

QUESITI

FRANCESCO VITALE

Nuovi profili penali della crisi d'impresa: l'esenzione dai reati di bancarotta e la responsabilità del professionista attestatore

SOMMARIO: 1. L'art. 217-bis l. fall. La *ratio* della nuova disciplina - 1.1. Le fattispecie concorsuali presupposte - 1.2. Interpretazione ed opportunità: la natura giuridica della nuova norma - 1.3. Gli artt. 216, co. 3, e 217 l. fall., fattispecie criminose esentate - 2. Una nuova prospettiva del diritto societario: il D.L. "Sviluppo" - 2.1. L'art. 182-quinquies l. fall, nuova fattispecie concorsuale - 2.2. Il professionista è penalmente responsabile di falso in attestazioni e relazioni - 2.3. Interviene la giurisdizione penale - 3. Un nuovo equilibrio tra le nuove disposizioni. Conclusioni.

1. L'art. 217-bis l. fall. La *ratio* della nuova disciplina.

L'art 48, co. 2-bis del D.L. 31 maggio 2010 n. 78, convertito con la L. del 30 luglio 2010 n. 122, ha introdotto nel titolo VI della legge fallimentare, tra le disposizioni penali, l'art. 217-bis, la cui rubrica è intitolata «*Esenzione dai reati di bancarotta*». Il provvedimento, in tema di «*Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica*», ha fatto sì che il legislatore recepisce l'urgenza delle istanze e degli impulsi provenienti dal mondo imprenditoriale e bancario italiano, per completare quella che è stata a suo tempo definita la "manovra correttiva"¹.

¹ Per un commento introduttivo, un interessante resoconto è offerto da PISTORELLI, *I pagamenti e le operazioni compiuti in esecuzione del piano di risanamento di cui all'art. 67, terzo comma, lett. d), del concordato preventivo, segnatamente del piano di ristrutturazione dei debiti di cui all'art. 160 e dell'accordo di ristrutturazione di cui all'art. 182-bis*, *Relazione sulle 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*, III, Roma, 2010, p. 7; LOTTINI, *Il nuovo art. 217-bis l. fall.: una riforma che tradisce le aspettative*, in *Fall.*, 2012, 12, 1366; per profili generali si veda ANDREAZZA, *Sub art. 217 bis*, in *La legge fallimentare, Commentario Teorico-Pratico*, a cura di Ferro, 2011, p. 2449. Interessante spunto, in proposito, può essere rappresentato dal testo dell'intervento dell'Avv. Corrado Faissola, all'epoca presidente dell'ABI, durante l'audizione in Commissione bilancio, sostenitore dell'introduzione di una norma che consentisse alle imprese in crisi di adottare delle soluzioni concordate senza il rischio di dover incorrere nella normativa penale fallimentare. Se ne riporta qui un estratto. «*Preoccupa, che nell'ambito di interventi che mirano a rendere più funzionali gli strumenti di risanamento previsti dalla legge fallimentare non vengano previste disposizioni in materia di reati che operino il necessario raccordo tra la disciplina della crisi d'impresa e quella delle responsabilità penali che si possono configurare in tali contesti. Infatti a fronte della tutela dai rischi civilistici che il legislatore della riforma ha previsto per le operazioni attuative del concordato preventivo, degli accordi di ristrutturazione dei debiti e dei piani attestati, tali strumenti rimangono esposti a profili di responsabilità ai sensi della disciplina dei reati fallimentari. Sia l'imprenditore sia i creditori che partecipano a tali operazioni*

La nuova disposizione ha dettato una disciplina di coordinamento tra le fattispecie di bancarotta preferenziale e bancarotta semplice, di cui agli artt. 216 co. 3 e 217 l. fall., e l'esecuzione dei pagamenti o il compimento di altre operazioni in esecuzione di un concordato preventivo, di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato o di un piano di risanamento, rispettivamente agli artt. 160, 182-*bis* e 67, co. 3, lett. *d*) della legge fallimentare.

Si tenga presente che quello operato e da operare tra le norme che disciplinano il funzionamento delle procedure concorsuali previste dalla legge fallimentare e il relativo aspetto della sanzione penale, è di sicuro un raccordo complesso, considerato da molti esperti "praticanti" di questa branca del diritto grande spunto di riflessioni più ampie, nonché, troppo spesso, luogo in cui il legislatore si è impantanato in soluzioni caratterizzate da pressappochismo metodologico².

Le disposizioni introdotte, già dal 2010, sembravano rivelare una nuova idea di reazione dell'ordinamento giuridico alle esigenze di regolamentazione della crisi d'impresa, in particolare e soprattutto, alla luce della profonda crisi economica che l'occidente attraversa ormai dal 2008. Il legislatore ha così riscritto le procedure concorsuali minori in chiave contrattualistica³, dando maggior risalto alle soluzioni affidate all'autonomia dei privati e ampliando e diversificando il numero degli strumenti offerti al debitore: questa metodologia ha consentito di garantire un più ampio margine di certezza ai tentativi di risa-

potrebbero incorrere in rischi penali impropri laddove si promuova un piano di risanamento cui malauguratamente segua, nonostante le finalità perseguite, il dissesto dell'impresa. Ciò costituisce un forte deterrente all'utilizzo di tali strumenti, che stentano ancora a decollare. In attesa di una riforma organica della disciplina dei reati fallimentari, è dunque necessario un intervento mirato del legislatore che, nell'ambito del disegno di legge in esame, preveda per le operazioni compiute in esecuzione di un concordato preventivo, di un accordo di ristrutturazione dei debiti e di un piano attestato la non applicazione delle disposizioni in tema di bancarotta preferenziale e di bancarotta semplice».

² Tra gli altri, D'ALESSANDRO, *Il nuovo art. 217-bis l. fall.*, in *Le Società*, 2011, 2, 201; ROMANO, *Materia economica e intervento penale (in ricordo di Armando Bartulli)*, in *Riv. soc.*, 2010, 542 ss.; D'ALESSANDRO, *Le disposizioni penali della legge fallimentare*, in *Commentario alla legge fallimentare*, a cura di Cavallini, Milano, 2010, p. 13 ss.; MUCCIARELLI, *Stato di crisi, piano attestato, accordi di ristrutturazione, concordato preventivo e fattispecie penali*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2009, 825; ALESSANDRI, *Profili penalistici in tema di soluzioni concordate delle crisi d'impresa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 111 ss. Per ulteriori spunti di riflessione sui rapporti tra il diritto penale e la crisi dell'impresa si rinvia agli ulteriori contributi di INSOLERA, *Riflessi penalistici della nuova disciplina del concordato preventivo e delle composizioni extragiudiziali della crisi dell'impresa*, in *Giur. Comm.*, 2006, 461; SANDRELLI, *La riforma della legge fallimentare: i riflessi penali*, in *Cass. pen.*, 2006, 1300.

³ In proposito è utile approfondire i contributi di DI MARZIO, *Le soluzioni concordate alla crisi d'impresa*, sul portale www.ilcaso.it; FABIANI, *Nuovi incentivi per la regolazione concordata della crisi d'impresa*, in *Corr. giur.*, 2012, 1271; ZORZI, *Il finanziamento alle imprese in crisi e le soluzioni stragiudiziali (piani attestati e accordi di ristrutturazione)*, in *Giur. comm.*, 2009, 1243.

namento dell'impresa. Ciò rileva anche alla luce della moderna teoria aziendale, la quale ha sostenuto che la naturale propensione al rischio dell'imprenditore è destinata ad assumere connotazioni di forte discontinuità in presenza di situazioni di crisi.

E peraltro è di tutta evidenza che il percorso di riforma della legge fallimentare, tutt'altro lungi dall'essere terminato, iniziato col D.Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, non era stato supportato fino ad allora da un adeguato ripensamento delle norme incriminatrici, determinando pericolosi vuoti di tutela rispetto a fattispecie meritevoli di un adeguato presidio penalistico⁴.

Una tale situazione d'incertezza aveva già restituito all'interprete un ruolo di primo piano, e sembra potersi dire, a ragion veduta, che la legge del 2010 sia, almeno, rispettosa degli orientamenti giurisprudenziali della Cassazione, nell'ottica di agevolare il più possibile l'intervento sulle crisi d'impresa⁵.

Nel 2010 il legislatore ha, infatti, voluto garantire un adeguato margine di certezza ai tentativi di risanamento dell'impresa, oggi ancora più importanti a fronte del panorama economico che le aziende italiane affrontano con grandi difficoltà, tutelando dal rischio penale sia il debitore che i creditori che si attivino per l'utilizzo delle soluzioni concordate apprestate dal legislatore⁶.

Va comunque sottolineato come fino alla introduzione della nuova normativa la tutela delle soluzioni concordate era riservata esclusivamente a strumenti civilistici, i cui influssi sul diritto penale fallimentare non erano pienamente riconosciuti dalla dottrina che allora aveva commentato le novità della riforma⁷. Invero, già dal d.lgs. n. 5 del 2006, è emerso come il ruolo delle norme penali fallimentari dovesse essere quello di strumento di sostegno e rafforzamento della disciplina civilistica di settore⁸.

⁴ ZINCANI, *Il nuovo art. 217-bis l. fall.: la ridefinizione dei reati di bancarotta*, in *Fall.*, 2011, 5, 516.

⁵ BRICCHETTI, PISTORELLI, *Bancarotta, le operazioni escluse dall'incriminazione*, in *Guida dir.*, 2010, 37, 98; ANDREAZZA, *Sub art. 217-bis*, cit., p. 2452. Si veda, poi, l'ampia giurisprudenza con cui negli anni la Suprema Corte ha specificato priorità e concetti chiave: Cass., Sez. un., 15 luglio 2010, n. 36551, C.D., in *Fall.*, 2011, 4, 495; Cass., Sez. un., 12 giugno 2009, n. 24468, An.Ri., in *Società*, 2009, 8, 961 e in *Dir. pen. proc.*, 2009, 8, 977; Cass., Sez. un., 15 maggio 2008, Niccoli, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 4, 482, con nota di SCARCELLA, in *Corr. giur.*, 2009, 6, 822 con nota di CERQUA, e in *Fall.*, 2008, 10, 1187, con nota di TETTO.

⁶ Tra i vari commenti sulla nuova disciplina, si richiamano anche gli interessanti spunti offerti da AMARELLI, *I delitti di bancarotta alla luce del nuovo art. 217-bis l. fall.: qualcosa è cambiato?*, in *Giust. pen.*, 2011, 547; COCCO, *Esenzioni dai reati di bancarotta nel "nuovo" art. 217-bis della legge fallimentare*, in *Legislaz. pen.*, 2011.

⁷ LOTTINI, *Il nuovo art. 217-bis l. fall.* cit., 1367; ALESSANDRI, *Profili penalistici in tema di soluzioni concordate*, cit., 132.

⁸ D'ALESSANDRO, *Il nuovo art. 217-bis*, cit., 202; ALESSANDRI, *Profili penalistici in tema di soluzioni concordate*, cit., 115. Peraltro, interessante è l'ormai storico dibattito sul panpenalismo e sui rapporti tra

1.1. Le fattispecie concorsuali presupposte

Come si è visto, la nuova disposizione ha individuato espressamente i pagamenti e le operazioni esenti dai reati di bancarotta ex artt. 216, co. 3, e 217 l. fall., tale da non farli integrare i “pagamenti preferenziali”, né le operazioni manifestamente imprudenti di consumazione di “una notevole parte del patrimonio”, né le operazioni di grave imprudenza per ritardare il fallimento, o condotte gravemente colpose aggravanti il dissesto. L’art. 217-*bis* richiamava espressamente pagamenti e operazioni compiuti in esecuzione di un concordato preventivo, di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato e di un piano di risanamento attestato.

In considerazione di ciò, è stato necessario, per porre un limite all’applicazione delle norme penali considerate, il rispetto scrupoloso dei requisiti richiesti dalle disposizioni civilistiche che disciplinavano le tre forme di composizione della crisi dell’impresa⁹. Dunque, nel caso in cui vengano commessi atti fraudolenti, come quelli indicati ex art. 173 l. fall., o nell’ipotesi in cui i piani realizzati a norma dell’art. 67, co. 3, lett. *d*) si basino su dati non veri, l’art. 217-*bis* non può essere attuato, e le operazioni poste in essere possono essere punite con le norme regolanti la bancarotta preferenziale e semplice.

Nell’alveo del termine “pagamenti”, sulla scia delle definizioni all’interno della fattispecie di bancarotta preferenziale, l’orientamento unanime ha fatto rientrare ogni forma di pagamento, e dunque ogni modalità solutoria di un debito; con riferimento alla nozione di “operazioni”, essa deve essere strettamente correlata all’idoneità delle stesse a realizzare una delle procedure di soluzione della crisi: vi sono fatti rientrare, quindi, tutti gli atti, negozi giuridici o fatti concretamente funzionali allo scopo¹⁰.

Appare opportuno sin da ora sottolineare come già in tempi non sospetti la

la normativa civile e le norme penali ivi previste. Per alcuni spunti di riflessione, PEDRAZZI, *Problemi di tecnica legislativa in Comportamenti economici e legislazione penale, Atti del convegno “Arel” del 17 marzo 1978*, in *Riv. soc.*, 1978, 22 ss.; ALESSANDRI, *Reati d’impresa e modelli sanzionatori*, in *Raccolta studi di diritto penale*, Milano, 1984, pp. 28 ss.; ROMANO, *Pubblico e privato nella responsabilità degli amministratori e reati societari*, in *Riv. ius.* 1987, 144; MAZZACUVA, *Bene giuridico e tecniche di tutela del diritto penale societario*, in *Politica del diritto*, 1984, 103; ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari, I, I reati societari, bancari, di lavoro e previdenza*, a cura di Grosso, XIII ed., Milano, 2007, p. 17.

⁹ LOTTINI, *Il nuovo art. 217-bis l. fall.* cit., 1372; SCHIAVANO, *I reati fallimentari: oggi*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2011, 3, 693.

¹⁰ Tra tutti, si fa riferimento in particolare a MUCCIARELLI, *L’esenzione dai reati di bancarotta*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 1478.

dottrina avesse già individuato nei piani di risanamento, nel concordato preventivo e nell'accordo di ristrutturazione dei debiti una risposta al cosiddetto "stato di crisi", presupposto oggettivo perché tali procedure siano azionabili¹¹. La figura concorsuale richiamata, apparentemente più semplice, da analizzare è il piano di risanamento¹². Si tratta di un piano che appaia razionalmente

¹¹ Così MUCCIARELLI, *Stato di crisi*, cit., 826; TROYER, *Le responsabilità penali relative alle soluzioni concordate delle crisi d'impresa*, in *Riv. dott. comm.*, 2008, 1, 111 ss.

¹² Questo è l'attuale testo dell'art. 67 l. fall., come da ultimo modificato dalla recenti riforme:

«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, ovvero immobili ad uso non abitativo destinati a costituire la sede principale dell'attività d'impresa dell'acquirente, purché alla data di dichiarazione di fallimento tale attività sia effettivamente esercitata ovvero siano stati compiuti investimenti per darvi inizio ;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; un professionista indipendente designato dal debitore, iscritto nel registro dei revisori legali ed in possesso dei requisiti previsti dall'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 o di controllo; il piano può essere pubblicato nel registro delle imprese su richiesta del debitore; e) gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata, 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 di amministrazione controllata e di concordato preventivo.

idoneo a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria e la cui ragionevolezza sia attestata dal professionista: tale verifica, nel caso in cui il piano non abbia conseguito il risultato che si proponeva, spetterà al giudice penale, nella misura di un giudizio di ragionevolezza e d'idoneità.

Uno dei nodi dall'inizio più controversi del neo introdotto art. 217-*bis* è stato quello relativo ai rapporti con la revocatoria fallimentare: in particolare, risultava problematica la riflessione sulle operazioni che, pure trovandosi nell'ambito di operatività di tale azione, non erano richiamate all'art. 67, co. 3, lett. *d*)¹³. La riforma, in questo senso, ha optato per una tecnica normativa basata sul caso, passando attraverso l'indicazione specifica di una serie di atti considerati revocabili, e contemplando i pagamenti e le operazioni tassative, non assoggettabili a revocatoria fallimentare.

Dal testo di legge si evince un chiaro depotenziamento della revocatoria da una parte; dall'altra sono stati meglio precisati i limiti degli atti revocabili, assicurando maggiore certezza nello svolgimento dei rapporti patrimoniali. In ogni caso, positiva o negativa sia l'opinione in merito, il dato di fatto è che i piani attestati hanno rappresentato una radicale innovazione della disciplina fallimentare, dato che per la prima volta è stata introdotta una soluzione di tipo privatistico, con il correlativo vantaggio pubblicistico della "copertura da eventuali azioni revocatorie"¹⁴. Si potrebbe ritenere che la disposizione di cui all'art. 217-*bis* l. fall. sia una specificazione del principio generale, ricavabile dal disposto ex art. 67 co. 3 lett. *d*) che, di conseguenza, produce i propri effetti nell'ambito del diritto penale fallimentare¹⁵. In particolare, con riferimento all'ultima disposizione citata, sembra opportuno riferire quanto attenta dottrina aveva espresso: «è uno strumento innovativo ancora più largo, in quanto protegge non solo i tradizionali erogatori di nuova finanza all'impresa in crisi, ma tutti quei soggetti coinvolti come controparti di un imprenditore che pianifichi con un apposito programma la fuoriuscita dall'insolvenza»¹⁶. Dunque,

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»

In dottrina si vedano gli efficaci riferimenti di BRICCHETTI, PISTORELLI, *Bancarotta, le operazioni escluse*, cit., 98.

¹³ D'ALESSANDRO, *Il nuovo art. 217-bis*, cit., 204.

¹⁴ ROCCA, *Le radici e le cause storiche, non remote, del nuovo intervento normativo (Decreto sviluppo)*, in *il Fallimentarista*, 2012, 8, 2.

¹⁵ LOTTINI, *Il nuovo art. 217 bis l. fall.* cit., 1375

¹⁶ TERRANOVA, *La nuova disciplina delle revocatorie fallimentari*, in *Dir. Fall.*, 2006, I, 278; contra PISTORELLI, *Novità legislative: D.L. 31 maggio 2010, n. 78, convertito con modificazione nella Legge 30 luglio 2010, n. 122, recante "Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività*

rispetto al passato si riscontra una più ampia deroga ai principi generali del sistema concorsuale, resa possibile dalle soluzioni concordate della crisi d'impresa¹⁷, nonostante le norme di nuova introduzione si pongano nel solco delle precedenti riforme.

Il secondo strumento concordatario di soluzione della crisi d'impresa era il concordato preventivo, previsto all'art. 160 l. fall., richiamato dall'art. 217-bis per essere escluso dall'alveo delle tipicità delle fattispecie di bancarotta ex artt. 216, co. 3, e 217 l. fall.¹⁸. In particolare, come riportato da attenti commenta-

economica», *Relazione del 3 agosto 2010*, 11, in www.cortedicassazione.it, il quale sostiene che «non appare ragionevole limitare la simmetria tra esclusione della revocatoria irrilevanza penale dei pagamenti preferenziali alle sole ipotesi previste dall'art. 67, terzo comma, lett. d), talché, sotto questo profilo, la novella potrebbe presentare qualche problema di compatibilità con l'art. 3 Cost.».

¹⁷ GUERRIERI, *Il controllo giudiziale sui piani attestati*, in *Giur. comm.*, 2012, 3, 385.

¹⁸ Per completezza, si riporta per intero il testo riformato dell'art. 161 l. fall. la cui rubrica è intitolata «*Domanda di concordato*». Interessanti novità si devono registrare sotto il profilo del pre-concordato, introdotto ex novo dal D.L. Sviluppo al sesto comma e seguenti:

La domanda per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo è proposta con ricorso, sottoscritto dal debitore, al tribunale del luogo in cui l'impresa ha la propria sede principale; il trasferimento della stessa intervenuto nell'anno antecedente al deposito del ricorso non rileva ai fini della individuazione della competenza.

Il debitore deve presentare con il ricorso:

- a) una aggiornata relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa;
- b) uno stato analitico ed estimativo delle attività e l'elenco nominativo dei creditori, con l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione;
- c) l'elenco dei titolari dei diritti reali o personali su beni di proprietà o in possesso del debitore;
- d) il valore dei beni e i creditori particolari degli eventuali soci illimitatamente responsabili.
- e) un piano contenente la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta.

Il piano e la documentazione di cui ai commi precedenti devono essere accompagnati dalla relazione di un professionista, designato dal debitore, in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano medesimo. Analoga relazione deve essere presentata nel caso di modifiche sostanziali della proposta o del piano.

Per la società la domanda deve essere approvata e sottoscritta a norma dell' articolo 152 .

La domanda di concordato e' comunicata al pubblico ministero ed e' pubblicata, a cura del cancelliere, nel registro delle imprese entro il giorno successivo al deposito in cancelleria.

L'imprenditore può depositare il ricorso contenente la domanda di concordato unitamente ai bilanci relativi agli ultimi tre esercizi, riservandosi di presentare la proposta, il piano e la documentazione di cui ai commi secondo e terzo entro un termine fissato dal giudice, compreso fra sessanta e centoventi giorni e prorogabile, in presenza di giustificati motivi, di non oltre sessanta giorni. Nello stesso termine, in alternativa e con conservazione sino all'omologazione degli effetti prodotti dal ricorso, il debitore può depositare domanda ai sensi dell'articolo 182-bis, primo comma. In mancanza, si applica l'articolo 162, commi secondo e terzo.

Dopo il deposito del ricorso e fino al decreto di cui all'articolo 163 il debitore può compiere gli atti urgenti di straordinaria amministrazione previa autorizzazione del tribunale, il quale può assumere sommarie informazioni. Nello stesso periodo e a decorrere dallo stesso termine il debitore può altresì compiere gli atti di ordinaria amministrazione. I crediti di terzi eventualmente sorti per effetto degli atti legalmente compiuti dal debitore sono prededucibili ai sensi dell'articolo 111.

tori, la disposizione introdotta da “d.l. Sviluppo” ha contratto l’area di tipicità delle norme incriminatrici di bancarotta preferenziale e semplice¹⁹. La necessaria inclusione della fattibilità del piano, tra i requisiti che condizionano l’ammissione al concordato preventivo, dovrebbe poter precludere, divenuta definitiva, ogni potenziale rivisitazione in particolare del requisito dell’attuabilità dell’accordo: tale impianto interpretativo è stato consolidato dalla giurisprudenza delle Sezioni unite della Cassazione²⁰. Ultima norma richiamata era l’accordo di ristrutturazione dei debiti, già previsto dall’art. 182-bis l. fall, anch’esso ora riformato dal “d.l. Sviluppo”²¹. Da

Con il decreto di cui al sesto comma, primo periodo, il tribunale dispone gli obblighi informativi periodici, anche relativi alla gestione finanziaria dell’impresa, che il debitore deve assolvere sino alla scadenza del termine fissato. In caso di violazione di tali obblighi, si applica l’articolo 162, commi secondo e terzo.

La domanda di cui al sesto comma è inammissibile quando il debitore, nei due anni precedenti, ha presentato altra domanda ai sensi del medesimo comma alla quale non abbia fatto seguito l’ammissione alla procedura di concordato preventivo o l’omologazione dell’accordo di ristrutturazione dei debiti.

Fermo restando quanto disposto dall’articolo 22, primo comma, quando pende il procedimento per la dichiarazione di fallimento il termine di cui al sesto comma del presente articolo è di sessanta giorni, prorogabili, in presenza di giustificati motivi, di non oltre sessanta giorni»

In dottrina, tra gli altri: D’ALESSANDRO, *Il nuovo art. 217-bis*, cit., 209; BRICCHETTI, PISTORELLI, *Bancarotta, le operazioni escluse*, cit., 99.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ ANDREAZZA, *Sub art. 217-bis*, cit., p. 2452; D’ALESSANDRO, *Il nuovo art. 217-bis*, cit., 211. Per la sentenza richiamata, si veda Cass., Sez. un., 28 febbraio 2008, Nicoli, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 2008, 1-2, 267, con nota di CARDONE, GAMBONI e *ibidem*, 2008, 543.

²¹ D’ALESSANDRO, *Il nuovo art. 217-bis*, cit., 210. Si riporta anticipatamente qui il testo della normativa novellata dal D.L. Sviluppo 2012:

L’imprenditore in stato di crisi può domandare, depositando la documentazione di cui all’articolo 161, l’omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti stipulato con i creditori rappresentanti almeno il sessanta per cento dei crediti, unitamente ad una relazione redatta da un professionista, designato dal debitore, in possesso dei requisiti di cui all’articolo 67, terzo comma, lettera d) sulla veridicità dei dati aziendali e sull’attuabilità dell’accordo stesso con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare l’integrale pagamento dei creditori estranei nel rispetto dei seguenti termini:

a) entro centoventi giorni dall’omologazione, in caso di crediti già scaduti a quella data; b) entro centoventi giorni dalla scadenza, in caso di crediti non ancora scaduti alla data dell’omologazione.

L’accordo è pubblicato nel registro delle imprese e acquista efficacia dal giorno della sua pubblicazione. Dalla data della pubblicazione e per sessanta giorni i creditori per titolo e causa anteriore a tale data non possono iniziare o proseguire azioni cautelari o esecutive sul patrimonio del debitore, né acquisire titoli di prelazione se non concordati. Si applica l’articolo 168, secondo comma.

Entro trenta giorni dalla pubblicazione i creditori e ogni altro interessato possono proporre opposizione. Il tribunale, decise le opposizioni, procede all’omologazione in camera di consiglio con decreto motivato.

Il decreto del tribunale è reclamabile alla corte di appello ai sensi dell’articolo 183, in quanto applicabile, entro quindici giorni dalla sua pubblicazione nel registro delle imprese.

Il divieto di iniziare o proseguire le azioni cautelari o esecutive di cui al terzo comma può essere richiesto dall’imprenditore anche nel corso delle trattative e prima della formalizzazione dell’accordo di cui al presente articolo, depositando presso il tribunale competente ai sensi dell’articolo 9 la documentazione

alcuni commentatori è stato definito come l'istituto maggiormente innovativo, col ruolo di miglior strumento di soluzione negoziale della crisi d'impresa, alternativamente efficace alla dichiarazione di fallimento²². Si tratta di una norma che consente all'imprenditore di chiedere l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti, condiviso dai creditori che rappresentino almeno il sessanta per cento dell'intero passivo. Tale sistema consente di superare definitivamente quel principio d'indisponibilità dell'insolvenza che caratterizzava all'inizio le procedure concorsuali²³.

In proposito all'omologa, la dottrina prevalente si è schierata in favore della tesi per cui al giudice dell'omologa spetti di verificare l'accordo nel merito, mettendo in atto quello che è stato definito l'esame valutativo della documen-

di cui all'articolo 161, primo e secondo comma, lettere a), b), c) e d) e una proposta di accordo corredata da una dichiarazione dell'imprenditore, avente valore di autocertificazione, attestante che sulla proposta sono in corso trattative con i creditori che rappresentano almeno il sessanta per cento dei crediti e da una dichiarazione del professionista avente i requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), circa la idoneità della proposta, se accettata, ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori con i quali non sono in corso trattative o che hanno comunque negato la propria disponibilità a trattare. L'istanza di sospensione di cui al presente comma è pubblicata nel registro delle imprese e produce l'effetto del divieto di inizio o prosecuzione delle azioni esecutive e cautelari, nonché del divieto di acquisire titoli di prelazione, se non concordati, dalla pubblicazione.

Il tribunale, verificata la completezza della documentazione depositata, fissa con decreto l'udienza entro il termine di trenta giorni dal deposito dell'istanza di cui al sesto comma, disponendo la comunicazione ai creditori della documentazione stessa. Nel corso dell'udienza, riscontrata la sussistenza dei presupposti per pervenire a un accordo di ristrutturazione dei debiti con le maggioranze di cui al primo comma e delle condizioni per l'integrale pagamento dei creditori con i quali non sono in corso trattative o che hanno comunque negato la propria disponibilità a trattare, dispone con decreto motivato il divieto di iniziare o proseguire le azioni cautelari o esecutive e di acquisire titoli di prelazione se non concordati assegnando il termine di non oltre sessanta giorni per il deposito dell'accordo di ristrutturazione e della relazione redatta dal professionista a norma del primo comma. Il decreto del precedente periodo è reclamabile a norma del quinto comma in quanto applicabile.

A seguito del deposito di un accordo di ristrutturazione dei debiti nei termini assegnati dal tribunale trovano applicazione le disposizioni di cui al secondo, terzo, quarto e quinto comma. Se nel medesimo termine è depositata una domanda di concordato preventivo, si conservano gli effetti di cui ai commi sesto e settimo».

²² D'ALESSANDRO, *Il nuovo art. 217-bis*, cit., 210.

²³ FRASCAROLI SANTI, *Sub art. 182-bis*, in *Commentario breve alla legge fallimentare*, a cura di Maffei, Alberti, Padova, 2009, pp. 1056, 1057. Per ulteriori fonti sulla norma in esame, è utile consultare INZITARI, *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, 4, 815 ss.; NARDECCHIA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti e il procedimento per la dichiarazione di fallimento*, in *Fall.*, 2008, 703, 709; JORIO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Commentario Jorio-Fabiani, Agg.*, 2007, p. 57, 58; ZOCCA, *Accordi di ristrutturazione, piani di risanamento e relazione del professionista*, Roma, 2006; Ambrosini, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Commentario Jorio-Fabiani*, 2007, II, p. 1137, 1175.

tazione²⁴.

1.2. Interpretazione ed opportunità: la natura giuridica della nuova norma

Fin dalle prime letture, la formulazione dell'art. 217-*bis* non è risultata di agevole interpretazione, data la terminologia ambigua adottata dal legislatore, confermando ancora una volta le difficoltà nel formulare e produrre, nel diritto penale dell'impresa, delle norme coerenti e chiare, specialmente in relazione a situazioni di crisi in cui sull'imprenditore, già eliminato dal tessuto commerciale, si propaghi l'ombra del reato. La norma di nuova introduzione, quindi, sembra figlia di un nuovo e più pratico metodo di analisi e soluzioni ai problemi irrisolti della disciplina penalistica fallimentare, prevedendo l'«esenzione» per i delitti di bancarotta richiamati quando le soluzioni concordate della crisi d'impresa hanno esito negativo. Interessante elemento è, per l'appunto, il fatto che la rubrica dell'articolo parli di «*esenzione da reato*», richiamando (più o meno volutamente) la terminologia già utilizzata a proposito dell'azione revocatoria ex art. 67 l. fall., sconosciuta al linguaggio dei penalisti²⁵. Sul punto attenti commentatori hanno definito tali come «*indecifrabili esenzioni dai reati di bancarotta*», mentre, al contrario, il dettato della norma si limita a prevedere la mera inapplicabilità delle fattispecie penali.²⁶

Così come abilmente sintetizzato, «*distinte ragioni suggeriscono ora come preferibile l'opzione ermeneutica per la quale si è in presenza di un limite esegetico della fattispecie incriminatrice, introdotto dal legislatore con una disposizione successiva a quella che contempla il reato*»²⁷. E come di consue-

²⁴ MUCCIARELLI, *L'esenzione*, cit., 1483.

²⁵ Il testo della norma in esame prevedeva, infatti, che i reati di bancarotta preferenziale ex art. 216 co. 3 l.f. e di bancarotta semplice ex art. 217 l.f. non si applicassero ai pagamenti e alle operazioni in esecuzione di uno dei tre strumenti negoziali di gestione della crisi qualora essi avessero come conseguenza l'insolvenza del debitore e il tribunale ne dichiarasse il fallimento.

²⁶ ZINCANI, *Il nuovo art. 217-bis*, cit., 519; MUCCIARELLI, *L'esenzione*, cit., 1474, il quale spiega che *il legislatore fa uso di una terminologia del tutto ignota all'esperienza penalistica, giacché denomina come esenzioni dai reati l'effetto conseguente all'applicazione della disposizione in discorso*. Per le innumerevoli discussioni di ordine generale sul tema, si rimandi a quanto scritto da ROMANO, *Causa di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, in *Comm. sist. C.p.*, Romano, I, Artt. 1-84, Milano, 2004, pp. 253 ss.; PULITANO, *Diritto penale*, Torino, 2005, pp. 277 ss.

²⁷ Così si è pronunciato MUCCIARELLI, *L'esenzione*, cit., 1475. L'autore aggiunge anche che *l'art. 217-bis l. fall. stabilisce che determinati comportamenti (pagamenti ed operazioni), qualora tipici rispetto ai delitti degli artt. 216, co. 3 e 217 l. fall., non rientrano nell'ambito di operatività di dette figure di reato se posti in essere in una condizione predefinita (in esecuzione di una delle procedure per la soluzione della crisi d'impresa). Sicché il complesso delle condotte che rientrano negli insiemi disegnati dalle incriminazioni viene ad essere ridotto. Attraverso l'inserzione di un elemento specializzante (appunto*

to, l'inerzia dei soggetti deputati alla produzione delle norme, è ricaduta come un macigno sull'interprete, chiamato a decifrare la qualificazione giuridica dell'art. 217-*bis*, determinante per i risvolti applicativi della norma.

Nell'alveo delle cosiddette "cause di esclusione della pena", le ipotesi di non punibilità sono di certo un gruppo eterogeneo, non riconducibili a un principio unitario, legate tra loro dal fatto che la loro eventuale sussistenza esclude la punibilità. Nell'insieme ricadono le "cause di giustificazione", fondate sul bilanciamento degli interessi in conflitto, le "cause di esclusione della colpevolezza", che incidono sull'elemento soggettivo (cioè sul profilo interno del presunto reo), e le "cause di non punibilità in senso stretto", che sono fondate su ragioni di convenienza politico-criminale.

Nel caso di specie è stata condivisa l'interpretazione che escludeva la stessa causa di esclusione della pena: infatti la teoria generale del reato conferma che il venir meno della tipicità rende superflua l'indagine relativa alla operatività di una causa di giustificazione, di una scusante o di una causa di non punibilità in senso stretto. In ogni caso è evidente come la norma non individui alcun contro interesse oppositivo ed omogeneo rispetto al bene giuridico tutelato dagli artt. 216, co. 3 e 217 l. fall, (elemento che sarebbe invece necessario se si fosse in presenza di una causa di giustificazione), non coinvolge il profilo soggettivo del reo escludendone la colpevolezza e non riguarda affatto ragioni di politica criminale e, dunque, non concede la non punibilità²⁸. Sembra piuttosto che l'art. 217-*bis* operi sul piano della riformulazione dei reati di bancarotta preferenziale e semplice e si ponga come «*concetto qualitativo di degradazione della tipicità*»²⁹. La norma agisce direttamente sulla struttura dei reati di bancarotta suddetti, con una funzione delimitativa per sottrazione: l'esenzione opera in questo stadio primario della tipicità, funzionale alla riqualificazione delle fattispecie astratte di reato per specificazione³⁰. E dunque,

l'essere realizzati in esecuzione), il perimetro e il contenuto dei delitti di bancarotta preferenziale e bancarotta semplice vengono modificati in senso limitativo sul versante della tipicità». In senso analogo, BRICCHETTI, PISTORELLI, Bancarotta, le operazioni escluse dall'incriminazione, cit., 98; ANDREAZZA, Sub art. 217-bis, cit. p. 2450; D'ALESSANDRO, Il nuovo art. 217-bis, cit., 203; SCHIAVANO, I reati fallimentari, cit., 693; LOTTINI, Il nuovo art. 217-bis, cit., 1372.

²⁸ ZINCANI, *Il nuovo art. 217-bis*, cit., 520.

²⁹ *Ibidem*, ZINCANI, *Il nuovo art. 217-bis*, cit., 520.

³⁰ BRICCHETTI, PISTORELLI, *Bancarotta, le operazioni escluse dall'incriminazione*, cit., 98; D'ALESSANDRO, *Le disposizioni penali della legge fallimentare*, cit., 203; MUCCIARELLI, *L'esenzione*, cit., 1475. Interessante il punto di vista di ROMANO, il quale parla di un fenomeno di "auto-correzione" del legislatore alla luce di un'eventuale pericolosa eccessiva "ampiezza" della fattispecie incriminatrice. L'autore sostiene che non si possa solo parlare di un rimedio esegetico, ma di una vera e propria esclusione del tipo originario di illecito, delimitandone l'ampiezza (ROMANO, *Teoria del reato, punibilità, sogli espresse di offensività e clausole di esclusione del tipo*), in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a

così come vari autori avevano riportato, sembra si possa ritenere correttamente che il legislatore abbia voluto precisare i confini applicativi dei delitti di cui agli artt. 216, co. 3 e 217 l. fall³¹.

1.3. Gli artt. 216 co. 3 e 217 l. fall., fattispecie criminose esentate

Sono due le fattispecie criminali richiamate dall'art. 217-bis l. fall: la cosiddetta "bancarotta preferenziale" e la "bancarotta semplice". Il pericolo più frequente quando si attivano le soluzioni concordate della crisi è rappresentato dalla bancarotta preferenziale³²: la fattispecie, regolata dal terzo comma dell'art. 216 l. fall., è sanzionata meno gravemente della bancarotta fraudolenta, ma non costituisce una forma attenuata rispetto alla precedente figura, essendo una fattispecie autonoma di reato³³. Oggetto giuridico della fattispecie è, dunque, l'interesse dei creditori a una regolare e paritaria distribuzione del patrimonio del debitore (*par condicio creditorum*), e si consuma nel momento dei pagamenti, essendo irrilevante la data della sentenza dichiarativa di fallimento³⁴. Il reato previsto dalla legge fallimentare punta a colpire i cosiddetti "colpi di coda" dell'imprenditore che, prossimo al dissesto, mira a realizzare una gestione "artatamente selettiva" delle risorse patrimoniali della società³⁵. Già da prima, l'esperienza interpretativa della dottrina maggioritaria aveva suggerito che non fosse mai rimproverabile a titolo di bancarotta preferenzia-

cura di Dolcini, Paliero, Milano, 2006, p. 1721 ss.

³¹ Fra gli altri, LOTTINI, *Il nuovo art. 217-bis*, cit., 1372; PISTORELLI, *Novità legislative: D.L. 31 maggio 2010, n. 78*, cit. Nella relazione emerge un certo imbarazzo dell'interprete, alla luce del fatto che «non è agevole stabilire la natura giuridica di detta esenzione, mentre è chiaro l'obbiettivo perseguito dal legislatore: agevolare il più possibile l'intervento sulle crisi d'impresa, (...) d'altra parte i rimedi di cui si discute hanno natura prettamente privatistica, sicché l'esenzione non potrebbe certo dipendere da un'incontrollata scelta lasciata all'autonomia privata».

³² LOTTINI, *Il nuovo art. 217-bis*, cit., 1367; ALESSANDRI, *Profili penalistici delle innovazioni in tema di soluzioni concordate delle crisi d'impresa*, in *Riv. trim. dir. proc. pen.*, 2006, 129.

³³ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari II - I reati fallimentari, tributari, ambientali e dell'urbanistica*, Milano, 2008, p. 86; PAJARDI, FORMAGGIA TERNI DE' GREGORJ, *I reati fallimentari: le responsabilità penali dell'imprenditore nelle procedure di crisi*, Milano, 1994, p. 110; PAGLIARO, *Il delitto di bancarotta*, Palermo, 1967, p. 115; ANDREAZZA, *Sub. Art. 216 l. fall.*, in, *La legge fallimentare, Commentario Teorico-Pratico*, a cura di Ferro, 2011, p. 2426.

³⁴ Cass., Sez. V, 24 settembre 2009, n. 37428, G.C., in *Fall.*, 2010, 495.

³⁵ D'ALESSANDRO, *Il nuovo art. 217-bis*, cit., 205. In proposito, interessante l'opinione di GIUNTA, *Revocatoria e concordato preventivo: tutela penale*, in *Dir. prat. fall.*, 2006, 34, il quale parla di un'«evidente convergenza funzionale» tra la bancarotta preferenziale e la revocatoria fallimentare: la prima norma ha, per così dire, attinto all'ambito di applicazione della revocatoria fallimentare riempire lacune e indeterminanze che la caratterizzano.

le il creditore che si limitasse a ricevere un pagamento che gli spettasse³⁶: ha sostenuto la dottrina maggioritaria che se si opinasse diversamente verrebbe addebitata al creditore la condotta tipica, fatto che chiaramente sarebbe contrastante con il principio di legalità, utilizzando il concorso di persone ex art. 110 c.p. per una condotta che invece sarebbe conforme alla fattispecie criminosa³⁷. In ogni caso, vari autori hanno sottolineato come la norma ex art. 216, co. 3 l. fall sia destinata al soggetto imprenditore «*la cui particolare qualifica e il particolare rapporto con il bene giuridico tutelato contraddistinguono e rendono incomunicabile la violazione del precetto*»³⁸.

Con riguardo all'art. 217 l. fall, cosiddetta “bancarotta semplice”, esso contempla una disposizione a più norme che individua una serie di comportamenti suscettibili di integrare l'illecito³⁹. Elemento costitutivo ne è la dichiarazione di fallimento, così che la consumazione del reato è da incardinare nel medesimo momento in cui viene pronunciata la sentenza⁴⁰. Sono necessarie alcune precisazioni sull'indifferenziato richiamo all'art. 217 dato che le figure di bancarotta semplice di cui ai numeri 1 e 5 sembrerebbero quantomeno fuori luogo rispetto all'opportunità di risolvere una crisi d'impresa, tali da non potere essere ricondotte nell'alveo dell'art. 217-bis. Ci si riferisce a «*chi ha fatto spese personali o per la famiglia eccessive rispetto alla sua condizione*» e «*chi non ha soddisfatto le obbligazioni assunte in un precedente concordato preventivo o fallimentare*»⁴¹. Mentre alcun dubbio è maturato circa i numeri 3

³⁶ In tempi non sospetti già la giurisprudenza della Suprema Corte aveva affermato tale principio. In particolare, tale indirizzo interpretativo si è consolidato con la ormai storica pronuncia dei giudici di legittimità in Cass., Sez. V, 3 marzo 1961, Ambrosini, in *Riv. pen.*, 1961, II, 913, nella quale si affermava che «*la norma dell'art. 216, comma terzo, prevede in forma espressa la punibilità del solo debitore e pertanto, in linea di principio, non si può affermare quella del creditore. Il creditore che istighi il debitore a pagarlo, in danno degli altri creditori, concorre nel delitto di cui all'art. 216, comma terzo, mentre non si verifica detto concorso nei casi di semplice accettazione*». Analogamente, nel tempo, la dottrina ha sostenuto la stessa tesi: NUVOLONE, *In tema di concorso nella bancarotta preferenziale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1957, 254; PEDRAZZI, *Reati fallimentari*, in *Manuale di diritto penale dell'impresa*, II ed., Bologna, 2000, pp. 157 ss.; BRICCHETTI, PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, cit., 165.

³⁷ MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, VI ed., Padova, 2009, p. 545; MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, III ed., Milano, 2009, p. 407.

³⁸ Uno fra tutti, COCCO, *La bancarotta preferenziale*, Napoli, 1987, p. 266.

³⁹ LOTTINI, *Il nuovo art. 217 bis*, cit., 1368; per una visione d'insieme si rimanda a COCCO, *Sub art. 117, R.D. 16 marzo 1942, n. 267*, in *Commentario breve alle leggi penali speciali*, a cura di Paliero, Palazzo, Padova, 2007, p. 1217.

⁴⁰ APRILE, *Sub Art. 217 l. fall.* in *La legge fallimentare, Commentario Teorico-Pratico*, a cura di Ferro, 2011, p. 2439.

⁴¹ Tra gli altri, MUCCIARELLI, *L'esenzione*, cit., 1477; D'ALESSANDRO, *Il nuovo art. 217-bis*, cit., 212, il quale parla di «*soluzioni eccentriche rispetto a qualsivoglia finalità di soluzione della crisi d'impresa, non possono essere in alcun modo “coperte” dall'esenzione disciplinata nell'art. 217-bis l. fall.*»; BRIC-

e 4 dell'art. 217, alcune discussioni in dottrina sono sbocciate rispetto al n. 2, che punisce «*chi ha consumato una notevole parte del suo patrimonio in operazioni di pura sorte o manifestamente imprudenti*», rispetto alle quali si avverte una forte orientamento maggioritario verso la inapplicabilità dell'esenzione⁴².

2. Una nuova prospettiva del diritto societario: il “d.l. sviluppo”

Il D.L. 22 giugno 2012, n. 83 (cosiddetto “Decreto Sviluppo”), convertito con modificazioni, dalla L. 7 agosto 2012, n. 134 ha recentemente apportato decisive modifiche alla Legge fallimentare: la *ratio* principale è stata quella di consentire all'imprenditore, la cui attività versi in uno stato di crisi, di accedere velocemente e con procedure snelle alle tutele previste in suo favore.

In particolare è prevista la possibilità, per il debitore che propone l'ammissione alla procedura del concordato preventivo, di depositare il ricorso contenente la mera domanda concorsuale; la proposta, il piano di concordato e la documentazione necessaria possono dunque essere presentati successivamente al deposito del ricorso, entro un termine compreso tra 60 e 120 gg., fissato dal giudice e prorogabile di non oltre 60 gg. Questo è quanto previsto dal nuovo co. 6 dell'art. 160 l. fall, il quale, in virtù della sopraddetta caratteristica, è stato definito pre-concordato.

Un'altra importante novità apportata introdotta concerne la sorte dei contratti in corso di esecuzione alla data di presentazione del ricorso per concordato preventivo: il debitore, dietro apposita richiesta, può essere autorizzato dal tribunale o dal giudice delegato a sciogliersi dai suddetti contratti; sempre su richiesta, può essere consentita anche la sospensione dei contratti, per un periodo di non oltre 60 gg. prorogabili una sola volta. In questi casi, al contraente è dovuto un indennizzo equivalente al risarcimento del danno conseguente

CHETTI, PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, cit. p. 158.

⁴² MUCCIARELLI, *L'esenzione*, cit., 1478; D'ALESSANDRO, *Il nuovo art. 217-bis*, cit., 212 secondo il quale «apparirebbe a dir poco paradossale ritenere che comportamenti erosivi della consistenza patrimoniale connotati dalla mera sorte o dalla manifesta avventatezza possano essere valutati come coerenti con un piano o con un accordo volti al superamento della crisi d'impresa»; BRICCHETTI, PISTORELLI, *Bancarotta, le operazioni escluse dall'incriminazione*, cit. 96, i quali affermano in senso definitivamente restrittivo che «non possono mai, in particolare, integrare i pagamenti “preferenziali”, eseguiti cioè allo scopo di favorire, a danno dei creditori, taluni di essi, né (volendo pensare alla bancarotta semplice patrimoniale) operazioni manifestamente imprudenti di consumazione di una “notevole parte del patrimonio dell'imprenditore (articolo 217, co. 1, n. 2, operazioni di grave imprudenza per ritardare il fallimento, n. 3, e condotte gravemente colpose aggravatrici del dissesto, n. 4)». Con tale interpretazione, nettamente più restrittiva, concordiamo.

al mancato adempimento.

È stato inserito *ex novo* nella Legge fallimentare l'art. 182-*quinqüies*, rubricato «*Disposizioni in tema di finanziamento e di continuità aziendale nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti*», che ha attribuito al debitore, previa autorizzazione del tribunale, la facoltà di contrarre finanziamenti funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori.

Il neonato art. 186-*bis*, poi, ha previsto l'istituto del «*Concordato con continuità aziendale*». Il piano di concordato di cui al riformato art. 161, l. fall. può ora prevedere: la prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore; la cessione dell'azienda in esercizio ovvero il conferimento dell'azienda in esercizio in una o più società, anche di nuova costituzione; la liquidazione di beni non funzionali all'esercizio dell'impresa.

Varie novità, dunque, quelle apportate dal “d.l. sviluppo”, le quali sembrano tutte convergere verso un più ampio spazio dell'autonomia privata, rafforzando le soluzioni negoziali delle crisi d'impresa⁴³.

2.1. L'art. 182-*quinqüies* l. fall, nuova fattispecie concorsuale.

Tra le varie novità introdotte dal “d.l. sviluppo”, merita particolare attenzione, alla luce dell'esenzione dai reati di bancarotta, il nuovo art. 182-*quinqüies*: il testo dell'art. 217-*bis* è stato modificato dall'articolo 33, comma 1, lettera l *bis*), del D.L. 22 giugno 2012, n. 83, con la decorrenza indicata dal co. 3 del medesimo articolo e dall'articolo 18, comma 2-*bis*, del D.L. 18 ottobre 2012 n. 179, introducendo l'ulteriore periodo «*nonché ai pagamenti e alle operazioni di finanziamento autorizzati dal giudice a norma dell'articolo 182-*quinqüies**»⁴⁴.

⁴³ Si vedano alcuni tra i primi e più attenti commentatori delle nuove norme introdotte, globalmente considerate, tra cui VITIELLO, *Le novità introdotte dalla L. 134/2012 di conversione del c.d. “Decreto Sviluppo”*, in www.ilfallimentarista.it, 12 ottobre 2012; AMBROSINI, *I finanziamenti bancari alle imprese in crisi nei nuovi articoli 182- quater e quinqüies, l. fall.*, *ivi*, 13 settembre 2012; BENVENUTO, *Quadro sintetico delle novità in materia concorsuale introdotte dal D.L. 22 giugno 2012, n. 83*, *ivi*, 06 settembre 2012; TRENTINI, *Un primo commento alle “Misure urgenti per la crescita del paese” e alla revisione della legge fallimentare*, *ivi*, 6 settembre 2012; LAMANNA, *La legge fallimentare dopo il Decreto Sviluppo*, in *Il civilista*, Milano, 2012. Per la giurisprudenza, ottimi spunti di analisi sono dati da Trib. Milano, *Linee Guida, Verbale del Plenum tenuto in data 20 settembre 2012*, in www.ilfallimentarista.it.

⁴⁴ Questo è il nuovo testo dell'art. 217-*bis* l. fall:

«*Le disposizioni di cui all'art. 216, co. 3, e all'art. 217 non si applicano ai pagamenti e alle operazioni compiuti in esecuzione di un concordato preventivo di cui all'articolo 160 o di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato ai sensi dell'articolo 182-bis o del piano di cui all'articolo 67, co. 3, lettera d), ovvero di un accordo di composizione della crisi omologato ai sensi dell'art- 12 della legge 27 gennaio 2012, n. 3, nonché ai pagamenti e alle operazioni di finanziamento autorizzati dal giudice a norma dell'articolo 182-*quinqüies**».

L'art. 182-*quinquies* l. fall è stato introdotto dall'articolo 33, comma 1, lettera f), del D.L. 22 giugno 2012, n. 83, con la decorrenza indicata dal co. 3 del medesimo articolo⁴⁵.

Anche se il legislatore era già intervenuto in passato in tema di prededuzione dei finanziamenti concessi per la presentazione di una domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti (art. 182-*quater*), la prassi aveva ampiamente dimostrato una certa reticenza delle banche all'erogazione della cosiddetta "finanza-ponte" (tutto quel complesso di finanziamenti per consentire all'impresa di sopravvivere durante il procedimento di omologazione, in assenza dei quali si comprometterebbe l'attività aziendale). D'altro canto è di tutta evidenza che un qualsiasi tentativo di superamento della crisi e di ricerca di soluzioni differenti dalla liquidazione fallimentare passi attraverso il coinvolgimento degli istituti di credito nell'ambito di un piano di risanamento o di ristrutturazione, il cui principale pilastro è rappresentato dalla nuova finanza bancaria⁴⁶.

⁴⁵ Si riporta qui il testo integrale del neonato art. 182-*quinquies*:

«Il debitore che presenta, anche ai sensi dell'articolo 161 sesto comma, una domanda di ammissione al concordato preventivo o una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'articolo 182 bis, primo comma, o una proposta di accordo ai sensi dell'articolo 182 bis, sesto comma, può chiedere al tribunale di essere autorizzato, assunte se del caso sommarie informazioni, a contrarre finanziamenti, prededucibili ai sensi dell'articolo 111, 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.

L'autorizzazione di cui al primo comma può riguardare anche finanziamenti individuati soltanto per tipologia ed entità, e non ancora oggetto di trattative.

Il tribunale può autorizzare il debitore a concedere pegno o ipoteca a garanzia dei medesimi finanziamenti.

Il debitore che presenta domanda di ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale, anche ai sensi dell'articolo 161 sesto comma, può chiedere al tribunale di essere autorizzato, assunte se del caso sommarie informazioni, a pagare crediti anteriori per prestazioni di beni o servizi, se un professionista in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), attesta che tali prestazioni sono essenziali per la prosecuzione della attività di impresa e funzionali ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori. L'attestazione del professionista non è necessaria per pagamenti effettuati 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.

Il debitore che presenta una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'articolo 182-bis, primo comma, o una proposta di accordo ai sensi dell'articolo 182-bis, sesto comma, può chiedere al Tribunale di essere autorizzato, in presenza dei presupposti di cui al quarto comma, a pagare crediti anche anteriori per prestazioni di beni o servizi. In tal caso i pagamenti effettuati non sono soggetti all'azione revocatoria di cui all'articolo 67».

⁴⁶ AMBROSINI, *I finanziamenti bancari*, cit., 1. ASSONIME, *Rapporto sull'attuazione della riforma della legge fallimentare e sulle sue più recenti modifiche*, Roma, aprile 2012. In particolare si diceva che «elemento necessario per consentire lo sviluppo di concordati di risanamento finalizzati a garantire la continuità aziendale è l'erogazione di nuova finanza. Questa è necessaria per sostenere l'impresa sia

L'art. 182-*quinquies* si è posto proprio sulla scia di questa esigenza, consentendo all'imprenditore in sede di deposito anche del solo pre-accordo, di chiedere al Tribunale l'autorizzazione a ricevere contrarre finanziamenti pre-deducibili a norma dell'art. 111 l. fall. (supportati da un'apposita relazione redatta da un professionista qualificato, secondo cui essi devono essere «*funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori*»). Si noti che, data l'evidente deroga al principio della *par condicio creditorum*, il tribunale potrà concedere l'autorizzazione utilizzando la massima cautela (e da qui anche il rafforzamento del ruolo del professionista e della sua correlativa responsabilità)⁴⁷. Si capisce come tutti i finanziatori, preferiranno avvalersi della nuova disciplina introdotta dal "d.l. sviluppo", che garantisce maggiore certezza e celerità. Una recentissima giurisprudenza si è pronunciata sul contenuto della novella disposizione, affermando che «è generica e quindi inammissibile l'istanza di autorizzazione a contrarre finanziamenti ove manchino gli elementi da cui desumere la ragionevolezza dell'aggravamento dell'esposizione debitoria in funzione del complessivo impianto del piano di concordato in elaborazione, nemmeno delineato nelle sue linee essenziali»⁴⁸. La questione giuridica affrontata ha riguardato i presupposti di ammissibilità dell'istanza di autorizzazione a contrarre finanziamenti. Ed in effetti, sulla questione, si sono formati vari orientamenti: se un'interpretazione letterale consente che sia bastevole allegare all'istanza la sola attestazione dell'esperto, una tesi più restrittiva vorrebbe escludere tale eventualità, richiedendo, oltre all'istanza dell'attestatore, anche il piano completo e la proposta di concordato⁴⁹. Di sicuro non sembra possibile enunciare un unico principio interpretativo: sta di fatto, però, che se tale

nella fase di predisposizione del piano posto alla base dell'accordo, sia in quella successiva in cui devono essere soddisfatte le obbligazioni assunte in base al piano stesso. Al riguardo le risposte dei giudici delegati hanno evidenziato come nei pochi casi di concordato con continuità aziendale, raramente il risanamento dell'impresa è stato basato sull'erogazione di nuova finanza in corso di procedura e mai è stata erogata finanza ponte ai fini della presentazione della domanda di concordato. Nonostante l'estensione dell'area della predeuzione l'imprenditore che cerca di risolvere la crisi attraverso soluzioni concordate incontra, dunque, una estrema difficoltà nel reperire i finanziamenti necessari e ciò giustifica anche l'assoluta prevalenza dell'uso del concordato preventivo con finalità liquidatoria»

⁴⁷ Per un interessante sguardo d'insieme sulle norme di nuovissimo conio, si veda MARELLI, *Nuove disposizioni su fallimento e lavoro per aiutare le aziende a superare la crisi*, in *Guida dir.*, 2012, 44 ss.; CHIARUTTINI, *L'evoluzione delle regole in tema di crisi d'impresa, Ruolo e responsabilità dell'attestatore*, 26 ottobre 2012, p. 2 ss.

⁴⁸ Trib. Treviso, Sez. II, (decr.) 16 ottobre 2012, P.G. Im. E. sas, in www.ilcaso.it.

⁴⁹ BONSIGNORE, *Finanza interinale nel concordato con riserva*, in www.ilfallimentarista.it, 6 settembre 2012, 2; LAMANNA, *La problematica relazione tra "pre-concordato" e "concordato con continuità aziendale" alla luce delle speciali autorizzazioni del Tribunale*, in www.ilfallimentarista.it; AMBROSINI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi (dalla "miniriforma" del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134)*, Bologna, 2012.

strumento è stato ideato per facilitare l'imprenditore, non si vede la ragione di un "appesantimento" degli adempimenti, operato in via interpretativa dalla giurisprudenza di merito. E d'altronde, come fanno notare i primi commentatori della norma, «*consentire all'impresa di acquisire, preservare e monetizzare il valore dei beni (pur al netto della prededuzione) di sicuro accrescerà le risorse da destinare ai creditori*»⁵⁰. In ogni caso, ci sembra dover sottolineare come la decisione in un senso o nell'altro non sia agevole: il tribunale svolge un ruolo fondamentale, dovendo valutare le concrete possibilità di proteggere il valore dei beni aziendali e consentirne, eventualmente, la sopravvivenza. Ancora una volta le risultanze pratiche di una riforma saranno interamente rimesse agli operatori di giustizia. Da una parte i giudici potrebbero farsi coadiuvare da ausiliari per meglio valutare quanto attestato da debitore e professionista, valutando le informazioni periodiche a scadenze definite⁵¹; in secondo luogo, dottrina attenta ha suggerito che in caso di istanza *ex art. 182-quinquies*, utile sarebbe per il Tribunale assumere sommarie informazioni (coinvolgendo, così, il parco dei creditori nelle questioni affrontate).

Così come riportato dal modificato testo dell'art. 217-*bis* l. fall, vengono, oggi, fatti rientrare nell'esenzione tutti i pagamenti e le operazioni di finanziamento tipiche della cosiddetta "finanza-ponte" di cui si è appena discusso. Varranno, per queste ultime tipologie di operazioni, le stesse regole ermeneutiche di cui sopra si è ampiamente argomentato, in proposito alle operazioni di piano di risanamento, concordato preventivo e accordo di ristrutturazione dei debiti escluse dal novero delle condotte penalmente sanzionabili.

Va infine detto che l'estensione operata dal Decreto ha giustamente eliminato l'eventuale problema di coordinamento tra l'art. 217-*bis* l.f. e i benefici riconosciuti dall'art. 182-*quinquies* l. fall.: ciò anche alla luce del fatto che la disciplina prevista dall'art. 182-*quinquies* l.f. costituisce un'evidente eccezione al principio della *par condicio creditorum* e senza un coordinamento con lo stesso art. 217-*bis* sarebbe facilmente ricaduto nel profondo solco delle condotte tipiche della bancarotta preferenziale. Data la necessità delle operazioni *ex art. 182-quinquies*, alla luce dell'attuale panorama economico italiano, così come la realtà penale economica, tutt'altro che scomparsa e, anzi, rinvigorita, non si faranno attendere pronunce giurisprudenziali su questa nuova materia.

⁵⁰ BONSIGNORE, *Finanza interinale*, cit., 3.

⁵¹ Tale prassi, supportata da BONSIGNORE, *Finanza interinale*, cit. 4, è già stata avviata da alcuni tribunali, in particolare Trib. La Spezia, Sez. fall., 25 settembre 2012, G.A. s.n.c., in www.plurisonline.it, e Trib. Parma, Sez. fall., 2 ottobre 2012, M1H S.p.A, in www.ilcaso.it.

2.2. Il professionista è penalmente responsabile di falso in attestazioni e relazioni

Il “d.l. sviluppo” ha introdotto, nelle disposizioni penali della legge fallimentare, con l’art. 33, co. 1, lett. *D*), l’art. 236-*bis*, l’inedito reato di «*Falso in attestazioni e relazioni*»⁵². Le riforme fallimentari del 2005 e del 2007 non avevano mai modificato le norme relative alla correttezza delle informazioni sulla situazione economica patrimoniale e finanziaria del debitore: in particolare non si era mai provveduto a una tutela penale a fronte di dati infedeli. Il legislatore ha finalmente sanato un vuoto rispetto al quale più di un’incertezza era venuta alla luce tra gli operatori della materia, tanto che da più parti era stata avanzata la tesi di assimilabilità della fattispecie al reato di falso in atto pubblico, ex art. 479 c.p., poi risolta negativamente dalla giurisprudenza⁵³. D’altronde è utile ricordare che l’esigenza di incardinare nella legislazione vigente una forma di tutela penale era anche sostenuta da chi rappresentava la necessità di norme a presidio dell’effettiva indipendenza del professionista attentatore, rispetto all’imprenditore in crisi, suo cliente⁵⁴.

Questa soluzione di nuova fattura rappresenta un’opportunità e un’integrazione fondamentale per completare il tessuto normativo in cui si va

⁵² Qui si riporta il testo dell’articolo:

«*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, è punito con la reclusione da due a cinque anni e con la multa da 50.000 a 100.000 euro.*

Se il fatto è commesso al fine di conseguire un ingiusto profitto per sé o per altri, la pena è aumentata.

Se dal fatto consegue un danno per i creditori la pena è aumentata fino alla metà».

⁵³ BRICCHETTI, PISTORELLI, *Operazioni di risanamento, professionisti nel mirino*, in *Guida dir.*, 29, 2012, 45 ss.; LANZI, *Nuovi reati di false attestazioni da parte del professionista*, in www.ilfallimentarista.it; si veda anche la giurisprudenza *ivi* richiamata Trib. Torino, Sez. IV, 31 marzo 2010, M.P. e altri, in *Fall.*, 2010, 1439. Sul punto anche l’autorevole dottrina di MUCCIARELLI, *Il ruolo dell’attestatore e la nuova fattispecie penale di “falso in attestazioni e relazioni”*, in www.ilfallimentarista.it, 2012, 2, il quale sconsiglia recisamente un’equiparazione della fattispecie ad «alcun ruolo dotato di valenza pubblicistica».

⁵⁴ MINNITI, *La “nuova” responsabilità penale dell’attestatore*, in www.ilfallimentarista.it; BORSARI, *Il nuovo reato di falso in attestazioni e relazioni del professionista nell’ambito delle soluzioni concordate alle crisi d’impresa. Una primissima lettura*, in www.penalecontemporaneo.it, 2012; TETTO, *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; dello stesso avviso, D’ALESSANDRO, *Il nuovo art. 217-bis, cit.*, p. 208, il quale, un anno prima che fosse introdotta la nuova fattispecie penale, scriveva già che «*si capisce facilmente, allora, come sarebbe stato senz’altro opportuno, per prevenire asseverazioni eccessivamente generose e garantire la scrupolosità del professionista nell’emettere un giudizio discrezionale che potrà, molto spesso, chiudere la porta a future incriminazioni, prevedere un apposito sistema di responsabilizzazione del professionista, anche mediante il ricorso a sanzioni specifiche, non necessariamente di matrice penalistica*», rimarcando le rimostranze della dottrina di fronte al vuoto legislativo, ora colmato.

a istallare, tale che la constatazione del ruolo centrale del professionista attestatore, nella disciplina fallimentare riformata, ha indotto il legislatore a rafforzare i requisiti soggettivi sul versante dell'indipendenza (si veda in particolare la disposizione *ex art. 67, co. 3, lett. d)*⁵⁵.

Sono stati introdotti più ferrei cardini di terzietà della figura, soddisfacendo un'esigenza preventiva, intervenendo sull'eventualità di conflitto d'interessi: la sanzione penale di nuovo conio si pone, dunque, a presidio della correttezza dell'operato del professionista nelle sue funzioni di certificazione e "rivitalizza" il ruolo dell'esperto e della sua responsabilità⁵⁶. La nuova disciplina ha, in particolare, specificato i requisiti di autonomia e di indipendenza del professionista attestatore, intervenendo sul testo dell'art. 67, co. 3, lett. *d)*, l. fall. prevedendo espressamente e per la prima volta tali stessi requisiti come necessari e connotati alla stessa figura: il professionista, infatti, non deve essere legato all'imprenditore in crisi da rapporti personali di qualsiasi ordine. Si è previsto, all'uopo, che l'attestatore non debba aver prestato negli ultimi cinque anni alcuna attività in favore del soggetto imprenditoriale, né possa aver rivestito ruoli di gestione o controllo nella sua impresa. Alla luce di ciò il professionista può dirsi indipendente quando non è legato all'impresa, o a chi ha interesse all'operazione di risanamento, da rapporti personali o professionali che possano compromettere l'indipendenza e l'obiettività del suo giudizio: sotto questo profilo, come alcuni hanno suggerito, sembra si possa rimandare all'art. 51 c.p.c., in tema di «*Astensione del giudice*», e, similmente, all'art. 63 c.p.c., valevole per i consulenti tecnici nel processo civile⁵⁷. D'altro canto, non essendo stato previsto un apposito meccanismo di ricusazione, così come nella disciplina processual-civilistica sopra richiamata, è sembrata davvero opportuna ed innovativa la nuova fattispecie incriminatrice penale introdotta.

Il reato ha ad oggetto falsità documentali rispetto alle relazioni e attestazioni che l'esperto professionista deve redigere nell'ambito dei piani di risanamento, del concordato preventivo, dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, delle operazioni di finanza interinale e del concordato con continuità aziendale (si ricordi, peraltro, che la legge di riforma ha inciso sull'importanza del professionista all'interno delle procedure negoziali di risoluzione della crisi

⁵⁵ MUCCIARELLI, *Il ruolo dell'attestatore*, cit.

⁵⁶ *Ibidem*; analogamente, STASI, *La terzietà dell'attestatore*, in www.ilfallimentarista.it, 14 dicembre 2012, 1; LENOCI, *Ruolo e responsabilità dell'esperto. L'indipendenza e il richiamo alla disciplina sui sindaci*, in www.ilfallimentarista.it, 2; BASILE, *Art. 217-bis l. fall e gruppi di società*, in *Ban. bors. tit. cred.*, 2012, 9.

⁵⁷ LENOCI, *Ruolo e responsabilità dell'esperto*, cit., 4.

d'impresa)⁵⁸. È un delitto proprio, il cui autore è il professionista attestatore indicato dalla legge fallimentare⁵⁹. Le funzioni di tale soggetto risultano evidentemente arricchite dalla necessità dell'imprenditore di munirsi dell'attestazione di funzionalità al miglior soddisfacimento dei creditori, per la prosecuzione dell'attività d'impresa.

Il professionista può essere un avvocato, un dottore commercialista, un notaio, un ragioniere o un ragioniere commercialista che è legato da un rapporto contrattuale privatistico con il debitore-imprenditore.

Il fatto tipico può essere: la condotta attiva, dunque l'esposizione di informazioni false, può concretizzarsi, ad esempio, se l'attestatore effettua una circolarizzazione per ottenere la precisazione dei crediti, che però indica nella relazione di attestazione per importo diverso da quello effettivamente verificato (il reato, dunque, sussiste in quanto c'è discrasia tra la realtà e la sua rappresentazione da parte del professionista)⁶⁰; la condotta passiva, l'omissione⁶¹ di informazioni rilevanti, si configura, per esempio, nel caso in cui nel concordato preventivo il professionista ometta di segnalare la mancata iscrizione di un

⁵⁸ BRICCHETTI, PISTORELLI, *Operazioni di risanamento*, cit., 45 ss.; NARDECCHIA, *Professionisti attestatori: requisiti stringenti e sanzioni*, in *Ilsole24ore*, 3 luglio 2012; IORIO, *Professionisti, ora è reato dire il falso nel fallimento*, in *Ilsole24ore*, 3 settembre 2012.

⁵⁹ VITIELLO, *La "nuova" responsabilità penale del professionista attestatore*, in www.illfallimentarista.it, 27 giugno 2012; LANZI, *Nuovi reati di false attestazioni*, cit., 2.

⁶⁰ In proposito, alcuni autori hanno rilevato dubbi sull'applicabilità delle sanzioni penali in oggetto nel caso in cui il professionista dichiari falsamente di non trovarsi in una delle situazioni di incompatibilità previste dalla lett. d) dell'art. 67 l. fall, o ometta tale informazione. Un'interpretazione letterale della norma sembra suggerire una risposta affermativa, data la tutela dell'interesse dello stato. Tipico *casus* è quello dell'amico fraterno del debitore che viene chiamato a certificare il piano, come ci ricorda STASI, *La terzietà dell'attestatore*, cit., p. 6. L'autore suggerisce di richiamare l'art. 27 d.lgs n. 39 del 2010, che attribuisce rilevanza penale solo alle falsità contenute nelle relazioni o in altre comunicazioni delle società di revisione.

⁶¹ Con riferimento alla condotta omissiva, tra i primi studiosi della norma vi è NARDECCHIA, *Professionisti attestatori*, cit., il quale pone l'attenzione sull'eventuale emersione successiva di informazioni rilevanti non esposte dal professionista. Questa possibilità, secondo l'autore, darebbe luogo a un duplice problema interpretativo: sul tipo di prestazione esigibile dal professionista, dovendosi dimostrare che egli avrebbe dovuto chiedere e ottenere dal debitore tali informazioni; e sulla effettiva rilevanza dell'omessa informazione, dato che sarebbe da valutare *ab initio* l'incidenza dell'omissione sul consenso informato dei creditori. Questi dubbi interpretativi sembrano essere particolarmente pregnanti alla luce dell'applicazione della norma all'art. 182-*quinquies* l. fall, con riferimento ai finanziamenti prededucibili. È interessante, anche l'opinione di quella dottrina secondo la quale, non di omissione vera e propria si possa parlare, quanto di "falso ideologico per omissione" assimilabile alle disposizioni sul c.d. "falso in bilancio" ex artt. 2621 e 2622 c.c. (in senso analogo si veda ancora BRICCHETTI, PISTORELLI, *Operazioni di risanamento*, cit., 49). Così come messo in luce da alcuni autori, sembra che il "nascondimento" sia l'altra faccia della medaglia di un obbligo di comunicazione. Sul punto si vedano PEDRAZZI, *Profili penali dell'informazione societaria*, in *L'informazione societaria*, a cura di Balzarini, Carcano, II, Milano, 1982, p. 1130; MINNITI, *La "nuova" responsabilità*, cit.

credito di importo rilevante⁶². In ogni caso si tratta di una fattispecie penale dolosa, in cui il dolo è generico, salvo che per il caso del secondo comma, in cui si registra lo specifico scopo del profitto. D'altra parte, il fatto che il legislatore non si sia preoccupato di delimitare l'elemento soggettivo, ha prodotto importanti dubbi interpretativi: alcuni fra i primi commentatori hanno messo in luce il pericolo che professionisti onesti ma sfortunati possano essere coinvolti in procedimenti penali, senza aver effettivamente voluto la condotta criminosa di cui all'art. 236-*bis*, ma semplicemente a titolo di dolo eventuale⁶³. Secondo la dottrina prevalente, il dolo di falso comprenderebbe non solo la coscienza dell'*immutatio veri*, ma anche la consapevolezza di ledere quel determinato interesse giuridicamente protetto: è necessario che il soggetto attivo del reato abbia, almeno, la percezione di provocare un'alterazione giuridicamente rilevante, ed in quanto tale, idonea all'inganno. E certo non è facilmente riducibile tutto al bianco e al nero, al "vero" e "non vero", rigide categorie che non sussumono, nel loro alveo, le infinite sfumature delle vicende umane considerate, e che rendono tale branca sì ardua, e nella produzione normativa, e nell'interpretazione e applicazione: considerando, quelle del professionista, come attestazioni di prognosi, rivolte al futuro e rientranti nella categoria della probabilità, tutto diventa sabbia mobile⁶⁴. La situazione di "dubbio" che ne scaturisce potrebbe lasciare uno spazio per affermare la responsabilità per dolo eventuale del professionista.

⁶² Un interessante spunto, in questo senso, lo fornisce il Trib. Rovereto, G.i.p., 12 gennaio 2012, M. S.p.A., in www.unijuris.it, che, già prima del nuovo art. 236-*bis*, su un caso in cui la mancata iscrizione dell'importo era relativa a un maxi canone di leasing, statuiva: «*la relazione del professionista che, ai sensi dell'articolo 161, comma 3, legge fallimentare, deve attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano posto a base della domanda di concordato preventivo, si inserisce a pieno titolo nel procedimento giurisdizionale della procedura di concordato e di fatto sostituisce i poteri istruttori del tribunale in ordine ad una condizione di ammissibilità del concordato. Detta relazione ha, quindi, non solo un contenuto valutativo ma anche un contenuto certificativo dal quale discende uno specifico valore probatorio. Per queste ragioni, non vi possono essere dubbi in ordine al fatto che il professionista incaricato di redigere la relazione svolge un servizio di pubblica necessità in funzione di una corretta informazione e tutela dei creditori e che, conseguentemente, lo stesso professionista, in considerazione del fatto che deve compiutamente informare il commissario giudiziale, i creditori ed il tribunale, sia investito di poteri e doveri tipici dei soggetti esercenti un servizio di pubblica necessità. La falsa attestazione, da parte del professionista che redige la relazione di cui all'articolo 161, comma 3, legge fallimentare, di corrispondenza al vero dei dati fattuali e contabili riportati dall'imprenditore nel ricorso per l'ammissione al concordato preventivo (cd. veridicità dei dati aziendali) integra, sotto il profilo della materialità della condotta, il reato di cui all'articolo 481 del codice penale, reato per il quale, sotto il profilo soggettivo, è sufficiente il dolo generico, ossia la coscienza e volontà dell'alterazione del vero, senza che sia necessario alcun fine specifico, fermo restando che l'elemento psicologico non può ritenersi implicito nella materialità del fatto»*

⁶³ MINNITI, *La "nuova" responsabilità*, cit., 5.

⁶⁴ MUCCIARELLI, *Il ruolo dell'attestatore*, cit., 3.

In ogni caso, la fondatezza del giudizio espresso nelle verifiche compiute dal professionista deve poter essere valutata dai creditori secondo i parametri razionalmente controllabili, cioè le grandezze economiche e le procedure utilizzate nella formulazione del giudizio.

Il bene giuridico oggetto di tutela sembrerebbe identificarsi con l'affidamento di cui devono godere le relazioni e attestazioni in relazione al loro contenuto e in funzione del certo e celere svolgimento delle procedure negoziali di risoluzione delle crisi d'impresa previste dalla legge fallimentare: la dottrina maggioritaria ha parlato di un vero e proprio reato contro la fede pubblica, bene strumentale agli interessi patrimoniali dei creditori⁶⁵. Di particolare interesse, a tal riguardo, sono le aggravanti previste dal secondo e dal terzo comma dell'art. 236-bis: la prima, si fonda sul dolo specifico e consiste nell'aver agito per ottenere, per sé o per altri, un ingiusto profitto; la seconda profila l'eventualità del danno ai creditori. Sembra che, in entrambi i casi, il legislatore abbia optato per una soluzione di tipo patrimoniale del danno. Attenti autori hanno già messo in luce le difficoltà che i primi interpreti incontreranno nel determinare una tale tipologia di danno, dato che ha luogo quando il creditore vede perdute le proprie ragioni di credito, ma tale situazione si può configurare solo dopo che sia intervenuta la declaratoria fallimentare⁶⁶. L'eventuale profitto del soggetto attivo del reato, così come il possibile pregiudizio patrimoniale per i creditori, «*restano sullo sfondo, pronti ad emergere, se del caso, come elementi eventuali ed accessori rispetto alla struttura principale*»⁶⁷.

Per ciò che concerne le “informazioni” e l'ampiezza del loro significato, la dottrina più accreditata ha assimilato tale termine a quello di “fatti”. Non sono solo ricompresi dati contabili, ma ogni notizia, scenario economico, analisi di cui l'esperto attentatore si avvale per le sue valutazioni⁶⁸. In realtà, come spesso accade nel diritto penale, ciò che appare semplice, non è scevro da intricate questioni semantiche.

2.3. Interviene la giurisdizione penale

Si è detto che l'art. 217-bis l. fall. stabilisce l'esenzione penale di condotte ri-

⁶⁵ PISTORELLI, *Novità legislative: D.L. 22 giugno 2012, n. 83, recante “Misure urgenti per la crescita del paese”, Relazione n. III*, Roma, 13 luglio 2012.

⁶⁶ MUCCIARELLI, *Il ruolo dell'attestatore*, cit., 5.

⁶⁷ BRICCHETTI, PISTORELLI, *Operazioni di risanamento*, cit., 45.

⁶⁸ MUSCO, *I nuovi reati societari*, Milano, 2007, p. 51.

portabili alle fattispecie astratte della bancarotta preferenziale e della bancarotta semplice quando i comportamenti concreti posti in essere dal fallito siano stati realizzati in esecuzione di un piano attestato ex art. 67, co. 3, lett. d), di un concordato preventivo ex art. 160 l. fall., di un accordo di ristrutturazione omologato ex art. 182-bis l. fall., o delle operazioni di finanza interinale regolate dall'art. 182-*quinquies*. Ci si è chiesti, allora, se fosse sufficiente la semplice circostanza della presenza dei quattro suddetti strumenti negoziali di soluzione della crisi d'impresa, o se sia necessario l'intervento del giudice penale, con un vero e proprio accertamento sulla idoneità di tali procedure⁶⁹. In realtà, se la lettera dell'art. 217-bis nulla dice al riguardo, la natura negoziale e privatistica delle norme richiamate si scontra apertamente con le disposizioni penali sulla bancarotta ex art. 216, co. 3 e 217 l. fall., di chiara natura pubblicistica⁷⁰. Il problema si profilava soprattutto per il piano di risanamento e per le operazioni di finanza interinale, dato che sia per concordato che per accordo di ristrutturazione è previsto il vaglio giudiziale dell'idoneità della procedura⁷¹. Non sembra che sul piano sistematico questa possa essere una conseguenza ammissibile⁷². In generale può dirsi che, nel caso che l'accertamento effettuato con l'omologa *verita* non soltanto sulla congruità intrinseca del piano, ma anche sulla correttezza dei dati economici e fattuali sui quali lo stesso si basa, non rimane spazio per un ulteriore accertamento del magistrato penale. Se invece il vaglio del giudice fallimentare non abbia tale contenuto, non

⁶⁹ Sul punto si rimanda per una trattazione più completa all'interessante contributo di TROYER, *Il concorso dell'istituto di credito nei fatti di bancarotta, tra libertà d'iniziativa economica e controllo del giudice penale, problemi ancora aperti e occasioni mancate*, in *Atti del Convegno "La procedura prefallimentare ed i reati fallimentari: problematiche vecchie e nuove"*, CSM, Milano, 23 gennaio 2012.

⁷⁰ Il problema è stato affrontato anche dal già citato LOTTINI, *Il nuovo art. 217-bis*, cit., 1373.

⁷¹ In realtà, per l'art. 182-*quinquies* il discorso si complica: la neonata norma, infatti, richiama espressamente le norme in materia di concordato preventivo e accordo di ristrutturazione dei debiti, rendendo più complicata la distinzione che sopra si è voluta fare. In ogni caso autorevoli autori vertono, invece, per il vaglio giudiziale anche per il piano di risanamento. Si veda, a tal proposito, i già citati MUCCIARELLI, *L'esenzione*, cit., 1483; D'ALESSANDRO, *Il nuovo art. 217-bis*, cit., 207; BRICCHETTI, PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari. Dottrina e giurisprudenza a confronto*, Milano, 2011, p. 160. Tutti e tre gli autori confermano la nostra opinione di partenza, per cui non può essere mai concessa all'autonomia privata la capacità di neutralizzare l'efficacia di qualsivoglia norma penale. Si aggiunga anche LOTTINI, *Il nuovo art. 217-bis*, cit., 1373, il quale scrive che il giudice penale può verificare l'idoneità e la ragionevolezza dei piani quando le operazioni, della cui liceità penale si discute, sono esecuzione di un piano di risanamento che non costituisca fondamento del concordato preventivo e di un accordo di ristrutturazione e che perciò non sia stato sottoposto ad alcun vaglio da parte dell'autorità giudiziaria. Sia l'elaborazione del piano che la sua esecuzione, completamente affidati all'autonomia privata, non possono sfuggire al sindacato del giudice penale.

⁷² La questione è stata sollevata in tempi non sospetti da MUCCIARELLI *Il magistrato penale può rivalutare piani di ristrutturazione, accordi omologati e concordati preventivi?*, in *www.ilfallimentarista.it*, 11 novembre 2011, 1.

c'è ragione per ritenere preclusa la verifica postuma del giudice penale, che si dovrà porre in una prospettiva *ex ante*⁷³. Lo stesso problema va affrontato nell'ambito del concordato preventivo: in questo caso, però, l'omologazione prevista dalla norma fa sì che il controllo del giudice penale debba essere limitato ai casi di oggettiva falsità dei dati forniti al Tribunale⁷⁴. Così, a proposito dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, la dottrina maggioritaria sostiene che al giudice dell'omologa spetti un potere di verifica del merito dell'accordo, così da non lasciare alcun margine al giudice penale (che invece potrebbe esercitare il proprio potere sostanziale se all'omologa venisse dato un valore meramente formale)⁷⁵.

3. Un nuovo equilibrio tra le nuove disposizioni. Conclusioni

In ogni caso la vita e la riuscita della riformata "esenzione" e della nuova disciplina sulla responsabilità del professionista attestatore dipenderà dalla soluzione della questione che sopra si menzionava: l'estensione dei poteri del giudice penale nel merito della valutazione di fattibilità del piano.

A ben vedere, comunque, il legislatore ha almeno tentato una vera e propria operazione bilanciata, da un lato introducendo una nuova figura criminosa, all'art. 236-*bis*, sussumendo nell'alveo del diritto penale un determinato tipo di condotta posto in essere dal professionista attestatore; dall'altro rimpolpando il contenuto dell'art. 217-*bis* (con l'esplicito richiamo al nuovo art. 182-*quinquies*), già introdotto nel 2010, e rafforzando sostanzialmente l'esenzione dai reati di bancarotta in vista della necessità di soluzioni alternative al fallimento.

La situazione economica odierna grava come un macigno su tutte le imprese, dalle piccole alle grandi, con la conseguenza che, senza il rafforzamento dell'esenzione, una serie di operazioni "normali" per salvare "baracca e burattini" avrebbe ingenerato più di un sospetto sull'eventuale configurazione di una bancarotta, con la peggiore delle conseguenze: l'ulteriore intasamento di quel dedalo che è il nostro sistema giudiziario, e i conseguenti e inevitabili

⁷³ BRICCHETTI, PISTORELLI, *Al giudice la verifica dei presupposti di esenzione*, in *Bancarotta, le operazioni escluse*, cit., 99; ID., *Operazioni di risanamento*, cit., p. 50. I due autori pongono la questione in questi termini: non è sufficiente a integrare la clausola che limita l'operatività delle figure incriminatrici richiamate dall'art. 217-*bis* la semplice esistenza ed esecuzione del piano, ma anzi è necessario che il piano sia ritenuto dal giudice penale come idoneo *ab initio* a superare lo stato di crisi nel quale versava l'impresa.

⁷⁴ D'ALESSANDRO, *Il nuovo art. 217-bis*, cit., 210, il quale propende per un autonomo potere di sindacato del giudice penale limitato ai casi di omologazione basata su dati oggettivamente falsi e di cui si sarebbe dovuto accorgere il commissario giudiziale prima dell'omologazione stessa.

⁷⁵ MUCCIARELLI, *L'esenzione*, cit., 1483.

insostenibili costi per gli imprenditori, la cui “morte” economica sarebbe stata certa. E, d’altro canto, l’introduzione del reato di falso in attestazioni e relazioni compensa e riequilibra il panorama della responsabilità.

In realtà, in tempi non sospetti, autori illustri avevano parlato, nell’ambito di rivoluzionarie (in Italia) proposte di abolizione del capitale sociale, di un (possibile) ridimensionamento di quell’insieme di figure che assistono l’imprenditore dall’esterno nella gestione dell’impresa⁷⁶. La verità è che dissertazioni del genere, fino a quando il totale sistema societario italiano non verrà completamente e compiutamente riformato, non potranno aver modo di concretizzarsi.

Resta il fatto che proprio la figura del professionista, molto spesso, si è “confusa” (anche indirettamente) con il responsabile del dissesto di un’impresa o dell’affidamento, mal riposto, dei creditori rispetto a una situazione patrimoniale e contabile prospettata in positivo⁷⁷.

Ancor di più, se da un lato si facilita l’imprenditore a conseguire la salvezza o l’“eutanasia” della propria attività senza il timore di poter “inciampare” in fatti tipici di bancarotta, dall’altra si persegue con maggior incidenza il professionista che dovrebbe aiutare l’imprenditore a uscire dalla crisi (o a limitarne i danni), verificando e attestando, e che invece opera in modo da rendere vani i tentativi di soluzione negoziale della crisi riformati oggi dal “d.l. sviluppo”.

Questo sistema di contrappesi potrebbe ovviamente ingenerare in giurisprudenza un cortocircuito di pronunce contrastanti, così come tesi divergenti in dottrina.

Le idee sembrano buone ma, come già si è detto, sono affidate agli operatori

⁷⁶ Ci si riferisce al famoso articolo di ENRIQUES, MACEY, *Creditors versus capital formation: the case against european legal capital rules*, in 86 *Cornell law review*, 2001, 1165 ss.; una versione italiana del lavoro è apparsa in *Riv. soc.*, 2002, 78 ss., con il titolo *Raccolta del capitale di rischio e tutela dei creditori: una critica radicale alle regole europee sul capitale sociale* e, sulla stessa scia, BYRNE, *Management by web*, in *Bus. wk.*, Aug. 28, 2000, 84 ss. In ci si riferisce al fatto che abolendo le regole che sottendono all’esistenza del capitale sociale non solo si sintetizzerebbe la struttura della società, la sua vita e il rapporto con i soggetti che vi interagiscono, ma soprattutto si eliminerebbe uno spreco di burocrazia e il gran numero dei cosiddetti “esperti e consulenti” quali, ad esempio, avvocati e professionisti contabili, che in massa forniscono servizi obbligatori di *checking* del rispetto delle regole sul capitale sociale (senza dimenticarsi, peraltro, che spesso, proprio tali soggetti sono compartecipi delle disastrose vicende che riguardano l’insolvenza societaria e la bancarotta, più o meno da complici, come successo nel caso Parmalat, in cui anche le società di revisione contabile sono state direttamente implicate nelle vicende processuali).

⁷⁷ Sottolineava nel 2011, D’ALESSANDRO, *Il nuovo art. 217-bis*, cit., 208, che «permangono le perplessità nei confronti di un sistema che affida la concreta operatività di un importante limite alla sanzione penale esclusivamente alla professionalità di un soggetto privato, per di più scelto e retribuito dall’imprenditore in crisi» Dello stesso avviso, ALESSANDRI, *Profili penalistici in tema di soluzioni concordate*, cit., p. 131.

di giustizia. È chiaro che si è ben lungi da una riforma organica del diritto penale societario, speranza resa vana dalla brevità della vita degli ultimi governi e delle impellenze legislative in ogni settore dell'economia, del diritto e della società. Ma una base, in prospettiva, c'è.

L'equilibrio tra l'art. 217-bis e l'art. 236-bis l. fall può essere un importante banco di prova nel gioco di pesi e contrappesi che da anni vede impegnati tanti operatori e interpreti nella disputa sul panpenalismo⁷⁸. È un punto di partenza per la prossima riforma.

⁷⁸ Sul tema, fondamentali i contributi di ROMANO, *Pubblico e privato nella responsabilità degli amministratori e reati societari*, in *Riv. ius.* 1987, 144; MAZZACUVA, *Bene giuridico e tecniche di tutela del diritto penale societario*, in *Politica del diritto*, 1984, 103; ALESSANDRI, *Reati d'impresa e modelli sanzionatori*, in *Raccolta studi di diritto penale*, Milano, 1984, p. 28 ss.; PEDRAZZI, *Problemi di tecnica legislativa in Comportamenti economici e legislazione penale*, *Atti del convegno "Arel" del 17 marzo 1978*, in *Riv. soc.*, 1978, 22 ss; ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, cit., p. 17.