

GIAN GIACOMO SANDRELLI

**La riforma penale della legge fallimentare:
i rimedi per la crisi di impresa, il concordato
preventivo e le nuove fattispecie (art. 217-bis e
236-bis l. fall.)**

1. La riforma dei rimedi per la crisi di impresa. La gestazione dell'intervento. I tratti salienti per il versante penale. Le ragioni dell'introduzione delle due nuove norme in esame.

Per lungo periodo il versante penale dell'area fallimentare non aveva visto innovazioni¹ e quelle disposte dalla riforma di cui si tratterà furono assai sofferte e meditate. L'innovazione fu articolata e prese le mosse a far data dalla metà del 2005, in successivi passaggi, non previamente programmati in un'organica ideazione². Le scelte (per la parte "civilistica") furono frutto di vivaci discussioni in seno alle Commissioni governative che si succedettero per questa riforma: Trevisanato e Caruso, dal nome dei loro presidenti. Quelle afferenti al regime penalistico furono, invece, assunte praticamente all'unanimità.

Dapprima fu varato il D.l. 14 marzo 2005, n. 35 (cosiddetto "Decreto competitività")³, provvedimento assai rilevante avendo introdotto nuove procedure

¹ Prima della riforma di cui si tratta, l'innovazione saliente nella materia penal/fallimentare fu portata dal D.lgs. 11 aprile 2002 n. 61 che novellò la normativa sui reati societari tra cui l'art. 223 l. fall. e l'art. 218 l. fall. su cui intervenne la L. 28 dicembre 2005, n. 262 (*"Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari"*). Si tratta delle uniche modifiche precedenti alla riforma oggetto di esame.

² Notevoli sono al riguardo le osservazioni di FABIANI, *Riflessioni precoci sull'evoluzione della disciplina della regolazione concordata della crisi di impresa*, in *www.ilcaso.it*, il quale ricorda che, a far data dal 2005, «praticamente ogni anno il legislatore è intervenuto per modificare e poi rettificare e poi aggiustare le norme sulla crisi di impresa» ed ha espressamente censurato la «*tecnica del rattoppo*» a scapito di un'organica riformulazione della materia. Poco più avanti (7) l'A. ha sottolineato l'espansione dell'istituto del concordato preventivo a scapito dei limitrofi rimedi escogitati dalla normativa riformatrice, qualificando la disciplina concordataria «omnivora» attesa la sua «sempre più dilagante flessibilità» capace di «sovrapporsi anche a quelle situazioni di crisi per le quali apparirebbe più adatto l'accordo di ristrutturazione». Un'analisi sul radicale mutamento dell'accesso alle procedure di soluzione delle crisi è in DI MARZIO, *Le soluzioni concordate della crisi di impresa*, in *www.il caso.it*, estratto.

³ Convertito con modifiche dalla L. 14 maggio 2005, n. 80. *Sulla norma è vasta la produzione valutativa in in dottrina; esaurientemente, DEMARCHI, I piani di risanamento ex art. 67 legge fall. – Tentativo di ricostruzione di un istituto a partire dai suoi effetti*, in *IICaso.it.*, II, 189/2010, p. 4 e ss.; AMBROSINI- AIELLO, *I Piani attestati*, MUNARI, *Crisi di impresa e autonomia contrattuale nei piani attestati e negli accordi di ristrutturazione*, Giuffrè, 2012; MUCCIARELLI, *L'art. 217 bis l. fall. e la*

concorsuali e modificato significativamente quelle esistenti, soprattutto quelle diverse da quella fallimentare. Con esso l'ordinamento ha disposto parziale riscrittura del concordato preventivo (modificando gli artt. 160, 161, 163, 167, 180, 181, e la disciplina della revocatoria fallimentare) ed ha introdotto nel sistema sia l'accordo di ristrutturazione dei debiti (art. 182-*bis*) sia il piano attestato di risanamento (art. 67, co. 3, lett. e). Successivamente fu emanato - in ossequio alla delega di cui all'articolo 1, co. 5, 5-*bis* e 6, della l. 14 maggio 2005, n. 80 - il D.Lgs. 12 settembre 2007 n. 169⁴ («Disposizioni integrative e correttive al regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, nonché al decreto legislativo 9 gennaio 2006, n. 5 in materia di disciplina del fallimento, del concordato preventivo e della liquidazione coatta amministrativa»): il provvedimento ridefinì i requisiti dell'imprenditore assoggettabile al fallimento (elidendo la rilevanza dell'art. 2083 c.c.) e - tra le molte novità - precisò la nozione della "crisi di impresa", ancorandola a referenti oggettivi, rappresentati da tre parametri dimensionali (patrimoniale, economico e debitorio), con soglia minima di rilevanza quantitativa per la fallibilità.

Quindi, fu emanato il D.L. 31 maggio 2010, n. 78⁵ che, all'art. 48, co. 2-*bis*, portò nel sistema la nuova fattispecie esentativa di cui all'art. 217-*bis*, testo rimaneggiato dall'art. 33 co. 1 del D.L. 22 giugno 2012 n. 83 («Misure urgenti per la crescita del Paese»)⁶ ed, infine, fu ritoccato dall'art. 18 co. 2-*bis* del D.L. 18 gennaio 2012 n. 179, disposizione protesa a diradare i rischi di criminalizzazione tradizionalmente frequenti (per il debitore e, soprattutto, per i terzi) negli sforzi di "salvataggio" dell'impresa in difficoltà⁷.

Chiara è la filosofia - innovatrice in tema di crisi dell'impresa⁸ - che informa questi interventi, segnatamente delle due disposizioni qui in esame: non spezzare la canna scheggiata, non spegnere il lucignolo fumigante. Si è ritenuta

disciplina penale delle soluzioni della crisi di impresa, in Bonelli (diretto da), Crisi di imprese, casi e materiali, Milano, 2011, p. 275.

⁴ Entrato in vigore il 1 agosto 2008.

⁵ Testo convertito con modifiche dalla L. 30 luglio 2010, n. 122.

⁶ Convertito con modificazioni, dalla L. 7 agosto 2012, n. 134.

⁷ In dottrina copiosi ed assai interessanti sono i contributi redatti relativamente a questa norma: tra i molti, oltre agli AA. che saranno ricordati, cfr. MUCCIARELLI, *L'esenzione dai reati di bancarotta*, in *Diritto penale e processo*, 2010, 12, 1474 e ss.; D'ALESSANDRO, *Il nuovo art. 217-bis l. fall.*, in *Le soc.*, 2011, 201 e ss.; BRICCHETTI-PISTORELLI, *Bancarotta, le operazioni escluse dall'incriminazione*, in *Guida dir.*, 2010, 37, 94 ss., nonché *Al giudice la verifica dei presupposti di esenzione*, *ivi*, 98 e ss. e *La bancarotta e gli altri reati fallimentari. Dottrina e giurisprudenza a confronto*, Milano, 2011, 156 e ss.; LOTTINI, *Il nuovo art. 217-bis l.fall.: una riforma che tradisce le aspettative*, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2010, 12, 1366 e ss., ecc.

⁸ La versione del 1942 della legge fallimentare ignorava la situazione di *crisi*, dando rilievo soltanto alla situazione di "insolvenza". Ogni difficoltà di impresa era sanabile, quindi, soltanto mediante accordi stragiudiziali (contratti plurilaterali), aventi efficacia esclusiva tra le parti interessate.

scelta più accorta, all'avvisaglia della difficoltà e non già dell'insolvenza, rivolgersi ad ogni spiraglio di salvezza, senza eliminare dal mercato l'impresa ansimante, almeno sino alla verifica della certa impossibilità della sua ripresa economica e, nei limiti della ragionevolezza (e delle effettive possibilità concesse dalla fiducia dei creditori), proseguire l'attività imprenditoriale. Osservazione valevole non soltanto a proposito dell'esplicita disciplina degli accordi di ristrutturazione di cui all'art. 182-*bis* l. fall., ma anche del quadro sotteso all'art. 67, co. 3, lett. d) l. fall.⁹, nonché del risultato a cui tende lo speciale concordato preventivo denominato, appunto per questa ragione, «*con continuità*» (art. 186-*bis*)¹⁰. Ecco la ragione dell'attenzione legislativa per la cd. «*finanza-ponte*», cioè per il ricorso al sostegno finanziario (prededucibile, con larghezza di possibilità, sconosciuta al previgente regime¹¹), finalizzato alla prosecuzione della gestione di impresa sia per il concordato sia per gli accordi *ex art.182-bis* l. fall.¹². Il novello art. 217-*bis* l. fall. è proiettato alla prosecuzione della conduzione nonostante la crisi¹³, connotato ben diverso dalle ipotesi descritte all'art. 217 n. 2, 3 o 4 (224, co. 1, n. 1) l. fall. Scelta che, necessariamente, supera il tradizionale fondamento della concorsualità, quello della cd. *par condicio creditorum* ed esalta la ricerca di risanamento.

In siffatto contesto, il legislatore ha inteso, per un verso, rafforzare la chiarezza e la lealtà informativa, onde consentire ai creditori di assumere scelte a ragion veduta e, contemporaneamente, ha voluto anche liberare i protagonisti

⁹ Ma potrebbe essere anche frutto di iniziativa delle parti, al di fuori di ogni procedimentalizzazione, dando in tal caso vita, ad una intesa di natura propriamente ed esclusivamente contrattuale, **tenendo, peraltro, conto che la fattispecie di cui all'art. 67 co. 3 lett. d) della l. fall. ha natura eminentemente privatistica. La detta natura preclude inoltre la sicura operatività di meccanismi di controllo sull'esecuzione del piano, salvo che di essi vi sia menzione in sede di intesa con i creditori. Un importante accenno sui documenti informativi sull'esecuzione del piano, rappresentati dai componenti descrittivi e contabili dei bilanci di esercizio, è in AMBROSINI- AIELLO, *I Piani attestati*, cit. p. 49 e sulle intese (convenzionale, mancando al riguardo la previsione di un intervento del giudice) monitoraggio dell'esecuzione del piano, p. 51 e ss., incombente che può anche essere svolto dall'attestatore con specifici *test* di resistenza. Sempre che ove questi sia il medesimo professionista che convalidò la pregressa attestazione, non sia ormai considerato privo del requisito dell'indipendenza (così STASI, *La terzietà dell'attestatore*, in *III Fallimentarista.it*, 2012, 4).**

¹⁰ Cfr. DI MARZIO, *Le soluzioni concordate della crisi di impresa*, cit., 8 dell'estratto.

¹¹ Cfr. art. 182-*quinquies* l.fall.

¹² Ed anche per questo contesto con singolare affrancamento dalle forme: l'istanza di autorizzazione a contrarre finanziamenti potrà alludere anche ad una generica tipologia di difficoltà, non ancora oggetto di discussione con il ceto creditorio,

¹³ In questa medesima direzione si colloca pure la disciplina di affitto di azienda nel fallimento, in alternativa all'esercizio provvisorio dell'impresa. Anche in questo caso lo scopo è quello di preservare l'avviamento in prospettiva della vendita dei complessi aziendali e la medesima vendita dell'azienda, che viene indirizzata piuttosto alla cessione di organici rami di azienda e di rapporti giuridici complessivi, che non nello spezzettamento irragionevole delle potenzialità di profitto.

dell'operazione di "salvataggio" dai rischi di incriminazione assai incombenti - come insegna l'esperienza giudiziale - in questo tipo di manovre.

Un secondo profilo qualificante della riforma è l'affidamento alla volontà delle parti interessate mediante la ricerca delle intese tra debitore e creditori e con l'allontanamento dell'intervento giudiziale (e della forma processuale che tradizionalmente ha investito in passato l'istituto del fallimento)¹⁴. Scelta che ha aperto il varco al possibile abuso nell'accesso all'istituto, sia - per esempio - nel permettere al debitore di guadagnare la dilazione dell'esazione (assai ambita per gli effetti protettivi assicurati dall'art. 168 l. fall. e dotata di efficacia paralizzante per eventuali iniziative esecutive)¹⁵, ovvero nel consentire al debitore la scelta arbitraria dei creditori da soddisfare¹⁶. Rischi avvertiti dal riformatore che ha cercato un correttivo di portata generale nel rimedio (portato dall'art. 33 del D.l. 22 giugno 2012, n. 83) rappresentato dall'art. 236-*bis* l. fall. disposizione che, senza alterare lo stigma "privatistico"¹⁷ che qualifica la riforma, tende a riportare sotto controllo alcune delle prassi devianti, riscontrate soprattutto nel concordato preventivo. Presidio penale volto ad evitare possibili falsità informative (del debitore) sulla condizione economica, sottoposto al controllo non già ad opera di soggetto "terzo", bensì di un professionista privato, scelto dal medesimo interessato, pertanto di estrazione privata (e non giudiziale), ancorché modellato sul *fac-simile* del curatore¹⁸. Protagonista

¹⁴ Anche nel concordato fallimentare (disciplinato nella Sezione II del cap. VII della legge fallimentare), tracciato normativo che porta al disfacimento del patrimonio dell'imprenditore, è dato conoscere una liquidazione dell'attivo e l'appianamento (definitivo) dei debiti attraverso un accordo con il ceto creditore, nell'ambito di una intesa caratterizzata dai contenuti assai liberi (il pagamento anche parziale dei debiti, la dilazione o ristrutturazione degli stessi, la liberazione dei beni sottoposti allo spossessamento fallimentare, cessione delle attività ad un assuntore, ecc.)

¹⁵ Cfr. per es. Trib. Rovigo, 27 novembre 2013, in *www.ilcaso.it*, Massimario, sub art. 161; Trib. Cuneo, 22 novembre 2013, *ibidem*; Trib. Nocera Inf., 21 novembre 2013, *ibidem*; App. Milano, 21 febbraio 2013, ecc.

¹⁶ Trib. Pesaro, 26 luglio 2013, *ibidem*.

¹⁷ Utile al raggiungimento di siffatto risultato è anche l'esclusione di ogni paralizzante formalità per l'avvio della procedura di concordato preventivo. La riforma ha previsto una decisiva semplificazione della domanda del concordato preventivo, per cui è sufficiente il deposito dell'istanza con l'allegazione dei bilanci degli ultimi tre esercizi, così come la regola di adozione della forma camerale, sia nel giudizio conseguente all'opposizione e nelle controversie concordatarie, sia nelle vendite in fase di liquidazione.

¹⁸ Non sfugge una qualche disarmonia nel succedersi di queste "tappe" modificative. Per esempio, il (preesistente) art. 236 l. fall. - pur configurando condotte di attribuzione di attività inesistenti o di simulazione di crediti finalizzata ad alterare il risultato della votazione dei creditori, in sé potenzialmente integrative di bancarotta documentale fraudolenta, con pena detentiva decisamente più lieve - richiama, al secondo comma n. 1, la figura della bancarotta impropria (segnatamente gli art. 223 e 224, che equiparano, agli effetti penali, il decreto di ammissione alla procedura di concordato alla sentenza dichiarativa di fallimento). Cioè di una fattispecie che, pur prevedendo l'illecito inquinamento falsificatorio (lesivo dell'interesse dei creditori), commina ben più aspra sanzione.

a cui è assegnato un ruolo davvero importante, dovendo egli rendere (nel periodo anteriore al vaglio del tribunale ed alla manifestazione di volontà dei creditori) il delicato (ma decisivo) accertamento sulla idoneità e ragionevolezza della proposta solutoria. Una garanzia indefettibile per i creditori.

Il riformatore si è anche preoccupato di proteggere il patrimonio del debitore dalla logica sopraffattiva del creditore aggressivo. Pertanto, la disciplina penale intende, pur servendosi di schemi abbastanza liberi, preservare l'accordo da iniqui patteggiamenti.

La riforma è stata, nella sua gestazione, oggetto di modifiche e di rettifiche: tanto svela eloquentemente l'incertezza avvertita dal nostro legislatore in questa materia e lo sforzo volto a relegare il fallimento ad ipotesi estrema ed eccezionale (atteso anche l'esito, non entusiasmante per il ceto creditorio, della funzione liquidatoria come tratteggiata dalla legge fallimentare). Per il versante penale – che è quanto qui rileva – l'esito di questa complessa manovra riformatrice si è risolto nel parziale allentamento dell'azione punitiva, in parte (ma soltanto in parte) alleggerendo l'accentuata tradizionale (non sempre giustificabile) severità sanzionatoria per questa materia. Si sono, invero, diradati i rischi di criminalizzazione¹⁹, accedendo ad istanze sia del comparto bancario sia anche dell'ambito imprenditoriale nel suo complesso. Il legislatore ha, pertanto, eliminato dal sistema della repressione (patrimoniale e penale) le più frequenti condotte rapportabili alla ricerca dei possibili rimedi di “salvataggio”²⁰, offrendo una complessiva immunità dall'azione penale, a condizione che gli intenti del debitore risultino sinceramente risanatorie non mirati (soltanto) a finalità dilatorie (notoriamente foriere di un aggravamento della condizione finanziaria dell'impresa, senza reali potenzialità di risanamento). Anche se opinabile, la soluzione prescelta scommette che, nel complesso, siano

¹⁹ Per lo sviluppo storico della disciplina e delle difficoltà di una ragionevole soluzione normativa delle “crisi” di impresa cfr. AA.VV. (in a cura di Fauceglia) *Composizione stragiudiziale delle crisi di impresa*, Torino, 2003.

²⁰ Cfr. l'attenta ed esauriente analisi al riguardo 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*, nell'ambito del Convegno *La procedura pre-fallimentare ed i reati fallimentari. Problematiche vecchie e nuove*, organizzato dall'Ufficio Referenti per la formazione decentrata dei magistrati del distretto di Milano il 23 gennaio 2012, che sottolinea la mera connotazione generica del dolo che deve sorreggere l'autore di condotte di bancarotta (cfr. per es. Cass., Sez. V, 22 aprile 2004, B., in *Mass. Uff.*, n. 228905), contrapposta a quella, più rigorosa (che chi scrive ritiene più esatta), delle decisioni secondo cui «il giudice deve dare rigorosa dimostrazione del sufficiente contenuto rappresentativo dell'elemento psicologico, focalizzato sul concreto rischio di insolvenza, anche se non qualificato da una specifica volontà di cagionare danno ai creditori dell'imprenditore» (Id., Sez. V, 27 ottobre 2006, T., *ivi*, n. 235766; Id., Sez. V, 23 marzo 2011, PG. in proc. B., *ivi*, n. 250108). Si vedano pure le interessanti (e non concordanti con quelle del testo) osservazioni di LOTTINI, *Il nuovo art. 217-bis: una riforma che tradisce le aspettative*, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2010, 12, 1375.

maggiori i benefici discendenti dall'“esenzione” rispetto ai costi dell'azione penale e concorsuale (onerosi per la collettività) e che, tutto sommato, l'incremento di fortunosi “salvataggi” di organismi economici sia una finalità per nulla trascurabile, soprattutto in tempo di lesina al finanziamento²¹. È anche questo il risvolto della “privatizzazione della crisi”²².

Per raggiungere gli obiettivi a cui si è accennato il legislatore ha escogitato un ventaglio, davvero variegato, di soluzioni a disposizione dell'impresa in crisi, agendo su leve dotate di differente efficacia: dall'esenzione dall'azione della revocazione fallimentare all'intesa tra i creditori, vincolante per tutta la massa passiva, ed ha diversificato le soluzioni della crisi di impresa, mediante l'indicazione - accanto al concordato preventivo - di ulteriori percorsi offerti al debitore: il «piano di risanamento» contemplato dall'art. 67 co. 3 e l'«accordo di ristrutturazione dei debiti»²³ introdotto dall'art. 182-bis, procedure che si qualificano per la libertà concessa all'imprenditore nella ricerca della più confacente sistemazione economica e che furono il frutto della felice novazione portata dal primo intervento riformatore, il già ricordato d.l. n. 35 del 2005²⁴.

D'altra parte ha sollecitato l'imprenditore in crisi a denunciare le proprie difficoltà, prima che il loro protrarsi possano pregiudicare definitivamente le possibilità di continuità gestoria²⁵.

L'iniziativa riformista - invocata da parte della dottrina²⁶ - è stata salutata con benevolenza dalla gran parte degli studiosi e, soprattutto, ha goduto dei favori immediati dei naturali destinatari, per la sua maneggevolezza, per lo svinco-

²¹ Di conseguenza, non può sfuggire che anche il riformato art. 218 co. 1 l. fall., con l'inciso «anche al di fuori dei casi di cui agli articoli precedenti» ha fornito un diretto collegamento con le figure della bancarotta preferenziale e semplice, tale da richiamare direttamente il suo ruolo nel reato fallimentare.

²² Su cui v. diffusamente DI MARZIO-MACARIO, *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, Milano, 2010, *passim*; RONDINONE, *Il mito della conservazione dell'impresa in crisi e le ragioni della “commercialità”*, Milano, 2012, *passim*; PELLEGRINELLI, “Privatizzazione” delle procedure concorsuali e ruolo delle banche, in *Banca borsa tit. cred.*, 2006, 4, 1, 359 ss.

²³ La nozione di «ristrutturazione» è fornita da INZITARI, in *Gli accordi di ristrutturazione ex art. 182bis l. fall.: natura, profili funzionali e limiti dell'opposizione degli estranei e dei terzi*, in *www.il caso.it*, nel senso di «una attività di complessiva riorganizzazione dei rapporti obbligatori e contrattuali dell'impresa, non riducibile a singoli rapporti, ma relativa all'intero coacervo di rapporti in corso». L'illustre A. desume da tanto che «il contenuto e l'articolazione delle prestazioni dell'accordo di ristrutturazione può considerarsi del tutto atipico ed interamente lasciato alla autonomia negoziale dei contraenti».

²⁴ Ed è aumentata anche la libertà delle parti nella modalità e nei contenuti della proposta di concordato preventivo, situazione giustificabile con la natura negoziale che ha oggi assunto l'istituto concordatario. Sul punto v. Cass., Sez. un., 23 gennaio 2013, Idrraulica Sud Sas (*Paduano*) contro Fall. Idrraulica Sud Sas di Ruongo ed altro, in *Mass. Uff.*, n. 624793.

²⁵ Cfr. PANZANI-FAUCEGLIA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Wolters Kluwer, 2009, 1575.

²⁶ Cfr. *ex multis* AMBROSINI, *Appunti flash per una “miniriforma” del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *www.il caso.it*.

lamento da tipologie rigide, per le diverse opzioni offerte dalla nuova disciplina.

2. L'esito dell'intervento novativo ed il quadro penale dei reati risultante dalla modifica del sistema.

Il risultato dell'operazione innovativa è stato, nel complesso, un deciso allontanamento dal modello tracciato da R.D. 16 marzo 1942, n. 267.

Si osservi, invero, che:

- a) formalmente diversa è la premessa sottesa all'avvio delle nuove procedure (quantomeno delle più importanti, il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti): non più l'insolvenza, ma la mera difficoltà economica, denominata quale "*stato di crisi*", che è nozione (all'apparenza) difforme (ed assai più controvertibile) rispetto all'insolvenza dell'impresa²⁷. Mentre quest'ultima trova esplicita definizione nell'art. 5 l. fall., più elastico è il confine della prima situazione.

Vero che l'art. 160 uc. l. fall. ha pragmaticamente disposto una testuale equiparazione delle due situazioni²⁸. Vero anche che indubbiamente la situazione a cui allude l'art. 160 l. fall. è più variegata della vera e propria insolvenza. Tuttavia, l'interpretazione "autentica" offerta dall'art. 160 l. fall. agisce più sugli effetti che sulla sostanza delle due situazioni, i cui contorni restano oggettivamente incerti.

In ogni caso la disposizione ha certamente allargato la platea di quanti sono legittimati ad adire questa procedura, tesa al superamento dell'«affanno finanziario» (per usare un'espressione propria della giurisprudenza)²⁹. Ed ha nei fatti (e nella prassi giudiziale) incontrovertibilmente sovvertito una caratteristica peculiare del previgente sistema per cui l'insolvenza doverosamente imponeva (anche a mezzo del

²⁷ In via empirica, lo stato di crisi allude ad una situazione di stallo dell'impresa cagionata da fattori transenti o non pertinenti alla sua gestione, mentre l'insolvenza si caratterizza per una spiccata irrimediabilità dell'*impasse*. L'oggetto del presente scritto non consente la più approfondita analisi di queste procedure. Di certo esse si caratterizzano per un forte affidamento alla lealtà informativa del debitore e, conseguentemente, alla rilevanza della verifica affidata all'esperto attestatore.

²⁸ Circostanza che consente di ritenere, nel silenzio dell'art. 160 l. fall., che il soggetto legittimato all'istanza ed alla ammissione al concordato preventivo sia l'"imprenditore" commerciale, individuale o collettivo, non piccolo, il soggetto - cioè - descritto dall'art. 1 della legge fallimentare, a proposito del fallimento. Così, tra i molti, QUATRARO, *Riforma del fallimento. Concordato preventivo*, in *Guida dir.*, 2006, suppl. 5, 84. In giurisprudenza si ritiene che la società sia soggetto sempre legittimato, a prescindere dall'effettivo esercizio di attività commerciale (cfr. per es. Cass., Sez. I, 28 aprile 2005, Mazzocchetti c. Curatela Fall. Alcesud Mazzocchetti ed altro, in *Mass. Uff.*, n. 581245).

²⁹ Cfr. Trib. Siracusa, 2 maggio 2012, in *Dir. fallim.*, 2013, II, 386.

precetto penale gravante sul debitore nel caso di indugio) la liquidazione fallimentare, qualunque fosse il grado di gravità dell'*impasse*.

Che si tratti di una alterazione di effetti, e non di sostanza identificativa, si apprende dalla giurisprudenza quando afferma³⁰ «la ontologica identità tra stato d'insolvenza e stato di momentanea difficoltà dell'impresa, che si differenziano tra loro soltanto in relazione alla possibilità di una prognosi, positiva o meno, circa lo sviluppo della crisi ove al debitore venga concessa una moratoria»³¹.

È importante segnalare che, in ambito penale, si determina un effetto direttamente discendente dalla riforma: l'estensione del periodo di insolvenza/crisi si riflette quale notevole anticipazione della procedura concordataria rispetto a quella fallimentare. Poiché la disciplina sanzionatoria del concordato preventivo si modella sulle regole della bancarotta, non può sfuggire che, per esempio, è condotta che integra l'ipotesi delittuosa della bancarotta semplice l'aggravamento del dissesto per indugio ingiustificabile nella richiesta di ammissione alla procedura in discorso³² (art. 217 co. 1 n. 3 e 4 l. fall., art. 224 l. fall. con il suo rinvio all'art. 217 l. fall. nel caso di bancarotta "impropria").

b) Per queste nuove procedure non vi è più impulso d'ufficio³³, bensì ini-

³⁰ Cfr. sul punto Cass., Sez. I, 28 febbraio 2000, Di Marzo c. Banco Napoli, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2001, 255.

³¹ Proprio la difformità intercorrente tra le due procedure non consente di ritenere sempre conseguente la sentenza di fallimento ove sia dichiarata inammissibile la proposta concordataria. Invece si ritiene doveroso il rinvio alla disciplina dell'art. 162 l. fall., per cui il tribunale - anche in questo caso - può dichiarare il fallimento, soltanto dopo avere vagliato l'inesistenza delle condizioni previste dagli art. 160 e 161 l. fall. Anzi, secondo Trib. Gorizia, 9 novembre 2012, Soc. Tecnoil Valve, in *Foro it.*, 2013, I, 1536, con nota di COSTANTINO e di FABLANI, il fallimento non può essere pronunciato senza che venga preventivamente accertato se sussistano o meno le condizioni di ammissibilità della procedura concordataria. Affermano in dottrina la diversità essenziale tra l'insolvenza e lo stato di crisi, tra gli altri, JORIO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, a cura di Jorio e Fabiani, Bologna, 2007, 57; NARDECCHIA, *Crisi di impresa, autonomia privata e controllo giurisdizionale*, Milano, 2007, 32; PANZANI, *Il decreto correttivo della riforma delle procedure concorsuali*, in *Fallimento on line*, 2007, 3; ricercano la giustificazione dell'operazione normativa BONFATTI-CENSONI, *Le disposizioni correttive ed integrative della riforma della legge fallimentare*, in *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2008, 99. Sul concetto di crisi, BOZZA, *Le condizioni soggettive ed oggettive del nuovo concordato*, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2005, 953; GIULIANO, *Nuovo concordato preventivo: si parte dallo stato di crisi*, in *Dir. e prat. soc.*, 2005, 13, 24. Nella dottrina commercialistica, GUATRI, *Crisi e risanamento d'impresa*, Milano, 1986, ecc.

³² Cfr. anche le osservazioni di Trib. Terni, 26 febbraio 2013, in *www.ilcaso.it*.

³³ Si osservi che la riforma ha lasciato inalterato il potere d'avvio della procedura fallimentare (anche) in mano al pubblico ministero, destinatario della relativa comunicazione, mentre tanto non è stato previsto per le diverse procedure di soluzione della crisi d'impresa il cui sviluppo è interamente ascritto ai soggetti privati interessati. Ovviamente rimane di competenza del pubblico ministero la richiesta di revoca del concordato (art. 173 l. fall.) o l'istanza di dichiarazione di inammissibilità della domanda del debito-

ziativa delle parti interessate (tra cui anche il curatore di procedura connessa), azione che articola l'intero tracciato, sotto l'egida dell'accordo con i creditori. L'art. 161 accenna alla sola istanza del privato, senza menzionare la legittimazione del pubblico ministero: invero, è logico che l'organo pubblico non abbia un diretto interesse ad una soluzione negoziale e che, nella sua visuale, la difficoltà di gestione sia considerata più sotto il profilo dell'insolvenza, che nell'ottica di un difficoltà passeggera e redimibile. Ma, soprattutto, ai sensi dell'art. 69 c.p.c. il pubblico ministero esercita l'azione civile nei casi stabiliti dalla legge: ove quest'ultima tace, non è possibile ipotizzare una facoltà che, invece, per il caso del fallimento viene presentata dall'art. 7 l. fall. come doverosa ed inderogabile (anche mediante l'uso del tempo indicativo «presenta», locuzione che non lascia adito ad eccezioni, ovviamente per le sole ipotesi segnalate, quali, fuga, irreperibilità, trafugamento dell'attivo)³⁴. Pertanto, l'organo pubblico è legittimato non già all'istanza concordataria, ma a quella fallimentare quando, per esempio, nel corso dell'istruttoria conseguente alla domanda del privato/debitore emergano fatti di frode ai creditori (circostanza che, verosimilmente, imporrà l'avvio dell'azione penale ex art. 238 co. 2 l. fall. e l'adozione di provvedimenti cautelari reali per evitare possibili manomissioni patrimoniali ad opera anche di terzi). Dunque, non un pubblico ministero disinteressato bensì, ancorché non necessariamente partecipe, informato dello sviluppo della vicenda concorsuale concordataria, come può desumersi dall'obbligo di immediata comunicazione al pubblico ministero ad opera dell'istante della domanda (art. 161, co. 5, l. fall.) e l'interlocuzione sulla relativa ammissibilità (nei casi di cui all'art. 161, co. 6 e 162 l. fall.)³⁵ dell'organo pubblico. Presenza incombente sino al termine della procedura, considerando la possibilità di istanza di revoca del concordato (art. 173, co. 2, l. fall.) per l'assenza dei suoi presupposti. Tenendo presente, infine, che il rigetto della domanda del debitore conduce (già si è detto: previa verifi-

re, a cui può (non necessariamente deve) conseguire il fallimento (art. 162, 180 l. fall.)

³⁴ Il pubblico ministero dispone, inoltre, del potere di impugnazione avverso il rigetto della sua domanda, cfr. tra gli altri, PACILEO, *Pubblico ministero: ruolo e funzioni nel processo penale e civile*, Utet, 2011, 293 ss., CAVALLI, *La riforma della legge fallimentare: profili della nuova disciplina*, a cura di Ambrosini, Bologna, 2006; FILIPPI, *il Commento all'art. 7*, in *La legge fallimentare*, a cura di Ferro, Padova, 2011.

³⁵ Obbligo di informazione che viene escluso da ORSI, *Il ruolo del p.m. nella fase prefallimentare e la sua legittimazione alla richiesta dei provvedimenti cautelari o conservativi ex art. 15, co. 8, l. fall.*, in www.Ilfallimentarista.it.

ca da parte del giudice «dei presupposti di cui agli articoli 1 e 5», art. 180, ult. co., l. fall.) al fallimento, previa istanza del pubblico ministero (o del creditore).

Come giustamente osservato³⁶, la rilevanza dell'intervento dell'organo pubblico si apprezza, ancora, allorquando si consideri che ad esso è riservata la prima disamina della relazione del professionista, unico documento che segue la domanda di concordato (art. 161 co. 3 l. fall.)³⁷ e che, anche in questa fase, è consentito il contraddittorio tra le parti, in cui ciascuna (pertanto anche il pubblico ministero) è legittimata alla produzione di atti e memorie.

- c) la soluzione della crisi ha di regola perso il carattere di definitività per il debitore: viene eliminato lo spossessamento patrimoniale ed, al suo posto, si dà ingresso all'accordo negoziale tra le parti per la ricerca dei rimedi alla difficoltà gestoria³⁸;
- d) per il versante penale, poiché l'art. 236, co. 2, n. 1, l. fall. richiama le sole ipotesi criminose dettate dagli art. 223, 224 l. fall. ed omette rinvio all'art. 216 e 217 l. fall. Dunque, la lettura del tessuto normativo accerta l'abbandono della persecuzione penale, nel contesto del concordato preventivo, di ipotesi punitive collegabili alla cd. bancarotta "propria". Mentre la lista delle fattispecie penali deve integrarsi, per il

³⁶ ORSI, *Il ruolo del p.m. nella fase prefallimentare e la sua legittimazione alla richiesta dei provvedimenti cautelari o conservativi ex art. 15, co. 8, l. fall.*, cit., il quale riporta anche il decreto 28 ottobre 2011 del Tribunale di Milano per cui «Il pubblico ministero, in quanto parte del procedimento concordatario ai sensi dell'articolo 161, ultimo comma, legge fallimentare, ha piena facoltà di contraddire sulla domanda di concordato preventivo, soprattutto nel caso in cui detto organo si sia fatto promotore, ai sensi dell'articolo 7, legge fallimentare, della richiesta di fallimento o della dichiarazione di insolvenza».

³⁷ Orsi, *Il ruolo del p.m. nella fase prefallimentare e la sua legittimazione alla richiesta dei provvedimenti cautelari o conservativi ex art. 15, co. 8, l. fall.*, cit., si domanda quale sia il rilievo penale di eventuali falsità insiste nella istanza del debitore o nella relazione del professionista: a parere di chi scrive, l'art. 236 l. fall. qualifica come delittuosa l'azione dell'imprenditore il quale, spinto dal 'solo scopo' di essere ammesso alla procedura concordataria abbia simulato l'esistenza di crediti, in realtà inesistenti. Un reato a dolo intenzionale (e non "specifico", cfr. GHIA-PICCININNI-SEVERINI, *I reati nelle procedure concorsuali. Gli adempimenti fiscali, in trattato delle procedure concorsuali*, Torino, 2012, 339 ss.) ascrivibile al debitore e, salva la prova di una consapevole compartecipazione del professionista, anche a quest'ultimo. Ovviamente l'elemento soggettivo richiesto da questa ipotesi punitiva esclude penale responsabilità per eventuali errori ovvero per il caso di finalità difformi dalla ricerca di ammissione al concordato. Di scuola è la prospettazione di una volontaria e consapevole artefazione della documentazione prodotta dal pubblico ministero: chiaramente in questo caso vige la fattispecie di cui agli art. 476, 479 c.p.

³⁸ Su questi ultimi profili cfr. DI MARZIO, *Le soluzioni concordate della crisi di impresa*, in *www.ilcaso.it*, il quale sottolinea come la normativa della legge fallimentare disciplinava soltanto "il diritto delle procedure concorsuali" trascurando le intese dirette a risolvere la difficoltà dell'impresa, incombente affidato esclusivamente alla mano pubblica con la concreta probabilità dell'espulsione dell'organismo dal mercato.

solo concordato preventivo, con la menzione del reato (di falsità ideologica) ascrivibile al redattore dell'istanza di ammissione alla procedura, consistente nell'attribuzione al debitore istante di attività inesistenti ovvero nella loro simulazione a suo favore all'(unico) scopo di influire sulla formazione delle maggioranze. Le altre procedure o le diverse intese con i creditori sono esclusivamente riconducibili alla previsione incriminatrice dell'art. 236-*bis* l. fall., che ascrive la penale responsabilità non già all'imprenditore/debitore, bensì al professionista «attestatore» (da quegli nominato)³⁹.

3. Il cd. “pre-concordato”

Tra le varie opzioni rese disponibili dalla riforma della legge fallimentare maggiore frequenza applicativa ha riscontrato il cd. “pre-concordato” (o “domanda di concordato anticipata”⁴⁰, ovvero “concordato in bianco” o “concordato con riserva”), di cui all'art. 161 co. 6 e ss. l. fall.

Si tratta di una innovativa disciplina⁴¹ che, pur attenendo agli effetti interinali, può considerarsi vera e propria procedura concorsuale, protesa alla protezione del patrimonio del debitore successivamente al deposito della domanda di concordato e destinata a prevenire il peggioramento nel tempo della sua situazione⁴². La norma prevede che l'imprenditore possa avanzare il ricorso di concordato, con riserva di presentare la proposta di concordato preventivo, nonché il relativo piano e l'ulteriore documentazione stabilita dalla legge, nei termini, compresi tra i 60 e i 120 giorni, prorogabili di altri 60 (secondo l'indicazione del tribunale). Nello stesso termine l'imprenditore può presentare il ricorso per l'omologa di accordo di ristrutturazione ai sensi dell'art. 182-

³⁹ Secondo la prevalente opinione, cfr. AMBROSINI/AIELLO, *I piani attestati di risanamento: questioni interpretative e profili applicativi*, in www.ilcaso.it, p. 3 n. 1. L'attestatore, si osserva, può essere nominato pure nel contesto di un fallimento individuale e, quindi, può essere chiamato a vagliare relazione foriera di ipotesi di “*bancarotta propria*” cioè, alla sola ipotesi descritta dal co. 1 dell'art. 236 l. fall. (che, come già osservato, contempla la sola ipotesi di attribuzione di attività inesistenti o la simulazione di crediti inesistenti).

Il quale, si osserva, può essere nominato pure nel contesto di un fallimento individuale e, quindi, può essere chiamato a vagliare la relazione foriera di ipotesi di “*bancarotta propria*” cioè, all'ipotesi descritta dal co. 1 dell'art. 236 l. fall. (che, come già osservato, contempla la sola condotta di attribuzione di attività inesistenti o la simulazione di crediti inesistenti).

⁴⁰ Secondo la denominazione della relazione al D.l. n. 83 del 2012.

⁴¹ Introdotta dal D.l. 22 giugno 2012, n. 83, cosiddetto “Decreto Sviluppo”.

⁴² Rimedio che viene previsto non soltanto per l'ipotesi di continuità della gestione dell'impresa, ma - irragionevolmente - anche per concordati di natura liquidatoria per i quali le leve assicurate al debitore appaiono inutili o meramente dilatorie (cfr. LAMANNA, *Il cd. decreto sviluppo: primo commento sulle novità in materia concorsuale*, in www.illfallimentarista.it).

bis l. fall.

In questo lasso di tempo, che prende avvio dalla pubblicazione (**su base volontaria ed effettuata** a cura del cancelliere, art. 166 l. fall.) nel Registro delle imprese della domanda ritualmente depositata, si permette al soggetto interessato un sufficiente periodo per l'elaborazione del piano di risanamento o di accordo con i creditori, senza l'assillo delle iniziative ostili dei creditori ed anche fruendo dell'inefficacia (per 90 giorni) delle eventuali ipoteche giudiziali già iscritte sui suoi beni. Lasso temporale in cui la gestione patrimoniale è consegnata alle sole mani del debitore, ancorché sotto la vigilanza del commissario.

Il dovere primario dell'imprenditore è l'idonea e puntuale informazione ai terzi. Invero, il difetto di informazione da parte dell'istante determina la sanzione (civilistica) dell'inammissibilità della domanda, per la carenza dei presupposti, esito che è dichiarato dal tribunale mediante decreto non soggetto a reclamo (art.162 comma 2 l. fall.)⁴³.

Il procedimento si snoda senza possibilità di deroga da parte del giudice, al quale non è concessa possibilità di diniego della domanda (salvo il caso, di cui *infra*, di recidiva del debitore).

Dal testo della Relazione che accompagna la riforma traspare la necessaria cautela che deve contrassegnare la proposta del debitore al fine di evitare accessi strumentali (di qui - in tempi ristretti - la serrata vigilanza, demandata al tribunale, sulla ammissibilità della domanda), accortezza che, allo stesso tempo, deve accompagnarsi con l'urgenza dettata dal fine di impedire il protrarsi di una situazione pregiudizievole per la consistenza patrimoniale dell'istante⁴⁴. Il commissario giudiziale ed il tribunale (a cui è delegata ampia ed articolata potestà istruttoria, doverosamente in contraddittorio con le parti interessate, quando si prospetti la possibile dichiarazione di inammissibilità, cfr. art. 161, co. 8, l. fall.) sono in grado di esperire un'attività di costante controllo e riferi-

⁴³ I benefici protettivi offerti dalla procedura decadono al momento della dichiarazione di inammissibilità con effetto *ex tunc*. È però previsto mezzo impugnatorio (reclamo) contro la sentenza dichiarativa di fallimento anche con riguardo alla censura sul giudizio di inammissibilità della istanza concordataria, cfr. art.162 co. 3. Si aggiunge che, a mente dell'art. 69-*bis*, co. 2, l. fall., la pubblicazione della domanda di concordato nel registro delle imprese, determina la decorrenza dei termini stabiliti dagli art. 64 (atti a titolo gratuito), 65 (efficacia dei pagamenti), 67, co. 1 e 2 (atti suscettibili di revocatoria), 69 (atti compiuti da coniugi) l. fall.

⁴⁴ Dalla Relazione illustrativa si desume l'intenzione di «migliorare l'efficienza dei procedimenti di composizione delle crisi d'impresa disciplinati dalla legge fallimentare, superando le criticità emerse in sede applicativa e promuovendo l'emersione anticipata della difficoltà di adempimento dell'imprenditore (...) l'opzione di fondo che orienta l'intervento è quella di incentivare l'impresa a denunciare per tempo la propria situazione di crisi, piuttosto che quella di assoggettarla a misure di controllo esterno che la rilevino».

re o accertare eventuali atti di frode, quali enunciati dall'art. 173 l. fall., circostanza che comporta - in una con la riscontrata assenza di uno dei requisiti richiesti dall'ordinamento - la dichiarazione di inammissibilità della proposta (ma non più, come nel previgente sistema, la dichiarazione obbligatoria di insolvenza, la quale può essere dichiarata soltanto nel caso di accertata ricorrenza della grave situazione di impotenza solutoria e non già di crisi, art. 180, ult. co., l. fall.).

Corrispondentemente è fatto obbligo al debitore istante di fornire adeguata informativa in risposta a possibili interpellanti (documento destinato alla pubblicazione nel registro delle imprese). Si ripete che la violazione al dovere di completezza o di verità determina - sul piano civilistico - la dichiarazione di inammissibilità⁴⁵ e, nel caso in cui questi sia società commerciale, può profilarsi a carico dei relativi organi, direttivi o di controllo, la responsabilità ex art. 2621, 2622 c.c. per omessa comunicazione di informazioni rilevanti.

4. Il nuovo concordato preventivo

Primeggia tra i rimedi innervati da speranza risanatoria, proposti dalla riforma, la nuova versione del concordato preventivo⁴⁶, fortemente discosta dal passato. Si diceva un tempo che il concordato preventivo risolveva i problemi dell'imprenditore sfortunato ed incolpevole, alludendo, quindi, alla crisi di impresa come *colpa* del suo gestore. Questa accentuazione di disvalore - in una logica che potremmo definire "calvinista" - oggi è stata sicuramente rimossa dal tessuto normativo⁴⁷.

Invece, questa procedura conserva preziosi *atout* concessi al debitore: resta

⁴⁵ È pure ipotizzato dall'art. 161, co. 9, l. fall. un caso di recidiva specifica - con automatica sanzione di inammissibilità dell'istanza - quando il debitore abbia già presentato analoga domanda nei due anni antecedenti, senza avere conseguito l'ammissione alla procedura concordataria o l'omologazione della medesima.

⁴⁶ Istituto fu originariamente introdotto dalla l. 24 maggio 1903, n.197, che abrogò il pregresso istituto della "moratoria", di cui agli art. 819 e 820 dell'allora vigente codice di commercio.

⁴⁷ È indubbio che la primitiva disciplina del concordato supponesse un giudizio di forte impronta morale, essendo delegato al tribunale (non anche ai creditori, a cui era rimessa la valutazione soltanto sulla convenienza della proposta) il giudizio sulla meritevolezza dell'imprenditore caduto in crisi per aspirare a quello che era ritenuto, a fronte della dichiarazione di fallimento. Si trattava di una condizione essenziale per vedersi ammesso al concordato (per es. era situazione ostativa che il debitore avesse serbato contabilità irregolare, che già fosse stato condannato per il reato di bancarotta o di altri delitti contro la fede pubblica o contro il patrimonio, ecc.) Cfr. PANZANI-PACCHI-COPPOLA-MASINI, *Il nuovo concordato preventivo: dallo stato di crisi agli accordi di ristrutturazione*, Milano, 2008, 18 ss. Anche se, in epoca più recente, la Cassazione aveva precisato che occorre dar rilievo «all'aspetto etico soltanto nella misura in cui crei un ragionevole dubbio sull'adempimento delle obbligazioni concordatarie» (Cass., Sez. I, 23 maggio 2008, Pomponio c. Commissario Giudiziale Procedimento Conc. ed altro, in *Mass. Uff.*, n. 603907).

invariato - nella garanzia della perequazione della condizione dei creditori - l'essenziale beneficio (previsto dall'art. 168 l. fall.) del divieto imposto al creditore dell'esperimento di ogni azione esecutiva o cautelare (ovviamente promossa in ragione del rapporto in discorso). Si aggiunga che il debitore è autorizzato ad omettere il pagamento delle pretese avanzate anteriormente alla proposta concordataria omologata (art. 184 l. fall.).

Il richiamo al termine "concordato" evoca la base pattizia dell'istituto articolato sul consenso delle parti interessate. La sua qualifica di soluzione "preventiva" rende nota la funzione di segnalare l'insorgere della crisi, così da prevenire l'aggravamento della difficoltà a cui conseguirebbe maggiore pregiudizio per i creditori.

Il concordato preventivo comprende in sé una serie di disparate soluzioni concorsuali, apparentate dalla semplificazione e da una mirata efficacia risanatoria. Così è dato annoverare, per esempio, il "concordato in bianco" (o "con riserva"), che è rappresentato praticamente dalla sola domanda di accesso alla procedura, a cui deve seguire il piano di riassetto delle pendenze finanziarie nel volgere di 60-120 giorni (con facoltà di richiedere in quel termine l'omologa della limitrofa procedura *ex art. 182-bis l. fall.*)⁴⁸. Ovvero il concordato "con continuità aziendale" (di cui è resa apposita normativa) allorché il piano proposto preveda la prosecuzione dell'attività d'impresa da parte del debitore.

È concessa l'opportunità al debitore di cedere o di conferire l'azienda ad altre società (esistenti o appositamente costituite) e di sospendere i pagamenti verso i creditori privilegiati, per la durata di un anno dall'omologazione⁴⁹.

Il concordato preventivo permette al debitore la facoltà di effettuare - grazie all'esenzione disposta dal nuovo art. 217-*bis l. fall.* - pagamenti per crediti anteriori, con evidente violazione della *par condicio creditorum*, purché la soluzione appaia ragionevole ai sensi dell'art. 160, co. 2, l. fall. ed, ove occorra, previa attestazione del professionista *ad hoc* incaricato, quando essa non ecceda l'afflusso di nuove risorse.

L'ammissione alla procedura segue alla domanda del debitore (denominata dall'art. 160, co. 1, l. fall. «proposta») ed è disposta con decreto.

5. I rapporti tra il concordato preventivo ed il fallimento

Concordato preventivo e fallimento sono due procedure autonome e tra loro

⁴⁸ La disciplina del concordato "in bianco", a fronte di accessi ritenuti abusivi, è stata rivista dall'art. 82 D.L. 21 giugno 2013 n. 82 (cd. "Del fare"), come convertito in Legge.

⁴⁹ Salvo che si prevista la liquidazione dei cespiti su cui grava la garanzia o la causa di prelazione.

astrattamente indipendenti. Vero che l'impossibilità di praticare la via concordataria può portare alla dichiarazione di fallimento, ma non è lecito ravvisare tra detti percorsi un rapporto di assorbimento, non essendovi automatismo nello sviluppo che dalla prima procedura giunge alla seconda.

Proprio per detto motivo la giurisprudenza esclude che possa darsi luogo al fenomeno della "consecuzione" dei due riti, ipotizzabile soltanto alla - non ricorrente - condizione dell'unitarietà delle procedure.

Unica comunanza, ma non qualificante a questi effetti, è la situazione di difficoltà dell'impresa⁵⁰.

L'osservazione si palesa di pratico rilievo poiché - per esempio - nel caso in cui si manifesti una radicale insolvenza successivamente alla crisi, è da escludersi che il computo del decorso prescrizione possa farsi decorrere dalla data del decreto di accoglimento della domanda di ammissione al concordato preventivo.

Ma non solo. Le difformità correnti tra le due soluzioni previste dalla legge fallimentare attestano ancor più la rispettiva autonomia. Infatti:

- a) si pensi alla diversa qualificazione della situazione che dà loro origine (crisi/insolvenza): se alla nozione di "crisi" si collegasse uno stato di difficoltà economica analogo a quella di insolvenza, si consentirebbe un «ampliamento del presupposto operativo del concordato preventivo (...) con corrispondente dilatazione applicativa dell'art. 236 cpv. l. fall.»⁵¹. Immediato è il rischio di interpretazione del testo normativo in chiave di inammissibile analogia *in malam partem*⁵²;
- b) nell'ipotesi di concordato preventivo permane il possesso della gestione in capo al debitore, a differenza che nel caso di fallimento⁵³, circostanza non trascurabile agli occhi del debitore/istante;
- c) diverso è il tipo di provvedimento giudiziale che contrassegna le due situazioni (decreto/sentenza), anche in ragione della certa definitività della soluzione maggiore, che stabilisce un punto di certa irredimibilità;
- d) per un aspetto squisitamente penalistico:

⁵⁰ Cfr. Cass., Sez. V, 12 marzo 2014, C., in *Mass. UII*, n. 260220 (in motivazione); Id., Sez. 5, 30 giugno 2011, S., *ivi*, n. 250588.

⁵¹ Così GIUNTA-SCARCELLA, *Riflessi penali della nuova disciplina del fallimento e delle procedure concorsuali*, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di Nigro, Sandulli, II, Torino 2006, 1222.

⁵² BRICCHETTI-MUCCIARELLI-SANDRELLI, *Il nuovo diritto fallimentare*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Roma, 2012, 2745.

⁵³ Più esattamente: l'art. 161 comma 7 l. fall. autorizza il debitore a compiere atti di ordinaria amministrazione, mentre eventuali atti di straordinaria amministrazione possono essere compiuti solo se urgenti e previa autorizzazione da parte del tribunale (non essendovi ancora la nomina di giudice delegato), in grado di acquisire sommarie ed opportune informazioni.

d¹) relativamente al concordato preventivo vige una distinta configurazione degli illeciti previsti per ciascuna delle due procedure: da un lato (concordato preventivo) gli art. 217-*bis*, 236 e 236 *bis* l. fall. e, d'altro canto (fallimento), gli art. 216-223 l. fall. Osservazione che non si ferma alla difforme previsione punitiva, ma che considera pure il contenuto della fattispecie, più ristretta nel caso del rito concordatario (invero tralascia l'ipotesi della bancarotta propria e, per l'imprenditore individuale, si riduce al comma 1 dell'art. 236 l. fall.), mentre l'art. 236, co. 2, n. 1, l. fall. presenta un'elencazione più estesa;

d²) la sostanziale diversità di disciplina sottesa dalle norme che ancorano la sanzione penale alla condotta concorsuale: per il concordato preventivo, l'art. 236, co. 1, l. fall. punisce la scorrettezza dell'informazione fornita dal debitore sulla sua situazione, chiaramente in ragione della compiutezza descrittiva del terreno su cui può addivenire l'accordo con i creditori⁵⁴ (è, dunque, all'esecuzione degli obblighi assunti da valutarsi in funzione dell'esito della possibile liquidazione, anche parziale, che deve mirare la protezione⁵⁵), mentre la bancarotta fraudolenta conosce una ben più ampia serie di comportamenti lesivi dell'integrità patrimoniale dell'asse concorsuale (art. 216, co. 1, n. 1, 223 l. fall.) o delle potenzialità informative (art. 216, co. 2, 223 l. fall., 2621-2622 c.c., 223 l. fall.) Due diverse modalità di offesa pregiudizievoli per le ragioni creditorie.

6. Il ruolo dell'“attestatore” nelle procedure relative alla crisi di impresa

A bilanciare l'espansione dell'iniziativa privata (affrancata da ogni formalismo giudiziale) assegnata dalla riforma al concordato preventivo (ed annessi), il legislatore ha previsto il controllo di un esperto, di nomina pur essa privata, ma ivi collocato in funzione di garanzia per il rispetto dei complessivi interessi in gioco: l'“attestatore”. A questi è conferito il compito di vagliare l'effettiva

⁵⁴ In altre parole, per l'ipotesi concordataria l'interesse protetto attiene, come è logico, alla lealtà che conforma la proposta del debitore, la quale può modularsi sulla ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti, ma anche mediante operazioni straordinarie, da articolare e su cui deve cadere l'assenso dei creditori. Libertà di manovra a cui deve far riscontro la massima chiarezza. Spiega acutamente la giurisprudenza «giacché la norma mira a soddisfare esigenze di carattere pubblicistico ed a garantire sia la correttezza delle informazioni fornite ai creditori sia della condotta tenuta dall'imprenditore in esecuzione del piano, nonché ad evitare un uso distorto ed egoistico della procedura concorsuale, assicurando che siano represses e sanzionate condotte fraudolentemente lesive dell'interesse dei creditori» (Trib. Milano, II° Sez. civile, 25 ottobre 2007, in [www.ilcaso.it-massimario legge fall. sub art. 173](http://www.ilcaso.it-massimario-legge-fall-sub-art-173) : *la rivista ha cancellato il nome della parte*).

⁵⁵ Cfr. LA MONICA, *I reati fallimentari*, II, Milano, 1999, 583. Ovvero, per l'irragionevole e più rigoroso trattamento previsto per l'instutore.

esistenza delle condizioni (giuridiche ed economiche) che consentono l'ammissione alla procedura concordataria. Questi è, dunque, soggetto assimilabile ad un revisore contabile, nell'interesse specifico dei creditori, esposto all'inevitabile rischio penale, dovendo svolgere un'opera pronostica (in delicata temperie economica), suscettibile di venire radicalmente smentita dagli eventi successivi⁵⁶.

La Corte di cassazione è intervenuta in questo ambito ed ha fornito la chiave di lettura dei rispettivi compiti assegnati con la riforma ai diversi partecipi della presente procedura, restringendo assai il compito del giudice e, per converso, estendendo quello dell'attestatore, conseguentemente accentuando gli estremi della sua responsabilità nello svolgimento del proprio mandato (grazie anche alla caratura professionale di quest'ultimo).

In particolare la S.C. ha affermato: «Nella valutazione delle condizioni prescritte per l'ammissibilità del concordato preventivo, qualunque sia la sede in cui avvenga (ammissione *ex art.* 162, co. 2; revoca *ex art.* 173, co. 3; omologazione *ex art.* 180, co. 3, legge fall.), al tribunale non è consentito il controllo sulla regolarità ed attendibilità delle scritture contabili, ma è permesso il sindacato sulla veridicità dei dati aziendali esposti nei documenti prodotti unitamente al ricorso (art. 161, co. 2, lett. *a, b, c, e d*, l. fall.), sotto il profilo della loro effettiva consistenza materiale e giuridica, al fine di consentire ai creditori di valutare, sulla base di dati reali, la convenienza della proposta e la stessa fattibilità del piano. Resta, invece, precluso ogni sindacato sulla stima del valore degli elementi patrimoniali effettuata dal professionista attestatore, salvo il caso di incongruenza o illogicità della motivazione»⁵⁷.

In sostanza, all'attestatore è assegnata un'area di autonoma valutazione, priva di potenzialità modificatrice rispetto alla volontà delle parti direttamente interessate (ed all'accertamento estimativo da esse espresso), purché la giustificazione resa dal professionista non risulti irragionevole: soltanto in questa ipotesi è permesso al giudice dubitare e, quindi, disattendere il parere attestativo.

⁵⁶ Seppure il giudice penale sia tenuto ad assumere le proprie valutazioni una prospettiva *ex ante*, il pubblico ministero può legittimamente avviare le sue indagini alla luce delle risultanze oggettive, difformi dalle premesse storiche. Sottolinea in termini penalistici la possibile pericolosità delle valutazioni dell'attestatore RIVA, *Il rischio di selezione avversa sul "mercato" degli attestatori e i fattori necessari per limitarlo*, in www.illallimentarista.it. Per una rassegna di situazioni assai delicate sottoposte alla verifica e certificazione di sostenibilità da parte dell'attestatore (ivi compreso il peso delle garanzie relative alla pendenza) cfr. AMBROSINI-AIELLO, *I piani attestati di risanamento: questioni interpretative e profili applicativi*, in IlCaso.it, 11.6.2014, p. 37 e ss.

⁵⁷ Cass., Sez. 1, 31 gennaio 2014, Shopping House Spa in liquidazione c. Curatela Fall. Shopping House in liquidazione ed altri, in *Mass. Uff.*, n. 629779.

Dovrebbe, pertanto, concludersi che, se l'argomentazione posta a sostegno della valutazione dell'attestatore appaia al tribunale illogica (o carente o stridente con aspetti di fatto già noti alla procedura) sia consentito al tribunale richiedere al professionista le necessarie delucidazioni. Ovvero sia permesso, per ragioni di economia, incaricare il commissario giudiziale (soggetto diverso da chi rese l'attestazione giudicata inattendibile) di qualche minimale indagine che possa illuminare meglio il quadro della situazione.

L'attestatore deve redigere una relazione ad attestazione della veridicità dei dati esposti (e, dunque, anche della correttezza della stima dei cespiti resa dal debitore) fornendo un giudizio di correttezza sul metodo seguito nella sua formulazione⁵⁸ e sulla sua fattibilità. L'opinione dell'attestatore non è vincolante per il giudice penale, che rimane padrone di tutti i profili della vicenda su cui è chiamato al giudizio.⁵⁹

7. La nuova disciplina penale del concordato preventivo. L'art. 236, co. 1, l. fall. e le asperità applicative

La legge fallimentare non si limita a regolare la procedura del concordato preventivo, ma modella per questa procedura una compiuta disciplina punitiva, collocata al Capo III del Titolo VI («Disposizioni applicabili nel caso di concordato preventivo, accordi di ristrutturazione dei debiti, piani attestati e liquidazione coatta amministrativa»⁶⁰). Si tratta di una sezione che annovera, in primo luogo, l'art. 236 l. fall.⁶¹, articolato in due densi commi, forieri di qual-

⁵⁸ Non basta, cioè, l'elencazione dei dati e la formale corrispondenza di essi con le risultanze di contabilità, cfr. Sent. Trib. Torino, 17 novembre 2005, in *Fallimento*, 2006, 691; Sent. Trib. Benevento, 23 aprile 2013, in *Fallimento*, 2013, 1373.

⁵⁹ Così anche AMBROSINI, *Profili civili e penali delle soluzioni negoziate nella l. 122/2010* in (a cura di Bonelli) *Crisi di imprese: casi e materiali*, Milano, 2011, p. 647.

⁶⁰ L'originario riferimento all'amministrazione controllata è stato abrogato dal D.Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5. Il testo attuale della disposizione è: «1) È punito con la reclusione da uno a cinque anni l'imprenditore, che, al solo scopo di essere ammesso alla procedura di concordato preventivo (¹) si sia attribuito attività inesistenti, ovvero, per influire sulla formazione delle maggioranze, abbia simulato crediti in tutto o in parte inesistenti. 2) Nel caso di concordato preventivo si applicano: 1) le disposizioni degli artt. 223 e 224 agli amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori di società; 2) la disposizione dell'art. 227 agli institori dell'imprenditore; 3) le disposizioni degli artt. 228 e 229 al commissario del concordato preventivo; 4) le disposizioni degli artt. 232 e 233 ai creditori».

⁶¹ Norma che, per quanto riguarda il concordato preventivo, è sostanzialmente invariata rispetto all'originaria formulazione della legge fallimentare: le variazioni riguardano l'omessa menzione dell'amministrazione controllata, procedura già presente al Titolo IV del testo pre-vigente (agli artt. 187/193), inizialmente sostituita dall'art. 1 l. 24 luglio 1978, n. 391 che statuiva «L'articolo 187 del testo delle disposizioni sulla "Disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa", approvato con regio decreto 16 marzo 1942, n.

che incertezza per l'interprete.

Il presidio penale è previsto indistintamente per tutte le diverse tipologie che la procedura in esame conosce: la lettera dell'art. 236 l. fall. non opera né limitazioni né distinzioni. Al contempo, l'accezione tecnica utilizzata dal legislatore («disposizioni applicabili nel caso di concordato preventivo») non consente di estendere la previsione penale oltre i limiti formali del concordato preventivo e, dunque, impedisce di ritenerla applicabile ad ogni possibile accordo stragiudiziale, portante un'intesa pragmaticamente assunta dal debitore con i (o parte dei) suoi creditori, ma al di fuori delle regole imposte dagli art. 160 e ss. l. fall.⁶²

Il precetto penale attiene, in primo luogo, alla slealtà del debitore nella richiesta di accedere al concordato preventivo: l'assenza dei requisiti richiesti dalla legge fallimentare preclude l'ammissione alla procedura in discorso. Di qui, innanzitutto, la revoca del beneficio, come dispone l'art. 173 l. fall. («Revoca dell'ammissione al concordato»). Ma il legislatore ha tratteggiato anche una duplice leva penale, rappresentata dall'art. 236, co. 1, l. fall. ed, indirettamente, dall'art. 236-*bis* l. fall.⁶³.

La lettera dell'art. 236, co. 1, l. fall. difetta di una puntuale descrizione degli atti di manipolazione pregiudizievole per i creditori. Essa limita la censura alle condotte di attribuzione di attività inesistenti e, più specificamente, di simulazione di crediti, in realtà inesistenti (ma al solo fine di influire sulle maggioranze). Cioè, al risultato di artificiosa enfasi dell'attività onde fruire del beneficio della procedura. Al contempo, l'art. 173 l. fall. (disposizione che non può qualificarsi come precetto penale), dettagliatamente descrive l'elenco delle condotte di slealtà del debitore, il cui rilievo rende incompatibile - ad avviso del legislatore - la prosecuzione della procedura, tanto da imporre declarato-

267, è sostituito dal seguente: «Art. 187 - Domanda di ammissione alla procedura. - L'imprenditore che si trova in temporanea difficoltà di adempiere le proprie obbligazioni, se ricorrono le condizioni previste dai numeri 1, 2 e 3 del primo co. dell'art. 160 e vi siano comprovate possibilità di risanare l'impresa, può chiedere al tribunale il controllo della gestione della sua impresa e dell'amministrazione dei suoi beni a tutela degli interessi dei creditori per un periodo non superiore a due anni. La domanda si propone nelle forme stabilite dall'articolo 161». Con l'art. 147, co. 1, del d.lgs. n. 5 del 2006 (che statuisce «Sono soppressi tutti i riferimenti all'amministrazione controllata contenuti nel regio decreto 16 marzo 1942, n. 267») l'istituto è stato interamente abrogato.

⁶² Deve, peraltro, fondatamente presumersi che il creditore che abbia accertato, nel contesto di un accordo stragiudiziale, condotte di frode a carico del debitore, con conseguente pregiudizio a proprio danno (per es. la sottrazione di cespiti attivi, la presenza di numeroso altro carico debitorio, concorrente con la propria posizione, non apparente dalle scritture) abbia interesse ad avanzare istanza di fallimento con la conseguente responsabilità del debitore ai sensi degli artt. 216, co. 1, 223 l. fall.

⁶³ Sono due modalità repressive previste disparatamente dal compendio normativo, senza un reciproco coordinamento, pur mirando sostanzialmente alla medesima offesa.

ria di improcedibilità. Sono elencate sia condotte di occultamento dell'attivo e l'esposizione di passività inesistenti ovvero, con generica allusione, la perpe-
trazione di «altri atti di frode»⁶⁴.

Si presenta, dunque, necessaria, nel rispetto del principio di stretta legalità e del divieto di analogia *in malam partem*, la disamina di una possibile integrazione del precetto penale - art. 236 l. fall. - mediante il contenuto del suo "naturale" precedente logico, cioè, del menzionato art. 173 l. fall. Orbene, la norma penale descrive il solo comportamento di attribuzione di attività (in tutto o in parte) inesistenti, mentre tace sulla condotta di mendace compressione di passività esistenti, per un evidente difetto di formulazione. Formalmente per siffatta area punitiva, quindi, dovrebbe escludersi l'efficacia del precetto penale.

Tuttavia l'art. 236, co. 2, n. 1 rinvia alla previsione dell'art. 223 l. fall., norma quest'ultima che - a sua volta - richiama la violazione degli art. 2621 («False comunicazioni sociali») 2622 («False comunicazioni in danno della società, dei soci o dei creditori») c.c., certamente puntuali nella repressione dell'occultamento di passività esistenti (per tacere del rinvio, pur esso disposto dall'art. 223, all'ipotesi di bancarotta fraudolenta documentale, prevista dall'art. 216, co. 1, n. 2 l. fall.)

La conclusione è, dunque, nel senso che tutte le condotte della bancarotta fraudolenta patrimoniale siano costitutive del reato previsto per il concordato preventivo.

È innegabile, però, una disarmonia del sistema.

Invero, l'art. 173 co. 1 l. fall., elencando i possibili «atti di frode»⁶⁵, forieri di revoca dell'ammissione al concordato preventivo, contempla, in primo luogo, la condotta del debitore di occultamento, di dissimulazione di parte dell'attivo

⁶⁴ Sul contenuto della generale categoria degli atti di frode v. GENERO, *Contenuto e limiti degli "atti di frode" nel procedimento di revoca del concordato preventivo ex art. 173 l. fall.*, in *www.ilfallimentarista.it*. In giurisprudenza di rilievo è Cass., Sez. I, 15 ottobre 2013, Battistella c. Fall. Battistella Edi, in *Mass. Uff.*, n. 628615, decisione che sottolinea la lesione alla corretta informazione su situazioni scoperte dal commissario giudiziale, suscettibili di assumere rilievo per soddisfacimento dei creditori in caso di fallimento ed in caso di concordato preventivo, come i pagamenti preferenziali nei sei mesi anteriori alla domanda di concordato.

⁶⁵ Sulla nozione di «atti di frode» v. GALLETTI, *Le nuove esenzioni dalla revocatoria fallimentare*, in *Giur. Comm.*, 2007, I, 168. In giurisprudenza (Cass., Sez. I, 18 aprile 2014, n. 14552, Costruzioni generali scavi s.r.l. unipersonale in liquidazione, in *www.expartecreditoris.it*) si afferma la rilevanza della patologia, ancorché nota ai creditori, infatti: «l'accertamento, ad opera del commissario giudiziale, di atti di occultamento o di dissimulazione dell'attivo, della dolosa omissione della denuncia di uno o più crediti, dell'esposizione di passività inesistenti o della commissione di altri atti di frode da parte del debitore determina la revoca dell'ammissione al concordato, a norma della l. fall., art. 173, indipendentemente dal voto espresso dai creditori in adunanza e quindi anche nell'ipotesi in cui i creditori medesimi siano stati resi edotti di quell'accertamento».

e di attribuzione di uno o più crediti; inoltre, prevede l'esposizione di passività insussistenti, comportamenti descritti anche dall'art. 216, co. 1, n. 1, l. fall. Ma occorre osservare che l'art. 236, co. 1, l. fall. prende in considerazione soltanto una parte di dette condotte: la simulazione di crediti penalmente rilevante è soltanto quella destinata al fine di influire sulla formazione delle maggioranze. Inoltre, attribuisce rilievo a dette condotte soltanto all'interno della forma di bancarotta "propria" pre-fallimentare, alludendo al soggetto attivo «l'imprenditore».

È al co. 2, n. 1 che l'art. 236 allude «agli amministratori, direttori generali e liquidatori di società», estendendo la penale responsabilità per gli atti in violazione degli artt. 223 e 224 l. fall. Cioè, alle fattispecie della bancarotta "impropria" (nella forma fraudolenta e semplice), le quali richiamano la totalità dei comportamenti puniti dall'art. 216 l. fall. (co. 1) ed, inoltre (co. 2, n. 1), evocano anche ipotesi di patologia societaria, annotate dal codice civile ed espressamente individuate (con evidente esclusione della residua ipotesi di causazione dolosa del fallimento della società, strutturalmente incompatibile con la procedura di concordato preventivo).

Questa disarmonia del sistema si riflette anche in altro contesto, palesando incoerenze che non possono essere superate dall'interprete tenuto al rispetto del principio di stretta legalità.

Infatti:

a) manca un'espressa previsione di un comportamento delittuoso successivo all'ammissione al beneficio del concordato (mentre essa è rinvenibile per la sanzione civilistica della revoca del beneficio in seno all'art. 173, co. 2 e 3); la conseguenza è che risulta immune da censura la condotta del debitore individuale commessa in epoca posteriore all'ammissione al beneficio. Tanto si evidenzia nel raffronto tra l'art. 216, co. 2, l. fall. (bancarotta propria post-fallimentare) e l'art. 223 l. fall. (bancarotta impropria) che indica il soggetto societario tra gli autori dell'illecito. L'art. 223 l. fall. globalmente evoca (*id est*: per la fase pre e post-concorsuale) l'art. 236, co. 2, n. 1 l. fall.⁶⁶, mentre l'art. 216 l. fall. tace a questo proposito, limitandosi al richiamo esplicito dell'attribuzione di attività inesistenti o della simulazione di crediti in tutto o in parte inesistenti, comportamenti espressamente qualificati da rispettivo dolo specifico;

b) manca un qualsivoglia accenno punitivo al caso di fraudolenza documentata-

⁶⁶ Per l'istituto dell'imprenditore individuale l'art. 227 l. fall. è evocato dall'art. 236, co. 2, n. 2, l. fall.: il combinato disposto lo rende responsabile anche di condotte post-concorsuali atteso il generico rinvio formulato dalla norma ai «fatti preveduti dagli art. 216, 217, 218 e 220». Il che maggiormente evidenzia la disarmonia del sistema penale al riguardo.

le dell'imprenditore individuale riscontrata nel corso del concordato preventivo, salvo la ristretta area contemplata dall'art. 236, co. 1, l. fall. (non, per esempio, il caso in cui costui abbia nascosto o indebitamente ridotto passività esistenti nella propria contabilità); mentre per l'esponente societario o per l'istitutore la penale responsabilità è prevista (nel concorso dei restanti momenti contemplati dall'art. 216, co. 1, n. 2 l. fall.) ai sensi dell'art. 236, co. 2, n. 2 l. fall.⁶⁷.

Quanto alla nozione di «stato di crisi» - premessa del presente discorso - l'art. 160, co. 3, l. fall. (frutto della riforma fallimentare⁶⁸) è esplicito nello stabilire che, ai fini della soluzione concordataria, «per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza», così - mediante interpretazione autentica - colmando una possibile lacuna ed, al medesimo tempo, segnalando una diversità semantica tra le due situazioni. Non è mero chiarimento terminologico: si tratta, invece, di precisazione davvero innovativa poiché estende (come già dianzi osservato) il periodo in cui la condotta illecita assume rilievo penale, nel momento in cui anticipa il dovere di far emergere più tempestivamente le difficoltà di gestione e che supera la pregressa nozione di «temporanea difficoltà», propria dell'amministrazione controllata, ormai abrogata (e sostituita dal concordato preventivo ovvero dalla «ristrutturazione del debito» di cui all'art. 182 *bis* l. fall.).

L'osservazione conferma l'intenzione del legislatore (**senza fornire suggerimento per la soluzione della crisi, ma favorendola indirettamente sollecitando l'intesa dei titolari di pretese verso la stessa**) di anticipare, per quanto possibile, l'informazione ai creditori sulla pericolosa china che, in quel periodo di tempo, affligge la gestione, onde impedire l'improvvisa scoperta del vero e proprio «dissesto», termine che allude ad una nozione, diversa ed indubbiamente più compromessa, della mera crisi⁶⁹. Indiscutibile è il *novum* della

⁶⁷ Si osservi che, secondo la giurisprudenza di legittimità (Cass., Sez. I, 31 gennaio 2014, Shopping House Spa in liquidazione c. Curatela Fall. Shopping House in liquidazione ed altri, cit.), la verifica giudiziale sul corredo contabile è, in questo caso, limitata alla sostanza del ragguglio informativo, poiché «al tribunale non è consentito il controllo sulla regolarità ed attendibilità delle scritture contabili, ma è permesso il sindacato sulla veridicità dei dati aziendali esposti nei documenti prodotti unitamente al ricorso (art. 161, secondo comma, lett. a, b, c, e d, legge fall.)».

⁶⁸ La norma è stata introdotta dall'art. 36, co. 1, D.l. 30 dicembre 2005 n. 273, convertito con modificazioni dalla l. 23 febbraio 2006 n. 51.

⁶⁹ Deve osservarsi la parificazione crisi/dissesto supera alcune incongruenze ed imprecisioni letterali della legge: per esempio le figure di bancarotta semplice impropria, di cui all'art. 217, n. 4, l. fall. a cui rinvia l'art. 224, n. 1, l. fall. e - soprattutto - l'art. 224, co. 2, l. fall. richiamano il «dissesto», mentre, la nozione più generale è quella dell'«insolvenza» di cui la legge ha fornito (art. 5, co. 2, l. fall.) interpretazione autentica. Per un riguardo pratico, l'ulteriore approfondimento di questo tema si rivela dibattito dal contorno astratto, poiché l'emissione del decreto di cui all'art. 163 l. fall. (e la consumazione di

riforma per cui l'attuale fisionomia del concordato preventivo si discosta dal passato nella sua sostanza: decisivi sono sia l'accentuazione della relativa natura negoziale, e non più pubblicistica, dell'accordo tra imprenditore e creditori, sia il ruolo davvero limitato del giudice (tribunale), salva l'ipotesi del *cram down* che, con l'omologazione, consente al giudice di far "trangugiare" (stando alla traduzione letterale del termine) ai creditori esiti non coralmemente approvati⁷⁰.

Quanto all'efficacia retroattiva delle modifiche innovative, si osserva che il legislatore non ha inteso creare specifiche nuove disposizioni penali al riguardo e che, invece, l'interprete forte dell'espressa equiparazione terminologica tra le dichiarazioni giudiziali che attestano crisi o insolvenza, deve considerare, pur nell'ossequio all'art. 2 c.p., punibili anche i fatti commessi anteriormente alla rispettiva entrata in vigore della riforma⁷¹.

È indubbiamente trasponibile al concordato preventivo l'approdo fornito dalla costante impostazione giurisprudenziale offerta dalla Corte di cassazione in materia di bancarotta pre-fallimentare (e confermato dallo stesso giudice di legittimità posteriormente alle modifiche⁷²), secondo cui il provvedimento

eventuali impugnazioni avverse) preclude al giudice penale il sindacato sulle condizioni che lo legittimano.

⁷⁰ LO CASCIO, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, Milano, 2007, 944: «a seguito della riforma ci sembra che il quadro interpretativo sia mutato. In particolare riteniamo che molteplici elementi privatistici mirino oggi a connotarne la natura. È innegabile che l'istituto in esame sia fondato su una libera scelta dell'imprenditore che propone un'offerta ai creditori, senza vincoli, né limiti minimi al soddisfacimento delle loro pretese obbligatorie (...)» Sul tema PAGNI, *L'accentuazione privatistica del concordato preventivo ed i riflessi sul giudizio di omologazione*, in *Foro it.*, 2006, I, 913. Nonché GIANI, *Contenuto e limiti del giudizio di omologazione nel concordato preventivo*, in *www.ilcaso.it*, che segnala la pratica scomparsa, secondo l'(ondivaga) interpretazione del giudice di legittimità, di siffatto potere nel nostro sistema (cfr. in particolare § 3.2).

⁷¹ Cass., Sez. V, 3 febbraio 2004, D.V., in *Cass. pen.*, 2005, 3095, con riferimento all'analoga situazione creatasi per l'introduzione dell'art. 95 D.Lgs. 8 luglio 1999, n. 270 per l'innovativa procedura concorsuale nuova dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza, nel solco di un orientamento ormai consolidato. Lo stesso assunto può dirsi per le norme della nuova «amministrazione straordinaria accelerata» di cui alla L. 18 febbraio 2004, n. 39 - cd. "Legge Marzano" - (di conversione con ampie modifiche del d.l. n. 347 del 2003) istituito su cui v. ALESSI, *Amministrazione straordinaria accelerata*, in *Dir. fall.*, 2004, 1, 18; FABIANI-FERRO, *Dai tribunali ai ministeri: prove generali, ecc.*, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2004, 2, 132 per i quali si tratta di nuova procedura concorsuale. Procedura che, seppur significativamente sottoposta ad iniziativa e vaglio del Ministro delle attività produttive, dipende pur sempre dalla dichiarazione giudiziale di insolvenza, con sentenza resa dal tribunale (art. 2), anche se (come si ricava dagli artt. 3 e 4) detta sentenza deve necessariamente seguire al decreto ministeriale. La nomina del Commissario (straordinario che svolge anche funzioni di commissario giudiziale) è di competenza ministeriale. Agli effetti penali la riforma in nulla modifica la disciplina a suo tempo dettata dal d.lgs. n. 270 del 1999 (cfr. Cass., Sez. V, 3 febbraio 2004, D.V., cit.), oppure il d.l. n. 134 del 2008 (entrato in vigore il 28 agosto 2008), convertito con modifiche nella l. n. 166 del 2008 (c.d. "Decreto Alitalia"), ecc.

⁷² Giurisprudenza costante a far data da Cass., Sez. V, 7 giugno 1984, C., in *Giur.it.*, 1986, II, 43; in

giudiziale che accerta l'insolvenza si configura quale elemento costitutivo del reato. Conseguentemente, il momento consumativo dell'illecito coincide con la data di emissione del decreto che ammette l'imprenditore (individuale o societario) al concordato preventivo, se la condotta sia commessa anteriormente ad esso.

Ancora: come per la bancarotta pre-fallimentare, la dichiarazione giudiziale determina non soltanto il cd. "*tempus commissi delicti*", ma stabilisce anche la localizzazione dell'illecito a fini processuali nel luogo del tribunale che ha emesso la dichiarazione⁷³, così anche per la condotta illecita realizzata in epoca antecedente all'emissione del decreto ammissivo della procedura, l'atto giudiziale realizza il profilo essenziale delle figure criminose collegate al concordato preventivo. In sostanza, ogni pregressa condotta penalmente rilevante, antecedente al provvedimento giudiziale di cui all'art. 163 l. fall., viene ricondotta e fissata alla pronuncia giudiziale.

Nello stesso orientamento si deve assumere che per l'illecito commesso nel corso della procedura di concordato preventivo, il *tempus* ed il *locus commissi delicti* si fissano al momento e nel sito della perpetrazione del reato, estendendo la lettura del giudice di legittimità propria della bancarotta⁷⁴.

8. Il piano di risanamento (art. 6, co. 3, lett. d, l. fall.)⁷⁵: il ruolo della norma,

particolare cfr. Id., Sez. 5, 6 ottobre 1999, T.D., in *Mass. Uff.*, n. 214859 ed in *Dir. fall.*, 1999, II, 1146 con nota di SPARANO, *Autonomia delle procedure concorsuali e consequenzialità (ai fini penali)*; Cass., Sez. 5, 5 febbraio 1993, B., in *Cass. pen.*, 1994, 2221; Id., Sez. 5, 8 aprile 2008, C., in *Mass. Uff.*, n. 240444, in tema di amministrazione controllata (procedura, a questi fini, del tutto analoga al concordato preventivo, *n.d.r.*), per cui il perfezionamento dei reati di bancarotta data dal decreto di ammissione alla procedura di amministrazione controllata e va equiparato alla sentenza dichiarativa di fallimento, ecc.

⁷³ Cfr. Cass., Sez. V, 21 febbraio 2000, A., in *Mass. Uff.*, n. 216433 ed in *Cass. pen.*, 2001, 3532; Id., Sez. 1, 17 gennaio 1995, F., *ivi*, n. 200019; Id., Sez. I, 2 giugno 1996, M., *ivi*, 1997, 2233, ecc. Nel caso di dichiarazione di fallimento in estensione il referente è quello della sentenza relativa al singolo socio, non quella che dichiara il fallimento della società: cfr. Id., Sez. V, 19 marzo 1999, B., *ivi*, 2001, 298; Id., Sez. V, 23 febbraio 2000, T., *ivi*, 2001, 1340, che esclude - al riguardo - rilievo al decreto di apertura delle procedure liquidatorie.

⁷⁴ Cfr. Cass., Sez. I, 7 luglio 1992, confl. comp. G.I.P. Trib. Brescia e G.I.P. Trib. Mantova in proc. P., in *Mass. Uff.*, n. 191599 ed in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1993, 1355. Sul punto in dottrina ANTOLISEI, *Manuale, Leggi complementari*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 33; PEDRAZZI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, in *Commentario Scialoja-Branca, La legge fallimentare* a cura di Galgano, Bologna-Roma, 1995, 75; CONTI, *Diritto penale commerciale*, Vol. II, *I reati fallimentari*, Torino, 1991, 20; nella (rara) giurisprudenza, Cass., Sez. 5, 15 dicembre 1988, G., in *Giust. pen.*, 1990, II, 279.

⁷⁵ Frutto di successivi interventi legislativi: la norma fallimentare fu sostituita dapprima dal d.l. n. 35 del 2005 (convertito, come già indicato, dalla l. 14 maggio 2005, n. 80), ma il co. 3 fu modificato dall'art. 4, co. 4, lett. b), D.Lgs. 12 settembre 2007, n. 169: il quadro legislativo stabiliva l'esclusione dall'azione revocatoria fallimentare degli atti, dei pagamenti e delle garanzie concesse sui beni del debitore, qualora

la posizione del debitore, la relazione del professionista

Come dianzi osservato, l'art. 236, co. 2, n. 1, l. fall. richiama la fattispecie della bancarotta "impropria", sia nell'ipotesi fraudolenta sia nella forma semplice, per gli esponenti societari, per i liquidatori e gli institori. Quanto alla bancarotta "propria", si riscontra il richiamo esentativo dell'art. 217-*bis* alla bancarotta preferenziale e semplice⁷⁶.

Gli altri rimedi della crisi di impresa, articolati dal legislatore nella legge fallimentare, non dispongono in sé di natura integrativa delle fattispecie penali della bancarotta, propria o impropria che sia. Ciononostante, queste disposizioni assumono grande importanza nella concreta applicazione dell'istituto concordatario.

L'esenzione dall'azione di revocatoria fallimentare, che l'art. 67, co. 3, lett. *d*), l. fall.⁷⁷ assicura al debitore in difficoltà, è concessa in vista di un piano «che paia idoneo a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria». La norma trova applicazione, in aderenza al dato letterale, soltanto nelle ipotesi elencate espressamente dal testo normativo⁷⁸.

La caratteristica di questo piano è chiaramente rivolta alla continuità aziendale, poiché lo scopo del progetto offerto dal debitore per risolvere le difficoltà consiste nella dimostrazione che la crisi dell'impresa possa essere considerata reversibile, in ragione della sua origine e delle potenzialità di ripresa dell'organismo e, contemporaneamente, che sono disponibili mezzi per ovviarla⁷⁹. Dunque, un beneficio assai prezioso per il debitore economicamente vacillante.

Si è, tuttavia, fatto rilevare la scarsa frequentazione di questo istituto, ipo-

fossero stati posti in essere in esecuzione di un piano; l'attuale formula è frutto della sostituzione operata dall'art. 33, co. 1, lett. *a*), n. 1, D.l. 22 giugno 2012, n. 83 (convertito nella L. 7 agosto 2012, n. 134).

⁷⁶ Il testo dell'art. 217-*bis*, introdotto nella legge fallimentare dal co. 2-*bis* dell'art. 48 della L. 30 luglio 2010, n. 122 (in conversione D.l. 31 maggio 2010, n. 78), recita: «Le disposizioni di cui all'art. 216, co. 3, e 217 non si applicano ai pagamenti ed alle operazioni compiuti in esecuzione di un concordato preventivo di cui all'art.160 o di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato ai sensi dell'art. 182 bis ovvero del piano di cui all'art. 67, co. 3, lettera d)».

⁷⁷ norma che è finalizzata a reintegrare, a favore della massa dei creditori, le garanzie patrimoniali venute meno per effetto degli atti posti in essere dall'imprenditore nei mesi precedenti la dichiarazione di insolvenza.

⁷⁸ La norma in esame, art. 67 l. fall., non è *quid unicum* nel nostro sistema: altre esenzioni sono previste dalla legislazione speciale, per es. in tema di *factoring* (art. 7 l. n. 52 del 1991), la cd. "cartolarizzazione dei crediti di impresa" regolata dalla legge 30 aprile 1999, n. 130 («*Disposizioni sulla cartolarizzazione dei crediti*»; cfr. in particolare l'art. 4»), ecc.

⁷⁹ La dottrina ritiene che il piano di risanamento debba essere redatto - per le società di capitali- dall'organo amministrativo e che esso debba ritenersi atto di straordinaria amministrazione per le società di persone. Cfr. AMBROSINI- AIELLO, I piani attestati, cit, p. 16.

tizzando un tradizionale timore del ceto creditorio per l'assenza del previo vaglio dell'autorità giudiziaria e della carente informativa ad essi ad opera del sistema bancario.⁸⁰

L'esenzione da azione revocatoria ex art. 67, co. 3, l. fall. discende dall'iniziativa unilaterale del debitore in peculiari situazioni negoziali (atti, pagamenti, concessione di beni del debitore a garanzia) non suscettibile di controllo giudiziale. Essa non è subordinata a formule o modalità prefissate. Unica condizione voluta dal sistema è che l'iniziativa si allinei ad un programma che sia, per un verso, idoneo a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa e, d'altro canto, che possa assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria dell'impresa⁸¹.

Indubbiamente l'art. 67, co. 3, l. fall. si presenta quale archetipo delle soluzioni della crisi di impresa, contrassegnato dalla libertà da schemi e da formalismi. La norma lascia trasparire, con le lettere *e)* e *g)* (in armonia con gli artt. 182-*quater* e 217-*bis* l. fall.), la propensione del riformatore verso la ricerca di soluzioni concordate delle crisi d'impresa, ponendo il debitore - per quanto possibile - al riparo dal rischio di un successivo nocumento.

Ma, contemporaneamente, il legislatore ha previsto la possibilità che il debitore si illuda affidandosi a fallaci speranze di troppo facile recupero. La legge ha, dunque, predisposto una modalità, per così dire "oggettivante" della proposta, mediante l'attestazione resa da una relazione asseverata di un professionista. Non da un esperto qualunque, ma da uno iscritto al registro dei revisori e dotato dei requisiti professionali per essere nominato curatore fallimentare (e, dunque, avvocato, dottore commercialista, ragioniere o ragioniere commercialista, ovvero professionista operante in associazione professionale e rispondente ai dettami indicati).

Quindi un referente specializzato e serio.

Considerata l'ottica privatistica dell'istituto, optata dal riformatore, la scelta di questo tecnico compete al debitore⁸².

⁸⁰ LO CASCIO, *Il piano attestato di risanamento*, cit., p. 378.

⁸¹ Per questi motivi si segnala la necessità di una descrizione particolareggiata del programma di risanamento e delle operazioni che lo caratterizzano; ci si domanda se il documento possa contenere mere proposte di ordine solutorio oppure un compiuto programma risanatorio volto al riequilibrio dell'asse finanziario; su questo profili di contenuto cfr. PISCITELLO, *Piani di risanamento e posizioni delle 4 banche*, in AA.VV. *Le soluzioni concordate delle crisi d'impresa*, pag.114; FERRO, *Art. 67, co. 3, l. fall. D) - Il piano di risanamento*, in (a cura di FERRO), *La legge fallimentare - Commentario teorico-pratico*, Padova, 2007, 767, autori che convengono sulla sicura, almeno parziale, prospettazione liquidatoria.

⁸² Sulla titolarità del debitore nella scelta del professionista non vi dovrebbero più essere perplessità nella giurisprudenza di merito, cfr. al proposito Trib. Treviso, 20 aprile 2009, (senza menzione delle

Al debitore è, comunque, riconosciuta una significativa libertà d'azione: sia pure contenuta nei non irrilevanti limiti dettati dall'art. 167 l. fall. e nella stretta vigilanza del commissario e del giudice, la soluzione da questi proposta, oltre al significativo beneficio dell'esenzione, consente al medesimo di permanere nella disponibilità del proprio patrimonio e di tratteggiare (da solo, con l'ausilio di tecnici, ovvero grazie ad efficaci ed informali intese con i creditori) la strategia del recupero della salute economica dell'impresa.

A differenza che per l'art. 182-*bis*, co. 6, l. fall., la norma non concede efficacia all'esenzione già nel periodo di tempo contrassegnato da trattative e prima della formalizzazione dell'accordo. Tuttavia – pur in assenza di un regime di pubblicità della proposta – è previsto che l'intesa possa essere iscritta, su richiesta del debitore (primario interessato al beneficio), presso il registro delle imprese.

Il testo normativo non è del tutto esauriente, poiché non si attarda a puntualizzare se i requisiti di veridicità e fattibilità del piano debbano focalizzarsi al momento di accesso alla procedura ovvero se debbano permanere nel corso di tutto il suo svolgimento ed, in particolare, se il programma risanatore possa essere modificato successivamente alla sua presentazione, anche in forza del mutamento delle condizioni di mercato o di altre evenienze favorevoli⁸³.

Lacuna che si accompagna alla diffusa genericità circa il necessario contenuto minimo del programma (sullo svolgimento del quale ogni controllo giudiziale – si badi – è assente). Al suo riguardo, unico aspetto espresso dal sistema

parti), in *Il Caso.it*, Sez. Giurisprudenza, 1706; Trib. Mantova, Sez. IV, 31 marzo 2009, Trib. Bologna (sez. Volontaria giurisdizione) 15 aprile 2009 (è causa civile) Trib. Mantova, Sez. IV, 31 marzo 2009, n. 19445, tutte pubblicate in *Dir. fallim.*, 2010, II, 128; Trib. Milano, II° Sez. civile (fallimenti) 16 luglio 2008, in *Giur. comm.*, 2009, II, 171. In precedenza si era ritenuto (Trib. Bari, 14 agosto 2008 (è causa civile) in *Il Fallimento*, 2009, 467) la competenza del presidente di Tribunale in considerazione della terzietà ed imparzialità dell'attestatore.

⁸³ Cfr. CAPOBIANCO, *Gli accordi stragiudiziali per la soluzione della crisi di impresa, Profili funzionali e strutturali e conseguenze per l'inadempimento del debitore*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 3, 2010, 295. Secondo D'ANGELO, *I piani attestati ex art. 67, terzo comma, lett. d, l. fall.: luci ed ombre a seguito del decreto 'sviluppo'*, in *Giur. comm.*, 2014, I, 78, il requisito della idoneità del piano di risanamento deve valutarsi al momento in cui è confezionato il documento ed in cui esso viene attestato: non rileva, cioè, la sopravvenuta inidoneità del piano medesimo. Tesi che appare convincente poiché il vaglio di idoneità si fonda sull'apparenza di idoneità, in un'impostazione di prognosi, e non già sulla sicura ontologica sua capacità di risanamento. Ovviamente, non sia più attuale la possibilità di risanamento 'la tutela del terzo che acquisti un bene, riceva un pagamento o consegua una garanzia, nella consapevolezza della sopravvenuta inattuabilità del piano, non ha più ragion d'essere' (così D'AMBROSIO, in (diretto a Jorio), *Il nuovo diritto fallimentare*, I, Bologna, 2006, 989 e ss.

normativo attiene alle (sempre controvertibili) attribuzioni di idoneità e ragionevolezza.

Va detto, del pari, che lo spirito dell'innovazione normativa sembra alludere alla presente fase quale passaggio piuttosto rapido nel tempo, ancorato alla possibilità di dismissione di porzioni patrimoniali, funzionale al recupero della liquidità in vista di concludenti accordi transattivi con i creditori per un rapida e sicura ripresa gestoria ⁸⁴.

9. *Segue*: il giudizio di omologazione

Il giudizio di omologazione è reso con sentenza e trova esecuzione, secondo le modalità previste dalla legge fallimentare, sotto la vigilanza del commissario e nell'immanenza dell'autorità giudiziaria, al fine di allontanare ogni possibile pregiudizio ai creditori (cfr. art. 185 l. fall.).

Questo giudizio ha per oggetto il vaglio del rispetto dei presupposti di legge, riscontro – per il vero – meramente formale ⁸⁵, dovendo verificare la completezza della documentazione contemplata dall'art. 161 l. fall., la presenza della relazione del professionista, l'assenza di ragioni di impedimento, ecc.

Peraltro, l'accertamento sul connotato di “attuabilità” della proposta di concordato pretende una considerazione pronostica che incide anche nel merito della domanda e che suppone un delicato equilibrio di salvaguardia della sfera privata che ha accolto il progetto e del pericolo di danno alla massa dei creditori cd. “estranei”.

10. *Segue*: il presidio penalistico assicurato dall'art. 236-bis l. fall.

Il legislatore non ha ritenuto che la tutela degli interessi creditorî fosse sufficientemente assicurata dalla presenza di un professionista esperto redattore di ponderata relazione. Onde garantire la fedeltà del tecnico, nella rappresentazione della situazione reale e nella corretta valutazione nella sua applicazione, ha irrobustito la previsione mediante un duplice presidio penale, sia nei confronti del debitore, valendosi della già esistente fattispecie prevista dall'art.

⁸⁴ Su questi profili cfr. QUATTROCCHIO-RANALLI, *Concordato in continuità e ruolo dell'attestare: poteri divinatori o applicazione di principi di best practice*, in *Il Fallimentarista*.it, 2012, 7.

⁸⁵ INZITARI, *Gli accordi di ristrutturazione ex art. 182-bis l. fall.: natura, profili funzionali e limiti dell'opposizione degli estranei e dei terzi*, cit. sottolinea che il giudizio di omologazione prescinde dalla verifica di attendibilità del contenuto delle dichiarazioni del debitore o delle considerazioni del professionista. Saggiunge, peraltro, l'illustre A. che «un giudizio di attuabilità necessariamente comprende una valutazione di affidabilità dei dati contabili e fattuali raccolti, ma tale valutazione di affidabilità non comporta la necessità di un giudizio di stretta veridicità». Sul punto cfr. anche MUCCIARELLI, *Stato di crisi, piano attestato, accordi di ristrutturazione, concordato preventivo e fattispecie penali*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2009, 4, 835.

236 l. fall., sia verso il professionista - figura ignota alla originaria formulazione normativa - con la nuova figura di reato tratteggiata dall'art. 236-*bis* l. fall., norma che estende la punizione anche alle limitrofe ipotesi valutative - tutte di nuovo conio - dettate dagli art. 182-*bis*, 182-*quinquies*, 186-*bis* l. fall.

In tal guisa il sistema ha riesumato quello che era stato un importante passaggio della riforma prefigurata dalla Commissione Trevisanato⁸⁶.

L'offesa che l'art. 236-*bis* l. fall. mira a prevenire - e di poi reprime se perpetrata - è sottesa sia all'asseverazione svolta dal professionista che attesta la veridicità dei dati aziendali contenuti nella domanda del debitore, sia alla serietà dell'apposito piano formulato per accedere alla procedura. Cioè tutela l'effettiva garanzia di "veridicità" dei dati esposti dal debitore e di "fattibilità" del piano per superare lo stato di crisi (e provvedere al pagamento dei debiti)⁸⁷.

I sempre possibili contorni di opinabilità sono accantonati dal sistema normativo che assegna a siffatto giudizio, per quanto possibile, un tasso di certezza, nei termini di una stretta aderenza alla condivisa cognizione scientifica e tecnica. È proprio questo sostegno "tecnico" che consente ai creditori di fruire di un'informazione adeguata per la prestazione del proprio consenso (assenso, tuttavia, che in sé è estraneo all'istituto a cui allude l'art. 67, co. 3, lett. *d*), l. fall. e che resta confinato alla proposta).

Stando alla logica, l'accordo dei creditori sulla soluzione proposta dal debito-

⁸⁶ La Commissione governativa Trevisanato (nominata «per l'elaborazione di principi e criteri direttivi di uno schema di disegno di legge delega al Governo, relativo all'emanazione della nuova legge fallimentare ed alla revisione delle norme concernenti gli istituti connessi», fu operativa dal 28 novembre 2001 sino al 31 luglio 2003, quando rassegnò un elaborato. L'organo consultivo aveva presentato, prima del suo scioglimento, un disegno di legge portante (art. 16, punto 8) una espressa fattispecie diretta a punire «il delitto di falsa esposizione di dati o di informazioni o altri comportamenti fraudolenti, consistente nella condotta di esposizione di informazioni false o di omissione di informazioni imposte dalla legge per l'apertura della procedura di composizione concordata della crisi al fine di potervi indebitamente accedere ovvero in successivi atti o nei comportamenti di cui ai co. 1 e 5 compiuti nel corso di essa; ovvero di simulazione di crediti inesistenti o di altri comportamenti di frode, al fine di influire sulla formazione delle maggioranze; prevedere che la stessa pena si applica al creditore che riceve il pagamento o accetta la promessa al fine dell'espressione del proprio voto».

⁸⁷ Le dimensioni di questo scritto consigliano di non addentrarsi nello spinoso problema sull'estensione della esenzione: pare ragionevole ritenere che l'indeterminatezza del testo permetta di ritenere piuttosto ampia l'area dell'esenzione, per esempio valevole anche per le varie ipotesi del medesimo art. 67, nonché a quelle del limitrofo art. 67-*bis* l. fall. (ma non con l'occhio rivolto alla generale disciplina in materia, anche penale in tema di frode, quelli dell'art. 64 l. fall.) Più dubbia l'estensione alla revocatoria ordinaria, nel silenzio del legislatore ed attesa la ben diversa natura strutturale del rimedio processuale. Su questi temi cfr. AMBROSINI-AIELLO, *I piani attestati di risanamento*, cit., p. 24 e ss.; BONFATTI, *Le procedure di composizione negoziata della crisi di impresa: opportunità e responsabilità*, in *IICaso.it*, II, 214/2010, 6-7; PISCITELLO, *Piani di risanamento e posizione delle banche*, cit., p. 118.

re dimostra che essa è la meno pregiudizievole rispetto ai possibili esiti di una eventuale procedura fallimentare. Lo stesso assenso del ceto creditorio significa che il sacrificio dedotto si presenta più conveniente della rigida persecuzione del proprio diritto⁸⁸.

In altre parole che siffatta soluzione si profila non l'unica, ma quella che, nelle condizioni della situazione esaminata, consente di raggiungere con maggiore probabilità il risultato prefisso (oppure il minor costo per perseguirlo).

È significativo riscontrare che il testo legislativo non impone un'intrinseca idoneità del piano a risanare la situazione: l'inciso si limita a richiedere che il progetto «appaia idoneo a consentire il risanamento»⁸⁹. Evidentemente la norma non intende far gravare sul professionista l'esito infausto dell'operazione, che può anche dipendere da ragioni esterne alla condotta del debitore: l'obbligazione prescritta è adempiuta con la ragionevole apparenza di efficacia risanatrice.

Così come la natura del risanamento non necessariamente deve essere garantita per lungo termine: in un'ottica di rapida transazione, può anche essere bastevole la concessione di un respiro al debitore per il recupero dalle sue difficoltà.

Più che all'imprenditore in difficoltà (comunque svincolato dal rischio di responsabilità penale preferenziale) il beneficio si rivolge ai terzi i quali – nella veste di comprimari dell'operazione di risanamento – sono, pertanto, rassicurati *ab initio* (sin dal nascere della trattativa che ha per scopo il risollevarlo dalla crisi del *partner* negoziale) che nessuna conseguenza pregiudizievole è prefigurata dalla legge nei loro confronti.

Peraltro, lo spazio per una responsabilità penale a titolo di falso (soprattutto a carico dell'attestatore) si presenta piuttosto angusto, atteso il connotato valutativo, afferente ad una sfera di aspettativa e di precognizione futura. Ma certamente la previsione punitiva annovera sia l'attestazione di un dato mendace,

⁸⁸ Ovvero darà avvio a soluzioni ibride come la partecipazione al patrimonio dell'impresa debitrice oltre che all'acquisizione di partecipazioni detenute dal debitore, soluzioni espressamente contemplate (circondate da ovvie cautele) dall'art. 4, co. 3, del decreto del Min. Tesoro, 22 giugno 1993, n. 242632.

⁸⁹ Soltanto quando siano onorate tali condizioni, tutti gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione del piano possono considerarsi esenti da revocatoria fallimentare, nel caso in cui a esso segua il fallimento: ha precisato, invero, il Tribunale di Roma che l'atto compiuto, ancorché astrattamente revocabile, non è in sé illecito (anche se in contrasto con disposizioni inderogabili a tutela dei creditori) né, quindi, nullo: l'esenzione prevista dall'art. 67, co. 3, lett. d), l. fall. è limitata alla fattispecie disciplinata da quella disposizione, ma in presenza di un piano attestato è parimenti esclusa la possibilità di esercitare la revocatoria ordinaria rispetto ad atti esecutivi del piano in difetto dell'elemento soggettivo in capo all'*accipiens* (cfr. la nota di BOSTICCO, *Sull'estensione della protezione ex art. 67 lett. d) l. fall. per gli atti compiuti in relazione ad un piano di risanamento attestato*, in www.ilfallimentarista.it).

così come l'insufficiente ed omessa segnalazione di circostanze che rendano inidonea la prospettazione risanatrice («ovvero omette di riferire informazioni rilevanti»). Indicazione che – secondo ragionevolezza che non forza il testo punitivo – si appunta anche sulla carenza di sufficiente motivazione in rapporto al giudizio offerto (e, segnatamente, sul requisito della fattibilità).

L'esenzione non può, invece, applicarsi all'integrale carenza della relazione: invero la fattispecie incriminatrice richiede implicitamente l'esistenza formale di questo documento redatto dal professionista.

Poiché l'infedeltà è commessa nell'ambito di un documento reso da un soggetto privo di qualifica pubblicistica, la fattispecie si inquadra in ipotesi di falso ideologico in atto privato, ipotesi notoriamente eccezionale per il nostro sistema (ma non unica, si pensi alla falsità nelle comunicazioni sociali). Il legislatore penale ha chiaramente apprezzato l'elevato grado di diffuso affidamento che contrassegna questo contributo professionale, nel contesto di una disamina assai delicata affidata ad un novero di creditori (che può essere assai esteso): in questo senso l'illecito può qualificarsi reato di falso documentale, contro la fede pubblica⁹⁰.

La penale responsabilità del suo autore necessita della prova della consapevolezza del mendacio. Cioè, della divergenza tra quanto fatto oggetto di relazione/attestazione e la realtà⁹¹.

Nell'ipotesi che questa discrasia si sostanzi in un giudizio, la prova postula che sia stata addotto a sostegno una giustificazione difforme alla congruenza logica sì da considerarsi manifestamente irragionevole, ovvero che la motivazione si allontani dal riferimento, anche implicito, a previsioni normative che dettano criteri di valutazione in ragione di parametri predeterminati⁹².

Il reato in discorso non richiede, quale momento soggettivo, che un dolo meramente generico, non contemplando la norma (salvo che nell'ipotesi aggravata modulata sul fine di profitto) alcuna finalità specifica oggetto di volizione (anche perché l'estensione della previsione, nella sua indeterminatezza, è tale da ostacolare qualsivoglia maggior dettaglio prescrittivo).

11. L'accordo di ristrutturazione dei debiti⁹³

⁹⁰ Cfr. BRICCHETTI-PISTORELLI, *Operazioni di risanamento, professionisti nel mirino*, in *Guida dir.*, 29, 2012.

⁹¹ Qualora la falsità derivi da una informazione proveniente dal debitore/istante, occorrerà - nella buona fede del professionista - vagliare la responsabilità del privato ai sensi dell'art. 48 c.p.

⁹² La giurisprudenza ammette la proponibilità del falso ideologico nei giudizi, cfr. Cass., Sez. V, 20 dicembre 2013, V., in *Mass. UIt.*, n. 258346; Id., Sez. I, 10 giugno 2013, Capogrosso e altro, *ivi*, n. 257895; Id., Sez. II, 11 ottobre 2012, P.C. in proc. P., *ivi*, n. 254305, ecc.

⁹³ Su questo istituto e su alcuni aspetti particolari in dottrina cfr. FERRO in *I nuovi strumenti di rego-*

Questa speciale intesa negoziale (che riecheggia una risalente tradizione di “moratoria” concessa al debitore, senza alcuna interferenza giudiziale, per impedire il sorgere del procedimento fallimentare, foriero di drastiche ed irreversibili conseguenze per questi) non può qualificarsi come vera e propria procedura concorsuale⁹⁴.

Essa fu prevista dall'art. 2, co. 1, lett. a) del citato d.l. n. 35 del 2005⁹⁵ ed oggi si rinviene nel corpo dell'art. 182.bis della legge fallimentare (frutto, a sua volta, portato dall'art. 16, co. 4, D.Lgs. 12 settembre 2007, n. 169). L'art. 33 del

lazione negoziale dell'insolvenza e la tutela giudiziaria delle intese fra debitore e creditori: storia Italiana della timidezza competitiva, in Il Fallimento e le altre procedure concorsuali, 2005, 587; AMBROSINI, Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella nuova legge fallimentare: prime riflessioni, in Il Fallimento, 2005, 949 ed anche AMBROSINI-DE MARCHI, Il nuovo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti, Milano 2005; LO CASCIO, La nuova legge fallimentare: dal progetto di legge delega alla miniriforma per decreto legge, in Il Fallimento e le altre procedure concorsuali, 2005, 362; FABIANI, Il regolare pagamento dei creditori estranei negli accordi di cui all'art. 182-bis l. fall., in Foro it. 2006, I, 2563; PRESTI, Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, in Banca, borse, tit. cred., 2006, I, 36; PROTO, Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, in Il Fallimento e le altre procedure concorsuali, 2006, 129; FAUCEGLIA, Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge n. 80/2005, ivi, 2005, 1448; DE CRESCENZIO-PANZANI, Il nuovo diritto fallimentare, Milano, 2005, 64 e ss.; NARDECCHIA, Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, in Il Fallimento e le altre procedure concorsuali, 2006, 672; INZITARI, Gli accordi di ristrutturazione ex art. 182bis l. fall.: natura, profili funzionali e limiti dell'opposizione degli estranei e dei terzi, cit., 263; MARANO, Le ristrutturazioni dei debiti e la continuazione dell'impresa, in Il Fallimento e le altre procedure concorsuali, 2006, 103; DEMARCHI, I piani di risanamento ex art. 67 legge fall. - Tentativo di ricostruzione di un istituto a partire dai suoi effetti in caso di fallimento, in HCaso.it., II, 189/2010, p. 4 e ss., ecc.

⁹⁴ Come ha dimostrato INZITARI, *Gli accordi di ristrutturazione ex art. 182bis l. fall.: natura, profili funzionali e limiti dell'opposizione degli estranei e dei terzi*, cit., poiché difetta a questo procedimento una vera e propria disciplina normativa, manca la previsione di nomina di organi ad esso preposto, è omessa l'indicazione del giudice concorsuale competente e l'esistenza di un vero e proprio comitato dei creditori, i quali non sono integralmente coinvolti dall'accordo, senza, ancora, un reale spossessamento del debitore, ecc. Dunque, questa sua natura richiede che alla proposta segua un'accettazione delle controparti negoziali all'interno di una logica privatistica, al di fuori della presenza di un soggetto “terzo”, qual è il curatore oppure il commissario giudiziale. In giurisprudenza questo assunto è confermato: Cass., Sez. I, 4 settembre 2009, n. 19214 (è causa civile) in *Giust. civ.*, 2010, I, 1151, con nota di DIDONE, *Osservazioni su procedimento prefallimentare e partecipazione del pubblico ministero* ha affermato: «In tema di procedimento per la dichiarazione di fallimento, non sussiste un diritto del debitore, convocato avanti al giudice, ad ottenere il differimento della trattazione per consentire il ricorso a procedure concorsuali alternative (nella specie, il concordato preventivo o l'accordo di ristrutturazione dei debiti), né il relativo diniego da parte del giudice configura una violazione del diritto di difesa, in quanto tali iniziative (nella specie, nemmeno promosse con il deposito dei relativi atti) sono riconducibili all'autonomia privata, il cui esercizio dev'essere oggetto di bilanciamento, ad opera del giudice, con le esigenze di tutela degli interessi pubblicistici al cui soddisfacimento la procedura fallimentare è tuttora finalizzata» (successivamente, nello stesso senso, Cass., Sez. VI-I, ord., 30 ottobre 2014, Mobili Santambrogio s.r.l. in Liquidazione c. Fall. Mobili Santambrogio s.r.l. in Liquidazione ed altro, in *Mass. Uff.*, n. 632785).

⁹⁵ Convertito con modificazioni nella L. 14 maggio 2005, n. 80.

D.L. 22 giugno 2012, n. 83⁹⁶ ha di poi esteso - con efficacia dall'11 settembre 2012⁹⁷ - le esenzioni dall'azione revocatoria anche ai pagamenti ed alle operazioni di finanziamento autorizzati dal giudice a norma dell'articolo 182-*quater* e *quinquies* («Disposizioni in tema di finanziamento e di continuità aziendale nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti»). La relazione parlamentare afferma «il concordato diviene lo strumento attraverso il quale la crisi d'impresa può essere risolta anche attraverso accordi stragiudiziali che abbiano a oggetto la ristrutturazione dell'impresa», dando, quindi, alla funzione di questo istituto un carattere di autonomia, ma anche di eventualità.

Si tratta, pertanto, di un'intesa che ha la sua genesi (del tutto informale) in area stragiudiziale. Essa prescinde da un itinerario procedimentalizzato e dà vita ad un accordo il cui svolgimento, in fase di relativa esecuzione, si svolge al di fuori dell'occhio del giudice o di un suo emissario⁹⁸.

Non è previsto che i creditori siano organizzati in momenti istituzionali, sicché la decisione assunta non esplica efficacia cogente per chi non vi partecipa. Il debitore - che resta nel pieno possesso del suo patrimonio - liberamente sceglie le migliori condizioni per la sua sistemazione passiva, individuando i creditori che meglio lo seguono nella sua proposta.

⁹⁶ Convertito con modificazioni nella L. 7 agosto 2012, n. 134. Questo provvedimento è rilevante sia per avere assegnato il cd. "principio di consecuzione" alla procedura del concordato preventivo rispetto al fallimento (art. 69, co. 2-*bis*, l. fall., sulla decorrenza dei termini per la revocatoria, cfr. Cass., Sez. I, 6 agosto 2010, Banca Stefano Credito Cooperativo Martellago c. Fall. Meccanica Patron S.r.l. ed altro, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2011, 30), sia anche per avere apportato preziose modifiche all'art. 182 *quater* in tema di prededucibilità dei crediti nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione. Al riguardo cfr. BIANCHI-FUCITO-GULOTTA, *Postergazione, prededucibilità e pagamento dei crediti in regime di continuità aziendale*, S. di Romagna, 2013; BOSTICCO, *La Cassazione conferma il principio della consecuzione tra concordato preventivo e fallimento*, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2011, 30. Si omettono considerazioni sulla diatriba circa la collocazione sistematica della procedura di cui all'art. 182-*bis*, salvo rinviare alla dottrina in argomento, tra cui PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di Ambrosini, Bologna, 2006, 386; NARDECCHIA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2006, 670.

⁹⁷ Chiaramente queste disposizioni suppongono che i tentativi di risanamento della situazione non siano giunte al risultato prefisso.

⁹⁸ Per esempio la disciplina dell'art. 182-*bis* l. fall. non impone la redazione di un piano formale: tuttavia si ritiene che esso sia indispensabile per raccogliere il consenso dei creditori e per poter dare la possibilità al professionista di assumere i giudizi sull'idoneità ed attendibilità della proposta del debitore. Inoltre, non è prevista la nomina di un commissario o di un curatore che sorvegli lo svolgimento e l'esecuzione dell'accordo. Né, per converso, è ipotizzata la nomina di un giudice *ad hoc* delegato. Il contenuto dell'accordo può essere assai vario, potendosi concretare in *pactum de non petendo*, in una remissione parziale del debito, nella concessione di garanzia, ecc., come chiaramente ricorda INZITARI, *Gli accordi di ristrutturazione ex art. 182-bis l. fall.: natura, profili funzionali e limiti dell'opposizione degli estranei e dei terzi*, cit., 263.

Proprio per la natura, difforme dagli altri rimedi escogitati dal legislatore fallimentare, non sembra possibile ritenere, in assenza di espressa volontà delle parti, l'applicabilità delle regole proprie della concorsualità, per es. quella della *par condicio*.

La libertà negoziale è sovrana: essa si può manifestare (anche mediante intese di prelazione su singoli beni) nello svolgimento dell'accordo⁹⁹.

L'accordo assume efficacia applicativa allorché raccolga l'assenso dei creditori rappresentanti almeno il 60% del totale dei crediti ed acquista validità se l'accordo assicura comunque anche il regolare pagamento di quanti non hanno preso parte alla formazione dell'intesa¹⁰⁰.

La soluzione negoziale postula la relazione di un professionista (dotato dei già noti requisiti di cui all'art. 67, co 3, lett. d), l. fall., in merito ai quali si rinvia a quanto dianzi osservato relativamente al piano di risanamento), che attesti l'attuabilità del piano, specialmente in relazione all'idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei all'accordo.

Ciascun creditore ha la possibilità di manifestare il proprio dissenso dalla proposta mediante formale opposizione da avanzarsi (entro 30 giorni dalla pubblicazione dell'accordo) personalmente ovvero ad opera di ogni altro eventuale terzo, purché mosso da interesse giuridicamente apprezzabile¹⁰¹.

Quando siano superate le eventuali opposizioni, il giudice (il tribunale) può decidere se omologare o meno l'intesa.

L'omologazione consente l'attuazione della fase esecutiva della procedura, disciplinata dalle norme del diritto privato proprie dei contratti.

I creditori che sono rimasti estranei all'accordo e sono portatori di valida pretesa non soddisfatta, possono avanzare istanza di fallimento; mentre coloro che aderiscono all'accordo sono legittimati ad instare per la risoluzione della procedura se provano l'inadempimento del debitore alla proposta solutoria.

La proposizione della richiesta di risoluzione dopo l'omologazione del concordato non genera l'invalidità degli atti esecutivi della procedura.

⁹⁹ Cfr. INZITARI, *Gli accordi di ristrutturazione ex art. 182-bis l. fall.: natura, profili funzionali e limiti dell'opposizione degli estranei e dei terzi*, cit.; FABIANI, *L'ulteriore upgrade degli accordi di ristrutturazione e l'incentivo ai finanziamenti nelle soluzioni concordate*, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2010, 902; NARDECCHIA, *La protezione anticipata del patrimonio del debitore negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2011, 708.

¹⁰⁰ La dottrina è incerta sull'espressione «regolare pagamento»: sul punto cfr. fra gli altri NARDECCHIA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 670 e ss.

¹⁰¹ I creditori, invero, anche se estranei alla formazione dell'accordo, potrebbero essere pregiudicati quando l'articolazione dell'intesa assunta dal debitore sia in grado di danneggiare o financo soltanto di mettere a repentaglio la soddisfazione delle loro pretese. Il che si verifica nel caso di assenza di effettiva sostanza patrimoniale capace di consentire, nella fase liquidatoria, la soddisfazione di ciascuna pretesa, al momento della scadenza dell'obbligazione a loro favore.

L'omologazione mantiene la sua validità anche se nel prosieguo intervengono modifiche dell'intesa originaria, salvo che – ovviamente – i mutamenti non assumano un profilo decisivo, incompatibile con la primitiva manifestazione del concorso delle volontà delle parti¹⁰².

Come si è accennato, la procedura salvaguardia anche i creditori “estranei”, protetti della speciale e severa tutela disposta dall'art. 182-*bis* l. fall. che postula la garanzia – mediante il piano – del loro «integrale» pagamento¹⁰³ e, cioè, «l'esatto pagamento alla scadenza»¹⁰⁴, mentre i debiti ormai scaduti al momento della stipula dell'accordo debbono essere pagati immediatamente, ovvero secondo le modalità previste dalla legge o dal titolo che diede origine all'obbligazione¹⁰⁵.

Occorre puntualizzare che l'accordo dedotto dall'art. 182-*bis* genera doveri soltanto in capo a chi lo ha accettato e concluso¹⁰⁶. Non è prevista protezione del cespite patrimoniale da terzi (e, quindi, da possibili iniziative dei creditori “estranei”).

Può aggiungersi che, conseguentemente, l'azione del terzo che, con atto illecito, diminuisca la consistenza del cespite patrimoniale potrà rinvenire sanzione nelle fattispecie proprie del diritto penale comune. Non già in norme della legge fallimentare, poiché l'art. 236, co. 2, n. 4, l. fall., che richiama la previsione dell'art. 232 (che potrebbe ritenersi astrattamente pertinente), non è estensibile fuori dalla procedura di concordato preventivo, se non per inammissibile analogia *in malam partem*¹⁰⁷. Per il medesimo motivo non è ipotizzabile penale responsabilità, al titolo di bancarotta fraudolenta patrimoniale, a carico dell'imprenditore che ingiustificatamente impoverisca (ovvero ponga in essere le condotte previste dall'art. 216, co. 1, n. 1, l. fall.) il suo patrimonio¹⁰⁸.

¹⁰² In tal senso TARANTINO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Il Diritto di tutti*, Milano, 2013.

¹⁰³ Secondo l'intervento modificativo disposto con dal d.l. n. 83 del 2012 (convertito nella l. n. 134 del 2012) che ha sostituito l'attributo «regolare» con il termine «integrale», circostanza che induce a ritenere che l'atto solutorio debba annoverare (salva diversa espressa volontà negoziale) anche gli accessori connessi alla pendenza.

¹⁰⁴ Così Trib. Brescia, decr., 22 febbraio 2006, in *Foro it.*, 2006, I, 2563. In tal senso la dottrina sostanzialmente concorde: cfr. *ex multis* FABIANI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti: l'incerta via italiana alla 'reorganisation'*, in *Foro it.*, 2006, 2565.

¹⁰⁵ Così NARDECCHIA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 672.

¹⁰⁶ Così INZITARI, *Gli accordi di ristrutturazione ex art. 182bis l. fall.: natura, profili funzionali e limiti dell'opposizione degli estranei e dei terzi*, cit., 3.

¹⁰⁷ Né tanto è consentito dall'intitolazione del Capo III del Titolo VI della legge fallimentare, compendio che riguarda anche altre ipotesi punitive, come l'art. 236-*bis*, compatibili con l'istituto dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, mentre la norma in esame pertiene specificamente alla situazione del concordato preventivo.

¹⁰⁸ Salve difformi disposizioni che possono eventualmente concorrere con il delitto di bancarotta, come quella dell'art. 334 c.p. (soprattutto nel caso di bancarotta post-fallimentare, cfr. Cass., Sez. V, 25 mag-

La perdurante disponibilità del patrimonio, in capo al debitore, consente ai terzi la richiesta ed al giudice l'applicazione, di misure cautelari reali, come il sequestro preventivo dei cespiti del debitore, anche in vista della confisca dei beni, mobili o immobili, che compongono il suo patrimonio¹⁰⁹.

12. L'art. 217-*bis*: l'individuazione dell'area delle esenzioni concesse al debitore: il carattere eccezionale della norma; la natura dell'esenzione; la proponibilità di ipotesi plurisoggettiva; la successione della norma nel tempo

L'art. 217-*bis* fornisce immediata esecuzione ad alcune innovative soluzioni della crisi e corregge perplessità interpretative, manifestatesi in sede giurisprudenziale, talora francamente venate da formalismo lontano da ogni effettiva offensività¹¹⁰. L'«esenzione», che l'art. 217-*bis* l. fall. concede al debitore, ha per oggetto la salvaguardia

a) dall'incriminazione per i reati di bancarotta preferenziale (art. 216, co. 3, l. fall.)¹¹¹;

b) dall'incriminazione per il reato di bancarotta semplice, verosimilmente (secondo la più logica lettura¹¹²) nell'ipotesi di indebita dilazione dell'istanza di fallimento (art. 217, co. 1, n. 3 o 4, l. fall.), purché l'impovertimento patrimoniale possa giustificarsi nella logica perseguita dal legislatore¹¹³.

gio 1988 F., in *Mass. Uff.*, n. 179129 ed in *Giur. It.*, 1989, II, 362; ovvero Id., Sez. V, 19 giugno 1972, R., *ivi*, n. 121874).

¹⁰⁹ In tal senso si è pronunciata Cass., Sez. III, 8 febbraio 2012, V., in *Mass. Uff.*, n. 252618, proprio perché il debitore conserva l'amministrazione e la disponibilità dei beni nell'ambito della procedura.

¹¹⁰ Si richiama per es. la decisione di Cass., Sez. V, 2 marzo 2004, P.G. in proc. M., in *Mass. Uff.*, n. 228766, in *Fallimento*, 2005, p. 465, che ha qualificato simulatoria (in ragione del risultato preferenziale conseguito) la garanzia effettiva (e non frutto di accordo ingannevole) posta a sostegno dello scoperto di c/c. In dottrina su questi temi cfr. ALESSANDRI, *Profili penalistici delle innovazioni in tema di soluzioni concordate delle crisi d'impresa*, in *Diritto penale dell'impresa*, Torino, 2007, 463.

¹¹¹ La bancarotta preferenziale (denominata anche «favoreggiamento dei creditori») è la fattispecie che reprime la violazione della cd. *par condicio creditorum*, ossia l'uguale diritto dei creditori ad essere soddisfatti sui beni del debitore in osservanza del principio sancito dall'art. 2741 c.c. Condotta che «presuppone il concorso di altri crediti con privilegio di grado prevalente o eguale rimasti insoddisfatti per effetto dei pagamenti «*de quibus*» e non già di qualsiasi altro credito» (Cass., Sez. V, 12 marzo 2014, C. ed altri, in *Mass. Uff.*, n. 260221). In pratica, è ravvisata nel pagamento di uno o più creditori chirografari prima della tacitazione delle pretese privilegiate. Essenziale è che il credito soddisfatto sia esistente e valido: diversamente la responsabilità del debitore si colora di frodolenzia.

¹¹² Infatti, esclusa per radicale incongruenza con il divieto connesso alle «spese eccessive» di cui all'art. 217, n. 1, l. fall. ed alla natura di «operazione di pura sorte o manifestamente imprudente» (n. 2) ed impregiudicata la possibilità di un pregresso concordato preventivo o fallimentare le cui obbligazioni non siano state soddisfatte (n. 5), non sembra potersi alludere alla bancarotta semplice documentale di cui all'art. 217, co. 2, l. fall., poiché né il piano di risanamento né i suoi allegati hanno l'oggettiva fisionomia delle «scritture contabili prescritti dalla legge», non essendo essi compresi nel comando dettato dall'art. 2214 c.c. (né da altra norma speciale).

¹¹³ L'esimente, cioè, non opera nell'area della frodolenzia, quale viene dalla legge fallimentare così qua-

Più esattamente: la finalità legislativa sottesa all'art. 217-*bis* l. fall. è quella di favorire, per un verso, la conservazione in vita di un'impresa al fine di mantenere l'occupazione lavorativa ed il gettito tributario¹¹⁴ (anche per i casi in cui il "salvataggio" dell'impresa si presenti arduo e concreto sia il rischio del fallimento, con le sue implicazioni penali¹¹⁵), per altro verso, agevolando la soluzione della crisi di impresa (individuale e collettiva), di eliminare quegli "inciampi" per l'imprenditore in difficoltà e per i suoi corrispondenti, rappresentati da situazioni in cui possa ravvisarsi responsabilità penale. Beneficio che ridonda anche a favore dei terzi (come si preciserà anche oltre), autori dell'aiuto reso al debitore, che sono, in tal modo, liberati dal rischio (assai sensibile per il profilo finanziario) costituito dalla probabile revocazione del sostegno accordato al soggetto in crisi.

Parte della dottrina ha ritenuto che la norma dell'art. 217-*bis* l. fall. intenda privare di effettiva rilevanza antiggiuridica la condotta¹¹⁶ (o l'oggetto materiale del comportamento¹¹⁷), ovvero miri ad assegnare l'esimente del consenso all'azione da parte di chi poteva disporre del diritto violato (art. 50 c.p.)¹¹⁸.

Altra parte degli studiosi ha obiettato che appare lettura illogica quella che ritiene integrata e, nello stesso tempo, esclusa la condotta illecita, dovendosi verificare pur sempre la ricorrenza del dolo che, per la bancarotta preferenziale, ha la peculiare fisionomia del dolo specifico (concomitante ad un coevo dolo eventuale¹¹⁹), che secondo la giurisprudenza «è ravvisabile quando l'atteggiamento psicologico del soggetto agente sia rivolto a preferire intenzionalmente un creditore, con concomitante riflesso, anche secondo lo schema

illicita in tutte le sue espressioni illecite.

¹¹⁴ VITIELLO, *Brevi (e scettiche) considerazioni sul concordato con continuità aziendale*, in *Il Fallimentarista*, 2013, 2. *Sui riflessi delle relazioni con il Fisco in seno al concordato preventivo* cfr. LO CASCIO, *Il piano attestato*, cit., 286.

¹¹⁵ In questo senso cfr. le puntuali osservazioni di BRICCHETTI-PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari - Dottrina e giurisprudenza a confronto*, Milano 2011, 159. Tra gli *agrément*s riconosciuti al debitore in crisi vi è la "moratoria" fino ad un anno dall'omologazione per il pagamento dei creditori privilegiati, le condizioni privilegiate nelle relazioni con la pubblica amministrazione, ecc.; istituto già praticato nella prassi negoziale coinvolgente il sistema bancario, sicché si propende per escludere, al di fuori di questa tipologia di concordato, analoga facilitazione (cfr. BALDASSARRE-PERINO, *Prime riflessioni in tema di concordato preventivo in continuità aziendale*, in *Il Fallimentarista*, 2013, 2-3).

¹¹⁶ SANDRELLI, *La riforma della legge fallimentare: i riflessi penali*, in *Cass. pen.*, 2006, 1300.

¹¹⁷ ALESSANDRI, *Profili penalistici delle innovazioni in tema di soluzioni concordate delle crisi di impresa* in *Riv. dir. proc. pen.*, 2006, 121, opinione espressa prima della modifica dell'art. 67, co. 3.

¹¹⁸ INSOLERA, *Riflessi penalistici della nuova disciplina del concordato preventivo e delle composizioni extragiudiziali della crisi dell'impresa*, in *Giur. comm.*, 2006, 465; BRUNO, *Le responsabilità civili e penali degli organi amministrativi e di controllo nella gestione della crisi d'impresa e nell'insolvenza*, in *Fall.*, 2008, 1139.

¹¹⁹ Giurisprudenza costante: da ultimo cfr. Cass., Sez. V, 4 ottobre 2013, D.M., in *Mass. Uff.*, n. 258713.

tipico del dolo eventuale, nel pregiudizio per altri»¹²⁰.

In realtà la norma configura una ben precisa delimitazione dell'esenzione nei termini espressamente evocati dal legislatore, cioè soltanto all'interno delle procedure di risanamento testualmente segnalate dalla norma medesima. Non si tratta, dunque, di una esimente (o una causa di non punibilità) a portata generale, bensì di una limitazione del portato tipico del delitto di bancarotta sia preferenziale sia semplice. Ma pur con questa obiettiva limitazione non v'è dubbio che essa sia valevole per tutti coloro che, unitamente al soggetto "proprio", a vario titolo partecipano alla commissione della condotta¹²¹.

L'«esenzione» da responsabilità penale non è scelta normativa di poco conto¹²², avuto riguardo alla grande frequenza dei reati di bancarotta semplice e preferenziale nelle aule di tribunale (e, per la preferenzialità la repressione è, talora, di significativa severità¹²³). La riforma, pertanto, segna un alleggerimen-

¹²⁰ Cass., Sez. V, 21 novembre 2013, L., in *Mass. Uff.*, n. 257963; giurisprudenza costante. In realtà la fattispecie di bancarotta preferenziale è di delicata interpretazione, proprio perché il destinatario della ricchezza oggetto del divieto, vanta una legittima pretesa alla sua corresponsione: si pensi alla condotta di preferenzialità realizzata mediante la restituzione ai soci - in periodo di difficoltà gestoria - dei finanziamenti da costoro concessi all'organismo societario, comportamento che talora la giurisprudenza (cfr. Id., Sez. V, 14 febbraio 2013, V., *ivi*, n. 254985; Id., Sez. V, 10 novembre 2011, N., *ivi*, n. 252003), chiaro essendo che ben diversa è la condotta di restituzione di conferimenti societari, da inquadrarsi in area di frode, poiché l'operazione si concreta nella distrazione delle risorse sociali, distolte dalla loro naturale destinazione a garanzia dei creditori (cfr. Id., Sez. V, 5 aprile 2004, Ribatti, *ivi*, n. 229032 che ha, appunto, ritenuto questo comportamento integrativo del reato di bancarotta fraudolenta). Al di fuori del fallimento della società la condotta realizza il delitto di cui all'art. 2623 n. 2 c.c. (cfr. Id., Sez. V, 15 novembre 1993, C., *ivi*, n. 196458) In dottrina cfr. SANTORIELLO, *Sulla restituzione ai soci di conferimenti od anticipazioni*, in *Impresa*, 2004, 1829.

¹²¹ Sotto il profilo pratico, al momento della sua applicazione, l'accertamento della condotta di illecita preferenzialità può rivelarsi problematico: per esempio, nella procedura descritta dall'art. 67, co. 3, l. fall., non è semplice perché non è previsto interpellare i creditori.

¹²² Nel novero dei benefici introdotti dal recente legislatore e nel contesto della liberalizzazione rispetto alla precedente rigidità prescrittiva del nostro sistema, oltre all'«esenzione» disposta dall'art. 236-bis, devono considerarsi anche le non trascurabili modifiche previste dalla disciplina del concordato preventivo e del concordato fallimentare (art. 124 e ss.), procedura quest'ultima che è stata in sede di riforma maggiormente (e più razionalmente) appiattita al concordato preventivo.

¹²³ Ed anche di forte estensione applicativa. Si consideri, invero, Cass., Sez. V, 2 marzo 2004, M., in *Cass. pen.*, 2005, 3097, secondo cui la simulazione dedotta dall'art. 216, co. 3, l. fall. non deve essere «intesa in senso civilistico, poiché la ratio della previsione è quella di sanzionare sia le condotte che realizzino la costituzione fittizia di un titolo preferenziale sia quelle che trasformino un credito chirografario in credito privilegiato con la costituzione effettiva di una garanzia in presenza dello stato di insolvenza, posto che entrambe conducono al medesimo risultato di alterazione della *par condicio creditorum*». Pronuncia che trascura come - anche a prescindere dalla normativa del codice civile - il termine in discorso non può ignorare che il comportamento realizza un artificioso ed infedele scostamento della realtà negoziale dall'effettiva volontà delle parti contraenti; sicché è arduo ravvisare un'espressione «simulata» quando essa rappresenta il reale tessuto contrattuale dedotto, ancorché produttivo di un'alterazione non consentita dall'ordinamento. In motivazione si assume che l'artificio consisterebbe nell'aver le parti realizzato la costituzione fittizia di un titolo preferenziale «(...) con la costituzione effet-

to del carico sanzionatorio che la tradizione italiana ha collegato alla insolvenza ed, al contempo, mostra la preferenza verso soluzioni “civilistiche”, privilegiando ogni via d’uscita concordataria.

L’art. 217-*bis* esprime in maniera lineare siffatte tensioni, concentrandole in un unico comma dal tessuto sinallagmatico semplice¹²⁴.

Ribadendo quanto osservato, quale deroga alla generale disciplina dettata dal sistema concorsuale, l’esenzione di cui qui si tratta non sembra suscettibile di interpretazione estensiva o analogica, rappresentando ipotesi che formalmente si distaccano dalla regola generale, ricavabile dalla legge fallimentare (e dalle leggi speciali)¹²⁵. Tuttavia, non sembra corretta la lettura della disposizione in guisa formalistica e riduttiva, ritenendo che essa escluda le non evocate ipotesi previste dagli art. 223 e 224 l. fall. per la cd. bancarotta “impropria” (preoccupazione rinvenibile nelle fasi elaborative del provvedimento): se, infatti, la disposizione di cui all’art. 217-*bis* l. fall. concorre nel descrivere (in negativo) le fattispecie delineate dagli artt. 216, co. 3 e 217 l. fall., è chiaro che

tiva di una garanzia in tempi sospetti ed in presenza dello stato di insolvenza (...): ma siffatta giustificazione non fa che dimostrare la consapevolezza della volontà illecitamente preferenziale di cui all’art. 216, co. 3, l. fall. nella modalità di esecuzione di pagamenti a scopo di favorire taluno dei creditori.

¹²⁴ «Esenzione dai reati di bancarotta»: «Le disposizioni di cui all’art. 216, co. 3, e 217 non si applicano ai pagamenti ed 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 ovvero del piano di cui all’articolo 67, terzo comma, lettera *d*), nonché ai pagamenti e alle operazioni di finanziamento autorizzati dal giudice a norma dell’articolo 182-*quinquies*».

¹²⁵ Così INZITARI, *Gli accordi di ristrutturazione ex art. 182bis l. fall.: natura, profili funzionali e limiti dell’opposizione degli estranei e dei terzi*, cit., 9, che ritiene trattarsi di una misura del tutto eccezionale, prevista al solo fine di consentire la ristrutturazione dei debiti e che, quindi, non può considerarsi suscettibile di essere estesa al di là degli atti che, pur previsti nell’accordo, non siano momenti di esecuzione del piano stesso. Cfr. per l’indicazione di siffatti limiti della norma derogatoria, la giurisprudenza, per es. Cass., Sez. trib., 24 febbraio 2012, in *rep. Foro it.* 2012, 72. Per questa ragione - analogamente a quanto dianzi osservato sull’impossibilità di trasporre la disciplina a procedure diverse da quelle dettate dalla lettera della disposizione - la domanda al quesito se l’«esenzione» sia riconoscibile anche per chi operi in contesti diversi da quelli rapportabili alle situazioni normativamente ipotizzate (come nel caso in cui costui provveda, nei fatti, alla liquidazione dei beni con modalità “atomistiche”), non può che avere risposta negativa. Tanto più che il beneficio discende dal rispetto di requisiti oggettivi: l’operazione oggetto di esenzione deve essere portata nel contesto di un *iter* formalizzato, come un compiuto piano di strategia di risanamento, in vista della proposta concordataria (art. 160, co. 1) o dell’omologa di un già presentato accordo di ristrutturazione dei debiti (art. 182-*bis*), o di operazioni di pagamento o di concessione di garanzia contemplate nella relazione dell’“attestatore” che abbia accertato la loro idoneità allo scopo (art. 67, co. 3, lett. *d*), o dalla già intervenuta omologazione di un «accordo nella composizione delle crisi da sovraindebitamento» (art. 12 L. 27 gennaio 2012, n. 3), infine, da specifico atto formale del giudice (già preceduto agli adempimenti formali per adire alle speciali procedure di cui si è ora detto). Dunque, il riscontro a questi presupposti obiettivi è il primo onere del giudice adito; soltanto successivamente, potrà essere da questi valutata la ricorrenza degli ulteriori profili sottesi dalla norma, quale il dolo specifico di indebita preferenza in capo al soggetto o gli elementi costitutivi della bancarotta semplice.

il richiamo operato dagli artt. 223 e 224 l. fall. ai «fatti» - seguendo la lettera dei menzionati articoli - è in sé sufficiente a far ritenere precisa e compiuta la previsione, senza necessità di dover ricorrere ad interpretazione analogica del testo¹²⁶.

Qualche maggiore complessità si avverte all'atto della concreta applicazione dell'art. 217-*bis* l. fall.

La disposizione indica due situazioni "esentabili" per le quali è stata esclusa la proponibilità dell'azione revocatoria, garantendo così alle parti interessate la conservazione degli accordi assunti prima della procedura fallimentare¹²⁷.

Possono, quindi, prefigurarsi le seguenti situazioni "esentabili":

- un concordato preventivo (art. 160 e ss. l. fall.) nella forma tradizionale o in quella di nuovo conio, cd. "con continuità" (art. 186-*bis* l. fall.);
- un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato (art. 182-*bis* l. fall.);
- un piano (attestato) di risanamento, quale quello indicato dall'art. 67, co. 3, lett. *d*) della legge fallimentare: un progetto, cioè, dalla durata non determinata, non soggetto al controllo del giudice, né nella fase di preparazione, né nella fase di esecuzione, per cui non è prevista interlocuzione di sorta da parte dei creditori, progetto esente da obblighi di pubblicità;
- un accordo di composizione della crisi, omologato, ai sensi dell'art. 12 della L. 27 gennaio 2012, n. 3 («*Procedimenti di composizione della crisi da sovraindebitamento e di liquidazione del patrimonio*»)¹²⁸,

¹²⁶ È opportuno chiarire che, nonostante il rinvio espresso dall'art. 224 all'art. 217 l. fall., non sembra possibile includere nel richiamo l'ipotesi generale colposa dettata dall'art. 224 n. 2 («hanno concorso a cagionare o aggravare il dissesto della società con inosservanza degli obblighi ad essi imposti dalla legge»), anche se la violazione della *par condicio* nei pagamenti sia da qualificarsi obbligo «imposto dalla legge»: il termine «dissesto» sembra incompatibile con la procedura di concordato preventivo e più confacente ai prodromi del fallimento. È più agevole, invece, ritenere l'ipotesi inclusa in uno dei n. 3 o 4 dell'art. 217 l. fall. e, per questa via, fatto proprio dal novello art. 217-*bis* l. fall. (cfr. anche *retro* n. 27).

¹²⁷ Cioè, la dimostrazione dell'adempimento delle modalità richieste dal legislatore nell'appianamento delle pendenze debitorie, situazioni per cui è espressamente intervenuta la riforma della legge fallimentare.

¹²⁸ L'esenzione dall'azione revocatoria dettata dall'art. 67, co. 3, l. fall., ora formalmente riconosciuta (e con maggiore nitidezza di dettaglio), era - per il vero - già sottesa al previgente sistema. Infatti, la dottrina penale (cfr. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., 82 ss.; MANGANO, *Disciplina penale del fallimento*, Milano, 1993, 70; LA MONICA, *Diritto penale commerciale*, I, Milano 1988, 290; COCCO, *La bancarotta preferenziale*, Napoli 1987, 160) aveva affermato che la «sanzione» per il creditore favorito, che conosce lo stato d'insolvenza del debitore, è la revocatoria del pagamento; la sanzione per il debitore fallito che ha preferenzialmente pagato (per il quale la revocatoria non esplica effetto) è costituita dalla conseguenza penale. Orbene, la riforma dell'art. 67, co. 3, l. fall. ha disposto una testuale esenzio-

norma dalla breve esistenza essendo stata radicalmente modificata dall'art. 18 del D.l. 18 ottobre 2012, n. 179 (convertito, senza effettive modifiche sul punto, dalla L. 17 dicembre 2012, n. 221)¹²⁹;

- i pagamenti e le operazioni di finanziamento, purché autorizzati dal giudice.

La ragionevole e giusta applicazione della disposizione esentatrice prescinde dalla formale contestazione mossa all'imputato e, invece, si allaccia alla sostanza della disposizione del beneficio, essendo noto che - in tema di bancarotta semplice, "propria" ed "impropria" - l'esasperata tecnica casistica del legislatore fallimentare consente aree di ampia sovrapponibilità¹³⁰. La conclusione è nel senso di una lettura ragionevole della fattispecie, lontana da mere allusioni formali o dalla letteralità del capo di accusa.

In considerazione della successione degli interventi normativi occorsi nel 2012 e con la nuova redazione del medesimo art. 217-*bis* l. fall, si propone il quesito sul trattamento delle condotte rilevanti per la "vecchia" versione rispetto a quella attuale. Il risultato a cui perviene l'applicazione dell'art. 217-*bis* l. fall. è, indubbiamente, quello di un offuscamento del principio (un tempo considerato caposaldo della disciplina concorsuale) di rigida osservanza della *par condicio creditorum*: alla perequazione della soddisfazione creditoria si è anteposta - come sopra accennato - la permanenza della vitalità d'impresa e l'incremento della libertà di inventiva negoziale - anche con la

ne dall'azione revocatoria rispetto a taluni (espressamente tipicizzati) atti (pagamenti e concessione di garanzie) effettuati dall'imprenditore che, successivamente, si vedrà sottoposto a procedura concorsuale, atti estromessi, conseguentemente, dalla sfera oggettiva della norma penale, in un contesto in cui l'azione revocatoria rappresenta l'unica tutela apprestata dall'ordinamento per garantire l'equa soddisfazione dei creditori concorsuali (non trovando applicazione l'art. 66 l. fall., che si rivolge piuttosto alla concessione di garanzie, condotta esterna alla lettera dell'art. 216, co. 3, l. fall. o al pagamento del debito scaduto, comportamento inquadrabile nell'area della fraudolenza, piuttosto che in quella della preferenzialità). È arduo, in sostanza, intravedere la traccia di preferenzialità delittuosa in chi si adopera per una diffusa soddisfazione dell'intero ceto creditorio, palesando la propria difficoltà. Ovviamente la carenza (o la infedeltà) di informazione o la evidente sperequazione del piano proposto, con ingiustificato vantaggio per una parte soltanto dei creditori, sono aspetti che consentono di affermare l'ingiustificabile privilegio perseguito e, quindi, punito dalla norma penale.

¹²⁹ Per quanto trae all'art. 12, co. 3, l. n. 3 del 2013, trascurando l'innovazione afferente al «piano del consumatore» (ed i riflessi in ambito di tutela di questi) la riforma ha disposto questo nuovo testo: «L'accordo omologato è obbligatorio per tutti i creditori anteriori al momento in cui è stata eseguita la pubblicità di cui all'art. 10, co. 2. I creditori con causa o titolo posteriore non possono procedere esecutivamente sui beni oggetto del piano; dopo il comma 3 è inserito il seguente comma: "3-*bis*. L'omologazione deve intervenire nel termine di sei mesi dalla presentazione della proposta"».

¹³⁰ Per es. tra il co. 1, n. 4 (trattandosi di ipotesi generale per i colpevoli ritardi nella richiesta del fallimento (cfr. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, II, *Leggi complementari*, Milano, 2008, 174 e ss.) ed il precedente n. 3, co. 1, dell'art. 217 l. fall. (richiamati dall'art. 224 l. fall.).

definizione delle classi¹³¹ - nel momento della crisi. Di qui la sicura convinzione che la prospettazione vigente è più favorevole per l'imputato e che, nel rispetto delle regole che disciplinano, ai sensi dell'art. 2 c.p., la successione delle norme nel tempo, si debba applicare il nuovo art. 217-*bis* ai comportamenti che integrarono ipotesi di preferenzialità ovvero che diedero vita alle operazioni descritte dal citato articolo.

13. *Segue: il soggetto a cui si riferisce l'art. 217-bis, il socio illimitatamente responsabile; il concordato di gruppo; la pluralità di partecipi ai reati; l'extraneus; il soggetto "di fatto"*

Mette subito conto sottolineare che la riforma della legge fallimentare ha allargato le condizioni per l'accesso alle procedure risanatorie. Conseguentemente il novero dei potenziali beneficiari dell'esenzione di cui alla disposizione in esame risulta più esteso di quanto poteva suppersi in passato: sono oggi inclusi nel concordato preventivo anche i debitori in grado di corrispondere meno del 40% ai propri creditori chirografari.¹³² Ma questa categoria è oggi più ampia poiché è stato eliminato quel profilo che dianzi si è qualificato frutto di ispirazione calvinista, rappresentato dagli ostacoli che impedivano l'ammissione alla procedura prima della riforma: la regolare tenuta della contabilità sin dall'inizio dell'attività o per almeno un biennio; l'assenza di precedenti fallimenti o ammissione al concordato preventivo; il certificato penale intonso da condanne per reati fallimentari o contro il patrimonio. In sostanza, la "meritevolezza".

Il che rende più "laico" ogni giudizio in merito.

L'art. 217-*bis* l. fall. sottende quale soggetto *proprio* l'imprenditore commerciale, colui, cioè che è passibile di procedura fallimentare: invero, la qualifica

¹³¹ Mediante le quali il proponente può trattare in maniera differenziata i crediti aventi la medesima natura. Ma la materia ha offerto ragione di controversia: si discute in dottrina sulla liceità del pagamento dei creditori privilegiati che non risulteranno appagati del ricavo della vendita oggetto della prelazione e con assimilazione ai chirografi per la porzione insoddisfatta. Per dirimere la questione l'art. 124, co. 3, l. fall. (come riformato dall'art. 114 del D.Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5) ha espressamente delegato al proponente la possibilità di soddisfo su beni stimati da esperto di nomina giudiziale e senza l'eventualità che tanto determini l'alterazione della cause legittime di prelazione. Sul punto cfr. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, 2002, 145; CENSONI, *Concordato preventivo e coinvolgimento dei creditori con diritti di prelazione*, nota a Trib. Torino, 20 dicembre 2006, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2007, 431.

¹³² ARCURI, *La crisi di impresa oggetto di risanamento*, in ARCURI-BOSTICCO, *Il piano di risanamento attestato e il nuovo sovra indebitamento*, Milano, 2014, p. 23 e ss., ritiene ammissibile l'applicazione dell'istituto anche in situazione di insolvenza, purché reversibile: l'art. 217 *bis* allude ad operazioni proprie di imprenditori insolventi, destinate a configurare il piano attestato.

“propria” è riferibile a colui che, a mente dell’art. 1 l. fall., è stato considerato “fallibile” dal giudice concorsuale (dovendosi il giudice penale attenere alla valutazione del giudice concorsuale, vincolante nei suoi confronti¹³³).

Quindi il soggetto «esentato» è l’imprenditore ‘fallibile’, soggetto privato compatibile con le dimensioni quantitative previste dalla norma, individuale o societario¹³⁴.

Individuazione talora delicata. Infatti:

- tenendo conto che l’art. 1 della legge fallimentare esclude l’imprenditore agricolo dall’ambito di applicazione del regime concorsuale (non esercitando costui attività commerciale), appare complesso l’accertamento della “fallibilità” della società (ente naturalmente ‘commerciale’, soprattutto se dedito ad attività industrializzata di sfruttamento del terreno) agricola a cagione dell’incompiutezza della disciplina positiva¹³⁵;

¹³³ Cfr. Cass., Sez. un., 28 febbraio 2008, N., in *Mass. Uff.*, n. 239398 ed in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2008, 267, con nota di CARDONE-PONTIERI-GAMBOGI, *Le Sezioni Unite chiariscono gli effetti della riforma della legge fallimentare sul reato di bancarotta. Occorre segnalare che FERRO, Art. 67, co. 3, let. D) – Il piano attestato di risanamento*, in FERRO (diretto da) *La legge fallimentare*, Padova, 2011, 756, sostiene la possibilità di impiego dell’istituto anche al di fuori della concorsualità, tesi che non è condivisa da AMBROSINI/AIELLO, *I piani attestati*, cit., p. 12, perché ‘la vicenda finisce per assumere i contorni di una sorta di concordato stragiudiziale ... più che di un piano ex art. 67 3 comma, lett. d, l. fall.’

¹³⁴ Così, sin dalla comparsa della disciplina, AMBROSINI, in *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella nuova legge fallimentare: prime riflessioni*, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2005, 8, 950, che si sofferma sul c.d. «imprenditore commerciale privato non piccolo». Secondo l’autorevole opinione di LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, cit., 159, le società sono legittimate ad avanzare istanza per l’ammissione al concordato preventivo a prescindere dall’accertamento dell’effettiva gestione di attività commerciale. Tuttavia, sicuramente escluse dal novero della legittimazione all’ammissione al concordato preventivo sono le società semplici (art. 2251 e ss. c.c.), prive di natura commerciale non essendo per esse prevista l’iscrizione nella sezione ordinaria del registro delle imprese. Discussa è la legittimazione per l’imprenditore cessato o defunto, entro l’anno dal verificarsi dell’evento: cfr. al riguardo PANZANI, *Concordato preventivo: Soggetti e presupposto oggettivo*, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2006, 1009, in giurisprudenza, tra le altre, Trib. Viterbo, 14 dicembre 2006 (è causa civile) in *www.ilcaso.it*. È esclusa la legittimazione del socio illimitatamente responsabile, ove manchi il requisito di una sua attività commerciale. Su questi temi AMBROSINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella nuova legge fallimentare: prime riflessioni e Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in COTTINO, *Trattato di diritto commerciale*, XI, Padova, 2008, 18 e ss.

¹³⁵ Sul punto cfr. Cass., Sez. I, 4 luglio 2012 n. 12215 (è causa civile, pubblicata da *Persona e danno del 17 luglio 2012*), non massimata, ove l’argomento è approfonditamente trattato, alla luce dei più recenti interventi normativi. Si ricorda che il D.l. 6 luglio 2011, n. 98, art. 23, co. 43 ha stabilito «In attesa di una revisione complessiva della disciplina dell’imprenditore agricolo in crisi e del coordinamento delle disposizioni in materia, gli imprenditori agricoli in stato di crisi o di insolvenza possono accedere alle procedure di cui agli articoli 182-bis e 182-ter del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, come modificato da ultimo dall’articolo 32, commi 5 e 6, del decreto-legge 29 novembre 2008, n. 185, convertito, con

- l'art. 1 l. fall. individua il soggetto "fallibile" nelle «imprese soggette al fallimento ed al concordato preventivo». La norma, pur essa oggetto di riforma¹³⁶, ha abolito la tradizionale categoria, meramente descrittiva, di "piccolo imprenditore", introducendo in sua vece, più oggettivi parametri quantitativi;
- per la bancarotta impropria gli art. 223 e 224 l. fall. indicano quali soggetti gli esponenti societari, amministratori, sindaci ovvero direttori generali, liquidatori, da individuarsi secondo le regole del diritto commerciale¹³⁷, che delegano all'accertamento dei connotati del soggetto "di fatto", nascosto dietro diversa formale apparenza; inoltre l'art. 227 l. fall. rende responsabile dei reati di cui agli art. 216, 217, 218 e 220 l. fall. l'instatore dell'imprenditore dichiarato fallito¹³⁸;
- dubbi sulla qualità di soggetto "proprio" sono sorti relativamente al socio illimitatamente responsabile. Al proposito, la giurisprudenza della Corte di cassazione¹³⁹ - modificando un precedente orientamento¹⁴⁰ - ha affermato la possibilità di estendere alla categoria di soci di società di persone gli effetti della ammissione della società al concordato preventivo, precisando, tuttavia, che il patrimonio personale del socio è sottratto agli effetti della procedura; pertanto, la disciplina dettata dall'art. 167, co. 2, l. fall. è inapplicabile - quanto ad opponibilità ai creditori sociali anteriori al concordato - agli atti di disposizione

modificazioni, dalla legge 28 gennaio 2009, n. 2».

¹³⁶ Oggetto di reiterati mutamenti, ultimo dei quali l'art. 1, co. 1, D.lgs. 12 settembre 2007, n. 169, con vigenza dal 1 gennaio 2008.

¹³⁷ È nota la travagliata vicenda giuridica sviluppatasi prima dei recenti interventi riformatori. In particolare era discussa l'ammissibilità della categoria di "piccolo imprenditore" per le società commerciali, *querelle* sorta a seguito della dichiarazione di incostituzionalità dell'articolo 1, co. 2, l. fall. (Corte cost. n. 570 del 1989). Controverso era, pure, l'indirizzo teso a considerare parametri "quantitativi" capaci di rendere obiettiva ed incontrovertibile la categoria del "piccolo" rispetto a quella del "medio-grande". La riforma ha reso adeguata risposta sul punto. E la previsione è stata applicata immediatamente dalla giurisprudenza di merito (con il ricorso alle consuete norme civilistiche, art. 2083 cod. civ., avente per referenti il genere di attività, l'organizzazione dell'impresa ed alla prevalenza del lavoro proprio e dei componenti il nucleo familiare, ecc.): cfr. Trib. Firenze, 31 luglio 1990, in *Diritto Fall.*, 1990, II, 1477, Trib. Milano, 21 gennaio 1991, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 1991, 747, ecc.

¹³⁸ All'instatore non possono, tuttavia, essere ascritte - per incompatibilità oggettiva - alcune ipotesi di bancarotta, come l'aver fatto spese personali eccessive, non avere soddisfatto le obbligazioni di un precedente concordato, ecc. Mentre egli è responsabile del disordine documentale, essendo obbligato al dovere contabile ex art. 2205 c.c.

¹³⁹ Cass. civ., Sez. I, 30 agosto 2001, Vignali ed altri c. Fall. Falegnameria Artigiana Snc, in *Mass. Uff.*, n. 549121.

¹⁴⁰ Cass. civ., Sez. I, 29 novembre 1995, in *Mass. Uff.*, n. 494894 ed in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 1996, 540 con nota di NALDINI, *Responsabilità diretta dei soci nel concordato con cessione dei beni*.

posti in essere da siffatto socio. Unico debitore, a questi fini, deve identificarsi, quindi, nella società.

L'art. 217-*bis* l. fall., nel momento in cui allude al reato di cui agli art. 216, co. 3 e 217 l. fall. si riferisce a condotte che si riflettono su una pluralità di soggetti quantomeno interessati all'azione. Invero:

- la bancarotta preferenziale¹⁴¹, è reato *naturaliter* plurisoggettivo, tuttavia, non conosce, nella lettera della legge, espressa responsabilità penale per il creditore indebitamente soddisfatto¹⁴²;
- la bancarotta semplice (art. 217, 224, 236, co. 2, n. 1, l. fall.) è prospettiva che preclude l'ipotesi del concorso, ove si ritenga che il momento soggettivo del delitto sia preminentemente la colpa¹⁴³, ma che – ciononostante – potrebbe ammettere l'applicazione dell'art. 113 c.p.¹⁴⁴. Non sembrano esservi ostacoli a riconoscere, nelle ipotesi implicitamente richiamate dalla norma, situazioni contrassegnate anche da mera colpa. Segnatamente, nel caso di bancarotta impropria semplice, la condotta può ascriversi a tutti i componenti degli organi societari da cui è derivato il comportamento antidoveroso, essendo sottin-

¹⁴¹ Per la configurabilità del concorso dell'istituto di credito nel reato di bancarotta fraudolenta impropria per mezzo di 'operazioni dolose', ai sensi dell'art. 223, co. 2, n. 2, l. fall., cfr. TROYER, *Relazione al "La procedura pre-fallimentare ed i reati fallimentari: problematiche vecchie e nuove" organizzato dal CSM - Ufficio Referenti per la formazione decentrata dei magistrati del distretto di Milano - settore penale (Palazzo Giustizia di Milano)*, 23 dicembre 2012, 7 e ss. dell'estratto; INSOLERA, *La responsabilità penale della banca per concessione abusiva di credito alla impresa in crisi*, in *Giur. comm.*, 2008, 852.

¹⁴² La Cassazione ravvisa la concorrente responsabilità del creditore preferenzialmente favorito soltanto se abbia fornito un contributo determinante dal punto di vista causale alla violazione della *par condicio*: cfr. Cass., Sez. V, 24 settembre 2008, M., in *Mass. Uff.*, n. 241740. In dottrina, su questo tema, con specifico riferimento al settore del credito bancario, cfr. TROYER-INGRASSIA, *Il concorso del ceto bancario nei fatti di bancarotta del debitore: il difficile equilibrio tra libera scelta imprenditoriale della banca e sindacato del giudice penale sulle azioni di sostegno alle imprese in crisi*, in *Riv. dott. comm.*, 2010, 414 e ss.

¹⁴³ Cfr. ancora recentemente Cass., Sez. V, 24 ottobre 2013, P.G. in proc. Z., in *Mass. Uff.*, n. 257533, anche se l'indirizzo prevalente della Corte di cassazione è nel ravvisare l'elemento soggettivo del delitto indifferentemente nel dolo o nella colpa, cfr. per es. Id., Sez. V, 20 dicembre 2005, M., *ivi*, n. 234228. Ed anche nella configurazione aderente all'art. 113 c.p. si deve tenere presente che la citata prescrizione estende l'attribuzione della rilevanza penale a condotte che, in quanto atipiche rispetto alla fattispecie monosoggettiva, non sarebbero punibili in assenza di detta norma che allarga l'area della punibilità.

¹⁴⁴ La giurisprudenza (cfr. per es. Cass., Sez. III, 18 ottobre 1982 n. 5425, G. c. D.M., in *Giust. civ. Mass.* 1982) ha sottolineato le caratteristiche della "cooperazione colposa", precisando che per la sua configurazione, seppure non è richiesta la consapevolezza nei singoli cooperanti di contribuire con il proprio operato alla realizzazione dell'evento, è tuttavia necessaria la consapevolezza della convergenza del proprio e dell'altrui comportamento alla realizzazione di una condotta unitaria e comune, cioè riferibile a tutti perché da tutti coordinatamente adottata, con l'apporto del proprio comportamento a sostegno, ausilio e completamento di quello altrui (e viceversa) sì da far perdere alle azioni carattere di autonomia e da inserirle, parcellarmente, nella attuazione di una condotta comune o di gruppo.

teso che, per la compiuta prova di penale responsabilità, occorre la dimostrazione circa la rappresentazione dei tratti qualificanti del momento oggettivo colposo in capo a ciascun cooperante, a mente del combinato disposto dagli art. 43, co. 3, 113, c.p.

Resta dubbiosa l'ammissibilità, nel nostro sistema, del concordato preventivo "di gruppo"¹⁴⁵.

Dottrina e prassi giudiziale ammettono a proposito dell'art. 217-*bis* l. fall., il concorso dell'*extraneus* nel reato proprio fallimentare, pertanto la disposizione in esame giova quale «esenzione» anche nei confronti di chiunque risulti corresponsabile con il soggetto formalmente qualificato. Situazione che, per lo più, attiene al ruolo del banchiere nell'esazione del credito erogato al cliente¹⁴⁶.

È lettura ragionevole della norma quella che ritiene legittimato all'esenzione ex art. 217 *bis* l. fall. anche il soggetto che "di fatto" svolge l'attività rapportabile a quella dell'imprenditore commerciale. Tenendo conto che il "nuovo" art. 160 l. fall. ha abolito il requisito dell'iscrizione al registro delle imprese, il soggetto legittimato alle procedure concorsuali (ed anche al concordato preventivo) è pure legittimato all'ammissione al concordato preventivo. Pertanto, è pure legittimata la società di fatto o, comunque, irregolare. Donde la conclusione che può ricondursi alla legittimazione anche l'imprenditore la cui impresa non sia mai stata registrata nell'apposito albo, ovvero il socio che non compaia nel formale novero dell'organismo societario o che, pur comparen-

¹⁴⁵ Ammettono in dottrina, tra gli altri, la legittimazione all'ammissione del gruppo alla procedura GUGLIEMUCCI, in *Codice commentato del fallimento*, a cura di Lo Cascio, Milano, 2008, 1208; STANGHELLINI, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da Jorio e coord. Da Fabiani, Torino, 2007, 1953; DI MAJO, *I gruppi di imprese nel concordato preventivo e nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi*, in www.orizzontideldirittocommerciale.it, 33 e ss.; D'ATTORRE, *Concordato preventivo e responsabilità patrimoniale del debitore, Relazione al Convegno "L'impresa e il diritto commerciale: innovazione, creazione di valore, salvaguardia del valore nella crisi"*, Roma, 21-22 febbraio 2014, 32, 33 osserva che la procedura può essere funzionale ad un effettivo soddisfacimento dei creditori, nonché all'eventuale obiettivo di conservazione dei complessi aziendali, considerando la possibilità di legittimare trattamenti tra i creditori del gruppo non esattamente proporzionali alle condizioni patrimoniali delle singole società nei cui confronti vantano la pretesa creditoria. La giurisprudenza di merito è favorevole a siffatta ammissione: cfr. tra le molte, App. Roma, 5 marzo 2013, If. s.r.l. in liquidazione ed altre soc., in www.ilcaso.it, 3 giugno 2013, Sez. Giurisprudenza, 9043; Trib. Palermo, 13 ottobre 2014, in *Il Fallimentarista*, 16 marzo 2015; Trib. Rovigo (non c'è sezione), 5 novembre 2013, in *Dir. banc.*, con nota di FISCHETTI, *Riflessioni sul cosiddetto concordato preventivo di gruppo*. Sui quesiti in tema di competenza territoriale cfr. Cass. civ., Sez. I, 19 luglio 2012, Fall. Tvr Tecnologie Vetrosine Spa c. Tvr Tecnologie Vetrosine Spa ed altri, in *Mass. Uff.*, n. 623310; Id., Sez. VI-I (ord.), 7 maggio 2012, Eurofondi Srl c. Fall. Simshek Italia Srl, *ivi*, n. 622378, ecc.

¹⁴⁶ Cfr. in dottrina, 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*, *cit.*, ed in giurisprudenza cfr. per es. Cass., Sez. V, 29 marzo 2012, B., in *Mass. Uff.*, n. 25280.

do, nei fatti sia autore di condotte di gestione a lui astrattamente estranee (es. l'accomandante il quale si ingerisca nella conduzione aziendale), ecc.¹⁴⁷.

Fuori dall'area dell'art. 217-*bis* l. fall. non può riconoscersi l'esenzione concessa dalla citata disposizione. E pertanto, senza pretesa di completezza, può rammentarsi che devono ritenersi estranei al beneficio:

- a) non può considerarsi legittimato al beneficio il pagamento o la soddisfazione nella fase dell'esecuzione del concordato, di un creditore la cui posizione risulti al di fuori del piano giudizialmente omologato: precisato che la normativa è orfana di specifica regolamentazione sullo sviluppo successivo all'ammissione del concordato (che dovrà proseguire in assenza di liquidatore, ma sotto il diretto controllo dell'A.G.¹⁴⁸), non vi è dubbio che lo scopo di risanamento deve essere perseguito in conformità alle modalità stabilite dal giudice (e precedentemente prefigurate nel piano asseverato), sino all'integrale pagamento dei creditori dedotti dalla procedura. Ogni scostamento si traduce in uno sviamento dall'"esecuzione del concordato", dovendo rimanere fedeli alla medesima lettera normativa che riconosce al debitore le "esenzioni" di cui all'art. 217-*bis* l. fall.;
- b) il debitore che si sia scostato dalle modalità di esecuzione stabilite nella sentenza di omologazione ovvero nel piano approvato dai creditori; ciò determina la risoluzione del concordato stesso e la conseguente dichiarazione di fallimento a cui potrà seguire addebito di preferenzialità (ricorrendo la necessaria specifica volontà del debitore e la premessa dell'insolvenza). Al fine di ovviare a questo esito pregiudizievole, quando - successivamente all'istanza di ammissione alla procedura concordataria - si palesino esigenze di deroga alle prescrizioni giudizialmente rese (ovviamente afferenti al perfezionamento del risanamento aziendale), occorrerà un nuovo ricorso per una diversa fisionomia del possibile rinnovato concordato¹⁴⁹. È bene precisare che non

¹⁴⁷ Le caratteristiche del soggetto di fatto, penalmente responsabile per reati commessi in una attività difforme dalla sua formale qualifica, sono la continuità e la significatività delle funzioni da costui svolte, cfr. (nel solco di un orientamento ormai stabilizzato) Cass., Sez. V, 20 giugno 2013, T., in *Mass. Ull.*, n. 256534, che utilmente precisa come «significatività e continuità non comportano necessariamente l'esercizio di tutti i poteri propri dell'organo di gestione, ma richiedono l'esercizio di un' apprezzabile attività gestoria, svolta in modo non episodico o occasionale».

¹⁴⁸ ARATO, *Il concordato con continuità aziendale*, cit., 11.

¹⁴⁹ Per questa rigidità del sistema ARATO, *Il concordato con continuità aziendale*, cit., 12, segnala la necessità della redazione "flessibile" del piano di ristrutturazione. Tuttavia l'argomento deve essere oggi armonizzato con la riforma dell'art. 161 (che ha correlato la relazione del professionista alle introdotte domande di modifica avanzate dal debitore) o dell'art. 186-*bis* uc. che prevede, quale clausola di chiusura «Resta salva la facoltà del debitore di modificare la proposta di concordato», così consentendo,

possono qualificarsi esecutorie (e, dunque, sono inefficaci verso la massa dei creditori) le operazioni compiute in seno ad un concordato preventivo e descritte (in via esemplificativa dall'art. 167, co. 2, l. fall. ed in ragione di quanto stabilito dall'art. 167, co. 3, l. fall.), senza l'autorizzazione scritta del giudice delegato. Pertanto, dette operazioni conservano la natura illecita (ovviamente, nella ricorrenza dei presupposti considerati dagli art. 216, co. 3 e 217 l. fall.);

- c) i comportamenti di grave imprudenza per ritardare il fallimento (paradossalmente, quindi, protesi ad una impossibile continuità di impresa) serbano profilo di illiceità quando non risultino rapportabili allo scopo a cui vorrebbero essere diretti, ovvero che travalichino i confini della normale ragionevolezza¹⁵⁰, o quando, infine, sottendano un interesse proprio dell'agente o di terzi estranei all'impresa, in tal senso connotandosi di dolosità.

14. *Segue: la fattispecie di bancarotta semplice impropria prevista dall'art. 224 n. 2 e l'art. 217-bis l. fall*

Merita un rapido cenno la fattispecie a sfondo colposo prevista dall'art. 224, n. 2, l. fall. («*Fatti di bancarotta semplice*»).

È disposizione espressamente richiamata dall'art. 236, co. 2, n. 1, l. fall. per il tramite di rinvio alla generale previsione dell'art. 224 l. fall. La norma punisce tutti coloro che «hanno concorso a cagionare od aggravare il dissesto della società con inosservanza di obblighi ad essi imposti dalla legge» e rappresenta precetto tipico della concorsualità cd. “impropria”¹⁵¹, sicché non può ritenersi estesa all'imprenditore individuale.

Per quanto concerne l'istitutore, si osserva che costui è compreso nel novero dell'art. 217 l. fall., per la previsione di cui all'art. 227 l. fall., ma non è richiamato dalla detagliata elencazione dei soggetti quale è espressa dall'art. 224 l. fall. (che contempla un'estensione normativa meramente *quoad poenam*)¹⁵².

chiaramente nei medesimi termini in cui vi è legittimazione per la domanda principale, qualche rettifica, con modalità da coordinarsi con la restante disciplina (per es. l'art. 175, co. 2, che esclude facoltà modificative dopo l'inizio delle operazioni di voto).

¹⁵⁰ Cfr. in linea generale, per es. Cass., Sez. V, 20 marzo 2003, G., in *Mass. UII*, n. 225937.

¹⁵¹ Con un'evidente collocazione simmetrica rispetto alle indicazioni dettate dall'art. 223 l. fall., quest'ultima norma si distingue perché contrassegnata dalla manifestazione soggettiva dolosa.

¹⁵² Deve soggiungersi, tuttavia, che la generale previsione dettata dall'art. 217, co. 1, n. 2, e 3 l. fall. (pur applicabili per il generico rinvio all'art. 217 l. fall.) assorbe gran parte delle condotte qui richiamate per l'imprenditore individuale e per l'istitutore (che è coinvolto per l'estensione disposta dall'art. 227 l. fall.), essendo approdo giurisprudenziale incontrovertito che sia possibile applicare alla bancarotta cd. “impro-

La norma tratteggia un reato ad evento naturalistico - e cioè il dissesto dell'impresa - che determina responsabilità penale quando è provocato dall'azione del soggetto qualificato ed altresì quando - pur derivando da agente causale posto in essere da situazione esterna all'azione del soggetto qualificato - si traduca in un aggravamento del già esistente stato di squilibrio economico.

È doveroso segnalare la differenza terminologica utilizzata dal legislatore nell'alludere al risultato della condotta, nell'ipotesi chiaramente "parallela" alla presente in area di fraudolenza: in quel caso - l'art. 223, co. 2, n. 2, l. fall. - indica l'evento del comportamento criminoso nel «fallimento», invece l'art. 224, n. 2 l. fall. prevede quale esito il «dissesto». Non è agevole spiegare la differente scelta terminologica, scelta che sarebbe sottoscrivibile qualora le previsioni incriminatrici riguardassero il solo concordato preventivo, procedura che non giunge alla definitiva cessazione dell'impresa (anzi, si ancora alla diversa e meno grave patologia di «crisi»). Poiché invece esse attengono anche alla bancarotta, l'argomento non trova logica.

Stando alla lettera, apparentemente l'esito del mero "aggravamento" non è contemplato dall'art. 223, cpv. n. 2, l. fall. Ma - seguendo anche autorevole opinione - l'espressione «concorrere a cagionare» non riguarda soltanto la pluralità di possibili autori che cooperino all'esito indicato, bensì anche alla situazione di chi attua condotta agevolatrice o di rafforzamento dell'avverarsi dell'evento illecito¹⁵³.

La conclusione è che la prensione della norma concordataria è più estesa di quella della bancarotta fraudolenta societaria, sia in ragione dell'azione aggravatrice (ignota, come si è detto, alla disciplina prevista dall'art. 223 l. fall. per la bancarotta fraudolenta), sia anche perché la nozione di dissesto ha una sfumatura meno definitiva di quella formale e compiuta del fallimento: essa si ferma alla perdita dell'equilibrio dei conti dell'impresa debitrice.

In punto «aggravamento» della situazione economica societaria si menziona la massima della S.C. per cui «si applica anche nell'ipotesi in cui la condotta di una delle anzidette persone abbia aggravato una situazione di dissesto già esistente. L'aggravamento del dissesto deve essere considerato globalmente e non già con riferimento a singole situazioni debitorie, sicché quando l'entità

pria" la disciplina della bancarotta semplice, cfr. sul punto Cass., Sez. V, 5 dicembre 1996, T., in *Mass. Uff.*, n. 206910, ma sempre nell'alveo letterale della fattispecie incriminatrice, nel quale non è stato incluso l'istitutore. Una forzatura ermeneutica sembra vietata dal divieto di analogia *in malam partem*.

¹⁵³ In dottrina, cfr. MANNA, *La riforma dei reati societari: dal pericolo al danno*, in *Foro it.*, 2002, 11 e ss., 142.; sul significato di «causa agevolatrice» o «di rinforzo» cfr. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, 2001, Bologna, 461 e ss.

complessiva del medesimo sia comunque rimasta invariata o sia stata persino ridotta, la circostanza che la condotta abusiva abbia incrementato determinate voci di passivo non giustifica, di per sé, un'affermazione di responsabilità ai sensi della disposizione in questione, salvo che non si accerti che la diminuzione del passivo, con riguardo ad altre voci, sia stata causata da fattori autonomi ed indipendenti. Solo in questo caso, infatti, è possibile affermare che, essendo per tali fattori migliorata la situazione, la condotta del soggetto, in sé considerata, ha comunque comportato un peggioramento»¹⁵⁴.

Nell'economia dell'ipotesi incriminatrice, l'aggravamento assume rilievo penale se connessa alla violazione dei "doveri" gravanti sul soggetto attivo.

Il primo quesito applicativo, dunque, attiene all'identificazione di quali possano essere i doveri violati dall'esponente societario. Indubbiamente il richiamo deve rivolgersi, innanzitutto, a quanto previsto dall'art. 217, co. 1, n. 4, che pure accenna all'aggravamento del dissesto dell'impresa, cioè all'astensione da tempestiva richiesta del fallimento¹⁵⁵. Non giova obiettare che non è previsto nel nostro sistema (né per l'imprenditore individuale e neppure per quello societario) il reato di aggravamento di dissesto per omessa istanza di adire la via concordataria, difettando, sul punto, il parallelismo con la disciplina prettamente fallimentare, pur essendo il debitore l'unico soggetto legittimato alla proposta *ex art.* 160 l. fall. (del resto, è problematico ritenere costitutivo del delitto di cui all'art. 236 l. fall. l'aggravamento dello squilibrio finanziario derivato dalla ingiustificabile omissione di tempestiva, o di valida ed ammissibile, istanza concordataria da parte del debitore). Deve, infatti, osservarsi che la disposizione in esame non ancora la responsabilità alla perpetrazione di illecito avente in sé rilievo penale, sicché anche la violazione di doveri non forieri di integrazione criminosa paiono bastevoli alla realizzazione della premessa per le conseguenze connesse al dissesto.

D'altra parte, non esistono ostacoli nel ravvisare l'elemento costitutivo degli obblighi degli esponenti societari (nel quadro della specifica disciplina contemplata per ciascuno di essi dal codice civile ed, in particolare per gli amministratori) nel generale statuto di cui all'art. 2392 c.c. E cioè l'inosservanza di obblighi nascenti dalla legge e manifestanti in abusi o infedeltà nell'esercizio della carica ricoperta, ovvero con atti intrinsecamente pericolosi per la "salute" economico-finanziaria della impresa: l'amplissimo spettro formulato

¹⁵⁴ Cass., Sez. V, 28 marzo 2003, N. ed altri, in *Mass. Uff.*, n. 224947.

¹⁵⁵ Si riporta il severo orientamento di Cass., Sez. V, 14 febbraio 2013, V., in *Mass. Uff.*, n. 254986: «nel reato di bancarotta semplice per mancata tempestiva richiesta di fallimento, oggetto di punizione è l'aggravamento del dissesto dipendente dal semplice ritardo nell'instaurare la concursualità, non essendo richiesti ulteriori comportamenti concorrenti».

dall'art. 2392 c.c. include ogni ipotesi di condotta gestoria di devianza (dalla legge o dallo statuto), a cui segua un pregiudizio per la società amministrata¹⁵⁶. Se per i direttori generali giova l'estensione di cui all'art. 2396 c.c., arduo è il parallelo con i sindaci che non rivestono, se non eccezionalmente, compiti di gestione. Vale per essi, tuttavia, la responsabilità solidale con gli amministratori nel caso di cui all'art. 2407, co. 2, c.c. Occorre dimostrare, tuttavia, il collegamento causale dell'inerzia con l'evento pregiudizievole, che determina l'aggravamento del dissesto. Per esempio, l'obbligo tributario influisce al proposito: per questa ragione il giudice di legittimità ha affermato la ricorrenza del delitto di cui è causa nell'emissione di fatture per operazioni inesistenti¹⁵⁷. Ed, ancorché giovi momentaneamente alle finanze societarie la gestione "in nero" dei profitti dell'impresa, atteso il risparmio lucrato, l'accertamento dell'evasione tributaria determina una significativa e diretta imposizione di oneri e penalità capace, da sola, di portare al dissesto la società. Ed essa a maggior ragione potrà rilevare nell'ottica dell'aggravamento della stessa, ove essa si trovi in difficoltà finanziaria.

Caratteristica essenziale dell'obbligo violato è che esso sia imposto dalla legge (sia essa penale, sia civile sia amministrativa¹⁵⁸). In tal senso non soltanto la mera consuetudine è insufficiente a definirlo, ma anche il solo dovere discendente dallo statuto o da altra convenzione societaria non può legittimare l'integrazione penalistica (ben diversamente che la responsabilità civilistica regolamentata dal codice).

Se l'aggravamento del dissesto è l'evento del reato, esso segna anche il momento consumativo del medesimo: la fissazione non è empiricamente semplice, ma non impossibile, considerati i parametri di redditività e la disponibilità consentita dal capitale sociale.

¹⁵⁶ Cfr. Cass., Sez. V, 16 dicembre 1998, in *Mass. Uff.*, n. 212613.

¹⁵⁷ Cass., Sez. I, 13 dicembre 2007, Muratori, in *Mass. Uff.*, n. 238367.

¹⁵⁸ In tal senso si ritiene di rilievo anche la violazione dei precetti normativi che presiedono all'attività dell'organismo societario, come quelli urbanistici, purché dettati da strumento legislativo e non meramente regolamentare.