere posizione sul dibattito (ancora attuale) si può tuttavia azzardare una considerazione: non c'è dubbio che la fattispecie del 236 *bis* si inserisca in maniera doverosa tra le fattispecie extracodicistiche poste a tutela della "fede pubblica"; e ciò non tanto in considerazione del fatto che, anteriormente alla sua

disorientamento nella dottrina che, pertanto, si era impegnata nell'elaborare un canone interpretativo per fornire concretezza alla nozione di fede pubblica.

Vero è però che, anche questa seconda opzione non sembra soddisfare le intenzioni di concretezza posto che l'interesse probatorio degli oggetti su cui cade la falsificazione non sembra qualificarsi con immediatezza come bene giuridico cui garantire una autonoma protezione. Più in generale va detto che tutto il tormentato processo di individuazione della fisionomia del bene giuridico della fede pubblica sconta il fatto di dover avere a che fare con una sorte di duplicazione di interessi: uno, immediato, alla "credibilità" in sé dell'oggetto o del documento preso in considerazione dalla norma penale per le conseguenze di carattere probatorio che l'ordinamento vi attribuisce e un secondo, invece mediato, alla protezione di quei beni la cui soddisfazione passa attraverso il mezzo probatorio in questione che, proprio in considerazione di questo ruolo, trova protezione.

Proprio sulla scorta di questa considerazione si possono enunciare almeno altre due tesi, sostanzialmente opposte tra loro, che tuttavia sembrano entrambe partire dalla constatazione di quanto abbiamo appena detto. La prima, di Antolisei, è quella della plurioffensività dei beni giuridici sulla quale si avrà modo di fare a breve alcuni cenni (cfr. nota successiva).

La seconda, invece, muove le proprie critiche all'impostazione tradizionale essenzialmente in relazione all'oggetto stesso della supposta tutela: si mette così in evidenza la pretestuosità della volontà di sanzionare una astratta necessità di verità quale mezzo di protezione per ultronei e ben più palpabili beni (così, sulla scorta del pensiero di von Listz, il pensiero di DELITALIA G., *Concorso di norme e concorso di reati*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1934, 109) quali l'economia pubblica, gli interesse di carattere individualmente patrimoniale, o amministrativo, fiscale, giudiziario; ciò apparirebbe quindi una pretestuosa duplicazione rispetto allo scopo ultimo verso cui si indirizzerebbero invece le singole norme che valgono a comporre il più largo insieme dei delitti contro la fede pubblica (MANTOVANI F., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 6° ed., Padova, 2009, 196, nonché, sempre in tale prospettiva COCCO G., *Il falso bene giuridico della fede pubblica*, cit., 74).

³⁴⁵ ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, II, 15° ed., a cura di C.F. GROSSO, Milano, 2008, 69 ss.; l'Autore sulla scorta di tale considerazione perviene ad annoverare le fattispecie di falso nel *genus* dei reati plurioffensivi, uno relativo alla pubblica fede e il secondo relativo all' "interesse specifico che è salvaguardato dall'integrità dei mezzi probatori". La tesi in questione è stata diffusamente criticata sul rilievo che tale artificiale "sdoppiamento" comporterebbe un'eccessiva anticipazione della tutela degli interessi individuali e, correlativamente, una protezione solo mediata degli interessi "finali"; così FIANDACA G. MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale*, I, cit., 585 ma anche COCCO G., *Il falso bene giuridico della fede pubblica*, cit., 73 che sottolinea l'inopportunità di una duplicazione di sanzioni per condotte che, per contro, possono trovare una autonoma previsione specifica nell'ordinamento. Va detto, peraltro, che la teoria della plurioffensività ha segnato un significativo punto a proprio favore in occasione di una recente pronuncia delle Sezioni Unite (Cass. Pen. Sez. Un., 25 ottobre 2007, in *Foro it.*, 2008, II, 203 ss.) con cui, sulla base dell'affermata plurioffensività, ha riconosciuto che è qualificabile quale persona offesa dal reato, ai fini dei poteri previsti dal codice di rito, colui che subisce un pregiudizio dalla falsificazione. Sulla decisione si veda inoltre il relativo commento, critico sull'impostazione della pronuncia, di GIACONA I., *Delitto di falso documentale: il problema dell'individuazione della vittima*, in *Foro it.*, 2008, II, 203 ss.

introduzione le vie ermeneutiche si erano indirizzate verso le ipotesi tipiche di falso previste nel codice penale³⁴⁶, bensì sulla scorta del fatto che le attestazioni e le relazioni prese in considerazione si caratterizzano per quella medesima ed insopprimibile esigenza di autenticità che caratterizza anche le fattispecie contenute nel Titolo VII del nostro codice penale. Per convincersi di ciò basta richiamare alla mente il già più volte delineato ruolo che assumono le attestazioni in questione nell'ambito delle procedure di soluzione della crisi. Vero che esse non assumono la forza di "prova legale" intesa in una accezione pregnante del termine poiché il loro contenuto riflette una valutazione prognostica che si basa sulla possibilità di realizzare determinati fini - come tale senz'altro legittimamente suscettibile di smentita in occasione di accadimenti imprevedibili anche con il dovuto apporto professionale richiesto dal paradigma normativo sopra evidenziato - tuttavia, e qua rileva il nodo che ci si accinge a sciogliere a breve, in ordine alla verità delle informazioni prospettate, non v'è dubbio che la platea dei creditori deve poter far affidamento sul corretto contenuto di quest'ultime rispetto ai canoni d'indagine economico aziendali da utilizzare, sulla professionale analisi del significato dei dati esposti dall'imprenditore e sulla loro conformità alla realtà societaria.

Ove ciò non avvenisse, verrebbe a mancare il cardine più significativo su cui tutto il nuovo impianto delle procedure concorsuali è stato costruito, con la conseguente impossibilità di garantire la buona riuscita del programma di risanamento, tanto per ciò che riguarda le legittime pretese creditorie quanto in relazione alla tutela dell'impresa stessa.

Peraltro, volendo aderire all'impostazione dottrinale propensa a rendere maggiormente concreto il bene giuridico della fede pubblica a favore di beni specifici che abbiano immediata pregnanza valoristica³⁴⁷, va detto che tale impostazione consentirebbe di risaltare al meglio un aspetto di cui già ci siamo occupati. Si è dato diffusamente conto del fatto che, nella filosofia delle riforme che si sono succedute vi è, tra gli altri, un dato che appare certamente costante: il passaggio dalla logica liquidatoria a quella volta a "salvare l'impresa", ovviamente ove ciò sia possibile. Si è anche già messo in evidenza che tale mutamento di prospettiva si riverbera anche nel tema dei rapporti tra le condotte legittimate sotto l'aspetto civilistico e le immutate fattispecie penale, anche se l'inadeguatezza del 217 *bis* non è riuscita a centrare l'obiettivo avuto di mira.

Ora, superando la dimensione astratta della fede pubblica, e concretizzando nel bene giuridico ultimo lo scopo di tutela della norma, sarebbe possibile affermare che, oltre alla funzione di garantire il patrimonio dei creditori sociali che, in questa prospettiva, sarebbe messo solamente in pericolo dalla fattispecie base del delitto e

³⁴⁶ Tale considerazione, in realtà nulla apporta a conforto del ragionamento poiché muove da un terreno di indagine diverso da quello che bisogna avere come punto di partenza: se prima del 2012 erano le fattispecie di falso quelle in grado di catalizzare l'interesse della dottrina e della giurisprudenza sulla condotta fraudolenta del professionista, con l'introduzione della norma specifica il percorso non può che essere l'inverso, ovvero partire dalla fattispecie concreta per estrapolare il bene giuridico che essa si propone di proteggere.

³⁴⁷ Cfr. *retro* nella nota n. 342 in relazione alla tesi prospettata in particolare da Mantovani e Cocco.

invece lesa nell'ipotesi aggravata di cui al 3° comma, lo scopo della norma sarebbe quello di fornire protezione anche alla stessa azienda in crisi, garantendo, attraverso il mezzo di una corretta esposizione della situazione aziendale e della prospettiva di risanamento, la possibilità del suo salvataggio.

Si tenga a mente, infatti, anche nel caso di concorso del professionista con l'imprenditore³⁴⁸, ove si desse il via ad un fraudolento progetto di risanamento, che contenga il germe camuffato dell' "infattibilità", a venire lesa non sarebbe il solo imprenditore che, peraltro, spesso potrebbe intraprendere la strada di un risanamento inattuabile solo per spostare in avanti il momento in cui prendere atto di una situazione economica ormai irrecuperabile, bensì anche altre rilevanti componenti che, in sede di apertura del presente lavoro, si è ritenuto opportuno presentare³⁴⁹, quali la disgregazione dei complessi produttivi, nonché le conseguenze di carattere sociale relative alla perdita di posti di lavoro.

Si tratta di una ricostruzione che riesce affettivamente a fotografare in maniera ideale lo spostamento dei valori che si agita sotto la crosta dei nuovi istituti e che concorre alla valorizzazione dell'impresa quale autonomo bene giuridico, assistito ora da una protezione particolarmente significativa sotto l'aspetto civilistico in considerazione delle chiare finalità di favore per le soluzioni che concorrano alla prosecuzione dell'attività dell'impresa attraverso l'accordo con i creditori della stessa ma, anche, da una nuova prospettiva di matrice penalistica in relazione all'incriminazione specifica per il ruolo deputato al controllo circa la via da intraprendere per uscire dalla crisi³⁵⁰.

4.4.1: La condotta quale cuore problematico del delitto

Se la trattazione per così dire "manualistica" del delitto finora si è svolta in maniera abbastanza lineare e senza grandi problematiche, del tutto diversamente è a dirsi per ciò che riguarda la condotta delittuosa, delineata dal legislatore attraverso una formulazione apparentemente innocua: il professionista è sanzionato quando "*espone informazioni false ovvero omette di riferire informazioni rilevanti*". La primigenia linearità della formula adottata, una volta contestualizzata attraverso il richiamo alle attestazioni e alle

³⁴⁸ Ovviamente ove tale circostanza si realizzasse all'oscuro dell'imprenditore, in caso di accordo fraudolento tra il professionista e, ad esempio, un creditore che voglia essere favorito, le considerazioni che seguono sarebbero ancora più evidenti.

³⁴⁹ Cfr. § 1.3.

³⁵⁰ Si noti infine che, ad avvalorare ulteriormente tale spostamento di interessi dalla tutela della *par condicio creditorum* a quella dell'impresa milita ora anche il nuovo art. 186 *bis* l. fall., volto, per l'appunto, alla "continuità aziendale" ove l'attestazione del miglior soddisfacimento delle ragioni creditorie passa per il proseguimento della vita dell'impresa. In questa stessa prospettiva, più in generale sulle varie tipologie di nuovo conio forgiate per la soluzione della crisi di impresa, MUCCIARELLI F., *Il delitto di falso in attestazioni e relazioni: il professionista-attestatore e le valutazioni*, cit., 129-130: se la finalità cui si indirizzano i vari strumenti sembra muoversi nel solco della non dispersione delle "*concrete potenzialità di un nucleo d'impresa pur gravemente indebitato*", va tuttavia sottolineata la fiducia che "*proprio tali meccanismi possano in concreto assicurare una migliore tutela del ceto creditorio*".

relazioni oggetto di falsificazione e soprattutto al loro contenuto asseverativo, comporta dei nodi interpretativi estremamente delicati.

Premesso che la condotta è opportunamente descritta attraverso due modalità alternative, la prima attiva, la seconda invece omissiva, che esprimono fatti tipici dell'attività attestativa³⁵¹, l'attenzione dell'interprete è richiamata da due elementi normativi: l'utilizzo del termine "informazioni" con riferimento al contenuto dell'attestazione e, in secondo luogo, la caratterizzazione in termini di "rilevanza" con esclusivo riferimento alla condotta di natura omissiva.

Vediamo separatamente come questi aspetti incidano sulla fisionomia dell'art. 236 bis.

4.4.1.1: L'utilizzo del termine "informazioni" con riferimento al contenuto delle attestazioni e relazioni: quale ampiezza del precetto penale per il comportamento fraudolento del professionista?

Primariamente va detto che la scelta del legislatore del termine per indicare il contenuto dell'attestazione infedele si pone in chiave problematica per la circostanza che effettivamente si sarebbe potuto utilizzare altre espressioni che non avrebbero generato i medesimi interrogativi: se al posto del ben più spinoso "informazioni" si fosse parlato di "giudizi" o "valutazioni", non vi sarebbero stati dubbi attorno alla chiara scelta di politica legislativa di censurare anche la componente intrinsecamente valutativa dell'attestazione, ovvero l'aspetto maggiormente delicato in cui si esplica l'attività richiesta normativamente per gli effetti delineati dalle norme richiamate.

Viceversa, attraverso una dizione "imprecisa" effettivamente si è dato adito a dubbi che, tuttavia, si ritiene che possano essere assorbiti attraverso un diverso percorso di ricostruzione della fattispecie.

Procediamo con ordine.

Effettivamente il termine "informazioni", almeno in via immediata, sembra esaurire la propria predicabilità in termini di falsità o verità esclusivamente con riferimento a dei fatti di natura obiettiva o a dei valori comunque di immediata percezione, che non richiedano, per poter essere comunicati, anche di una (ulteriore) relativa valutazione. Così inteso, la fattispecie sembra limitare la propria prensione alla esposizione o all'omissione dei soli dati economici, finanziari e patrimoniali dell'impresa che sono esposti dal debitore e che trovano autonoma comunicazione in sede di

³⁵¹ "Si tratta, peraltro di due facce della stessa medaglia: se consideriamo il singolo elemento, allora è diverso esporre un dato falso rispetto alla mancata contemplazione di un dato vero. Ma se si considera la relazione nel suo complesso, allora l'effetto non cambia: non esporre un dato esistente e rilevante configura, infatti sempre una falsa rappresentazione della realtà, giacché il risultato complessivo della relazione ne risulterà inquinato"; così DEMARCHI ALBENGO P.G., *La fattispecie incriminatrice di cui al nuovo articolo 236-bis della legge fall.; la responsabilità penale dell'attestatore*, cit., 4. Sul punto anche VITALE F., *Nuovi profili penali della crisi di impresa: l'esenzione dai reati di bancarotta e la responsabilità del professionista attestatore*, cit., 4.

proposta ai creditori della misura di risanamento³⁵²; al più sarebbe consentita l'estensione con riferimento a quegli ulteriori dati economici di carattere contestuale, necessari per collocare il piano predisposto nella realtà economica, ma pur sempre dotati di capacità percettiva "diretta", senza alcuna intermediazione valutativa³⁵³

Un risultato che non può che apparire insoddisfacente.

Si tratta di una soluzione che finisce per svilire la portata della norma e, più in generale, per travisare il complesso sistema di equilibri su cui sono costruite queste procedure. Ma, ancor prima, questa interpretazione "minimale" non sembra tenere in

³⁵² Si ricorderà che già si è sottolineato che, almeno per quanto riguarda il concordato preventivo, la norma (art. 161, 2° comma l. fall.) richiede in maniera dettagliata l'esposizione di tutta una ampia serie di informazioni, la cui funzione è quella di rendere trasparente la situazione dell'impresa e consentire ai creditori un grado adeguato di conoscenza attraverso cui decidere se imboccare o meno la via del tentativo di risanamento. Ma anche con riferimento agli altri documenti presi in considerazione dall'art. 236 *bis* non v'è motivo per dubitare che, nel momento in cui il legislatore ha richiesto che il professionista attesti la "veridicità dei dati aziendali" con riferimento non solo al concordato preventivo ma ora, *post* "Decreto sviluppo" anche nel piano attestato *ex art.* 67, 3° comma, lett. d) e nell'accordo di ristrutturazione dei debiti *ex art.* 182 *bis*, tale attestazione debba affondare le proprie radici sostanzialmente sulle medesime informazioni prese direttamente in considerazione con riferimento al concordato preventivo. E ciò, allo stesso modo, sembra valere anche con riferimento all'attestazione prevista dal 6° comma della norma da ultimo citata che, oltre a rinviare alla già menzionata documentazione prevista in tema di concordato preventivo, prevede, nel caso in cui l'imprenditore chieda di ottenere il divieto di iniziare o proseguire le azioni cautelari o esecutive nel corso delle trattative e prima della formalizzazione dell'accordo, l'attestazione che la proposta è idonea, se accettata, "ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori con i quali sono non sono in corso trattative o che hanno comunque negato la propria disponibilità a trattare".

Tuttavia, anche con riguardo alle fattispecie di ultimo conio introdotte nella legge fallimentare e subito protette dalla nuova incriminazione (artt. 182 *quinquies* e 186 *bis*), al di là dell'assenza di un esplicito riferimento alla necessaria esistenza dell'attestazione della corrispondenza a verità dei dati aziendali, quest'ultimo elemento rappresenta un necessario passaggio antecedente che non può essere trascurato da parte del professionista per certificare quanto richiesto; detto altrimenti, non è possibile attestare che i finanziamenti prededucibili che l'imprenditore chiede di essere autorizzato a contrarre siano "funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori" senza verificare, a monte, la veridicità dei dati esposti dall'imprenditore, anche in considerazione del fatto che il professionista non può affermare ciò se non dopo aver "verificato il complessivo fabbisogno finanziario dell'impresa sino all'omologazione" (art. 182 *quinquies*, 1° comma). E la medesima scansione procedurale sembra necessaria con riferimento anche alle altre attestazioni introdotte, ovvero quella relativa al pagamento di crediti anteriori per prestazione e servizi che siano "essenziali per la prosecuzione della attività di impresa e funzionali ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori" (art. 182 *quinquies*, 4° e 5° comma) o, anche, con riferimento al concordato con continuità aziendale (art. 186 *bis*), ove si richiede la certificazione che "la prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori" (comma 2°, lett. b), o l'attestazione della "conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento" in caso di continuazione dei contratti pubblici (comma 3°) o di partecipazione a procedure di assegnazione di contratti pubblici (comma 4°, lett. a).

³⁵³ MUCCIARELLI F., *Il ruolo dell'attestatore e la nuova fattispecie penale di "Falso in attestazioni e relazioni"*, cit., 3; BORSARI R., *Il nuovo reato di falso in attestazione e relazioni del professionista nell'ambito delle soluzioni concordate della crisi di impresa. Una primissima lettura*, cit., 16; MINNITI G., *La "nuova" responsabilità penale dell'attestatore*, cit., 3; CASAROLI G., *Sub art. 236 bis*, cit., 1588.

adeguata considerazione quella che è l'essenza della funzione attestativa che è delineata dalle norme in questione, se non addirittura l'ontologico significato della stessa.

Si è già messo in evidenza *retro*³⁵⁴ che il complesso procedimento cui è chiamato l'attestatore si compone essenzialmente di due diversi momenti: uno essenzialmente informativo, in cui si procede a “fotografare” la situazione economico-finanziaria dell'impresa³⁵⁵, l'altro, invece, di natura squisitamente valutativa, rispetto alla possibilità di realizzare le varie finalità che l'imprenditore si propone e che sono prospettate dalle norme richiamate. Due momenti diversi ma irrimediabilmente legati tra loro da un legame sillogistico: il secondo giudizio, di carattere prospettico, non potrebbe avere valore (persuasivo nei confronti dei creditori e probatorio per il giudice fallimentare) senza la premessa del necessario e positivo espletamento del primo; così come l'accertamento della veridicità dei dati aziendali nulla avrebbe da dire se non venisse poi utilizzato quale base per motivare un percorso di risanamento di cui ne rappresenti la solida base. E ciò sembra oggi trovare una razionale positivizzazione anche nel dettato normativo *post* “Decreto sviluppo” ove i due momenti (“*veridicità dei dati aziendali*” prima e “*fattibilità del piano*” o “*attuabilità dell'accordo*” poi) appaiono elevati a chiari passaggi irrinunciabili da parte dell'attestatore nell'ambito del percorso di risanamento.

Sulla base di queste considerazioni è possibile affermare che limitare la nozione di “*informazioni*” esclusivamente ai dati di natura oggettiva – inattendibili solamente in tanto in quanto costituiti da elementi immediatamente e direttamente falsi – comporterebbe come effetto di escludere dal fuoco della fattispecie anche questo secondo momento che, invece, si estrinseca in giudizi e valutazioni prospettiche, come tali, insuscettibili di essere qualificati, almeno in via immediata, come veri o falsi.

La convinzione circa tale esito nasce una volta che, ancora una volta, si torna ad allargare lo sguardo, alla fisiologia della funzione attestativa svolta dal professionista, come delineata dal legislatore delle varie riforme che si sono succedute.

Riprendendo quanto già evidenziato in più circostanze, va posto nuovamente l'accento sul fatto che la finalità di privatizzazione delle varie procedure ha comportato il trasferimento del controllo sulla soluzione predisposta unilateralmente dal Tribunale al soggetto attestatore, cui ora è addossata una pluralità di compiti: assicurare all'imprenditore, ove ne ricorrano i presupposti, la certificazione della realizzabilità del progetto di risanamento di cui necessita per beneficiare delle conseguenze giuridiche messe a disposizione da parte del legislatore; garantire ai creditori una piena ed adeguata conoscenza dello stato di salute, *rectius* crisi dell'impresa e di quale sia la medicina che viene proposta, in modo che questi possano coscientemente decidere se intraprendere o meno il percorso di risanamento; nonché, da ultimo, fornire al giudice fallimentare il presupposto richiesto per concedere l'omologazione della proposta. E non v'è dubbio alcuno che la componente valutativa di tale attività svolge un rilievo insopprimibile in tutte e tre le direzioni che si è delineato.

³⁵⁴ Cfr. § 2.2.7, nota n. 188, anche per i relativi richiami bibliografici.

³⁵⁵ L'efficace espressione è di CONSULICH F., *Nolo conoscere. Il diritto penale dell'economia tra nuovi responsabili e antiche forme di responsabilità “paracolpevole”*: spunti a partire dal nuovo art. 236 bis l. fall., cit., 626 e ben rende l'idea di tale prima scansione del procedimento attestativo.

Si tratta di una pluralità di compiti estremamente delicati, non c'è dubbio, ma con altrettanta sicurezza chiaramente affidati alla responsabilità di chi si assume l'attestazione. Ed è per questo che non può soddisfare una interpretazione della lettera della fattispecie che escluda la responsabilità con riferimento alle componenti per così dire valutative; pur con dei limiti³⁵⁶, che non espongano l'attestatore a responsabilità di carattere penale per valutazioni per così dire "divinatorie", in relazione a giudizi, quale essenzialmente quello sulla concreta buona riuscita del piano, che esorbitano chiaramente dalla stessa funzione che è chiamato a svolgere, cioè quella di fotografare correttamente la situazione dell'impresa, pur con l'utilizzo di una lente valutativa, ove ve ne sia la necessità, in relazione al *proprium* del singolo dato economico da rappresentare.

Tale conclusione merita seguito sia in considerazione del fatto che, anche in questo ambito, ben possono insinuarsi pericolosi profili di falsità rilevanti agli effetti finali e senz'altro meritevoli di sanzione, sia perché una diversa soluzione sembra porsi in irrimediabile contrapposizione con lo spirito che ha animato la riforma a più riprese dalla legge fallimentare – da ultimo, a maggior ragione, con l'irrobustimento delineato dal "Decreto sviluppo" - e con l'attuale equilibrio di giudizi e valutazioni su cui si radica, infine, l'approvazione del Tribunale.

Ciò detto, va quindi sottolineato che, per poter escludere dal significato di "informazioni" l'aspetto valutativo dell'attestazione bisogna in ogni caso fare i conti con tutta una serie di indici che depongono certamente nella direzione opposta. Posto che la fiducia che si ritiene di riporre nel corretto significato della *ratio legis* non può, tuttavia, comportare un sovvertimento dei canoni costituzionali della norma penale, primo fra tutti quello di tassatività, bisogna allora interrogarsi se, in realtà, il termine "informazioni" possa adattarsi (ed eventualmente come) anche alla componente valutativa, senza scivolare in inammissibili interpretazioni analogiche. Di fronte a questo interrogativo appaiono fisiologici i richiami che la dottrina che si è occupata della nuova fattispecie incriminatrice fa alle considerazioni sorte in relazione ad un'altra fattispecie di falsità ideologica in scrittura privata³⁵⁷, ovvero quella di false comunicazioni sociali³⁵⁸ e al problema del c.d. "falso valutativo".

³⁵⁶ A breve si avrà modo di metterli meglio in evidenza.

³⁵⁷ ZANOTTI R., *Il nuovo diritto penale dell'economia*, Milano, 2006, 130, ma anche, relativamente alla fattispecie propria del professionista, BRICCHETTI R. – PISTORELLI L., *Operazioni di risanamento, professionisti nel mirino*, in *Guida dir.*, 2012 n. 29, 49.

³⁵⁸ Va detto che in quasi tutti i contributi sul punto vi è un fisiologico richiamo agli artt. 2621 e 2622 c.c., facilmente evocabili anche in considerazione della stretta vicinanza con la struttura alternativa con cui è stata descritta la condotta dell'art. 236 bis; si veda MUCCIARELLI F., *Il ruolo dell'attestatore e la nuova fattispecie penale di "Falso in attestazioni e relazioni"*, cit., 4; PISTORELLI L., *Novità legislative: D.L. 22 giugno 2012, n. 83, recante "Misure urgenti per la crescita del Paese"*, Rel. n. III/07/2012, 6; BORSARI R., *Il nuovo reato di falso in attestazione e relazioni del professionista nell'ambito delle soluzioni concordate della crisi di impresa. Una primissima lettura*, cit., 16; SPINOSA V., *Il cd. decreto sviluppo nel sistema della legge fallimentare: i rapporti tra nuove procedure concorsuali e profili di responsabilità penale*, cit., 17; GUERINI T., *La responsabilità penale del professionista attestatore nell'ambito delle soluzioni concordate per le crisi d'impresa*, cit., 12; TETTO F., *La (ritrovata) indipendenza del professionista attestatore nelle soluzioni concordate dalla crisi d'impresa*, in *Fall.*, 2013, 682; BRICCHETTI R. – PISTORELLI L.,

Non è questa la sede per intrattenerci sul sostanzioso dibattito sulle molteplici questioni ermeneutiche sorte a seguito della riforma operata dal d.lgs. n. 61 del 2002 sulla fattispecie di false comunicazioni sociali³⁵⁹, tuttavia è utile riprendere alcune considerazioni che sono state fatte in relazione alla portata della nuova formulazione della forma attiva della condotta delineata agli artt. 2621 e 2622 c.c. (“*esponendo fatti materiali..., ancorché oggetto di valutazione*”) e alla capacità della stessa di comprendere anche le valutazioni rappresentate nei documenti contabili presi in considerazione dalla norma.

Rispetto alla formulazione originaria – che parlava semplicemente di “*fatti non rispondenti al vero*” – l’aggiunta della specificazione della materialità e che essi possono essere oggetto di valutazioni, ha fatto dubitare degli approdi ermeneutici cui era giunta la dottrina dominante anteriormente alla riforma³⁶⁰; tuttavia il pericolo di un tale effetto è

Operazioni di risanamento, professionisti nel mirino, cit. 49; PIVA D., *Vecchie soluzioni per nuovi problemi nella falsa attestazione del professionista*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2014, 10.

³⁵⁹ Si rimanda sul punto a MEZZETTI E., *I reati societari*, in AMBROSETTI E.M. – MEZZETTI E. – RONCO A., *Diritto penale dell’impresa*, cit., 133 ss.

³⁶⁰ Il problema della qualificazione delle condotte valutative quali “*fatti non rispondenti al vero*” sconta effettivamente un non agevole problema di tipicità poiché, il termine “*fatti*”, ancor più che le “*informazioni*” dell’art. 236 bis, sembra passibile di interpretazione esclusivamente come dati della realtà obiettiva.

L’interpretazione rigorosa, in ordine alla formulazione precedente, era autorevolmente sostenuta in particolare da ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, vol. I, *I reati societari, bancari, di lavoro e previdenza*, XI° ed., Milano, 1999, 134 ss. che, riprendendo la tesi sostenuta da WEILLER A. (*Fatto falso e occultamento dei bilanci*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1931, 376), rilevava l’impossibilità di predicare la verità o la falsità con riferimento alle valutazioni “*perché consistono in apprezzamenti che per propria natura sono sempre soggettivi e, quindi assai variabili*”, concludeva che la norma doveva intendersi con esclusivo riferimento ai fatti di natura materiale. L’Autore sostiene inoltre, facendo leva sulla formulazione dell’art. 373 c.p. (“*Falsa perizia o interpretazione*”), che quando il legislatore vuole fare riferimento alle valutazioni lo fa in maniera espressa e distinta rispetto ai dati oggettivi (“*...dà parere o interpretazioni mendaci, o afferma fatti non conformi al vero*”). Sulla medesima linea si collocavano inoltre anche CRESPI A., *L’illegale ripartizione degli utili*, II° ed., Milano, 1986, 64 ss. e LANZI A., *Le false comunicazioni sociali nella giurisprudenza degli ultimi quindici anni (1960-1974)*, in *Ind. pen.*, 1975, 268 ss.

L’opinione in parola trovava inoltre apprezzamento anche in giurisprudenza, non solo in base al suesposto argomento letterale, ma anche “*in quanto la tutela penale ha ad oggetto non un giudizio economico relativo alla società, ma l’aspetto documentale delle comunicazioni, circa il quale soltanto è ravvisabile un affidamento ragionevole dei destinatari, soci o terzi che siano*” (Cass. Pen., Sez. V, 14 dicembre 1994, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1996, 905 ss., con nota critica di CASAROLI G., *Un falso in bilancio sul filo del fuori gioco: un singolare e problematico caso*).

Tuttavia, mossa dalla preoccupazione che, intesa nei termini anzidetti - e cioè esclusivamente come valutazione di poste che siano del tutto inesistenti o come omissione di valutazione di poste reali - si sarebbe lasciata priva di tutela una componente di operazioni estremamente rilevante, che avrebbe comportato una sostanziale abrogazione della norma stessa, la dottrina maggioritaria si è indirizzata verso una differente tesi, volta a rendere possibile la declinazione in termini di verità o di falsità anche degli aspetti valutativi delle componenti di bilancio; poiché l’interpretazione in questione è stata ritenuta valida anche in costanza della nuova formulazione della norma, si ritiene preferibile rimandare direttamente al proseguo della trattazione anche per questo decisivo aspetto; in ogni caso, su questa posizione, *ante* 2002, si veda MUSCO E., *Diritto penale societario*, Milano, 1999, 88 ss.; CONTI L., *Diritto penale commerciale. Reati ed illeciti depenalizzati in materia di società*, 2° ed., Torino, 1980, 220 ss.; ZUCCALÀ G., *Il delitto di false comunicazioni sociali*, Padova, 1954, 55 ss.; PERINI A., *Il delitto di false comunicazioni sociali*, Padova, 1999, 353 ss.

stato ricomposto e si è riconosciuto che anche nella versione *post* riforma, permanesse lo spazio per le valutazioni, attraverso un percorso argomentativo che riflette la fisiologia della comunicazioni prese in considerazione dalla normativa in tema di bilancio. Si è infatti correttamente messo in evidenza che le voci che compongono il bilancio altro non sono se non “*il frutto di apprezzamenti, di valutazioni, di stime effettuabili e realmente effettuate sulla base di criteri esterni, e cioè sulla base dei procedimenti valutativi mediante i quali si manifesta in termini quantitativi una situazione di fatto*”³⁶¹; tuttavia, risolto positivamente

³⁶¹ Queste le parole usate da MUSCO E., *Diritto penale societario*, Milano, 1999, 90, con riferimento alla versione antecedente alla riforma del 2002; come detto, tuttavia tale considerazione deve ritenersi valida ancora oggi ed infatti ha comportato una generale convergenza della dottrina su questo punto anche in relazione alla nuova formulazione. Si è rilevato infatti che la specificazione della materialità del fatto non è volta ad escludere dal perimetro applicativo della norma le valutazioni, bensì a circoscrivere la punibilità alle falsità che afferiscono ad informazioni relative a entità concrete, esistenti nella realtà oggettiva, pur se esse possono essere “*oggetto di valutazione*” attraverso il ricorso alle norme del codice civile che impongono come contabilizzare il relativo valore.

In definitiva, quindi, la formulazione usata dal legislatore del 2002, avrebbe per scopo proprio quello di esplicitare la punibilità delle valutazioni; sul punto, in particolare GIUNTA F., *Lineamenti di diritto penale dell'economia*, vol. I, II° ed., Torino, 2004, 194; MUSCO E., *I nuovi reati societari*, III° ed., Milano, 2007, 67; ZANOTTI R., *Il nuovo diritto penale dell'economia*, cit., 131; FOFFANI L., *Le falsità*, in A. GIARDA – S. SEMINARA, *I nuovi reati societari: diritto e processo*, Milano, 2002, 263; PERINI A., *Artt. 2621-2622*, in G. COTTINO, G. BONFANTE, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI (diretto da), *Il nuovo diritto societario*, ***, artt. 2484-2548 c.c., norme di attuazione, disciplina processuale, artt. 2621 – 2641 c.c., Bologna, 2004, 3046, nonché SEMINARA S., *False comunicazioni sociali, falso in prospetto e nella revisione contabile e ostacolo alle funzioni delle autorità di vigilanza*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 677, per il quale la modifica alla formulazione legislativa “*appare semplicemente il frutto di una superfetazione che nulla toglie ai “fatti” di cui al previgente art. 2621, n. 1 c.c.*”; esprime invece dubbi sul punto e propende per una contrazione della portata originaria della fattispecie di false comunicazioni sociali PADOVANI T., *Il cammello e la cruna dell'ago. I problemi della successione di leggi penali relativi alle nuove fattispecie di false comunicazioni sociali*, in *Cass. pen.*, 2002, 1600.

Peraltro, come rilevato da FOFFANI L., *Sub artt. 2621-2622*, in F.C. PALAZZO – C.E. PALIERO, *Commentario breve alle leggi complementari*, Milano, 2003, 1807, la formula utilizzata non andrebbe enfatizzata anche in considerazione della circostanza che il progetto Mirone di riforma dei reati societari aveva inizialmente proposto di usare la dizione “*false informazioni*”, precisando che tali fossero in ogni caso i fatti materiali anche se oggetto di valutazione.

Ad ulteriore favore della tesi in parole è stato poi rilevato che, argomentando contrariamente, non sarebbe dato comprendere come interpretare la previsione di cui al comma 4° della norma in questione che prevede la non punibilità dei fatti che sono conseguenza di “*valutazioni estimative*” che, considerate singolarmente, differiscono in misura non superiore al 10 % da quella “*corretta*”; sul punto MASULLO M.N., *Art. 2622*, in T. PADOVANI (a cura di), *Leggi penali complementari*, II° ed., Milano, 2007, 2373; GIUNTA F., *Quale futuro per le false comunicazioni sociali?*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 931, nonché PULITANÒ D., *False comunicazioni sociali*, in A. ALESSANDRI, *Il nuovo diritto penale delle società. D.Lgs. 11 aprile 2002, n. 61*, Milano 2002, che sottolinea che, infatti, la legge delega aveva chiesto che venissero previsti idonei parametri per i casi di “*valutazioni estimative*”.

Ne risulta pertanto che rimangono irrimediabilmente esclusi dal fuoco della fattispecie esclusivamente le c.d. “*mere valutazioni*”, ovvero le previsioni, i pronostici, l'enunciazione di progetti o simili poiché sono il frutto di congettura di carattere soggettivo e del tutto svincolate da dati storici e oggettivi e rispetto alle quali non sarebbe possibile argomentare in termini di verità o falsità; sul punto GIUNTA F., *Lineamenti di diritto penale dell'economia*, cit., 195; MEZZETTI

questo primo interrogativo, vi è minore convergenza rispetto all'identificazione del criterio da utilizzare per affermare l'an della falsificazione relativa alla valutazione contenuta nelle poste di bilancio.

Si tratta di un problema la cui soluzione riflette, con ancora maggiore intensità, la fisiologia dell'oggetto materiale della fattispecie di false comunicazioni sociali, tuttavia è utile delineare quelle che sono state le strade prospettate sul punto, in modo tale da capire se sia possibile attingere ad esse anche con riferimento al nostro problema di partenza relativo all'art. 236 *bis*.

Storicamente, su questo aspetto si sono fronteggiate tre diverse tesi³⁶². La prima, quella del c.d. "vero legale" stabilisce che una valutazione è falsa se vi sia stato scostamento dai criteri fissati dalla legge, in particolare le norme del codice civile che indicano il metodo di compilazione del bilancio³⁶³; tuttavia questa opzione non ha convinto la dottrina non solo perché in tal modo si finiva per sanzionare penalmente la violazione di regole civilistiche di redazione, contravvenendo in tal modo al carattere di *extrema ratio* della sanzione penale, ma anche perché – e in ciò risiede un profilo di evidente interesse per il nostro discorso – non era dato riscontrare nelle norme civilistiche quella necessaria completezza sistematica per poter garantire un rigido e certo criterio attraverso cui esporre previsioni relative ad accadimenti futuri³⁶⁴.

Viceversa, per altra opzione, si è fatto riferimento al concetto di "ragionevolezza": riconoscendo l'eccessiva rigidità del criterio del "vero legale" nonché una sorta di naturale discrezionalità tecnica in capo al soggetto che elabora il bilancio, si è quindi messo in evidenza che una valutazione irragionevole – intesa come travalicamento in mero arbitrio della riconosciuta facoltà discrezionale di elaborazione – era volta a sanzionare la violazione del "vero relativo", inteso quindi in un senso non strettamente materiale bensì come "adeguamento dei giudizi di valore alle norme tecniche", osservati i principi stabiliti dalla legge e "tenuti presenti il tipo di bilancio e lo scopo che presiede

E., Sub art. 2621, in A. GAITO – M. RONCO (a cura di), *Leggi penali complementari commentate*, Torino, 2009, 2920; ZANOTTI R., *Il nuovo diritto penale dell'economia*, cit., 133.

³⁶² Per una completa panoramica sul punto si rimanda in particolar modo a ZANOTTI R., *Il nuovo diritto penale dell'economia*, cit., 134 ss.; MASULLO M.N., *Art. 2622*, cit., 2373 ss.; GIUNTA F., *Lineamenti di diritto penale dell'economia*, cit., 195 ss.; MUSCO E., *I nuovi reati societari*, cit., 70.

Si tenga tuttavia presente che si tratta di una discussione ancora viva poiché il legislatore della riforma si è ben guardato dallo stabilire una volta per tutte in che termini l'interprete dovesse apprezzare la verità o la falsità del documento; rilevano questo problema infatti BRICCHETTI R. PISTORELLI L., *Punibili solo le notizie verso il pubblico e i soci*, in *Guida dir.*, 2002, n. 16, 46.

³⁶³ Si tratta della tesi elaborata da ZUCCALÀ G., *Il delitto di false comunicazioni sociali*, cit. 56 ss.

³⁶⁴ Effettivamente la critica in parola può essere, a maggior ragione, mossa per ciò che attiene alle attestazioni di nostro interesse: mentre per la redazione del bilancio vi è almeno una base normativa che indirizzi l'interprete attraverso il percorso redazionale, va detto che il professionista si ritrova del tutto privo di una base normativa paragonabile a quella vigente in tema di bilancio; pertanto si ritiene di poter scartare immediatamente una ricostruzione che ponga come base, per valutazione la verità o meno della attestazione, la (inesistente) normativa prescrittiva della modalità con cui la stessa debba essere eseguita.

alla compilazione del bilancio”³⁶⁵. Anche tale criterio, tuttavia, seppur si caratterizzi per il pregio essere calato nella realtà fattuale dell’elaborazione contabile, che necessita in determinati ambiti di passaggi quanto meno parzialmente discrezionali, è stato esposto a critiche poiché non soddisfacente sotto il profilo della tipicità penale, in particolar modo in quei casi in cui sia assente il parametro normativo dalla cui violazione possa discendere una valutazione falsa poiché “irragionevole”³⁶⁶.

Ad una più soddisfacente adesione al canone della tipicità risponde invece il canone che si radica sulla mancata corrispondenza tra i criteri di valutazione relazionati e le effettive valutazioni realizzate in bilancio³⁶⁷: in tal caso non si dovrebbe quindi far riferimento a canoni predeterminati dal legislatore o comunque da fonti normativamente positivizzate, bensì a quelli che lo stesso soggetto compilatore dichiara di utilizzare, con la conseguenza che il documento andrebbe apprezzato in termini di falsità in caso di mancata corrispondenza tra il metodo prescelto e quello utilizzato, nel caso in cui la divergenza comporti una effettiva decettività rispetto al pubblico.

Quindi, volendo tirare le somme di quanto utilizzabile dal confronto tra le fattispecie di false comunicazioni sociali e dell’art. 236 *bis* si può rilevare che, a nostro parere, nella nozione di “*informazioni?*”, vi sia lo spazio per includere anche quelle relative a componenti che necessitano, per la relativa comunicazione ai destinatari, di un processo di tipo valutativo, in modo che siano idonee a rappresentare l’effettivo “stato di salute” dell’impresa. E questo, oltre che per la già cennata conformità con l’intenzione del legislatore, perché, ben più che rispetto al termine “*fatti?*” (materiali o meno), quella utilizzata dal legislatore del 2012, sembra in ogni caso essere un termine comprensivo tanto dei fatti materiali, oggettivi, frutto del semplice riscontro della conformità tra quanto esposto e quanto effettivamente esistente, quanto di valutazioni che devono essere comunicate al pubblico dei creditori in modo che questi ne siano, per l’appunto, informati³⁶⁸. Vero, come già detto, che l’utilizzo di altri termini avrebbe consentito di fugare ogni dubbio su questo aspetto, tuttavia non sembra che l’argomento letterale,

³⁶⁵ L’elaborazione della tesi si deve a CONTI L., *Diritto penale commerciale*, cit., 226 ss. Si veda inoltre NAPOLEONI V., *I reati societari*, III, *Falsità nelle comunicazioni sociali e agiotaggio societario*, Milano, 1996, 204 ss.

³⁶⁶ Critiche mosse in particolar modo da BARTULLI A., *Tecniche di redazione del bilancio e norme incriminatrici*, in *Tre studi sulle falsità in bilancio e altri scritti di diritto penale societario*, Milano, 1980, 9 ss., nonché MUSCO E., *I nuovi reati societari*, cit., 95.

³⁶⁷ Si tratta di un criterio che, quindi, si fonda sulla conformità tra il criterio prescelto e comunicato come tale e quello che viene effettivamente dichiarato nel documento contabile per la sua elaborazione; ove vi sia divergenza tra di essi ci si trova allora di fronte a una valutazione predicabile in termini di falsità; si veda in tal senso BARTULLI A., *Tecniche di redazione del bilancio e norme incriminatrici*, in *Tre studi sulle falsità in bilancio e altri scritti di diritto penale societario*, 122 ss., nonché MUSCO E., *I nuovi reati societari*, cit., 97 e ZANOTTI R., *Il nuovo diritto penale dell’economia*, cit., 133 che sottolineano quindi l’importanza, sotto questa prospettiva, della funzione informativa svolta dalla nota integrativa; critico su questo punto invece MEZZETTI E., *Sub art. 2621*, cit., 2921 per il quale, viceversa, la nota non esplicherebbe un ruolo così determinante nel comprendere i criteri di redazione del bilancio.

³⁶⁸ Si tratta di una valutazione che nasce dalla funzione su cui si incentra il termine in questione; secondo l’Enciclopedia Treccani, ad esempio, per informazione deve intendersi proprio una “*notizia, dato, elemento, che consente di avere conoscenza più o meno esatta di fatti, situazioni e modi di essere?*”.

coordinato con l'oggetto delle varie attestazioni, che esprime in maniera indubitabile una realtà valutativa, possa in ogni caso impedire una conformità ermeneutica tra i due elementi normativi, in forza di una corretta interpretazione estensiva, in chiave sistematica, senza dover far ricorso ad una inammissibile uso dell'analogia.

Proprio dagli approdi della dottrina sul metodo per la corretta valutazione della valutazione "falsa" in tema di reati societari, è possibile rilevare quanto segue: nell'impossibilità di far ricorso al primo dei percorsi delineati, in considerazione dell'assenza di parametri normativi positivamente individuati in tema di procedimenti valutativi nei giudizi prognostici, non resta che guardare agli altri due.

Sulla scorta della componente valutativa che può caratterizzare l'attestazione, il canone della "ragionevolezza" potrebbe essere quello che si configura come maggiormente pertinente rispetto alla prospettiva cui l'attestazione deve essere realizzata: d'altro canto tutti i giudizi cui perviene l'attestatore sono espressi non in termini di certezza, bensì, di possibilità; tanto che, difatti, il professionista deve attestare la "fattibilità" del piano, non che questo centerà necessariamente l'obiettivo sperato³⁶⁹; e ciò, non può che essere una necessaria conseguenza dello scenario – economico, patrimoniale e finanziario sia della società stessa ma anche di molti altri fattori, di natura economica ma anche sociale che, in vario modo, possono interferire con la concretizzabilità della previsione fatta - in cui i piani in questione sono chiamati a muoversi, ovvero la situazione conosciuta o conoscibile secondo il grado di conoscenza richiesto al professionista in considerazione del suo (elevato) livello professionale. Tuttavia, in considerazione delle già ricordate criticità relative alla frizione di tale prospettiva rispetto al canone della tipicità, appare più rassicurante corroborare tale impostazione con dei dati normativi che consentano una maggior tenuta rispetto al pericolo di una evanescente conformità dei canoni costituzionali, in una sorta di osmosi con il terzo dei criteri prospettati in tema di false comunicazioni sociali, ovvero quello della mancata corrispondenza tra metodo prescelto e quello effettivamente utilizzato nel giudizio; ed effettivamente sembra proprio questo il terreno sul quale la dottrina sembra muoversi, insistendo in particolare sull'utilizzo di "metodi di valutazione non riconosciuti e non accettati dalle "regole dell'arte"³⁷⁰ che, d'altro canto, consentono di fornire ai creditori dei parametri razionali attraverso cui fondare la propria decisione in ordine al programma di risanamento.

Sembra che questa, effettivamente, sia una chiave di lettura corretta poiché, per l'appunto, prende adeguatamente in considerazione quello che è il ruolo che la attestazione è chiamata a svolgere nel più ampio complesso della procedura, ovvero, per un verso, prospettazione di informazioni alla platea dei creditori affinché questi siano in

³⁶⁹ Si rimanda alla parte finale del presente paragrafo per una disamina maggiormente focalizzata su tale aspetto.

³⁷⁰ MUCCIARELLI F., *Il ruolo dell'attestatore e la nuova fattispecie penale di "Falso in attestazioni e relazioni"*, cit., 3; il giudizio quindi si sposterebbe sul piano del metodo utilizzato per pervenire a quel determinato giudizio. Inoltre, prosegue l'Autore, andrebbe apprezzata in termini di falsità solo quella valutazione relativa a dati che comportino un significato scostamento di carattere qualitativo o quantitativo rispetto alla valutazione "veritiera"; profilo che, peraltro, sembra forse essere di maggior pertinenza rispetto al problema della offensività della fattispecie.

grado di formarsi una autonoma convinzione poggiata su basi fattuali e giuridiche “certificate” ed espressa attraverso proiezioni adeguatamente corrette in termini di logica e razionalità procedimentale³⁷¹ e, per l’altro, comunque come giudizio in relazione alla cui coerenza, metodologica oltre che giuridica, il giudice deve pronunciarsi per ammettere la produzione delle conseguenze normative previste dalla legge fallimentare³⁷².

Quale termine di paragone, allora, per un idoneo giudizio valutativo impostato nei termini anzidetti, non potrà che farsi riferimento alla scienza economica e aziendalistica in via di formazione relativamente ai giudizi elaborati in tali contesti³⁷³; con

³⁷¹ E in tale contesto appare coerente il richiamo alla pronuncia a Sezioni Unite del 2013 ove si afferma, per l’appunto, che il ruolo del giudice verterebbe anche nel controllo relativo al fatto che sia effettivamente fornito questo tipo di supporto informativo ai creditori.

³⁷² Sul punto la dottrina sembra effettivamente convergere; così, con varie sfumature si parla di “ragionevolezza e coerenza rispetto alle premesse metodologiche esplicate” (CONSULICH F., *Nolo cognoscere. Il diritto penale dell’economia tra nuovi responsabili e antiche forme di responsabilità “paracolpevole”: spunti a partire dal nuovo art. 236 bis l. fall., cit., 627*) o di “oculta disapplicazione dei criteri dichiarati?” (BORSARI R., *Il nuovo reato di falso in attestazione e relazioni del professionista nell’ambito delle soluzioni concordate della crisi di impresa. Una primissima lettura, cit., 17*, il quale peraltro richiama anche quella giurisprudenza che, in tema di falso ideologica in atti pubblici, riconosce la falsità con riferimento a quel giudizio che “contraddica criteri indiscussi o indiscutibili e sia fondata su premesse contenenti false attestazioni”, così Cass. Pen. Sez., V, 24 gennaio 2007, citata dallo stesso Autore. Ma, in relazione alla medesima fattispecie anche Cass. Pen., Sez. V, 15 luglio 2011, n. 39360, Rv. 251533 per cui la falsa attestazione idonea a concretare la fattispecie di cui all’art. 479 c.p. può concretizzarsi non solo quando il pubblico ufficiale “dichiari di avere assunto dati diversi da quelli realmente acquisiti” ma anche ove “afferma di avere utilizzato elementi in realtà inesistenti”.

E, ugualmente, si può dire con riferimento a quella giurisprudenza cui si è fatto riferimento sopra in relazione alla fattispecie di cui all’art. 481 c.p.; cfr. § 4.2.2.b).

Sulla medesima posizione anche SPINOSA V., *Il cd. decreto sviluppo nel sistema della legge fallimentare: i rapporti tra nuove procedure concorsuali e profili di responsabilità penale, cit., 18*.

Contra, invece, GUERINI T., *La responsabilità penale del professionista attestatore nell’ambito delle soluzioni concordate per le crisi d’impresa, cit., 16* che sottolinea come l’assenza di un documento omologo alla nota integrativa che funga da *tertium comparationis* in via esplicativa delle modalità adottate dal professionista dovrebbe imporre di virare a favore del criterio della ragionevolezza. La critica, tuttavia, non pare convincente se si pone mente al fatto che, nella relazione elaborata dall’attestatore, il riferimento alla metodologia utilizzata per la propria valutazione appare un passaggio logico in ogni caso irrinunciabile ove si intenda affermare che è stato garantito ai creditori il corretto grado informativo di cui essi necessitano.

³⁷³ Ricorrono così in dottrina richiami, oltre che ad opere specifiche (GUATRI L. - UCKMAR V., *Linee guida per le valutazioni economiche. Un contributo alla società italiana e alla giustizia in sede civile, penale e fiscale*, Milano, 2009, menzionato da BORSARI R., *Il nuovo reato di falso in attestazione e relazioni del professionista nell’ambito delle soluzioni concordate della crisi di impresa. Una primissima lettura, cit., 17*) alle linee guida elaborate da istituti di vario genere, tra cui, da ultimo si può citare *Linee guida per il finanziamento delle imprese in crisi*, elaborato nel 2014 da ASSONIME, in <http://www.assonime.it/AssonimeWeb2/servletDocAllegati?idSelectedDocument=251479&idSelectedDocumentType=2266&idSelectedAttach=251480&reserved=false>.

Ma per avere un’idea immediata di quali (e quante) siano le problematiche afferenti alle attestazioni, che devono necessariamente muoversi nell’ottica prospettica propria del contenuto del loro giudizio, basta rimandare a QUATTROCCHIO L. – RANALLI R., *Concordato in continuità e ruolo dell’attestatore: poteri divinatori o applicazione di principi di best practice, cit., 1 ss.*, nonché, in una prospettiva più specificamente aziendalistica QUAGLI A., *Le attestazioni di fattibilità dei piani di risanamento nelle procedure concorsuali*, in D. GALLETTI – A. PANIZZA – A. DANOVÌ – A. FERRI – P.

L'ovvia precisazione che l'eventuale nuovo apprezzamento del giudice penale in ordine a quanto attestato deve necessariamente muovere nel medesimo senso in cui corre il binario dell'attività dell'attestazione, ovvero quella della prognosi *ex ante*³⁷⁴.

Peraltro, per concludere quanto accennato *supra*, tale approdo non può consentire di includere tra i comportamenti qualificabili come informazioni “false” anche ulteriori valutazioni che potrebbero scivolare nello spettro di prensione della norma. Deve essere chiaro che, al di là della correttezza delle valutazioni sui dati che abbisognino di operazioni di tal genere per essere rappresentati e da effettuare nei termini anzidetti, non può trovare sede nell'art. 236 *bis* anche il giudizio sulla fattibilità in quanto tale del piano. Vero che, come ricordato più volte, il compito assegnato dal legislatore delle riforme è quello di esprimersi anche in tal senso, tuttavia non deve sfuggire che il giudizio sulla buona riuscita del piano ha una intrinseca componente prognostica che, pur trovando base sui dati esposti – anche su quelli oggetto di valutazione – soffre irrimediabilmente di una prospettiva rivolta al futuro che non può essere declinata nei termini di verità o falsità, se non a costo di addossare responsabilità all'attestatore che non appaiono essergli proprie.

La “fattibilità” è evidentemente cosa ben diversa dalla effettiva riuscita dell'opera di risanamento che, viceversa, sconta una serie di imprevedibilità che, *ex ante*, esulano dalla possibilità prognostica del professionista, così come, in un certo senso, di chiunque³⁷⁵. Il suo compito è quello di effettuare una rappresentazione della situazione

RIVA – F. CESARE – A. QUAGLI, *Esercizio provvisorio e strumenti alternativi per la continuità aziendale*, Milano, 2013, 165 ss.

Viceversa, critico sulla tenuta costituzionale della norma TETTO F., *La (ritrovata) indipendenza del professionista attestatore nelle soluzioni concordate dalla crisi d'impresa*, cit., 685 poiché, al di là dei riferimenti relativi ai metodi e ai criteri per l'elaborazione dei documenti di bilancio, non vi sarebbe alcun paradigma normativo sufficientemente preciso cui ancorare il contenuto dell'attestazione da un lato e il rispetto del criterio di legalità della norma dall'altro. Cfr., inoltre, CONSULICH F., *Nolo conoscere. Il diritto penale dell'economia tra nuovi responsabili e antiche forme di responsabilità “paracolpevole”: spunti a partire dal nuovo art. 236 bis l. fall.*, cit. 628.

³⁷⁴ MUCCIARELLI F., *Il delitto di falso in attestazioni e relazioni: il professionista-attestatore e le valutazioni*, cit., 135, che pone in guardia dai facili giudizi *ex post* in cui potrebbe cadere il giudice penale in considerazione del fatto che si è di fronte ad un progetto di risanamento che non ha dato i frutti sperati. Dell'importanza di tale circostanza, peraltro, già si è detto quando si è affrontato il problema della rivalutazione del giudice con riferimento all'art. 217 *bis* l. fall.

³⁷⁵ Si tratta di una considerazione di fondamentale importanza poiché, come viene sottolineato da vari Autori (così, per tutti, BORSARI R., *Il nuovo reato di falso in attestazione e relazioni del professionista nell'ambito delle soluzioni concordate della crisi di impresa. Una primissima lettura*, cit., 18), il rischio che si annida è, similmente a quanto paventabile anche in relazione all'art. 217 *bis*, quello di un'inopinata rivalutazione con le lenti del “senno di poi” di queste attestazioni: c'è il rischio che il non aver realizzato ciò che appariva realizzabile possa facilmente diventare sintomo di irrealizzabilità *ex ante* del progetto, con una evidente travisamento della lettera della norma e dell'ontologia dell'attività del professionista. Dello stesso avviso anche MUCCIARELLI F., *Il ruolo dell'attestatore e la nuova fattispecie penale di “Falso in attestazioni e relazioni”*, cit., 3 per il quale, come già ricordato il giudizio deve essere valutato sul piano del metodo utilizzato, mai invece, così come sottolineato dalla dottrina anche in tema di false comunicazioni sociali, può investire il giudizio in sé direttamente.

Ancora, dello stesso avviso anche MINNITI G., *La “nuova” responsabilità penale dell'attestatore*, cit., 3, che giustifica la soluzione sulla scorte del fatto che il legislatore, attraverso la scelta del termine

dell'impresa e, sulla base di questa base, correttamente plasmata anche attraverso operazioni di carattere valutativo, effettuare una prognosi positiva, su cui peraltro sono poi i creditori a doversi pronunciare, quanto meno nei casi in cui è previsto questo ulteriore passaggio. Per essere chiari: nella valutazione sulla effettiva consistenza di un credito, una cosa è attestare che esso sarà pienamente soddisfatto pur quando vi siano evidenze che inducano a ritenere che ciò non accadrà o accadrà solo in misura ridotta rispetto a quanto dovuto (ad esempio nel caso in cui dalla documentazione contabile risulti che il credito non riesce ad essere riscosso da lungo tempo, a causa di una situazione di criticità economica da parte del debitore), ipotesi qualificabile come una informazione falsa penalmente sanzionabile, diverso è invece effettuare la medesima valutazione nei confronti di un debitore oggettivamente "solido" che, purtuttavia, non riesca, per cause che possono essere le più disparate, ad onorare il proprio debito.

Solo nel primo caso si potrà sussumere l'attestazione nel delitto in discorso poiché l'attestatore ha operato la valutazione della componente di bilancio secondo canoni non conformi allo stato dell'arte; estendere la sanzione anche nel secondo caso significherebbe invece attribuire responsabilità che non paiono ricadere nel fuoco della fattispecie incriminatrice. A tacere del fatto che, ove non si accedesse a tale soluzione, la gravosità della "profezia" rappresenterebbe un evidente deterrente tanto sotto il profilo della responsabilità cui ci si esporrebbe assumendo l'incarico, quanto dei tempi che servirebbero per effettuare una valutazione che dovrebbe tenere conto di tutta una serie infinita di valutazioni, incompatibili i tempi snelli di un *fresh start* che invece è primario interesse degli strumenti in questione.

4.4.1.2: Il problematico connotato delle informazioni "rilevanti" con esclusivo riferimento alla condotta omissiva

Un ulteriore aspetto che da adito a legittimi dubbi in ordine all'effettivo perimetro della norma è quello relativo alla circostanza per cui, mentre la condotta attiva è caratterizzata dalla esposizione di informazioni false, quella omissiva è arricchita dal riferimento alla "rilevanza" delle informazioni omesse.

Si tratta di un elemento normativo che produce una strana asimmetria³⁷⁶ all'interno della fattispecie, che necessita di essere approfondita per non incorrere in interpretazioni fuorvianti; letteralmente interpretata, infatti, la norma sembrerebbe

"informazioni false", avrebbe inteso evitare proprio di esporre il professionista al rischio penale di una successiva rivalutazione con riferimento a quella parte di attestazione che rappresenta il momento finale e certamente più delicato della propria prestazione professionale.

³⁷⁶ BRICCHETTI R. – PISTORELLI L., *Operazioni di risanamento, professionisti nel mirino*, cit. 49 nonché PIVA D., *Vecchie soluzioni per nuovi problemi nella falsa attestazione del professionista*, cit., 7, che rileva una maggior carica offensiva nella modalità attiva della condotta, come testimonierebbe la circostanza che, in altri ambiti (come esempio sono riportati i casi di illeciti bancari relativi la partecipazione al capitale di banche, società finanziarie o appartenenti ad un gruppo bancario o in intermediari finanziari, ai sensi del d.lgs. 385 del 1993), mentre la condotta attiva è sanzionata come figura delittuosa, quella omissiva come mero illecito amministrativo.

sanzionare l'esposizione, di carattere attivo, di qualunque tipo di informazione falsa e, viceversa, limitare il nascondimento a quelle soltanto caratterizzate da una capacità decettiva per i soggetti cui sono destinate³⁷⁷. E' evidente che una interpretazione siffatta non appare soddisfacente, ma il problema sembra possa essere agevolmente ricomposto attraverso un corretto uso dei principi costituzionali.

Come è stato evidenziato, l'interpretazione sopra prospettata presenta un'evidente frizione con il principio di offensività: se, come detto, il bene giuridico protetto dalla norma in via immediata è quello della fede pubblica, se ne deve dedurre che, anche con riferimento alla condotta attiva, l'unica via ermeneutica per ritenere la norma costituzionalmente conforme deve necessariamente passare per una adeguata valorizzazione della capacità decettiva dell'informazione esposta attraverso la condotta attiva³⁷⁸. Si tratta di una soluzione che effettivamente non concorre a spiegare come mai il legislatore abbia comunque deciso di "sdoppiare" la caratterizzazione delle informazioni, posto che, anche in assenza del riferimento contenuto nella condotta omissiva, quest'ultima avrebbe dovuto in ogni caso concentrarsi su informazioni conformate ad una adeguata potenzialità decettiva³⁷⁹.

Quindi ne consegue, in ogni caso, che, anche in relazione alla modalità attiva, le informazioni esposte, così come quelle oggetto di nascondimento, devono essere tali da connotarsi per una carica decettiva idonea a trarre in inganno i soggetti destinatari delle

³⁷⁷ PISTORELLI L., *Novità legislative: D.L. 22 giugno 2012, n. 83, recante "Misure urgenti per la crescita del Paese"*, cit., 6. La capacità decettiva dell'informazione omessa andrebbe conseguentemente apprezzata in relazione alla conseguenza che essa produrrebbe ove correttamente esposta: se, cioè, ove nota, avrebbe potuto comportare una diversa valutazione in ordine al progetto realizzato, tanto per ciò che riguarda il consenso dei creditori, quanto, secondariamente, il giudizio di omologa da parte del giudice; cfr., sul punto MUCCIARELLI F., *Il ruolo dell'attestatore e la nuova fattispecie penale di "Falso in attestazioni e relazioni"*, cit., 4, CONSULICH F., *Nolo cognoscere. Il diritto penale dell'economia tra nuovi responsabili e antiche forme di responsabilità "paracolpevole": spunti a partire dal nuovo art. 236 bis l. fall.*, cit. 624 nonché SPINOSA V., *Il cd. decreto sviluppo nel sistema della legge fallimentare: i rapporti tra nuove procedure concorsuali e profili di responsabilità penale*, cit., 17.

³⁷⁸ MUCCIARELLI F., *Il ruolo dell'attestatore e la nuova fattispecie penale di "Falso in attestazioni e relazioni"*, cit., 4; BORSARI R., *Il nuovo reato di falso in attestazione e relazioni del professionista nell'ambito delle soluzioni concordate della crisi di impresa. Una primissima lettura*, cit., 19, che richiama il dibattito relativo, ancora in tema di false comunicazioni sociali, alla "alterazione in maniera sensibile" della realtà economica e patrimoniale della società e alla coniugazione di tale espressione con il principio di offensività e con le nuove soglie introdotte nel 2002; sul punto, si rimanda in ogni caso, nuovamente, a MEZZETTI E., *I reati societari*, in AMBROSETTI E.M. – MEZZETTI E. – RONCO A., *Diritto penale dell'impresa*, cit., 145.

Viceversa altri Autori propendono per una interpretazione che valorizza il principio di uguaglianza ai sensi dell'art. 3 Cost.; così TETTO F., *La (ritrovata) indipendenza del professionista attestatore nelle soluzioni concordate dalla crisi d'impresa*, cit., 681 o anche CASAROLI G., *Sub art. 236 bis*, cit., 1588.

³⁷⁹ Al più si potrebbe ipotizzare il timore del legislatore che, in assenza dell'aggettivo "rilevanti?", si sarebbe potuta scegliere una interpretazione per cui, viceversa, qualunque tipo di omissione sarebbe stata censurabile, poiché l'aver indicato che l'informazione esposta deve essere "falsa" potrebbe trasmettere direttamente l'idea di capacità decettiva; tuttavia, anche in tal caso, una corretta interpretazione conforme ai canoni di necessaria offensività della condotta avrebbe reso superflui gli eventuali rilievi appena evidenziati.

attestazioni e relazioni³⁸⁰; e ciò potrà ricorrere solamente nel caso in cui la falsa informazione esposta sia, per l'appunto, rilevante in tal senso.

Ove ciò non sia riscontrato, sembra pertinente il richiamo che è stato fatto in letteratura alla categoria del falso innocuo³⁸¹.

³⁸⁰ PIVA D., *Vecchie soluzioni per nuovi problemi nella falsa attestazione del professionista*, cit., 8; l'analisi quindi dovrebbe spostarsi, caso per caso, sul contenuto intrinseco della documentazione e sulla capacità di alterazione della stessa con riferimento non solo al buon andamento della procedura ma, soprattutto, agli interessi della platea dei creditori. Allo stesso modo SANDRELLI G.G., *Le esenzioni dai reati di bancarotta e il reato di falso in attestazioni e relazioni*, in *Fall.*, 2013, 801.

³⁸¹ BORSARI R., *Il nuovo reato di falso in attestazione e relazioni del professionista nell'ambito delle soluzioni concordate della crisi di impresa. Una primissima lettura*, cit., 20; effettivamente all'astratta compatibilità con la norma del 236 bis la circostanza che le informazioni omesse (ma ugualmente quelle esposte) appaiono incapaci di spostare il giudizio su cui la relazione o l'attestazione si fonda, induce a far ricorso della categoria del falso innocuo per l'incapacità di ledere o porre in pericolo il bene giuridico protetto.

Tuttavia appare corretto l'ammonimento che fanno BRICCHETTI R. – PISTORELLI L., *Operazioni di risanamento, professionisti nel mirino*, cit. 49 quando evidenziano che, trattandosi di reato contro la fede pubblica, facendo leva sull'interpretazione sopra proposta, "l'innalzamento del coefficiente di offensività appare più apparente che reale".

Senza aver la pretesa, ove fosse la sede appropriata, di affrontare in tale contesto le problematiche relative all'intreccio tra bene giuridico in tema di fede pubblica e relativi profili attinenti all'offensività (per le quali si rimanda ancora a GIACONA I., *Introduzione ai reati contro le fede pubblica*, 3 ss.), deve tuttavia ricordarsi che il problema del falso innocuo comporta una questione di non immediata soluzione, giacché esso si innesta sulle già tormentate considerazioni in ordine all'*ubi consistam* della protezione penale dei delitti di falso.

Se infatti si pone mente al fatto che il bene giuridico protetto dalle norme in tema di fede pubblica, inteso - con formula volutamente sintetica, secondo la tradizionale (cfr. *retro*, nota n. 342) impostazione che esprime i delitti di falso quali fattispecie di danno e non di pericolo astratto - quale fiducia che deve poter essere riposta in determinati oggetti, simboli o documenti, sarebbe in ogni caso violata dalla condotta di falsificazione, a prescindere dall'esistenza di un specifico e concreto pericolo decettivo conseguente alla condotta. In linea con tale assunto si registra un atteggiamento piuttosto rigoroso da parte della giurisprudenza: "Il cosiddetto falso "inutile" o "innocuo" non può essere se non quello che incide su un documento inesistente o assolutamente nullo" poiché, continua la pronuncia "ad integrare il dolo è sufficiente la coscienza e volontà dell'alterazione del vero, senza che occorra anche il fine di cagionare ad altri un inganno o di procurare un vantaggio" così Cass. Pen., Sez. V, 12 giugno 1984, n. 5414, in *Riv. pen.*, 1985, 199 oppure Cass. Pen., Sez. V, 12 maggio 1977, in *Giust. pen.*, 1978, II, 44 per cui "In tema di falso documentale la punibilità è esclusa per inidoneità dell'azione qualora l'alterazione materiale sia del tutto irrilevante e cioè sia tale da escludere anche il pericolo di lesione della pubblica fede"; nello stesso senso anche Cass. Pen., Sez. V, 22 maggio 1967, in *Giust. pen.*, 1967, II, 1114. Più in generale, sul tema del falso innocuo si rimanda in particolare a RAMPIONI R., *Il problema del bene giuridico nelle falsità documentali*, in F. RAMACCI (a cura di), *Le falsità documentali*, Padova, 2001, 115 e NAPPI A., *Falso e legge penale*, 2° ed., Milano, 1999.

Ed è proprio in considerazione di queste tensioni interpretative che si è arrivato ad affermare, in armonia con la già ricordata critica alla tradizionale figura della fede pubblica quale autonomo bene giuridico da proteggere, che "ad essere in discussione, invece, è proprio la tenuta della fede pubblica come bene giuridico"; così COCCO G., *Il falso bene giuridico della fede pubblica*, cit., 77, che deduce da questa difficoltà di inquadramento del falso innocuo la "cartina al tornasole della debolezza della costruzione della fede pubblica come bene giuridico" poiché l'assunzione ad autonomo bene giuridico di quest'ultima riflette, in definitiva, l'impossibilità di riconoscere uno scarto tra la tipicità astratta e l'offesa. Viceversa, secondo l'interpretazione caldeggiata da quest'ultimo Autore, riconoscendo il bene giuridico tutelato nello specifico interesse patrimoniale, amministrativo, fiscale, giudiziario

Per altro verso, infine, non è dato riscontrare un parametro certo cui agganciare la “rilevanza” dell’informazione omessa (o esposta falsamente), aprendosi così il problema se dover fare riferimento ad una prospettiva soggettiva, quale mutabilità della valutazione che è demandata ai creditori, oppure a una di carattere oggettivo, imperniata su valutazioni di squisita pregnanza economico-aziendale ai fini di un paradigma decisorio astratto³⁸².

Tuttavia sembra possibile sottolineare che la seconda interpretazione sembra farsi preferire senz’altro per la necessità di ancorare la fisionomia della norma a un canone di tassatività che già rischia di essere svilito dal riferimento normativo della “rilevanza”; ove si abbracciasse una opzione di carattere soggettivo, infatti, il percorso ricostruttivo dell’incriminazione dovrebbe indagare se la determinata informazione omessa avrebbe mutato, nella valutazione dei singoli specifici creditori la propria intenzione di aderire al piano di risanamento, circostanza che, oltre a rendere l’accertamento estremamente problematico – per non dire impossibile, nella realtà di ciò che si svolge nelle aule dei tribunali – scontrerebbe l’ulteriore ostacolo di dover fare i conti con il fatto che le valutazioni soggettive potrebbero essere mutevoli da un singolo creditore a un altro.

Una moltiplicazione di dati problematici che fanno senz’altro propendere per la preferibilità di una valutazione in termini oggettivi della nozione di “rilevanza” dell’informazione³⁸³.

4.4.2: L’assenza di riferimenti alla condotta colposa del professionista: ricadute sistematiche in relazione alla “esenzione” di cui all’art. 217 bis

C’è un ultimo aspetto sul quale è opportuno soffermarsi e nasce dalla formulazione dell’elemento soggettivo del nostro delitto. Al di là della placida enunciazione della punibilità del delitto a titolo, alternativamente, di dolo generico o di dolo specifico a seconda che si versi nell’ipotesi base o in quella aggravata³⁸⁴, si cela un problema per la comprensione del quale è necessario volgere lo sguardo all’intero panorama della nuova struttura di soluzione della crisi che è stata disegnata.

che viene offeso dalla specifica falsificazione; in tal modo il principio di offensività verrebbe recuperato già in via primaria, attraverso l’indagine circa la sussistenza della note di pericolosità rispetto ai beni giuridici “finali” che si vuole proteggere.

Tuttavia riteniamo che non sia questa la sede opportuna per avventurarci in questa delicata problematica.

³⁸² Rileva il problema BERSANI G., *La responsabilità penale del professionista attestatore ai sensi dell’art. 236 bis l. f.*, in *Ind. pen.*, 2014, 119.

³⁸³ E’ l’esito cui perviene anche l’Autore che pone il relativo dubbio; in particolare si sottolinea che mentre potrà non avere rilevanza l’errore che cada sul nominativo dei singoli creditori quando non coinvolga cause di prelazione o situazioni di prescrizione, a ben altro esito si dovrà pervenire con riferimento all’entità quantitativa del dato contabile omesso, all’omissione della circostanza che un immobile indicato nell’attivo patrimoniale è in realtà abusivo, così come la circostanza dell’omessa indicazione che un determinato credito sia riferibile al debitore fallito.

³⁸⁴ Cfr. *retro*, § 4.4.

Si parta da una certezza: nell'art. 236 *bis* non è presa in considerazione una eventuale condotta colposa da parte del professionista³⁸⁵. Vero che la declinazione in termini colposi di una condotta che abbia ad oggetto una informazione “falsa” presenterebbe degli inevitabili problemi di determinatezza che si innesterebbero sulla già non agevole ricostruzione esposta relativamente alla conciliabilità del prodotto dell'attestazione con la sua infedeltà contenutistica, tuttavia certo non può da questa considerazione farsi discendere il motivo di quest'assenza. Si badi, peraltro, che tale scelta certo non si pone in distonia rispetto ad altre fattispecie di falso prese in considerazione dal nostro ordinamento, per le quali, infatti, vige senza dubbio un regime di punibilità a titolo esclusivamente doloso³⁸⁶; tuttavia le peculiarità del sistema di risoluzione della crisi dell'impresa consentono di sottolineare alcuni punti che emergono dall'esclusione della punibilità per la condotta colposa dell'attestatore.

Procedendo con ordine, si deve in primo luogo richiamare alla mente gli esiti cui si era pervenuti in tema di compatibilità delle fattispecie di bancarotta di natura colposa e la condotta dell'imprenditore che abbia fatto affidamento su un piano di rientro poi naufragato³⁸⁷. Una volta esclusa l'automatica efficacia dell'esenzione predisposta dall'art. 217 *bis*, si era paventato il rischio che, in queste occasioni, attraverso la rivalutazione da parte del giudice penale della congruità del piano predisposto e la sua effettiva capacità di evitare l'epilogo fallimentare, l'imprenditore potesse essere chiamato a rispondere delle condotte volte al risanamento dell'impresa quali concretizzazioni di ipotesi di bancarotta semplice. In tale sede già si era ritenuto di escludere tale possibilità sulla scorta di alcune considerazioni che ora meritano di essere esposte in maniera più compiuta.

La circostanza che il legislatore abbia attribuito ad un soggetto specifico il controllo sulla documentazione che espone lo stato di difficoltà dell'impresa induce a riflettere sulla residuale responsabilità penale in capo all'imprenditore. Con la creazione di un avamposto ulteriore rispetto alla condotta propria scolorirebbe la rilevanza penale delle condotte dell'imprenditore caratterizzate da colpa nell'esposizione della propria situazione debitoria, che astrattamente potrebbero incrociare il fuoco delle forme della bancarotta semplice (ovvero, come spiegato nel Capitolo II, i nn. 3-4 dell'art. 217); ciò in considerazione del fatto che il *proprium* del ruolo dell'attestatore è anche quello di

³⁸⁵ E' appena il caso di richiamare il principio che discende dalla formulazione del 2° comma dell'art. 42 del codice penale.

³⁸⁶ Per constatare ciò basta sfogliare il nostro codice, tanto con riferimento ai delitti contenuti nel Titolo VII, sia con riferimento ad altre ipotesi specifiche, quale quella dell'art. 373 (“*Falsa perizia o interpretazione*”) o dell'art. 374 *bis* (“*False dichiarazioni o attestazioni in atti destinati all'autorità giudiziaria*”).

Anzi, il dolo è sensibilmente arricchito in una fattispecie di particolare vicinanza rispetto a quella di nostro interesse, ovvero quella della “*Falsità nelle relazioni o nelle comunicazioni dei responsabili della revisione legale*”, prevista all'art. 27 del d.lgs. n. 39 del 27 gennaio 2010 in relazione alle condotte fraudolente dei revisori legali dei conti. La fattispecie in questione infatti non solo richiede che il revisore agisca “*al fine di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto*” ma arricchisce anche l'oggetto del dolo richiedendo espressamente che il soggetto agisca “*con la consapevolezza della falsità e l'intenzione di ingannare i destinatari delle comunicazioni*”.

³⁸⁷ Cfr. § 2.2.7.

intercettare eventuali rappresentazioni difformi dalla realtà economica, patrimoniale e finanziaria dell'impresa che potrebbero essere il frutto di imperizia nel processo di valutazione e di elaborazione dei dati³⁸⁸.

A convincere di tale assunto militano una pluralità di considerazioni, tutte già autonomamente evidenziate: non solamente la particolare caratterizzazione del professionista in termini di professionalità e indipendenza, ora particolarmente implementate a seguito del c.d. "Decreto sviluppo", ma soprattutto l'attribuzione dei compiti positivamente concretizzati in particolare, per ciò che qui interessa, nel controllo della "veridicità dei dati aziendali", che necessariamente impone, già quale contenuto della prestazione professionale che l'attestatore è tenuto a realizzare in forza del rapporto contrattuale che lo lega all'imprenditore, il dovere di verificare il corretto contenuto dell'esposizione da parte di quest'ultimo. Inoltre, la ricostruzione proposta appare conforme a quanto affermato dalla già più volte menzionata sentenza delle Sezioni Unite civili n. 1521 del 2013, in cui è sottolineato con forza come il ruolo del professionista sia quello di fornire alla platea dei creditori il corretto bagaglio informativo su cui poter costruire il proprio autonomo convincimento in ordine alla convenienza economica dell'operazione.

Se tali rilievi meritano di essere condivisi, si deve allora concludere che, *ex latere "imprenditori"*, l'eventuale imperizia che assista la condotta espositiva perderà la propria carica offensiva proprio in considerazione del fatto che a disinnescare la sua eventuale presenza vi è un soggetto, professionale e indipendente, attraverso il cui vaglio l'attestazione deve necessariamente passare; conseguentemente, in ordine a quanto lasciato in sospeso al § 2.2.7, si deve affermare che non è dato riscontrare profili di imperizia in capo all'imprenditore con riferimento alle fattispecie di cui ai nn. 3 e 4 dell'art. 217 ove le relative condotte di esposizione dei dati aziendali tenute secondo standards non conformi alla migliore disciplina aziendalistica abbiano dato fondamento a un progetto di risanamento che, *ex post*, sia risultato inadatto proprio a causa di tale imperizia; la soluzione risulta a maggior ragione avvalorata dalla circostanza che le norme di nostro interesse innalzano l'asticella della colpa ad un livello di significativa qualità della stessa: "grave imprudenza" (n. 3) e "altra grave colpa" (n. 4), atteggiamenti che appaiono del tutto inconciliabili con chi faccia affidamento su un ulteriore necessario vaglio di veridicità di quanto rappresentato³⁸⁹.

Ma tale approdo lascia scoperta l'ipotesi in cui la valutazione predisposta non sia falsa, bensì errata.

Detto altrimenti, una volta sollevato l'imprenditore da profili di colpa potenzialmente rilevante, in considerazione del fatto che egli si affida in maniera

³⁸⁸ Questo il panorama che ricostruisce anche SANDRELLI G.G., *Le esenzioni dai reati di bancarotta e il reato di falso in attestazioni e relazioni*, cit., 789.

³⁸⁹ Sembrano invece dubitare di tale esito BRICCHETTI R. – PISTORELLI L., *Operazioni di risanamento, professionisti nel mirino*, cit., 50 quando affermano che "Il giudizio positivo fornito da un professionista indipendente e tecnicamente qualificato può sempre valere – anche in presenza di un piano oggettivamente azzardato – a escludere, in capo all'imprenditore in buona fede, il dolo della bancarotta preferenziale (magari non, però, la colpa della bancarotta semplice)"; tuttavia il carattere embrionale della considerazione riportata non sembra sufficiente a modificare il convincimento finora espresso.

contrattualmente rilevante ad un soggetto che il legislatore ha definito secondo alti standards di professionalità e indipendenza, potrebbero ricadere solo su quest'ultimo eventuali profili colposi relativi all'attività di esposizione e di attestazione, senza peraltro che si possano intravedere gli estremi di una posizione di garanzia rilevante fondata sulla norma *de qua*³⁹⁰.

Tuttavia, come messo in evidenza all'inizio di questo paragrafo l'art. 236 *bis* afferma la responsabilità solo per dolo.

Sembra allora delinarsi una sorta di "zona grigia" in cui la condotta colposa del professionista non sembra essere rilevante per il diritto penale. E ciò potrebbe anche essere giustificato da una volontaria opzione di politica legislativa, per non addossare il "rischio penale" della procedura, che vive di equilibri fatti di valutazioni e di prognosi estremamente delicati, proprio al soggetto più rilevante in questo ambito; una eccessiva responsabilizzazione penale potrebbe effettivamente dissuadere l'attestatore dall'accettare incarichi che siano eccessivamente pericolosi, vanificando la tenuta della strutturazione degli istituti in questione³⁹¹.

Tuttavia il pericolo che si staglia all'orizzonte è che, in tali casi, l'interprete si rifugi nel facile porto del dolo eventuale, reso ancora più accattivante dalla difficoltà di coniugare la dimostrazione della consapevolezza della carica decettiva dell'informazione falsa o di quella omessa, con le valutazioni prognostiche oggetto di attestazione. Tuttavia non vi sono dubbi che si tratti di circostanze del tutto differenti; nella prima la attestazione "errata" deriva da una attività non conforme ai canoni di perizia che devono illuminare l'attività del professionista che tuttavia non si rappresenta, nemmeno nella forma del dubbio, il proprio errore valutativo; nel secondo caso, invece, il dubbio c'è e viene risolto dal professionista, pur se in maniera errata. E' a dir poco superfluo rilevare la facilità con la quale si possa facilmente scivolare, in sede di accertamento, dalla prima alla seconda, anche in considerazione della tradizionale posizione di rigore

³⁹⁰ Non deve trarre in inganno l'affermazione di MUCCIARELLI F., *Il ruolo dell'attestatore e la nuova fattispecie penale di "Falso in attestazioni e relazioni"*, cit., 4, quando rileva che "l'obbligo giuridico che fonda il dovere di agire consiste qui nello stesso precetto della norma incriminatrice, che costituisce il professionista attestatore in una posizione di garanzia tutte le volte che sia chiamato a redigere una attestazione o una relazione..." poiché la constatazione è espressa con riferimento alla condotta omissiva della norma, per cui sembra più corretto riferire la "posizione di garanzia" in parola direttamente agli interessi dei creditori alla tutela della correttezza della formazione della loro conoscenza in ordine allo stato di salute dell'impresa. Peraltro, il medesimo Autore, altrove (MUCCIARELLI F., *Il delitto di falso in attestazioni e relazioni: il professionista-attestatore e le valutazioni*, cit., 131), sottolinea l'impossibilità di riscontrare una autonoma posizione di garanzia giuridicamente apprezzabile ai sensi dell'art. 40, 2° c.p., con riferimento alla condotta descritta dalla norma poiché a ciò osterebbe la natura di reato a condotta vincolata e l'assenza di un evento nella descrizione della norma.

D'altra parte, nello stesso senso si esprime anche SANDRELLI G.G., *Le esenzioni dai reati di bancarotta e il reato di falso in attestazioni e relazioni*, cit., 797. Esclude questa opzione, con decisione, anche CONSULICH F., *Nolo cognoscere. Il diritto penale dell'economia tra nuovi responsabili e antiche forme di responsabilità "paracolpevole": spunti a partire dal nuovo art. 236 bis l. fall.*, cit., 633.

³⁹¹ Pericolo che è sottolineato anche da PIVA D., *Vecchie soluzioni per nuovi problemi nella falsa attestazione del professionista*, cit., 14.

tenuta dalla giurisprudenza in tema di elemento soggettivo che deve sostenere le ipotesi di falsità codicistiche³⁹².

E' invece necessario porre mente al fatto che con l'irrobustimento delle qualificazioni professionali dell'attestatore sarà ancora più facile lasciarsi attrarre dal ricorso a parametri presuntivi, quali quelli dei segnali d'allarme utilizzati per la responsabilità degli amministratori privi di delega o dei sindaci³⁹³ e sarà ancora più agevole fare ricorso alle formule secondo cui, "data l'elevata professionalità, non poteva non sapere"³⁹⁴.

Si tratta di problematiche estremamente rilevanti ed altrettanto complesse, che se necessitano di essere sottolineate per la rilevanza che assumono nell'ambito di nostro interesse, finiscono tuttavia per lambire l'oggetto precipuo dell'indagine.

In ogni caso, convinti della necessità di rispettare i contenuti specifici dei vari atteggiamenti psicologici senza deduzioni sfornite di concretezza probatoria, si ritiene di dover concludere che, al di là dei casi in cui sia effettivamente possibile dimostrare una responsabilità a titolo di dolo eventuale, poiché il professionista abbia accettato il rischio di una lesione dell'affidamento riposto sulle relazioni che egli certifica³⁹⁵, dovrà riconoscere l'irrilevanza penale della condotta colposa del professionista poiché chiaro è l'art. 236 *bis* in tal senso.

³⁹² Come noto, infatti, mentre la giurisprudenza ritiene sufficiente per ravvisare la sussistenza del dolo la semplice coscienza e volontà dell'*immutatio veri*, a prescindere dalla necessità dell'*animus nocendi vel decipiendi* (Cass. Pen., Sez. V, 15 marzo 2005, Rv. 232138; Cass. Pen., Sez. V, 18 maggio 2004, Rv. 228711; Cass. Pen., Sez. V, 13 gennaio 1999, in *Guida dir.*, 1999, 66), pur precisandosi che l'elemento psicologico va comunque necessariamente provato in maniera rigorosa, dovendosi rifuggire da ricostruzioni di dolo *in re ipsa* (Cass. Pen., Sez. V, 10 dicembre 1999, n. 1963, Rv. 216354), la dottrina invece richiede anche la consapevolezza delle decettività della falsificazione, in termini almeno di pericolo (ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, cit., 78) o di pericolo (MALINVERNI A., *Teoria del falso documentale*; DE MARSICO A., Voce "Falsità in atti", cit., 320).

³⁹³ Per una critica all'esportazione dello strumenti dei segnali d'allarme nel contesto di nostro interesse CONSULICH F., Nolo cognoscere. *Il diritto penale dell'economia tra nuovi responsabili e antiche forme di responsabilità "paracolpevole": spunti a partire dal nuovo art. 236 bis l. fall.*, cit., 633 ss., per il quale la via giurisprudenziale dei segnali d'allarme "è la manifestazione parossistica del processo penale, più che di questa o quella norma incriminatrice, ad aprirsi alla concreta struttura del controllo della gestione aziendale, e più in generale ai flussi di informazioni circolanti nelle organizzazioni complesse".

³⁹⁴ Denuncia il pericolo anche CASAROLI G., Sub art. 236 bis, cit., 1588.

³⁹⁵ Sembrerebbero rientrare in questo caso le situazioni che BERSANI G., *La responsabilità penale del professionista attestatore ai sensi dell'art. 236 bis l. f.*, cit., 127 chiama di "mancanza di professionalità"; si tratta di quelle situazioni in cui l'attestatore abbia accettato l'incarico pur nella consapevolezza della propria inidoneità a svolgerla, magari mosso dal compenso da percepire per la propria opera; o ancora, nel caso in cui abbia affidato a soggetti terzi (revisori, avvocati o periti) aspetti della valutazione della più ampia operazione attestativa e si renda conto dell'utilizzo da parte di questi ultimi di percorsi logici o tecniche di elaborazione non validate dalle *leges artis*, per non parlare dei casi in cui egli abbia volontariamente taciuto di trovarsi in una situazione di difetto di indipendenza; così, PIVA D., *Vecchie soluzioni per nuovi problemi nella falsa attestazione del professionista*, cit., 14.

Semmai potrà riconoscersi una responsabilità di natura esclusivamente civile³⁹⁶; la dottrina su questo aspetto, infatti, ha sottolineato che, pur a fronte del fatto che la nuova formulazione dell'art. 67, 3° comma, lett. d) non propone più un richiamo al già ricordato art. 2501 *sexies* c.c. che consentiva di applicare la responsabilità *ex art.* 64 c.p.c. in materia di responsabilità del consulente tecnico³⁹⁷, non vi sono dubbi che il professionista sia tenuto a risarcire i danni che questi abbia cagionato tanto all'imprenditore con il proprio comportamento inadempiente rispetto al contenuto della prestazione³⁹⁸, quanto con riferimento ai soggetti che, a vario titolo, possono aver subito pregiudizi dalla condotta non professionale del professionista, quali, ovviamente, in prima fila, i creditori della società³⁹⁹.

Si è consapevoli che la soluzione delineata, che elide la rilevanza penale della colpa, ove non ci si voglia adagiare su facili dimostrazioni di elementi psicologici *in re ipsa*, probabilmente non rispecchia appieno la rilevanza del ruolo affidato al professionista nè la sua centralità nella procedura compositiva, che, viceversa, implica

³⁹⁶ SANDRELLI G.G., *Le esenzioni dai reati di bancarotta e il reato di falso in attestazioni e relazioni*, cit., 800.

³⁹⁷ Cfr. § 4.2.1.; attraverso il richiamo in questione era così costruita una ragionevole assimilazione rispetto al ruolo e alla responsabilità del consulente tecnico, figura equiparabile, quanto a contenuto dell'attività da realizzare e ruolo del relativo prodotto.

³⁹⁸ Nessun dubbio che si tratti di responsabilità *ex art.* 1218 c.c.; il contenuto dell'obbligazione – di mezzi secondo FORTUNATO S., *La responsabilità civile del professionista nei piani di sistemazione delle crisi d'impresa*, in *Fall.*, 2009, 892, seppure va ricordato come stia scolorando, anche in giurisprudenza, la tradizionale distinzione tra obbligazione di mezzi e di risultato – è quello di eseguire l'incarico attestativo e la relativa attività propedeutica, con dovere di verità rispetto alla situazione economica dell'impresa e la diligenza professionale richiesta dall'art. 1176 c.c.; ne consegue quindi, come rileva la giurisprudenza di merito (Trib. Novara, 27 novembre 2012, in <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/8201.php>) che il professionista sarà inadempiente anche nel caso in cui si sia limitato semplicemente a richiamare la relazione redatta dalla società di revisione, senza dar atto di alcuna attività accertativa da lui specificamente svolta, che trascuri di valutare la fattibilità del piano, ometta ogni considerazione sulla omogeneità della posizione giuridica e sugli interessi economici dei creditori che compongono le varie classi, sulla congruità delle diverse percentuali di soddisfazione offerte ai creditori nonché sul raffronto comparativo tra la soddisfazione proposta in sede concordataria e quella realizzabile in sede fallimentare e che, infine, trascuri di riferire sul rispetto dell'ordine delle cause legittime di prelazione.

Inoltre, trattandosi di prestazione d'opera intellettuale, il risarcimento è limitato ai casi di dolo o colpa grave nei casi di risoluzione di “*problem tecnici di speciale difficoltà*”, secondo quanto prescritto dall'art. 2236 c.c.; FORTUNATO S., *La responsabilità civile del professionista nei piani di sistemazione delle crisi d'impresa*, cit., 892. Sulla responsabilità del professionista verso l'imprenditore si veda inoltre LAMANNA F., *La legge fallimentare dopo il “Decreto sviluppo”*, cit., 19 e FERRO M., *Sub art. 67, co. 3, lett. d)*, cit., 907.

³⁹⁹ La lesione del legittimo affidamento riposto dai creditori che abbiano aderito al piano impone di riconoscere una tutela risarcitoria per i danni derivati da tale contesto; minore certezza sussiste invece circa la fonte dell'obbligazione risarcitoria, variando le posizioni tra una responsabilità di natura extracontrattuale e quella da contatto sociale; cfr., sul punto, FORTUNATO S., *La responsabilità civile del professionista nei piani di sistemazione delle crisi d'impresa*, cit., 893; ALESSI G., *Il nuovo concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2005, I, 1131; CECCHERINI E., *La qualificazione, l'indipendenza e la terzietà del professionista attestatore negli istituti concorsuali di gestione della crisi di impresa e le diverse tipologie di relazioni o attestazioni*, cit., 331.

per certo complessità probatorie di particolare rilievo, tuttavia, non sembrano potersi prospettare altri validi percorsi ermeneutici.

4.4.3: Note sul concorso dell'art. 236 bis con altre fattispecie delittuose

Da ultimo, appare interessante indagare i profili di alterazione tra la fattispecie di falso in attestazioni e relazioni con quelle di altri illeciti che possono essere commessi in questo ambito. Anzi, calando la fattispecie nella realtà, si deve ribadire che l'attestazione falsa non sarà, ragionevolmente, che un mezzo per raggiungere un differente scopo, che va ovviamente al di là della produzione di una realtà documentale infedele.

Posto che la falsità mantiene sicuramente la propria carica offensiva propria a prescindere dall'esito della procedura⁴⁰⁰, la punibilità della stessa non verrà meno pur nel caso in cui si verifichi comunque l'effetto positivo raggiunto, ovvero il risanamento, anche se, verificatosi in tal caso attraverso un percorso non correttamente predisposto. La norma infatti è, come già ampiamente sottolineato, indirizzato alla tutela della correttezza della formazione del consenso da parte dei creditori, per cui è già al momento della rappresentazione infedele, che si preoccupa di sanzionare la rappresentazione infedele, senza che rilevi l'esito finale⁴⁰¹.

Viceversa, l'ambito più interessante è quello relativo al rapporto con le altre fattispecie che possono realizzarsi come conseguenza della falsificazione; una volta che si sia verificato il fallimento dell'imprenditore, infatti si prospetta la necessità di sciogliere il nodo della possibilità di un concorso tra l'art. 236 *bis* e le fattispecie di bancarotta, che, fondandosi su una attestazione "inidonea", come tale, quindi, irrimediabilmente al di fuori dell'ombrello protettivo delineato dall'art. 217 *bis* l. fall., possono essere contestate al professionista in concorso, quale soggetto *extraneus*, con l'imprenditore. Si tratta di un aspetto sul quale finora la dottrina non si è molto intrattenuta e che risente del non facile equilibrio dei criteri generalmente utilizzati per la soluzione dell'annosa problematica del conflitto di norme astrattamente richiamabili. Tuttavia, in considerazione della rilevanza della questione appare utile quanto meno ipotizzare un percorso ricostruttivo.

⁴⁰⁰ In considerazione della già ricordata circostanza che la norma punisce la falsificazione *tout court*, a prescindere dagli eventuali esiti successivi che essa produca, se non in via di aggravio della sanzione.

⁴⁰¹ Anche in tal caso, peraltro, potrebbe forse chiamarsi in causa la nozione di falso innocuo ma solamente nel caso in cui si intenda abbracciare quell'interpretazione ermeneutica favorevole a considerare l'oggetto di tutela delle fattispecie di falso non la fede pubblica bensì, direttamente, i beni giuridici "finali" protetti dalle relative norme; tuttavia bisogna rilevare che, in tale ambito, si paventerebbe il pericolo di non punire le falsità esposte per il caso in cui, per imponderabili e imprevisi accadimenti, la certificazione falsa e quindi decettiva, risulti tuttavia in grado di ricollocarsi sui binari del buon esito per il sopravvenire di tali eventi; una opzione che sembra effettivamente ridurre fin troppo la portata della norma che invece appare chiara nel predicare la tutela della attestazione stessa.

Il problema sorge peraltro dal rilievo che l'art. 236 *bis* non compare alcuna formula che valga ad escludere il concorso con altre fattispecie⁴⁰²; ma soprattutto dalla mancata sincronizzazione del comparto penalistico della legge fallimentare con i valori e le scansioni procedurali dei nuovi istituti sui quali pretende ancora di appoggiarsi.

La prima fattispecie che viene in considerazione è quella dell'art. 236, 1° comma l. fall.; già *retro*⁴⁰³ si era accennato alla circostanza che le norme subiscono una parziale coincidenza in considerazione del fatto che la descrizione della condotta materiale della norma da ultimo menzionata finisce per sovrapporsi alla rappresentazione infedele perpetrata da parte del professionista, quanto meno per quanto attiene all'attribuzione di attività inesistenti o alla simulazione di titoli di crediti in tutto o in parte inesistenti per influire sulle maggioranze.

Tra le due norme sembra quindi potersi individuare un nucleo comune, costituito dall'attribuzione falsa di “attività inesistenti” o dall'aver “simulato crediti in tutto o in parte inesistenti”, condotte che, da un lato sono direttamente prese in considerazione dall'art. 236 e, dall'altro, sono intrinsecamente rilevanti ai fini dell'art. 236 *bis*; al di là di tale nucleo comune, poi, è dato riscontrare una serie di elementi specifici delle due fattispecie, a cominciare proprio dalla qualifica soggettiva propria per ciascuna delle due fattispecie (l'imprenditore individuale per l'art. 236 e il professionista per l'art. 236 *bis*), per continuare con il fatto che mentre la prima norma si riferisce al solo concordato preventivo, la seconda prende invece in considerazione tutta la serie di strumenti di risoluzione della crisi.

Sembra allora potersi delineare tra le due norme un rapporto di specialità bilaterale o reciproca, che tuttavia, come noto, il riferimento alla “*stessa materia*” delineato dall'art. 15 c.p. fatica a riuscire a governare⁴⁰⁴; tuttavia, richiamandosi l'orientamento

⁴⁰² GUERINI T., *La responsabilità penale del professionista attestatore nell'ambito delle soluzioni concordate per le crisi d'impresa*, cit., 12.

⁴⁰³ Cfr. § 3.2.2.

⁴⁰⁴ FIANDACA G. MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., 684; si tratta di critica che ricorre spesso in dottrina sulla scorta della considerazione che risolvere il rapporto tra fattispecie che presentano, accanto a un nucleo comune, elementi specializzanti l'una rispetto all'altra, sulla base della “norma speciale” non sembra agevole, a meno di non voler rendere concreto il confronto in considerazioni dei dati materiali, soluzione, come noto, costantemente contestata dalla giurisprudenza. Per una interessante recente panoramica dei problemi relativi al concorso apparente di norme, si rimanda a Cass. Pen., Sez. Un., 21 gennaio, 2011, n. 1963, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 848 ss.. La stessa pronuncia, in punto di fattispecie caratterizzate da specialità reciproca o bilaterale, da atto della difficoltà riscontrata dalla dottrina di pervenire all'utilizzo di indici ermeneutici affidabili in quest'ambito. Tuttavia, prosegue la sentenza, facendo proprie le parole già utilizzate da Cass. Pen., Sez. Un., 20 dicembre 2005, n. 47164, Rv. 232302, i differenti criteri proposti della sussidiarietà e della consunzione (o assorbimento) si pongono in tendenziale contrasto con il principio di legalità, in particolare con il principio di determinatezza e tassatività poiché “*fanno dipendere da incontrollabili valutazioni intuitive del giudice l'applicazione di una norma penale*”; concludono quindi le Sezioni Unite che “*resta dunque fermo che l'unico criterio normativamente certo è quello di specialità*”.

Il punto decisivo, pertanto, si sposta sull'indagine del concetto di “*stessa materia*” che per la Corte va inteso non certo con riferimento all'interesse tutelato dalle due norme, ma invece come “*stessa fattispecie astratta, lo stesso fatto tipico di reato*”, attraverso una valutazione – per l'appunto – tra le due fattispecie astratte.

espresso dalla giurisprudenza su quest'aspetto sembra doversi concludere che nel nostro caso ci si trovi di fronte a una pluralità di elementi aggiuntivi eterogenei⁴⁰⁵, quali le qualifiche soggettive differenti, la condotta ben più ampia dell'art. 236 *bis*, nonché il riferimento alla pluralità delle relazioni e attestazioni relative a tutti gli istituti di risanamento che, viceversa, l'art. 236 certo non considera. Ne deriva pertanto l'impossibilità di ritenere sussistente un rapporto di specialità tra le due fattispecie e, conseguentemente, sembra corretto affermare che le due norme concorrono⁴⁰⁶. Pertanto il professionista sarà chiamato a rispondere in concorso, quale *extraneus*, della fattispecie propria dell'art. 236, 1° comma, così come l'imprenditore individuale in quella propria dell'art. 236 *bis*.

Più agevole sembra poi essere il discorso con riferimento alle fattispecie di bancarotta; precisato ancora una volta che, ove sia frutto della collusione tra imprenditore e professionista, il piano predisposto certo non può beneficiare dall'esenzione dell'art. 217 *bis*, in caso di successivo fallimento, è agevole riconoscere che la fattispecie dell'art. 236 *bis* concorre senz'altro con quella di bancarotta fraudolenta (art. 216)⁴⁰⁷.

Viceversa, come già evidenziato, per i casi di bancarotta semplice che possano in astratto rilevare come compatibili (nn. 3 – 4 dell'art. 217), si devono ribadire le conclusioni già espresse nel paragrafo precedente con riferimento alla mancanza, in capo all'imprenditore, del connotato soggettivo necessario richiesta dalla norma

⁴⁰⁵ Si richiama, ancora, la pronuncia delle Sezioni Unite del 2011 poc'anzi menzionata.

⁴⁰⁶ Così anche SANDRELLI G.G., *Le esenzioni dai reati di bancarotta e il reato di falso in attestazioni e relazioni*, cit., 798.

⁴⁰⁷ Cfr. GUERINI T., *La responsabilità penale del professionista attestatore nell'ambito delle soluzioni concordate per le crisi d'impresa*, cit., 19, che, peraltro fa uso anche dei criteri di sussidiarietà e assorbimento.

CONCLUSIONI

All'esito della scomposizione delle varie questioni sulle quali ci si è intrattenuti in queste pagine, si avverte la necessità di fornire una sintesi finale, in modo da delineare il volto dell'attuale rapporto tra il diritto penale e il delicato momento di gestione della crisi di impresa.

Lo strappo venutosi a creare dal 2005 in poi tra le due parti della legge fallimentare, per l'inopinata miopia del legislatore di scomporre ciò che non può che essere considerato in maniera unitaria, non appare oggi essere stato ricucito.

Se in apertura di questo lavoro avevamo rilevato la necessità di fornire un giudizio sull'effettività dei due interventi normativi del 2010 e del 2012 a ricomporre ciò che era stato spezzato, il giudizio non può che essere negativo. Ancora una volta, infatti, la materia penal-fallimentare sembra essere considerata dal legislatore un terreno di secondaria importanza nell'ambito della regolazione della crisi dell'impresa: i percorsi ricostruttivi che abbiamo delineato testimoniano la difficoltà di giungere a delineare una fisionomia nitida della risposta penalistica in questo delicatissimo momento.

Il panorama che si presenta continua a dimostrare la difficoltà di armonizzare beni e valori tra loro irrimediabilmente inconciliabili: la necessità di preservare il valore sociale ed economico dell'impresa, l'esigenza di fornire risposte celeri, effettive e soprattutto certe al momento di fibrillazione della crisi di impresa, il cui volto pubblicistico trascolora in preponderanti passaggi di matrice privata, appare ancora stridere in maniera evidente con le tradizionali fattispecie penalistiche del 1942. Pensare di risolvere questa distonia sistemica attraverso affermazioni tralatticce, come pretende di fare la nuova esenzione dell'art. 217 *bis*, mette a nudo l'incapacità di cogliere la cifra complessiva delle inestricabili interazioni tra le strutture, gli istituti e le scansioni procedurali dell'impianto complessivo della legge fallimentare.

La necessità di approdare ad una visione finalmente unitaria del problema della crisi di impresa, attraverso la condivisione di valori e beni giuridici sincronizzati con le moderne necessità della vita imprenditoriale ed economica non poteva essere raggiunta attraverso una improbabile capacità autopoietica delle immutate norme penali ad adattarsi al mutato panorama normativo; ma neppure la risposta legislativa è stata comunque capace di assicurare quella certezza che si prefiggeva e che veniva richiesta a gran voce non solamente dalla dottrina ma, elemento di ancora maggior importanza, dai diretti interessati: il mondo economico ed imprenditoriale, preoccupati delle possibili implicazioni penalistiche del loro comportamento nell'ambito della gestione della crisi.

La partita della effettività dell'intero impianto che è uscito dalla stagione delle riforme, per il nostro punto di vista, si gioca senz'altro sulla capacità di escludere, a chi intraprende un percorso di risanamento predicato come lecito - per non dire addirittura

preferibile, dallo stesso legislatore - di rimanere incagliato nelle maglie appiccicose della bancarotta nel caso in cui l'esito del risanamento non vada a buon fine. E ciò, non solamente perché una strada che, invece, paventi all'orizzonte tale minaccia perderebbe di capacità attrattiva, vanificandosi così gli sforzi del legislatore di invertire l'epilogo liquidatorio a favore di quello conservativo, ma soprattutto perché la minaccia penale al fisiologico rischio economico rappresenta una reazione inattuale, priva di contatto con la realtà economica, sconnessa rispetto agli interessi che emergono nel medesimo *corpus* normativo e, quindi, certamente sbagliata.

La risposta fornita a tale esigenza non può dirsi soddisfacente. Si è messo in evidenza che la laconica affermazione del legislatore contenuta all'art. 217 *bis*, che le ipotesi di bancarotta “*non si applicano*” alle operazioni e ai pagamenti realizzati in esecuzione dei nuovi strumenti, non garantisce quel salvacondotto che il legislatore sperava di realizzare; la perentorietà dell'enunciato scolorisce presto di fronte all'ampiezza dei poteri cognitori del giudice penale, insuscettibili di rimanere inibiti a prescindere da una esplicita ed efficace previsione in tal senso.

Sembra che il legislatore, nel momento in cui ha strutturato la nuova architettura della gestione della crisi, effettivamente non si sia reso conto che, eliminato dalla porta il controllo giurisdizionale sulla compatibilità degli strumenti adottati al relativo paradigma legale, affidato al vaglio privatistico del professionista e a quello pressoché esclusivamente formale da parte del tribunale fallimentare, esso in realtà ritorna con prepotenza dalla finestra nel caso in cui il progetto elaborato non abbia dato i frutti sperati e non sia stato possibile evitare il fallimento.

I benefici di una procedura più snella e meno pervasiva, che nell'immediato è effettivamente in grado di consentire un celere tamponamento della crisi, scontano il pericolo di un serio ridimensionamento di fronte all'ampiezza dei poteri cognitori del giudice penale delineati all'art. 2 del codice di rito. Si tratta effettivamente di una equazione abbastanza logica: per affermare con certezza e serenità la liceità di un dato comportamento autorizzato dall'ordinamento, non si può prescindere, presto o tardi, da un vaglio giurisdizionale; se l'esigenza di agire con tempestività impone di spostare in avanti questo controllo e di renderlo sostanzialmente eventuale, esso, ciononostante, permane e si ripresenta proprio nel momento in cui le cose non sono andate secondo quanto prospettato. Con il rischio congenito, come abbiamo detto più volte, che, con il senno di poi, questo secondo vaglio corrompa la corretta prospettiva attraverso cui scrutinare nozioni (già pericolose) come “attuabilità” e “fattibilità” di un piano di risanamento, la cui ragionevolezza vive di equilibri sospesi tra variabili economiche che fanno presto a mutare il proprio segno.

Strumento inadatto al fine, quindi, quello dell'art. 217 *bis*, ma anche incompleto; perché il legislatore si è anche dimenticato delle ulteriori esenzioni che ha introdotto all'art. 67, 3° comma della legge fallimentare, anch'esse sicuramente funzionali, invece, alla protezione dell'attività dell'impresa. L'urgenza di strapparle alla forza attrattiva delle miopi fattispecie di bancarotta impone di ragionare in termini di tipicità o di elemento soggettivo per poter così affermare la loro irrilevanza penalistica; un risultato ben

modesto, che sicuramente non garantisce quella necessaria certezza delle conseguenze degli atti giuridici che pure, nel versante civilistico, vengono predicati come leciti.

La necessità di adottare una prospettiva finalmente completa al problema della regolamentazione della crisi di impresa avrebbe semmai imposto un parallelo percorso riformatore anche del comparto penalistico della legge fallimentare, cogliendo magari l'occasione per risolvere alcune criticità endemiche delle fattispecie di bancarotta; l'aver del tutto obliterato questo obiettivo svela una pesante ipoteca sulla affidabilità degli strumenti di gestione della crisi che sono stati introdotti, nonché una evidente incapacità del legislatore di fornire risposte effettive alle legittime preoccupazioni del mondo imprenditoriale ed economico in un comparto tanto delicato quanto importante della legislazione moderna.

Tuttavia, al netto di queste considerazioni, ciononostante, è possibile individuare una direttrice sulla quale si sono spostati gli equilibri della responsabilità penale nella gestione della crisi di impresa. Proprio la circostanza che l'art. 217 *bis* non è in grado di garantire la certezza *ex ante* della condotta tenuta dai protagonisti della crisi, che viceversa passa necessariamente attraverso il vaglio del giudice penale sulla tenuta del piano o dell'accordo nel caso del loro insuccesso, sposta sicuramente i riflettori dalla figura dell'imprenditore a quella del professionista attestatore.

L'attività di questa nuova figura si snoda attraverso due diversi momenti: il primo è quello della verifica della corrispondenza dei dati economici, patrimoniali e finanziari dell'impresa in difficoltà a quelli esposti dall'imprenditore alla platea dei creditori; il secondo, invece, ben più delicato, è relativo alla capacità del piano elaborato dall'imprenditore a superare la crisi. In entrambi questi momenti il legislatore ha imposto, in una sorta di riequilibrio in matrice privatistica dell'eliminata pervasività del controllo giurisdizionale, l'attestazione di un professionista qualificato ed indipendente, garante della conformità dell'attestazione al paradigma legale.

La conseguenza penalistica di questa privatizzazione del controllo al momento dell'accesso alla procedura si concretizza nel fatto che è proprio il giudizio del professionista sulla conformità dello strumento utilizzato al paradigma legale il vero snodo ermeneutico attraverso cui è possibile affermare l'operatività della esenzione "assicurata" dall'art. 217 *bis*; solo nel momento in cui, *ex ante*, il piano era fondato su dati veritieri e su giudizi plausibili, la condotta dell'imprenditore rimane irrilevante alla sanzione penale.

Tale assunto, di conseguenza, consente in primo luogo di non lasciare impunte condotte fraudolente dell'imprenditore, realizzate con la compiacenza e l'apporto del professionista, che non siano state già intercettate al momento dell'accesso alla procedura; effetto che probabilmente va anche al di là dell'*intentio legis* che è lecito scorgere nel supposto effetto automatico su cui è imperniata l'esenzione dell'art. 217 *bis*, ma che, in definitiva, rappresenta una fisiologica fase di recupero dell'accertamento giurisdizionale che in ogni modo si è cercato di eliminare con mezzi, per l'appunto, inadatti.

Ma sotto altro profilo, invece, come si è messo in evidenza, questo nuovo equilibrio riflette una conseguenza rilevante anche per quelle situazioni in cui, viceversa,

il confezionamento del piano sia passato attraverso condotte imperite da parte dello stesso imprenditore. Il pericolo che una non corretta esposizione dei dati aziendali e, soprattutto, una valutazione di idoneità del piano non conforme ai criteri delle *leges artis* possano innescare alcune fattispecie di bancarotta semplice – nonché eventuali altre figure delittuose di matrice complessa – rimane a nostro parere preclusa dalla corretta considerazione del ruolo attribuito al professionista attestatore: una volta che la struttura della procedura imponga un controllo da parte di quest'ultimo, la cui portata è senz'altro volta anche a intercettare eventuali profili di comportamento colposo da parte dell'imprenditore nell'elaborazione del piano, se ne può trarre una rilevante ricaduta in ordine alla conformazione dell'elemento soggettivo di quest'ultimo. Avendo egli l'obbligo di ricorrere, attraverso l'affidamento di un incarico di natura professionale, al controllo successivo circa la correttezza di quanto esposto e predisposto, ad opera di un soggetto, la cui professionalità e indipendenza è garantita da stringenti connotati, gli eventuali profili di colpa in capo all'imprenditore, che potrebbero interessare tale momento, rimarrebbero in ogni caso assorbiti dalla corretta convinzione che il contenuto e la pervasività del controllo del professionista sono in ogni caso idonei a sopperire a tale manchevolezza. Circostanza che, per l'appunto, sposta verosimilmente l'attenzione, in casi come questi, lo si ripete, non caratterizzati da comportamenti fraudolenti, dalla condotta dell'imprenditore a quella del professionista. Già l'esenzione *ex art. 217 bis*, quindi, comporta, nella struttura della sua operatività, e ben al di là di quanto invece affermi la stessa norma, la rilevanza della condotta del professionista attestatore, forse in misura anche maggiore rispetto al comportamento tenuto dallo stesso imprenditore.

Pertanto, in conclusione, solamente ove il giudizio di veridicità dei dati esposti e quello di idoneità del piano predisposto sia corretto, nei termini anzidetti, il giudice penale potrà constatare la corrispondenza della situazione fattuale al significato normativo del paradigma delineato dall'art. 217 *bis* e affermare così l'operatività della relativa esenzione dai reati di bancarotta. L'interpretazione contraria, che pretenda di far ricorso all'automatismo della lettera della norma in questione, si scontra irrimediabilmente con la mancata predisposizione di un effettivo strumento normativo che garantisca tale effetto, quale certo non può essere, per i motivi sopra delineati, proprio l'art. 217 *bis*.

Se la novella del 2010 non può essere salutata positivamente, quanto meno sotto il profilo dell'effettività della sua portata e della corrispondenza tra lo scopo prefissatosi dal legislatore e quello effettivamente raggiunto, migliori considerazioni possono essere spese per quella introdotta nel 2012, ovvero il delitto di "*Falso in attestazioni e relazioni*" di cui all'art. 236 *bis*.

La necessità di introdurre una specifica figura delittuosa era stata evidenziata effettivamente da larga parte della dottrina, non solo per le difficoltà di individuare la corretta qualifica – pubblicistica o privatistica - del soggetto in questione e, di conseguenza, del giusto avamposto penalistico, tra le fattispecie codicistiche di falso, per le condotte fraudolente tenute nell'ambito della propria attività attestativa, ma anche per l'esigenza di approntare una specifica protezione al bene del corretto flusso informativo ai creditori, presupposto irrinunciabile per una appropriata formazione della volontà di

quest'ultimi nell'adesione al piano di risanamento predisposto. Appare pertanto ragionevole la scelta di sanzionare quelle condotte che già esprimono il pericolo di lesione del bene giuridico protetto, immanente già nella semplice esposizione o nella omissione della informazione, a prescindere dalle eventuali vicende che ne possano fare seguito; ovvero tanto per quanto riguarda l'effettivo inquinamento della corretta formazione del consenso da parte dei destinatari delle informazioni, quanto per ciò che attiene all'eventuale danno che potrebbe derivare ai creditori da tale condotta, eventualità elevata a circostanza della figura delittuosa.

Concentrando l'attenzione, anche in questo ambito, sulla effettività della risposta approntata dal legislatore, si può rilevare che, pur se attraverso una formulazione perfettibile, l'art. 236 *bis* sembra in ogni caso in grado di intercettare le condotte in cui potrebbe manifestarsi la volontà decettiva del corretto consenso dei creditori; la criticità del termine "*informazioni*" che il professionista espone od omette, possono essere stemperate soprattutto grazie al bagaglio interpretativo maturato nel contesto del delitto di false comunicazioni sociali, grazie al quale l'elemento normativo sembra in grado di adattarsi anche al delicato problema relativo al c.d. "falso valutativo", ovvero a quei giudizi prospettici inerenti a singole poste che devono essere oggetto di rappresentazione ai soggetti cui è indirizzata la documentazione realizzata dall'attestatore.

La via ermeneutica che sembra farsi preferire riposa sulla corrispondenza tra le metodologie elaborate dalla scienza economica e aziendalistica per la realizzazione delle varie tipologie di attestazioni con quella utilizzate in concreto dal professionista; una strada che ha il pregio di fornire risposte presumibilmente soddisfacenti anche in ambito giudiziario, attraverso il dialogo tra il perito e i consulenti di parte, nel quadro della formazione di una prova che richiede, in ogni caso, un sensibile grado di competenza specifica.

Ciò che invece rimane al di fuori del fuoco della tutela penalistica è sicuramente la condotta di natura colposa da parte del professionista; ciò emerge plasticamente dalla costruzione dell'elemento soggettivo della norma, sicuramente a tinte dolose.

Esprimere un giudizio su questa scelta non è però agevole poiché vi è una pluralità di elementi da tenere in debita considerazione. Come si è messo diffusamente in evidenza, lo snodo procedurale demandato al vaglio del professionista è sicuramente quello che soffre di maggior criticità, anche per le ricordate ricadute con riferimento all'operatività dell'esenzione dai delitti di bancarotta. Escludere dalla rilevanza penale quelle condotte che si connotano per imperizia e negligenza nell'elaborazione dell'attestazione rappresenta verosimilmente un arretramento discutibile rispetto alla importanza del relativo bene; tuttavia va anche sottolineato che in tal modo, probabilmente, il legislatore ha consapevolmente voluto evitare un eccessivo rischio di criminalizzazione di condotte che si collocano in un ambito estremamente delicato e fluido come quello afferente la buona riuscita del piano di risanamento. La scelta opposta avrebbe effettivamente potuto inibire, con tutta probabilità, i possibili soggetti attestatori dallo svolgere questo ruolo poiché troppo esposto al pericolo di essere poi chiamati a rispondere della non corretta esposizione di informazioni a prescindere da un

intento fraudolento. L'innalzamento dei requisiti di professionalità ed indipendenza contenuti all'interno dell'art. 67, 3° comma, lett. d), in particolare a seguito della novella del "Decreto sviluppo" del 2012, sembra in ogni caso garantire un livello di preparazione adeguato ai compiti che il soggetto attestatore è chiamato a svolgere, senza peraltro dimenticare il permanere della sua eventuale responsabilità civilistica – tuttavia solo per le ipotesi di dolo o colpa grave, ai sensi dell'art. 2236 c.c. - per gli eventuali danni che egli abbia cagionato tanto all'imprenditore quanto ai creditori sociali con il suo comportamento.

Conclusivamente, deve allora essere sottolineato che il panorama attuale della gestione della crisi di impresa sconta ancora un irrisolto nodo di criticità penale; la pretesa di riallocare la portata della tradizionali fattispecie alla nuova conformazione dell'universo normativo avviato dal legislatore nel 2005 attraverso l'inoculamento di due interventi normativi di modesta profondità sistematica non ha certamente portato i frutti sperati. I piani e gli accordi, pur legittimati dallo stesso Tribunale fallimentare continuano a scontare il concreto pericolo di una loro rivalutazione in caso di esito negativo, senza che sia garantito all'imprenditore la certezza di intraprendere una strada che non porti, in futuro, a tale scenario.

Vero che il corretto comportamento dei protagonisti della vicenda di risanamento rimane sicuramente insensibile alla prensione delle sanzioni penali, tuttavia tale conclusione continua inesorabilmente a passare per il vaglio del giudice penale. Un momento che si presenta comunque rischioso.

Al di là dei casi in cui emergano elementi probatori che delineano comportamenti fraudolenti, circostanza che per certo indurrà all'esercizio dell'azione penale, se sembra legittimo presumere che ben difficilmente, in concreto, il giudice penale riterrà opportuno sovvertire la valutazione precedentemente fatta da parte del Tribunale fallimentare circa la tenuta del piano, tuttavia tale eventualità permane e non deve dimenticarsi che il controllo effettuato precedentemente si connota sicuramente per minore pervasività rispetto a quello ipotizzabile in sede penale; una circostanza che potrebbe, *de facto*, indurre la tentazione di recuperare, ad anni di distanza, ciò che era stato - legittimamente - omissis. Senza dimenticare, peraltro, che per i piani attestati *ex art. 67, 3° comma, lett. d)*, non è previsto alcun controllo giurisdizionale di carattere per così dire "preventivo".

Nell'attesa di capire quale sarà la risposta sulla quale si assesterà la giurisprudenza in questo delicato ambito, non resta che ribadire con convinzione l'inopportunità di un dato metodologico che riflette una non adeguata risposta a problemi la cui pressante attualità manifesta, viceversa, la necessità di una risposta di respiro unitario al problema della crisi dell'impresa. L'inattualità dell'assetto vigente, ancora appeso ad equilibri fatti di riflessi della nuova disciplina sul comparto delle fattispecie penal-fallimentari, affidato a interpretazioni ermeneutiche alla ricerca di una razionalità con cui ricostruire i nuovi assetti valoriali e le rinnovate strutture procedurali tra il gioco di specchi delle due anime del Regio decreto del 1942, non può che manifestare la necessità di un ripensamento della tradizionale conformazione della risposta penale al problema della crisi di impresa.

Basta porre mente al fatto che, nell'attuale panorama normativo, le specifiche fattispecie penalistiche, relative ai nuovi strumenti di alternative al fallimento, sono rappresentate, oltre che dal nuovo ed opportuno art. 236 *bis*, dall'art. 236, la cui imbarazzante inattualità ben rende conto del rischio che, in assenza di una adeguata, coerente e sistematica risposta normativa, per un verso le immutate tipologie di bancarotta intercettino condotte fraudolente che altrimenti sfuggono ad una chiara corrispondenza normativa ma anche che, sotto diverso punto di vista, non siano adeguatamente protetti i beni relativi all'accesso delle procedure diverse dal concordato preventivo.

Tale è l'esito della permanente convivenza di anime differenti all'interno della legge fallimentare, proiezione di un diverso approccio filosofico, ancor prima che normativo, del problema. La struttura delle attuale volto del comparto penal-fallimentare non è quindi idoneo ad assicurare adeguata protezione ai valori e ai beni che sono prepotentemente emersi nella stagione delle riforme della legge fallimentare: l'urgenza di garantire, ove possibile, la continuità dell'attività lavorativa, il mantenimento dei livelli occupazionali e di scongiurare la dispersione dei fattori di produzione, in poche parole, la necessità di preservare l'impresa stessa.

La fiducia di poter risolvere tale discrasia valoriale con la sola introduzione di un paio di "*bis*" in un corpo normativo che riflette un'idea di impresa ancorata alla concezione antecedente al periodo post bellico, riflette una grave miopia legislativa e, in definitiva, una non soluzione per il problema della sua crisi.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *La riforma dell'amministrazione straordinaria e le altre procedure concorsuali; atti del convegno S.I.S.CO (Milano, 11 novembre 2000)*, Milano, 2001
- AA.VV., *Nuove regole per la crisi di impresa*, a cura di A. JORIO, Milano, 2001
- AA.VV., *Le soluzioni concordate delle crisi di impresa*, a cura di A. JORIO, Milano, 2012
- ALESSANDRI A., *Attività d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005
- ALESSANDRI A., *Profili penalistici delle innovazioni in tema di soluzioni concordate della crisi di impresa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006
- AMARELLI G., *La riforma dei reati fallimentari nel disegno di legge delega n. 1741-C*, in N. PISANI (a cura di), *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, Torino, 2010
- AMARELLI G., *I delitti di bancarotta alla luce del nuovo art. 217 bis l. fall.: qualcosa è cambiato?*, in *Giust. pen.*, 2011
- AMBROSETTI E.M., *I riflessi penalistici derivanti dalla modifica della nozione di piccolo imprenditore nella legge fallimentare al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Cass. pen.*, 2008
- AMBROSETTI E.M. – MEZZETTI E. – RONCO M., *Diritto penale dell'impresa*, Bologna, 3° ed., 2012
- AMBROSINI S., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in A. JORIO M. FABIANI (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare. Commentario sistematico*, Bologna, 2010
- AMBROSINI S., *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti* in G. Cottino (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, XI, I, Padova, 2008.
- AMBROSINI S., *Il concordato preventivo: controllo giudiziale sulla domanda e sulla formazione delle classi*, in *Giur. It.*, 2010
- AMBROSINI S., *La revocatoria fallimentare nell'evoluzione della disciplina*, in S. AMBROSINI (a cura di), *Le nuove procedure concorsuali*, Bologna, 2010
- AMBROSINI S., *Profili civili e penali delle soluzioni negoziate nella L. n. 122/2010*, in *Fall.*, 2011
- AMBROSINI S., *Profili civili e penali delle novità introdotte dalla legge 30 luglio 2012, n. 122 in materia di soluzioni negoziate della crisi di impresa*, in F. BONELLI (a cura di), *Crisi di impresa: casi e materiali*, Milano, 2011

- ANDREAZZA G., Sub *art. 216, art. 217*, in M. Ferro (a cura di), *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, 3° ed., Padova, 2014
- ANDRIOLI V., Voce “*Fallimento (diritto privato e processuale)*”, in *Enciclopedia del diritto*, XVI, Milano, 1967
- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Leggi complementari, I, I reati societari, bancari, di lavoro e previdenza*, 11° ed., Milano, 1999
- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Leggi complementari, II*, 11° ed., a cura di C.F. GROSSO, Milano, 2001
- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte speciale, II*, 14° ed., a cura di C.F. GROSSO, Milano, 2008
- ANTONIONI F., *La bancarotta semplice*, Napoli, 1962
- APRILE F., Sub *art. 224*, in M. FERRO (a cura di), *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, 3° ed., Padova, 2014
- ASSONIME, *Osservatorio della riforma delle procedure concorsuali. Il primo anno di riforma –rapporto di sintesi. Roma settembre 2007*, www.ilfallimento.it, 2007
- ASSONIME, *Rapporto sull’attuazione della riforma della legge fallimentare e sulle sue più recenti modifiche, Roma, aprile 2012*, in www.webstat.giustizia.it, 2012
- ASSONIME, *Linee guida per il finanziamento delle imprese in crisi*, 2014, in <http://www.assonime.it/AssonimeWeb2/servletDoc.Allegati?idSelectedDocument=251479&idSelectedDocumentType=2266&idSelected.Attach=251480&reserved=false>, 2014
- AUDINO A., Sub *art. 160, art. 161, art. 180*, in A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 2009
- BALESTRA L., *I finanziamenti all’impresa in crisi nel c.d. Decreto sviluppo*, in *Fall.*, 2012
- BARTULLI A., *Tecniche di redazione del bilancio e norme incriminatrici*, in *Tre studi sulle falsità in bilancio e altri scritti di diritto penale societario*, Milano, 1980
- BASILE E., *Art. 217-bis l. fall. e gruppi di società*, in *Banca borse tit. cred.*, 2013
- BAVETTA G., Voce “*Liquidazione coatta amministrativa*”, in *Enciclopedia del diritto*, XXIV, Milano, 1974
- BELLÈ R., Sub *art. 236*, in M. Ferro (a cura di), *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, a 3° ed., Padova, 2014

- BELVISO U., *La liquidazione coatta amministrativa nel quadro di una riforma delle procedure concorsuali*, in *Giur. comm.*, 1979, I
- BENZI D., *Le esenzioni di cui alle lett. d) ed e)*, in L. GHIA, C. PICCININI, F. SEVERINI, *Trattato delle procedure concorsuali*, vol. 6. *I reati nelle procedure concorsuali. Gli adempimenti fiscali*, Torino, 2012
- BERTACCHINI E., *Sub art. 12, l.3/2012*, in A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, 6° ed., Padova, 2013.
- BIANCA M., *La disciplina della crisi delle grandi imprese* in C. COSTA (a cura di), *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza dopo il d.lg. 12.9.2007, n. 169*, Torino, 2008
- BIANCHI D'ESPINOSA L., *Progetti per una riforma di legge fallimentare*, in *Dir. fall.*, 1968, I
- BONFATTI S., *La procedura di ristrutturazione industriale delle imprese insolventi di rilevanti dimensioni*, in *Fall.*, 2004
- BONFATTI S., *Il sostegno finanziario dell'impresa nelle procedure di composizione negoziata della crisi (Relazione al Convegno su Le procedure di composizione negoziata delle crisi di impresa: opportunità e responsabilità)*, in *Dir. banca merc. finanz.*, 2010, I
- BONSIGNORI A., Voce "Liquidazione coatta amministrativa, I) profili sostanziali e processuali", in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1988
- BONSIGNORI A., *Introduzione al diritto fallimentare*, Torino, 1993
- BONSIGNORI A., *L'inattualità del fallimento*, in *Dir. fall.*, 1999, I
- BORSARI R., *Il nuovo reato di falso in attestazione e relazioni del professionista nell'ambito delle soluzioni concordate della crisi di impresa. Una primissima lettura*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2012
- BOSTICCO P., *Incertezze e soluzioni "di buon senso" in tema di nomina del professionista ai sensi dell'art. 67, terzo comma, lett. d) l. fall.*, in *Fall.*, 2009
- BOTTAI L.A., *Il processo di disintermediazione giudiziaria continua*, in *Fall.* 2011
- BOTTAI L.A., *Revisione della legge fallimentare per favorire la continuità aziendale*, in *Fall.*, 2012
- BOZZA G., *Le condizioni soggettive e oggettive del nuovo concordato*, in *Fall.* 2005
- BRICCHETTI R., *Profili penali*, in S. AMBROSINI (a cura di), *Le nuove procedure concorsuali*, Bologna, 2010
- BRICCHETTI R., *Cass., Sez. un. 27.1.2011 (dep. 26.5.2011), n. 21039, Pres. Cosentino, Rel. Milo, ric. P.m. in proc. Loy (unità e pluralità di reati in materia di bancarotta)*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2011

BRICCHETTI R., *La "esenzione" dai reati di bancarotta preferenziale e di bancarotta semplice nel nuovo art. 217-bis della legge fallimentare: causa di esclusione (delimitazione) del tipo, causa speciale di esclusione dell'antigiuridicità o che altro?*, in F. SGUBBI – D. FONDAROLI, *Il "mercato della legge penali": nuove prospettive in materia di esclusione della punibilità tra profili sostanziali e processuali*, Padova, 2011

BRICCHETTI R., *Le esenzioni dai reati di bancarotta. L'art. 217 bis l. fall.*, in L. GHIA, C. PICCININI, F. SEVERINI, *Trattato delle procedure concorsuali*, 6, *I reati nelle procedure concorsuali. Gli adempimenti fiscali*, Torino, 2012

BRICCHETTI R., *Soluzioni concordate delle crisi di impresa e rischio penale dell'imprenditore*, in *Soc.* 2013

BRICCHETTI R. – MUCCIARELLI F. – SANDRELLI G., *Sub. Artt. 216 – 241*, in A. JORIO (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare: r.d. 16 marzo 1942, n. 267 (agg. al d.l. 35/2005 e al d. lg. 5/2006)*, II, Bologna, 2007

BRICCHETTI R. – MUCCIARELLI F. – SANDRELLI G. *Le responsabilità penali*, in A. JORIO M. FABIANI (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare. Commentario sistematico*, Bologna, 2010

BRICCHETTI R. PISTORELLI L., *Punibili solo le notizie verso il pubblico e i soci*, in *Guida dir.*, n. 16/2002

BRICCHETTI R. – PISTORELLI L., *Ricorso abusivo al credito: reclusione fino a tre anni*, in *Guida dir.*, n. 4/2006

BRICCHETTI R. – PISTORELLI L., *Bancarotta, le operazioni escluse dall'incriminazione*, in *Guida dir.* n. 37/2010

BRICCHETTI R. – PISTORELLI L., *La bancarotta e gli altri reati fallimentari. Dottrina e giurisprudenza a confronto*, Milano, 2011

BRICCHETTI R. – PISTORELLI L., *Operazioni di risanamento, professionisti nel mirino*, in *Guida dir.*, n. 29/2012

BRICOLA F., *Dolus in re ipsa*, Milano, 1960

CAIAFA A., *Nuovo diritto delle procedure concorsuali*, Padova, 2006

CAIAFA A., *La ristrutturazione delle grandi imprese afflitte da crisi industriale*, in CAIAFA A. (a cura di), *le procedure concorsuali nel nuovo diritto fallimentare*, Torino

CAIAFA A., *La composizione della crisi da sovra indebitamento*, in *Dir. fall.*, 2012

CAMPANA M.J., *La prevenzione della crisi delle imprese. L'esperienza francese*, in S. BONFATTI G. FALCONE (a cura di), *La legislazione concorsuale in europa. Esperienze a confronto*, Milano, 2004

CAMPANA M.J., *L'esperienza francese*, in *Crisi dell'impresa e riforma delle procedure concorsuali*, Milano, 2006

- CANDIAN A., *Il processo di concordato preventivo*, Padova, 1937
- CARDONE V. – PONTIERI F., *Responsabilità dell'amministratore di diritto per gli illeciti commessi dall'amministratore di fatto*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2010
- CARDONE V. – PONTIERI F., *Le Sezioni Unite chiariscono gli effetti della riforma della legge fallimentare sul reato di bancarotta*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2008
- CARNELUTTI F., *Teoria del falso*, Milano, 1935
- CARRATTA A., Voce “*Procedure concorsuali (riforma delle), II) profili processuali*”, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 2005
- CASAROLI G., *Un falso in bilancio sul filo del fuori gioco: un singolare e problematico caso*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1996
- CASAROLI G., *Intr. Titolo V, Sub art. 216, art. 217, art. 217 bis, art. 218, art. 223, art. 224, art. 236, art. 236 bis*, in A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, 6° ed., Padova, 2013
- CASE II C.G., *Business Crisis and Reorganization: the American Experience*, in *Crisi dell'impresa e riforma delle procedure concorsuali*, Milano, 2006
- CASSANDRO T.E., *Il concordato preventivo*, in U. APICE (diretto e coordinato da), *Trattato di diritto delle procedure concorsuali*, III, *Le altre procedure concorsuali, reati fallimentari, problematiche comunitarie e trasversali, fallimento e fisco*, Torino, 2011
- CASSANI C., *La riforma del concordato preventivo: effetti penali*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.* 2006
- CASTAGNOLA A., *La nuova riforma delle procedure concorsuali: una prima lettura*, in *Riv. dir. proc.*, 2008
- CASTIELLO D'ANTONIO A., Voce “*Amministrazione straordinaria di grandi imprese in crisi*” (agg.), in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1999
- CASTIELLO D'ANTONIO A., Voce “*Amministrazione straordinaria di grandi imprese in crisi (misure urgenti)*”, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 2008
- CATELANI G., *I delitti di falso*, II° ed., Milano, 1989
- CAVALLI G., *Sub art. 67, 3° co., lett. a)*, in , in A. JORIO (diretto da) e M. FABIANI (coordinato da), *Il nuovo diritto fallimentare*, 2006
- CAVALLINI C., *Dalla crisi alla conservazione dell'impresa nelle ultime riforme fallimentari: uno sguardo d'insieme tra novità della legge e statuizioni della Suprema Corte*, in *Riv. soc.*, 2013
- CECCHERINI E., *La qualificazione, l'indipendenza e la terzietà del professionista attestatore negli istituti concorsuali di gestione della crisi di impresa e le diverse tipologie di relazioni o attestazioni*, in *Dir. fall.*, 2011

- CELENTANO P., *I requisiti del professionista che attesta i piani concordati*, in *Fall.*, 2010
- CENSONI P.F., *Il “nuovo” concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 2005, I
- CERQUA L.D., *Il concorso del debitore favorito nel delitto di bancarotta preferenziale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2003
- CHERUBINI G., *Crisi d'impresa. Strategie di risanamento*, Milano, 2011
- CHIAROVIGLIO L. – GERINI L. – SEVERGNINI O., *Le procedure concorsuali previste dalla legislazione vigente e l'attuale realtà economica e sociale*, in *Riv. dott. comm.*, 1979
- CHIARAVIGLIO P., *L'oscillante definizione di imprenditore fallibile e la configurabilità del delitto di bancarotta*, in *Corr. Merito*, 2009
- CHIARAVIGLIO P., *La prova della qualifica di imprenditore fallibile nel reato di bancarotta*, in *Corr. merito*, 2013
- CHIMENTI S., *Condizioni per l'ammissione al concordato preventivo*, in L. GHIA, C. PICCININI, F. SEVERINI, *Trattato delle procedure concorsuali*, 6, *I reati nelle procedure concorsuali. Gli adempimenti fiscali*, Torino, 2012
- COCCO G., *La bancarotta preferenziale*, Napoli, 1987
- COCCO G., *I rapporti tra banca e impresa in crisi: problemi di responsabilità penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989
- COCCO G., *Sub art. 216, art. 217, art. 218* in F.C. PALAZZO – C.E. PALIERO, *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, 2003
- COCCO G., *Falso ideologico del privato in atto pubblico (483)*, in G. COCCO (a cura di), *I reati contro i beni economici*, Padova, 2010
- COCCO G., *Il falso bene giuridico della fede pubblica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010
- COCCO G., *Esenzioni dai reati di bancarotta nel “nuovo” art. 217-bis della legge fallimentare*, in *Leg. Pen.*, 2011
- COCCO G., *Il ruolo delle procedure concorsuali e l'evento dannoso nella bancarotta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014
- COLUSSI V., Voce “*Amministrazione controllata*”, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1988
- CONSIGLIO NAZIONALE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI ESPERTI CONTABILI, *Il ruolo del professionista attestatore nella composizione negoziata della crisi: requisiti di professionalità e indipendenza e contenuto delle relazioni*, Circ. n. 30/IR, 11 febbraio 2013

- CONSULICH F., Nolo conoscere. *Il diritto penale dell'economia tra nuovi responsabili e antiche forme di responsabilità "paracolpevole": spunti a partire dal nuovo art. 236 bis l. fall.*, in *Riv. tri. dir. pen. econ.*, 2012
- CONTI L., *Diritto penale commerciale. Reati ed illeciti depenalizzati in materia di società*, 2° ed., Torino, 1980
- CONTI L., *Diritto penale commerciale, I reati fallimentari*, 2° ed., Torino, 1991
- CONTI L., *Nuova disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi: riflessi penali estesi alla liquidazione coatta amministrativa*, in *Dir. pen. proc.*, 1999
- CONZ A., *I criteri interpretativi ed i programmi di riforma dell'art. 216 comma 1 n. 1 del R.D. n. 267 del 1942: l'esempio della bancarotta patrimoniale fraudolenta per distrazione*, in *Ind. pen.*, 2007
- CORAPI D. – PIERFELICI V., Voce "Procedure concorsuali, II) diritto comparato e straniero", in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1988
- CRESPI A., *L'illegale ripartizione degli utili*, II° ed., Milano, 1986
- CRISTIANI A., Voce "Fede pubblica (delitti contro la)", in *Digesto disc. pen.*, V, Torino, 1991
- D'ALESSANDRO F., *Interesse pubblico alla conservazione dell'impresa e diritti privati sul patrimonio dell'imprenditore*, in *Giur. comm.*, 1984, I
- D'ALESSANDRO F., *Il nuovo 217 bis l. fall.*, in *Soc.*, 2011
- D'AVIRRO A. – DE MARTINO E., *La bancarotta fraudolenta impropria: reati societari e operazioni dolose*, Milano, 2007
- DEL FRANCO A., *Concordato fallimentare*, in A. CAIAFA (a cura di), *Le procedure concorsuali nel nuovo diritto fallimentare*, Torino, 2009
- DELITALIA G., *Concorso di norme e concorso di reati*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1934
- DEMARCHI ALBENGO P.G., *I presupposti soggettivi ed oggettivi del fallimento. Il fallimento delle società*, in *www.ilcaso.it*, 2007
- DEMARCHI ALBENGO P.G., *La fattispecie incriminatrice di cui al nuovo articolo 236-bis della legge fall.: la responsabilità penale dell'attestatore*, in *www.ilcaso.it*, 2012
- DE MARSICO A., Voce "Falsità in atti", in *Enciclopedia del diritto*, XVI, Milano, 1967
- DE SEMO G., *Sul reato di ricorso abusivo al credito*, in *Giust. pen.*, 1951, II
- DE SIMONE G., *Brevi note a margine della c.d. bancarotta preferenziale*, in *Riv. it. dir. pen. ec.*, 1994

- DESTITO V.S., *Irrelevanza delle innovazioni legislative sui presupposti soggettivi del fallimento nei processi penali in corso*, in *Giur. It.*, 2008
- DI MARZIO, *Le soluzioni concordate della crisi di impresa*, in *www.ilcaso.it*, 2007
- DIMUNDO F., Sub art. 160, in G. LO CASCIO (diretto da), *Codice commentato del fallimento*, I° ed., Milano, 2008
- DIMUNDO F., *Note minime in tema di designazione dell'esperto: ragionevolezza del piano di risanamento*, in *Fall.*, 2009
- DONELLI F., *I continui esperimenti sul diritto penale del fallimento: l'art. 217 bis l. fall. prima e dopo il "Decreto sviluppo"*, in *Riv.trim.dir.pen.econ.*, 2012.
- EZGUERRA J.P., *Alcune considerazioni relative alla riforma del diritto concorsuale spagnolo*, in S. BONFATTI G. FALCONE (a cura di), *La legislazione concorsuale in europa. Esperienze a confronto*, Milano, 2004
- FABIANI M., *Dai pomodorini ai latticini, ovvero dalla regola all'eccezione: un testo unico per l'amministrazione straordinaria e la gestione di gruppi transnazionali?*, in *Foro it.*, 2004, I
- FABIANI M., *Legge fallimentare riformata e presunta competitività dell'impresa*, in *Foro it.*, 2006, IV
- FABIANI M., *Guida rapida alla lettura di Cass. s.u. 1521/2013*, in *www.ilcaso.it*, 2013
- FABIANI M., *La questione "fattibilità" del concordato preventivo e la lettura delle Sezioni Unite*, in *Fall.*, 2013
- FALCINELLI D., Voce "Reati fallimentari", in *Dig. disc. pen.*, agg. (*****), Torino, 2010
- FARENGA L., *La riforma del diritto fallimentare in Italia: una nuova visione del mercato*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2008, I
- FARINA M., *Gli effetti sugli atti pregiudizievoli ai creditori*, in U. APICE (diretto e coordinato da), *Trattato di diritto delle procedure concorsuali, reati fallimentari, problematiche comunitarie e trasversali, fallimento e fisco*, I, *La dichiarazione e gli effetti del fallimento*, Torino, 2011
- FERRARA F., *Il fallimento*, Milano, 1966
- FERRATO A., Sub art. 224, art. 236 in A. GAITO – M. RONCO (a cura di), *Leggi penali complementari commentate*, Torino, 2009
- FERRI JR. G., Voce "Procedure concorsuali (riforma delle), I) profili sostanziali", in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 2005

- FERRO M. ROVERONI R., Sub *art. 161*, in M. FERRO (a cura di), *La legge fallimentare. Decreto legislativo 12 settembre 2007, n. 169. Disposizioni integrative e correttive. Commentario teorico-pratico*, Padova, 2008
- FERRO M., Sub *art. 67, co. 3, lett. d), art. 182 bis*, in M. FERRO (a cura di), *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, 3° ed., Padova, 2014
- FEUCEGLIA G. – ROCCO DI TORREPADULA N., *Diritto dell'impresa in crisi*, Bologna, 2010
- FIANDACA G. MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale*, I, II° ed., Bologna, 1997
- FIANDACA G. MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, VI° ed., Bologna, 2009
- FILIPPI P., *Gli aspetti penali della procedura*, in *Fall.*, 2012
- FILOCAMO F.S., Sub *art. 180, art. 182* quinquies, in M. FERRO (a cura di) *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, 3° ed., Padova, 2014
- FLICK G.M., *Fisiologia e patologia della depenalizzazione nel diritto penale dell'economia*, in *Riv. soc.*, 2011
- FLORA G., *Mutui fondiari e concorso in bancarotta preferenziale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1998
- FLORA G., *Verso una "nuova stagione" del diritto penale fallimentare?*, in *Riv.trim.dir.pen.econ.*, 2012
- FOFFANI L., *Le falsità*, in A. GIARDA – S. SEMINARA, *I nuovi reati societari: diritto e processo*, Milano, 2002
- FOFFANI L., Sub *artt. 2621-2622*, in F.C. PALAZZO – C.E. PALIERO, *Commentario breve alle leggi complementari*, Milano, 2003
- FORNASARI G., *I criteri di imputazione soggettiva del delitto di bancarotta semplice*, in *Giur. comm.*, 1988, I
- FRASCAROLI SANTI E., *Crisi dell'impresa e soluzioni stragiudiziali*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, XXXVII, Padova, 2005
- FRASCAROLI SANTI E., Sub *art 182 bis*, in A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 2013
- GALARDO M., *Omologazione dell'accordo di ristrutturazione e inadempimento*, in *Dir. prat. soc.*, 2011
- GALGANO F., *Introduzione al trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 1977
- GALLETTI D., *"Volareweb": introduzione al "nuovo diritto concorsuale?"*, in *Giur. comm.*, 2005, II
- GALLETTI D., Sub *art. 160*, in A. JORIO (diretto da) M. FABIANI (coordinato da), *Il nuovo diritto fallimentare*, 2006

- GAMBARDELLA M., *L'abolizione del delitto di bancarotta impropria commesso nell'ambito di società in amministrazione controllata (art. 236, cpv, n. 1 l. fall.)*, in *Cass. Pen.*, 2009
- GAMBINO A., *Sull'uso alternativo della procedura di amministrazione controllata*, in *Giur. comm.*, 1979, I
- GAMBINO A., *Profili dell'esercizio delle imprese nelle procedure concorsuali alla luce della disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese*, in *Giur. comm.*, 1980, I
- GAMBOGI G., *La sentenza delle Sezioni Unite n. 19061/08 in tema di bancarotta fraudolenta: una vera strage delle (fondate) illusioni*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2008
- GATTA G.L. *Abolizione dell'amministrazione controllata e abolito criminis della bancarotta impropria ex art. 236, comma 2, n. 1 legge fallimentare*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010
- GIACONA I., *Delitto di falso documentale: il problema dell'individuazione della vittima*, in *Foro it.*, 2008, II
- GIACONA I., *Introduzione ai reati contro la fede pubblica*, in CADOPPI A. – CANESTRARI S. – MANNA A. – PAPA M., *Trattato di diritto penale, parte speciale, V, I delitti contro la fede pubblica e l'economia pubblica*, Torino, 2010
- GIARDA A., *Sub art. 2, art. 3*, in A. GIARDA – G. SPANGHER, *Codice di procedura penale commentato*, IV ed., Milano, 2010
- GIORGI V., *Le esenzioni dalla revocatoria fallimentare per favorire la normale prosecuzione dell'impresa (art. 67, comma 3, lettere a ed f, legge fallimentare)*, in *Dir. fall.*, 2008
- GIRONE L., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in U. APICE (diretto da), *Trattato di diritto delle procedure concorsuali, reati fallimentari, problematiche comunitarie e trasversali, fallimento e fisco*, III, *Le altre procedure concorsuali*, Torino, 2011
- GIULIANI - BALESTRINO U., *La sentenza di accertamento dello stato di insolvenza e i procedimenti concorsuali*, in *Dir. fall.*, 1978, II
- GIULIANI – BALESTRINO U., *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, V° ed., Milano, 2006
- GIUNTA F., *Quale futuro per le false comunicazioni sociali?*, in *Dir. pen. proc.*, 2001
- GIUNTA F., *Lineamenti di diritto penale dell'economia*, I, II° ed., Torino, 2004
- GIUNTA F., *Revocatoria e concordato preventivo: tutela penale*, in *Dir. prat. fall.*, 2006
- GRANATA E., *La riforma della legge fallimentare italiana*, in S. BONFATTI G. FALCONE (a cura di), *La legislazione concorsuale in europa. Esperienze a confronto*, Milano, 2004
- GROSSI M.R., *La riforma della legge fallimentare. Commento e formule della nuova disciplina delle procedure concorsuali*, II° ed., Milano 2008

GUERINI T., *La responsabilità penale del professionista attestatore nell'ambito delle soluzioni concordate per le crisi d'impresa*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2013

GUERRIERI G., Sub art. 67, in A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, V° ed., Padova, 2009

GUERRIERI G., Sub art. 67, in A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, VI° ed., Padova, 2013

GUGLIELMUCCI L., *La disciplina speciale dell'amministrazione straordinaria per le situazioni di crisi particolarmente rilevanti*, in *Dir. fall.*, 2004, I

GUGLIELMUCCI L., *Diritto fallimentare*, 5° ed., Torino, 2012

GUIOTTO A., *La nuova procedura per l'insolvenza del soggetto non fallibile: osservazioni in itinere*, in *Fall.*, 2012

INSOLERA G., *Il concorso di persone nei reati fallimentari*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002

INSOLERA G., *Riflessi penalistici della nuova disciplina del concordato preventivo e delle composizioni extragiudiziali della crisi di impresa*, in *Giur. comm.*, 2006

INZITARI G., *Gli accordi di ristrutturazione ex art. 182-bis l.fall.: natura, profili funzionali e limiti dell'opposizione degli estranei e dei terzi*, in *Riv. dott. comm.*, 2011

JORIO A., *Le procedure concorsuali tra tutela del credito e salvaguardia dei complessi produttivi*, in *Giur. comm.*, 1994, I

JORIO A., *Luci ed ombre della nuova Prodi*, in *Giur. comm.*, 1999

JORIO A., *Nuove regole per le crisi di impresa*, *Fall.*, 2000

JORIO A., *I lineamenti di una nuova...improbabile legge fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2005, I

JORIO A., *Le soluzioni concordate della crisi di impresa tra "privatizzazione" e tutela giudiziaria*, in *Fall.*, 2005

JORIO A., *Introduzione* in A. JORIO (diretto da) M. FABIANI (coordinato da), *Il nuovo diritto fallimentare*, I, Bologna, 2006

JORIO A., *Introduzione*, in G. COTTINO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, XI, 2, S. AMBROSINI – G. CAVALLI - A. JORIO, *Il fallimento*, Padova, 2009

JORIO A., *I piani di risanamento: chi nomina l'esperto?*, in *Giur. comm.*, 2009, II,

JORIO A., *Il concordato preventivo* in A. JORIO M. FABIANI (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare. Commentario sistematico*, Bologna, 2010

- JORIOA. - FORTUNATO S. (a cura di), *La riforma delle procedure concorsuali. I progetti*, Milano, 2004
- LA CROCE G., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Giur. It.*, 2010
- LAMANNA F., *Il controllo giudiziale sulla fattibilità e la convenienza nel giudizio di omologazione del concordato preventivo*, in *www.iffallimentarista.it*, 2011
- LAMANNA F., *La legge fallimentare dopo il "Decreto sviluppo"*, Milano, 2012
- LAMANNA F., *La problematica relazione tra pre-concordato e concordato con continuità aziendale alla luce delle speciali autorizzazioni del tribunale*, in *www.iffallimentarista.it*, 2012
- LA MONICA M., *Manuale di diritto penale commerciale*, Milano, 1993
- LANFRANCHI L., *Uso "alternativo" delle procedure concorsuali, amministrazione controllata e prededucibilità dei crediti*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, I
- LANZI A., *Le false comunicazioni sociali nella giurisprudenza degli ultimi quindici anni (1960-1974)*, in *Ind. pen.*, 1975
- LANZI A., *Riflessi penali delle procedure concorsuali vecchie e nuove*, in *Ind. pen.*, 1982
- LANZIA., *Osservazioni su taluni riflessi penalistici della riforma della legge fallimentare*, in *Fall.* 2006
- LANZI A., *Nuovi reati di false attestazioni da parte del professionista*, in *www.iffallimentarista.it*, 2012
- LANZI M., *Il professionista incaricato della relazione per l'ammissione al concordato preventivo non è pubblico ufficiale*, in *Fall.*, 2012
- LENOCI V., *Ruolo e responsabilità dell'esperto. L'indipendenza e il richiamo alla disciplina dei sindaci*, in *www.iffallimentarista.it*, 2012
- LIBONATI B., *Prospettive di riforma sulla crisi di impresa*, *Giur. comm.*, 2001, I
- LO CASCIO G., *La nuova disciplina dell'amministrazione straordinaria*, in *Corr. giur.*, 1999
- LO CASCIO G., *Insolvenza Alitalia: nuova versione dell'amministrazione straordinaria*, in *Fall.*, 2008
- LO CASCIO G., *Gruppo Alitalia: conversione del decreto legge sull'insolvenza*, in *Fall.*, 2008
- LO CASCIO G. *Concordato preventivo: incerti profili applicativi*, in *Fall.*, 2012
- LO CASCIO G., *Il concordato preventivo nel quadro degli istituti di risanamento*, in *Fall.*, 2012
- LO CASCIO G., *La composizione della crisi da sovra indebitamento (Introduzione)*, in *Fall.* 2012

- LOMBARDI G. – BELTRAMI P.D., *I criteri di selezione della procedura più adatta al risanamento di un'impresa in crisi*, *Giur. comm.*, 2011
- LOTTINI R., *Amministrazione controllata e reati fallimentari*, in *Fall.*, 2010
- LOTTINI R., *Modifica della legge fallimentare*, *Fall.*, 2010
- LUPARIA L., *Liquidatore del concordato e bancarotta societaria: il ripudio di una analogia in malampartem*, in *Soc.*, 2011
- MACAGNO G.P., *Approvazione ed omologazione*, in *Fall.*, 2012
- MACCAGNO BENESSIA C., Voce “Fallimento, XVI) reati fallimentari?”, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1988
- MACARIO F., *Il contenuto del piano*, in *Fall.*, 2012
- MAFFEI ALBERTI A., Sub art. 182 quinquies, in A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, VI° ed., Padova, 2013
- MAISANO A., Voce “Concordato preventivo”, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1988
- MALINVERNI A., *Teoria del falso documentale*, Milano, 1958
- MANGANO P., *Disciplina penale del fallimento*, III° ed., Milano, 2003
- MANGIONE A., *Riflessioni penalistiche sulla riforma delle procedure concorsuali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006
- MANNA A., *Dalla riforma dei reati societari alla progettata riforma dei reati fallimentari*, in MANNA A. (a cura di), *Diritto e impresa: un rapporto controverso*, Milano, 2004
- MANNA A., *Falsità ideologica in certificati commessa da persone esercenti un servizio di pubblica necessità (Art. 481)*, in CADOPPI A. – CANESTRARI S. – MANNA A. – PAPA M., *Trattato di diritto penale, parte speciale*, V, *I delitti contro la fede pubblica e l'economia pubblica*, Torino, 2010
- MANNA A., *La sentenza dichiarativa di fallimento alla luce del novellato art. 1 l. fall.* in L. GHIA, C. PICCININNI, F. SEVERINI, *Trattato delle procedure concorsuali*, 6, *I reati nelle procedure concorsuali. Gli adempimenti fiscali*, Torino, 2012
- MANTOVANI F., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 6° ed., Padova, 2009
- MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, V° ed., VI, Torino, 1983
- MARINUCCI G., *Tendenze del diritto penale bancario e bancarotta preferenziale*, in M. ROMANO (a cura di), *Le responsabilità penali degli operatori bancari*, Bologna, 1980

- MAROBBIO M., *Revocatoria fallimentare e disciplina delle nuove esenzioni*, in A. CAIAFA (a cura di), *Le procedure concorsuali nel nuovo diritto fallimentare*, Torino, 2009
- MASULLO M.N., *Art. 2622*, in T. PADOVANI (a cura di), *Leggi penali complementari*, II° ed., Milano, 2007
- MEOLI B., *Vecchie e nuove esenzioni della revocatoria fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2006
- MEZZETTI E., *Sub art. 2621*, in A. GAITO – M. RONCO (a cura di), *Leggi penali complementari commentate*, Torino, 2009
- MEZZETTI E., *Sub art. 481*, in RONCO M – ROMANO B. (a cura di), *Codice penale commentato*, IV° ed., Torino, 2012
- MEZZETTI E., *Falso in attestazioni o relazioni*, in www.archiviopenale.it, 2015
- MIEDICO M. – GIACOMETTI T., *Sub. art. 624*, in E. DOLCINI G. MARINUCCI, *Codice penale commentato*, III° ed., Milano, 2011
- MINNITI G., *La “nuova” responsabilità penale dell’attestatore*, in www.ilfallimentarista.it, 2012
- MINUTOLI G., *L’autonomia privata nella crisi d’impresa tra giustizia contrattuale e controllo di merito (o di meritevolezza)*, in *Fall.*, 2008
- MODICA L., *Profili giuridici del sovra indebitamento*, Napoli, 2012
- MONTANARA G., *Gli altri reati fallimentari e le disposizioni processuali*, in L. GHIA, C. PICCININNI, F. SEVERINI, *Trattato delle procedure concorsuali*, 6. *I reati nelle procedure concorsuali. Gli adempimenti fiscali*, Torino, 2012
- MONTICELLI L., *Sub art. 218 R.D. 267/42*, in A. LANZI A. CADOPPI (a cura di), *I reati societari. Commentario aggiornato alla legge 28 dicembre 2005, n. 262 sulla tutela del risparmio*, Padova, 2007
- MUCCIARELLI F., *Stato di crisi, piano attestato, accordi di ristrutturazione, concordato preventivo e fattispecie penali*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2009
- MUCCIARELLI F. *Vecchi e nuovi istituti della legge fallimentare nella sentenza n. 22468/2009 delle Sezioni Unite: successione di leggi e ruolo del bene giuridico*, in *Cass. pen.*, 2010
- MUCCIARELLI F. *L’esenzione dai reati di bancarotta*, in *Dir. pen. proc.*, 2010
- MUCCIARELLI F. *L’art. 217-bis l. fall. e la disciplina penale delle procedure di soluzioni della crisi d’impresa*, in BONELLI F. (a cura di), *Crisi di impresa: casi e materiali*, Milano 2011
- MUCCIARELLI F., *Il ruolo dell’attestatore e la nuova fattispecie penale di “Falso in attestazioni e relazioni”*, in www.ilfallimentarista.it, 2012

- MUSCO E., *Diritto penale societario*, Milano, 1999
- MUSCO E., *I nuovi reati societari*, III° ed., Milano, 2007
- NAPOLEONI V., *Frammenti d'una indagine sul dolo della bancarotta preferenziale*, in *Cass. pen.*, 1987
- NAPOLEONI V., *I reati societari*, III, *Falsità nelle comunicazioni sociali e aggio societario*, Milano, 1996
- NAPOLEONI V., *Amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza: i chiaroscuri della riforma*, in *Nuove leggi civ.*, 1999
- NAPPI A., *Falso e legge penale*, 2° ed., Milano, 1999
- NARDECCHIA G.B., *Crisi di impresa, autonomia privata e controllo giurisdizionale*, Milano, 2007
- NIGRO A., *La riforma della legge fallimentare fra innovazione e tradizione*, in *Dir. borsa merc. fin.*, 2006
- NIGRO A., Sub art. 67, in A. NIGRO, M. SANDULLI, V. SANTORO (a cura di), *La legge fallimentare dopo la riforma*, I, Torino, 2010
- NOCERA I.L., *I "nuovi" accordi di ristrutturazione: ruolo del professionista e trattamento dei creditori estranei*, in *www.ilfallimentarista.it*, 2012
- NUVOLONE P., *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, 1955
- NUVOLONE P., Voce "Fallimento (reati)", in *Enciclopedia del diritto*, XVI, Milano, 1967
- OBERMULLER M., *Esperienze di riforma in Germania*, in S. BONFATTI G. FALCONE (a cura di), *La legislazione concorsuale in Europa. Esperienze a confronto*, Milano, 2004
- OPPO G., *Diritti e interessi nella nuova disciplina dell'insolvenza delle "grandi imprese"*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II
- PACCHI S., *Il nuovo concordato fallimentare tra diritto ed economia. Dalla proposta alla votazione*, in A. CAIAFA (a cura di), *le procedure concorsuali nel nuovo diritto fallimentare*, Torino, 2009
- PACINI M., Sub art. 624, in T. PADOVANI (a cura di), *Codice penale*, II, Milano, 2007
- PADOVANI T., *Il cammello e la cruna dell'ago. I problemi della successione di leggi penali relativi alle nuove fattispecie di false comunicazioni sociali*, in *Cass. pen.*, 2002
- PAGLIARO A., *Il delitto di bancarotta*, Palermo, 1957
- PAJARDI P., *Riflessioni ed appunti sul progetto di legge fallimentare dell'Ordine dei Dottori Commercialisti*, in *Mon. trib.*, 1973

PAJARDI P., *Esecuzione concorsuale: unità e alter nattività dei procedimenti (proposte per una riforma parziale)*, in *Giur. comm.*, 1979, I

PALUCHOWSKI A., *Disposizioni generali: presentazione sub art. 1*, in P. PAJARDI, *Codice del Fallimento* a cura di M. BOCCHIOLA A. PALUCHOWSKI, VI ed. Milano, 2009

PALUCHOWSKI A., *Del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione: presentazione, sub art. 160*, in P. PAJARDI, *Codice del Fallimento* a cura di M. BOCCHIOLA A. PALUCHOWSKI, VI ed. Milano, 2009

PANZANI L., *Soggetti e presupposto oggettivo*, in *Fall.*, 2006

PATTI A., *Le azioni di inefficacia*, in A. JORIO M. FABIANI (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare. Commentario sistematico*, Bologna, 2010

PATTI A., *Quale professionista per le nuove soluzioni delle crisi di impresa: alternative al fallimento*, in *Fall.*, 2008

PATTI A., *La fattibilità del piano nel concordato preventivo tra attestazione dell'esperto e sindacato del tribunale*, in *Fall.*, 2012

PECORELLA C. – GUALAZZINI U., Voce “*Fallimento (premessa storica)*”, in *Enciclopedia del diritto*, XVI, Milano, 1967

PEDRAZZI C., *Notarelle comparatistiche di diritto penale commerciale*, in *Ind. Pen.*, 1970

PEDRAZZI C., *Sub art. 216, art. 217, art. 218, art. 223, art. 224* in C. PEDRAZZI – F. SGUBBI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, a cura di F. GALGANO – art. 216-227, in *Commentario Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 1995

PEDRAZZI C., *Reati fallimentari*, in C. PEDRAZZI, A. ALESSANDRI, L. FOFFANI, S. SEMINARA, G. SPAGNOLO, *Manuale di diritto penale dell'impresa*, ed. rid., Bologna, 2003

PEDRAZZI C., *La disciplina penale delle società commerciali*, in *Diritto penale. Scritti di diritto penale dell'economia*, Vol. III, Milano, 2003

PELLEGRINO G., *La riforma della legge fallimentare*, in *Dir. fall.*, 2006

PENTA A., *Alla ricerca del punto di equilibrio tra tutela dei creditori e la salvaguardia del debitore fallito*, in *Fall.*, 2014

PERDONÒ G., *I reati fallimentari*, in A. MANNA (a cura di), *Corso di diritto penale dell'impresa*, Padova, 2010

PERINI A., *Il delitto di false comunicazioni sociali*, Padova, 1999

- PERINI A., *Artt. 2621-2622*, in *Il nuovo diritto societario*, diretto da G. COTTINO, G. BONFANTE, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI, *** *artt. 2484-2548 c.c., norme di attuazione, disciplina processuale, artt. 2621 – 2641 c.c.*, Bologna, 2004
- PERINI A., *Il “cagionamento del dissesto”: la nuova “bancarotta da reato societario” al banco di prova della causalità*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004
- PERSIANI M., *Interesse del lavoratore alla conservazione del posto e dissesto dell’impresa*, in *Giur. comm.*, 1979, I
- PETRUCCI C., *Voce “Concordato stragiudiziale”*, in *Enciclopedia del diritto*, VIII, Milano, 1961
- PISTORELLI L., *Novità legislative – Decreto legge 31 maggio 2010, n. 78 – Legge 2 luglio 2010, n. 108 – Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica*, Rel. n. III/09/2010
- PISTORELLI L., *Novità legislative: D.L. 22 giugno 2012, n. 83, recante “Misure urgenti per la crescita del Paese”*, Rel. n. III/07/2012
- PISTORELLI L., *Novità legislative: L. 7 agosto 2012, n. 134 di conversione con modificazioni del D.L. 22 giugno 2012, n. 83, recante “Misure urgenti per la crescita del Paese”; L. 7 agosto 2012, n. 131 di conversione con modificazioni del D.L. 20 giugno 2012, n. 79, recante “Misure urgenti per garantire la sicurezza dei cittadini, per assicurare la funzionalità del corpo nazionale dei vigili del fuoco e di altre strutture dell’amministrazione dell’interno, nonché in materia di fondo nazionale per il servizio civile”.*, Rel. n. III/08/2012
- PIVA D., *Vecchie soluzioni per nuovi problemi nella falsa attestazione del professionista*, in www.penalecontemporaneo.it, 2014
- PLENTEDA D., *Art. 67, 3° co., l. fall., lett. a), c), f), g)*, in L. GHIA, C. PICCININNI, F. SEVERINI, *Trattato delle procedure concorsuali*, 2, *Le azioni revocatorie. I rapporti preesistenti*, Torino, 2012
- PONTIS F., *Falso e abuso edilizio*, in *Resp. civ. prev.*, 2009
- POTTO L. – SANDULLI M., *Sub art. 1*, in A. NIGRO, M. SANDULLI, V. SANTORO (a cura di), *La legge fallimentare dopo la riforma*, I, Torino, 2010
- PRESTI G., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, ovvero la sindrome del teleobiettivo*, in S. AMBROSINI (a cura di), *Le nuove procedure concorsuali*, Bologna, 2010
- PREZIOSI S., *La responsabilità penale del professionista*, in L. GHIA, C. PICCININNI, F. SEVERINI, *Trattato delle procedure concorsuali*, vol. 6., *I reati nelle procedure concorsuali. Gli adempimenti fiscali*, Torino, 2012
- PREZIOSI S., *Nel concordato preventivo*, in L. GHIA, C. PICCININNI, F. SEVERINI, *Trattato delle procedure concorsuali*, 6, *I reati nelle procedure concorsuali. Gli adempimenti fiscali*, Torino, 2012
- PRINCIPI E CRITERI DIRETTIVI PER UNA NUOVA LEGGE FALLIMENTARE, in *Giur. comm.*, 1985, I

- PROVINCIALI R., Voci “*Concordato preventivo*”, “*Concordato stragiudiziale*”, “*Fallimento*”, in *Novissimo digesto italiano*, III, Torino, 1957
- PROVINCIALI R., *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1962
- PROVINCIALI R., *Trattato di diritto fallimentare*, IV° ed., Milano, 1974
- PUCETTI L., Sub art. 216, in A. GAITO – M. RONCO (a cura di), *Leggi penali complementari commentate*, Torino, 2009
- PUNZO M., *Il fallito non può commettere il reato di ricorso abusivo al credito*, in *Giust. pen.*, 1954, II
- PUNZO M., *La bancarotta impropria e gli altri reati previsti dalla legge fallimentare*, Padova, 1957
- QUAGLI A., *Le attestazioni di fattibilità dei piani di risanamento nelle procedure concorsuali*, in D. GALLETTI – A. PANIZZA – A. DANOVÌ – A. FERRI – P. RIVA – F. CESARE – A. QUAGLI, *Esercizio provvisorio e strumenti alternativi per la continuità aziendale*, Milano, 2013
- QUATTROCCHIO L. – RANALLI R., *Concordato in continuità e ruolo dell’attestatore: poteri divinatori o applicazione di principi di best practice*, in *www.ifallimentarista.it*, 2012
- RAGUSA MAGGIORE G., *Istituzioni di diritto fallimentare*, 2° ed., Padova, 1994.
- RAMPONI R., *Il problema del bene giuridico nelle falsità documentali*, in F. RAMACCI (a cura di), *Le falsità documentali*, Padova, 2001
- RIVOLTA C. – PAJARDI A., Sub art. 160, art. 182 bis in P. PAJARDI, *Codice del fallimento*, a cura di M. BOCCHIOLA A. PALUCHOWSKI, Milano, 2009
- ROCCO A., *Il fallimento. Teoria generale e origine storica*, rist., Milano, 1962
- ROCCO DI TORREPADULA N., *La crisi dell’imprenditore*, in *Giur. comm.*, 2009, I
- ROMANO M., *Pre-Art. 50*, in *Commentario sistematico del codice penale*, I, art.1-84, Milano, 1987
- ROMANO M., *Teoria del reato, punibilità, soglie espresse di offensività (e cause di esclusione del tipo)*, in E. DOLCINI C.E. PALIERO, *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, *Teoria della pena, teoria del reato*, Milano, 2006
- ROMANO M., *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei privati. Le qualifiche soggettive*, III° ed., Milano, 2008
- RONCOLETTA P., Sub art. 1, in P. PAJARDI, *Codice del fallimento*, a cura di M. BOCCHIOLA A. PALUCHOWSKI, VI ed. Milano, 2009

- ROPPO E., Par condicio creditorum: *sulla posizione e sul ruolo del principio di cui all'art. 2741 c.c.*, in *Riv. dir. comm.*, 1981
- ROSSI A., *Reati fallimentari*, in ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale: leggi complementari. I reati fallimentari, tributari, ambientali e dell'urbanistica*, Milano, 2008;
- ROSSI R., *L'amministrazione straordinaria tra Prodi bis, Decreto Marzano e legge 18 febbraio 2004, n. 39*, in *Dir. fall.*, 2004, I
- SALANITRO N., Voce "Procedure concorsuali, I) profili generali", in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1988
- SANDRELLI G.G., *Prime considerazioni sui riflessi della legge 80/05 sul comparto penale della legge fallimentare*, in *Fall.*, 2005
- SANDRELLI G.G., *La riforma della legge fallimentare: i riflessi penali*, in *Cass. pen.*, 2006
- SANDRELLI G. G., *Riflessi penalistici della riforma del diritto fallimentare*, in N. PISANI (a cura di), *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, Torino, 2010
- SANDRELLI G.G., *Le esenzioni dai reati di bancarotta e il reato di falso in attestazioni e relazioni*, in *Fall.*, 2013
- SANDULLI M., *Appunti sulle prospettive di riforma della legge fallimentare e sulle riforme attuate*, in *Dir. Fall.*, 2006
- SANDULLI M., Sub art. 5, in A. JORIO (diretto da) M. FABIANI (coordinato da), *Il nuovo diritto fallimentare, commentario*, 2006
- SANDULLI M., Sub art. 160, art. 161 in A. NIGRO, M. SANDULLI (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, II, Torino, 2006
- SANDULLI M., *La crisi dell'impresa. Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Torino, 2009
- SANTARELLI U., *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia*, Padova, 1964.
- SANTARELLI U., Voce "Fallimento (storia del)", in *Digesto disc. priv., sez. comm.*, Torino, 1990
- SANZO S., *Il nuovo concordato fallimentare*, in S. AMBROSINI (a cura di), *Le nuove procedure concorsuali*, Bologna, 2010
- SANZO S., *Il piano di risanamento attestato*, in *Giur. It.*, 2010
- SARTORI D., *Responsabilità per bancarotta del liquidatore nel concordato preventivo con cessione dei beni*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2011
- SATTA S., Voce "Amministrazione controllata", in *Enciclopedia del diritto*, II, Milano, 1958

- SCHIANO DI PEPE G., *La nuova revocatoria fallimentare*, in *Dir. fall.*, 2005
- SCHIAVANO G., *Riforma della legge fallimentare: implicazioni penalistiche*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2006
- SCHIAVANO G., *Il comitato dei creditori: riflessioni di un penalista*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2009
- SCHIAVANO G., *Il professionista "attentatore" nelle soluzioni concordate della crisi di impresa: la sua qualifica penalistica*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2010
- SCHIAVANO G., *I reati fallimentari: oggi*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2011
- SCOLETTA M., *Abrogazione dell'amministrazione controllata e abolitio criminis: chiaroscuri delle Sezioni Unite*, in *Dir. pen. e proc.*, 2010
- SCOPESE E., *Il disegno di legge delega di riforma delle disposizioni penali in materia di procedure concorsuali*, in *Dir. fall. soc. comm.*, 2009
- SEMINARA S., *Insider trading e diritto penale*, Milano, 1989
- SEMINARA S., *False comunicazioni sociali, falso in prospetto e nella revisione contabile e ostacolo alle funzioni delle autorità di vigilanza*, in *Dir. pen. proc.*, 2002
- SERIANNI V., *Il concorso del creditore nel delitto di bancarotta preferenziale: struttura e limiti. La ricettazione fallimentare del creditore*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974
- SGUBBI F., *Voce Patrimonio (reati contro il)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982
- SGUBBI F., *I reati fallimentari e la procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, in *Giur. comm.*, 1983, II
- SGUBBI F., *Le nuove regole penali*, in A. JORIO (a cura di), *Le nuove regole per le crisi di impresa*, Milano, 2001
- SILVA C., *Elementi normativi e sindacato del giudice penale*, Padova, 2014
- SPINOSA V., *Il cd. decreto sviluppo nel sistema della legge fallimentare: i rapporti tra nuove procedure concorsuali e profili di responsabilità penale*, in www.penalecontemporaneo.it, 2012
- STANGHELLINI L., *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, Bologna 2007
- STASI E., *Liquidazione coatta amministrativa*, in G. FEUCEGLIA L. PANZANI (diretto da), *Fallimento e altre procedure concorsuali*, III, Torino, 2009
- STASI E., *Terzietà dell'attestatore*, in *Nuovo dir. soc.*, 2013
- STELLA F., *Insolvenza del debitore e responsabilità penale del banchiere*, in *Fall.*, 1985

- STESURI A. – GIORGETTI M., *Profili di diritto fallimentare*, 2° ed., Padova, 2013
- TARZIA G., *La tutela dei creditori concorsuali dopo la riforma: ridotta o diversa?*, in *Fall.*, 2007
- TEDESCHI G.U., *Amministrazione controllata*, in *Giur. comm.*, 1976, I
- TEDESCHI G.U., *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2001
- TERENGI M., *Piani di risanamento dopo le modifiche: hanno ancora un senso?*, in *www.ilfallimentarista.it*, 2012
- TERRANOVA G., *Stato di crisi, stato di insolvenza, incapienza patrimoniale*, in *Dir. fall.*, 2006, I
- TESTO DEL PROGETTO DI NUOVA LEGGE FALLIMENTARE, in *Dir. fall.*, 1971, I
- TETI R., *La responsabilità penale del professionista nei procedimenti fallimentari*, in *Ind. Pen.*, 2011
- TETTO F., *Le false o fraudolente attestazioni del professionista ex art. 161, comma 3 l. fall.: alla ricerca di un'evanescente tipicità penalmente rilevante*, in *Fall.*, 2012
- TETTO F., *La (ritrovata) indipendenza del professionista attestatore nelle soluzioni concordate dalla crisi d'impresa*, in *Fall.*, 2013
- TROISI R., *Procedure concorsuali diverse dal fallimento (reati in materia di)*, in *Digesto disc. pen.*, agg. **, Torino, 2004
- TROYER L., *Le responsabilità penali relative alle soluzioni concordate delle crisi d'impresa*, in *Riv. dott. comm.*, 2008
- VALENTE C., *La corporate reorganization: elementi di comparazione e di prospettiva a seguito della recente riforma della disciplina concorsuale italiana*, in *Dir. fall.*, 2008, I
- VALERIO A., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis*, in A. CAIAFA (a cura di), *Le procedure concorsuali nel nuovo diritto fallimentare*, Torino, 2009
- VASELLI M., Voce “*Concordato preventivo*”, in *Enciclopedia del diritto*, VIII, Milano, 1961
- VASSALLI F. – CASTIELLO D'ANTONIO A., Voce “*Amministrazione straordinaria di grandi imprese in crisi?*”, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1996
- VELLA P., *L'accrescimento dei controlli giudiziali di merito e degli strumenti protettivi nel nuovo concordato preventivo (dopo la legge n. 134/12)*, *www.ilcaso.it*, 2012.
- VIALE R., *L'uso alternativo del concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 1979, I
- VINCIGUERRA S., *Concordato preventivo, amministrazione controllata e responsabilità penale (riflessioni sull'art. 236 comma 1° l. fall.)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1972

VITALE F., *Nuovi profili penali della crisi di impresa: l'esenzione dai reati di bancarotta e la responsabilità del professionista attestatore*, in *www.archiviopenale.it*, 2014

WEILLER A. *Fatto falso e occultamento dei bilanci*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1931

ZACCARIA A., *Sub art. 1*, in A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 2009

ZAMBUSI A., *Sub art. 218*, in A. GAITO – M. RONCO (a cura di), *Leggi penali complementari commentate*, Torino, 2009

ZAMBUSI A., *La bancarotta preferenziale dopo la riforma dell'azione revocatoria fallimentare: riflessi problematici*, in *Ind. pen.*, 2009

ZANCHEZZI M., *Incostituzionali le fattispecie di bancarotta? Vecchi quesiti e nuove risposte (o magari viceversa), alla luce della giurisprudenza di legittimità sul ruolo del fallimento nella bancarotta fraudolenta prefallimentare*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2014

ZANICHELLI V., *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali dopo il d.lg. 12.9.2007, n. 169*, Torino, 2008

ZANICHELLI V., *L'amministrazione straordinaria*, in G. FEUCEGLIA L. PANZANI (diretto da), *Fallimento e altre procedure concorsuali*, III, Torino, 2009

ZANOTTI R., *Il nuovo diritto penale dell'economia*, Milano, 2006

ZINCANI M., *Il nuovo 217 bis l. fall.: la ridefinizione dei reati di bancarotta*, in *Fall.*, 2011

ZUCCALÀ G., *Il delitto di false comunicazioni sociali*, Padova, 1954