

**LUISS GUIDO CARLI**  
**LIBERA UNIVERSITA' INTERNAZIONALE DEGLI STUDI**  
**SOCIALI**

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

A.A. 2014 – 2015

TESI IN Diritto penale dell' economia

TITOLO Pagamenti preferenziali, crisi d' impresa e responsabilità  
penale

RELATORE: Prof. Filippo Sgubbi

CANDIDATO: Laura Ciccozzi

MATR: 106193

CORRELATORE: Prof. Angelo Carmona

## SOMMARIO

Introduzione.....  
p. 1

### CAPITOLO I : Le procedure fallimentari nell' ordinamento italiano

#### 1) Il fallimento e le altre procedure concorsuali

1.1 Il Fallimento.....  
p. 5

1.2 Il concordato preventivo.....  
p. 7

1.3 Gli accordi di ristrutturazione e i piani attestati.....  
p. 10

#### 2) Il decreto legge n. 83/2012 e il concordato “con riserva”

2.1 La nuova disciplina .....  
p. 14

2.2 Rischi connessi e soluzioni adottate.....  
p. 16

3) L' azione revocatoria fallimentare: ambito di applicazione  
e di esenzione.....  
p. 18

4) Inquadramento degli istituti e controllo del giudice.....  
p. 26

## CAPITOLO II : Le disposizioni penali all' interno della legge fallimentare

1) Tutela penale dei creditori: la responsabilità del debitore  
per indebita preferenza.....  
p. 33

2) L' azione civile risarcitoria. Il ruolo della bancarotta  
preferenziale nella ricostruzione dottrinale.....  
p. 38

3) Il reato di bancarotta preferenziale

3.1 Il bene giuridico tutelato.....	
p. 45	
3.2 L' elemento oggettivo.....	
p. 56	
3.3 L' elemento soggettivo e il concorso del creditore.....	
p. 64	
3.4 La bancarotta preferenziale nel quadro del sistema.....	
p. 74	
4) Le procedure concorsuali minori. Profili penalistici.....	
p. 77	

### CAPITOLO III : Risanamento dell' impresa e responsabilità penale

#### 1) L' art. 217 *bis*, profili oggettivi e soggettivi di applicazione

1.1 Le ragioni dell' introduzione e la natura dell' esenzione.....	
p. 83	

1.2 L' ambito di applicazione.....  
p. 90

1.3 Il ruolo del giudice penale.....  
p. 100

2) Il professionista attestatore, ruolo e responsabilità.....  
p. 107

3) Il finanziamento dell' impresa in crisi

3.1 La preveducibilità.....  
p 118

3.2 L' art. 182 *quinquies* .....  
p. 125

3.3 Il ruolo della banca.....  
p. 126

#### CAPITOLO IV : Uno sguardo al futuro

1) Gli strumenti di conservazione e il risanamento dell' impresa

1.1 La continuità aziendale.....  
p. 141

1.2 L'impiego del *trust* e le procedure infragruppo  
nell'ottica del risanamento .....  
p. 150

2) L'esempio statunitense: un nuovo ruolo  
per le procedure concorsuali.....  
p. 156

3) Il modello italiano: evoluzione e prospettive

3.1 Un approccio innovativo alla crisi d'impresa.....  
p. 168

3.2 Il nuovo ruolo del diritto penale fallimentare.....  
p. 179

Bibliografia

## Introduzione

“La nuova legge intende dare un’ impronta sostanzialmente unitaria alla disciplina della crisi economica dell’ impresa in relazione ai superiori interessi dell’ economia generale”. Si tratta di un’ espressione contenuta nella relazione introduttiva alla legge n. 241 del 1942 di riforma del diritto fallimentare italiano<sup>1</sup>, e, commentando tale provvedimento, sembra difficile trovare nei manuali una formula che ne dia una più utile chiave di interpretazione. Protezione dei soggetti coinvolti nel fallimento e tutela dell’ interesse economico generale: due colonne sostengono il nuovo edificio, ma l’ architetto non lascia alcun dubbio su quale di esse sia quella portante. Egli si mostra solerte nel dismettere la precedente disciplina, risalente al Codice di Commercio del 1882, bollata come “troppo liberalistica” ed esprime la necessità di approntare un’ “energica tutela” al bene gerarchicamente supremo: l’ interesse pubblico; nel contempo, non esita a richiamare in più punti della relazione il “senso di umanità” , come guida dell’agire delle istituzioni nei confronti del fallito.

Nel testo introduttivo alla riforma è dunque perfettamente compendiata l’ ideologia del legislatore fascista, artefice della riforma, in materia di rapporto tra attività imprenditoriale privata e intervento pubblico nell’ economia: autoritarismo e paternalismo. La questione sorge immediata: come sia possibile che nel sistema italiano attuale trovi ancora spazio un provvedimento che sia palesemente espressione di una visione politica, economica e giuridica ormai superata? Il merito deve essere riconosciuto esclusivamente alla capacità del legislatore del tempo di creare una legge dalla qualità tecnico - giuridica così elevata da essere in grado di adattarsi allo spirito di qualsiasi epoca futura, come è stato detto rispetto ad unaltro

---

<sup>1</sup>*Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al Re*, 16Marzo1942, pubblicata in Gazzetta Ufficiale, 6 Aprile 1942, anno 82°, n. 81

provvedimento coevo, il Codice Penale Rocco? Oppure le modifiche apportate hanno così profondamente stravolto il testo originario da consentirci di dire che ciò che resta dell' opera del 1942 è soltanto un guscio svuotato e riempito di nuovo dalle innovazioni che si sono succedute nel tempo? E ancora, guardando alle più recenti riforme, sorge spontaneo chiedersi come sia stato possibile inserire, e, guardando ai dati statistici, con successo, nel sistema fallimentare – che si apprestava a raggiungere i settanta anni di età – una nuova disciplina ispirata al ben più giovane *Bankruptcy Code* statunitense.

Si introduce nel nostro ordinamento una concezione del tutto nuova di fallimento: logica manifestazione di un sistema economico fondato sul libero mercato, in cui è del tutto naturale per gli operatori (ed è un aspetto di rilievo che l'imprenditore non venga mai definito fallito ma sempre e solo debitore) che abbiano affrontato la crisi, tornare al successo attraverso il risanamento. Si tratta di una vera e propria filosofia della crisi d'impresa, a cui la dottrina si riferisce con l' espressione *rescue culture*<sup>2</sup>; il fallimento, che la nostra tradizione vedeva come evento squalificante ed esecrabile, è presentato in una veste pressoché sconosciuta al sistema italiano<sup>3</sup>: come un mero “incidente di percorso” nella vita lavorativa dell' imprenditore e, altresì, come opportunità di rinnovamento e fonte di slancio propositivo.

Le riforme che si sono succedute negli ultimi anni delineano una visione apparentemente inedita del diritto fallimentare, tipica del mondo anglosassone, ma in realtà già conosciuta nell' ordinamento italiano: la concezione privatistica. Già conosciuta perché riconducibile nei suoi elementi essenziali all' ideologia liberista, caratterizzante il Codice di Commercio del 1882, per cui l' intervento dello Stato nell' economia deve

---

<sup>2</sup>L' espressione fu utilizzata per la prima volta nel 1982 nel *Report of the Review Committee on Insolvency Law and Practice*, studio prodromico all' adozione dello *UK Insolvency Act* del 1986

<sup>3</sup>Manganelli, *Gestione delle crisi d' impresa in Italia e negli Stati Uniti: due sistemi fallimentari a confronto*, in *Il Fallimento*, 2/2011, p. 129

essere ridotto al livello minimo necessario alla tutela dei bisogni della collettività che non possano essere soddisfatti per iniziativa dei singoli, lasciando alla naturale evoluzione dei meccanismi del mercato il compito di determinare i rapporti tra gli operatori. Una concezione che è stata respinta non solamente dall' ideologia del regime fascista, ma anche dall' affermarsi nel dopoguerra di un massiccio interventismo dello Stato nell' economia, di cui è frutto emblematico, con riferimento al settore di nostro interesse, l' introduzione dell' istituto dell' amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza. Possiamo dire che negli ultimi anni la concezione privatistica si sia affermata come una delle principali novità del diritto dell' economia e che il risultato prodotto da questa innovazione abbia mutato il ruolo stesso delle norme giuridiche: se l' eteronormazione vuole mantenere una posizione di rilievo a fronte del crescente espandersi dell' autonormazione - da intendersi come regolamentazione privatistica dei rapporti - il diritto è inevitabilmente chiamato a rivedere il suo ruolo: come è stato efficacemente detto, cessare di essere un diritto dell' economia, per diventare “ *un diritto per l' economia*”.<sup>4</sup>

Tornando all' oggetto specifico della presente analisi, tra le cause dello slancio riformatore che ha investito l' ordinamento fallimentare nell' ultimo decennio, vi sono altresì quelle vicende di crisi d' impresa che, avendo goduto di grande attenzione mediatica, hanno esteso all' opinione pubblica la consapevolezza dell' inadeguatezza degli istituti vigenti, già lamentata da tempo tra gli addetti ai lavori<sup>5</sup>. Si è posta dunque l' esigenza di una profonda attività riformatrice che valorizzasse il profilo consensuale degli istituti di diritto concorsuale, nella convinzione che l' insolvenza, e prima ancora la crisi, comportino l' attribuzione ai titolari del rapporto creditorio del compito di collaborare all' assunzione delle decisioni attraverso l' impiego dello

---

<sup>4</sup> Rovelli , *Un diritto per l' economia, bilancio di una stagione di riforme: una scelta di degiurisdizionalizzazione* , in *La crisi d'impresa* , a cura di di Marzio, Padova , 2010

<sup>5</sup> Flick, *Crisi della impresa e crisi del diritto penale d' impresa*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, vol. I del 1988, p. 476

strumento negoziale e che spetti ai protagonisti il compito di valutare quali scelte siano più adeguate, tra quelle previste nell'ordinamento fallimentare, a regolamentare le loro azioni future di gestione della crisi.<sup>6</sup>

Obiettivo di questo lavoro è studiare le conseguenze che la nuova impostazione produce rispetto al profilo della responsabilità penale, a partire dalla volontà del legislatore di colmare il divario che per lungo tempo ha diviso la disciplina civilistica, investita dalla spinta riformatrice, e quella penalistica, rimasta immutata a presidiare proprio quei valori che la riforma si proponeva di superare, primo fra tutti il principio della *par condicio creditorum*.<sup>7</sup> Ed è per questa ragione che si approfondirà il tema dei pagamenti preferenziali in relazione al rapporto tra procedure alternative al fallimento e responsabilità penale; come emblema della sfida che il legislatore della riforma ha dovuto fronteggiare: modernizzare il diritto fallimentare per adeguarlo alle esigenze del sistema economico attuale, e contemporaneamente preservare la funzione primaria ed irrinunciabile della disciplina penale, cioè la tutela dei diritti dei soggetti coinvolti.

---

<sup>6</sup> Jorio, *La riforma fallimentare: pregi e carenze delle nuove regole*, relazione al Convegno di studi "Il diritto dell'impresa in crisi fra contratto, società e procedure concorsuali", Pisa, 2012

<sup>7</sup> Zincani, *Il nuovo art. 217 bis l.f. : la ridefinizione dei reati di bancarotta*, in *Il fallimento*, n. 5/2011, p. 517

# CAPITOLO I

## Le procedure fallimentari nell' ordinamento italiano

### 1) Il fallimento e le altre procedure concorsuali

#### 1.1 Il fallimento

L' analisi del diritto fallimentare italiano, alla luce delle riforme intervenute negli ultimi anni, inizia dalla definizione del fallimento e dalla descrizione del sistema giuridico costruito intorno ad esso<sup>8</sup>. Il fallimento è considerato come una delle condizioni che regolano il corretto funzionamento del mercato: dal punto di vista economico, poiché consente di espellere dal sistema concorrenziale un' impresa, la cui inefficienza rappresenta un pericolo per tutto l' ordinamento poiché fonte del rischio di propagazione del dissesto alle imprese sue creditrici e, coinvolgendo una rete di imprese legate da rapporti creditorî, sia potenzialmente in grado di danneggiare tutto il sistema produttivo; e parimenti dal punto di vista giuridico, come strumento di controllo della diligenza e correttezza della condotta dell' imprenditore e dei suoi creditori<sup>9</sup>.

L' insolvenza, condizione prodromica essenziale perché possa essere dichiarato il fallimento, trova soluzione nell' espulsione dell' impresa dal mercato, attraverso la liquidazione dell' attivo imprenditoriale e la regolamentazione civilistica del concorso dei creditori secondo il principio della parità di condizioni sancito dall' art. 2741 c.c. Il legislatore fallimentare

---

<sup>8</sup>G. Campobasso, *Manuale di diritto commerciale*, vol. III , (a cura di) M. Campobasso, Milano, Utet, 2013

<sup>9</sup> Visentini, *Sulle procedure concorsuali*, appunti dalle lezioni, 2012

attribuisce al giudice il compito di verificare la sussistenza dello stato di insolvenza, non limitandosi ad accertarne le cd. manifestazioni esteriori, ma considerando queste ultime come indizi da cui presuntivamente far derivare, anche attraverso un giudizio prognostico, la qualificazione dell' imprenditore come insolvente, cioè incapace, in modo definitivo ed irreversibile, a far fronte ai propri debiti. Tale impostazione originaria viene disattesa dalle successive interpretazioni dottrinarie e giurisprudenziali che, al fine di semplificare l' accertamento, giungono all'equiparazione concettuale tra stato di insolvenza e manifestazione esteriore dell' incapacità ad adempiere; gli orientamenti dottrinali più attuali<sup>10</sup> tendono, d' altra parte, ad accantonare la questione, evidenziando come nelle recenti riforme si sia fatto uso dei termini insolvenza, crisi, dissesto e, da ultimo, sovraindebitamento, in modo del tutto innovativo.

Tralasciando la questione della nomenclatura, che verrà ripresa più opportunamente in seguito al completamento dell' analisi delle procedure, si torna all' oggetto specifico dell' esame attuale. La legge n. 241 del 1942 disciplina il fallimento nel titolo II; la lettura dei capi consente di individuare con immediatezza i passaggi procedurali: dichiarazione di fallimento, accertamento del passivo e dei diritti reali mobiliari dei terzi, esercizio provvisorio e liquidazione dell'attivo, ripartizione dell'attivo, cessazione della procedura fallimentare. Analizzando le conseguenze della dichiarazione di fallimento, ci si sofferma sugli effetti patrimoniali: il fallito subisce lo spossessamento, consistente nella perdita dell' amministrazione e della disponibilità dei beni che a lui pervengono durante il fallimento, salve le eccezioni stabilite dalla legge. Gli atti posti in essere dal fallito e i pagamenti ricevuti ed effettuati, aventi ad oggetto beni e diritti compresi nello spossessamento, sono validi ma inefficaci nei confronti dei creditori. Costoro

---

<sup>10</sup> Sgubbi, *Gli effetti di natura penale del fallimento*, in AA.VV. *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, vol. III, Torino, Giappichelli, 2014

possono realizzare il proprio credito solo attraverso la procedura fallimentare, nell'ambito della quale ogni credito deve essere accertato giudizialmente e, come regola generale, non può iniziare o proseguire azioni esecutive individuali sui beni compresi nel fallimento.

La prima fase della procedura fallimentare è quella dell'accertamento del passivo. I creditori presentano domanda di ammissione al passivo, sulla base della quale il curatore dispone il progetto di stato passivo, esaminato dai creditori. Il giudice delegato forma lo stato passivo definitivo, lo dichiara esecutivo con decreto e lo deposita in cancelleria. Concludono la procedura la fase della liquidazione, effettuata sulla base del programma elaborato dal curatore e approvato dal comitato dei creditori, e quella della ripartizione delle somme ricavate.

Si nota come il sistema delineato dalla legge del 1942 risulti improntato quasi esclusivamente alla tutela dei creditori, ma che essa sia realizzata attraverso una disciplina imposta dal legislatore e attuata dall'autorità giudiziaria senza che, non soltanto il fallito, ma neppure i creditori stessi abbiano alcun ruolo decisionale, o almeno consultivo. Gli interventi di riforma dell'istituto si muovono, come evidenziato nelle pagine introduttive, in una direzione di privatizzazione, che comporta necessariamente un ampliamento dei poteri degli organi non giudiziari del fallimento: il curatore ed il comitato dei creditori, chiamati a collaborare alla redazione del programma di liquidazione; contestualmente si assiste ad un ridimensionamento del ruolo dell'autorità giudiziaria: vengono eliminati il potere del tribunale di dichiarare d'ufficio il fallimento e quello del giudice delegato di gestire la procedura per aspetti diversi dall'esercizio provvisorio e l'autorizzazione alle liti.

## 1.2 Il concordato preventivo

Alla disciplina del fallimento fa seguito quella del concordato preventivo, istituto storicamente presente nel nostro ordinamento – sin dal 1903 – come accordo stipulato con i creditori al fine di evitare che la fine dell’impresa insolvente, vista come ineluttabile, cagionasse un danno all’ economia pubblica. Nell’ applicazione pratica, come la relazione al Re non manca di notare, il ruolo di tale istituto era già andato evolvendosi: esso veniva impiegato come strumento di “onorevole” superamento del dissesto attraverso un accordo che generalmente prevedeva la cessione dei beni ai creditori. Il legislatore del 1942 configura una procedura di natura premiale: l’imprenditore, insolvente ma meritevole del beneficio, “sfortunato ma onesto”<sup>11</sup>, ha l’opportunità di evitare le nefaste conseguenze del fallimento attraverso l’accordo con i creditori. La riforma avvenuta con la legge n. 80 del 2005<sup>12</sup>, ha mutato la disciplina del concordato e con essa, si potrebbe dire, ancora una volta nella sua storia, la natura stessa dell’istituto: scompaiono i requisiti di meritevolezza per l’ ammissione e l’ applicabilità viene estesa allo stato di crisi. La generica formula “stato di crisi” è impiegata in quanto la si ritiene idonea ad indicare una situazione di difficoltà economica di scarsa gravità, ma anche a ricomprendere in sé lo stato di insolvenza<sup>13</sup>. Si nota come essa non appartenga al tradizionale linguaggio fallimentare, essendo stata usata per la prima volta in questa legge di riforma; ciò è emblematico del fatto che per gli artefici della legge fallimentare fosse inconcepibile ipotizzare l’ esistenza di situazioni non così gravi da sfociare nel fallimento, ma comunque tali da rendere necessaria l’ opera di risanamento. Il concordato consente oggi di intervenire sia quando l’imprenditore si trovi in una fase antecedente alla sopravvenuta sussistenza dei presupposti per la

---

<sup>11</sup>*Espressione contenuta nella Relazione del Ministro Guardasigilli al Re, si veda la nota 1*

<sup>12</sup>*Legge n. 80 del 14 Maggio 2005, n. 80, di conversione del d.l. 14 Marzo 2005, n. 35*

<sup>13</sup>*Frascaroli Santi, Gli accordi di ristrutturazione del debito ai sensi dell’ art. 182 bis l.f., in (diretto da) AA.VV. , Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali, Torino, 2014, vol. V*

dichiarazione di fallimento, al fine di risanare l'impresa attraverso la continuazione della gestione, sia, nella fase in cui tali presupposti sussistano, cioè in caso di insolvenza, al fine di evitare il fallimento, gestendo la liquidazione.

I beni rimangono nella disponibilità dell'imprenditore che continua ad amministrarli, pur essendo sottoposto alla vigilanza di un commissario giudiziale e all'autorizzazione necessaria del giudice delegato per il compimento di atti di straordinaria amministrazione. La procedura di ammissione prevede che il debitore presenti domanda, corredata dei documenti previsti dalla legge e da una relazione di un professionista attestante la veridicità dei dati e la fattibilità sia economica che giuridica del piano: ragionevolezza e verosimiglianza da un lato, rispetto delle regole che governano l'autonomia contrattuale – principio di buona fede *in primis* – dall'altro<sup>14</sup>. Il tribunale, all'esito positivo di un controllo preliminare sui presupposti per l'ammissione, dichiara aperta la procedura. Il concordato deve essere approvato dai creditori a maggioranza ed omologato dal tribunale con decreto.

Pur essendo innegabile che il fallimento rappresenti l'istituto che meglio tutela *par condicio creditorum*, va però sottolineata la volontà del legislatore del 1942 di estendere la portata di tale principio a tutte le procedure concorsuali contemplate dalla legge fallimentare, così da porlo a fondamento del concetto stesso di concorsualità<sup>15</sup>. La concorsualità costituisce oggi, come mai in passato, un elemento fondamentale di inquadramento degli istituti. Esso consente di riunire sotto la medesima "etichetta" tutti i procedimenti accomunati da un aspetto disciplinante

---

<sup>14</sup> Racugno, *Gli obiettivi del concordato preventivo, lo stato di crisi e la fattibilità del piano*, in *Giur. Comm.*, fasc. 5, 2009, p. 889

<sup>15</sup> Corapi-De Donno-Benincasa, *Le procedure concorsuali in un'ottica comparatistica*, in (diretto da) AA.VV., *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, Torino, 2014, vol. VII

comune, la preclusione di azioni esecutive individuali sui beni del fallito<sup>16</sup>, vista quale imprescindibile fondamento non soltanto di una corretta liquidazione dell' attivo, ma anche e soprattutto dell' opera pianificatrice del futuro dell' impresa: non può esserci risanamento né possono esserci ristrutturazione o riconversione se non siano state adottate procedure che tutelino il complesso produttivo e le risorse di cui esso dispone. Le molteplici deroghe apportate dalla riforma hanno condotto esponenti della dottrina ad affermare che essa abbia cagionato il "tramonto" del principio di cui all' art. 2741 c.c.<sup>17</sup> Questa conclusione, seppur dotata di fascino poetico, non può essere accolta: è vero che istituti, quali la prededucibilità dei crediti sorti dopo il fallimento ovvero la suddivisione dei creditori in classi, si presentano come innovazioni di straordinaria portata, ma non perché esse accantonino il principio della parità di condizioni, quanto piuttosto perché consentono di leggerlo in un' ottica nuova: come un interesse, fondamentale sì, ma non per questo necessariamente preponderante su ulteriori interessi che, soprattutto qualora si preferisse la via del risanamento a quella della liquidazione, potrebbero emergere nello svolgersi della procedura e prevalere; si può fare l' esempio dell' esigenza di protezione dei lavoratori ovvero di reperimento di nuovi crediti a salvaguardia della continuità aziendale.

### 1.3 Gli accordi di ristrutturazione e i piani attestati

Alla legge n. 80 del 2005 si deve l' introduzione di due nuovi istituti di soluzione della crisi d' impresa: gli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182 *bis* l.f.) e i piani attestati (art. 67, comma 3 lett. *dl.f.* ).

---

<sup>16</sup>De Santis, *I controlli del giudice nel piano attestato e nell' accordo di ristrutturazione dei debiti* , in *Il fallimento* , n. 10/2014, p. 1043

<sup>17</sup> Di Lauro, *Il nuovo concordato fallimentare*, in (diretto da) Costa-Frascaroli Santi, *Impresa-Società-Fallimento*, Milano, Cedam 2011

Gli accordi sono procedure negoziali che l' imprenditore può avviare in presenza dello stato di crisi; vincolano il debitore ed i creditori stipulanti, impedendo l'esercizio di azioni esecutive e cautelari e l'acquisizione di titoli di prelazione non concordati, per la durata massima di sessanta giorni dall'iscrizione dell' accordo nel registro delle imprese; non vincolano gli altri creditori, rispetto ai quali non si pone alcun obbligo di informazione. I creditori coinvolti sono tipicamente i cd. creditori finanziari, soggetti professionali nella gestione del rischio del credito, nei confronti dei quali l'imprenditore ha un' elevata concentrazione debitoria; solitamente rimangono invece estranei all' accordo i creditori non professionali<sup>18</sup>. La riforma di cui al decreto legge n. 83 del 2012<sup>19</sup> modifica l'art. 182 *bis* l.f. , sostituendo l'obbligo di regolare pagamento a favore dei creditori non aderenti con l' obbligo di integrale pagamento, al fine di sottolineare l' applicazione all' istituto della regola di diritto privato per cui l' accordo produce i suoi effetti esclusivamente tra i contraenti.

La dottrina<sup>20</sup> ha però evidenziato il rischio prodotto dalla riforma (cd. rischio di *holdout*): che i creditori che non aderiscono all'accordo godano dei benefici della ristrutturazione senza subire alcuna rinuncia, sulla base appunto della regola per cui gli effetti del contratto si producono soltanto tra le parti. La stessa dottrina ha auspicato che l'*holdout* venga aggirato, dando al contratto una connotazione pubblicistica, in modo da renderlo vincolante nei confronti di tutti i creditori, ma, come è evidente per chiunque legga il nuovo art. 182 *bis*, non è questa la direzione intrapresa dal legislatore. Si nota come nel sistema statunitense il rischio di *holdout* sia stato superato, prevedendosi per legge che il piano di riorganizzazione sia vincolante per tutti i creditori nel caso in cui la Corte Fallimentare accerti che

---

<sup>18</sup>Conca, *L' esonero da revocatoria delle garanzie nei piani attestati e negli accordi di ristrutturazione*, Milano, Paradigma, 2011

<sup>19</sup>D.l. 22 Giugno 2012, n. 83

<sup>20</sup> Tarolli, *I contratti per la ristrutturazione dei debiti*, in *Giur. Comm.* , fasc. 4, 2014, p. 789

il risultato da loro conseguibile all' esito della procedura di liquidazione non sia più favorevole di quello previsto nel piano; operazione di imposizione, denominata in maniera evocativa *cram down* (letteralmente << far ingoiare >>). Non si può tuttavia prescindere dal fatto che nel nostro ordinamento la dimensione contrattuale dell' accordo si affianchi a quella procedurale, definendo i contorni di un ibrido che assume i connotati "negativi" di entrambe: il rischio di *holdout*, caratteristico della prima e l' onere del controllo giurisdizionale, proprio della seconda. Si configura una procedura intermedia tra i piani di risanamento, in cui si ha un controllo meramente eventuale, e il concordato preventivo, caratterizzato, anche dopo la riforma, da una pervasiva presenza del giudice. Nel sistema dell' art. 182 *bisl.f.* , come modificato dal decreto legge n. 78 del 2010<sup>21</sup>, il tribunale interviene sul contenuto dell' accordo non soltanto in sede di omologa, ma già nella fase delle trattative, per anticipare la protezione del patrimonio del debitore, con un provvedimento di natura cautelare adottato nel contraddittorio di tutti i creditori. Il duplice intervento del tribunale è posto a tutela sia dei creditori, come garanzia di ragionevolezza dell' attestazione e di attuabilità del piano, sia del debitore, come riparo dai rischi che deriverebbero dall' agire in una condizione di crisi al di fuori dell' ambito dell' art. 217 *bisl.f.* , poiché, come si dirà, l' esimente da responsabilità penale non trova applicazione prima che l' accordo sia omologato.

I piani, cui l' art. 67 comma 3 lett. *d.l.f.* fa riferimento quali atti idonei ad escludere l' applicabilità della revocatoria fallimentare, sono progetti elaborati dal debitore anche unilateralmente. La pianificazione prescinde infatti dall' accordo con i creditori, fondandosi unicamente sul requisito che il piano <<appaia idoneo a consentire il risanamento dell' esposizione debitoria dell' impresa e il riequilibrio della situazione finanziaria>>.

---

<sup>21</sup>D.l. 31 Maggio 2010, n. 78

Tuttavia, ci si chiede<sup>22</sup> se questa ricostruzione sia accettabile, se non siainvece più corretto, ed anche soddisfacente, ritenere che l'attività negoziale rappresenti un momento imprescindibile all'adozione del piano, non formalmente, quanto piuttosto al fine di consentire che il piano produca effetti concreti e non si riduca ad una mera dichiarazione di buoneintenzioni imprenditoriali. Si è detto in dottrina<sup>23</sup> che l'accordo e il piano necessitano della reciproca sussistenza: non possono esistere accordi di ristrutturazione non inseriti all' interno di un piano di risanamento, poiché è dall' inquadramento nel piano che deriva la conclusione di fattibilità dell' accordo; nel contempo non possono esistere piani suscettibili di attestazione, se la loro attuazione non sia garantita da un accordo con i creditori. Accanto a tale ricostruzione, di compenetrazione dei due istituti, troviamo un diverso orientamento dottrinale<sup>24</sup> che configura il rapporto tra piano ed accordo, e tra questi e il concordato, secondo un profilo di graduazione dell' utilizzo in relazione allo stato della crisi: il piano per i casi meno gravi in cui non si rende necessario il contributo dei creditori, l' accordo per i casi intermedi in cui si cerca l' appoggio di parte di essi, il concordato per i casi più gravi che richiedono il coinvolgimento di tutti i creditori. Questa ricostruzione trova riconoscimento da parte della giurisprudenza di legittimità<sup>25</sup>, che ravvisa un rapporto di consecuzione tra le procedure di concordato preventivo e fallimento, affermando che, qualora si accerti che la situazione dell' impresa, che era stata qualificata come crisi, presenti in realtà i caratteri della più grave insolvenza, debba essere pronunciata dichiarazione di fallimento e questa avrà effetto retroattivo. In realtà però, guardando al dettato normativo, si nota

---

<sup>22</sup>Tarolli, *op. cit.*, p. 11

<sup>23</sup> La Croce, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Giur. It.*, 2010, n. 2470. Della medesima opinione: Conca, *L' esonero da revocatoria delle garanzie nei piani attestati e negli accordi di ristrutturazione*, Milano, Paradigma, 2011

<sup>24</sup> Iannaccone, *Accordi di ristrutturazione e piani di risanamento: riflessioni a margine di un caso concreto*, in AA.VV., *Le nuove procedure concorsuali, dalla riforma <<organica>> al decreto <<correttivo>>*, Bologna, 2008

<sup>25</sup> Cass. Civ., sez. I, 6 Agosto 2010, n. 18437

che il presupposto applicativo dei tre istituti è il medesimo: lo stato di crisi, senza che il legislatore faccia distinzione alcuna. Questo aspetto permette di constatare come l' artefice della riforma abbia abbandonato l' impostazione originaria della legge del 1942, la quale prevedeva il ricorso ai diversi istituti in rapporto alla gravità dell' insolvenza, in favore di un impostazione "aziendalistica"<sup>26</sup> : la scelta delle misure da applicare non deve fondarsi sulla situazione di partenza dell' impresa, ma sui risultati che si intendono raggiungere. La sopravvenuta irrilevanza della definizione del livello di crisi ed altresì della tradizionale distinzione tra crisi e insolvenza trova espressa conferma nell' ultimo comma dell' art. 160 l.f. , relativo al concordato preventivo, ma suscettibile di essere esteso, data la sua natura di principio generale, a tutto il diritto fallimentare.

## **2) Il decreto legge n.83 del 2012 e il concordato "con riserva "**

### **2.1 La nuova disciplina**

Il decreto legge n. 83 del 2012<sup>27</sup>, conosciuto come <<decreto sviluppo>>, è una delle norme che sono state adottate dagli ultimi governi al fine di fronteggiare la grave crisi economica, incentivando la competitività e l' attrattività imprenditoriale del Paese; nella parte concernente le procedure fallimentari il legislatore interviene sulla disciplina del concordato

---

<sup>26</sup>Mandrioli, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis l.f. , in Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, fasc. V, 2010, p. 610

<sup>27</sup>D.l. 22 Giugno 2012 n. 83, convertito con modifiche in l. 7 agosto 2012 n. 134

preventivo con molteplici novità<sup>28</sup>. In primo luogo la decorrenza del divieto di esercitare azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore a partire da momento della pubblicazione della domanda di accesso alla procedura nel registro delle imprese: questa scelta esprime la volontà di estendere alla domanda di concordato preventivo il medesimo regime di tutela del patrimonio previsto per la sentenza dichiarativa di fallimento, qualora poi alla dichiarazione di fallimento segua la presentazione della domanda di concordato preventivo, il cd. periodo sospetto nella revocatoria decorre dalla pubblicazione della domanda e non, come in passato, dalla dichiarazione di fallimento. In secondo luogo, il legislatore amplia la disciplina del ruolo del professionista attestatore, introducendo altresì la nuova fattispecie penale di “falso in attestazioni e relazioni” di cui all’ art. 236 *bis* l.f. In terzo luogo, viene sancita l’ interscambiabilità tra concordato preventivo e accordi di ristrutturazione: la scelta tra le due procedure è affidata all’ imprenditore che decide in conformità alla propria strategia di recupero, per cui all’ esito del periodo di moratoria di sessanta giorni dalla presentazione della domanda in bianco – di cui si dirà immediatamente – il debitore potrà scegliere se presentare il piano oppure la domanda di omologazione dell’ accordo.

La novità più importante introdotta con il decreto legge in esame è rappresentata dal concordato “in bianco” , istituito ispirato alla procedura della “*reorganization*” già presente nell’ ordinamento statunitense (*Chapter 11, Title 11, United States Code*)<sup>29</sup>. Per la prima volta si prevede una possibile scissione tra la domanda e il piano di risanamento: l’imprenditore in stato di crisi può presentare una domanda di concordato alla quale devono essere allegati i bilanci degli ultimi tre esercizi e l’elenco nominativo dei

---

<sup>28</sup>Jorio, *La riforma fallimentare: pregi e carenze delle nuove regole*, relazione al Convegno di studi “*Il diritto dell’ impresa in crisi fra contratto, società e procedure concorsuali*” , Pisa, 2012

<sup>29</sup>Marinucci, *La domanda di concordato preventivo dopo il <<decreto sviluppo>>: legge fallimentare e Bankruptcy Code a confronto*, in *Riv. Dir. Proc.* , n. 2/2013, p. 426

creditori e rispettivi crediti, riservandosi di presentare successivamente la proposta, il piano e la documentazione *ex art. 161 comma II*. Il termine di presentazione di tali atti, stabilito dal giudice con decreto, è compreso tra i due e i quattro mesi (entro il medesimo termine, come si è detto sopra, il debitore potrà chiedere l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti). Come già nella disciplina statunitense viene introdotto un limite di impiego dell'istituto, al fine di evitarne un utilizzo reiterato avente fini meramente dilatori, che opera se l'imprenditore abbia presentato, nei due anni precedenti, una domanda "in bianco" alla quale non abbia fatto seguito l'ammissione alla procedura.

Dal momento della pubblicazione della domanda decorrono la necessità di autorizzazione per il compimento di atti di straordinaria amministrazione nonché la necessità che questi siano urgenti, l'esenzione di tali atti dalla revocatoria fallimentare e tutti gli effetti di protezione del debitore di cui all'art. 68 l.f. Notiamo dunque come gli effetti derivanti dalla pubblicazione della domanda "in bianco" siano quelli tradizionalmente previsti: lo scopo del legislatore non è introdurre un nuovo modello di domanda che produca effetti diversi ed ulteriori rispetto a quella di concordato preventivo; la nuova disciplina intende agevolare l'imprenditore in crisi, concedendogli un riparo dalle pressioni del ceto creditorio nel periodo di tempo necessario alla redazione del piano e della proposta, nonché della relazione del professionista sulla veridicità dei dati e fattibilità del piano.

## 2.2 Rischi connessi e soluzioni adottate

Come tutte le discipline di favore, anche il concordato con riserva potrebbe essere oggetto di utilizzo abusivo da parte del debitore il quale deposita la domanda "in bianco" con lo scopo di paralizzare l'istanza di fallimento presentata da un creditore, senza alcuna intenzione di predisporre una

proposta concordataria ovvero in assenza dell'istanza, avendo il solo fine di ostacolare la legittima pretesa all'adempimento<sup>30</sup>.

L'abuso si configura in tutti quei casi in cui il diritto soggettivo venga esercitato nel rispetto dei requisiti di forma, ma non perseguendo i fini che la legge connette all'esercizio stesso e nel contempo arrecando pregiudizio ai terzi. La "contrattualizzazione" dei procedimenti di soluzione della crisi ha condotto ad estendere ad essi la portata applicativa di tale figura e reso necessario l'intervento del legislatore: dapprima per contrastare condotte abusive dei creditori nel concordato fallimentare, quindi per tutelare i creditori stessi dal depauperamento del patrimonio ad opera del debitore che intenta deteriorare le prospettive liquidatorie per indurre all'accettazione della proposta di concordato preventivo; e, da ultimo, rispetto alla domanda "in bianco", prevedendone l'inammissibilità qualora alla presentazione siano sottese esclusivamente le suddette finalità di procrastinare l'adempimento delle obbligazioni ovvero evitare il fallimento senza avere alcun progetto per il futuro dell'impresa. La struttura stessa della domanda "in bianco" crea difficoltà di natura probatoria: come dimostrare che il debitore abbia perseguito fini meramente strumentali, sulla base di un'istanza del tutto priva di un contenuto di merito? E' evidente che il comportamento precedentemente tenuto dal debitore abbia un rilievo fondamentale, così come la tempistica dell'istanza. L'inammissibilità della domanda può avere una causa ulteriore: la sussistenza di un grave rischio che il debitore, che conserva la gestione, commetta atti illeciti nel termine concesso per la predisposizione del piano<sup>31</sup>. Il legislatore, mostrando consapevolezza del fatto che dell'istituto possa essere fatto un uso distorto, è intervenuto a

---

<sup>30</sup> Bonsignori-Rainelli, *Abuso del diritto nel concordato preventivo "con riserva"*, in *Giur. Comm.*, fasc. 3, 2014, p. 475. In giur., Trib. Napoli, 22 Ottobre 2008, in *Fallimento*, 2009, p. 461

<sup>31</sup> Donativi, *I requisiti della domanda di concordato con riserva (e il difficile equilibrio tra prevenzione degli abusi e eccesso di formalismo)* in *Rivista delle società*, n. 6/2013, p. 1162

modificarne la disciplina: una norma contenuta nel decreto legge n. 69 del 2013<sup>32</sup> attribuisce al giudice la facoltà di abbreviare il termine già concesso qualora le attività compiute dal debitore dopo la presentazione della domanda appaiano manifestamente inidonee alla predisposizione del piano. Lo stesso decreto introduce la facoltà per il giudice di nominare un commissario giudiziale con funzioni di vigilanza già nel decreto di concessione del termine e, contestualmente, l'obbligo per il debitore di fornire informativa periodica al tribunale sulla predisposizione del piano. Può essere utile notare come nel sistema del *Chapter 11* statunitense, da cui l'istituto del concordato con riserva trae diretta ispirazione, non siano previsti rimedi legislativi a condotte abusive del debitore ma è la giurisprudenza ad aver elaborato, quale principio implicitamente deducibile dalla normativa, l'obbligo di deposito in buona fede (*good faith feeling*)<sup>33</sup>: il giudice, all'esito di un'indagine volta a verificare l'effettivo intento del debitore sotteso alla presentazione della domanda, potrà concludere che non esiste alcuna concreta volontà di risanamento e rigettare l'istanza. Non sembra invece opportuno ricondurre alla figura dell'abuso del diritto i comportamenti di impropria gestione aziendale tenuti dal debitore nella fase successiva alla concessione del termine per la predisposizione del piano: l'ordinamento appronta in questa fase lo specifico rimedio sanzionatorio della revoca del termine, in parallelo alla sanzione prevista per i comportamenti scorretti nella fase di esecuzione della procedura concorsuale, cioè la revoca del concordato.

---

<sup>32</sup>D.L. 21 Giugno 2013 n. 69, (cd. "del fare"), convertito in legge 9 Agosto 2013 n. 98

<sup>33</sup>Bonsignori-Rainelli, *Abuso del diritto nel concordato preventivo "con riserva"*, in *Giur. Comm.*, fasc. 3, 2014, p. 475

### **3) L' azione revocatoria fallimentare : ambito di applicazione e di esenzione**

La necessità di tutelare i creditori di fronte ad atti di disposizione del patrimonio che siano per loro pregiudizievoli trova espressione nell' istituto dell' azione revocatoria ordinaria, introdotto nell' ordinamento come strumento indiretto e mediato di tutela giurisdizionale del diritto di credito (art. 2901 e seguenti c.c.). Il legislatore del 1942 – dinanzi alla constatazione per cui la revocatoria costituisce uno strumento utile, esente indispensabile, al buon esito della procedura fallimentare, che ricordiamo essere, nell' impostazione originaria, focalizzata sulla tutela dei creditori – prevede che l' azione ordinaria possa essere esperita dal curatore (art. 66 l.f.) ed introduce altresì una nuova tipologia di azione revocatoria, detta appunto fallimentare (art. 67 e seguenti). Se è pacifico che la prima rappresenti la mera trasposizione in sede fallimentare dell' azione prevista dall' art. 2901 c.c. , sulla base del principio per cui il curatore subentra ai creditori nel potere di agire in giudizio; l' inquadramento giuridico della revocatoria fallimentare ha invece creato un dibattito dottrinale attualmente non ancora sopito. La teoria<sup>34</sup> che vede nella *par condicio creditorum* il bene giuridico che il legislatore ha inteso tutelare con l' introduzione dell' azione revocatoria fallimentare riconosce a quest' ultima una natura autonoma rispetto alla revocatoria ordinaria, poiché a questa è invece riconosciuta funzione indennitaria, cioè di tutela della garanzia patrimoniale; altra parte della dottrina<sup>35</sup> nega l' esistenza di una diversità ontologica tra i due istituti e sottolinea come non soltanto si possa estendere alla revocatoria ordinaria la disciplina delle esenzioni di cui all' art. 67 l.f. – di cui si dirà – ma che proprio le recenti innovazioni in materia di esenzioni abbiano condotto al

---

<sup>34</sup>Cocco, *Il ruolo delle procedure concorsuali e l' evento dannoso nella bancarotta*, in *Riv. it. di dir. e proc. penale*, n. 1/2014, p. 67

<sup>35</sup>Corsi F. , *L' azione revocatoria*, in AA.VV. , *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, Torino, Giappichelli , 2014

superamento della teoria anti-indennitaria: è infatti inconcepibile che, in un sistema orientato al ridimensionamento della *par condicio creditorum*, si ponga proprio tale principio a fondamento di un istituto che sia stato riformato in senso contrario ad esso, poiché non vi è chi non veda come il concetto stesso di esenzione sia antitetico rispetto alla parità di condizioni. Il bene giuridico tutelato dall' istituto della revocatoria fallimentare va dunque individuato nella funzione di garanzia patrimoniale, che quei beni, potenzialmente oggetto di atti di disposizione revocabili, assolvono. Questa teoria consente altresì di comprendere perché il legislatore abbia introdotto le esenzioni, cioè abbia fatto una scelta che, come si è dimostrato, sarebbe invece inspiegabile qualora si aderisse al primo orientamento: l' esenzione da revocatoria si giustifica per il fatto che le operazioni che ne godono non sono idonee a ledere la garanzia patrimoniale perché non atte a cagionare o aggravare l' insolvenza, ma finalizzate piuttosto a garantire la continuazione aziendale e gli altri interessi che emergono dall' art. 67, comma III l.f. In conclusione, la salvaguardia della *par condicio* potrà bensì rappresentare uno dei risultati ottenuti grazie all' esperimento vittorioso della revocatoria fallimentare, ma non il bene giuridico tutelato da questo istituto.

La disciplina ex art. 67 l.f. , di favore perché finalizzata ad agevolare il soddisfacimento delle pretese creditorie, prevede che il curatore che agisca in revocatoria sia esonerato dall' onere di provare il pregiudizio che sia stato arrecato al creditore (*eventus damni*) e la conoscenza di tale pregiudizio o la dolosa preordinazione da parte del debitore (*consilium fraudis*)<sup>36</sup>. L'atto, infatti, si presume pregiudizievole perché idoneo ad alterare la *par condicio creditorum* e, come tale, è valido ma inefficace nei confronti della massa dei creditori: qualora l' azione revocatoria abbia esito favorevole, il bene, che sia stato oggetto di un atto di trasferimento a beneficio del terzo, dovrà essere

---

<sup>36</sup>G. Campobasso, *Manuale di diritto commerciale*, vol. III , (a cura di) M. Campobasso, Milano, Utet, 2013

considerato come compreso nella garanzia patrimoniale costituita dai beni del fallito; nell' ipotesi di costituzione di garanzia, questa non opererà in danno dei creditori; infine, il curatore avrà il diritto di chiedere al terzo la restituzione delle somme che costui abbia ricevuto in pagamento. Si distinguono due categorie di atti: la prima comprende atti particolarmente sintomatici dello stato di insolvenza per i quali sussiste una presunzione relativa di conoscenza di tale stato da parte del terzo, la seconda atti rispetto ai quali il curatore dovrà provare la conoscenza dello stato di insolvenza da parte del terzo. Il terzo comma dell' art. 67 l.f. contiene la disciplina delle esenzioni, introdotta con la legge n. 80 del 2005. Si tratta di una pluralità di ipotesi, accomunate dal solo fatto di tutelare interessi comunque diversi rispetto a quelli posti a fondamento dell' azione revocatoria, sia che questa venga considerata a presidio della garanzia patrimoniale che della *par condicio creditorum*.

Rispetto alle esenzioni numericamente più rilevanti e che hanno un' importanza particolare per lo studio oggetto del presente lavoro, cioè quelle legate alla tutela del valore della continuità aziendale, si riconduce l' interesse protetto alla libertà di iniziativa economica, avente altresì rilievo Costituzionale. La *ratio* delle esenzioni è ravvisabile nella volontà di favorire l' adesione dei creditori alla procedura negoziata, "rassicurandoli" su quale sia il destino degli atti posti in essere in esecuzione del progetto di risanamento nel caso in cui il suo esito fosse negativo e si giungesse alla dichiarazione di fallimento; è del tutto evidente come il timore di subire l' azione revocatoria costituisca un freno per i creditori ed è per questa ragione che si rende necessario incentivare la loro collaborazione. Con riferimento al concordato preventivo, tali esenzioni rappresentano da sempre uno degli aspetti del trattamento di favore per i creditori, connessi all' adozione di tale procedura; rispetto agli accordi di ristrutturazione si tratta, invece, dell' unico elemento di favore previsto dalla legge introduttiva, laddove si deve alle riforme successive l' introduzione di importanti innovazioni, prima fra tutte

la sospensione delle azioni esecutive e il riconoscimento della prededuzione, nell'ottica di un avvicinamento della disciplina degli accordi a quella del concordato. La disciplina delle esenzioni non presenta tuttavia l'adesima connotazione nelle diverse procedure<sup>37</sup>; se nel concordato essa è finalizzata alla suddetta esigenza di rassicurazione dei creditori, la struttura degli accordi e dei piani impone di riconoscere all'esenzione valenza di elemento costitutivo: trattandosi di adempimenti avulsi dal rispetto della *par condicio creditorum*, se non fossero esentati da revocatoria, essi sarebbero destinati ad automatica caducazione in caso di successivo fallimento. Infine si nota come il decreto cd. Sviluppo, con l'introduzione dell'art. 182 *quinquies* l.f., amplia la portata di applicabilità dell'esenzione rispetto agli accordi di ristrutturazione, con l'obiettivo di incentivare l'utilizzo di un istituto che di certo non si è distinto per aver goduto di un largo impiego: il debitore, in presenza dei presupposti stabiliti dalla norma (attestazione che la richiesta abbia ad oggetto prestazioni essenziali all'attività di impresa e funzionali al miglior soddisfacimento dei creditori), può essere autorizzato al pagamento, esente da revocatoria, dei crediti anche anteriori per prestazioni di beni e servizi. L'articolo di nuova introduzione fa riferimento ai soli pagamenti, non anche ad atti e garanzie: se per i primi l'esenzione da revocatoria opera indipendentemente dall'omologa dell'accordo in esecuzione del quale i pagamenti sono effettuati, per gli atti e le garanzie continua ad applicarsi il solo art. 67 l.f., il che rende imprescindibile, ai fini dell'esenzione, l'omologa.

Ci soffermiamo in particolare sulle lettere *d* ed *f* dell'art. 67 l.f., poiché vi sono elencate quelle operazioni che segnano il raccordo tra la disciplina civilistica dell'esenzione da revocatoria e quella penalistica dell'esclusione della preferenzialità, che costituisce l'oggetto specifico del presente

---

<sup>37</sup> Panzani-Tarzia, *Gli effetti del piano attestato e dell'accordo di ristrutturazione dei debiti sugli atti pregiudizievoli*, in *Il Fallimento*, n. 10/ 2014, p. 1063

lavoro: si tratta degli atti, pagamenti e garanzie posti in essere in esecuzione di un piano attestato, concordato preventivo, accordo di ristrutturazione omologato e dell' amministrazione controllata. Il piano di risanamento trova in questa norma la propria disciplina, di strumento idoneo ad ottenere l' esenzione, a condizione che sussista l' attestazione di ragionevolezza dell' esperto e che il progetto appaia idoneo a perseguire il duplice obiettivo di ristrutturazione del debito – cioè risanamento strutturale dell' azienda – e riequilibrio della situazione finanziaria – cioè reperimento di liquidità al fine dell' pagamento dei debiti. Si potrebbe dire<sup>38</sup> che, qualora l' opera di risanamento vada a buon fine, il risultato positivo costituirà la prova di tale idoneità; laddove invece il risanamento non si compia e, nel quadro della procedura di fallimento, venga esercitata l' azione revocatoria, il giudice adito sarà chiamato a pronunciarsi sull' idoneità *ex ante* del piano, svolgendo il giudizio di prognosi postuma. Nel caso in cui il piano si presenti astrattamente idoneo, ma concretamente non in grado di perseguire i suoi obiettivi, gli atti esecutivi saranno revocabili, purché il debitore sia consapevole di tale “incapacità” e, nonostante ciò, perseveri nell' attuazione del piano, commettendo una frode a danno dei creditori<sup>39</sup>. Questi ultimi potranno comunque contestare l' inidoneità ovvero l' “incapacità” del piano, impugnandolo in un autonomo giudizio.

Si nota come l' esonero dall' azione revocatoria abbia ad oggetto <<gli atti, i pagamenti e le garanzie concesse su beni del debitore>>, restandone escluse, a differenza di quanto previsto per il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione nel punto *e*, le garanzie concesse sui beni dei terzi: accanto a coloro<sup>40</sup> che interpretano tale differenza come una mera superflua specificazione al punto *e* di un concetto di per sé ovvio (che la garanzia non

---

<sup>38</sup>Terranova, *La nuova disciplina delle azioni revocatorie*, in *Dir. Fall.* , 2006, p. 280

<sup>39</sup>Conca, *L' esonero da revocatoria delle garanzie nei piani attestati e negli accordi di ristrutturazione*, Milano, Paradigma, 2011

<sup>40</sup> Ambrosini–Demarchi, *Il nuovo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, Giuffrè , 2005, p. 187

riguardi i soli beni del debitore), altra parte della dottrina<sup>41</sup>, in prospettiva rovesciata, vede nell'omissione del punto *d* un segnale del disfavore del legislatore per i piani in quanto privi di controllo giudiziale. Sembra opportuno precisare, effettuando una breve digressione dall'oggetto specifico del presente paragrafo, come quest'ultima ricostruzione dottrina trovi smentita nella constatazione che la scelta tra piano e accordo viene lasciata al debitore, senza che alcun orientamento di favore o disfavore emerga dalla disciplina degli istituti: agli effetti vantaggiosi che conseguono alla scelta del piano – non necessità che vi sia l'adesione da parte di un numero minimo dei creditori, possibilità di mantenere il procedimento riservato – si affiancano conseguenze deteriori rispetto a quelle che deriverebbero dalla scelta dell'accordo: il piano non inibisce le azioni esecutive e cautelari né consente, come si dirà, la prededucibilità dei crediti dei finanziatori.

Come si è detto, l'art. 67, terzo comma l.f. prevede l'esenzione per ulteriori ipotesi in cui l'adempimento persegua il fine di favorire la prosecuzione dell'attività di impresa; tuttavia, il legislatore, con una scelta la cui irrazionalità è tale da creare il dubbio sulla sua motivazione anche nella dottrina più illustre<sup>42</sup>, non li include nel raggio di applicabilità della causa di esclusione della tipicità penale *ex art. 217 bis l.f.* La lettera *a* prevede l'esenzione per i pagamenti di beni e servizi eseguiti nell'esercizio dell'attività di impresa nei termini d'uso, cioè rientranti nell'ordinaria attività aziendale, in un'ottica di tutela della continuità che sarebbe compromessa qualora l'imprenditore venisse isolato dagli altri operatori di mercato; nella medesima ottica devono essere lette l'esenzione *ex lettera f*, avente ad oggetto il pagamento del corrispettivo delle prestazioni di lavoro da parte dei collaboratori, e lettera *c*,

---

<sup>41</sup> Bonfatti–Panzani, *La riforma organica delle procedure concorsuali*, Milano, Ipsoa, 2008, p. 302

<sup>42</sup> Bricchetti, *Le esenzioni dai reati di bancarotta. L'art. 217 bis l.f.*, in AA.VV. *Trattato delle procedure concorsuali*, vol. VI, Milano, Utet, 2014

parte seconda, che riguarda il contratto di vendita o preliminare di vendita a giusto prezzo di un immobile da adibirsi a sede principale dell'attività di impresa dell'acquirente. La lettera *b* fa riferimento a rimesse su conti correnti bancari, a condizione che queste non rappresentino una rilevante riduzione dell'esposizione debitoria verso l'istituto, ma rientrino nella normale attività di adempimento che dovrebbe caratterizzare il rapporto di credito; l'esenzione è qui riconducibile alla volontà di non pregiudicare il corretto rapporto con le banche, essenziale all'esercizio di ogni attività imprenditoriale<sup>43</sup>. Infine, alla lettera *g*, si fa riferimento a pagamenti strettamente connessi alle procedure di risanamento, perché corrispettivi di servizi strumentali all'accesso a tali procedure.

Dopo aver riportato le critiche della dottrina, che contesta l'incompletezza del contenuto dell'art. 217 *bis* l. f., e aver cercato di esplicitare le ragioni che inducono a condividere tali critiche attraverso l'analisi delle singole lettere, si può concludere con una riflessione: anche se la causa di esclusione della tipicità *ex art. 217 bis* non potrà operare al di là dei casi espressamente previsti, in ossequio al principio di tassatività penale, l'espressione "pagamenti eseguiti in esecuzione del piano di risanamento" è in grado di esentare tutte le operazioni indicate alle lettere dell'art. 67, comma terzo diverse dalla *d* ed *e*, qualora possa essere ad esse attribuita, ovviamente nel caso concreto, detta funzione esecutiva.

Da ultimo ci si chiede se sia possibile estendere la portata applicativa delle esenzioni all'azione revocatoria ordinaria *ex art. 66 l. f.*: una parte della dottrina si mostra favorevole<sup>44</sup>, sul presupposto che la finalità di tutelare i creditori nel quadro della politica di risanamento dell'impresa possa essere propria anche della revocatoria ordinaria; sussistendo quei casi in cui l'adempimento non sia idoneo a ledere la garanzia patrimoniale e si adunque

---

<sup>43</sup>Frigeni, *Linee di credito <<autoliquidanti>> e pre-concordato preventivo*, in AA.VV. *Società, banche e crisi d'impresa*, Utet, 2014, vol. IV

<sup>44</sup> Nigro, *Sub art. 67*, in AA.VV., *La legge fallimentare dopo la riforma*, Torino, Giappichelli, 2010

configurabile l' esenzione, sarebbe del tutto irrazionale non estendere la portata di quest' ultima anche alla revocatoria ordinaria. La dottrina dissenziente<sup>45</sup> fa leva, invece, sulla constatazione che l' art. 67, comma terzo rappresenta una norma speciale, derogatoria della disciplina generale e, come tale, nonapplicabile al di là dei casi espressamente previsti. L' applicabilità dell' azione revocatoria non si estende agli atti pregiudizievoli previsti agli art. 64 e 65 l.f. :si tratta degli atti a titolo gratuito e dei pagamenti anticipati nei casi previsti dalla norma, rispetto ai quali l' ordinamento pone una specifica sanzione, l' inefficacia.

#### **4) Inquadramento degli istituti e controllo del giudice**

La sintetica descrizione che si è svolta conduce ad una considerazione conclusiva. Non si intende soffermarsi sulle precipue caratteristiche degli istituti che sono stati oggetto di analisi, quanto piuttosto dare risposta ad una questione prodromica all' analisi stessa, perché concernente la nomenclatura di tali istituti: è corretto riferirsi ad essi con il termine procedure? Esso è evocativo di una compiuta disciplina, fondata su tre principi: universalità, in quanto la procedura coinvolge tutti i creditori e tutti i beni del fallito, giurisdizionalità, ad indicare il necessario controllo dell' autorità giudiziale ed esclusività, intesa come esclusione dell' applicabilità contestuale di altre procedure<sup>46</sup>.E' dunque inevitabile che si ponga la questione del suo ambito di applicazione: questione che non necessita risposta rispetto al fallimento, procedura concorsuale per antonomasia, né

---

<sup>45</sup> Corsi G. , *La revocatoria fallimentare degli atti onerosi*, in AA.VV. , *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, Torino, Giappichelli, 2014

<sup>46</sup> Visentini , *Sulle procedure concorsuali*, appunti dalle lezioni, 2012

rispetto ai piani *ex art. 67 l.f.* , che sono operazioni di natura esclusivamente privatistica; ma che rispetto agli altri istituti può impegnare notevolmente l'intelligenza dell'interprete, soprattutto perché investita dal sovvertimento di cui sono stati portatori i provvedimenti dell'ultimo decennio. Si deve notare come essi abbiano avuto un duplice fulcro, da un lato le modifiche del concordato preventivo, dall'altro l'introduzione e le successive modifiche degli accordi di ristrutturazione: riforme che la dottrina compendia nei termini antitetici di privatizzazione e pubblicizzazione degli istituti <sup>47</sup>. Se il concordato ha oggi perso in buona parte la connotazione procedurale che caratterizzava l'impianto del 1942, gli accordi hanno acquisito tale connotazione, potendosi oggi dire che ad essi si applicano i suddetti principi di caratterizzazione: universalità – poiché, come le considerazioni svoltesi hanno dimostrato, gli accordi potrebbero produrre effetti anche nei confronti dei creditori estranei – , esclusività – inibendo le azioni esecutive nei sessanta giorni successivi all'omologa e, con le più recenti riforme, addirittura nel periodo antecedente l'omologa – e giurisdizionalità – essendo l'omologa da parte del tribunale condizione essenziale perché l'accordo produca i suoi effetti.

Tale scenario conduce ad ipotizzare, nel superamento della tradizionale distinzione tra procedure e accordi<sup>48</sup>, il riconoscimento di figure ibride di strumenti di soluzione della crisi di modo che, preservando il diritto degli attori di definire autonomamente l'assetto dei propri interessi, venga in considerazione altresì l'interesse superindividuale dei singoli creditori, che trova nel principio di maggioranza lo strumento primario di tutela. La dottrina parla della nascita del concetto di procedimento unitario, una sorta di “contenitore” di meccanismi concorsuali da riempire a seconda delle esigenze concrete dell'impresa in crisi e senza che sussistano vincoli di

---

<sup>47</sup> Tarolli , *I contratti per la ristrutturazione dei debiti* , in *Giur. Comm.* , fasc. 4, 2014, p.789

<sup>48</sup>Panzani, *Il concordato “in bianco”*, in *Il fallimentarista*, n. 10/2012

propedeuticità o esclusione reciproca tra gli istituti<sup>49</sup>. Il legislatore potrebbe trarre ispirazione dal modello francese del *redressement*<sup>50</sup>, che consente, qualora l'impresa in ristrutturazione non dia segni di vitalità, di procedere direttamente, cioè senza ostacoli di natura procedurale, alla liquidazione.

L'aver enunciato il requisito della giurisdizionalità induce a affrontare l'argomento del controllo dell'autorità giudiziaria rispetto alle procedure giudiziali e stragiudiziali di composizione della crisi. Il quesito, sul quale si è concentrata l'attenzione della dottrina<sup>51</sup>, ha ad oggetto l'ampiezza del sindacato riconosciuto al tribunale in sede di omologazione dell'accordo di ristrutturazione e del concordato preventivo, nonché la configurabilità di un margine di controllo giudiziale dei piani attestati. Rispetto agli accordi, un orientamento giurisprudenziale più recente<sup>52</sup> afferma che il tribunale sia chiamato a svolgere un controllo non meramente formale, cioè ad entrare nel merito della fattibilità, a tutela dei creditori estranei all'accordo che - qualora il risanamento non andasse a buon fine e si giungesse al fallimento - verrebbero pregiudicati senza rimedio dato che i pagamenti, atti e garanzie a favore dei creditori aderenti sarebbero esentati da revocatoria. L'orientamento giurisprudenziale dissenziente<sup>53</sup> configura, invece, un accertamento di mera legittimità, non avente ad oggetto l'accordo, ma la valutazione di fattibilità dell'esperto: se la verifica di carattere tecnico è affidata ad un terzo in possesso delle cognizioni di scienza necessarie, il giudizio del tribunale potrà vertere sulla coerenza logico – argomentativa

---

<sup>49</sup>Si sottolinea come nell'ordinamento tedesco sia stato introdotto nel 1994 un unico istituto, denominato *Inzolvvenzordnung*: un procedimento concorsuale unitario che, a seconda dei casi, può assumere natura liquidatoria o risanatoria, in Di Marzio, *Il diritto negoziale della crisi d'impresa*, in *Diritto della banca e della borsa*, Giuffrè 2011

<sup>50</sup>Frascaroli Santi, *Gli accordi di ristrutturazione del debito. Un nuovo procedimento concorsuale*, in (Costa-Frascaroli S.) *Impresa, società, fallimento*, 2009, vol. 1

<sup>51</sup>Pagni, *Evoluzione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, protezione del patrimonio e omologazione*, in *Il Fallimento*, n. 10/2014, p. 1079

<sup>52</sup>Trib. Ancona, 12 Novembre 2008 in [www.il caso.it](http://www.il caso.it)

<sup>53</sup>Trib. Roma, 5 Novembre 2009, in [www.il caso.it](http://www.il caso.it)

della relazione, non certo sul merito della stessa né, men che mai, sul merito dell'atto che ne è l'oggetto. Infine un orientamento intermedio<sup>54</sup> afferma che soltanto nel caso in cui non vi sia stata opposizione all'omologazione da parte dei creditori, il giudizio del tribunale potrà limitarsi all'aspetto formale dell'accordo.

La contrapposizione tra giudizio di legittimità e merito, che, come si è visto, tanti dubbi ha sollevato nelle aule di tribunale, viene risolta dalla prevalente dottrina attraverso l'impiego della formula "giudizio di legittimità sostanziale"<sup>55</sup>: essa indica un'attività di controllo che, avendo ad oggetto la logicità e plausibilità del piano in quanto razionalmente strutturato e coerente con gli obiettivi che si prefigge, consenta ai creditori di poter fare affidamento sulla sua fattibilità; la fattibilità dunque non deve essere intesa né come possibilità di successo, che il tribunale non potrebbe valutare, non avendo le conoscenze tecniche per giudicare la completezza e veridicità delle informazioni contenute nel progetto, né come convenienza economica, la valutazione della quale è riservata ai creditori aderenti all'accordo<sup>56</sup>. La dottrina minoritaria<sup>57</sup> è invece orientata ad ammettere il controllo di merito, affermando che la complessità dell'accertamento affidato al tribunale omologante non consente di limitarne l'oggetto alla sola valutazione di logicità, dovendo esso estendersi all'idoneità dell'accordo, in quanto unica forma di tutela prevista dall'ordinamento per i creditori estranei all'accordo o che addirittura si siano opposti ad esso. Il significato giuridico del termine

---

<sup>54</sup>Trib. Milano, 23 Gennaio 2007, in *Il Fallimento*, 2007, p. 701. Gli orientamenti giurisprudenziali presi in esame sono riportati in: Conca, *L'esonero da revocatoria delle garanzie nei piani attestati e negli accordi di ristrutturazione*, Milano, Paradigma, 2011

<sup>55</sup>De Santis, *I controlli del giudice nel piano attestato e nell'accordo di ristrutturazione dei debiti*, in *Il fallimento*, n. 10/2014, p. 1043

<sup>56</sup>Jorio, *La riforma fallimentare: pregi e carenze delle nuove regole*, relazione al Convegno di studi "Il diritto dell'impresa in crisi fra contratto, società e procedure concorsuali", Pisa, 2012

<sup>57</sup>Pagni, *Evoluzione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, protezione del patrimonio e omologazione*, in *Il Fallimento*, n. 10/2014, p. 1079.

omologazione – come verifica della conformità alla legge e all’ interesse pubblico di una proposta negoziale privata – conduce ad attribuire al tribunale il compito di accertare la fattibilità del piano nel rispetto di tale conformità. La tutela avrà ad oggetto un duplice interesse dell’ ordinamento: da una parte la protezione dei creditori in minoranza, dall’ altra l’efficienza del sistema economico che non può non passare attraverso una corretta pianificazione del futuro dell’impresa in crisi. Il controllo di legalità sostanziale in sede di omologa è, del resto, pacificamente riconosciuto rispetto ad altre ipotesi di atti caratterizzati dalla presenza dell’interesse pubblico, ad esempio l’ omologazione di separazioni consensuali *ex art. 711 c.c.*<sup>58</sup>

Il piano si caratterizza per essere un atto stragiudiziale, essendo unicamente sottoposto alla valutazione di idoneità da parte del professionista, chiamato ad attestarne la veridicità e fattibilità. Il sindacato del giudice è eventuale, poiché necessario al solo fine di ottenere l’ esenzione da revocatoria, qualora il risanamento non si compia e si giunga alla dichiarazione di fallimento; ed ha ad oggetto la ragionevolezza del piano. La portata del controllo è resa ambigua dall’ espressione utilizzata dal legislatore all’ art. 67, comma 3 l.f. , laddove si richiede che il piano <<appaia idoneo>> a consentire il risanamento: non è dunque sufficiente che il piano sia attestato dall’ esperto come tale, ma è altresì necessario che il terzo venga convinto che lo sia. Il terzo è beneficiario dell’ esenzione da revocatoria, ma gli si richiede quel grado minimo di diligenza tale da accertare la palese inidoneità originaria del piano nonché l’ inidoneità che sopravvenga nella fase di attuazione dello stesso. Il piano, pur non necessitando di omologa giudiziale ai fini dell’ efficacia, può nondimeno essere sottoposto al controllo del giudice, nel caso in cui venga impugnato dai creditori al fine di contestarne l’ inidoneità. L’

---

<sup>58</sup>D’ Orazio, *Lavori in corso sugli accordi di ristrutturazione dopo il d. l. 78/10*, in *Giur. Merito*, fasc. 2, 2011, p. 416

autorità giudiziaria può dunque essere chiamata a pronunciarsi sulla ragionevolezza del piano, ma tale controllo subisce un duplice limite: innanzitutto non potrà vertere sui requisiti tecnici, come attestati dal professionista; in secondo luogo, e come si è già puntualizzato, non potrà avere ad oggetto l'effettiva idoneità del piano, ma la sua idoneità apparente<sup>59</sup>. Il quesito trova, invece, più facile soluzione rispetto al concordato preventivo, accordo sottoposto, già prima dell'omologazione, ad una penetrante attività di controllo che prevede l'obbligo di comunicare la domanda al pubblico ministero e la vigilanza del commissario giudiziale sull'intera procedura. Non è, dunque, necessario riconoscere al tribunale il potere di effettuare un controllo di merito su di un piano che è stato costantemente monitorato, essendo sufficiente che in sede di omologa si svolga il giudizio di legalità sostanziale. In un primo momento, la Corte di Cassazione<sup>60</sup> si era pronunciata nel senso di ammettere il controllo di merito seppure nel solo caso in cui fosse il creditore dissenziente a farne richiesta e limitatamente alla classe di appartenenza di costui. Successivamente la giurisprudenza di legittimità<sup>61</sup> ha invece accolto la ricostruzione dottrinale, ammettendola solo verificata di legittimità sostanziale e limitandola al caso in cui il piano appaia *prima facie* inidoneo a soddisfare l'interesse minimo dei creditori; in questo caso al giudice è attribuito il compito di verificare la realizzabilità della "causa concreta" della procedura<sup>62</sup>, cioè della funzione economico – sociale che specificamente caratterizza il concordato, purché il sindacato non si estenda alla convenienza economica del progetto, la cui valutazione è riservata all'autonomia dei creditori<sup>63</sup>. La *ratio* delle previsioni relative al

---

<sup>59</sup> Panzani - Tarzia, *Gli effetti del piano attestato e dell'accordo di ristrutturazione dei debiti sugli atti pregiudizievoli*, in *Il fallimento*, n. 10/2014, p. 1063

<sup>60</sup> Cass. Sez. I, 25 Ottobre 2010, n. 21860

<sup>61</sup> Cass. S.U., 23 Gennaio 2013, n. 1521

<sup>62</sup> De Santis, *I controlli del giudice nel piano attestato e nell'accordo di ristrutturazione dei debiti*, in *Il fallimento*, n. 10/2014, p. 1043

<sup>63</sup> Racugno, *Gli obiettivi del concordato preventivo, lo stato di crisi e la fattibilità del piano*, in *Giur. Comm.*, fasc. 5, 2009, p. 889

concordato preventivo consente di estenderne l'applicazione, *mutatis mutandis*, agli accordi: la ristrutturazione dei debiti è compatibile sia con un progetto di liquidazione dell'impresa sia con un piano di riorganizzazione aziendale ed in quest'ultimo caso le esigenze di controllo sono le medesime che caratterizzano l'applicazione del concordato preventivo.

Da ultimo, si sottolinea un intervento del legislatore Europeo allo scopo di sollecitare l'introduzione negli ordinamenti degli Stati membri di norme che attribuiscono al giudice il potere di respingere quei piani che siano manifestamente inadeguati a garantire la tutela dei creditori e il superamento della crisi<sup>64</sup>. L'analisi che si è svolta può trovare una valida conclusione nel constatare come, sia rispetto alle procedure giudiziali che stragiudiziali, il concetto stesso di controllo di legittimità formale appaia oggi completamente superato, in favore della verifica di logicità del contenuto e congruità del progetto rispetto agli obiettivi, cioè, come si è precedentemente spiegato, della sua legittimità sostanziale.

---

<sup>64</sup>Raccomandazione Commissione UE , n. 2014/135/UE, *ibidem*

## CAPITOLO II

### Le disposizioni penali all' interno della legge fallimentare

#### 1) Tutela penale dei creditori: la responsabilità del debitore per indebita preferenza

La riforma dell' art. 67 l.f.<sup>65</sup> esclude l'applicabilità dell' azione revocatoria fallimentare rispetto ad operazioni (atti, pagamenti e garanzie sui beni del debitore) poste in essere in esecuzione di un piano attestato che appaia idoneo a consentire il risanamento dell' esposizione debitoria e il riequilibrio della situazione finanziaria, nonché di un concordato preventivo ovvero di un accordo di ristrutturazione omologato. Il legislatore interviene altresì sul piano penalistico per dare soluzione ad un' annosa questione, creata nel nostro ordinamento in seguito all' introduzione degli istituti di risanamento: come conciliare le operazioni poste in essere in esecuzione dei concordati e accordi di ristrutturazione con il delitto di cui al terzo comma dell' art. 216 l.f.: la bancarotta fraudolenta preferenziale.

La fattispecie prevede un reato a condotta duplice che si realizza attraverso l' esecuzione di pagamenti ovvero la simulazione di titoli di prelazione, prima o durante la procedura fallimentare, allo scopo di favorire taluno dei creditori

---

<sup>65</sup>D. lgs. 9 Gennaio 2006, n. 5

a danno degli altri. E' evidente come la prima condotta, di adempimento totale o parziale nei confronti di uno o più creditori, si sovrapponga perfettamente alle attività poste in essere dal debitore in esecuzione delle procedure concordatarie di risanamento, che prevedono, appunto, che il debitore concluda accordi con i creditori finalizzati all' adempimento. La revocatoria fallimentare e il reato di bancarotta preferenziale si completano a vicenda<sup>66</sup>: il creditore favorito che conosceva lo stato di insolvenza subisce la revocatoria del pagamento, il debitore che favorisce subisce la comminatoria della sanzione penale. La dottrina si interroga, pertanto, su quali siano gli effetti che il restringimento dell' ambito di operatività della revocatoria fallimentare – ad esito della riduzione del periodo sospetto e dell' introduzione di nuove cause di esenzione – cagioni rispetto alla portata applicativa del reato: una prima teoria<sup>67</sup> afferma che, essendosi ampliata la possibilità dei pagamenti, non più revocabili, assumano rilevanza penale, vi siano i presupposti per un aumento dei procedimenti *ex art.* 216, comma III l.f. ; altre teorie dottrinali dissentono sulla definizione della *voluntas legislatoris* sottesa alla riforma, concordando, però, sul fatto che sia questo l' elemento dal quale far derivare la risposta a tale domanda: se di tutelare i creditori soddisfatti - ed allora non si potrebbe ipotizzare alcun ampliamento dell' area di applicabilità della bancarotta preferenziale -<sup>68</sup> ovvero di dare stabilità ai rapporti giuridici, ed in questo caso sarebbe del tutto evidente come la riforma non intacchi la rilevanza penale delle condotte.<sup>69</sup>

Posto, dunque, che i due istituti trovano un fondamento comune nella tutela della *par condicio creditorum*, si era posta, prima della riforma, l' esigenza

---

<sup>66</sup> Bricchetti, *La bancarotta preferenziale*, in Padovani, *Leggi Penali Complementari*, (a cura di) AA.VV., Milano, Giuffrè, 2007

<sup>67</sup> Audisio, *La revocatoria fallimentare e la bancarotta preferenziale*, in AA.VV. , *La riforma del diritto fallimentare*, p. 338

<sup>68</sup> Giunta, *Revocatoria e concordato preventivo, tutela penale*; in *Diritto e pratica fallimentare*, 2006, p. 37

<sup>69</sup> Antolisei, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, vol. II, *I reati fallimentari* (a cura di) Grosso-Rossi, Milano, Giuffrè, 2008

di introdurre nel sistema del titolo VI una deroga analoga a quella prevista nel comma terzo, lettered ed e, dell'art. 67 l.f. In attesa di tale intervento, la dottrina aveva interpretato l' art. 216, terzo comma l.f. in modo da escluderne l'applicabilità ai pagamenti posti in essere in esecuzione delle procedure concorsuali. Un primo indirizzo<sup>70</sup> afferma che l'eseguire il pagamento in esecuzione del piano o dell'accordo e, dunque, con il fine di risanare l'impresa e non di favorire taluno dei creditori escluda il dolo specifico e, pertanto, l'esistenza stessa del reato. Un secondo indirizzo ravvisa la sussistenza di una causa di giustificazione: si ipotizza di inquadrare il consenso dei creditori nell'esimente del consenso dell'avente diritto *ex art. 50 c.p.*<sup>71</sup>; ricostruzione che non può essere accolta, dato che nessuna delle procedure negoziali richiede il consenso di tutti i creditori. Una diversa ricostruzione, sempre in termini di causa di giustificazione, fa, invece, riferimento all'esercizio di un diritto *ex art. 51 c.p.*<sup>72</sup>: poiché la legge concede al debitore la facoltà di adottare le procedure negoziali al fine di evitare il fallimento, sarebbe contraddittorio che la legge stessa sanzioni penalmente le condotte esecutive di tali procedure.

Un illustre orientamento dottrinale<sup>73</sup> affermava poi la necessità di distinguere tra i concetti di dolo e movente: non è idonea ad escludere l'esistenza del reato l'esistenza di uno scopo interno alla psiche dell'agente e determinante la condotta; così, ad esempio, il fine di ritardare il fallimento non rappresenta l'elemento soggettivo della condotta, essendo compatibile con il fine di favorire taluno dei creditori, ma appunto il movente della stessa. Diverso è, sempre a titolo esemplificativo, il caso in cui l'imprenditore estingua il suo debito con la banca al fine di ottenere da questa una nuova apertura di credito:

---

<sup>70</sup> *In giur. Cass., Sez. V, 28 Luglio 2009, n. 31168*

<sup>71</sup> *Insolera, Riflessi penalistici della nuova disciplina del concordato preventivo e delle composizioni extragiudiziali della crisi d'impresa, in Giur. Comm., 2006, p. 459*

<sup>72</sup> *Mangione, Riflessioni penalistiche sulla riforma delle procedure concorsuali, in Riv. it. di dir. e proc. penale, 2006, p. 921*

<sup>73</sup> *Cocco, La bancarotta preferenziale, Napoli, Jovene 1987*

qui il fine di risollevarne l'impresa dalla crisi si sostituisce al fine di favorire taluno dei creditori come oggetto del dolo specifico e dunque esclude l'esistenza del fatto tipico. La giurisprudenza di legittimità aveva già mostrato di essere favorevole ad un'interpretazione restrittiva delle fattispecie di bancarotta, affermando l'estraneità ad esse di condotte finalizzate al risanamento ovvero, nei termini della Corte, della <<manovra societaria proiettata ad un esito profittevole e ragionevole>><sup>74</sup>.

Guardando ai risultati interpretativi raggiunti da dottrina e giurisprudenza, possiamo notare come l'innovazione apportata dall'art. 217 bis l.f.sia, in realtà, da ravvisare nell'<<istituzionalizzazione>><sup>75</sup> della volontà di superare la crisi: se in passato questa era interpretata come un elemento soggettivo negativo dei delitti di bancarotta semplice e preferenziale – il reato sussiste in quanto le condotte non siano poste in essere al fine di superare la crisi – oggi costituisce un elemento costitutivo negativo di natura oggettiva – il reato sussiste in quanto le condotte non siano esecutive di un progetto di superamento della crisi.

E' evidente che il fulcro dell'attenzione vada trasferito sull'idoneità del piano, e che questo aspetto cagioni un mutamento dal punto di vista dell'elemento soggettivo nei reati ai quali l'esenzione si applica: rispetto alla bancarotta preferenziale, il reato sussiste nel momento in cui la condotta è tenuta allo scopo di favorire taluno dei creditori - dolo specifico - ma, in presenza del progetto di risanamento, sarà altresì necessario provare quantomeno il dolo eventuale, cioè che il debitore avesse accettato il rischio dell'inidoneità del piano. L'<<istituzionalizzazione>> del proposito di risanamento, a cui si è fatto riferimento sopra, comporta necessariamente che questo non rimanga su di un piano meramente soggettivo, quale espressione

---

<sup>74</sup> Cass. Sez. V, 18 Maggio 2006, n. 23730

<sup>75</sup> Donelli, *I continui esperimenti sul diritto penale del fallimento: l'art. 217 bis l.f. prima e dopo il << decreto sviluppo >>*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. dell' Economia*, n. 3/2012, p.787

delle buoneintenzioni dell' imprenditore, ma trovi esecuzione in un progetto di attestata idoneità che gli conferisca una dimensione oggettiva. L' attestazione del professionista dovrebbe garantire un margine di certezza ad un progetto, la cui affidabilità' ordinamento tende a mettere in dubbio, nella convinzione che la naturale propensione al rischio propria degli imprenditori si accentui in presenza di situazioni di difficoltà (fenomeno noto nella dottrina aziendalistica come *moral hazard*)<sup>76</sup>; la dottrina penalistica<sup>77</sup> ha, tuttavia, evidenziato il paradosso costituito dalla scelta del legislatore di subordinare la funzione esimente oggettiva del progetto all' esistenza di una valutazione effettuata sulla base di criteri sfuggenti quali ragionevolezza e attuabilità, e per di più in un settore, quello imprenditoriale, in cui l' imprevedibilità e incertezza caratteristiche dell' economia di mercato sono in grado di <<scompigliare>><sup>78</sup> piani in origine idonei. Il disagio del penalista, abituato alla precisione delle norme del proprio ambito, è evidente e manifesto.

La scarsa chiarezza che connota l' art. 217 *bis* l.f. , in unione agli sviluppi interpretativi degli art. 216 e 217 l.f., a cui la dottrina era giunta e di cui si è detto, hanno condotto i commentatori ad affermare che la riforma abbia addirittura indebolito, piuttosto che ampliato, la tutela del debitore<sup>79</sup>. In altri termini, se in passato si sarebbe potuta escludere, in via interpretativa, l' esistenza dei reati di bancarotta in tutti i casi in cui il fatto tipico fosse espressione della volontà di risanamento aziendale, la riforma impone, al contrario, di ravvisare l' esistenza del reato in tutte le ipotesi alle quali l' art. 217 *bis* non applichi espressamente l' esenzione.

---

<sup>76</sup> Zincani, *Il nuovo art. 217 bis l.f. : la ridefinizione dei reati di bancarotta*, in *Il fallimento*, n. 5/2011, p. 516

<sup>77</sup> Alessandri, *Profili penalistici delle innovazioni in tema di soluzioni concordate della crisi d' impresa*, in *Riv. it. dir. e proc. penale*, 2006, p. 111

<sup>78</sup> Chiaraviglio, *La bancarotta preferenziale e la soluzione concordata della crisi*, in *Riv. Dott. Comm.* , fasc. 1/2010, p. 196

<sup>79</sup> Spinosa, *Il cd. decreto sviluppo nel sistema della legge fallimentare: i rapporti tra nuove procedure concorsuali e profili di responsabilità penale*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Cont.* , n. 2/2013, p. 100

La dottrina è, dunque, concorde nell' affermare che le riforme sul piano civilistico, con particolare riferimento alla riforma degli art. 67 e 160 l.f. , abbiano modificato la portata del divieto di pagamenti preferenziali, in riferimento alla previsione dell' art. 2741 c.c. : non appartengono più a tale categoria i pagamenti effettuati a favore di creditori appartenenti a classi formate secondo posizione giuridica ed interessi economici omogenei ed in esecuzione di un progetto attestato. Questa fondamentale innovazione produce un diretto riverbero sulla fattispecie di bancarotta preferenziale, dato che l' art. 2741 è tradizionalmente interpretato<sup>80</sup> come norma integratrice del precetto *ex art. 216, III comma l.f.*: si intende dire che il reato si consuma con l'effettuazione di pagamenti allo scopo di favorire taluno dei creditori a danno degli altri e tale finalità è implicita nel caso di pagamenti eseguiti in violazione dell' art. 2741, cioè della *par condicio creditorum*. Poiché nel caso suddetto l' art. 2741 non è più applicabile, la connotazione preferenziale del pagamento viene meno e, con essa, l' esistenza stessa del reato; se il pagamento è stato effettuato anteriormente all' entrata in vigore delle nuove norme<sup>81</sup> si applicheranno le regole in materia di successione di leggi penali nel tempo *ex art. 2 c.p.* , e dunque la cessazione dell' esecuzione della condanna e degli effetti penali.

## **2) L' azione civile risarcitoria. Il ruolo della bancarotta preferenziale nella ricostruzione dottrinale**

All' interno di questo paragrafo si affronta una tematica che si ritiene abbia un' importanza fondamentale, non soltanto per il suo contenuto, ma

---

<sup>80</sup> Chiaraviglio, *La bancarotta preferenziale e la soluzione concordata della crisi*, in *Riv. Dott. Comm.* , fasc. 1 , 2010, p. 193

<sup>81</sup> *Art. 67, comma III, lett. d e art. 160, comma I, lett. c e d l.f.*

altresì perché foriera di riflessioni dottrinali,rispetto alla fattispecie oggetto di esame, in materia di bene giuridico tutelato: l' esercizio dell' azione civile di risarcimento del danno derivante dai reati di bancarotta.L' analisi verterà su due argomenti: l' esercizio dell' azione risarcitoria da parte del curatore e il riconoscimento della legittimazione ad agire dei creditori, posto che il curatore rappresenta non i singoli creditori, ma i crediti danneggiati<<impersonalmente considerati>><sup>82</sup>. L'azione civile assume rilevanza notevole anche rispetto alla revocatoria fallimentare, garantendo ai creditori una più ampia tutela: qualora, infatti, il pagamento preferenziale non sia più soggetto a revocatoria, perché sono decorsi i limiti temporali, il creditore potrà ottenere il risarcimento del danno subito, costituendosi parte civile.

Il fondamento normativo dell' azione di responsabilità del curatore nei confronti del fallito è individuato nell' art. 240 l.f. , norma che consente a costui – e alle figure assimilate dei commissari giudiziale e liquidatore – di costituirsi parte civile nel procedimento penale per i reati fallimentari: il curatore è chiamato a far valere il diritto della massa creditoria al risarcimento del danno derivante dal fallimento<sup>83</sup>; il singolo creditore, invece, ha la legittimazione ad agire per ottenere il risarcimento di un danno diverso ed eventuale, nascente dalla bancarotta.Il secondo comma dell' art. 240 l.f. pone, tuttavia, rilevanti questioni interpretative, laddove afferma che i creditori possono costituirsi parte civile nel procedimento penale per bancarotta fraudolenta soltanto in due casi<sup>84</sup>; alla difficoltà di spiegare la *ratio* di tale previsione, che riduce le tutele proprio rispetto al più grave fra i

---

<sup>82</sup> Antolisei, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, vol. II, *I reati fallimentari* (a cura di) Grosso-Rossi, Milano, Giuffrè, 2008

<sup>83</sup> Nuvolone, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, 1955

<sup>84</sup> Cass. Pen. 11 Febbraio 1988, *Ribaldi*. Estesa alla fattispecie di cui all' art. 223 l.f. con Cass. Pen. , sez. V, del 22 Novembre 2007, n. 43101

reati fallimentari<sup>85</sup>, si affianca il problema di interpretare una norma che non si distingue certo per la sua chiarezza, se cioè debba ammettersi o meno che rispetto alle altre fattispecie di bancarotta i creditori possano agire individualmente in ogni caso ovvero sussistano delle limitazioni e quali esse siano. Con riferimento al reato che costituisce oggetto principale della presente analisi, si aggiunge, poi, la questione dell' inquadramento della bancarotta preferenziale: se questa debba essere compresa nel novero della fraudolenta ovvero, conformemente alla prevalente dottrina, debba essere considerata reato autonomo, ammettendo in quest' ultimo caso rispetto ad essa l' esercizio dell' azione risarcitoria concorrente da parte del creditore.

La seconda ipotesi di autonoma costituzione del creditore è il caso in cui costui faccia valere un titolo di azione propria personale: nella formula sono compresi diritti strettamente personali, ad esempio il diritto all' onore o alla reputazione commerciale, e dunque la richiesta di risarcimento dei danni morali, ma anche danni patrimoniali che non potrebbero essere fatti valere dal curatore, ad esempio il danno subito dei titolari di un diritto reale di garanzia su un bene che è stato oggetto del fatto di bancarotta.<sup>86</sup> La dottrina si è divisa sulla possibilità di configurare – al di là delle due ipotesi espressamente previste e del divieto sancito rispetto alla bancarotta fraudolenta – una generica legittimazione all' esercizio concorrente dell' azione da parte del creditore. Una parte di essa<sup>87</sup> sostiene l' ipotesi che si possa giungere ad un ampliamento della legittimazione attraverso una lettura sistematica dell' art. 240 l.f. , che trovi fondamento nella peculiarità della fattispecie di bancarotta preferenziale: le condotte descritte dall' art. 216,

---

<sup>85</sup> Pone dubbi di legittimità costituzionale rispetto all' art. 3 Cost. Sammarco, *La costituzione di parte civile*, in AA.VV. Trattato delle procedure concorsuali, vol. VI, Milano, Utet, 2012

<sup>86</sup> Trib. Milano, 1 Settembre 2004, parla di risarcimento del danno agli azionisti derivante dall' aver costoro subito una *“perdita non pecuniaria costituita dalle sofferenze emotive”*

<sup>87</sup> Giuliani Balestrino, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, Torino, Giappichelli, 2012

comma III l.f. ledono la *par condicio*, ma non gli interessi del ceto creditorio complessivamente inteso, producendo una diminuzione del passivo uguale a quella che deriverebbe da un pagamento rispettoso delle cause di prelazione, ed inoltre non determinano alcuna lesione del patrimonio dell'impresa tale da legittimare l'azione del curatore. Logica vorrebbe che, quantomeno rispetto alla bancarotta preferenziale, si consentisse ai singoli creditori danneggiati di esercitare in ogni caso l'azione risarcitoria individuale.

La medesima dottrina ritiene che nella fattispecie preferenziale trovi altresì fondamento la tesi che nega che il terzo danneggiato – ad esempio un parente del creditore – possa chiedere il risarcimento: nel procedimento per il reato *ex art. 216, III comma* il creditore non favorito potrebbe costituirsi parte civile soltanto per il danno da bancarotta preferenziale, mentre il terzo – affermando che il pagamento di favore costituisca una distrazione *ex art. 216, I comma l.f.* – potrebbe costituirsi parte civile per il danno derivante dal più grave reato di bancarotta fraudolenta. Dunque, se si ammettesse di poter considerare il terzo come civilmente danneggiato dai reati di bancarotta, si dovrebbe concludere nel senso che la bancarotta preferenziale non sarebbe mai una fattispecie in grado di sussistere autonomamente, perché quella condotta costituirebbe per il terzo una distrazione e dunque integrerebbe in ogni caso anche il reato di cui all'art. 216, I comma.

Come si è anticipato in apertura del paragrafo, le conclusioni raggiunte in materia di azione civile risarcitoria possono essere impiegate al fine di suffragare la teoria privatistica del bene giuridico<sup>88</sup>. Questa teoria, che si approfondirà in seguito, nega che il legislatore abbia previsto i reati di bancarotta al fine di tutelare il corretto andamento dell'economia pubblica: il solo bene oggetto di tutela è l'interesse patrimoniale dei creditori, unici legittimati all'esercizio dell'azione civile, a seconda dei casi, direttamente ovvero essendo rappresentata da colui che l'ordinamento chiama a tutelare

---

<sup>88</sup>*ibidem*

quell' interesse all' interno della procedura, cioè il curatore. Osservando – senza pretesa di analisi di questi provvedimenti, che esulerebbe dall' oggetto della presente ricerca – le leggi che nel corso degli anni hanno disciplinato l' amministrazione straordinaria, si nota come il salvataggio dell' impresa in crisi richieda sovente un sacrificio degli interessi dei creditori: ciò dimostra che la salvaguardia dell' economia pubblica non coincide necessariamente con la tutela dell' interesse patrimoniale dei creditori<sup>89</sup>, e che dunque una norma, quale l' art. 216, comma III l.f. - posta a tutela dei creditori - non possa, o quantomeno non debba, contemporaneamente tutelare l' interesse pubblico. A questa constatazione si aggiunge che, determinando la bancarotta preferenziale – ma anche, eventualmente, la bancarotta fraudolenta – un beneficio per uno o più creditori, e potendosi addirittura verificare casi di concorso del creditore nel reato, la teoria a fondamento dell' orientamento pubblicistico, per cui sussisterebbe un interesse pubblico alla tutela della massa creditoria, crolla davanti al venir meno di un suo pilastro, e cioè dinanzi alla constatazione per cui ai fini del diritto penale esistono i singoli creditori, non la massa. Si tratta di una ricostruzione non pacifica in dottrina, laddove un diverso orientamento evidenzia come, anche sul piano penale, i creditori godano di una tutela collettiva e inscindibile ed inoltre come non costituisca mai bancarotta il fatto che lede il singolo creditore, a meno che esso non risulti altresì pregiudizievole per il ceto creditorio unitariamente inteso; si nota però come i fautori di questa ricostruzione siano costretti ad ammettere che la bancarotta preferenziale - in quanto reato che lede il singolo creditore, essendo la lesione del singolo inscindibilmente legata alla portata discriminatoria della condotta - costituisca una deroga alla conclusione da loro stessa raggiunta.

---

<sup>89</sup> Si veda l' art. 20 del d.lgs. 270/99, che prevede che le spese per l' amministrazione straordinaria siano soddisfatte in precedenza, e di conseguenza con una diminuzione dell' attivo da ripartire tra i creditori

Avendo individuato nell' interesse dei creditori alla preservazione della garanzia patrimoniale il bene giuridico tutelato nei reati di bancarotta, si nota come non vi sia coincidenza tra il soggetto passivo di tali reatie il soggetto civilmente danneggiato: l' esistenza di quest' ultimo è eventuale, dato che può verificarsi il caso in cui ciascun credito venga soddisfatto, pur essendo la massa insufficientemente garantita: in questa ipotesi non si produce alcun danno, ma ovviamente non viene meno la rilevanza penale del fatto. La teoria tradizionale – che ravvisava una necessaria coincidenza tra soggetti passivi della bancarotta e soggetti danneggiati – deve essere abbandonata anche perché ormai superata, alla luce della concezione costituzionale dell' attività economica *ex art. 41 Cost.*<sup>90</sup> Essa impone di comprendere tra i civilmente danneggiati non soltanto i soggetti passivi della bancarotta, cioè i creditori al momento del fatto di reato, ma altresì quei soggetti la cui condizione economica può subire dalla cattiva gestione dell' impresa un danno, di cui l' imprenditore è chiamato a rispondere, cioè i creditori al momento della dichiarazione di fallimento. Si può fare l' esempio dei dipendenti i quali concludano un accordo con l' impresa in crisi, accettando una regolamentazione per loro sfavorevole del rapporto di lavoro; qualora l' imprenditore commetta fatti di bancarotta, il dipendente non sarà soggetto passivo del reato, ma potrà bensì esercitare l' azione di risarcimento del danno contro l' imprenditore. Si nota come la tutela del lavoratore in questo senso trovi una garanzia a livello costituzionale, *ex art. 38, comma II Cost.* ; precisamente nel diritto dei lavoratori a che siano previsti ed assicurati mezzi adeguati alle loro esigenze di vita anche in caso di disoccupazione involontaria. A dare un' ulteriore conferma alla tesi in esame è la disciplina del concordato preventivo: i creditori che abbiano concluso l' accordo non

---

<sup>90</sup>Giuliani Balestrino, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, Torino, Giappichelli, 2012

saranno ovviamente creditori concorsuali, ma potranno, salvo patto contrario, esercitare l' azione risarcitoria qualora ritengano di aver subito un danno.

La differenza che sussiste tra la posizione dei soggetti passivi della bancarotta e quella degli altri soggetti che si rapportano con l' imprenditore risultandone danneggiati ci permette di comprendere perché la condotta dell' imprenditore bancarottiere assuma rilevanza penale. Il dovere di preservare la garanzia patrimoniale grava anche sul debitore civile e l' ordinamento appronta specifici rimedi civilistici alle violazioni di tale dovere, primi fra tutti l' azione revocatoria ed il risarcimento del danno. Qualora il fallito sia un imprenditore commerciale, le medesime condotte presentano sì rilievo civilistico, potendo i danneggiati esercitare nei suoi confronti l' azione risarcitoria, ma sono altresì suscettibili di rilevanza penale; questa trova giustificazione - oltre che per il fatto che il dissesto dell' imprenditore inevitabilmente produce contagio, costituendo una minaccia per tutto il sistema economico - anche perché l' imprenditore commerciale genera nei creditori un sentimento di affidamento: la richiesta di credito da parte di chi "vive" di credito<sup>91</sup> e lo investe sul piano professionale non suscita quella diffidenza e che normalmente genera la richiesta di un prestito effettuata da un debitore civile. Ecco perché l' ordinamento riconosce che, qualora l' imprenditore leda la garanzia patrimoniale, non sia sufficiente che risarcisca il danno, ma sia necessario configurare a suo carico responsabilità penale; questa opera rispetto a quei soggetti che sono suoi creditori al momento del fatto, e pertanto sono soggetti passivi del reato, laddove coloro che sono suoi creditori nel momento in cui è dichiarato il fallimento ricevono tutela esclusivamente in sede civile<sup>92</sup>. La bancarotta preferenziale costituisce

---

<sup>91</sup>Galvano, *Trattato di diritto civile*, (a cura di) Zorzi Galvano, Cedam, 2014, vol. IV

<sup>92</sup> Giuliani Balestrino, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, Torino, Giappichelli, 2012. Esprime opinione dissenziente Cocco, *La bancarotta preferenziale*, in Palazzo-Paliero, *Commentario breve alle leggi penali complementari*, (a cura di) AA.VV., Padova, Cedam, 2007

ancora una volta la prova più evidente della conclusione raggiunta, per cui nei reati di bancarotta le parti danneggiate non si identificano con i soggetti passivi: pur essendo vero che - verificandosi il pagamento preferenziale nell'imminenza ovvero nell'immediatezza del fallimento - il creditore danneggiato sarà normalmente anche soggetto passivo, non è, tuttavia, possibile attribuire a detta constatazione empirica una valenza generale; ed inoltre non è possibile sostenere la tesi speculare, cioè che il soggetto passivo sia anche danneggiato: i creditori privilegiati garantiti, infatti, pur potendo essere "vittime" di un' indebita preferenza, non sono mai civilmente danneggiati.

### **3) Il reato di bancarotta preferenziale**

#### **3.1 Il bene giuridico tutelato**

I fatti descritti al terzo comma dell' art. 216 l.f. configurano un reato autonomo, ma riconducibile al ceppo della bancarotta fraudolenta, cioè a quel novero di condotte penalmente rilevanti in quanto sottrattive della garanzia patrimoniale, costituita dai beni del debitore, a danno dei creditori. Il diritto penale fallimentare non sanziona l' inadempimento in sé, essendo questo il compito di altri settori dell' ordinamento giuridico, ma quelle condotte che, cagionando una diminuzione della garanzia patrimoniale – nella fattispecie in esame, con intento fraudatorio – impediscono il soddisfacimento dei creditori secondo condizioni di accesso paritarie<sup>93</sup>.

---

<sup>93</sup> Cass. Pen. , Sez. V, 29 Gennaio 2015, n. 13531

Il riferimento alla vincolatività della tutela della garanzia patrimoniale ci permette altresì di smentire l' apparente paradosso di un reato contro il patrimonio, quale è la bancarotta, avente ad oggetto beni dello stesso soggetto agente. In altri termini, è legittimo, perché connaturato alla stessa attività di impresa, che l' imprenditore assuma dei rischi, purché però preservi la garanzia patrimoniale costituita dai suoi beni e destinata al soddisfacimento dei creditori secondo il principio della *par condicio creditorum*. La tutela di tale valore è inscindibilmente connessa alla natura delle procedure concorsuali poiché esse sono finalizzate a regolare la crisi d'impresa: la conservazione del patrimonio al fine della soddisfazione delle pretese creditorie rappresenta un obiettivo che già regola l' esecuzione individuale, nell' esecuzione concorsuale vi è un elemento ulteriore: la crisi dell' impresa; come si è evidenziato, essa determina una situazione di maggior gravità del mero inadempimento poiché rende il soddisfacimento delle pretese creditorie un interesse esulante dal singolo rapporto di credito. Quest' ultimo è considerato, come ogni altro bene, un elemento dell' impresa,<sup>94</sup> ed è anzi un elemento fondamentale, dato che l' impresa opera attraverso l' investimento del risparmio e che tale risparmio è accumulato per mezzo del credito. Ne deriva che l' interesse dell' ordinamento a che sussista la solidarietà tra i creditori, ovvero, dal punto di vista oggettivo, che la <<giustizia distributiva del sacrificio>><sup>95</sup> – di cui sono espressione il divieto di pagamenti preferenziali e più in generale la revoca degli atti che abbiano violato le regole del concorso – costituisca un pilastro nella regolamentazione della crisi d' impresa e riceva tutela altresì in sede penale. Volendo, come spesso si intende fare in questo lavoro, dare dei cenni storici<sup>96</sup> si potrà evidenziare come

---

<sup>94</sup> Satta, *Diritto Fallimentare*, Padova, Cedam, 1990

<sup>95</sup> Bricchetti-Pistorelli, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, in *Teoria e pratica del diritto*, Milano, Giuffrè, 2011

<sup>96</sup> Sciumè, *Le procedure concorsuali: una prospettiva storico-comparatistica*, in (diretto da) AA.VV. *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, vol. V, Torino, Giappichelli, 2014

questo principio, tuttora fondante l' agire dei creditori al fine di soddisfacimento delle loro pretese, abbia origine nel diritto romano: si ricordino la *lex Iulia* – prima espressione della regola per cui ai creditori deve essere riconosciuto il diritto di soddisfarsi sui beni del debitore in condizione di parità– e l'*actio Pauliana*, archetipo della moderna revocatoria, la quale consentiva al creditore di ricevere giuridica tutela nel caso in cui il debitore avesse depauperato il proprio patrimonio con *consilium fraudis*, stato soggettivo comprendente non soltanto lo scopo di arrecare danno a tutti i creditori, ma anche di favorire taluno di essi in danno degli altri. L'azione di origine pretoria continua ad essere impiegata, attraverso il Digesto, ben oltre il crollo dell' Impero romano ed è presente negli statuti dei Comuni medioevali; ma ciò che maggiormente ne segna l' evoluzione è la sua oggettivizzazione attraverso il meccanismo della presunzione: non si richiede più l' accertamento del *consilium fraudis* poiché l' atto si presume lesivo della parità di condizioni sulla base del periodo di compimento dello stesso. Durante la secolare evoluzione del fallimento la *par condicio* continua ad essere un valore fondamentale, la cui tutela si espande dalla disciplina italiana a quella francese<sup>97</sup>: il complesso di rigide regole a protezione dei creditori è conosciuto Oltralpe come "*faillite a l' italienne*" e costituisce una base essenziale per il *Code de Commerce* del 1807, che tanta influenza ha avuto sulla nostra codificazione post unitaria di diritto commerciale.

La teoria, ormai pacifica, che vede nella *par condicio* il bene giuridico specificamente tutelato dal reato in esame, offre una spiegazione alla scelta del legislatore di non includere il pagamento preferenziale tra le condotte che costituiscono bancarotta fraudolenta, ma di configurare un autonomo reato e, nel contempo inserire le due fattispecie all' interno della medesima norma. La dottrina respinge un' interpretazione formale della fattispecie: l' elemento

---

<sup>97</sup> Monti, *Osservazioni sparse intorno alle vicende storiche del fallimento*, in Cavallini, *Commentario alla legge fallimentare*, Milano, Egea, 2010

centrale della preferenzialità non può essere ricondotto ad una mera alterazione dell'ordine preconstituito dei pagamenti perché ciò non sarebbe sufficiente a configurare il dolo di frode e dunque ad inquadrare la fattispecie nella cornice della bancarotta fraudolenta. L'elemento ulteriore ed essenziale a tal fine dovrebbe essere il danno patrimoniale per i creditori non preferiti, che il favoritismo produce nel momento in cui le risorse residue dopo l'effettuazione del pagamento preferenziale siano insufficienti al soddisfacimento dei restanti creditori, mentre, rispetto alla condotta simulatoria, rileva il danno che deriva dall'essersi fatto valere il titolo di prelazione simulato in sede di riparto dell'attivo fallimentare, ed è dunque al momento del riparto che il reato giunge a consumazione<sup>98</sup>. Il danno consisterebbe, dunque, nella diminuzione complessivamente intesa della massa spettante ai creditori concorsuali, soggetti passivi del reato. Il condizionale è tuttavia necessario perché, come si dirà, si tratta di una ricostruzione non pacifica in dottrina, pur se recentemente accolta dalla giurisprudenza di legittimità<sup>99</sup>. Il danno è quantificabile in un valore pari alla differenza tra la somma percepita dal creditore preferito e la somma che costui avrebbe percepito se, non essendoci stato il pagamento di favore, fosse stato pagato in moneta fallimentare. Qualora il pagamento abbia un valore superiore alle garanzie di cui gode il creditore, il reato sussisterebbe soltanto per la parte eccedente dette garanzie.

La dottrina dissenziente, pur accogliendo la concezione privatistica della bancarotta – e cioè la teoria per cui il bene giuridico tutelato consiste nell'interesse patrimoniale dei creditori – afferma che il “danno” può essere semplicemente individuato nel pericolo a cui le condotte di bancarotta espongono tale interesse: il danno della bancarotta e il passivo fallimentare non sono necessariamente in relazione. In questa diversa ricostruzione, il

---

<sup>98</sup> Cocco, *La bancarotta preferenziale*, in Palazzo-Paliero, *Commentario breve alle leggi penali complementari*, (a cura di) AA.VV., Padova, Cedam, 2007

<sup>99</sup> Cass., Sez. V, 12 Marzo 2014, n. 15712

verificarsi del peggioramento della posizione dei creditori – inteso come concreta possibilità di soddisfacimento del loro diritto – individua il momento consumativo del reato: nella forma postfallimentare, ma altresì prefallimentare, dato che, anche in un momento successivo alla declaratoria di fallimento, potrebbe verificarsi quel reintegro patrimoniale di una somma pari all' ammontare del pagamento effettuato che, eliminando l' effetto peggiorativo di quest' ultimo rispetto alla possibilità di soddisfacimento dei creditori, farebbe venir meno un elemento essenziale del reato, impedendo che esso giunga a consumazione. Questa ricostruzione è conforme alla prevalente opinione dottrinale<sup>100</sup> per cui il momento consumativo dei reati di bancarotta è quello del fatto, essendo la sentenza dichiarativa di fallimento – o provvedimento equipollente – una condizione di punibilità; si tratta di una conclusione respinta dalla giurisprudenza di legittimità, la quale ritiene che la sentenza sia elemento costitutivo del reato anche nella forma prefallimentare e che dunque la pronuncia di essa ne segni il momento consumativo; la declaratoria di fallimento rappresenta un elemento costitutivo anomalo, appartenente ad un *tertium genus* rispetto alla condotta e all' evento; quest' ultimo, infatti, viene individuato nell' diminuzione della garanzia patrimoniale. Questa teoria costituisce il risultato di una complessa evoluzione giurisprudenziale, che qui si riporta in sintesi: in una prima ed ormai risalente pronuncia<sup>101</sup> la Cassazione afferma che, poiché nella bancarotta prefallimentare la sentenza dichiarativa di fallimento rappresenta un elemento costitutivo del reato ma non l' evento del reato, non è necessario che al momento della condotta l' agente ne abbia la rappresentazione e volizione. Questa ricostruzione, valida per la sua epoca, si pone tuttavia in contrasto con la teoria successivamente adottata dalla Corte Costituzionale

---

<sup>100</sup> Tra gli altri, Alessandri, *Profili penalistici delle innovazioni in tema di soluzioni concordate delle crisi d'impresa*, in *Riv. It. di dir. e proc. pen.*, 2006, p. 111

<sup>101</sup> Cass. S.U. del 25 Gennaio 1958

in materia di rimproverabilità,<sup>102</sup> per cui, perché un soggetto possa essere considerato colpevole è necessario che egli, nel momento della condotta tipica, si rappresenti tutti gli elementi costitutivi del reato. All'esito di tale sviluppo, la Corte di Cassazione effettua un'operazione di adattamento della teoria originariamente sostenuta, concludendo nel senso che, poiché il principio di colpevolezza opera soltanto rispetto agli elementi essenziali del reato, la rappresentazione e volizione non devono investire la declaratoria di fallimento, la quale è sì elemento costitutivo del reato, ma non essenziale. L'orientamento della Cassazione appare dunque conforme alla dottrina attualmente prevalente, nel momento in cui accoglie la concezione privatistica della bancarotta – respingendo sia la teoria pubblicista che la teoria del rischio penale (di cui si dirà immediatamente) – ma rimane ancorato all'impostazione tradizionale rispetto alla teoria del momento consumativo del reato, che la Corte continua ad individuare nella sentenza dichiarativa di fallimento.

Il dibattito dottrinale si concentra sulla necessità di provare lo stato di insolvenza, quale elemento essenziale del reato<sup>103</sup>. Un primo orientamento<sup>104</sup> ritiene che la sussistenza dell'elemento soggettivo sia inevitabilmente dipendente dall'esistenza di tale stato: l'insolvenza rappresenta l'unico criterio discrezionale tra adempimento dovuto e pagamento preferenziale poiché soltanto l'imprenditore che versi in stato di insolvenza può adempiere al fine di favorire uno o più creditori a danno degli altri; laddove tali adempimenti, eseguiti in periodi di ordinaria attività di impresa, configurano una condotta lecita e non lesiva delle pretese creditorie: innanzitutto, se il debitore è

---

<sup>102</sup>Corte Cost. ,23-24 Marzo 1988, n. 364 in Antolisei, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, vol. II, *I reati fallimentari* (a cura di) Grosso-Rossi, Milano, Giuffrè, 2008

<sup>103</sup> Cocco, *Il ruolo delle procedure concorsuali e l'evento dannoso nella bancarotta*, in *Riv. it. di dir. e proc. penale*, n. 1/2014, p. 67

<sup>104</sup> Sandrelli, *Garanzie e bancarotta preferenziale*, atti del convegno "Garanzie tipiche e atipiche negli istituti di soluzione delle crisi d'impresa : rischi per le banche" , Milano 6/7 Luglio 2011, Torino, Paradigma, 2011. In giur. , Cass. , sez. V, del 29 Maggio 1991

solvente l' adempimento attuale verso un creditore è compatibile con il potenziale soddisfacimento degli altri; la lesione dell' interesse patrimoniale non deriva dunque dai fatti di reato, ma dal verificarsi dello stato di insolvenza, in mancanza del quale non è imposta al debitore alcuna limitazione nel disporre dei suoi beni ed il patrimonio dei creditori non riceve protezione alcuna<sup>105</sup>. In secondo luogo, sul pianosoggettivo, l' eseguire un pagamento al fine di favorire colui che lo riceve rispetto agli altri implica la consapevolezza di non essere in grado di soddisfare tutti; in altri termini la consapevolezza dell' insolvenza.

Una parte autorevole della dottrina<sup>106</sup> esprime opinione contraria: la qualificazione di preferenzialità non deriva dallo stato di insolvenza dell' adempiente, ma esclusivamente dalla condizione soggettiva di costui, cioè dal dolo. Un terzo orientamento<sup>107</sup> si concentra, infine, sul concetto di preferenzialità per concludere che il pagamento possa essere ricondotto a tale categoria quando effettuato nel quadro di una situazione patrimoniale compromessa: non necessariamente le difficoltà dell' imprenditore devono essere sfociate nell' insolvenza, essendo sufficiente che esse siano tali da delineare una futura incapienza dell' attivo; qualora lo scopo di danneggiare favorendo si innestasse su di una situazione di capienza dell' attivo, non soltanto attuale ma anche ragionevolmente prevedibile in futuro, esso darebbe luogo ad un reato impossibile *ex art. 49 c.p.* In altri termini, si ricostruisce la fattispecie come reato di pericolo concreto: la <<psicologizzazione dell' effetto di preferenza>> implica che l' illegittimità penale investa il pagamento anche solo potenzialmente preferenziale qualora ad esso faccia seguito il fallimento.

---

<sup>105</sup> La Monica, *Diritto penale commerciale*, vol. I, *I reati fallimentari*, Milano, 1988. Santoriello, *I reati di bancarotta*, Torino, Giappichelli, 2000

<sup>106</sup> Antolisei, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, vol. II, *I reati fallimentari* (a cura di) Grosso-Rossi, Milano, Giuffrè, 2008

<sup>107</sup> Bricchetti, *Profili Penali*, in AA.VV. *Le nuove procedure concorsuali*, (a cura di) Ambrosini, Bologna, 2008

La qualificazione la bancarotta come reato di pericolo concreto è condivisa da un risalente, ma illustre orientamento dottrinale che identifica lo stato di insolvenza come <<zona di rischio penale>><sup>108</sup> : soltanto in presenza di tale stato la condotta di pagamento assume rilevanza penale, poiché lede il bene giuridico rappresentato dal corretto svolgimento della procedura concorsuale nel rispetto della parità di condizioni; questa teoria qualifica dunque le fattispecie di bancarotta come reati di pericolo concreto contro l'amministrazione della giustizia. L'evoluzione del diritto fallimentare verso una definizione in chiave privatistica degli interessi in gioco, che ha caratterizzato gli ultimi decenni, impone di adeguare la teoria in esame a quella ricostruzione, ormai pressoché pacifica in dottrina, che individua, quale bene giuridico leso dai reati di bancarotta, il patrimonio dell'imprenditore in quanto posto a garanzia dei diritti dei creditori; questa teoria trova un fondamentale sostegno nell'ipotesi in cui il pagamento costituisca un atto dovuto nei confronti del creditore, cioè appunto nella bancarotta preferenziale: le condotte integranti tale reato non potrebbero essere considerate penalmente rilevanti, se non nel senso che la *deminutio patrimonii* derivante dal pagamento preferenziale lede la quota parte spettante al creditore non favorito. Ed è l'analisi questa stessa fattispecie che ha condotto la dottrina ormai prevalente ad escludere che l'oggetto dell'offesa nei reati di bancarotta sia l'amministrazione della giustizia: non si vede infatti come questa potrebbe essere lesa dall'effettuazione di un pagamento preferenziale.

L'*excursus* delle diverse teorie si può concludere osservando come le fattispecie di bancarotta tutelino l'interesse patrimoniale dei creditori a che l'imprenditore, nelle mutevoli vicende che caratterizzano la vita dell'impresa, conservi beni sufficienti ad adempiere alle proprie obbligazioni. Tale oggettività giuridica si innesta perfettamente nell'analisi del reato di

---

<sup>108</sup> Nuvolone, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, Giuffrè, 1955

bancarotta preferenziale, cioè nell' ipotesi in cui la quota parte dei beni costituenti la garanzia del singolo creditore sia ridotta per l' essersi effettuato un pagamento a beneficio di un altro creditore con beni necessari alla conservazione di tale garanzia. Da ciò si fa derivare un' altra importante conseguenza, che potrebbe porre la parola fine al dibattito di cui si è dato conto in materia di consumazione del reato di bancarotta: se la lesività della bancarotta coincide con la diminuzione della garanzia patrimoniale, il reato si consumerà nel momento in cui tale lesione si produce, cioè nel momento in cui la condotta è posta in essere, e non - contrariamente a quanto sostenuto dalla dissidente dottrina - in un momento successivo, quale la pronuncia della sentenza dichiarativa di fallimento o la ripartizione dell' attivo<sup>109</sup>.

Si deve ad un illustre commentatore l' elaborazione di una teoria di sintesi delle teorie in materia di bene giuridico, attraverso la qualificazione dei reati di bancarotta in termini di plurioffensività<sup>110</sup>: nel momento in cui si afferma che essi ledono la corretta amministrazione della giustizia, si deve altresì riconoscere che la tutela di detto bene non possa essere fine a se stessa, ma debba sottendere la protezione di interessi ulteriori e questi possono essere individuati, senza timore di contraddizioni, tanto nell' interesse patrimoniale dei creditori quanto nella tutela dell' economia generale. Si può constatare come quest' ultima affermazione, che ad una lettura superficiale potrebbe sembrare il portato di una visione pubblicistica ormai superata, acquisti invece un rinnovato vigore alla luce dei nuovi istituti di risanamento: è evidente come il corretto andamento dell' economia pubblica possa essere lesa tanto da comportamenti illeciti di un' impresa destinata ad uscire dal mercato perché fallita, quanto, ed in misura ben maggiore, dalla condotta illecita di un' impresa che l' ordinamento ha interesse a mantenere in vita.

---

<sup>109</sup> Giuliani Balestrino, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, Torino, Giappichelli, 2012

<sup>110</sup> Antolisei, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, vol. II, *I reati fallimentari* (a cura di) Grosso-Rossi, Milano, Giuffrè, 2008

Un ulteriore orientamento dottrinale<sup>111</sup>, infine, esclude che si possa definire la bancarotta preferenziale come reato di pericolo, affermando che si tratta, invece, di reato di danno: il pagamento non rileva a fini penali in quanto abbia messo in pericolo le possibilità di soddisfacimento dei creditori, ma, in conformità al principio di offensività, in quanto abbia cagionato a costoro un danno; non però quello emergente in sede di ripartizione dell' attivo, quale conseguenza della diminuzione della garanzia patrimoniale, che sarebbe una conseguenza eventuale ed esulante rispetto all' analisi del bene giuridico tutelato (ben potrebbe accadere che le somme pagate vengano restituite alla massa senza che ciò faccia venir meno l' esistenza del reato), ma piuttosto il danno arrecato ai creditori con il voler favorire taluno di essi: si ricostruisce l' oggetto del dolo specifico come evento del reato e nello stesso tempo lo si utilizza come punto di partenza per l' individuazione del bene giuridico tutelato, appunto la parità di condizioni fra i creditori. L' individuazione del danno derivante dalla violazione della *par condicio* come evento del reato conduce i sostenitori di questa teoria ad individuare il momento consumativo nella dichiarazione di fallimento (o pronuncia di un provvedimento equipollente): la lesione della *par condicio* non deve essere valutata al momento in cui il pagamento viene effettuato – poiché esso è irrilevante se lascia intatto il valore economico patrimoniale dell' impresa, ad esempio perché contestuale ad una controprestazione del creditore – ma al momento dell' apertura della procedura concorsuale<sup>112</sup>. Ciò produce due conseguenze: innanzitutto l' individuazione, quali soggetti passivi del reato, non di tutti i creditori al di fuori di quelli favoriti ma dei soli creditori concorsuali, cioè coloro che si insinuano al passivo; in secondo luogo la configurabilità del tentativo anche nella forma prefallimentare: se il prodursi del danno coincide con la dichiarazione di fallimento, quelle condotte idonee ed univocamente

---

<sup>111</sup> Fava, *Bancarotta preferenziale*, in AA.VV. , *Trattato delle procedure concorsuali*, vol. VI , Milano, Utet , 2012

<sup>112</sup> Cocco, *Il ruolo delle procedure concorsuali e l' evento dannoso nella bancarotta*, in *Riv. it. di dir. e proc. penale*, n. 1/2014, p. 67

dirette ad eseguire pagamenti preferenziali, che tale danno non abbiano prodotto per cause indipendenti dalla volontà del debitore, realizzano appunto un tentativo di reato; in dottrina si è fatto l' esempio di un pagamento non eseguito a causa di un improvviso sciopero della banca incaricata.

Un orientamento dottrinale definisce la bancarotta preferenziale, analogamente al ricorso abusivo al credito e alla ricettazione fallimentare (ovviamente nella loro forma prefallimentare), come <<reati del dissesto>>,<sup>113</sup>sottolineando come la differenza tra questi reati e la bancarotta semplice e fraudolenta sia da individuare nell' elemento temporale: si tratta di condotte poste in essere quando già sussiste lo stato di insolvenza e che dunque non soltanto ledono la garanzia patrimoniale, ma altresì l' imminente distribuzione dell' attivo. Il termine *dissesto* viene impiegato nel significato di squilibrio tra i debiti e l' attivo, squilibrio la cui consapevolezza produce due conseguenze: il sorgere di specifici doveri sia in capo all' imprenditore che ai terzi che con lui si rapportano – nello specifico il dovere di non effettuare illeciti favoritismi, lasciando che sia il curatore a ripartire l' attivo fallimentare – e il considerare penalmente rilevanti condotte che, se esercitate in periodi “normali” sarebbero lecite, in quanto producano una lesione della garanzia patrimoniale. Con riferimento al reato in esame, alla domanda sul perché della previsione nell' ordinamento della responsabilità penale per bancarotta preferenziale, dovrebbe essere trovata una risposta nella constatazione per cui, in presenza dell' insolvenza grava sull' imprenditore il <<dovere giuridico di fallire>><sup>114</sup>, nell' interesse proprio e dei creditori: qualificando il fallimento come il fatto di non eseguire più pagamenti a favore dei creditori, qualora detti pagamenti venissero eseguiti, ciò configurerebbe non soltanto la causa dell' esercizio della revocatoria, ma altresì della responsabilità penale. Questa ricostruzione permette altresì di spiegare la

---

<sup>113</sup> Giuliani Balestrino, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, Torino, Giappichelli, 2012

<sup>114</sup>*ibidem*

*ratio* dell' esenzione *ex art. 217 bisl.f.* – di cui si parlerà nel prossimo capitolo – dato che la responsabilità penale non potrebbe operare laddove il divieto di pagare i creditori durante l'insolvenza venga meno, essendo venuto meno il dovere giuridico di fallire: in presenza di un progetto di risanamento dell' impresa.

### 3.2 L' elemento oggettivo

Il credito deve essere effettivo, esigibile ed esistente, anche se, secondo parte della dottrina, sono compresi nella nozione i crediti non ancora scaduti, essendo irrilevante la data in cui il rapporto obbligatorio è sorto; infine, il rapporto debitorio deve essersi instaurato prima del verificarsi dell' insolvenza<sup>115</sup>. Questa teoria ricostruisce il rapporto tra i casi di applicabilità dell' azione revocatoria fallimentare e il raggio di estensione della fattispecie in esame in termini di reciproca esclusione: la revocatoria può avere ad oggetto pagamenti di debiti sorti successivamente al sorgere dello stato di insolvenza, il reato riguarda esclusivamente crediti sorti prima di detto stato poiché altrimenti si configurerebbe la più grave fattispecie di bancarotta fraudolenta. Ci si chiede che cosa accada rispetto a pagamenti potenzialmente preferenziali effettuati in adempimento di obbligazioni il cui negozio di assunzione sia revocabile: si potrebbe sostenere che in questo caso si configuri la più grave fattispecie di bancarotta fraudolenta per distrazione<sup>116</sup>, come accade rispetto all' adempimento di un credito fittizio; oppure una bancarotta preferenziale<sup>117</sup> poiché manca in capo al debitore adempiente il dolo di distrazione.

---

<sup>115</sup>Fava, *Bancarotta preferenziale*, in AA.VV. *Trattato delle procedure concorsuali*, vol. VI, Milano, Utet, 2012

<sup>116</sup>Cocco, *La bancarotta preferenziale*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, (a cura di) Palazzo-Paliero, Padova, 2007

<sup>117</sup>Punzo, *Il delitto di bancarotta*, Torino, 1953

Analizzando i concetti di pagamenti e operazioni, si nota come del primo si tenda a dare una definizione tautologica, affermando che per pagamenti debbano intendersi le modalità solutorie del debito astrattamente suscettibili di rilevanza penale a titolo di bancarotta preferenziale; sembra dunque più utile seguire quella dottrina<sup>118</sup> che, evitando definizioni astratte, si limita ad elencare quali adempimenti rientrino nella categoria. Anche il secondo concetto si caratterizza per la sua ampiezza<sup>119</sup>, comprendendo quelle condotte funzionali alla soluzione della crisi, tra le quali, a titolo esemplificativo, l'attribuzione delle attività ad un assunto, la cessione di attività e passività dell'azienda, la costituzione di garanzie. La giurisprudenza risolve la questione affermando in maniera lapidaria che l'espressione *esegue pagamenti* debba essere intesa <<nel senso più ampio possibile>>.<sup>120</sup>

Il pagamento può avvenire innanzitutto nella forma della dazione di beni con effetto traslativo della proprietà – pagamenti pecuniari, *datio in solutum*, prestazioni che hanno fonte nella legge, ipotesi di cd. vendita obbligatoria, prestazioni aventi ad oggetto il trasferimento di cose generiche – in secondo luogo attraverso la compensazione e la novazione oggettiva del credito. Si ritiene che non rientri nella nozione di pagamento l'adempimento dell'obbligo di fare, a meno che esso non comporti una diminuzione dell'attivo patrimoniale. Rispetto al pagamento coattivo, cioè effettuato in seguito a provvedimento dell'autorità giudiziaria, la prevalente dottrina<sup>121</sup> ne riconosce la natura preferenziale se il debitore, pur avendo gli strumenti per farlo, non ha resistito alla pretesa, al fine di favorire il creditore ricorrente a danno degli altri; in questo caso infatti non può ritenersi esclusa la componente volontaristica del pagamento, connaturata al concetto di

---

<sup>118</sup> Bricchetti, *La bancarotta preferenziale*, in Padovani, *Leggi Penali Complementari*, (a cura di) AA.VV. Milano, Giuffrè, 2007

<sup>119</sup> Mucciarelli, *L'esenzione dai reati di bancarotta*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2010, p. 1474

<sup>120</sup> Proc. Rep. Roma 31 Marzo 1962, *Strazzeri*

<sup>121</sup> Antonioni, *La bancarotta semplice*, Napoli, Jovene, 1962. Nuvolone, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, Giuffrè, 1955

preferenza; l' orientamento minoritario<sup>122</sup> ritiene, invece, necessaria - ai fini dell' attribuzione di responsabilità - la prova di un' intesa fraudolenta tra i protagonisti del rapporto debitorio giunto in sede giudiziaria. Il caso in cui l' adempimento sia imposto da una sentenza di condanna non pone particolari problemi: esso rientra nella scriminante dell' adempimento del dovere *ex art. 51 c.p.*<sup>123</sup>.

Si ravvisa un disaccordo tra giurisprudenza e dottrina sulla qualificazione di preferenzialità del pagamento contestuale al sorgere del rapporto obbligatorio, in presenza di un' insolvenza: la prima ravvisa comunque una lesione della parità di condizioni, la seconda<sup>124</sup> afferma che in questo caso non si configura il reato in esame ma, ricorrendone i presupposti, la più grave bancarotta fraudolenta per distrazione. La restituzione ai soci di quote di capitale integra bancarotta fraudolenta impropria e non preferenziale, dato che tale credito è esigibile soltanto in fase di liquidazione e dopo che tutti i creditori non soci siano stati soddisfatti<sup>125</sup>.

Una questione ancora attuale è quale fattispecie di reato sussista nel caso in cui il pagamento, tramite il quale si effettua una compensazione di una posizione di credito/debito dell' amministratore verso la società, presenti i connotati della preferenzialità. Un primo orientamento dottrinale<sup>126</sup> riconosce la terzietà dell' amministratore-creditore rispetto alla società: il pagamento di favore configura una bancarotta preferenziale con la peculiarità della coincidenza in capo al medesimo soggetto dei ruoli di favorente e favorito. L' orientamento dissenziente<sup>127</sup> qualifica il fatto come bancarotta fraudolenta: poiché l' amministratore si identifica con la società e, come tale,

---

<sup>122</sup> Tagliarini, *Profili salienti della bancarotta preferenziale*, in *Indice penale*, 1992, p.739

<sup>123</sup> Cocco, *La bancarotta preferenziale*, Napoli, Jovene, 1987

<sup>124</sup> *ibidem*

<sup>125</sup> Cass. pen. , Sez. V, del 15 Aprile 2004

<sup>126</sup> Pedrazzi, *Reati fallimentari*, in, *Commentario Scialoja – Branca. Legge Fallimentare*, (a cura di) Galgano ,1995. In giur. Cass. 24 Settembre 2001, *Ronzio*

<sup>127</sup> Antolisei, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, vol. II, *I reati fallimentari* (a cura di) Grosso-Rossi, Milano, Giuffrè, 2008. In giur. Cass. 14 Ottobre 1999, *Patrucco*

è debitore, il pagamento configura una distrazione di beni ricompresi nella garanzia patrimoniale; sono, inoltre, i doveri di fedeltà e tutela degli interessi sociali gravanti sull' amministratore ad imporre di riconoscere in questo caso l' applicabilità della più grave tra le forme di bancarotta, cioè la fraudolenta *ex art. 216, comma I*. Tale ricostruzione, peraltro minoritaria, non sembra considerare l' esigenza di giustizia che impone di distinguere tra l' amministratore che abbia distratto beni della società e colui che si sia ripagato di un proprio credito nei confronti di questa: è evidente che il profilo dell' infedeltà sarà configurabile soltanto nel primo caso, laddove la seconda condotta costituisce esclusivamente violazione del principio della parità di condizioni. E' questa la ricostruzione accolta dalla giurisprudenza di legittimità<sup>128</sup> nel riconoscere che si tratta di bancarotta preferenziale, data la precipua presenza dell' elemento caratterizzante quest' ultima: la violazione del principio di parità delle condizioni, senza che questa comporti alcun depauperamento del patrimonio; nell' orientamento della Suprema Corte il fatto che il reato sia stato posto in essere dagli amministratori non determina un mutamento di fattispecie applicabile, ma una maggior gravità, censurabile in sede di commisurazione della pena *ex art. 133 c.p.*

La pronuncia della Cassazione riguarda il caso di un amministratore che aveva eseguito un finanziamento a favore della società e, dunque, vale ad equiparare, salvo che, eventualmente, dal punto di vista della pena, la rilevanza penale delle condotte di indebita preferenza a beneficio del socio e dell' amministratore entrambi finanziatori, riconducendole al reato di bancarotta preferenziale. Saranno, tuttavia, più frequenti i casi in cui la posizione dell' amministratore che riceve il pagamento, a detrimento del principio della *par condicio*, non sia quella di finanziatore della società, ma che il credito sia costituito dal compenso da lui vantato per le sue prestazioni:

---

<sup>128</sup> Cass. , Sez. V, 15 Dicembre 2014, n. 52073. Si ravvisa tuttavia un orientamento oscillante della Suprema Corte, a titolo esemplificativo Cass. Pen. , Sez. VI, 27 Marzo 2008, n. 17616 che riconosce la fraudolenta

in tale ipotesi la dottrina ritiene necessaria una valutazione del singolo caso ai fini del giudizio sulla legittimità dell' emolumento, ritenendo che questa sussista nel caso in cui, ad esempio, si tratti di un pagamento regolare sia dal punto di vista quantitativo che temporale; tenendo altresì presente che l' amministratore vanta un diritto alla retribuzione che, si ipotizza in dottrina<sup>129</sup>, possa essere ricompreso, attraverso un' interpretazione estensiva della norma, tra i pagamenti di corrispettivi *ex art. 67 comma 3 lett. f e*, come tale, esentato da revocatoria: un' ulteriore prova del fatto che all' amministratore sia rimproverabile un esercizio illegittimo di una pretesa tuttavia legittima. Nel caso in cui il prelievo dell' amministratore travalichi detti limiti e, per modalità e tempistica, determini la causazione o aggravamento del dissesto, sarà invece configurabile una bancarotta fraudolenta *ex art. 223, comma II, n.1*

Rispetto al finanziamento, la medesima dottrina<sup>130</sup> distingue tra il versamento a titolo di mutuo da quello a titolo di capitale di rischio: senza andare nei dettagli di una disciplina che evolve di pari passo alle sempre nuove esigenze dell' economia, il tema si può sintetizzare dicendo che il conferimento a titolo di capitale di rischio può essere restituito allo scioglimento della società ovvero in seguito alla procedura di riduzione del capitale. La restituzione ai soci di quote di capitale integra bancarotta fraudolenta impropria e non preferenziale, dato che tale credito è esigibile soltanto in fase di liquidazione e dopo che tutti i creditori non soci siano stati soddisfatti.<sup>131</sup>Le erogazioni a titolo di mutuo, invece, sottostanno alla disciplina del rapporto negoziale che si è instaurato tra la società e il singolo finanziatore. La disciplina civilistica di

---

<sup>129</sup> Cocco, *La bancarotta preferenziale*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, (a cura di) Palazzo-Paliero, Padova, 2007.

Dissentite, adducendo la non riconducibilità della posizione dell' amministratore a quella di un collaboratore, Bricchetti, in Bricchetti-Pistorelli, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, in *Teoria e pratica del diritto*, Milano, Giuffrè, 2011

<sup>130</sup> Bricchetti, *ibidem*

<sup>131</sup> Cass. , 14 Febbraio 2013, n. 13318

tali erogazioni *ex art. 2467 c.c.* si applica alle s.r.l. mentre ne è discussa l' applicabilità alle s.p.a. : la ragione della postergazione del credito a quello dei creditori non soci va individuata nell' esistenza di un' asimmetria informativa a favore del socio rispetto ai creditori esterni alla società, che si ripercuote sulla capacità di valutare la rischiosità del finanziamento. Anche in questo caso bisognerà distinguere, tra finanziatori cd. propri e impropri, essendo questi ultimi coloro che abbiano erogato denaro ad una società in stato di crisi: la restituzione, nel perdurare di tale stato, a beneficio dei finanziatori impropri configurerà la più grave fattispecie di bancarotta fraudolenta.<sup>132</sup>

Conclusasi l' analisi dei casi nei quali il carattere di preferenzialità del pagamento è posto in dubbio, si elencano quei casi nei quali essa è, invece, pacificamente esclusa: la nozione non comprende gli adempimenti effettuati con ricchezza non rientrante nella massa fallimentare ovvero ai quali non faccia seguito l' insinuazione di alcun creditore, né l' adempimento a favore di creditori privilegiati, qualora non si siano insinuati creditori con privilegio maggiore, o comunque questi possano essere soddisfatti<sup>133</sup>, il pagamento effettuato nel quadro di una procedura chiusasi con l' integrale soddisfacimento dei creditori – a meno che ciò non derivi dall' esperimento della revocatoria fallimentare, poiché la revoca del pagamento non è idonea a cagionare la mancata integrazione del reato – né il pagamento imposto da norma imperativa. Qualora l' imprenditore paghi un credito privilegiato, il reato in esame sarà configurabile nel caso in cui vi siano creditori con privilegio di grado prevalente o uguale, non nel caso in cui vi siano soli creditori chirografari.<sup>134</sup> Infine, il fatto che il bene giuridico tutelato sia nella disponibilità dei potenziali soggetti passivi potrebbe far escludere, nel quadro

---

<sup>132</sup> Alagna, *La bancarotta dell' amministratore infido ed egoista*, in *Giur. Comm.*, n. 2/2011, p. 614

<sup>133</sup> Antolisei, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, vol. II, *I reati fallimentari* (a cura di) Grosso-Rossi, Milano, Giuffrè, 2008

<sup>134</sup> Cass. , Sez. V, 12 Marzo 2014, n. 15712

di una ricostruzione in chiave privatistica dell' interesse protetto, che il reato sussista nel caso in cui i creditori concorsuali diano il loro consenso al pagamento di favore.<sup>135</sup>

La seconda condotta integratrice del reato pone il problema di definire il concetto di simulazione. Nel diritto privato, per simulazione si intende la creazione di un negozio giuridico apparente, il quale, per effetto dell' accordo simulatorio (controdi chiarazione), abbia tra le parti un diverso valore o valore alcuno<sup>136</sup>. Nel caso specifico la simulazione ha ad oggetto un negozio di concessione di ipoteca o pegno ovvero una causa negoziale che goda *ex lege* di privilegio; si ritiene in dottrina che rientri nella simulazione la creazione di cause di prelazione non riconducibili all' art. 2741 c.c. , ma derivanti dall'impiego di altri istituti , ad esempio il contratto di vendita con patto di riscatto. Un orientamento, peraltro minoritario<sup>137</sup>, della dottrina penalistica evidenzia come, interpretando l' art. 216, comma III l.f. secondo questa definizione se ne vanificherebbe la portata applicativa: il debitore al quale fosse eccepita la simulazione potrebbe far valere in sede penale la controdi chiarazione e dunque l' inesistenza del titolo di prelazione, respingendo in tal modo ogni addebito.

L' interpretazione civilistica del concetto di simulazione pone tuttavia il problema della compatibilità della disciplina penale *ex art. 216, III comma l.f.* con la disciplina della revocatoria degli atti del debitore costitutivi di garanzie *ex art. 67 l.f.* : il principio che si ricava da queste norme è che sussiste una presunzione di frode per i casi di costituzione di garanzia non contestuale alla nascita del debito, costituzione che, qualora non si accompagni ad un vantaggio per il debitore, sarà qualificabile come atto a

---

<sup>135</sup> Giuliani Balestrino, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, Torino, Giappichelli, 2012

<sup>136</sup> Torrente-Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, ( a cura di) Anelli-Granelli, Milano, Giuffrè, 2013

<sup>137</sup> I più illustri commentatori (Antolisei, Pagliaro, La Monica, Nuvolone) accolgono la definizione civilistica. Si sottolinea, tuttavia, l' opinione dissenziente di Cocco

titolo gratuito e, come tale, revocabile di diritto. La disciplina penale si discosta da quella civilistica poiché non prevede la costituzione, ma la simulazione di titoli di prelazione, ed è dunque evidente che la portata applicativa del reato in esame dipenderà dalla scelta di attribuire a questo termine il più ristretto significato civilistico ovvero dare di esso un'interpretazione estensiva che conduca ad uniformare la portata applicativa della norma penalistica a quella della revocatoria<sup>138</sup>.

In questo modo si costruirebbe un parallelismo tra l'oggetto dell'azione revocatoria fallimentare e quello dell'azione penale rispetto ad entrambe le condotte integranti la bancarotta preferenziale: revocabilità dei pagamenti - > rilevanza penale dell'esecuzione di pagamenti, revocabilità dell'atto costitutivo di una garanzia -> rilevanza penale della simulazione di un atto costitutivo di garanzia. Il concetto di simulazione dovrebbe dunque essere inteso in un senso più ampio di quello civilistico, cioè come effettiva costituzione di un titolo di prelazione occultato ai creditori non favoriti. Tale orientamento, in contrasto con la dottrina prevalente, è condiviso dalla giurisprudenza di legittimità, come si dirà in sede di analisi dell'art. 217 *bis* l.f., laddove la Cassazione<sup>139</sup> riconduce alla fattispecie in esame l'effettiva costituzione di un titolo di prelazione in tempi sospetti al fine di trasformare un credito chirografario in privilegiato. Un'parte della dottrina<sup>140</sup> afferma invece, che bisogna distinguere tra due diverse condotte: la concessione di garanzia, rispetto alla quale è sufficiente il rimedio della revocatoria, e l'occultamento della garanzia che si è costituita sotto apparenze lecite proprio al fine di evitare la revocatoria, cioè appunto la simulazione; tale ricostruzione avrebbe il pregio di porre in evidenza il carattere di sussidiarietà della tutela penale, chiamata ad intervenire soltanto in presenza di un comportamento più grave perché connotato da fraudolenza. Il rapporto tra

---

<sup>138</sup>La Monica, *Diritto penale commerciale*, vol. I, *I reati fallimentari*, Milano, 1988

<sup>139</sup>Cass. Pen., Sez. V, del 2 Marzo 2004, *Manfredini*

<sup>140</sup>Cocco, *La bancarotta preferenziale*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, (a cura di) Palazzo-Paliero, Padova, 2007.

fattispecie può essere così ricostruito come un crescendo di tutele che si snoda dal livello più basso dell' azione revocatoria, passando per quello intermedio della bancarotta preferenziale, per arrivare al livello più alto della bancarotta fraudolenta per distrazione, nel caso in cui ad essere simulata sia l'esistenza stessa del credito.

Una diversa definizione dottrina della simulazione fa, invece, leva sulla causa del contratto<sup>141</sup>. Il contratto simulato è finalizzato a raggiungere un risultato, l' alterazione della *par condicio*, vietato dalla legge: ciò rende illecita la causa concreta e rende il contratto, stipulato al fine di eludere l' applicazione della norma imperativa di cui all' art. 2741 c.c. , nullo. Secondo questo orientamento, soltanto nel caso in cui si utilizzi un negozio che riproduca la forma di un contratto tipico, ma celi il perseguimento di un interesse illegittimo, perché in violazione di una norma imperativa, si avrà una simulazione rilevante *ex art. 216, comma III l.f.*

L' ampliamento del concetto di matrice civilistica di simulazione– a beneficio di teorie che ricomprendano in esso non soltanto l' attività contrattuale fittizia, ma anche quella effettiva – ha come ovvia conseguenza l' ampliamento delle ipotesi di responsabilità del terzo contraente a titolo di concorso: questi potrà essere penalmente responsabile anche nel caso in cui la condotta istigatoria, se non addirittura meramente cooperativa, alla commissione del reato, abbia avuto ad oggetto la stipula di un contratto lecito o doveroso: un' espansione della fattispecie di bancarotta preferenziale che, come si dirà, ha ricevuto le critiche di quella dottrina che vede in essa celato l' intento di utilizzare il diritto penale a fini risarcitori<sup>142</sup>.

---

<sup>141</sup> Fava, *Bancarotta preferenziale*, in AA.VV. *Trattato delle procedure concorsuali*, vol.VI, Milano, Utet, 2012

<sup>142</sup> Sgubbi, *Profili evolutivi della bancarotta preferenziale*, in (a cura di) Pisani, *Diritto penale fallimentare problemi attuali*, Torino, Giappichelli, 2010

### 3.3 L'elemento soggettivo e il concorso del creditore

La definizione dell' elemento soggettivo del reato di cui al comma III dell' art. 216l.f. è strettamente connessa all' individuazione di casi di concorso del creditore nella bancarotta preferenziale: entrambe le questioni hanno creato un cospicuo dibattito dottrinale.

La rilevanza del dibattito sull' elemento soggettivo è immediatamente percepibile, se si pensa che la configurazione del reato in esame come doloso rappresentò la principale novità della riforma del 1942: il Codice di Commercio del 1882 comprendeva la preferenziale tra le forme di bancarotta semplice e questa veniva considerata da unanime giurisprudenza e dottrina come reato di natura colposa<sup>143</sup>. L' opinione dominante ritiene che si tratti di un reato a dolo specifico<sup>144</sup>, richiedendo lo scopo di favorire taluno dei creditori a danno di essi, nonché il fine di recare pregiudizio agli altri creditori; essendo pacifico che l' *animus nocendi* costituisca elemento essenziale, il dibattito verte sulla sua qualificazione giuridica: se sussista a titolo di dolo eventuale, diretto ovvero intenzionale. L' opinione<sup>145</sup> che esclude l' intenzionalità trova un duplice sostegno nell' interpretazione letterale e logica: innanzitutto il legislatore non introduce espressamente, come invece nella bancarotta patrimoniale e documentale, lo scopo di pregiudicare i creditori; in secondo luogo, imporre la prova del dolo intenzionale significherebbe vanificare la portata applicativa della norma, essendo di comune esperienza che il debitore che adempie ha l'unico obiettivo di favorire taluni e non persegue contestualmente lo scopo di danneggiare gli altri. La categorizzazione si fa più sfumata rispetto alle altre tipologie di dolo, diretto ed eventuale, nella constatazione che l' elemento

---

<sup>143</sup> Cocco, *La bancarotta preferenziale*, in Palazzo-Paliero, *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, Cedam, 2007

<sup>144</sup> Concordano Antolisei, *op. cit.*; Nuvolone, *op. cit.*; Pagliaro, *Il delitto di bancarotta*, Palermo, Priulla, 1957

<sup>145</sup> Serianni, *Il concorso del creditore nel delitto di bancarotta preferenziale: struttura e limiti. La ricettazione fallimentare del creditore*, in *Riv. Dir. e Proc. Pen.*, 1974, p. 204

soggettivo ha ad oggetto nel caso in esame due fenomeni inscindibilmente connessi: in un sistema che ha a proprio fondamento il principio della *par condicio creditorum*, il pagamento di favore comporta un detrimento per coloro che ne sono esclusi ed è implicito nel concetto stesso di preferenza che il debitore ne sia consapevole<sup>146</sup>. La questione oggetto del dibattito dottrinale verte sull' entità di tale consapevolezza: se sia sufficiente provare che il debitore abbia accettato il rischio di pregiudicare taluni creditori o necessario dimostrare che abbia agito con previsione e volizione del pregiudizio, pur non essendo il danno l' oggetto della sua intenzione.

Il grado di intensità dell' *animus favendi* non è questione meno controversa: fermo restando che il reato non sussiste quando il pagamento è effettuato per uno scopo diverso da quello di favorire il creditore, ci si chiede se - nel caso di pagamenti posti in essere ai fini del risanamento dell' impresa - sia sufficiente ad escludere il carattere di preferenzialità che il debitore abbia avuto il dubbio, o addirittura la convinzione, che sarebbe giunto all' insolvenza, oppure sia necessario che egli abbia avuto la certezza di riuscire a ripianare la crisi dell' impresa; se, in altri termini, il fatto che nel primo caso l' imprenditore abbia accettato il rischio di violare la *par condicio creditorum* sia sufficiente a configurare la responsabilità penale a suo carico a titolo di dolo eventuale, oppure sia necessario provare che egli abbia eseguito i pagamenti con il fine di usare un trattamento preferenziale al destinatario.

La giurisprudenza di legittimità<sup>147</sup> sostiene che, al fine di escludere la sussistenza dell' elemento soggettivo, sia necessario provare che al momento della condotta l' imprenditore abbia avuto una <<ragionevole prospettiva di

---

<sup>146</sup> Critica l' orientamento giurisprudenziale per cui è sufficiente il dolo eventuale di danno, parlando di << annacquamento del dolo >>, Napoleoni, *Frammenti di un' indagine sul dolo della bancarotta preferenziale*, in *Cass. pen.* , 1987, p. 404

<sup>147</sup> Cass. Pen. , Sez. V, 5 Dicembre 2013, n. 48802

ripresa economica>>. La dottrina<sup>148</sup> lamenta, tuttavia, la scarsa chiarezza della formula, constatando come di essa possano essere date due diverse letture: la prospettiva può, infatti, essere intesa in senso oggettivo, come pronostico di una ripresa alla quale siano essenziali i pagamenti aventi natura preferenziale, ovvero dal punto di vista soggettivo. La dottrina medesima, nonché la Corte Suprema propendono per questa seconda teoria, sottolineando però la necessità che tale prospettiva emerga da evidenze processuali oggettivamente riscontrabili e non dalla sola affermazione di parte.

L' elemento soggettivo di danno viene ricostruito dalla giurisprudenza in termini di dolo eventuale<sup>149</sup> : un primo orientamento della Cassazione<sup>150</sup> afferma che il debitore deve aver accettato il rischio che dalla propria condotta derivino conseguenze pregiudizievoli per taluni creditori e che, dunque, sia idonea ad escludere la sua responsabilità la sola certezza soggettiva di poter evitare il fallimento (c.d. teoria della speranza); successivamente alla riforma dell' art. 67 l.f. la Suprema Corte abbandona questa teoria affermando che non sia necessario provare la sussistenza di tale stato soggettivo di fiducia, ma che sia idoneo ad escludere il reato il solo fatto che l' imprenditore persegua la strategia di ridurre il debito in vista del risanamento<sup>151</sup>. Al di là di questa ipotesi, è sufficiente a configurare la fattispecie di reato che l' imprenditore sia consapevole della connotazione di preferenzialità del pagamento, come ribadito dalla Suprema Corte in un

---

<sup>148</sup> Ingrassia, *Senza una ragionevole prospettiva di ripresa il pagamento resta preferenziale*, nota a Cass. , sez. V, 5 Dicembre 2013, n. 48802 in [www.pluris-cedam.utetgiuridica.it](http://www.pluris-cedam.utetgiuridica.it)

<sup>149</sup> In Cass. Pen. , Sez. V, 4 Agosto 2009, n. 31894 sifa riferimento<< accettazione dell' eventualità di un danno>>

<sup>150</sup> Cass. Pen. , Sez. V, 3 Gennaio 1985, n. 3. In dottrina si ravvisa la posizione concorde di Marinucci, *Tendenze del diritto penale bancario e bancarotta preferenziale*, in (a cura di) Romano, *La responsabilità penale degli operatori bancari*, 1979, Bologna, Il Mulino

<sup>151</sup> Cass. Pen. , Sez. V, 28 Luglio 2009, n. 31168

recente caso avente caratteristiche del tutto peculiari.<sup>152</sup> La Corte ammette in via ipotetica – non essendo ancora intervenuta sentenza dichiarativa di fallimento – l’ applicabilità della scriminante *ex art. 51 c.p.* ad un soggetto imputato per il reato di cui all’ art. 10 *ter* del d.lgs. 74/2000 (omesso versamento IVA) : si trattava di un amministratore di società, il quale, avendo assunto tale carica in tempi recentissimi e avendo presentato immediatamente richiesta di fallimento, pur essendoci nelle casse della società la liquidità necessaria al pagamento del debito IVA, non aveva adempiuto nel timore di incorrere in responsabilità per bancarotta preferenziale a beneficio dell’ erario, fatto idoneo secondo la Corte ad escludere l’ elemento soggettivo del reato contestatogli. Da questa conclusione si deduce *a contrario* che, qualora il soggetto avesse adempiuto, la consapevolezza del carattere preferenziale del pagamento sarebbe stata sufficiente ad affermare la sua responsabilità penale.

Altra parte della dottrina<sup>153</sup> ricostruisce il dolo della bancarotta preferenziale nel suo complesso in termini di dolo generico, affermando che il dolo specifico descrive un fatto che si pone al di là della fattispecie oggettiva, essendo il suo verificarsi, o meno, irrilevante; cosa che evidentemente non è nel caso dell’ art. 216, comma III l.f. in cui tanto il fine di privilegiare quanto quello di danneggiare non sono eventi ulteriori, ma componenti del fatto.

La problematica dell’ individuazione di responsabilità del creditore favorito a titolo di concorso nel reato va affrontata partendo dall’ elemento soggettivo: bisogna distinguere tra il creditore che riceva il pagamento essendo a conoscenza dello stato di insolvenza e colui che non conosca tale stato. Solo nel primo caso si potrà parlare di responsabilità a titolo di concorso, tenendo però in considerazione che il creditore che esige l’ adempimento da parte del

---

<sup>152</sup> Fontana, *Quando il fallimento, o anche il suo approssimarsi, vale più della crisi di liquidità ed evita il reato*, in *Diritto e giustizia*, fasc. 4, 2015, p. 137

<sup>153</sup> Giuliani Balestrino, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, Torino, Giappichelli, 2012

debitore insolvente esercita un suo diritto *ex art. 1186 c.c.*<sup>154</sup>: la responsabilità sarà configurabile solo in caso di istigazione a danneggiare gli altri creditori. Tale teoria emerge con forza soprattutto laddove si consideri che non soltanto la sollecitazione all' adempimento è frequentemente applicata nei rapporti commerciali, essendo il pagamento alla scadenza un fenomeno raro, ma che addirittura le banche la applicano "meccanicamente" in caso di superamento dei limiti del fido concesso. La condotta del creditore andrà dunque valutata caso per caso per stabilire se essa, oltre all' elemento soggettivo, sia connotata altresì da un' intensità pressoria tale da configurare un' istigazione e tenendo comunque presente l' esistenza di prassi tipiche dei rapporti commerciali, alle quali si tende a riconoscere efficacia scriminante *ex art. 51 c.p.*<sup>155</sup>

Si tratta di una teoria accolta dalla Corte Suprema<sup>156</sup>, laddove afferma che il creditore è responsabile qualora, essendo consapevole del dissesto, dia un determinante contributo causale alla violazione della *par condicio*. Giurisprudenza e dottrina si dividono sulla definizione del reato: la prima lo inquadra come monosoggettivo<sup>157</sup> (il solo debitore è soggetto attivo, risponde a titolo di concorso il creditore che riceve il pagamento conoscendo lo stato di insolvenza), la dottrina<sup>158</sup> come plurisoggettivo improprio (il creditore è concorrente necessario, punibile nel solo caso in cui il suo comportamento non sia limitato a quelle condotte essenziali all' integrazione della fattispecie).

---

<sup>154</sup>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.*, n. 2/2010, p.415

<sup>155</sup> Pedrazzi, *Reati commessi dal fallito*, in Pedrazzi-Sgubbi, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito. Art. 216-227*, in (a cura di) Galgano, *Commentario Scialoja Branca*, Bologna, Zanichelli, 1995

<sup>156</sup> Cass. Pen., Sez. V, 21 Ottobre 2008, n. 39417

<sup>157</sup>Trib. Monza, 1 Luglio 1992

<sup>158</sup> Serianni, *Il concorso del creditore nel delitto di bancarotta preferenziale: struttura e limiti. La ricettazione fallimentare del creditore*, in *Riv. Dir. e Proc. Pen.*, 1974, p. 204. Crespi, *Il concorso del creditore nella bancarotta fraudolenta preferenziale*, in *Studi in memoria di Delitala*, Milano, 1984

Individuato il bene giuridico protetto dalla fattispecie penale nell'interesse dell'ordinamento alla parità di condizione dei creditori, derogabile solo nei casi in cui l'ordinamento stesso lo consenta, si nota come la mera accettazione del pagamento costituisca un fatto indispensabile alla lesione di tale interesse, ma non una lesione ulteriore di esso tale da comportare la punibilità del creditore; punibilità che invece trova giustificazione nei casi in cui la condotta di costui presenti un autonomo disvalore sociale e rappresenti inoltre un contributo causale determinante alla violazione della *par condicio creditorum*: nel caso di accordo preventivo e istigazione.

Questa ricostruzione concilia entrambe le teorie sulla soggettività, poiché è conforme anche alla definizione del reato come monosoggettivo (che considera il debitore come unico agente, ma soltanto nel caso in cui solo la condotta di costui sia l'unica a presentare il disvalore). Se invece il pagamento fosse effettuato dopo che il creditore sia venuto a conoscenza dell'avvenuta dichiarazione di fallimento, la condotta recettiva di costui sarebbe in ogni caso punibile, poiché la sentenza dichiarativa di fallimento inibisce l'esercizio di azioni esecutive individuali (art. 51 l.f.) e rende inapplicabile l'art. 1186 c.c.<sup>159</sup>; si tratta tuttavia di una ricostruzione non pacifica in dottrina, obiettandosi che, in assenza di una presa di posizione da parte del legislatore, il principio del *favor libertatis* impone di applicare il medesimo trattamento di favore per il creditore ad entrambe le situazioni<sup>160</sup>. Inoltre, ritenere il creditore favorito concorrente in ogni caso nell'ipotesi di bancarotta postfallimentare vorrebbe dire considerare quest'ultima un reato plurisoggettivo proprio, cioè attribuire ad essa una diversa natura giuridica, senza che ciò trovi alcun riscontro a livello normativo<sup>161</sup>. Ovviamente la

---

<sup>159</sup>Bricchetti, *La bancarotta preferenziale*, in Padovani, *Leggi Penali Complementari*, (a cura di) AA.VV., Milano, Giuffrè, 2007

<sup>160</sup>Fava, *Bancarotta preferenziale*, in AA.VV., *Trattato delle procedure concorsuali*, vol. VI, Milano, Utet, 2012

<sup>161</sup>Antolisei, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, vol. II, *I reati fallimentari* (a cura di) Grosso-Rossi, Milano, Giuffrè, 2008

coscienza da parte dell' adempiente della revocabilità del pagamento non vale ad escludere l' esistenza del dolo.

L' inquadramento della posizione creditoria nei termini del concorso è criticato da quella dottrina<sup>162</sup> che si è dedicata all' analisi del significato civilistico del ruolo del destinatario del pagamento *ex art. 1188 c.c.*: non sempre il creditore riveste tale ruolo, perché non necessariamente la sua cooperazione né addirittura il suo assenso sono necessari perché l' adempimento possa essere eseguito. Traslando tale teoria sul piano penalistico, si mette in dubbio la qualificabilità del creditore come concorrente naturalisticamente necessario, tenendo inoltre presente che, qualora il pagamento preferenziale non sia effettuato nell' interesse del creditore si configurerà la fattispecie più grave di bancarotta fraudolenta per distrazione, ad esempio nel caso del debitore che versi denaro a creditori suoi parenti ignari allo scopo di sottrarlo agli altri creditori<sup>163</sup>.

La giurisprudenza<sup>164</sup> ha adottato, in tempi ormai lontani, un orientamento più rigido rispetto a quello dottrinario, per cui ai fini dell' affermazione di responsabilità del creditore è sufficiente che costui sia consapevole, al momento di ricevere il pagamento, dell' esistenza dei due profili dell' *animus favendi e nocendi*, scaturendo da tale consapevolezza l' obbligo di rifiutare il pagamento per un motivo legittimo, cioè la violazione della parità di condizioni. La dottrina respinge tale impostazione, affermando che sarebbe inaccettabile ravvisare il concorso esclusivamente sulla base dell' elemento soggettivo, essendo necessario provare il nesso causale tra la condotta del presunto concorrente e l' evento; e sarebbe del pari inconcepibile gravare il creditore di un obbligo di rifiuto del pagamento, derivante da un' inesistente

---

<sup>162</sup> Giorgianni, *Pagamento (diritto civile)*, in *Nuovissimo Digesto italiano*, XII, Torino, 1965

<sup>163</sup> Afferma la necessità che il creditore aderisca al dolo preferenziale Pedrazzi, *Reati commessi dal fallito*, in Pedrazzi-Sgubbi, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito. Art. 216-227*, in (a cura di) Galgano, *Commentario Scialoja Branca*, Bologna, Zanichelli, 1995

<sup>164</sup> Cass. , Sez. V , 25 Giugno 1968, n. 372

posizione di garanzia di interessi altrui, facendone un fantomatico<<paladino della *par condicio creditorum*>><sup>165</sup>.

La teoria del concorso di persone<sup>166</sup>, adottata dalla dottrina più recente in conformità con l' impostazione oggettivistica del concorso nel codice Rocco, afferma che non sarebbe possibile fondare la responsabilità per concorso esclusivamente sulle finalità perseguite dal terzo: così facendo si rientrerebbe nel cd. diritto penale dell' atteggiamento interiore, respinto con forza dalla dottrina perché anticostituzionale. E' dunque necessario individuare un elemento ulteriore alla base della responsabilità e questo va individuato, nella ricostruzione della Suprema Corte, nell' applicabilità della teoria della *condicio sine qua non* ex art. 40 c.p.: l' esistenza del concorso deriva dal nesso di causalità esistente tra la condotta del terzo e l' evento del reato, nel nostro caso tra la condotta del creditore favorito e il danno patrimoniale da violazione della *par condicio*<sup>167</sup>.

A sostegno della necessità di un' approccio più "morbido" al tema della responsabilità del creditore si porta l' esegesi dell' art. 1186 c.c.: questo non riconosce al creditore il mero diritto di accettare la prestazione, ma quello di esigere la prestazione, ed in quest'ultimo concetto sono da ricomprendere anche quelle condotte di sollecitazione che potrebbero configurare, se traslate sul piano penalistico, un' istigazione. Si è affermato perciò in dottrina che l' art. 1186 configuri, rispetto alle condotte in esso descritte, un' area di rischio consentito, limitante i confini della sussidiaria tutela penale: questa interverrà nei soli casi in cui la condotta del creditore sia esorbitante rispetto a tale area, essendo connotata da ulteriori pressioni psicologiche, se non addirittura minacce. Si tratta, peraltro, come si è anticipato, di condotte che il sentire

---

<sup>165</sup>Sereni, *Reati fallimentari e responsabilità personale*, in AA.VV.*Trattato delle procedure concorsuali*, Utet 2012

<sup>166</sup>*Sulle diverse teorie*: Antolisei, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, vol. II, *I reati fallimentari* (a cura di) Grosso-Rossi, Milano, Giuffrè, 2008

<sup>167</sup> Sereni, *Reati fallimentari e responsabilità personale*, in AA.VV. , *Trattato delle procedure concorsuali*, vol. VI, Milano, Utet, 2012

sociale tende a considerare legittime, in quanto caratterizzanti la prassi commerciale<sup>168</sup>; purché, ovviamente, siano poste in essere nei limiti di questa: la teoria dell'adeguatezza sociale – per cui costituisce una scriminante il fatto che una condotta, astrattamente contraria al precetto penale, sia da considerarsi conforme al senso comune di un determinato ambiente socio-culturale – non può essere utilizzata in questo caso per giustificare condotte così pressanti da configurare una costrizione all' adempimento. La responsabilità del creditore a titolo di concorso potrà essere dunque esclusa nel solo caso in cui il debitore mantenga un margine di scelta in ordine all' effettuazione del pagamento.

La dottrina<sup>169</sup>, infine, si interroga sulla possibilità di inquadrare la condotta del creditore che, conoscendo lo stato di insolvenza, accetti il pagamento nella fattispecie *ex art. 232*, terzo comma l.f. che prevede il reato di ricettazione fallimentare: si tratta di una norma di chiusura, come tale applicabile a sanzionare penalmente condotte lesive della garanzia patrimoniale, ma non integranti concorso dell' estraneo né favoreggiamento nei reati di bancarotta. La disposizione configura un reato comune, introdotto nell' ordinamento al fine di evitare che soggetti diversi dall' imprenditore possano trarre un vantaggio dal dissesto. Rispetto alla condotta del creditore, è da escludersi che sussista una ricettazione in senso stretto poiché non sono qui ravvisabili gli elementi del ricetto o occultamento clandestino dei beni, mentre sarà ipotizzabile una distrazione nel caso in cui il creditore si appropri, per soddisfarsi, di beni del debitore: l' ipotesi più comune è quella, fortemente affine alla bancarotta preferenziale, del creditore che, avendo presso di sé un bene dell' imprenditore e venendo a conoscenza del dissesto, non lo restituisce. La dottrina maggioritaria ritiene debba necessariamente trattarsi di beni dei quali il creditore abbia la disponibilità, derivante dal

---

<sup>168</sup>Corucci, *La bancarotta e i reati fallimentari*, in (diretto da) Cendon, *Fatto e diritto*, Giuffrè 2008

<sup>169</sup> Soana, *I reati fallimentari*, in (diretto da) Fanelli, *Pratica giuridica*, Milano, Giuffrè, 2012. In giur. Cass., Sez. V, 10 Febbraio 1967, n. 265

possesso materiale o da un potere giuridico su di essi, configurandosi altrimenti la diversa condotta, comunque rientrante nel novero della ricettazione, di sottrazione dei beni del fallito. L' inquadramento della condotta in esame nella fattispecie di ricettazione fallimentare deriva dalla constatazione che sarebbe illogico ritenere responsabile del reato di bancarotta preferenziale il creditore che solleciti l' adempimento e considerare, invece, lecita la ben più grave condotta del creditore il quale, conoscendo lo stato di insolvenza, soddisfi direttamente il proprio credito aggredendo l' azienda del debitore, di cui abbia la disponibilità materiale o giuridica.

La condotta simulatoria di titoli di prelazione pone sotto questo profilo minori difficoltà probatorie: il creditore che si giovi di un titolo che sappia essere simulato sarà responsabile a titolo di concorso nel reato di bancarotta preferenziale, e, del resto, sembra arduo configurare casi di simulazione a beneficio di un creditore senza che costui vi abbia dato alcun contributo<sup>170</sup>. La dottrina che si è recentemente occupata della questione ha espresso un' opinione critica rispetto all' applicazione delle norme in tema di concorso finalizzata ad estendere la responsabilità ai creditori, ipotizzando, pur nell' ammissione di star esponendo una teoria <<maliziosa>><sup>171</sup>, che essa sia finalizzata a coinvolgere soggetti esterni, e solitamente dotati di un solido patrimonio, quali banche o società fiduciarie, per affermare nei loro confronti l' esistenza di un' obbligazione civile di natura risarcitoria.

---

<sup>170</sup> Bricchetti–Targetti, *Bancarotta e reati societari*, in *Teoria e pratica del diritto*, Milano, Giuffrè, 2003

<sup>171</sup> Sgubbi, *Profili evolutivi della bancarotta preferenziale*, in (a cura di) Pisani, *Diritto penale fallimentare problemi attuali*, Torino, Giappichelli, 2010

### 3.4 La bancarotta preferenziale nel quadro del sistema

Secondo la prevalente ricostruzione dottrinale, il fatto che le condotte di bancarotta fraudolenta e preferenziale siano disciplinate nello stesso articolo nulla dice sul rapporto tra di esse in termini di unità o pluralità di reati; in altri termini non si può fondare tale analisi su criteri meramente formali. Passando al profilo sostanziale, si nota come gli indizi depongano a favore di una concezione autonoma del fatto descritto al comma terzo: esso presenta rilevanti diversità sotto il profilo dell' interesse tutelato, dell' elemento soggettivo e della pena edittale comminata; anche l' evoluzione storica, di cui si è detto, conduce ad affermarne l' autonomia. La teoria autonomista<sup>172</sup> individua dunque tre diverse figure di reati di bancarotta – fraudolenta, preferenziale e semplice – ciascuna delle quali si configura come norma a più fattispecie. Se il fatto rientra in una pluralità di norme avremo un' ipotesi di concorso apparente: il disvalore della bancarotta fraudolenta assorbe quello della semplice e preferenziale.

Deporrebbin senso contrario l' art. 219 l.f. il quale, prevedendo una circostanza aggravante per il caso di più fatti tra quelli previsti negli art. 216 e 217, configura tali articoli come norme a più fattispecie e non disposizioni a più norme: se il fatto integrasse diverse modalità esecutive del medesimo reato non si configurerebbe alcuna ipotesi di concorso <sup>173</sup>. La dottrina evidenzia, tuttavia, come la concezione unitaria del reato, che emerge dall' art. 219 l.f. , pur essendo probabilmente alla base dell' impostazione del legislatore del 1942, sia ormai superata: il ragionamento per cui dall' unicità del fallimento deriva necessariamente, in presenza di una pluralità di condotte tipiche, l' unicità del reato di bancarotta, appare oggi obsoleto, nella constatazione che nel sistema economico attuale i fatti di bancarotta possano

---

<sup>172</sup>Soana, *I reati fallimentari*, in (diretto da) Fanelli, *Pratica giuridica*, Milano, Giuffrè, 2012

<sup>173</sup> Antolisei, Antolisei, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, vol. II, *I reati fallimentari* (a cura di) Grosso-Rossi, Milano, Giuffrè, 2008

essere <<fortemente eterogenei>><sup>174</sup>. La concezione storica - per cui le condotte tipiche sono elementi secondari, aventi essenzialmente un valore indiziario della natura colposa o dolosa del fatto, rispetto al fulcro del disvalore rappresentato dal fallimento - è superata da una più moderna concezione che impone di attribuire importanza fondamentale al fatto di bancarotta, che segna il momento consumativo del reato.<sup>175</sup>

Ad imporre di accogliere la concezione pluralistica della bancarotta vi sono altresì ragioni di giustizia sostanziale: se si fosse in presenza di un unico reato, un soggetto che abbia posto in essere una pluralità di condotte tra quelle disciplinate negli art. 216 e 217 l.f. potrebbe, ad esempio, chiedere l' applicazione della pena *ex art. 444 c.p.p.* , “facendosi condannare” per la meno grave bancarotta preferenziale ed ottenere in tal modo, attraverso l' applicazione del principio del *ne bis in idem*, l' impunità rispetto alla bancarotta fraudolenta<sup>176</sup>. Il legislatore è consapevole del fatto che raramente in un processo per bancarotta si riscontra un solo fatto di reato: l' accoglimento della teoria pluralista, per cui ciascun fatto costituisce un autonomo reato, potrebbe condurre a conseguenze aberranti in sede di applicazione della pena, se non esistesse l' art. 219 l.f.; questo contiene una deroga alla disciplina del concorso di reati e del reato continuato, in applicazione del principio del *favor rei*, per cui vengono unificati sul piano sanzionatorio fatti plurimi di bancarotta, <<riconsiderati>><sup>177</sup> *quoad poenam* attraverso lo strumento della circostanza aggravante. L' esistenza della norma speciale di cui all' art. 219 impone infatti di non applicare in questi casi la disciplina del reato continuato *ex art. 81 c.p.*

---

<sup>174</sup>Pedrazzi, *Reati commessi dal fallito*, in Pedrazzi-Sgubbi, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito. Art. 216-227*, in (a cura di) Galgano, *Commentario Scialoja Branca*, Bologna, Zanichelli, 1995

<sup>175</sup> Perdonò, *Le circostanze in tema di bancarotta e ricorso abusivo al credito*, in AA.VV. *Trattato delle procedure concorsuali*, vol. VI, Milano, Utet, 2012

<sup>176</sup>Giuliani Balestrino, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, Torino, Giappichelli, 2012

<sup>177</sup> L' espressione è di Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, Giuffrè, 2011

La singola fattispecie potrà essere realizzata attraverso una pluralità di condotte fungibili, oppure nel caso di incriminazione costruita come reato abituale: rispetto alla bancarotta preferenziale, il pagamento, ovvero la simulazione, e anche qualora la medesima condotta integri sia un pagamento che una simulazione; ciò trova una duplice conferma: innanzitutto nel fatto che la simulazione non ha un'origine autonoma, ma <<nasce da una costola del pagamento preferenziale>><sup>178</sup>; in secondo luogo, nel disvalore della condotta: la lesione *della par condicio creditorum* è la stessa, sia che venga eseguito un solo pagamento preferenziale o più (in questo caso il reato è costruito come abituale poiché la legge utilizza l'espressione *pagamenti* cioè un plurale indeterminato). Alla stessa conclusione di unitarietà si perviene considerando in questo caso l'esecuzione di pagamenti come un'unica azione con una pluralità di atti - e lo stesso vale per la simulazione, anche se sul punto si registra un risalente dissenso giurisprudenziale<sup>179</sup>. La Cassazione si è, infine, uniformata alla concezione pluralistica per cui ciascuna delle condotte tipiche di bancarotta poste in essere nell'ambito di un unico fallimento ha una propria autonomia, a meno che ovviamente non si tratti di condotte che il legislatore prevede come alternative o fungibili, ad esempio le condotte di cui al primo comma dell'art. 216 l.f. le quali integrano un unico reato di bancarotta fraudolenta<sup>180</sup>.

L'accoglimento della concezione pluralista della bancarotta conduce ad affermare l'ammissibilità del concorso tra le diverse fattispecie di fraudolenta, semplice e preferenziale: si fa l'esempio dell'imprenditore il quale ottenga a sua volta un vantaggio economico da parte del creditore favorito e, dopo aver versato la somma nelle casse dell'impresa, se ne appropri. Sarà configurabile altresì il concorso tra ricorso abusivo al credito

---

<sup>178</sup> Cocco, *La bancarotta preferenziale*, in Palazzo-Paliero, *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, Cedam, 2007

<sup>179</sup> Cass. pen., Sez. VI, 13 Novembre 1981

<sup>180</sup> Cass. pen. S.U., 26 Maggio 2011, n. 21039

e bancarotta preferenziale nel caso in cui colui che abbia concesso il credito sia poi favorito rispetto agli altri creditori.

#### **4)Le procedure concorsuali minori. Profili penalistici.**

All' interno dell' ordinamento troviamo tre sole norme contenenti una disciplina *ad hoc* del profilo penalistico delle procedure concorsuali diverse dal fallimento: la prima è rappresentata dall' art. 236 l.f. , introdotto al fine di garantire la correttezza dell' ammissione alla procedura di concordato preventivo<sup>181</sup>. Nel sistema antecedente la riforma il legislatore non aveva ritenuto necessario disporre ulteriori specifici presidi penalistici poiché i requisiti imposti per l' ammissione al concordato rendevano tale procedura affine al fallimento: era dunque sufficiente estendere ai soggetti di cui al capo II (persone diverse dal fallito) la responsabilità per bancarotta impropria anche nel caso di concordato preventivo. Il venir meno dei pre-requisiti determina un accrescimento del ruolo del professionista attestatore, di cui si parlerà, al quale si accompagna l' attribuzione di responsabilità penale, che pone in secondo piano la disciplina di cui all' art. 236 in favore dell' art. 236 *bis* di nuova introduzione.

Il concetto di simulazione assume rilevanza nella previsione di cui all' art. 236, comma I, il quale contempla la condotta simulatoria di crediti inesistenti accanto alla condotta di auto-attribuzione di attività inesistenti.

---

<sup>181</sup> La seconda è l' art. 237 l.f. in materia di liquidazione coatta amministrativa , che estende al commissario liquidatore e alle persone che lo coadiuvano nella procedura le disposizioni ex art. 228, 229 e 230. Con riferimento all' amministrazione controllata, il riferimento all' istituto contenuto nell' art. 236 comma II è da ritenersi non più operante per intervenuta *abolitio criminis* del reato di bancarotta impropria da amministrazione controllata, essendo tale istituto stato abrogato dall' art. 47 d.lgs. 5/2006. La dottrina ipotizza la sussistenza di un' *abolitio criminis* parziale, cioè relativa a quei fatti di distrazione non rientranti nella fattispecie di appropriazione indebita ex art. 646 c.p.

Fondamentale nel sistema del reato è il dolo specifico che deve connotare la condotta dell' imprenditore: l' attribuzione di attività deve essere finalizzata allo scopo esclusivo di essere ammesso alla procedura concorsuale, la simulazione di crediti al fine di influire sulla formazione delle maggioranze. La dottrina evidenzia come nella fattispecie in esame il dolo specifico non assuma una funzione selettiva dell' ambito applicativo della norma, quanto piuttosto una funzione anticipatrice della tutela ad una fase antecedente non soltanto all' ammissione al concordato, ma alla stessa domanda di ammissione; parte della dottrina contesta tale ricostruzione affermando che questa lettura del dolo specifico creerebbe problemi di ricostruzione della portata offensiva del reato: si afferma<sup>182</sup> che, sia che lo si consideri come reato contro l' amministrazione della giustizia, sia come reato contro il patrimonio, in quanto lesivo della garanzia patrimoniale dei creditori – ovvero, in conformità alla giurisprudenza, come reato pluroffensivo – è necessario che ulteriori elementi affianchino la condotta decettiva, oggettivizzandola ed evitando in questo modo che la portata lesiva della fattispecie poggi sul mero elemento intenzionale. L' indicazione delle attività e dei crediti è contenuta all' interno della documentazione che l' imprenditore deve allegare alla domanda di ammissione *ex art. 161 l.f.* , e che è sottoposta al controllo del professionista attestatore, controllo che non serve ad escluderela responsabilità del debitore. Al debitore che si sia reso responsabile di tali condotte potrà essere applicata altresì la sanzione della revoca dell' ammissione al concordato preventivo *ex art. 173 l.f.* : le condotte integranti il reato oggetto di esame rientrano infatti tra gli <<altri atti di frode>> previsti dall' art. 173 quali cause di revoca<sup>183</sup>.

Il porre in essere tali condotte vanifica quello che è lo scopo primario del concordato preventivo: consentire ai creditori di effettuare, in accordo con il

---

<sup>182</sup> Preziosi, *Nel concordato preventivo*, in AA.VV. ,*Trattato delle procedure concorsuali*, vol. VI, Utet, 2012

<sup>183</sup> Soana, *I reati fallimentari*, in (diretto da) Fanelli, *Pratica giuridica*, Milano, Giuffrè, 2012

debitore, le scelte aventi ad oggetto il futuro dell' impresa in crisi, scelte per quali è essenziale il poter disporre di informazioni corrette e complete sulla situazione patrimoniale dell' impresa stessa. E' dunque questo l' oggetto giuridico della norma ed esso ci consente di distinguere tra il reato *ex art. 236 l.f.* e le fattispecie di bancarotta, poste a tutela di un diverso bene giuridico: il patrimonio del debitore in quanto vincolato al soddisfacimento delle pretese creditorie. Il concetto può essere più efficacemente spiegato utilizzando un' espressione di origine dottrinale: se nel fallimento l' ordinamento tutela il patrimonio del debitore, facendo di esso l' oggetto giuridico dei reati fallimentari, nel concordato preventivo il patrimonio si <<autotutela>><sup>184</sup>, dato che i creditori consapevolmente aderiscono alla procedura, ma tale consapevolezza non può prescindere dalla correttezza delle informazioni ricevute.

Ricostruendo il reato in chiave di plurioffensività sarà ravvisabile, quale oggetto primario della tutela, la garanzia patrimoniale, rispetto alla quale il secondo oggetto, cioè la corretta amministrazione della giustizia, si pone in posizione strumentale. Si sono peraltro contestate<sup>185</sup> da un lato la limitata portata applicativa della norma – avendo il reato come soggetto attivo il solo imprenditore individuale – dall'altro la scarsa chiarezza della formula nel parlare di simulazione di crediti inesistenti: non si comprende se si tratti esclusivamente della creazione di crediti fittizi dei terzi nei confronti dell' imprenditore (al fine di influire sulla formazione delle maggioranze) ovvero siano da ricomprendere nell' espressione anche crediti fittiziamente vantati dall' imprenditore al fine di far apparire come esistente un più cospicuo attivo.

In sede di commento del secondo comma dell'art. 236 l.f. , la dottrina ha evidenziato due aspetti precipui: innanzitutto il fatto che sussiste una

---

<sup>184</sup>*ibidem*

<sup>185</sup> Villani, *Le disposizioni penali applicabili nell' ambito del concordato preventivo, della liquidazione coatta amministrativa e dell' amministrazione straordinaria* , in AA.VV. *Trattato del nuovo diritto concorsuale*, vol. III, Torino, Giappichelli, 2014

contraddizione tra l' applicabilità al concordato dell' art. 223, comma II l.f., che prevede la rilevanza penale di condotte causative del dissesto, e il fatto che il concordato non presupponga necessariamente il dissesto, essendo sufficiente lo stato di crisi. Al fine di risolvere l' antinomia una prima proposta<sup>186</sup> suggerisce di affidare al giudice penale il compito di verificare se nel singolo caso sussista lo stato di insolvenza e non la mera crisi, in deroga alla regola generale per cui il giudice penale non può operare ulteriori valutazioni sulla pronuncia del giudice fallimentare sui presupposti della procedura; un secondo orientamento dottrinale<sup>187</sup> propone di leggere la formula *stato di crisi* in riferimento all' art. 236, comma II come limitata allo stato di insolvenza. La seconda riflessione<sup>188</sup> evidenzia come questa norma, che prevede che anche in caso di concordato preventivo le disposizioni degli art. 223 e 224 l.f. si applichino a direttori generali, sindaci e liquidatori di società, assuma una scarsa rilevanza pratica rispetto alla bancarotta preferenziale, poiché i rilevanti controlli che connotano la procedura concorsuale – vigilanza del commissario giudiziale, direzione del giudice delegato e controllo del comitato dei creditori– renderebbero in concreto difficile la commissione di quei fatti integranti la fattispecie di cui all' art. 216, comma III.

La giurisprudenza di legittimità<sup>189</sup>, in conformità alla posizione dottrinale<sup>190</sup>, ha escluso che l' art. 236 l.f. possa essere applicato agli accordi di

---

<sup>186</sup> D' Alessandro, *Le disposizioni penali della legge fallimentare*, in Cavallini, *Commentario alla legge fallimentare*, Egea 2010

<sup>187</sup> Preziosi, *Nel concordato preventivo*, in AA.VV. , *Trattato delle procedure concorsuali*, vol. VI , Utet, 2012

<sup>188</sup> Rimane, dopo la riforma, l' incongruenza della mancata estensione della norma ai casi di bancarotta commessa dall' imprenditore individuale; questa trovava giustificazione nella formulazione originaria dell' art. 173 l.f., per cui la procedura concordataria che non avesse un esito positivo si sarebbe automaticamente risolta nella dichiarazione di fallimento. Oggi la dottrina evidenzia un vero e proprio vuoto di tutela; *si veda* Preziosi, Villani.

<sup>189</sup> Cass. Sez. Un. , 26 Febbraio 2009

<sup>190</sup> Villani, *Le disposizioni penali applicabili nell' ambito del concordato preventivo, della liquidazione coatta amministrativa e dell' amministrazione straordinaria* , in AA.VV. , *Trattato del nuovo diritto concorsuale*, vol. III, Torino, Giappichelli, 2014

ristrutturazione del debito: oltre all' osservazione tecnica per cui si tratterebbe di un' analogia *in malam partem*, depono a favore della risposta negativa il fatto che gli accordi hanno una natura diversa rispetto al concordato: essi presentano una natura privatistica, non essendo finalizzati, né in grado, di produrre i loro effetti sul piano penalistico - ma soltanto su quello civilistico dell' esclusione da revocatoria - se non in quell' unico caso in cui sia il legislatore a farvi espresso riferimento in sede penale, cioè nell' art. 217 *bisl.f.* In mancanza di una disciplina *ad hoc*, si è ipotizzato di impiegare lo schema della truffa<sup>191</sup>, essendo ravvisabile un legame tra le informazioni che vengono rese ai creditori e la prestazione del consenso, e dunque il pregiudizio subito da parte di costoro; si discute, peraltro, riguardo la possibilità di configurarla come truffa processuale (perché il pregiudizio per i creditori si produce dopo l' omologazione del tribunale), ovvero ricondurla all' ipotesi comune di cui all' art. 640 c.p.

Contestando la non applicabilità dell' art. 236 l.f. rispetto alle procedure diverse dal concordato preventivo, la dottrina<sup>192</sup> sottolinea il fatto che si sia creata una situazione paradossale, in cui la repressione delle condotte fraudolente cresce in maniera inversamente proporzionale all' aumentare dell' autonomia privata nella definizione dei rapporti. Dalla norma che si è esaminata emerge, pertanto, ancora una volta, l' inadeguatezza delle tutele approntate dalla legislazione penale attuale rispetto alle novità apportate alla disciplina degli istituti concorsuali in sede di riforma della legge fallimentare.

---

<sup>191</sup> Insolera, *Riflessi penalistici della nuova disciplina del concordato preventivo e delle composizioni stragiudiziali della crisi*, in *Giur. Comm.*, n. 3 del 2006, p. 459

<sup>192</sup> D' Alessandro, *Le disposizioni penali della legge fallimentare*, in Cavallini, *Commentario alla legge fallimentare*, Egea, 2010

## CAPITOLO III

### Risanamento dell' impresa e responsabilità penale

#### 1) L'art. 217 bis , profili oggettivi e soggettivi di applicazione

##### 1.1 Le ragioni dell' introduzione e la natura dell' esenzione

Il decreto legge n. 78 del 2010<sup>193</sup> contiene un' innovazione normativa nella tematica dei pagamenti preferenziali, di rilevanza tale da ricomporre lo squilibrio tra la disciplina civilistica e quella penalistica<sup>194</sup>; la prima, come si è detto, investita dalla volontà innovatrice del legislatore, la seconda rimasta immutata negli anni, ormai obsoleta, ed inoltre in una condizione di palese e paradossale violazione del principio di sussidiarietà, per cui la tutela penale

---

<sup>193</sup>D.l. 31 Maggio 2010, n. 78; convertito nella legge del 30 Luglio 2010, n. 122

<sup>194</sup>Zincani, *Il nuovo art, 217 bis l.f. : la ridefinizione dei reati di bancarotta*, in *Il fallimento*, n. 5/2011, p. 516

non rappresentava più la celebre *extrema ratio*, ma sanzionava comportamenti che il diritto civile non riteneva necessario reprimere<sup>195</sup>.

Ad accentuare lo squilibrio, l'orientamento rigoristico adottato dalla giurisprudenza<sup>196</sup>, la quale riteneva che nella bancarotta preferenziale il dolo specifico dovesse coprire il solo *animus favendi*, essendo sufficiente rispetto all' *animus nocendi* il dolo eventuale, e che comunque lo scopo di danneggiare i creditori non dovesse essere necessariamente esclusivo, ma potesse coesistere con altri scopi, tra cui quello di garantire la continuità aziendale. In quest'ottica, soltanto la certezza di uscire dalla crisi era ritenuta idonea a costituire un elemento soggettivo in grado di assorbire la volontà di danneggiare, e dunque ad escludere l'esistenza del reato per mancanza di una parte dell'elemento soggettivo tipico<sup>197</sup>. L'introduzione dell'art. 217 *bis* l.f. intende risolvere la dibattuta questione<sup>198</sup> concernente il rapporto tra le esenzioni da revocatoria fallimentare, sancite dall'art. 67, comma 3 lett. *d* ed *e*, e il reato di cui all'art. 216, comma III l.f. La nuova previsione, infatti, esclude l'applicabilità delle norme in materia di bancarotta preferenziale e bancarotta semplice, innanzitutto rispetto ai pagamenti ed operazioni compiuti in esecuzione del concordato preventivo, dell'accordo di ristrutturazione omologato e del piano attestato.

Nel riconoscere al legislatore penale il merito di un intervento a lungo sollecitato dalla dottrina – la quale, peraltro, come si è precedentemente illustrato, aveva cercato di supplire a tale inerzia attraverso un'interpretazione delle norme vigenti adeguatrice rispetto alle innovazioni

---

<sup>195</sup> Giunta, *Revocatoria e concordato preventivo: tutela penale*, in *Dir. e prat. fall.*, n. 1/2006, p. 37

<sup>196</sup> Cass. Pen., Sez. V, del 22 Marzo 2004

<sup>197</sup> Lottini, *Il nuovo art. 217 bis: una riforma che tradisce le aspettative*, in *Il fallimento*, n. 12/2010, p. 1366

<sup>198</sup> Troyer, *Le responsabilità penali relative alle soluzioni concordate delle crisi d'impresa*, in *Riv. Dott. Comm.*, n. 1/2008, p. 111

apportate dalla riforma civilistica<sup>199</sup> – non si può non sottolineare che la scelta di utilizzare il termine esenzione sia fortemente criticabile. Applicando al termine “esenzione” le definizioni del diritto penale con funzione qualificatrice degli istituti, si conclude osservando che non si tratta di una causa di non punibilità, poiché essa non è una condizione legata a valutazioni di opportunità di applicazione della pena, quanto piuttosto di meritevolezza della stessa, data la liceità del comportamento sul piano civilistico. Non è riconducibile neppure ad una causa di giustificazione, perché diverso è lo schema su cui si fonda il meccanismo giustificativo: all’ interesse dell’ ordinamento alla repressione del reato, già perfetto in tutti i suoi elementi, si contrappone un altro interesse, a cui l’ ordinamento stesso riconosce prevalenza. Per considerare l’ esistenza del piano come un’ esimente oggettiva bisognerebbe, dunque, affermare che l’ ordinamento ritenga che l’ interesse alla pianificazione della fase liquidatoria o risanatoria dell’ impresa - secondo regole diverse da quella civilistica del concorso dei creditori - prevalga sull’ interesse alla tutela della *par condicio*, ma questa ricostruzione non è corretta: il salvataggio dell’ impresa non viene posto in essere sacrificando l’ interesse dei creditori a concorrere alla liquidazione in condizione paritaria, ma con il fine di non giungere mai alla liquidazione stessa<sup>200</sup>. In conclusione, e nonostante la scarsa chiarezza della rubrica, la dottrina è giunta unanimemente a riconoscere che si tratti di una causa di esclusione della tipicità<sup>201</sup>. Si è detto che l’ intento del legislatore sia stato

---

<sup>199</sup> Spinosa, *Il cd. decreto sviluppo nel sistema della legge fallimentare: i rapporti tra nuove procedure concorsuali e profili di responsabilità penale*, in *Diritto penale contemporaneo*, rivista online, n. 2/2013, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)

<sup>200</sup> Donelli, *I continui esperimenti sul diritto penale del fallimento: l’ art. 217 bis l.f. prima e dopo il << decreto sviluppo >>*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. dell’ Ec.*, n. 3/2012, p.787. Perdonò, *op. cit.* p. 74, sottolinea come la funzione storicamente attribuita alle cause di giustificazione sia stata quella di consentire l’ ingresso nel sistema penale, ereditato dal precedente regime, dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Costituzione

<sup>201</sup> Mucciarelli, *L’ esenzione dai reati di bancarotta*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2010, p. 1474. Si noti, tuttavia, come l’ esenzione di cui all’ art. 183 T.U.F. sia stata ricondotta ad una causa di giustificazione da Sgubbi, in AA.VV., *Diritto penale del mercato finanziario*, Padova, Cedam, 2008

quello di scongiurare ogni possibile forma di coinvolgimento dell' imprenditore in un procedimento penale e non soltanto di evitarne la condanna, orientando a priori quella valutazione di tipicità del fatto che l' avvio di un' indagine penale ordinarariamente sottintende.<sup>202</sup>

La natura oggettiva dell' operazione – cioè la sua funzione di risanamento – non consente di ricondurla alle fattispecie tipiche di reato *ex art. 216 comma III e 217 l.f.* poiché esclude l' esistenza stessa del reato e non solamente la punibilità<sup>203</sup>. Il motivo dell' esenzione emerge nel constatare come l' ordinamento abbia interesse ad affermare la responsabilità penale dell' imprenditore nel caso in cui costui abbia tenuto una condotta incompatibile con i limiti di rischio fisiologicamente connaturati ad un' attività di impresa che tuteli gli interessi dei creditori. La peculiarità delle ipotesi descritte nell' art. 217 *bis* è, a ben vedere, il fatto che l' imprenditore affronta dei rischi, ma non nell' ottica della sottrazione, dolosa o colposa, della garanzia patrimoniale dei creditori, quanto piuttosto del risanamento; ed questo il senso della definizione della norma come causa di esclusione della tipicità. Questa ricostruzione è altresì coerente con la conclusione a cui si è giunti nell' analisi della fattispecie di bancarotta preferenziale, con l' individuare nella garanzia patrimoniale il bene giuridico da essa tutelato. Infatti, il comportamento dell' imprenditore, che abbia violato l' obbligo di pari trattamento, non integra il fatto tipico di cui all' art. 216, comma III l.f. , in quanto non abbia altresì lesa la garanzia patrimoniale: nei casi previsti dall' art. 217 *bis* l.f. , la mancanza di tale lesione costituisce la causa di esclusione della tipicità penale<sup>204</sup>.

---

<sup>202</sup> Fiorella-Masucci, *Gestione dell' impresa e reati fallimentari*, Torino, Giappichelli, 2014

<sup>203</sup> Lottini, *Il nuovo art. 217 bis, una riforma che tradisce le aspettative*, in *Il fallimento*, n. 12/2010, p. 1366

<sup>204</sup> Fiorella-Masucci, *Gestione dell' impresa e reati fallimentari*, Torino, Giappichelli, 2014

La definizione di una <<zona di rischio lecito>><sup>205</sup> nell' esercizio di attività di impresa consente altresì di definire la portata applicativa della norma in esame: il riconoscere al criterio del rischio lecito una valenza generale, in quanto disciplina di un esercizio penalmente corretto dell' attività di impresa, conduce ad affermare che, se è vero che le operazioni esentate rientrano nell' area di rischio lecito, non è però applicabile l' argomento *a contrario*; in altri termini non si potrebbe affermare che un' attività, non qualificabile come *pagamento ovvero operazione in esecuzione* ex art. 217 bis l.f. , non possa per ciò solo non rientrare nell' area di rischio lecito.

Da questa ricostruzione deriva altresì l' estensibilità di tale esenzione a tutti i concorrenti nella condotta di adempimento preferenziale, cioè dei creditori favoriti che abbiano tenuto condotte istigatorie<sup>206</sup>. Bisogna tuttavia sottolineare come una parte minoritaria, ma illustre della dottrina respinga l' inquadramento dell' esenzione in esame tra le strutture dogmatiche del diritto penale, riconoscendo nell' art. 217 bis l.f. una norma meramente esplicativa di concetti già presenti nella legge fallimentare<sup>207</sup>, cioè del fatto che le condotte descritte dagli art. 216, terzo comma e 217 l.f. non costituiscono reato nel momento in cui mancano la volontà di alterare la *par condicio creditorum* nel primo caso, e l' elemento psicologico di colpa grave nel secondo. Questa visione riduttiva è condivisa da coloro<sup>208</sup> che qualificano l' art. 217 bis come di norma di interpretazione autentica - cioè meramente chiarificatrice della disciplina civilistica, di cui mira ad aumentare il “fascino” nei confronti dei creditori<sup>209</sup> - trovando la ragione della sua introduzione nella volontà del

---

<sup>205</sup> *ibidem*

<sup>206</sup> Sandrelli, *Garanzie e bancarotta preferenziale*, atti del convegno “Garanzie tipiche e atipiche negli istituti di soluzione delle crisi d'impresa : rischi per le banche”, Milano 6/7 Luglio 2011, Torino, Paradigma, 2011

<sup>207</sup> Cocco, *Esenzioni dai reati di bancarotta nel nuovo art. 217 bis della legge fallimentare*, in *Leg. Pen.*, n. 1/2011, p. 5

<sup>208</sup> Flora, *Verso una nuova stagione del diritto penale fallimentare?* In *Riv. Trim. dir. pen. ec.*, n. 4/2012, p. 891

<sup>209</sup> Amarelli, *I delitti di bancarotta alla luce del nuovo art. 217 bis l.f. : qualcosa è cambiato?*, in *La Giust. pen.*, n. 1/2011, p. 547

legislatore di ridimensionare una giurisprudenza penale fallimentare spesso dimostratasi eccessivamente rigorosa.

Si ipotizza<sup>210</sup> di “utilizzare” l’ art. 217 *bisl.f.* già in sede di processo civile, al fine di effettuare una “selezione” delle condotte aventi rilevanza penale: il tribunale che dichiara il fallimento potrebbe farvi riferimento nello spiegare la ragione per cui non invia gli atti alla procura e dunque non chiede l’ esercizio dell’ azione penale. In realtà l’ iscrizione della declaratoria di fallimento nel registro delle notizie di reato avviene, di norma - cioè a meno che il reato non sia evidente - dopo la trasmissione al pubblico ministero della relazione che il curatore presenta al giudice delegato *ex art. 33 l.f.* , relativa alle circostanze del fallimento e al grado di diligenza e responsabilità dell’ imprenditore fallito. Sono dunque le relazioni del curatore, la prima - ovvero le relazioni semestrali, riepilogative dell’ andamento della procedura - gli atti nei quali per la prima volta assumono rilevanza i requisiti di cui all’ art. 217 *bisl.f.* In base al contenuto delle stesse, il giudice potrebbe infatti adottare un decreto nel quale si dia atto dell’ inesistenza dei presupposti per l’ esercizio dell’ azione penale. Qualora ciò non dovesse accadere, la norma in esame potrebbe ovviamente essere utilizzata dal p.m. per motivare una richiesta di archiviazione, ovvero dal giudice penale per pronunciare, nella prima fase processuale utile, sentenza di proscioglimento per insussistenza del fatto.

La dottrina<sup>211</sup> ha, peraltro, manifestato dubbi sulla conciliabilità di questa nuova impostazione con il ruolo del p.m. quale disegnato dalla legge fallimentare, di vigile “sentinella” chiamata a cogliere i segni premonitori dei reati fallimentari ( si pensi a querele per truffa presentate dai fornitori o dai clienti, ovvero a ripetute violazioni tributarie). Davanti al p.m. si pone oggi un’ alternativa, del tutto sconosciuta nell’ impostazione tradizionale: agire

---

<sup>210</sup>*ibidem*

<sup>211</sup> Rossi, *L’ esperienza giurisprudenziale del diritto penale economico nel tempo della crisi*, relazione al convegno “*Economia e diritto penale nel tempo della crisi*”, Palermo, 15/16 Novembre 2013, in *Riv. It. dir. e proc. pen.* , n. 2/2014, p. 627

immediatamente per impedire ulteriori movimenti potenzialmente dannosi per i creditori, ovvero prudentemente al fine di assecondare la strategia di recupero? E' evidente che non esiste una risposta diversa dall' affermazione dell' esigenza di valutare caso per caso.

Nell' interpretazione della norma assume rilievo primario il significato da attribuire alla formula <<in esecuzione di>>: questa può infatti essere letta in senso cronologico ovvero strumentale<sup>212</sup>. La prima lettura individua un mero legame temporale tra i due fatti (composizione negoziale della crisi -> adempimento), la seconda ritiene necessario un legame causale (l' adempimento come attività, anche prodromica, rispetto al piano o all' accordo, destinata e funzionalmente collegata a tale composizione). Questa seconda interpretazione è contestabile sotto due profili: innanzitutto il significato letterale dell' espressione non implica affatto la necessità di tale lettura strumentale; in secondo luogo, in esito all' inquadramento dell' art. 217 *bis* l.f. nella riforma complessiva delle procedure concorsuali, è logico pensare che la volontà del legislatore di esaltare l' autonomia privata trovi un contrappeso nella volontà di sanzionare le condotte descritte nelle fattispecie di bancarotta preferenziale e semplice quando non siano prodromiche ad un piano razionalmente attuabile. Ciò significa che l' adempimento non potrà essere considerato preferenziale nel caso in cui venga posto in essere successivamente al piano o all' accordo già riconosciuti come idonei, mentre la preferenzialità non potrà essere esclusa nel caso in cui l' adempimento venga effettuato in quanto strumentale ad un piano o accordo che potrebbe essere giudicato inadeguato. Il problema risiede in particolare nella difficoltà di conciliare la formula utilizzata con due categorie di operazioni funzionali all' attuazione del piano: quelle antecedenti, ma necessarie alla sua adozione (i *cd.* finanziamenti-ponte), e quelle non previste nel piano perché resesi

---

<sup>212</sup> Spinosa, *Il cd. decreto sviluppo nel sistema della legge fallimentare: i rapporti tra nuove procedure concorsuali e profili di responsabilità penale*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 2/2013, rivista online, n. 2/2013, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)

necessarie soltanto in seguito al variare delle condizioni economiche dell'impresa, ad esempio a causa dell'imprevisto aumento degli interessi di un mutuo<sup>213</sup>.

Una prima soluzione risiede nell'interpretare la formula "in esecuzione" in chiave teleologica – rispetto all'idoneità funzionale dell'operazione – e non meramente temporale<sup>214</sup>. Altra parte della dottrina propone una diversa interpretazione, partendo dalla previsione di cui art. 182 *quater* l.f., di cui si dirà, per la quale godono del beneficio della prededuzione i finanziamenti effettuati in esecuzione del piano e, a determinate condizioni, altresì i cd. finanziamenti-ponte; sarebbe irragionevole che l'esenzione sia limitata ai soli finanziamenti anteriori al piano, laddove invece la prededuzione sia applicabile anche ai finanziamenti esecutivi. Si riportano infine le conclusioni raggiunte da quei commentatori<sup>215</sup> i quali, in un'ottica aziendalistica, affermano che, a prescindere da quale delle due ricostruzioni della formula esecutiva sia accolta, l'interpretazione in chiave estensiva sia comunque imposta dalla variabilità delle dinamiche aziendali e delle condizioni del credito, fattori che rendono ineludibile una concezione elastica del piano.

### 1.1 L'ambito di applicazione

La determinazione della portata applicativa dell'art. 217 *bis* l.f. dipende necessariamente da un'interpretazione di tipo sistematico, finalizzata ad individuare il possibile fondamento di un'estensione della norma al di là del

---

<sup>213</sup> Beltrami, *La disciplina dei finanziamenti alle imprese in crisi nelle operazioni di ristrutturazione dei debiti*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, fasc. 1, 2015, p. 43

<sup>214</sup> Mucciarelli, *L'esenzione dai reati di bancarotta*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 1474

<sup>215</sup> Ambrosini, *Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi*, in (diretto da) Ambrosini, *Strumenti del diritto. Diritto Fallimentare*, Bologna, Zanichelli, 2012

suo tenore letterale; fermarsi a quest' ultimo, condurrebbe,infatti, alla conclusione che si tratti di una norma di carattere eccezionale e come tale non estensibile a casi in essa non espressamente previsti. Un recente orientamento dottrinale<sup>216</sup> propone di far riferimento all'art. 2634 c.c. , al quale si riconosce una portata generale nella misura in cui introduce nell' ordinamento il criterio dei vantaggi compensativi quantomeno prevedibili<sup>217</sup>; questa formula consente di individuare il limite di una gestione lecita dell' attività imprenditoriale nell' esistenza di un prevedibile vantaggio; espressione che, traslata su di una situazione di crisi, equivale a dire un ragionevole pronostico di ripresa. Si propone, pertanto, di applicare l' esenzione in tutti i casi in cui l' attività dell' imprenditore, astrattamente riconducibile alle condotte descritte dagli art. 216 comma III e 217 l.f. , sussistendo tale ragionevole prevedibilità di risollevarsi l'impresa dalla crisi, non sia in concreto illecita. La questione della portata applicativa della norma dipende dalla natura che è ad essa riconosciuta: il considerare l' art. 217 bis l.f. come norma eccezionale condurrebbe infatti l' interprete ad affermare che essa non possa essere applicata in via analogica, neanche *in bonam partem*; e dunque in nessun caso al di là delle ipotesi espressamente previste di compimento di pagamenti e, con una formula peraltro ampia, operazioni<sup>218</sup>.

L' "esenzione" si applica innanzitutto rispetto al reato di bancarotta preferenziale. Una prima questione, postasi all' esame della dottrina, concerne l' applicabilità della norma anche alla bancarotta fraudolenta: si

---

<sup>216</sup> Fiorella-Masucci, *Gestione dell' impresa e reati fallimentari*, Torino, Giappichelli, 2014

<sup>217</sup> L' art. 2634 c.c. contiene al comma I la definizione della fattispecie di infedeltà patrimoniale; al III comma precisa che << *in ogni caso non è ingiusto il profitto della società collegata o del gruppo, se compensato da vantaggi conseguiti o fondatamente prevedibili, derivanti dal collegamento o dall' appartenenza al gruppo*>>. Musco-Masullo, *I nuovi reati societari*, Giuffrè, 2007

<sup>218</sup> Logroscino-Farro, *Cenni in materia di bancarotta fraudolenta preferenziale alla luce delle novità introdotte dall' art. 217 bis l.f. , in Rivista Penale*, n. 4/2013, p. 367

contesta, infatti, l' esito paradossale di una scelta che condurrebbe ad escludere l' applicabilità di una fattispecie meno grave, lasciando immutata la portata applicativa della più grave, per di più in presenza delle medesime esigenze di tutela. Si individua una possibile spiegazione<sup>219</sup> nel fatto che il legislatore si sia preoccupato di prendere in considerazione la sola fattispecie con maggiori rischi applicativi, essendo però sottintesa la volontà di escludere anche l' altra. La ragione più ovvia potrebbe essere che - come anche rispetto al reato di cui all' art. 218 l.f. - sia la componente soggettiva fraudatoria, che caratterizza la condotta, ad escludere l' applicabilità dell' esenzione. Con riferimento all' art. 216, comma III l.f. , invece, il fatto che le operazioni di pagamento vengano poste in essere in esecuzione di una delle procedure indicate nell' articolo in esame determina il venir meno dell' elemento essenziale del reato: la preferenzialità.

La dottrina prevalente<sup>220</sup> sostiene, invece, l' inapplicabilità dell' art. 217 *bis* l.f. rispetto alla simulazione di titoli di prelazione; in quanto l'artificiosità della condotta simulatoria sarebbe incompatibile con la natura stessa dei piani e degli accordi, che non possono non avere al loro fondamento una rappresentazione fedele della situazione debitoria dell' impresa. La Cassazione<sup>221</sup> ha tuttavia affermato che è necessario distinguere tra due tipologie di simulazione: la fittizia creazione, riconosciuta come incompatibile con l' esenzione *ex art. 217 bis*, e l' effettiva costituzione del titolo di prelazione: questa può essere accomunata all' effettuazione di un pagamento in tempi sospetti e dunque inquadrata tra le operazioni di risanamento delle quali si nega il carattere di preferenzialità. Tale approccio

---

<sup>219</sup> Fiorella-Masucci, *Gestione dell' impresa e reati fallimentari*, Torino, Giappichelli, 2014

<sup>220</sup> Bricchetti, *La esenzione dai reati di bancarotta preferenziale e di bancarotta semplice nel nuovo art. 217 bis della l.f. : causa di esclusione (delimitazione) del tipo, causa speciale di esclusione dell' anti giuridicità o che altro?* in *Il "mercato della legge penale": nuove prospettive..* (a cura di) Sgubbi-Fondaroli, Cedam, 2011

<sup>221</sup> Cass. Pen. , Sez. V, 2 Marzo 2004, 16688

della giurisprudenza di legittimità, accolto da illustre dottrina<sup>222</sup>, si fonda su un' interpretazione del termine simulazione che esula dal concetto civilistico; simulazione, dunque, non solo come divergenza tra il manifestato e il voluto ma anche come effettiva manifestazione del voluto: entrambe le condotte violano la *par condicio creditorum* ma soltanto una, la seconda, può essere inclusa nell' ambito di operatività dell' art. 217 *bisl.f.*<sup>223</sup> Nella ricostruzione della Suprema Cortela condotta di simulazione cessa di avere una connotazione descrittiva – di atto che nasconde attraverso un' apparenza fittizia la realtà sottostante, nota soltanto alle parti – per assumerne una causalmente orientata: il contratto è simulato in quanto pregiudica la parità di condizioni tra i creditori, anche se il suo contenuto corrisponde all' effettiva volontà dei suoi artefici. Questa interpretazione conduce ad attribuire al concetto di simulazione il medesimo significato del concetto di violazione della *par condicio* con la conseguenza di ampliare in maniera rilevante l' area di responsabilità penale, non soltanto rispetto al debitore ma anche rispetto al terzo contraente, che sarebbe responsabile a titolo di concorso in presenza dei presupposti oggettivi e soggettivi della bancarotta preferenziale, a meno che, appunto, non possa applicarsi l' esenzione *ex art. 217 bisl.f.*

La dottrina<sup>224</sup> sottolinea, innanzitutto, come sarebbe riduttivo ricondurre la simulazione *ex art. 216, comma III l.f.* alla sola attività contrattuale, essendo ravvisabile un novero ben più ampio di operazioni aventi natura simulatoria e, tuttavia, non negoziale: si pensi alla falsificazione di fatture o scritture contabili; in secondo luogo<sup>225</sup> come l' accoglimento della restrittiva concezione civilistica del concetto di simulazione, non escluderebbe che determinate condotte di favoritismo possano essere qualificate come integranti pagamenti preferenziali e dunque ricondotte al novero di applicazione della norma, in quanto inquadrabili nella figura “di confine”

---

<sup>222</sup> Cocco, *La bancarotta preferenziale*, Napoli, Iovene, 1987

<sup>223</sup> D' Alessandro, *Il nuovo art. 217 bis l.f.*, in *Le Società*, n. 2/2011, p. 201

<sup>224</sup> Stalla, *Autotutela della banca e bancarotta preferenziale*, in *Il fallimento*, 2005, p. 781

della *datio in solutum*: si fa l' esempio di un debitore che abbia stipulato fittizi atti di vendita di immobili a favore di taluni creditori, facendosi rilasciare in corrispettivo cambiali garantite da ipoteca sugli immobili stessi, che aveva poi trasferito ai creditori. Si afferma che, anche respingendo la conclusione giurisprudenziale, che aveva qualificato tale complesso schema fraudatorio come bancarotta preferenziale tramite simulazione, comunque se ne sarebbe potuta riconoscere la rilevanza penale, inquadrandolo tra i pagamenti preferenziali realizzati attraverso una *datio in solutum*.

L' esistenza del reato di bancarotta semplice è esclusa quando le caratteristiche dell' operazione non consentono di ricondurla alle fattispecie di cui all' art. 217 n. 3 e 4 l.f. : il fatto che l' operazione sia finalizzata al risanamento esclude che essa possa essere qualificata come <<di grave imprudenza per ritardare il fallimento>>, ovvero aggravatrice del dissesto con grave colpa. L' elemento comune alle condotte di bancarotta semplice risiede nel fatto che esse impoveriscono il patrimonio dell' impresa, superando in maniera rilevante il rischio consentito. L' ordinamento, infatti, ammette che l' imprenditore in crisi possa adottare iniziative "coraggiose" al fine di scongiurare il fallimento, purché queste rimangano entro il limite della ragionevolezza e non sfocino, per grave imprudenza dell' agente, in un tentativo spregiudicato e privo di probabilità di successo.<sup>226</sup> Anche l' omissione della richiesta di fallimento non rileva in sé, ma in quanto abbia aggravato le condizioni economiche dell'impresa già dissestata: l' imprenditore in stato di insolvenza ha l' obbligo giuridico di richiedere il fallimento, ma dal mancato adempimento di detto obbligo non deriva - e non potrebbe derivare, pena la violazione del principio di offensività - la responsabilità penale; perché questa sussista è infatti necessario che sia leso

---

<sup>226</sup> Cass. pen. , Sez. V, 20 Marzo 2003, n. 24231

un interesse penalmente rilevante, in questo caso la preservazione del patrimonio, in quanto posto a garanzia dei creditori.<sup>227</sup>

La dottrina<sup>228</sup> si pronuncia anche rispetto alle operazioni manifestamente imprudenti di consumazione di una notevole parte del patrimonio, esprimendo dubbi sulla riconducibilità di tali avventate condotte ad un serio progetto di superamento della crisi d'impresa. Per questa ragione, si ritiene che non possano essere comprese nell' esenzione *ex art. 217 bis l.f.* le condotte integranti bancarotta semplice documentale, l'effettuazione di spese personali e per la famiglia eccessive, l'inadempimento delle obbligazioni assunte in un precedente concordato preventivo o fallimentare. Ricordiamo che la tradizionale distinzione tra bancarotta fraudolenta – e dunque anche preferenziale – e semplice si fonda sul profilo soggettivo: nella prima la condotta è posta in essere nella consapevolezza di danneggiare gli interessi dell' impresa e, nel caso specifico della bancarotta preferenziale, al fine di defraudare i creditori. Pertanto, l' esenzione si applica nel caso in cui tale fine venga meno, in quanto il pagamento, che dovrebbe concretarlo, sia espressione del progetto di risanamento. La bancarotta semplice, invece, integra un reato implicitamente colposo, cioè avente le caratteristiche intrinseche della colpa: l' art. 217 *bisl.f.* si applicherà nel caso in cui le condotte del debitore non possano dirsi connotate da negligenza ovvero imprudenza, appunto perché espressione di un progetto riconosciuto idoneo.

La condotta dell' imprenditore, che non sia soggettivamente connotata da colpa, può integrare il reato di ricorso abusivo al credito *ex art. 218 l.f.* ; la norma prevede la responsabilità penale dell' imprenditore, il quale, trovandosi in difficoltà, anziché richiedere il fallimento, ottiene nuovo credito per mezzo della fraudolenta dissimulazione del dissesto ovvero dell'

---

<sup>227</sup> Pioletti, *Il ricorso abusivo al credito*, in AA.VV, *Trattato delle procedure concorsuali*, vol. VI, Utet, 2012

<sup>228</sup> Zincani, *Il nuovo art. 217 bis l.f. : la ridefinizione dei reati di bancarotta*, in *Il fallimento*, n. 5/2011, p. 516

insolvenza. L' interesse dell' ordinamento al mantenimento dell' impresa sul mercato non può spingersi sino al punto di tollerare che essa distrugga ricchezza, piuttosto che assolvere al compito di produrla<sup>229</sup>: il che accade nel caso in cui l' imprenditore continui a ricorrere indebitamente al credito, condotta sanzionata sia a titolo di colpa nella fattispecie di cui all' art. 217, sia a titolo di dolo nella fattispecie di cui all' art. 218 l.f. La dottrina<sup>230</sup> evidenzia come, ad esito della riforma dell' art. 218, *ex lege* n. 262 del 2005<sup>231</sup> – che sopprime la causa di sussidiarietà ed aumenta le sanzioni – le due fattispecie abbiano acquisito autonomia reciproca: se in passato i fatti di ricorso abusivo al credito si ritenevano assorbiti, una volta verificatosi il fallimento, nella più grave fattispecie di bancarotta semplice per aggravamento del dissesto<sup>232</sup>, oggi si tende ad ammettere il concorso tra i due reati; ovvero si afferma che - essendo la fattispecie dolosa speciale rispetto a quella di cui all'art. 217, comma III l.f. –sia quest' ultima ad essere assorbita<sup>233</sup>. L' intento del legislatore è stato quello di sanzionare ancor più gravemente le condotte di coloro che continuino a ricorrere al credito, nonostante il dissesto, cagionando grave nocumento ai risparmiatori - come accaduto in noti fatti di cronaca, non a caso coevi alla riforma - e ciò trova conferma nell' introduzione di una circostanza aggravante speciale per il caso in cui il fatto riguardi società quotate.

Un orientamento dottrinale<sup>234</sup> afferma che l' applicabilità della fattispecie prescinda dal fatto che sia stato dichiarato il fallimento: a sostegno di questa tesi vi è l' argomento letterale, poiché la norma non fa riferimento

---

<sup>229</sup> Lo Cascio, *Il professionista attestatore*, in *Il fallimento*, n. 11/2013, p. 1325

<sup>230</sup> Per la dottrina pre-riforma: Pedrazzi, *Reati commessi dal fallito*, in Pedrazzi-Sgubbi, *op. cit.* Post-riforma: D' Alessandro, *Le disposizioni penali della legge fallimentare*, in Cavallini, *Commentario alla legge fallimentare*, Egea, 2010

<sup>231</sup> *Legge 28 Dicembre 2005, n. 262*

<sup>232</sup> Conti, *I reati fallimentari*, Torino, 1991

<sup>233</sup> Micheletti, *Il ricorso abusivo al credito come reato necessariamente condizionato*, in *Riv. Trim. dir. pen. ec.*, n. 1/2007, p. 23

<sup>234</sup> Mangano, *Disciplina penale del fallimento*, Milano, 1987. Nuvolone, *Il diritto penale del fallimento, op. cit.* Risalente giurisprudenza, Pret. Napoli 30 Giugno 1950

alla dichiarazione. La tesi contraria,<sup>235</sup> invece, si fonda sull' argomento sistematico, per cui innanzitutto sottolinea la collocazione dell' art. 218 nel capo dedicato ai reati commessi dal fallito; in secondo luogo l' impostazione unitaria adottata dal legislatore, tanto nell' art. 219 l.f. quanto nell' art. 221 l.f. , che rinviano genericamente a tutti i reati di cui al capo I del titolo VI, tra cui anche il ricorso abusivo al credito. Infine si evidenzia come, qualora si accogliesse la prima tesi, si produrrebbe un' incongruenza rispetto all' art. 225 l.f. ; norma che prevede che la condotta di cui all' art. 218, se commessa dagli amministratori, direttori generali, soci e liquidatori rileva penalmente soltanto in seguito all' avvenuta dichiarazione di fallimento della società. La dottrina<sup>236</sup>, peraltro, spiega agevolmente tale differenza, constando come l' imprenditore ricorra al credito per un utile proprio, mentre gli amministratori e gli altri soggetti indicati dalla norma, per un interesse sociale; e considerando altresì che normalmente le società hanno necessità di ricorrere al credito con maggiore intensità, ma presentano anche maggiori prospettive di recupero, data la dinamicità dei loro affari<sup>237</sup>.

Si configura dunque un reato contro il patrimonio, avente una struttura simile a quella della truffa e dell' insolvenza fraudolenta; la differenza principale risiede nel trattarsi di un reato di pericolo, per cui non rileva il fatto che l' imprenditore abbia conseguito un ingiusto profitto: anche nel caso in cui l' obbligazione sia poi stata adempiuta, è il fatto stesso che essa sia stata contratta per mezzo della dissimulazione, a rendere la condotta penalmente rilevante<sup>238</sup>. L' intervento del legislatore, con l' eliminazione della clausola di sussidiarietà, conferma i risultati già raggiunti in via interpretativa, per cui la fattispecie in esame presenta un' autonoma valenza penale. Si tratta di una

---

<sup>235</sup> Antolisei, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari, op. cit.* Conti, *I reati fallimentari*, Utet, 1991

<sup>236</sup> Nuvolone, *Ricorso abusivo al credito e insolvenza fraudolenta*, in *Temi*, 1953

<sup>237</sup> De Semo, *Sul reato di ricorso abusivo al credito*, nota a *Pret. Napoli* 30/6/1950, in *Giust. Pen.* , n. 2/1951, p. 85

<sup>238</sup> Lanzi-Cadoppi (a cura di), *I reati societari. Commentario alla legge n. 262/2005 sulla tutela del risparmio*, Cedam, 2007

condotta lesiva dell' interesse dei creditori, in quanto, se costoro avessero conosciuto le reali condizioni dell' impresa, non avrebbero concesso il finanziamento o, quantomeno, lo avrebbero fatto a diverse condizioni.<sup>239</sup> Il concetto di dissimulazione deve essere inteso in un senso ampio, ad indicare ogni condotta attraverso cui il debitore volontariamente altera la capacità del creditore di dare un corretto giudizio sulla propria condizione finanziaria, gravando comunque su costui l' onere di applicare quel minimo di diligenza che dovrebbe essere sotteso all' operazione creditizia. Il reato in esame si colloca dunque in quella zona intermedia tra le condotte penalmente irrilevanti del debitore, quali il mero silenzio in assenza di sollecitazione da parte del creditore ad essere informato, e il vero e proprio artificio o raggirio, idoneo ad integrare il reato di truffa<sup>240</sup>. Le ipotesi in cui il creditore fosse consapevole del carattere abusivo del finanziamento non rientrano mai nella fattispecie in esame, in cui il creditore è in ogni caso vittima; ma configurano, al ricorrere dei presupposti, un concorso in bancarotta fraudolenta: il creditore potrà essere responsabile a titolo di concorso qualora si accerti che il credito, cd. *rovinoso*, sia stato concesso essendo a conoscenza dello stato di crisi della controparte, nell' ambito di un piano architettato a danno della futura massa fallimentare. Si fa in dottrina<sup>241</sup> l' esempio del caso Parmalat, in cui taluni istituti bancari sono stati chiamati a rispondere di concorso nel reato *ex art. 223, n. 2 l.f.* rispetto ad operazioni di concessione di credito finalizzate a prevaricare i diritti dei piccoli risparmiatori, in previsione del futuro fallimento.

L' applicabilità dell' esenzione *ex art. 217 bis l.f.* alla fattispecie in esame va esclusa, sotto il profilo sistematico, prima ancora che letterale: la dissimulazione di cui all' art. 218 l.f. , non richiamato nella norma, è, infatti,

---

<sup>239</sup> Ambrosetti-Mezzetti-Ronco, *Diritto penale dell' impresa*, Bologna, Zanichelli, 2008

<sup>240</sup> Lanzi-Cadoppi, *op. cit. p. 96*

<sup>241</sup> Micheletti, *Il ricorso abusivo al credito come reato necessariamente condizionato*, in *Riv. Trim. dir. pen. ec.*, n. 1/2007, p. 23

incompatibile con una prospettiva di risanamento<sup>242</sup>, che deve avere, quale indefettibile presupposto, la sincerità nell' esposizione dei dati, nonché assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei al piano<sup>243</sup>. Come evidenziato in dottrina, è la struttura stessa del reato di cui all' art. 218 ad escludere che rispetto ad esso sia applicabile l' esenzione: il ricorso abusivo implica la consapevolezza da parte dell' imprenditore di trovarsi in irreversibile dissesto, cioè in uno stato incompatibile con il riconoscimento di idoneità recuperatoria del piano; in secondo luogo la dissimulazione del dissesto è inconciliabile con il fatto che sia il piano che l' accordo non sono atti riservati, ma trovano inevitabilmente diffusione presso i terzi.

Notiamo infine come l'art. 217 *bis* l.f. faccia riferimento soltanto a reati di bancarotta propria, lasciando aperta la questione dell' applicabilità della causa di esclusione della tipicità ai reati di bancarotta impropria, cioè ai casi descritti negli art. 223 e 224 l.f. (reati commessi da soggetti diversi dal fallito). Nonostante lo stesso legislatore abbia segnalato la carenza, auspicando un intervento di coordinamento, la dottrina prevalente<sup>244</sup> sembra aver dato soluzione al problema, essendo concorde nell' affermare l'estensibilità dell' esenzione, sulla base del fatto che gli art. 223 e 224 richiamano gli art. 216 e 217 l.f. Il richiamo comprende anche l' art. 217 *bis*, in quanto l' esenzione rappresenta un elemento costitutivo negativo dei reati di cui agli art. 216, III comma e 217; avente la sola peculiarità di non essere incluso in queste stesse norme, ma inserito in un' autonoma disposizione di chiusura<sup>245</sup>. Si è paventato il "rischio" che le condotte esentate vengano qualificate, in via residuale, come cause del fallimento ovvero operazioni

---

<sup>242</sup> Troyer, *Le responsabilità penali relative alle soluzioni concordate delle crisi d'impresa*, in *Riv. Dott. Comm.*, fasc. 1/2008, p. 111

<sup>243</sup> Preziosi, *Nei piani di risanamento e negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, vol. VI, Milano, Utet, 2012

<sup>244</sup> D'Alessandro, *Il nuovo art. 217 bis l.f.*, in *Le Società*, n. 2/2011, p. 201. Mucciarelli, *L'esenzione dai reati di bancarotta*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 1474

<sup>245</sup> Amarelli, *I delitti di bancarotta alla luce del nuovo art. 217 bis l.f. : qualcosa è cambiato?* In *Giust. Pen.*, 2011, p. 547

dolose che abbiano per effetto il fallimento *ex art. 223*, comma II l.f. ; si tratta, d' altra parte, di un' ipotesi facilmente accantonabile, laddove l' elemento soggettivo descritto in quest' ultima norma, inteso come direzione della condotta verso situazioni di dissesto o insolvenza prodromiche al fallimento, consente di escludere dal novero di applicabilità della previsione le condotte descritte dall' art. 217 *bis* l.f. Concludendo, si può affermare, senza timore di smentita, che l' esenzione si applica agli amministratori – ai quali sono parificati gli amministratori di fatto – direttori generali, sindaci e liquidatori di società dichiarate fallite che abbiano tenuto le condotte descritte dagli art. 216, comma III e 217, commi III e IV l.f. Un' interpretazione contraria sarebbe infatti contraria a ragionevolezza e porrebbe, pertanto, finanche dubbi di legittimità costituzionale della norma in esame.

### 1.3 Il ruolo del giudice penale

La dottrina si sofferma sulla questione dell' ampiezza che debba essere riconosciuta ai poteri del giudice penale, chiamato a pronunciarsi in un procedimento avente ad oggetto reati fallimentari, rispetto alle condizioni di ammissibilità alle procedure concorsuali: se costui possa compiere un giudizio postumo sulla sussistenza di dette condizioni al momento dell' omologazione dell' accordo di ristrutturazione ovvero del concordato preventivo; in altri termini se il controllo del giudice penale possa investire il merito ovvero debba essere limitato alla <<congruità metodologica>><sup>246</sup> del progetto. Rispetto al piano di risanamento, atto non soggetto ad

---

<sup>246</sup> L' espressione è di Donelli, *I continui esperimenti sul diritto penale del fallimento: L' art. 217 bis l.f. prima e dopo il decreto sviluppo*, in *Riv. Trim. dir. pen. ec.*, n. 3/2012, p.787

omologazione, nel caso in cui il risanamento non vada a buon fine e sopraggiunga il fallimento, il controllo del giudice penale dovrebbe sempre essere consentito: l' autonomia del privato trova qui la sua massima espressione ma non può giungere al punto di trasformarsi in <<incontrollata paralisi>><sup>247</sup> delle norme incriminatrici. Costituiscono oggetto del controllo i requisiti di idoneità e ragionevolezza, da valutarsi secondo il tradizionale criterio della prognosi postuma<sup>248</sup>. Si nota in dottrina<sup>249</sup> come l' applicazione di tale criterio, persino ovvia in teoria, si presenti di difficile configurazione pratica a causa dell' erronea tendenza<sup>250</sup>-ravvisabile in tutti i rami del diritto penale dell' impresa - a ricostruire le ultime pagine della storia aziendale utilizzando come metro di valutazione non la prognosi postuma, ma il proverbiale <<senno del poi>>, ovvero, nei termini più tecnici della sociologia, l' *hindsight bias*,<sup>251</sup>; a valutare cioè come inidoneo un piano per il solo fatto che esso non abbia avuto successo<sup>252</sup>.

La dottrina<sup>253</sup> attribuisce al giudice il potere di svolgere un sindacato di idoneità avente la medesima portata di quello riconosciuto rispetto ai modelli di prevenzione del reato *ex d.lgs. 231/2001*; sindacato nel quale l' analisi dei dati contenuti nelle scritture contabili non vincola il giudice, il quale potrà trarre le conclusioni altresì da dati *extracontabili* ed elementi *cd. contestuali*, cioè fattori *extraaziendali* e non necessariamente economici. L' idoneità del piano deve essere valutata sulla base di parametri differenti a seconda che la crisi sia finanziaria ovvero economica<sup>254</sup>: se la crisi è finanziaria – cioè

---

<sup>247</sup> Mucciarelli, *L' esenzione dai reati di bancarotta*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p.1474

<sup>248</sup> Bricchetti, *Soluzioni concordate delle crisi d' impresa e rischio penale dell' imprenditore*, in *Le Società*, n. 6/2013, p. 687

<sup>249</sup> Alessandri, *Profili penalistici delle innovazioni in tema di soluzioni concordate della crisi d' impresa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2006, p. 111

<sup>250</sup> D' Alessandro, *Il nuovo art. 217 l.f.*, in *Le Società*, n. 2/2011, p. 201

<sup>251</sup> Tipologia di errore di analisi derivante dall' inconsapevolezza dell' influenza esercitata sulla percezione dei fatti dal fatto di conoscerne i risultati, in D' Alessandro, *op. cit.*

<sup>252</sup> D' Alessandro, *Le disposizioni penali della legge fallimentare*, in Cavallini, *Commentario alla legge fallimentare*, Egea, 2010

<sup>253</sup> Mucciarelli, *op. cit. p. 99*

<sup>254</sup> Zocca, *Ristrutturazione e riorganizzazione dell' impresa*, in (a cura di) Caiafa, *Le procedure concorsuali*, Cedam, 2011

l'impresa non ha mezzi per fronteggiare le esigenze di gestione corrente – le prospettive di risanamento attraverso la ristrutturazione sono più ampie, poiché la difficoltà è legata al reperimento ed alle condizioni del credito: si ritiene che lo strumento più adeguato al fine di ristabilire l' equilibrio finanziario della gestione sia il piano *ex art. 67 l.f.* L' accordo di ristrutturazione dei debiti, pur potendo essere impiegato anche in quest' ultima situazione, è ritenuto idoneo a fronteggiare situazioni più complesse: la crisi economica, cioè la situazione in cui l' impresa si trova in condizione di strutturale e duraturo squilibrio tra costi e ricavi; e la crisi patrimoniale, la forma più grave in cui ad essere pregiudicata è la capacità stessa dell' impresa di stare sul mercato. Infine, il concordato preventivo, quando impiegato ai fini del risanamento, rappresenta la procedura più avanzata, idonea a fronteggiare sia crisi di natura reversibile che irreversibile, cioè l' insolvenza<sup>255</sup>. La soluzione della crisi finanziaria rappresenta il profilo più interessante per il giurista, dato che coinvolge i rapporti debitori dell' impresa e dunque la tutela dei creditori – laddove invece la soluzione della crisi economica si fonda sul perseguimento di obiettivi di *marketing* ed efficienza produttiva – : ricapitalizzazione, moratoria dei debiti, conversione dei debiti in capitale, proprio attraverso l' ingresso dei creditori nella compagine sociale... sono solo alcuni degli strumenti che l' ordinamento prevede quale possibile contenuto dei piani. Lo strumento principale è rappresentato dall' erogazione di nuova finanza <sup>256</sup>, normalmente ricavata dal ricorso al credito bancario, con il duplice fine di fronteggiare la crisi e nel contempo sostenere gli inevitabili costi dell' accesso alla procedura di risanamento. La dottrina<sup>257</sup> ha evidenziato, infine, un' imprecisione della norma in esame: essa parla

---

<sup>255</sup> Mandrioli, *Le diverse connotazioni delle crisi d' impresa, ibidem*

<sup>256</sup> Manganelli, *Gestione delle crisi d' impresa in Italia e negli Stati Uniti: due sistemi fallimentari a confronto*, in *Il Fallimento*, 2/2011, p. 129

<sup>257</sup> Mucciarelli, *L' art. 217, bis e la disciplina penale delle procedure di soluzione della crisi d' impresa*, in Bonelli (a cura di), *Crisi di imprese, casi e materiali*, in *Contratti e commercio internazionale*, Milano, Giuffrè, 2011

genericamente di pagamenti e operazioni, senza alcun riferimento al profilo dimensionale; laddove questo potrebbe, invece, costituire una causa di inidoneità del piano, in quanto determinante un aumento del rischio: l' esistenza di una rilevante sproporzione tra l' ammontare del finanziamento e quello della garanzia data al finanziatore è infatti un chiaro indice della rischiosità del piano e un indizio della sua inidoneità. Si potrebbero dunque sollevare dei dubbi sul fatto che in casi come questo l' art. 217 *bis* l.f. sia applicabile.

La ragionevolezza è riconducibile alla congruità del piano rispetto ai suoi fini.<sup>258</sup> Questo requisito assume un' importanza centrale sul piano soggettivo – cioè dell' atteggiamento che l' imprenditore adotta rispetto al piano –, essendo definibile come <<contrario negativo del dolo di preferenza indebita>><sup>259</sup> e sostituendo i concetti, ormai superati, di certezza e speranza<sup>260</sup>: non è più necessario che l' imprenditore sia certo della capacità del piano di risanare l' impresa né che confidi in tale capacità, è necessario che ritenga il piano ragionevole. L' applicabilità dell' art. 217 *bis* l.f. nei confronti dell' imprenditore non viene meno, nonostante l' inidoneità o irragionevolezza del piano, nel caso in cui costui sia stato tratto in inganno dal giudizio del professionista incaricato di attestare la sussistenza di tali requisiti; ad esempio qualora costui abbia avallato il piano, pur essendo consapevole della sua inadeguatezza, per compiacere l' imprenditore ed ottenere in cambio un nuovo incarico. In questo caso, all' imprenditore potrà

---

<sup>258</sup> Lottini, *Il nuovo art. 217 bis: una riforma che tradisce le aspettative*, in *Il Fallimento*, n. 12/2010, p. 1366

<sup>259</sup> Alessandri, *Profili penalistici delle innovazioni in tema di soluzioni concordate delle crisi d' impresa*, in *Riv. It. dir. e proc. penale*, 2006, p. 119

<sup>260</sup> Sostiene la prima tesi Cocco, *Il ruolo delle procedure concorsuali e l' evento dannoso nella bancarotta*, in *Riv. it. Diritto e proc. pen.*, n. 1/2014, p. 67. A sostegno della seconda tesi, Napoleoni, *La bancarotta preferenziale prima e dopo la <<cura>>*, in *Studium Iuris*, 2009, p. 1332

comunque essere applicata l' esenzione in esame, poiché egli versa in stato di errore, rilevante *ex art. 59 comma IV c.p.*<sup>261</sup>

La questione dell' ampiezza dei poteri si pone altresì rispetto all' accordo di ristrutturazione e al concordato: se, in caso di successivo giudizio per reati fallimentari, il giudice penale debba limitarsi ad accertare la sussistenza dell' atto di omologa e dei requisiti formali, ovvero possa entrare nel merito. Sulla base dei risultati dell' analisi svolta nel paragrafo precedentemente dedicato ai poteri dell' autorità giudiziaria in sede di omologa<sup>262</sup>- e tenendo comunque presente che non si tratta di una ricostruzione che ha trovato unanimità di consensi in dottrina<sup>263</sup>- si afferma la necessità di distinguere tra il caso in cui il tribunale omologante abbia effettuato soltanto un controllo formale e il caso in cui si sia pronunciato sulla fattibilità del piano: nella prima ipotesi deve ammettersi, al pari della conclusione raggiunta per il piano di risanamento, il giudizio postumo di idoneità *ex ante* del giudice penale<sup>264</sup>. Negare al giudice penale il potere di valutare il progetto omologato vorrebbe dire, infatti, offrire ai finanziatori maggiori <<certezze ed incentivi>>, ma sarebbe una scelta in contrasto con quanto previsto dall' art. 2 comma I c.p.p. , che attribuisce al giudice penale il potere-dovere di pronunciarsi su ogni questione da cui dipende la sua decisione salvo eccezioni, nelle quali però il provvedimento di omologa non rientra. La ricostruzione non è pacifica in dottrina, laddove si obietta<sup>265</sup> che sarebbero contrarie ad essa tanto la lettera della legge – che pone come unico requisito, e soltanto rispetto all' accordo, l' omologazione – quanto l' interpretazione teleologica: si nota come l' omologa abbia la funzione di precludere ogni

---

<sup>261</sup> D' Alessandro, *Il nuovo art. 217 bis l.f.* , in *Le società*, n. 2/2011, p. 201

<sup>262</sup> *cap. I, pag. 26*

<sup>263</sup> *contra*, Bricchetti, *Le esenzioni dai reati di bancarotta*, in AA.VV., *Trattato delle procedure concorsuali*, Utet, 2012

<sup>264</sup> Mucciarelli, *Stato di crisi, piano attestato, accordi di ristrutturazione, concordato preventivo e fattispecie penali*, in *Riv. Trim. dir. pen. dell' ec.* , n. 4/2009, p. 825

<sup>265</sup> *L' erogazione del credito alle imprese in crisi*, (a cura di) Studio legale Iannaccone e associati, in *www.toplegal.it*

futura contestazione sulla validità del progetto, e che l' unico caso in cui l' ordinamento prevede che l' accordo omologato possa essere messo in discussione è il caso limite in cui si provi che fosse ad esso sottesa la volontà di frode. Negli altri casi, non avrebbe senso riconoscere al giudice civile il potere di omologa e contestualmente al giudice penale il potere di rimettere in discussione il contenuto dell' atto omologato e per di più per il fatto, come si è detto del tutto fisiologico, che il piano si sia rivelato in astratto idoneo, ma in concreto inadeguato.

La giurisprudenza aveva in una prima fase riconosciuto la generica sindacabilità della pronuncia del giudice fallimentare,<sup>266</sup> sul presupposto che dovesse applicarsi l' art 2 c.p.p. , che attribuisce al giudice penale il controllo su tutti gli elementi a cui è subordinato l' operare della fattispecie di reato; successivamente ha mutato il proprio orientamento e– conformemente alla posizione assunta dalla Cassazione<sup>267</sup> rispetto alla questione della valenza della sentenza dichiarativa di fallimento nel processo penale, posizione ancora una volta in contrasto con l' opinione della dottrina<sup>268</sup> – ha negato la sindacabilità della pronuncia del tribunale omologante da parte del giudice penale: l' accertamento dei presupposti di ammissibilità delle procedure di ristrutturazione del debito non costituisce questione pregiudiziale *ex art. 2 c.p.p.* e come tale è sottratto al sindacato del giudice penale, al pari di ciò che avviene per la declaratoria di fallimento, che, si è detto, entra nel processo penale nella <<nuda veste>> di insindacabile provvedimento giurisdizionale<sup>269</sup>. Le Sezioni Unite la qualificano, cioè, come un fatto,

---

<sup>266</sup> Relazione dell' ufficio del massimario della Cassazione n. III/09/10 del 3/10/10, consultabile in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it)

<sup>267</sup> Cass. ,S.U. ,15 Maggio 2008, n. 19601

<sup>268</sup> Sandrelli, *Riflessi penalistici della riforma del diritto fallimentare* in (a cura di) Pisani, *Diritto Penale Fallimentare: problemi attuali*, Torino, Giappichelli 2010, evidenzia la diversa natura del decreto di ammissione al concordato preventivo rispetto alla sentenza dichiarativa di fallimento

<sup>269</sup> Fiorella-Masucci, *Gestione dell' impresa e reati fallimentari*, Torino, Giappichelli, 2014

rispetto al quale il giudice penale non può interloquire, ma limitarsia prendere atto della decisione del giudice civile. La dottrina<sup>270</sup> paventa, tuttavia, l'erroneità di una ricostruzione che confondala sentenza dichiarativa di fallimento - alla quale sono equiparati i provvedimenti di applicazione delle procedure alternative al fallimento - con l'atto di omologa: la prima costituisce causa di punibilità dei fatti, il secondo definisce la sfera di liceità, anche penale, di condotte esecutive di un piano sul quale sia l'imprenditore che i creditori abbiano fatto affidamento; con l'omologa l'ordinamento attribuisce formalmente la qualificazione di legittimità a tale affidamento, poiché questa deriva dal riconoscimento dell'idoneità del piano che ne è oggetto. Si conclude affermando che, per stabilire la valenza dell'atto di omologa, non sono necessarie inaccettabili analogie, ma è sufficiente fare appello a ragioni di natura sostanziale: riconoscere al giudice penale il potere di sindacare l'omologa vorrebbe dire creare un clima di instabilità in un rapporto creditorio solitamente già teso, ledere l'affidamento che sia stato rimesso nel piano e, in ultima analisi, pregiudicare l'obiettivo di risanamento dell'impresa.

Bisogna altresì considerare come l'omologazione del tribunale, accanto all'attestazione del professionista, di cui si dirà nel prosieguo del presente lavoro, assuma una rilevanza fondamentale rispetto al profilo soggettivo del reato fallimentare: si tratta degli elementi che consentono di escludere il dolo del debitore, poi fallito, in ragione del fatto che costui abbia confidato nel vaglio del giudice e nella competenza dell'esperto. Ovviamente, tale esclusione di responsabilità non varrebbe nel caso in cui il debitore sia in mala fede, qualora cioè la falsità del piano sia il risultato di un accordo con il professionista; in questo caso, qualora sopraggiunga il fallimento -avendo il tribunale omologante effettuato un controllo meramente formale sul

---

<sup>270</sup> Lottini, *Il nuovo art. 217 bis: una riforma che tradisce le aspettative*, in *Il fallimento*, n. 12/2010, p. 1366

contenuto del piano - non potrebbe essere esclusa la responsabilità del debitore, in concorso, appunto, con il professionista, per i reati di bancarotta: nonostante si tratti di atti compiuti in esecuzione di un concordato omologato, non sarà, infatti, applicabile l' esenzione di cui all' art. 217 *bisl.f.* poiché la pronuncia del tribunale risulta inficiata da un' informativa non corretta.<sup>271</sup>. In un contesto a dir poco nebuloso, le novità apportate dal decreto <<sviluppo>>, con l' introduzione della domanda di concordato con riserva, ampliano la scelta, ma acuiscono la confusione. Si ridefinisce, anticipandolo, il limite iniziale dell' area di liceità sancita dall' art. 217 *bisl.f.* : non più il deposito del piano ma la semplice domanda di ammissione alla procedura. Pertanto, è del tutto evidente come venga meno la corrispondenza, in passato inevitabile, tra il momento di inizio della liceità di pagamenti e operazioni da una parte e quello della valutazione di ragionevolezza e idoneità del piano dall' altra. Non è, dunque, facile oggetto di smentita la perplessità manifestata dai primi commentatori, i quali, a tal proposito, avevano paventato un potenziale effetto criminogeno del nuovo istituto<sup>272</sup>.

## **2) Il professionista attestatore : ruolo e responsabilità**

In sede di analisi dell' art. 217 *bisl.f.* è emersa l' importanza del ruolo assunto dal professionista nel quadro valutativo delle procedure giudiziali e stragiudiziali di composizione della crisi: egli accerta la ragionevolezza del piano di risanamento e l'attuabilità dell' accordo di ristrutturazione; nel

---

<sup>271</sup>D' Alessandro, *Le disposizioni penali della legge fallimentare*, in Cavallini, *Commentario alla legge fallimentare. Disposizioni penali e saggi conclusivi*, Milano, Egea, 2010

<sup>272</sup> Donelli, *I continui esperimenti sul diritto penale del fallimento: L' art. 217 bis l.f. prima e dopo il decreto sviluppo*, in *Riv. Trim. dir. pen. ec.*, n. 3/2012, p. 687. Si veda altresì Micossi-Panzani, *Il Chapter 11, un progresso per l' Italia*, *La Repubblica*, 10 Giugno 2013, in [www.repubblica.it](http://www.repubblica.it)

concordato preventivo, invece, il controllo investe la veridicità e fattibilità del progetto. Rispetto a quest' ultimo, la dottrina<sup>273</sup> sottolinea la particolare importanza dell' attestazione, notando come, nella disciplina post-riforma, essa sostituisca i rigidi requisiti che la legge del 1942 richiedeva per l' ammissione alla procedura: meritevolezza del debitore e regolare tenuta delle scritture contabili.

L' interesse dell' ordinamento all' indipendenza del professionista è tutelato dalla previsione dell' art. 67 l.f. che preclude l' assunzione dell' incarico a colui che sia legato all' impresa, ovvero ai soggetti interessati al risanamento, da rapporti tali da compromettere l' imparzialità del suo giudizio, nonché a colui che abbia svolto nei cinque anni precedenti attività lavorativa a favore del debitore o partecipato agli organi di amministrazione e controllo. Possono svolgere la funzione di attestatore i soggetti appartenenti alle categorie di cui all' art. 28 *a* e *b* l.f. purché iscritti all' albo dei revisori contabili. Nelle linee guida per il finanziamento delle imprese in crisi<sup>274</sup> si ribadisce l' importanza del requisito dell' indipendenza, dovendo il professionista avere come unico interesse quello a <<massimizzare le probabilità di successo dell' operazione di risanamento>>.

Il professionista assume una responsabilità civile di natura contrattuale nei confronti dell' imprenditore che gli ha conferito l' incarico; la responsabilità nei confronti dei terzi è invece *extracontrattuale*. Il contenuto dell' obbligazione di mezzi<sup>275</sup> è costituito dallo svolgimento dell' attività con la diligenza che il compito richiede, sulla base del requisito di professionalità *ex art. 1176, comma II c.c.* La responsabilità contrattuale dovrà essere esclusa nel caso in cui l' imprenditore non abbia fornito la documentazione

---

<sup>273</sup> Panzani, *L' insuccesso delle operazioni di risanamento delle imprese in crisi e le responsabilità che ne derivano*, in (a cura di) Bonelli, *Crisi di imprese, casi e materiali*, in *Contratti e commercio internazionale*, Milano, Giuffrè, 2011

<sup>274</sup> *Linee guida elaborate dall' Università di Firenze con l' appoggio del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e di Assonime*, 2010

<sup>275</sup> Fortunato, *La responsabilità civile del professionista nei piani di sistemazione della crisi d' impresa*, in *Il Fallimento*, 2009, p. 889

necessaria o questa sia stata artefatta, e, comunque, il risarcimento non è dovuto per i danni che l' imprenditore avrebbe potuto evitare con l' ordinaria diligenza, *ex art. 1227 c.c.* Si ritiene, infine, applicabile l' art. 2236 c.c. , normache esclude la responsabilità per colpa lieve nel caso in cui la prestazione comporti la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà. La responsabilità nei confronti dei creditori è stata qualificata come contrattuale, poiché il diritto di costoro a ricevere informazioni corrette trova la sua fonte direttamente nella legge<sup>276</sup>. La responsabilità andrà esclusa nel caso in cui sia provato che essi fossero in grado di valutare autonomamente l' inidoneità del piano, contestuale o sopravvenuta all' attestazione; e ciò a maggior ragione nel caso in cui il creditore sia un professionista, ad esempio una banca, che potrebbe avere a disposizione informazioni addirittura maggiori di quelle in possesso dell' attestatore<sup>277</sup>. Ha, invece, natura *extracontrattuale* la responsabilità nei confronti dei terzi, i quali concedano il credito sulla base dell' attestazione di idoneità del piano; bisogna però sottolineare due aspetti: innanzitutto che – rispetto al concordato e all' accordo – il terzo non farà affidamento soltanto sull' attestazione ma altresì sull' atto di omologa; in secondo luogo che sui soggetti professionisti nell' erogazione del credito grava, in ogni caso, il dovere di svolgere un' autonoma istruttoria sulla concedibilità del finanziamento.

Per concludere, all' imprenditore è riconosciuto il diritto al risarcimento del danno da aggravamento del passivo, qualora l' errata attestazione abbia cagionato un ritardo nel fronteggiare l' insolvenza. Rispetto ai creditori non rileva soltanto il danno derivante dal ritardo, ma altresì dal fatto che le quote di ripartizione dell' attivo siano inferiori rispetto a quanto previsto nel piano;

---

<sup>276</sup> *ibidem*. In giur. Cass. S.U. , 26 Giugno 2007, n. 14712

<sup>277</sup> Panzani-Tarzia, *Gli effetti del piano attestato e dell' accordo di ristrutturazione dei debiti sugli atti pregiudizievoli*, in *Il fallimento*, n. 10/2014, p. 1063

nonché dal fatto che, sulla base del piano, un terzo abbia ottenutol' esenzione dall' azione revocatoria fallimentare per gli adempimenti ricevuti.<sup>278</sup>

Sul fronte penale, è certamente configurabile la responsabilità dell' attestatore a titolo di concorso nel reato di truffa *ex art. 640 c.p.* ovvero di truffa processuale, nonché di bancarotta preferenziale, qualora il progetto di risanamento non sia idoneo e di tale inidoneità il professionista sia consapevole in accordo con l' imprenditore proponente; e più in generale in tutti i casi in cui abbia concorso alla commissione dei reati di cui all' art. 216, comma III l.f.<sup>279</sup>. Nel caso in cui oggetto dell' attestazione sia il concordato preventivo, qualora il professionista abbia cooperato con l' imprenditore nelle condotte fraudolente finalizzate ad ottenere l' ammissione alla procedura, sarà configurabile la responsabilità a titolo di concorso nel reato di cui all' art. 236 l.f. La dottrina<sup>280</sup> ipotizza la sussistenza di una posizione di garanzia *ex art. 40 c.p.* , inquadrando la responsabilità dell'attestatore nello schema del reato commissivo mediante omissione: nel caso in cui egli sia venuto meno all' obbligo giuridico di impedire la commissione dei reati di falso e bancarotta; obbligo su di lui gravante non soltanto nei confronti dell' imprenditore, ma di tutti coloro che contribuiscono alla formazione del piano. La Corte di Cassazione adotta un' interpretazione più restrittiva, escludendo che sul professionista gravi l' obbligo di dissuadere l' imprenditore dal commettere reati ovvero di impedirli; in un risalente orientamento<sup>281</sup> la Corte aveva inoltre negato la configurabilità di una responsabilità penale a carico dell' esperto che si sia limitato a suggerire al cliente i mezzi per sottrarre beni alla garanzia dei creditori, senza però

---

<sup>278</sup> Lo Cascio , *Il piano attestato di risanamento*, in Di Marzio (a cura di), *La crisi d' impresa. Questioni controverse del nuovo diritto fallimentare*, Cedam, 2010

<sup>279</sup> Zinani, *Il nuovo art. 217 bis l.f. : la ridefinizione dei reati di bancarotta*, in *Il fallimento*, n. 5/2011, p. 516

<sup>280</sup> Schiavano, *Il professionista attestatore nelle soluzioni concordate delle crisi d' impresa: la sua qualifica penalistica*, in *Riv. Trim. dir. pen. dell' ec.*, n. 1/2010, p. 276

<sup>281</sup> Cass. 17 Ottobre 1958, *Ferraro*. Cass. 23 Giugno 1988, *Guadagni*

partecipare all' attuazione del piano. Di recente il giudice di legittimità è tornato a pronunciarsi sulla questione, riconoscendo l' esistenza del concorso per i casi in cui il professionista abbia anche solo fornito consigli o suggerimenti sulle modalità di sottrazione dei beni ai creditori<sup>282</sup>.

La questione della configurabilità di un' autonoma responsabilità - cioè al di fuori delle ipotesi di concorso - e l' inquadramento di essa all' interno degli schemi del diritto penale costituivano, prima della riforma del 2012, oggetto di ampio dibattito dottrinale: la figura dell' attestatore sembra correttamente riconducibile a quella dell' esercente un servizio di pubblica necessità,<sup>283</sup> ricorrendo entrambe le caratteristiche che la connotano: l' abilitazione del privato all' esercizio della professione – attraverso la stipulazione di un contratto d' opera professionale con l' imprenditore – e l'obbligo per legge di avvalersi dell' opera del professionista per il compimento di un'attività qualificabile come certificativa ai sensi dell' art. 359 c.p. Il professionista non redige un atto pubblico, ma un' attestazione avente natura privata, che viene recepita in un atto pubblico soltanto in sede di omologa. Il reato contestabile sarebbe dunque la falsità ideologica in certificati commessa dall' esercente un pubblico servizio (art. 481 c.p.), qualificandosi l' attestazione come certificato – atto comprovante per legge la verità dei fatti in esso accertati – nei casi in cui il professionista abbia attestato una rappresentazione contabile falsa, abbia fondato la propria valutazione su fatti da lui conosciuti come falsi ovvero abbia <<superato i parametri oggettivi che stabiliscono i limiti di tollerabilità (ragionevolezza) alla discrezionalità estimativa>><sup>284</sup>.

Nonostante l' apparente semplicità di tale ricostruzione, la questione della qualifica da attribuire all' attestatore ha diviso la dottrina: un primo

---

<sup>282</sup> Cass. Pen. , Sez. V , 18 Novembre 2003, citata in Helfer, *La complicità del professionista nel diritto penale dell' economia*, in *Indice Penale*, n. 1/2013, p. 187

<sup>283</sup> In dottrina, tra gli altri: Cocco, *Esenzioni dai reati di bancarotta nel nuovo art. 217 bis l.f.*, in *Leg. Pen.* , n. 1/2011, p. 5. Zincani, *op. cit.* , p. 109. In giur. Trib. Rovereto, 12 Gennaio 2012, n. 5

<sup>284</sup> Liccardo, *Sub art. 67, comma 3, lett. d l.f.* , in Lo Cascio, *Codice commentato del fallimento*, Milano, 2008

orientamento<sup>285</sup> nega che si tratti di un pubblico ufficiale, mancando l'esercizio di una pubblica funzione, dato che la redazione ha ad oggetto un atto privato; si constata<sup>286</sup>, inoltre, come il ruolo del professionista sia assimilabile a quello del revisore societario, figura alla quale si riconosce unanimemente natura privatistica. La dottrina dissenziente<sup>287</sup> respinge entrambe le tesi: si afferma, innanzitutto, la necessità di distinguere l'ipotesi in cui l'attestazione abbia ad oggetto il concordato preventivo, poiché in questo caso la figura in esame deve essere ricondotta alla definizione di pubblico ufficiale *ex art. 356 c.p.*, essendo la sua attività disciplinata da norme di diritto pubblico nonché da atti autoritativi del giudice. Rispetto al secondo profilo, l'assimilazione alla figura del revisore societario, si sottolinea come la attività svolta da costui sia regolata da principi stabiliti in sede Europea e attuati dal Ministero dell'Economia, e dunque da atti definibili come autoritativi: l'attività di revisione dei conti, pur essendo disciplinata in modo conforme alla qualificazione pubblicistica non può tuttavia essere qualificata come pubblica funzione, mancando la formazione e manifestazione della volontà della p.a., elemento che caratterizza invece l'attestazione, la quale, costituendo uno dei presupposti dell'omologa, è un atto di formazione della volontà dell'autorità giudiziaria, cioè di un pubblico potere. La dottrina in esame effettua, dunque, un vero e proprio sillogismo: se il ruolo del professionista è assimilabile a quello del revisore e costui non può essere considerato pubblico ufficiale soltanto perché non forma o manifesta con il suo atto la volontà della p.a., funzione che è invece propria dell'attestazione di fattibilità, ne deriva la conclusione che il professionista attestatore sia un pubblico ufficiale.

---

<sup>285</sup> In giur. per la qualificazione privatistica: Cass, Sez. I, 4 Febbraio 2009, n. 2706

<sup>286</sup> D'Alessandro, *Le disposizioni penali della legge fallimentare*, in Cavallini, *Commentario alla legge fallimentare. Disposizioni penali e saggi conclusivi*, Milano, Egea, 2010

<sup>287</sup> Preziosi, *La responsabilità penale del professionista*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, vol. 6, Utet, 2012

Questa tesi non è certamente sostenibile rispetto all' attestazione avente ad oggetto atti stragiudiziali, in cui il professionista è tenuto ad accertare l' attuabilità dell' accordo, ovvero la ragionevolezza del piano, e non la veridicità. Il controllo verte esclusivamente sulle prospettive future del progetto, esulando dalla correttezza dei dati contabili che ne costituiscono il presupposto. In questo caso il professionista non ha alcun potere certificatorio e non è, dunque, qualificabile come pubblico ufficiale.

L' art 236 bis l.f. , come modificato dal d.l. n. 83 del 2012, prevede l' autonomo reato di falsità in attestazioni e relazioni. La norma costituisce la concretizzazione di un processo che negli ultimi ha caratterizzato il diritto penale dell' economia nel suo complesso: l' estensione della responsabilità ai c.d. *gatekeepers*, soggetti estranei alla gestione che svolgono funzione di controllo in condizione di indipendenza<sup>288</sup>; nel caso in esame si tratta del professionista che – nelle attestazioni e relazioni concernenti il piano di risanamento, la domanda di concordato, gli accordi di ristrutturazione, l' autorizzazione a contrarre finanziamenti ed eseguire pagamenti ed il concordato con continuità aziendale – espone informazioni false ovvero omette di riferire informazioni rilevanti. La rilevanza va intesa come significatività degli effetti prodotti dall' attestazione rispetto al giudizio di fattibilità del progetto; si ritiene che essa costituisca il discrimine del rilievo penale della condotta e come tale non vada accertata soltanto nell' ipotesi omissiva ma altresì nell' ipotesi commissiva, vale a dire che sia necessario accertare che l' informazione, oltre che falsa, sia anche rilevante. Si sottolinea,<sup>289</sup> inoltre, l' esistenza di un rapporto di <<proporzionalità inversa>> tra il grado di incidenza dell' accertamento giurisdizionale del progetto di risanamento e la probabilità che si configuri a carico dell'

---

<sup>288</sup> Consulich, *Nolo cognoscere. Il diritto penale dell' economia tra nuovi responsabili e antiche forme di responsabilità <<paracolpevole>>: spunti a partire dal nuovo art. 326 bis l.f. , in Riv. Trim. dir. pen. ec. , n. 3/2012, p. 613*

<sup>289</sup> *ibidem*

attestatore la responsabilità penale: più il controllo dell' autorità giudiziaria è approfondito, minori sono le probabilità che la condotta sia concretamente dotata di capacità decettiva, constatazione che si ricollega all' affermazione di irrilevanza penale, in termini di inoffensività, del falso innocuo e grossolano. La fattispecie di cui all' art. 236 *bis* l.f. configura una falsità mediante abuso di fiducia dell' autorità giudiziaria e dei creditori: il fatto che l' interesse tutelato con l' introduzione della fattispecie sia la correttezza del professionista, intesa come fedeltà, è del tutto evidente, nel momento in cui si nota come all' applicazione della norma si adatti indifferentemente l' esito della procedura, cioè il fatto che il concordato o accordo siano omologati, ovvero che il debitore sia autorizzato a contrarre finanziamenti sulla base del progetto. Costituisce circostanza aggravante speciale il prodursi di un danno per i creditori: la dottrina dà un' interpretazione della formula volta ad includere nel danno anche l' alterazione della *par condicio*, nel caso, a cui si è già fatto riferimento, del venir meno della possibilità di esperire l' azione revocatoria nei confronti di chi nel piano si sia visto illegittimamente riconoscere l' esonero<sup>290</sup>.

Sotto il profilo soggettivo, il dolo generico rende la fattispecie di difficile configurazione pratica: una volta esclusa la responsabilità penale per le ipotesi di colpa, residua, infatti, il reato doloso del professionista, il quale volontariamente esponga falsità senza essere sorretto dal fine di realizzare un ingiusto profitto (previsto unicamente come circostanza aggravante).

La dottrina<sup>291</sup> sottolinea come la riforma non abbia risolto la questione della definizione del ruolo del professionista, e dunque della natura della sua responsabilità: questo perché non è stata data una risposta al problema di fondo, cioè quale sia la natura giuridica della relazione che egli è chiamato a

---

<sup>290</sup> Panzani-Tarzia, *Gli effetti del piano attestato e dell' accordo di ristrutturazione dei debiti sugli atti pregiudizievoli*, in *Il fallimento*, n. 10/2014, p. 1063

<sup>291</sup> Tetto, *Le false o fraudolente attestazioni del professionista ex art. 161, comma III l.f. : alla ricerca di un' evanescente tipicità penalmente rilevante. Commento a Trib. Rovereto*, in *Il fallimento*, n. 7/2010, p. 834

svolgere, data la lacunosità della norma a riguardo e il problema di compatibilità con il principio di tassatività penale che ne deriva. In assenza di un paradigma normativo, la relazione viene strutturata sulla base di parametri propri della scienza economico-aziendalistica, i quali spesso si rapportano con difficoltà ai concetti giuridici. Si fa l' esempio della formula << veridicità dei dati aziendali >> : secondo i parametri economici tali dati dovrebbero essere oggetto di una validazione di natura qualitativa, validazione che poco si adatta ad una valutazione nel senso della veridicità, che è invece un concetto giuridico. La soluzione proposta è quella di dare alla norma un' interpretazione teleologicamente orientata: poiché l' interesse protetto dall' ordinamento con l' imporre l' asseverazione del professionista è l' interesse dei creditori - giuridicamente inquadrabile come diritto soggettivo - ad essere correttamente informati, l' oggetto principale della relazione deve essere il giudizio sulla fattibilità del piano, rispetto al quale l' attestazione di veridicità dei dati assume un ruolo meramente prodromico; non può dunque esserle riconosciuta un' autonoma valenza probatoria, ai fini della punibilità delle fattispecie di falsità ideologica. Si assiste, pertanto, ad un ridimensionamento del ruolo del professionista, di cui sono testimonianza non soltanto l' interpretazione dottrinale, ma altresì l' affermazione giurisprudenziale in materia di concordato, per la quale tale ruolo assume un' importanza secondaria rispetto al compito di garantire l' adeguatezza dei dati, spettante al commissario giudiziale, <<vero tutore del bene giuridico>><sup>292</sup> protetto *ex art. 172 e 173 l.f.* Sembra che, tanto la dottrina quanto la giurisprudenza, constatando la difficoltà di inquadrare giuridicamente l' attestazione, aggirino l' ostacolo, svincolandone l' importanza. Un ulteriore profilo di criticità<sup>293</sup> verte sulla mancanza di una clausola di sussidiarietà espressa che chiarisca se, una volta sopravvenuto il fallimento

---

<sup>292</sup> Cass., 25 Ottobre 2010, n. 21860

<sup>293</sup> Guerini, *La responsabilità penale del professionista attestatore nell' ambito delle soluzioni concordate per le crisi d' impresa*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Cont.*, n. 2/2013

- essendosi dimostrato che il professionista fosse consapevole dell' inidoneità del piano attestato - sia configurabile a suo carico il più grave reato di bancarotta preferenziale in concorso con l' imprenditore; ovvero se l'art. 236 *bis* l.f. debba essere considerato una norma speciale, tale da escludere in ogni caso l' applicabilità della bancarotta. La definizione che si è data dell' art. 217 *bis* l.f. come causa di esclusione del tipo comporta che, qualora il piano attestato difetti dei requisiti, l' esenzione prevista dalla norma non sia applicabile, poiché il tipo originario rimarrà inalterato. In mancanza di indicazioni normative in proposito, e, dunque, interpretando le norme secondo i principi generali del diritto penale, si conclude nel senso che il professionista che abbia consapevolmente asseverato un piano inidoneo potrà essere considerato responsabile per in reato di bancarotta preferenziale in concorso con l' imprenditore. Si esclude, infatti, la configurabilità dell' art. 236 *bis* come norma speciale rispetto all' art. 216, comma III l.f. , in quanto diverso è il disvalore delle condotte previste nelle due fattispecie, nonché differenti i beni giuridici in esse tutelati.

Tornando all' opera del professionista, e concludendo sul punto, si nota come essa si snodi attraverso un duplice profilo, informativo e valutativo<sup>294</sup>; il primo avente ad oggetto la situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell' impresa, il secondo la fattibilità del progetto. Si sottolinea come l' attività informativa non sia fine a se stessa, ma utile per la sua capacità di influire sulla prognosi di fattibilità, e come la correttezza di tale attività vada verificata sulla base della conformità del risultato alle regole metodologiche di settore. Il bene giuridico tutelato dall' art. 236 *bis* l.f. risiede appunto nel rispetto di tali regole, in quanto imprescindibile al corretto svolgimento dell' opera di attestazione; la fattispecie dovrebbe dunque essere ricondotta ai reati contro la fede pubblica, considerando altresì il fatto che il danno per i creditori

---

<sup>294</sup> Cerqua, *La tutela penale del concordato e dei piani attestati*, in *Il fallimento* n. 10/2014, p. 1116

si è previsto soltanto come circostanza aggravante. Ricondurre il reato al falso valutativo consente di svolgere una valutazione autonoma del metodo utilizzato dall' attestatore; cioè indipendente dall' eventuale falsità dei suoi risultati, che potrebbe derivare non da errore doloso o colposo del professionista ma, a monte, dalla falsità dei dati contabili fornitigli dal debitore. I dubbi interpretativi concernenti il concetto di falsità rappresentano il limite più rilevante della nuova disciplina: non se di tale falsità si dà una connotazione aziendalistica – come non conformità alle regole tecniche di valutazione di bilancio – ma se invece, come spesso accade nel settore giuridico, si riconduce la falsità a concetti più vaghi, quali illogicità o irrazionalità della valutazione. Il rischio è che il giudice penale sia costretto a svolgere sul contenuto dell' attestazione, al fine di accertare tale nebulosa falsità o altrettanto nebulosa rilevanza, un controllo ancor più pregnante di quello svolto sull' accordo negoziale dal tribunale in sede di omologa: si creerebbe una situazione paradossale in cui l' atto attestato venga travolto, non perché esso sia giudicato inidoneo, ma perché è l' atto attestante ad essere giudicato tale. Si conclude ricordando come, all' auspicio della dottrina, avente ad oggetto l' introduzione su scala nazionale di protocolli di determinazione di contenuti omogenei delle relazioni di attestazione, è stata data una prima risposta con un protocollo elaborato in seno al Consiglio Nazionale Dottori Commercialisti nel 2006<sup>295</sup>.

### **3) Il finanziamento dell' impresa in crisi**

---

<sup>295</sup> *Protocollo di risanamento e ristrutturazione; relazioni del professionista*, elaborato dalla Commissione procedure concorsuali ed approvato dal Consiglio Nazionale Dottori Commercialisti. [www.cndcec.it](http://www.cndcec.it)

### 3.1 La prededucibilità

Raggiunta la conclusione che l' esenzione di cui all' art. 217 *bis* l.f. opera anche rispetto ai creditori che abbiano ricevuto il pagamento in esecuzione del piano, del concordato o dell' accordo, è opportuno verificare gli effetti che essa produce rispetto ai crediti sorti dopo l' adozione di tali piani o la conclusione degli accordi, in quanto derivanti da finanziamenti concessi in esecuzione di essi e funzionali al soddisfacimento dei creditori. La riforma introduce all' interno della legge fallimentare un micro sistema di norme che trovano il comune denominatore nella volontà di stabilire proficui rapporti con i finanziatori in modo da garantire l' erogazione del credito, e con essa la prosecuzione dell' attività di impresa, durante l' esecuzione delle procedure di risanamento.

Il legislatore si pone in linea con la visione europea in materia di soluzione della crisi, espressa nella Raccomandazione n. 2014/135/UE<sup>296</sup>, in cui la natura liquidatoria delle procedure è del tutto secondaria rispetto alla finalità di continuità aziendale. Il beneficio della prededuzione si realizza per mezzo di un pagamento preferenziale volto ad estinguere un' obbligazione che si presume contratta nell' interesse dell' intero ceto creditorio, appunto perché funzionale al risanamento, e pertanto meritevole di una particolare tutela.<sup>297</sup>

La riforma rappresenta l' ultima fase dell' evoluzione del concetto<sup>298</sup>: questo viene utilizzato per la prima volta dai commentatori del codice del 1882 e poi con riferimento alla formulazione originaria dell' art. 111 l.f., che prevedeva che l' attivo fallimentare dovesse essere destinato innanzitutto al pagamento delle spese di amministrazione. Nell' impostazione originaria crediti prededucibili erano, dunque, soltanto quelli sorti successivamente alla

---

<sup>296</sup> *Raccomandazione della Commissione del 12 Marzo 2014, Su un nuovo approccio al fallimento delle imprese e all' insolvenza*, in [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu)

<sup>297</sup> Calò - Virgintino, *I crediti prededucibili*, in (a cura di) Caiafa, *Le procedure concorsuali*, Padova, Cedam, 2011

<sup>298</sup> Ciervo, *Crediti sorti in funzione della procedura concorsuale: solo quelli dell' attestatore sono prededucibili*, in *Giur. Comm.*, n.1/2013, p. 81

dichiarazione di fallimento; la qualifica è stata poi estesa, in via dottrinale e giurisprudenziale, all' amministrazione controllata e, nel concordato preventivo, alle spese utili alla massa creditoria. La prima definizione a livello normativo si deve al d.lgs. n. 5 del 2006<sup>299</sup> che definisce prededucibili i crediti così qualificati da una specifica disposizione di legge ovvero i crediti sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali.

L'art. 182 *quater* l.f. definisce come prededucibili i crediti derivanti da finanziamenti effettuati in esecuzione del concordato preventivo e accordo di ristrutturazione omologato (cd. finanziamenti alla ristrutturazione): non soltanto dunque l'adempimento dei debiti corrispondenti non può essere qualificato come preferenziale, secondo la previsione dell' art. 217 *bis*<sup>300</sup>, ma i creditori hanno diritto di essere soddisfatti prima degli altri secondo la previsione dell' art. 111 l.f. Il controllo dell' autorità giudiziaria trova giustificazione, oltre che nel fine di controllare che al beneficio corrisponda effettivamente un idoneo progetto di superamento della crisi, nell' esigenza di aggirare il rischio, paventato dalla dottrina, che l' istituto in esame venga utilizzato per trasformare crediti chirografari in privilegiati, in violazione delle norme sulla *par condicio*<sup>301</sup>.

La norma stessa, dunque, indica le procedure alle quali si applica, ma crea confusione rispetto ai concetti di occasione e funzione; sembra utile riportare quell' orientamento dottrinale<sup>302</sup> che afferma che il primo si riferisca ai soli crediti sorti dopo l' inizio della procedura, il secondo esprima un concetto di natura teleologica, indicando i crediti strumentali alla presentazione della domanda di ammissione ovvero omologazione, e dunque crediti sorti

---

<sup>299</sup> D.lgs. 9 Gennaio 2006 n.5

<sup>300</sup> Di Amato, *Postilla sulle implicazioni penalistiche della nuova disciplina dei finanziamenti dei soci alle imprese in crisi*, in *Riv. Dir. dell' impresa*, n. 1/2010, p. 447

<sup>301</sup> Pisani Massamormile, *La prededuzione e i finanziamenti alle imprese in crisi*, in *Banca, Borsa, Titoli di credito*, n. 1/2015, p. 1

<sup>302</sup> Ambrosini, *Il fallimento*, in (a cura di) Cottino, *Trattato di diritto commerciale*, vol. XI, tomo II, Cedam 2009

anteriormente all' inizio della procedura. Si nota come, dopo la riforma, anche volendo accogliere la tesi contraria<sup>303</sup> che qualifica come prededucibili i soli crediti sorti successivamente all' inizio della procedura e come tali esecutivi di essa in senso stretto, comunque la prededucibilità dovrebbe essere riconosciuta rispetto ai crediti rientranti nella definizione dell' art. 182 *bis* l.f. , in quanto la norma è qualificabile come specifica disposizione di legge *ex d.lgs. 5/2006*.<sup>304</sup> I crediti <<in esecuzione>> non possono essere qualificati prededucibili *tout court*, perché non rientranti nella definizione di cui all' art. 111 l.f. , ma sono parificati ai prededucibili.

Successivamente alla riforma si è avuta un' importante innovazione a favore della prededuzione: la modifica dell' art. 182 *quater* l.f. , ad opera del d.l. n. 83 del 2012<sup>305</sup>, consistente nell' abrogazione del comma concernente il credito del professionista, che era considerato limitativo di essa: questo, infatti, non si estendeva ai professionisti chiamati a predisporre il piano e la domanda, ma soltanto a quelli incaricati di redigere la relazione di fattibilità, a meno che non si ammettesse un' interpretazione estensiva della norma, interpretazione peraltro avallata dalla disciplina dell' esenzione da revocatoria: l' art 67 comma 3 lett. g l.f. prevede che siano esentati i pagamenti dei debiti alla scadenza finalizzati ad ottenere la prestazione di servizi strumentali all' accesso al concordato preventivo. Se dunque il legislatore tutelava il professionista che avesse ottenuto l' immediato pagamento, concedendo il beneficio dell' esenzione da revocatoria, a maggior ragione avrebbe dovuto tutelare il professionista che ancora non avesse ottenuto l' adempimento, riconoscendo la prededucibilità del suo credito. La norma mostrava ulteriormente la sua inadeguatezza per il fatto di non estendere il beneficio ai crediti vantati da altri soggetti la cui opera fosse

---

<sup>303</sup> Bruschetta, *La ripartizione dell' attivo*, in (a cura di) Didone, *Le riforme della legge fallimentare*, Utet, 2009

<sup>304</sup> Ciervo, *op. cit.* , p.118

<sup>305</sup> D.l. 83 del 22 Giugno 2012, convertito con modificazioni dalla l. n. 134 del 7 Agosto 2012

ugualmente necessaria allo svolgersi della procedura, ad esempio gli *advisors* economici e legali dell' imprenditore.

La prededucibilità opera anche rispetto ai c.d. finanziamenti – ponte, quelli effettuati non “in esecuzione” del progetto, ma “in funzione” della presentazione della domanda di ammissione al concordato preventivo o di omologazione dell'accordo di ristrutturazione. Si tratta della situazione di maggior rischio per il finanziatore, dato che tali crediti non nascono prededucibili, ma necessitano per divenire tali che il debitore presenti la domanda di accesso alla procedura, che il provvedimento di ammissione al concordato riconosca espressamente la prededucazione, che l' accordo di ristrutturazione sia omologato (secondo parte della dottrina è altresì necessario che il decreto di omologa riconosca la prededucazione). Qualora poi il finanziamento non venga utilizzato al fine della presentazione della domanda, ma per finalità diverse, l'ammissione stessa al concordato preventivo potrà essere revocata secondo la previsione dell' art. 173 l.f. ; rispetto all' accordo di ristrutturazione non abbiamo una norma analoga, ma lo sviamento dei finanziamenti potrà essere utilizzato dai creditori quale argomento di opposizione all' omologa<sup>306</sup>.

Sotto il profilo giurisprudenziale, si registra un duplice intervento della Cassazione ad avallare la teoria estensiva dell' applicabilità: la Suprema Corte ha affermato che il beneficio si estende, da un lato, a tutti i crediti legati alle procedure concorsuali da vincolo funzionale<sup>307</sup>, dall' altro ai crediti sorti in occasione ed esecuzione della presentazione della domanda “in bianco” ,purché alla domanda faccia seguito l' ammissione al concordato preventivo. La dottrina<sup>308</sup> ha evidenziato come questa previsione rischi di rimanere del tutto teorica,essendo improbabile che un soggetto assuma tale duplice

---

<sup>306</sup> Beltrami, *La disciplina dei finanziamenti alle imprese in crisi nelle operazioni di ristrutturazione dei debiti*, in *Banca, Borsa, Titoli di credito*, fasc. 1/2015, p. 43

<sup>307</sup> Cass. , Sez I, 24 Gennaio 2014, n. 1513

<sup>308</sup> Beltrami, *op. cit.* , p. 120

rischio: di finanziare un'impresa sulla base di una domanda incompleta, che non consente neppure di verificare l'effettiva funzionalità del finanziamento rispetto alla procedura e, in secondo luogo, del venir meno dell'applicabilità del beneficio, qualora il debitore non presenti affatto domanda di concordato. Tale rischio si accentua rispetto agli accordi, poiché, mentre nel concordato è sufficiente ad ottenere la prededuzione che la domanda sia stata accolta, nella procedura *ex art. 182 bisl.f.* è invece necessario che l'accordo sia omologato.

Il tribunale non verifica la funzionalità del finanziamento, essendo compito del professionista, ma ha il potere di accertare che la relazione di quest'ultimo sia coerente e logica anche rispetto all'elemento del fabbisogno finanziario della società sino al momento dell'omologa<sup>309</sup>. La normativa lascia aperta la questione dell'estensione del beneficio: se questo si applichi nel solo caso in cui sopraggiunga il fallimento, e dunque nell'ambito della liquidazione dell'attivo, oppure anche nell'ambito delle procedure concorsuali "minori". La tesi restrittiva trova fondamento nell'argomento letterale: dal momento che né l'art. 169 l.f. in tema di concordato preventivo, né l'art. 182 *bisl.f.* che disciplina l'accordo fanno riferimento alla prededuzione, l'applicazione di questa dovrebbe essere inscindibilmente legata al sopraggiunto fallimento; la logica del sistema depone invece a favore dell'estensione, dato che sarebbe assurdo che quei finanziamenti che abbiano consentito l'accesso alle procedure negoziali non godano del beneficio della prededuzione già in sede di esecuzione delle stesse.

La norma parla di finanziamenti in qualsiasi forma effettuati: si tratta dei contratti di credito bancari e dei contratti di finanziamento, ma anche operazioni non aventi natura contrattuale, ad esempio l'emissione di obbligazioni o strumenti finanziari, purché la relativa delibera espliciti la funzione che tali strumenti societari sono chiamati ad assolvere. Nella

---

<sup>309</sup> Cass. , S.U. , 23 Gennaio 2013 n. 1521

versione originaria della norma il beneficio si estendeva ai soli crediti derivanti da finanziamenti effettuati da banche ovvero intermediari finanziari iscritti negli elenchi del T.U.B. ; la riforma del 2012 estende la portata applicativa a tutti i finanziamenti, con il solo limite, derivante dalla disciplina generale, per cui i finanziamenti dei soci sono prededucibili nel limite dell'ottanta per cento, il che equivale a dire che i finanziamenti effettuati dai soci sono parificati per l'ottanta per cento del loro ammontare ai crediti prededucibili. Tale ultima disposizione deroga la regola generale per cui il rimborso dei finanziamenti dei soci a favore della società è postergato rispetto al soddisfacimento degli altri creditori (art. 2467 c.c.).

L'esistenza del progetto di risanamento legittima la scelta degli amministratori della società in crisi di ricorrere all'ulteriore indebitamento: nella vita ordinaria della società gli amministratori costruiscono la struttura finanziaria attraverso la combinazione di capitale di rischio e di debito, ma tale libertà viene meno in situazioni di crisi, la quale impone di ricorrere all'autofinanziamento e non al credito, a meno che, appunto, la sostenibilità del rimborso del capitale e degli interessi non sia attestata nel piano di risanamento<sup>310</sup>. In caso contrario sarebbe imputabile agli amministratori, che abbiano fatto ricorso al finanziamento dei soci, la responsabilità per aggravamento del dissesto *ex art. 217 comma I, n. 4 l.f.* ; poiché il ricorso ai finanziamenti, e non all'aumento di capitale, produce l'unico effetto di aggravare ulteriormente l'esposizione debitoria della società.<sup>311</sup> La prededucibilità rappresenta una deroga al principio, ritenuto di portata generale, di cui all'art. 2467 c.c. per il quale gli amministratori devono astenersi dal rimborso del finanziamento ai soci fino a quando la sua effettuazione non possa più mettere in pericolo la soddisfazione degli altri

---

<sup>310</sup>Nieddu-Cincotti, *La gestione del risanamento nelle procedure di concordato preventivo*, in *Giur. Comm.*, n. 6/2013, p. 1238

<sup>311</sup> Cass. Pen., Sez. V, 26 Agosto 2011, n. 32899

creditori: tale limite non opera se il finanziamento si colloca nel quadro di una soluzione programmata della crisi.

Concludiamo dicendo che la critica della dottrina si concentra sul fatto che la concessione della prededuzione sia subordinata ad un evento <<futuro e incerto>><sup>312</sup>, quale è l' emissione del provvedimento giudiziale di ammissione al concordato preventivo ovvero di omologa dell' accordo di ristrutturazione. Questa aleatorietà del beneficio spiegherebbe lo scarso utilizzo che si registra nella prassi dei cd. finanziamenti-pontee la scelta del legislatore di incentivare il finanziamento dell' impresa in crisi attraverso l' introduzione di nuovi istituti. E' evidente che, qualora si accolga la tesi<sup>313</sup> per cui non c'è coincidenza tra i creditori concorsuali e i creditori del fallimento - per cui i soggetti passivi del reato di bancarotta preferenziale possono essere i soli creditori concorsuali - il pagamento nei confronti di un soggetto il cui credito è sorto successivamente alla dichiarazione di fallimento non potrà essere qualificato come preferenziale poiché quel soggetto non è creditore concorsuale.

La dottrina<sup>314</sup> si interroga, infine, sulla possibilità di applicare il beneficio della prededuzione, e più in generale i benefici della continuazione aziendale, ai crediti sorti dopo la presentazione della domanda "in bianco" . Accanto a coloro che negano tale possibilità, ritendendo che una deroga così rilevante al principio di parità di condizioni possa essere giustificata solamente, e quantomeno, in presenza di un piano di ristrutturazione completo, essendo peraltro gli esiti della domanda "in bianco" del tutto imprevedibili; altri commentatori riconoscono nella continuità aziendale un valore da tutelare a prescindere dall' esistenza del piano, in quanto espressione di esigenze che

---

<sup>312</sup>Lamanna, *La legge fallimentare dopo il <<decreto sviluppo>>*, Milano, 2012

<sup>313</sup>Giuliani Balestrino,, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, Torino, Giappichelli, 2012

<sup>314</sup>Jorio, *La riforma fallimentare: pregi e carenze delle nuove regole*, relazione al Convegno di studi "Il diritto dell' impresa in crisi fra contratto, società e procedure concorsuali" , Pisa, 2012, in *Giur. Comm.* , n. 4/2013, p. 697

non caratterizzano la sola fase di risanamento, ma altresì la gestione *medio tempore* dell'impresa in crisi.

### 3.2 L' art. 182 *quinquies*

L' art. 182 *quinquies* l.f. , contiene due importanti novità, nell' ottica dell' incentivo alla continuità aziendale dell' impresa in crisi attraverso lo strumento del reperimento di nuova finanza<sup>315</sup>. La prima consiste nella concessione del beneficio della prededucibilità rispetto all' indebitamento funzionale e coerente all'attività di pianificazione, cioè a quei finanziamenti - cd. interinali - erogati nella fase intermedia tra il deposito della domanda di concordato e l' accoglimento della stessa, ovvero antecedentemente all' omologa dell' accordo di ristrutturazione. L' autorizzazione al beneficio è data dal tribunale, previa attestazione da parte del professionista della sostenibilità del rimborso del capitale mutuato e degli interessi nonché della funzionalità del finanziamento al miglior interesse dei creditori. La prededucibilità può operare anche qualora sia stata presentata una domanda "in bianco" e inoltre rispetto a finanziamenti individuati soltanto per <<tipologia ed entità>>, poiché <<non ancora oggetto di trattative>>. La seconda novità consiste nella possibilità per il debitore di essere autorizzato dal tribunale a pagare i debiti pregressi, previa attestazione dell' essenzialità e funzionalità di tale adempimento: si tratta dei debiti nei confronti dei fornitori di beni e servizi utili alla prosecuzione dell' attività di impresa. L' art. 182 *quinquies* assume un' importanza fondamentale rispetto alla materia dei pagamenti preferenziali, dato che i pagamenti e le operazioni di finanziamento, autorizzati dal giudice ai sensi della norma in esame, beneficiano dell' esenzione di cui all' art. 217 *bis* l.f.

---

<sup>315</sup>Nieddu Arrica, *Finanziamento e sostenibilità dell' indebitamento dell' impresa in crisi*, in *Giur. Comm.* , fasc. IV, 2013, p. 808

Per concludere, si nota come l'ordinamento abbia approntato tre diverse forme di concessione di finanziamento, aventi a comune denominatore la volontà di consentire all'impresa in crisi di ricevere ossigeno da nuove risorse:<sup>316</sup>il finanziamento in esecuzione del concordato o accordo omologati, in funzione dell'accesso alle procedure concorsuali e, infine, l'istituto più recente della concessione in corso di procedura, al fine di consentire la continuità aziendale, di cui si parlerà nel prossimo capitolo.

La portata applicativa dell'esenzione *ex art. 217 bisl.f.* è dunque più ampia di quanto potrebbe risultare da una prima lettura della norma: la formula operazioni <<in esecuzione di un concordato preventivo>> comprende, infatti, una pluralità di schemi, aventi quale comune denominatore il fine di risanamento aziendale: vi rientrano i finanziamenti in esecuzione in senso stretto, quelli in funzione della presentazione della domanda, i finanziamenti *cd. interinali*, nonché i pagamenti di crediti anteriori per prestazioni di beni o servizi nel concordato in continuità. L'art. 217 *bisl.f.* rappresenta, dunque, lo strumento di coordinamento di tale innovativa disciplina con i profili di responsabilità penale dell'imprenditore, e dei creditori concorrenti, nell'eventualità che il risanamento non vada a buon fine e sopraggiunga il fallimento.

### 3.3 Il ruolo della banca

---

<sup>316</sup> Beltrami, *La disciplina dei finanziamenti alle imprese in crisi nelle operazioni di ristrutturazione dei debiti*, in *Banca, Borsa, Titoli di credito*, fasc. 1/2015, p. 43

Si nota in dottrina, anche con tono critico<sup>317</sup>, come a beneficiare dell' esenzione di cui all' art. 217 *bisl.f.* siano soprattutto gli istituti di credito:<sup>318</sup> prima della riforma essi erano chiamati a concedere nuovi crediti o costituire titoli di prelazione in esecuzione del piano, ma erano nel contempo gravati del rischio di incorrere in responsabilità penale per concorso nel reato di cui all' art. 216, comma III l.f. ovvero in bancarotta semplice per aggravamento del dissesto. Vi sono stati, infatti, casi di condanne di funzionari bancari per concorso in bancarotta preferenziale<sup>319</sup>; in dottrina<sup>320</sup> si fa l' esempio di un' erogazione di un mutuo fondiario garantito da ipoteca su beni immobili, previo ottenimento di un titolo privilegiato di soddisfacimento del credito, a favore di un soggetto già debitore insolvente in base ad un contratto di mutuo privo di garanzia o privilegio: la preferenzialità risiede nel fatto che il mutuo ipotecario viene concesso al fine esclusivo di soddisfare il credito chirografario già vantato dalla banca.<sup>321</sup> L' orientamento dissenziente,<sup>322</sup> invece, nega che tale caso possa essere ricondotto alla bancarotta preferenziale, non sussistendo una simulazione in quanto la costituzione dell' ipoteca è effettiva; è evidente, peraltro, come la tesi che nega l' esistenza della simulazione possa essere sostenuta unicamente accogliendo la definizione civilistica del concetto. Con l' introduzione dell' art. 217 *bisl.f.* si estende l' esimente prevista da questa norma al funzionario di banca che eroghi credito all' impresa in crisi, al fine di mantenerla in vita nella prospettiva del risanamento: in presenza di questo presupposto egli non potrà

---

<sup>317</sup> Lottini, *Il nuovo art. 217 bis: una riforma che tradisce le aspettative*, in *Il fallimento*, n. 12/2010, p. 1366

<sup>318</sup> Si tratta, peraltro, dei soggetti che maggiormente avevano sollecitato la riforma. Si porta ad esempio l' intervento del presidente dell' ABI Faissola nell' audizione dinanzi alla Commissione Bilancio del Senato in data 10 Giugno 2010, in [www.old.falcri.it](http://www.old.falcri.it)

<sup>319</sup> Trib. Messina, 2 Settembre 2008

<sup>320</sup> Lottini, *op. cit.* In giur. Cass. pen., Sez. V, del 2 Marzo 2004 e Cass. Pen., Sez. V, del 1 Dicembre 1999

<sup>321</sup> Stalla, *Autotutela della banca e bancarotta preferenziale*, in *Il fallimento*, 2005, p.781. In giur. Cass. Pen., Sez. v, del 2 Marzo 2004

<sup>322</sup> Flora, *Mutui fondiari e concorso in bancarotta preferenziale*, in *Il Fallimento*, 1997, p. 931

più essere considerato responsabile a titolo di concorso nei reati di cui agli art. 216, comma III e 217, n. 3 e 4.<sup>323</sup> La disciplina assume, dunque, una finalità di incentivo alla concessione di credito all'impresa in crisi. E' consuetudine per gli imprenditori, nell'ambito della gestione stragiudiziale della crisi, concludere con la banca un "*pactum de non petendo*" che può prevedere altresì l'erogazione di finanziamenti<sup>324</sup> e la dottrina ha evidenziato come la normativa attuale sia fortemente a favore dell'erogazione del credito bancario<sup>325</sup>, a partire dalle ipotesi di esenzione dalle azioni revocatorie, le quali sembrano essere state pensate proprio a tal fine, per finire con l'art. 182 *quater* l.f. che fa implicito riferimento ai crediti derivanti da finanziamenti bancari. Accanto a tale disciplina di favore, finalizzata ad incentivare la collaborazione della banca al risanamento, l'ordinamento introduce altresì un sistema di regole volte a responsabilizzare gli istituti di credito, affinché tale spirito collaborativo non si trasformi in "incoscienza" rispetto a situazioni palesemente inidonee a determinare un esito positivo della crisi; e la ragione di ciò è del tutto evidente se si considera la funzione economico-sociale della banca e le responsabilità di questa verso i propri correntisti, fornitori del capitale. La dottrina che si è occupata del fenomeno<sup>326</sup> ha rilevato, in chiave critica, come la banca sia sottoposta a <<spinte antinomiche>>: da un lato un coinvolgimento nella vita delle imprese, che aumenta in maniera direttamente proporzionale all'acuirsi della crisi; dall'altro l'auspicio, in un'ottica neoliberista, che la banca si disinteressi delle sorti dell'impresa; infine, la <<pretesa punitiva>> nei confronti della banca che, di fronte alle difficoltà dell'impresa, si attivi per

---

<sup>323</sup> Sandrelli, *Garanzie e bancarotta preferenziale*, atti del convegno "Garanzie tipiche e atipiche negli istituti di soluzione delle crisi d'impresa: rischi per le banche", Milano 6/7 Luglio 2011, Torino, Paradigma, 2011

<sup>324</sup> Nieddu Arrica, *Finanziamento e sostenibilità dell'indebitamento dell'impresa in crisi*, in *Giur. Comm.*, fasc. IV, 2013, p. 808

<sup>325</sup> Rossi, *Capitalismo opaco*, Bari, Laterza, 2005

<sup>326</sup> Marinucci, *Tendenze del diritto penale bancario e bancarotta preferenziale*, in (a cura di) Romano, *La responsabilità penale degli operatori bancari*, Il Mulino, 1980

esercitare il suo diritto all' adempimento dei crediti liquidi ed esigibili, dunque ben al di là del caso limite, di sicura illiceità<sup>327</sup>, della revoca brutale del credito.<sup>328</sup>L' introduzione di un microcosmo di norme - sia civili che penali, configuranti le possibili ipotesi di responsabilità dell' istituto erogatore del credito, nonché dei singoli funzionari, - ha condotto i commentatori ad affermare enfaticamente che il comportamento della banca sia <<rischioso sotto ogni versante>><sup>329</sup>.

La responsabilità civile nei confronti dell' imprenditore si configura sia nella forma contrattuale che aquiliana, a seconda che sussista già un rapporto di credito— per rottura brutale del credito, revoca improvvisa dell' affidamento, inasprimento delle condizioni — ovvero si sia ancora nella fase precontrattuale — per interruzione delle trattative. La responsabilità aquiliana nei confronti dei terzi deriva invece dall' apparenza ingannevole di solidità dell' impresa che deriva dall' apertura o prosecuzione del finanziamento<sup>330</sup>. Sul piano civilistico, la banca potrà dunque essere condannata a risarcire una pluralità di danni: il danno derivante ai terzi creditori dall' aver fatto affidamento sulla solvibilità del soggetto finanziato (danno cd. informativo); il danno prodotto alla stessa impresa finanziata, poiché l' apertura di credito in queste condizioni conduce pressoché inevitabilmente ad un aggravamento del dissesto<sup>331</sup>; infine il danno derivante agli altri operatori in concorrenza dal fatto che si mantiene sul mercato un' impresa che invece dovrebbe uscirne, danno che prescinde dall' essersi successivamente verificato, o meno, il fallimento<sup>332</sup>. L' azione di responsabilità per abusiva concessione di credito

---

<sup>327</sup> Cass. , Sez. I , 13 Agosto 2004, n. 15769

<sup>328</sup> Fabbrini, *Abusiva revoca del credito e accertamento dell' insolvenza*, in *Riv. di dir. fall.*, n. 3-4 del 2005, p. 2395

<sup>329</sup> Poletti, *La responsabilità della banca per diniego del credito nelle decisioni dell' arbitro bancario finanziario*, in *Resp. civile e previdenza*, n. 5/2014, p. 1015

<sup>330</sup> Cass. , 13 Gennaio 1993, n. 343

<sup>331</sup> Sandrelli, *I reati fallimentari*, in Caiafa (a cura di), *Le procedure concorsuali*, Cedam, 2011

<sup>332</sup> Cass. S.U. , 28 Marzo 2006, n. 7030

deve essere esercitata dal creditore<sup>333</sup>, poiché l' illecito produce un danno patrimoniale al singolo titolare del rapporto di credito e non alla massa: essa non mira alla reintegrazione del patrimonio del debitore nella sua funzione di garanzia generica, ma del patrimonio di ciascuno dei creditori danneggiati. Si verrebbe altrimenti a creare una situazione inaccettabile in cui la banca, essendo stata esperita con successo l' azione risarcitoria, dovrebbe restituire alla massa l' equivalente del pregiudizio arrecato, potendo poi, in quanto creditrice, insinuarsi al passivo e così recuperare quelle somme in moneta fallimentare. Successivamente la Corte ha in parte rivisitato questo orientamento:<sup>334</sup> il curatore avrebbe legittimazione ad agire nei confronti della banca nel caso in cui il funzionario che abbia erogato il credito sia già stato condannato in sede penale in concorso con l' amministratore della società fallita (dunque mai nel caso di fallimento dell' imprenditore individuale) : in questo caso infatti l' azione risarcitoria del curatore a beneficio della massa è compatibile con l' analogo azione individuale esercitata dal creditore nei confronti dell' amministratore.

La dottrina, d' altra parte, evidenzia come non sussista un collegamento automatico tra concessione del credito in assenza del progetto di risanamento e danno da illegittima prosecuzione dell' attività di impresa: può accadere che, pur non essendoci stata pianificazione del futuro dell' impresa, il sostegno creditizio innestato su di una situazione di difficoltà non sia idoneo a cagionare un danno da illegittima prosecuzione e come tale non sia qualificabile come abusivo: si fa in dottrina<sup>335</sup> l' esempio del completamento dell' opera oggetto di un contratto d' appalto la cui tempestiva consegna permetterebbe il pagamento del corrispettivo a saldo e l' esonero dalle penali. La consapevolezza del fatto che il finanziamento escluda il danno

---

<sup>333</sup> Cass. S.U. , 28 Marzo 2006, nn. 7029, 7030 e 7031, (sent. *Casillo*)

<sup>334</sup> Cass. , Sez. I, 1 Giugno 2010 n. 13413

<sup>335</sup> Rascio, *La legittimazione attiva alle azioni risarcitorie del curatore nel fallimento* , in *Giur. Comm.* , n. 1/2013, p. 146

patrimoniale costituisce elemento del profilo soggettivo, valido ai fini della graduazione della colpa dell' istituto di credito *ex art. 2055 c.c.*

Bisogna distinguere tra i creditori antecedenti alla sovvenzione abusiva e quelli successivi: questi ultimi sono quei soggetti che non sarebbero divenuti affatto creditori, qualora non vi fosse stata la concessione abusiva di credito. Il danno per i primi consiste nella differenza tra quanto hanno ricevuto e quanto avrebbero ricevuto se non vi fosse stato il nuovo finanziamento, rispetto ai secondi il danno coincide con il credito da essi vantato<sup>336</sup>. Qualora si dimostri che dal ritardo nella dichiarazione di fallimento, cagionato dal finanziamento, la banca abbia tratto un vantaggio specifico ed indebito, poiché comportante il consolidamento delle garanzie reali a danno dei creditori chirografari, il rimedio esperibile sarà quello dell' azione revocatoria.<sup>337</sup>

Il funzionario che eroga il credito in modo imprudente, cioè essendo a conoscenza delle condizioni di difficoltà del finanziato, realizza un grave pregiudizio all' economia mantenendo sul mercato un' impresa che non dovrebbe restarci e danneggiando i creditori presenti e futuri, ingannati, gli uni dall' aggravamento del dissesto, gli altri dal sorgere di un' artificiosa parvenza di solvibilità che inibisce loro l' esercizio di iniziative recuperatorie. Qualora poi la medesima situazione riguardi una società di capitali e gli amministratori ne siano a conoscenza, alla responsabilità di costoro verso la società e i creditori sociali di cui agli art. 2392 e 2394 c.c. si aggiunge la responsabilità dell' istituto; in questo caso, qualora all' erogazione del credito consegua un' ingerenza della banca nella vita della società così penetrante da integrare un potere gestorio, essa potrà essere qualificata come amministratore di fatto della società con applicazione della

---

<sup>336</sup> Panzani, *L'insuccesso delle operazioni di risanamento delle imprese in crisi e le responsabilità che ne derivano*, in (a cura di) Bonelli, *Crisi di imprese, casi e materiali*, Giuffrè, 2011

<sup>337</sup> Cass. S.U. , 19 Settembre 2003, n. 13934

relativa disciplina<sup>338</sup>; infine si ipotizza la configurabilità a suo carico della responsabilità per abuso di controllo *ex art. 2497 c.c.*

Ricordiamo che le Disposizioni di Vigilanza della Banca d' Italia<sup>339</sup> prevedono che l' intervento bancario di salvataggio sia giustificato solamente quando la crisi dell' impresa sia finanziaria – non dunque economica o patrimoniale – e temporanea. Tale regola trova la sua giustificazione nella costatazione dottrinale per cui l' attività bancaria è un' attività di impresa, come tale soggetta al rischio che l' esercizio di questa comporta<sup>340</sup>. Il discrimine tra legittima assunzione del rischio e abusiva concessione di credito, come si vedrà, è da ravvisare nell' utilizzo del parametro della diligenza. Ovviamente la concessione abusiva implica la consapevolezza da parte della banca della situazione dell' impresa; qualora l' imprenditore abbia dissimulato l' insolvenza per ottenere il finanziamento si configurerà a suo carico il reato di ricorso abusivo al credito, fattispecie in cui il funzionario che abbia erogato il credito è soggetto passivo. E' dunque la struttura stessa della fattispecie ad escludere che il finanziatore possa concorrere nel reato di cui all'art. 218 l.f. , poiché questo implica che egli non fosse a conoscenza dello stato di insolvenza<sup>341</sup>.

La giurisprudenza di merito<sup>342</sup> si è recentemente pronunciata sul fenomeno dello sconfinamento, cioè la condotta del correntista il quale abbia eseguito spese eccedenti il fido accordatogli: lo sconfinamento non può essere considerato di per sé indice dell' insolvenza laddove al contrario, come nel

---

<sup>338</sup> Nigro, *La responsabilità delle banche nell' erogazione del credito alle imprese in crisi*, in *Giur. Comm.* , fasc. 3/2011, p. 305

<sup>339</sup> *Disposizioni di vigilanza per le banche*, Circolare n. 285 del 17 Dicembre 2013, in [www.bancaditalia.it](http://www.bancaditalia.it)

<sup>340</sup> Fiorucci, *La disciplina dei rapporti bancari*, in (diretto da) Cendon, *Sapere e diritto*, Cedam, 2012

<sup>341</sup> Corte d' Appello di Milano, 11 Maggio 2004

<sup>342</sup> Riccio, *Riflessioni afferenti ad ordinanza del tribunale di Milano del 29 Agosto 2014*, fasc. 1/2015, in [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it)

caso di specie, l' imprenditore utilizzi quelle risorse per pagare i debiti ai fornitori; la revoca della concessione di credito rappresenterebbe un comportamento abusivo della banca, al quale sarebbe sotteso altresì un vantaggio per l' istituto derivante dal preconstituirsì di un titolo esecutivo da far valere prioritariamente per il soddisfacimento delle proprie ragioni. Nella prassi bancaria è, infatti, diffuso l' impiego di clausole di patto contrario che riservano all' istituto la facoltà di recedere dal contratto in qualsiasi momento<sup>343</sup> ; la banca, recedendo dall' apertura di credito in conto corrente, non soltanto viola il fondamentale principio di buona fede nell' esecuzione del contratto: la lesione del legittimo affidamento del debitore sulla disponibilità dei fondi vanifica il fine sotteso alla sua stipula, ma crea essa stessa la causa primaria dell' insolvenza e quindi del fallimento<sup>344</sup>.

I contratti bancari, ad eccezione del contratto di conto corrente bancario, non si sciolgono automaticamente ad esito del fallimento, gli accrediti su conto successivi al fallimento entrano nella disponibilità della massa, non potendo la banca incamerarli in compensazione di un saldo passivo o di un altro credito che essa vanta nei confronti del fallito. La compensazione è vietata anche rispetto ad un contratto di deposito bancario non sciolto per effetto del fallimento, potendo il curatore subentrare al fallito. La compensazione potrà essere opposta solamente alla scadenza del contratto, qualora la banca chieda di essere ammessa al passivo ovvero in risposta al curatore che chiede il pagamento di un credito scaduto. La banca potrà, invece, soddisfarsi rispetto alle spese per la conservazione e tenuta del conto rientranti tra le spese per l' acquisto e la conservazione dei beni compresi nel fallimento *ex art. 42, comma II l.f.*

---

<sup>343</sup> Scarpa-Fortunato, *Banche e responsabilità civile* in (a cura di) Riviezzo, *Orientamenti di merito*, Milano, Giuffrè, 2008

<sup>344</sup> Cass., Sez. I, 13 Agosto 2004, n. 15769

La responsabilità del funzionario andrà valutata secondo quei parametri che definiscono la figura del *bonus argentarius*, cioè il buon banchiere<sup>345</sup>: colui che esercita la professione nel rispetto delle regole tecniche e dei parametri di diligenza e correttezza; i contorni di tale figura sono resi più labili rispetto al passato dalla necessità di conciliare l'obbligo di prudenza nell'erogazione del credito con l'incentivo ad adottare misure di sostegno al risanamento: la dottrina afferma che la soluzione di contemperamento va individuata nell'applicazione del criterio di ragionevolezza<sup>346</sup>: se in passato il finanziamento all'impresa insolvente era comunque segno di imprudenza, oggi non sarà più così qualora nel caso concreto tale apertura di credito sia ragionevole sulla base delle prospettive di recupero dell'impresa. Ovviamente in presenza di un piano o accordo tale valutazione di ragionevolezza sarà dipendente dalla valutazione di idoneità degli stessi, fino a coincidere con essa<sup>347</sup>. La Raccomandazione n. 1 delle Linee guida per il finanziamento delle imprese in crisi<sup>348</sup> evidenzia l'opportunità che il finanziamento avvenga nell'ambito di una delle procedure previste dal legislatore, in quanto in grado di assicurare un adeguato sistema di controlli e cautele sufficienti a tutelare l'interesse dei creditori. Il giudizio del professionista attestatore non è vincolante per il funzionario -il quale, come sottolineato dall'ABI, dovrà applicare autonomamente le regole di valutazione del merito creditizio - ma di certo sarà arduo provare in sede processuale che costui abbia tenuto una condotta colposa nel valutare erroneamente l'idoneità di un piano che sia già stata attestata dal professionista<sup>349</sup>. Il concetto del merito creditizio si è dunque modificato: se un tempo la valutazione concerneva la consistenza

---

<sup>345</sup> Nigro, *La responsabilità delle banche nell'erogazione del credito alle imprese in crisi*, in *Giur. Comm.*, fasc. 3/2011, p. 305

<sup>346</sup> *ibidem*

<sup>347</sup> *Principi contenuti negli accordi di Basilea (cd. Basilea II)*, in Di Amato, *Diritto penale dell'impresa*, Milano, Giuffrè, 2006

<sup>348</sup> Patti, *L'accelerazione delle soluzioni concordate: esperienze applicative*, in *Il Fallimento*, 2010, p. 1093. *Si veda p. 108, nota n. 251*

<sup>349</sup> Circolare ABI serie legale n. 9, 8/9/2008, *La concessione abusiva del credito nella recente giurisprudenza*, in [www.bonusargentarius.net](http://www.bonusargentarius.net)

patrimoniale dell' imprenditore, oggi ha ad oggetto le prospettive dell' impresa<sup>350</sup>.

Il ruolo della banca varia, al variare delle sue dimensioni e dell' esposizione debitoria dell' impresa: le banche di grandi dimensioni e creditrici di ampie somme tendono ad assumere un ruolo attivo, non soltanto di valutazione dell' idoneità del piano ma altresì di impegno affinché i creditori minori aderiscano all' iniziativa, essendo questi naturalmente portati ad imitare il comportamento di quelli maggiormente esposti.<sup>351</sup> Inoltre accade sovente che la banca chieda che propri rappresentanti partecipino al *board* dell' impresa in crisi, al fine di controllare la corretta esecuzione del piano: il ruolo della banca si trasforma da *stakeholder* esterno ad amministratore, non esecutivo e non indipendente. Qualora poi il piano di ristrutturazione preveda la conversione dei crediti della banca in capitale di rischio, verrebbe attribuito ad essa un ulteriore ruolo, cioè quello di *disshareholder*. Quest' ultima eventualità è vista positivamente perché la banca azionista agirebbe nell' interesse di tutti gli *shareholders*, facendo venir meno quella situazione di potenziale conflitto di interessi che si verifica nel primo caso, in cui sussiste il rischio che la banca amministri la società perseguendo il proprio interesse.<sup>352</sup> Si può dunque concludere notando come il ruolo della banca, in quanto creditore di primaria rilevanza, debba mostrare la sua adattabilità, tanto maggiore quanto più grave sarà la crisi dell' impresa.

Con riferimento al concorso del funzionario nel reato degli amministratori, si nota come nell' ordinamento vigente non esista alcuna norma che indichi agli amministratori quali siano i loro doveri davanti all' insolvenza<sup>353</sup>; le regole sul se e quali scelte adottare vanno dunque ricavate dalla disciplina

---

<sup>350</sup> Di Amato, *Diritto penale dell' impresa*, Milano, Giuffrè, 2006

<sup>351</sup> Bertoli, *Crisi d' impresa, ristrutturazione e ritorno al valore*, Milano, Egea, 2000

<sup>352</sup> Migliori, *Crisi d' impresa e Corporate Governance*, in Paolone, *Collana di studi aziendali applicati*, Milano, Angeli, 2013

<sup>353</sup> Buta, *Tutela dei creditori e responsabilità gestoria*, AA.VV. , *Società Banche e Crisi d' impresa*, Utet, 2014

complessiva della legge fallimentare e cioè dagli art. 216, 217 e 218 l.f. : ed in questi stessi casi sarà configurabile la responsabilità del funzionario a titolo di concorso - ad esempio qualora il funzionario abbia istigato l' amministratore a chiedere un finanziamento, essendo a conoscenza della sua irragionevolezza - ovvero di cooperazione colposa, in caso di imprudente erogazione del credito.

Il finanziatore potrà essere responsabile a titolo di concorso nel reato di bancarotta preferenziale, nel caso in cui l' istituto di credito abbia ricevuto dall' imprenditore denaro ad estinzione di un credito chirografario: dal punto di vista oggettivo sarà necessario dimostrare il contributo causale del funzionario alla realizzazione dell' operazione; dal punto di vista soggettivo dovrà, invece, essere dimostrata la sussistenza anche in capo a costui dei requisiti dell' *animus favendi e nocendi*. La dottrina<sup>354</sup> sottolinea come, perché possa essere riconosciuta in capo al creditore la sussistenza dell' elemento soggettivo del concorso in bancarotta preferenziale, sia necessario che costui abbia la consapevolezza dell' insuperabilità della crisi e, dunque, nessuna fiducia nella prospettiva di recupero dell' imprenditore. I margini di conciliabilità di tale stato soggettivo con le prassi bancarie di sostegno all' impresa in crisi – ad esempio, la continuazione dell' appoggio creditizio a condizione di un parziale rientro – sono evidentemente limitati. Le riflessioni già svolte<sup>355</sup>, concernenti la configurabilità e i limiti del concorso, hanno condotto alla conclusione per cui non potrà essere considerato responsabile il creditore che si sia limitato a ricevere il pagamento, essendo necessario, nelle parole della dottrina, che il creditore abbia fornito al debitore il <<movente del trattamento di favore>>, abbia cioè tenuto una condotta

---

<sup>354</sup> Santoriello, *L' imprenditore che non paga l' erario e gli enti previdenziali può essere condannato per bancarotta preferenziale in caso di successivo fallimento?*, in Riv. Trim. dir. pen. ec., n. 1-2 /2012, p. 436

<sup>355</sup> Cap. II, par. 3.3

istigatoria se non addirittura intimidatoria<sup>356</sup>. In giurisprudenza<sup>357</sup> si afferma che il funzionario potrà essere riconosciuto responsabile per cooperazione colposa nel reato di bancarotta semplice per aggravamento del dissesto, nel caso in cui gli amministratori della società insolvente non chiedano il fallimento poiché la banca, consapevole dello stato della società, continua ad erogare finanziamenti, con il fine di evitare che il fallimento intervenga prima che la propria posizione creditoria sia “sistemata”. Il ruolo della banca potrà però anche essere letto in diversa prospettiva: qualora l’attività di impresa continui, essendo stato predisposto un piano che prevede la prestazione di amplissime garanzie all’imprenditore, il fatto stesso che la banca abbia accettato di rinegoziare il debito sarebbe un indizio della validità del piano<sup>358</sup>. In questo senso è stato detto che la banca è il vero <<giudice>><sup>359</sup> della crisi: in quanto in grado, per le sue competenze nel monitorare la situazione dell’impresa, di svolgere valutazioni di convenienza del finanziamento, precluse ai “normali” creditori.

Ricordiamo, infine, come la responsabilità del funzionario possa nascere da ruoli diversi da quello di finanziatore: si pensi al ruolo di intermediario finanziario ovvero di *advisor* nelle emissioni obbligazionarie. La dottrina si è in passato soffermata sulla qualifica del funzionario: se si trattasse di un dipendente pubblico, e dunque potessero essere applicati a tale figura i reati propri dei dipendenti della pubblica amministrazione, oppure dovesse essere qualificato come dipendente privato. La questione appare ormai superata: la qualificazione dell’attività bancaria come attività di impresa, ad opera del

---

<sup>356</sup> 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.*, n. 2/2010, p.415

<sup>357</sup> Trib. Brescia, Sez. I Pen. n. 3933/2006

<sup>358</sup> Corte d’ Appello Milano, 25 Settembre 2008

<sup>359</sup> Rovelli, *Un diritto per l’ economia, bilancio di una stagione di riforme: una scelta di degiurisdizionalizzazione*, in Di Marzio (a cura di), *La crisi d’ impresa, questioni controverse del nuovo diritto fallimentare*, Cedam, 2010

d.lgs. 385/1993 (T.U.B.)<sup>360</sup>, conforme ad una giurisprudenza di legittimità già precedentemente consolidata<sup>361</sup>, conducono ad affermare la natura privatistica della figura del funzionario.

La responsabilità penale nei confronti della banca emerge nei reati previsti dal T.U.B. ; in particolare, rispetto alla disciplina dell' impresa in crisi, rilevano le fattispecie di cui all' art. 137, comma 1 *bise* 2: mendacio e falso interno bancario<sup>362</sup>. La prima<sup>363</sup> mira a tutelare la banca da condotte poste in essere da soggetti ad essa estranei e a garantire il corretto funzionamento del ruolo dell' istituto di credito, quale mediatore tra coloro che dispongono di capitali e coloro che li richiedano, nonché la sincerità delle dichiarazioni di chi chiede il fido. La fattispecie va dunque letta in chiave di plurioffensività<sup>364</sup>, poiché posta a tutela di due distinti interessi: la preservazione dell' integrità patrimoniale dell' ente e il corretto svolgimento dell' istruttoria delle pratiche di fido. La ricostruzione del bene giuridico tutelato in termini patrimoniali consente di qualificare il reato come di pericolo astratto<sup>365</sup>, sottolineando che il fatto assume rilevanza penale già prima dell' erogazione del credito. Costituisce condotta penalmente rilevante la comunicazione alla banca di notizie o dati falsi, aventi ad oggetto la costituzione ovvero la situazione economica o patrimoniale dell' azienda. Il fatto che ad essere interessata alla concessione del credito sia, per espressa previsione normativa, l' azienda, comporta che non potrà considerarsi soggetto attivo chi solleciti un credito a titolo personale; dovendo trattarsi, invece, del soggetto titolare o amministratore dell' impresa, i cui beni

---

<sup>360</sup> D.lgs. 1 Settembre 1993, n. 385

<sup>361</sup> Cass. , 28 Febbraio 1989, n. 1094

<sup>362</sup> Ambrosetti-Mezzetti-Ronco, *Diritto penale dell' impresa*, Bologna, Zanichelli, 2008

<sup>363</sup> La fattispecie, abrogata dal d.l. 11 Aprile 2002 n. 61, è stata reintrodotta dalla l. 28 Dicembre 2005, n. 262

<sup>364</sup> Antolisei, *Manuale di diritto penale, leggi complementari*, (a cura di) Grosso, Giuffrè, 2007, vol. I

<sup>365</sup> Patalano, *Reati e illeciti del diritto bancario. Profili sistematici della tutela del credito*, Torino, 2003

costituiscono garanzia generica dell' obbligazione che sorgerà dalla concessione del credito<sup>366</sup>. Le caratteristiche della condotta - che presuppongono un falso, cioè la creazione di un artificio o raggirò - e il fatto che essa non miri a dissimulare le difficoltà dell' imprenditore, consentono di distinguere tale reato dal ricorso abusivo al credito<sup>367</sup>. Si nota altresì, e appare interessante una digressione sul punto, come proprio la necessaria sussistenza dell' elemento fraudatorio aveva condotto il legislatore ad abrogare la fattispecie in esame, dinanzi alla constatazione per cui le condotte descritte dalla norma del T.U.B. venivano normalmente ricondotte alla più grave fattispecie di truffa (tentata, se il mendacio non avesse indotto la banca all' erogazione del credito)<sup>368</sup>. Sul punto, accanto alla risalente opinione dottrinale<sup>369</sup> che ritiene configurabile il concorso tra i due reati sulla base del fatto che essi presentano un' oggettività giuridica diversa, si individua l' affermazione dialtra parte della dottrina<sup>370</sup>, per la quale il delitto di mendacio viene assorbito nel reato di cui all' art. 640 c.p. Un terzo orientamento<sup>371</sup>, nella volontà di individuare un' ambito di autonomia della fattispecie in esame, afferma che essa vada applicata nella sola fase di instaurazione del rapporto di credito, e non nella fase di erogazione del finanziamento, dando in questo modo risalto alla clausola di sussidiarietà di cui all' art. 137, comma *I bis* T.U.B.

Si fa, peraltro, notare che lo scarso impiego pratico della fattispecie, come anche del falso interno, derivasse altresì dalla bassa propensione delle banche a denunciare tali fatti, perché preoccupate del danno all' immagine nei

---

<sup>366</sup> Vassalli, *L' art. 95 della legge bancaria, un precetto primario e un' incriminazione sussidiaria*, in *Banca Borsa Titoli di credito*, n. 1/1959, p. 315

<sup>367</sup> Lanzi-Cadoppi (a cura di), *I reati societari. Commentario alla legge n. 262/2005 sulla tutela del risparmio*, Cedam, 2007

<sup>368</sup> Vassalli, *op. cit.*

<sup>369</sup> Battaglini, *Sanzioni amministrative, disciplinari e penali nella nuova legge bancaria*, in *Banca Borsa Titoli di credito*, 1938

<sup>370</sup> Vassalli, *op. cit.*

<sup>371</sup> Severino Di Benedetto, *Sub art. 137 T.U.B.*, (diretto da) Capriglione, *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova, Cedam; 2001

confronti della clientela,<sup>372</sup> sotto la spinta di quella che la dottrina ha definito una <<tumultuosa pressione concorrenziale>><sup>373</sup>. D' altra parte, le ragioni del reinserimento sono individuate<sup>374</sup>- con un' espressione nella quale non può non riconoscersi una sfumatura polemica - nella volontà del legislatore di <<dare un segnale>> a fronte degli scandali finanziari degli ultimi anni. Tornando al rapporto con la fattispecie di cui all' art. 218 l.f. , la dottrina si divide sulla configurabilità del concorso formale di reati: una prima tesi<sup>375</sup> sostiene che si tratti di un concorso meramente apparente, dovendosi applicare la fattispecie più grave, cioè il ricorso abusivo; altra tesi<sup>376</sup>sostiene invece la configurabilità del concorso, avendo la fattispecie del T.U.B. una *ratio* speciale: qualora l' imprenditore dovesse fallire, potrà essere sempre esercitata l'azione penale per il reato in esame; ed inoltre questo potrà essere commesso altresì dal fallito, celando alla banca l' esistenza stessa della procedura fallimentare. Sotto il profilo soggettivo, si tratta di un reato a dolo specifico: oltre alla consapevolezza del soggetto agente circa la falsità delle notizie o dei dati forniti, è altresì necessario che la condotta sia finalizzata all' ottenimento di un credito, ovvero al mutamento delle condizioni di un credito già erogato.

Anche la seconda fattispecie costituisce un reato plurioffensivo: essa tutela l' interesse alla trasparenza interna della banca, da intendersi come espressione di sintesi di entrambi gli interessi tutelati dalla fattispecie di cui al primo comma. La contravvenzione presenta una portata speculare rispetto al delitto di mendacio, in quanto sanziona il soggetto interno alla banca – svolgente

---

<sup>372</sup> Cianci, *I reati e gli illeciti amministrativi della legge bancaria*, in Santoriello (a cura di), *La disciplina penale dell' economia*, Giappichelli, 2008

<sup>373</sup> Marinucci, *Tendenze del diritto penale bancario e bancarotta preferenziale*, in (a cura di) Romano, *La responsabilità penale degli operatori bancari*, Il Mulino, 1980

<sup>374</sup> Cianci, *op. cit.* , nota 372

<sup>375</sup> Antolisei, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, vol. II, *I reati fallimentari* (a cura di) Grosso-Rossi, Milano, Giuffrè, 2008

<sup>376</sup> Nuvolone, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, 1955

funzioni di amministrazione, direzione, ovvero lavoratore dipendente – che ometta di segnalare all’ ente dati o notizie, ovvero utilizzi dati o notizie falsi sul medesimo oggetto di cui al primo comma. Si sottolinea in dottrina<sup>377</sup> l’ incomprendibilità della scelta, effettuata dal legislatore, di sanzionare a titolo di contravvenzione una condotta più grave di quella integrante il delitto di mendacio bancario, in quanto posta in essere da un soggetto nei confronti del quale la banca vanta <<aspettative>> di correttezza del comportamento, derivanti dal rapporto professionale che con costui ha instaurato. La correttezza della fase istruttoria può essere lesa tanto da condotte commissive quanto commissive, entrambe capaci di contaminare non soltanto la conclusione di forme tipiche di contratti bancari di concessione del credito, ma altresì tutte le situazioni che consentono di ottenere credito da parte dell’ istituto bancario. Sotto il profilo soggettivo, invece, anche la contravvenzione è punibile a titolo di dolo specifico. L’ importanza del reato in esame emerge laddove si consideri che - venuta meno la concezione pubblicistica dell’ attività bancaria, e dunque l’ applicabilità ai dipendenti dei reati propri dei funzionari pubblici<sup>378</sup> - esso costituisce un presidio della correttezza delle procedure da adottare nei confronti delle imprese in difficoltà economica che si rivolgono alla banca per ottenere finanziamenti, evitando che, nel quadro di un così delicato ambito di attività degli istituti di credito, possano essere commessi abusi .<sup>379</sup>

---

<sup>377</sup> Scaroina, *D.Lgs. 385/1993*, in Padovani, *Leggi Penali Complementari*, (a cura di) AA.VV., Milano, Giuffrè, 2007

<sup>378</sup> Insolera, *La responsabilità penale della banca per concessione abusiva di credito all’ impresa in crisi*, in *Giur. Comm.*, n. 5/2008, p. 841

<sup>379</sup> Severino Di Benedetto, *op. cit.*, p. 139

## CAPITOLO IV

### Uno sguardo al futuro

#### **1) Gli strumenti di tutela dell'impresa, tra conservazione e risanamento**

##### 1.1 La continuità aziendale

L'art. 186 *bis* l.f., introdotto con il d.l. n. 83 del 2012, disciplina una nuova figura di concordato preventivo c.d. "con continuità aziendale", al fine di incentivare la prosecuzione dell'attività di impresa, prevista nel piano allegato alla domanda di ammissione al concordato *ex* art. 161 comma II, lett. *el.f.*; prosecuzione che potrà avvenire sia attraverso il mantenimento della gestione dell'imprenditore, sia attraverso lo strumento della cessione di azienda ovvero del conferimento dell'azienda in esercizio ad una o più società<sup>380</sup>. Il valore della continuità aziendale riceve, dunque, tutela come

---

<sup>380</sup>La differenza tra cessione e conferimento risiede nel fatto che nella prima l'attività di impresa prosegue ad opera del cessionario, nel secondo la gestione viene trasferita ad un diverso soggetto giuridico – preesistente o creato a tal fine – ma i risultati dell'attività confluiscono al debitore sotto forma di utili e/o perdite di esercizio (definizione di Lolli,

strumento necessario, nella situazione di crisi, al perseguimento dell' oggetto sociale<sup>381</sup>: nella fase di risanamento, non avendosi una gestione meramente conservativa, il patrimonio sociale viene necessariamente "toccato", ma tale aspetto è secondario rispetto alla finalità primaria dell' istituto in esame: la ricostruzione, o preservazione, dell' avviamento e dei cd. *intangibles*, beni immateriali che il diritto fallimentare considera superiori rispetto al patrimonio inteso in senso civilistico. Ne è prova la regola di cui all' art. 182 *sexies* l.f., per la quale, nel periodo intercorrente tra il deposito del ricorso e l' omologazione, non opera la causa di scioglimento della riduzione del capitale sociale al di sotto del minimo legale: le scelte di capitalizzare o risanare vengono poste in un rapporto di alternativa reciproca, nel senso che, laddove l' imprenditore scelga di risanare, la tutela dei creditori non deriverà dalla conservazione del capitale, ma dal rispetto delle regole del diritto della crisi d' impresa: diligenza degli amministratori nell' elaborazione della strategia – e, si ritiene in dottrina, onere di informare l' assemblea delle scelte adottate – , correttezza dell' operato del professionista attestatore e effettuazione di controlli sulla procedura da parte del tribunale fallimentare<sup>382</sup>. Si nota<sup>383</sup> come la distanza dall' impostazione tradizionale di cui all' art. 217 l.f. – bancarotta per aggravamento del dissesto derivante da mancata richiesta del fallimento – non potrebbe essere più ampia: se in passato si imponeva all' imprenditore insolvente di cessare immediatamente l' attività, oggi lo si incentiva a continuarla.

---

*Il concordato con continuità aziendale mediante l'intervento di terzi nel processo di risanamento: alcune considerazioni*, in *Contratto e impresa*, n. 4-5/2013, p. 1086)

<sup>381</sup> Bosticco, *Evoluzione del concordato dopo il decreto sviluppo*, in *Il Fallimento*, n. 6/2014, p. 707

<sup>382</sup> Nieddu Arrica, *Finanziamento e sostenibilità dell' indebitamento dell' impresa in crisi*, in *Giur. Comm.*, fasc. IV, 2013, p. 808

<sup>383</sup> Fiorella-Masucci, *Gestione dell' impresa e reati fallimentari*, Torino, Giappichelli, 2014

Al beneficio della continuità aziendale fa da contrappunto l' imposizione, in capo all' imprenditore, di oneri più gravosi rispetto a quelli previsti per la presentazione della domanda di concordato preventivo *ex art. 161 l.f.*: l' indicazione nel piano dei costi e ricavi che si prevede deriveranno dalla prosecuzione dell' attività (*business plan*) e un'attestazione specifica dell' esperto, che dimostri che la prosecuzione dell' attività consenta un miglior soddisfacimento per i creditori rispetto all' immediata liquidazione. Tale maggior rigore si giustifica per il fatto che la continuazione aziendale comporta tutti i rischi legati allo svolgimento dell' attività di impresa, ai quali si aggiunge il rischio della conseguenza che deriverebbe dall' insuccesso del piano, cioè dell' insolvenza. Il professionista dovrà valutare le cd. utilità esterne<sup>384</sup>, cioè il quadro complessivo di vantaggio per i creditori, al di là del mero recepimento del denaro a loro dovuto: la prosecuzione del rapporto con i fornitori, il completamento delle opere già appaltate, *etc.* ; nei termini della dottrina,<sup>385</sup> la possibilità che la crisi dell' impresa sia “trasformata” in una situazione di equilibrio durevole nel tempo.

Nella struttura del concordato in continuità è implicita la destinazione soltanto parziale dei beni ai creditori: ciò non implica una violazione del principio della responsabilità personale illimitata del debitore sancito dall' art. 2740 c.c. perché il concordato determina il superamento del concetto di universalità del patrimonio, separando il patrimonio posteriore da quello anteriore ed è, pertanto, legittimo per il debitore destinare soltanto parte del patrimonio anteriore al soddisfacimento dei creditori anteriori. Il legislatore – mostrando di essere consapevole del fatto che una proficua continuità aziendale non possa prescindere dal mantenimento di buoni rapporti con i creditori, soprattutto se appartenenti a determinate categorie (si pensi, ad esempio, ai fornitori) – prevede che a tale tipologia di concordato si applichi

---

<sup>384</sup> Macagno, *Continuità aziendale e contratti pubblici al tempo della crisi*, in *Il fallimento*, n. 6/2014, p. 667

<sup>385</sup> Sandrelli, *Le esenzioni dai reati di bancarotta e il reato di falso in attestazioni e relazioni*, in *Il Fallimento*, n. 7/2013. , p. 789

la previsione di cui all' art. 182 *quinquies*l.f. , per cui l' imprenditore può essere autorizzato al pagamento di debiti precedenti quando funzionale al proseguimento dell' attività, nonché al miglior soddisfacimento degli altri creditori; tale adempimento non può essere qualificato come preferenziale ed è, pertanto, compreso nell' esenzione, attraverso il richiamo che l' art. 217 *bis*l.f. fa all' art. 182 *quinquies*.

La disciplina del pagamento dei debiti pregressi costituisce una novità del concordato con continuità aziendale: il debitore può esservi autorizzato dal tribunale sulla base di una domanda corredata da una relazione del professionista che attesti l' essenzialità e funzionalità del pagamento al miglior interesse dei creditori. La giurisprudenza ha precisato che tale rilevante deroga al principio della parità di condizioni sia solo temporale e non qualitativa: l' adempimento dovrà essere conforme alle caratteristiche originarie, senza che possa alterare l'ordine dei creditori o la natura chirografaria o privilegiata del loro credito. I creditori privilegiati potranno, tuttavia, essere svantaggiati dal concordato, dato che la disciplina derogatoria prevede la possibilità di differire il pagamento sino a dodici mesi dall' omologa.

Con riferimento al pagamento dei crediti anteriori, si è posta in dottrina<sup>386</sup> la questione dei creditori cd. *silenti*: lo Stato e gli Enti pubblici, i quali - tendendo a mantenere una posizione di inerzia rispetto al loro credito - favoriscono nell' immediato il pagamento, funzionale alla continuità aziendale, di altri creditori, primi fra tutti banche e fornitori. Di conseguenza, qualora dovesse sopraggiungere il fallimento, sarebbero i soggetti pubblici a vantare il maggior numero di crediti concorsuali: in tale scenario, potrebbe profilarsi una responsabilità penale dell' imprenditore che non abbia adempiuto, essendo consapevole della fisiologica lentezza del settore

---

<sup>386</sup> Santoriello, *L' imprenditore che non paga l' erario e gli enti previdenziali può essere condannato per bancarotta preferenziale in caso di successivo fallimento?* in *Riv. Trim. Diritto Penale Economia*, n. 1-2/2012, p. 447

pubblico, non soltanto, si potrebbe dire, nel far fronte ai propri debiti, ma altresì nel richiedere l' adempimento dei propri crediti? Sarebbe ipotizzabile configurare la fattispecie di cui all' art. 216, comma III l.f. ? Oppure l' esistenza della volontà di risollevere l' impresa varrà ad escludere l' applicabilità della fattispecie per mancanza del dolo specifico? La dottrina dà a quest' ultima domanda una risposta positiva, ipotizzando, tuttavia, l' applicabilità al caso in esame della fattispecie di cui all' art. 217, comma I, n. 4 l.f. :l' indebita preferenza del creditore privato a quello pubblico integra una condotta colposa dell' imprenditore<sup>387</sup>, al quale si contesta il fatto di non aver avuto la consapevolezza che l' operazione non avrebbe, in prospettiva, arrecato alcun beneficio alla sua impresa, ma anzi aggravato il dissesto, dato che l' inadempimento dei debiti erariali comporta altresì il pagamento di cospicue sanzioni.

Si distingue tra risanamento <<diretto>> e <<indiretto>> : il primo è gestito dallo stesso imprenditore che ha presentato la domanda; nel secondo l' attività prosegue ad opera di un diverso imprenditore, un terzo ovvero una società, costituita dallo stesso imprenditore, che prende il nome di <<NewCo>>. Il legislatore sembra incentivare la costituzione di tali società: ad esempio, all' interno del d.l. 134 del 2008 (cd. Alitalia)<sup>388</sup>, dedica ad esse un' apposita disposizione, la quale prevede il trasferimento *ex lege* al cessionario d' azienda delle autorizzazioni amministrative concernenti l' attività svolta da un' impresa operante nel settore dei servizi pubblici essenziali per un periodo di sei mesi. L' intento del legislatore è quello di agevolare la continuazione aziendale rimuovendo le difficoltà di natura amministrativa di ostacolo all' esercizio dell' attività da parte della <<Newco>><sup>389</sup>.D' altra parte, non si tratta dell' unico vantaggio che rende la costituzione di una nuova società più “interessante” rispetto alla

---

<sup>387</sup>Tagliarini, *Profili salienti della bancarotta preferenziale*, in *Indice Penale*, 1992, p.739

<sup>388</sup>D.l. 28 Agosto 2008, n. 134, convertito nella legge 27 Ottobre 2008, n. 166

<sup>389</sup> Bonfatti, *I concordati preventivi di risanamento*, in *www.ilcaso.it*

continuazione da parte dello stesso soggetto: si aggiunge il fatto che, qualora emergano impreviste passività, queste non potranno gravare sul nuovo soggetto.

Il problema principale che il concordato in continuità pone concerne il rapporto tra la volontà di preservare l'attività di impresa e il dovere di tutelare i creditori: sul punto ravvisiamo l'esistenza di pronunce giurisprudenziali<sup>390</sup> che attribuiscono maggior importanza a tale secondo aspetto, nel senso che si dovrà procedere alla liquidazione nel caso in cui il concordato, pur perseguendo correttamente il fine della continuazione aziendale, ponga i creditori in una posizione deteriore rispetto a quella che appunto otterrebbero dalla liquidazione, purché tali prospettive di miglior realizzo dell'attivo non siano incerte. Costituisce inoltre causa espressa di revoca del concordato il fatto che esso non si dimostri idoneo al miglior soddisfacimento dei creditori. Il ruolo degli amministratori nella gestione della crisi si presenta qui in tutta la sua delicatezza: poiché in questa fase l'interesse dei soci non coincide con quello dei creditori, si pone il problema di quale delle due categorie debba ricevere primaria tutela; la dottrina ritiene che debba trattarsi dei creditori: questi sono infatti gli unici soggetti pregiudicati da tentativi di risanamento connotati da alto rischio, laddove i soci, poiché il capitale di rischio è già stato eroso, si trovano in una fase in cui, per così dire, non hanno più niente da perdere. Nella dottrina statunitense si afferma che gli amministratori assumono doveri fiduciari nei confronti dei creditori, per cui costoro divengono proprietari in senso economico dell'impresa<sup>391</sup>. Qualora, invece, si conservi parte dell'attivo e si opti per il concordato con continuità aziendale in capo alla stessa società, i soci potranno essere soddisfatti

---

<sup>390</sup> Trib. di Chieti, 15 Luglio 2013

<sup>391</sup> in Stanghellini, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, Bologna, Il Mulino, 2007

mediante la conservazione della titolarità di una parte di azioni. Il concordato in continuità aziendale deroga infatti alla previsione di cui all' art. 2740 c.c. , prevedendo una destinazione del patrimonio diversa da quella tradizionalmente prevista, purché però ciò accada nell' interesse dei creditori. La proposta potrà contenere altresì la cessione a terzi dell' azione sociale di responsabilità nei confronti dei componenti degli organi sociali, nel caso in cui venga ceduta a terzi l' azienda ovvero un ramo di essa (cd. concordato con continuità oggettiva). Si discute se il diritto risarcitorio *ex art. 2932 c.c.* venga automaticamente trasferito al terzo ovvero rimanga in capo al liquidatore; se cioè il diritto risarcitorio sia necessariamente pertinente all' azienda o meno, attenendo all' organizzazione istituzionale dell' imprenditore, e fermo restando che costui può sempre decidere di non trasferire la legittimazione all' esercizio dell' azione<sup>392</sup>. Nel caso Parmalat si è posta la questione se la *newco* sia legittimata a costituirsi parte civile, subentrando al commissario straordinario, precedentemente costituitosi, nel processo penale a carico degli amministratori per bancarotta fraudolenta: essa non ha ovviamente subito alcun danno diretto ed immediato in conseguenza del reato, poiché non esisteva nel momento in cui questo si è consumato, né può essere considerata successore universale del danneggiato. Il successore universale è, infatti, colui che succede ad altro soggetto *in universum ius*, vale a dire in tutte le posizioni attive e passive, cosa che qui non accade, poiché si è adottato l' istituto del concordato con assunzione, avente il fine di chiudere la procedura concorsuale soddisfacendo i creditori per una percentuale inferiore all' ammontare delle loro pretese originarie.

L' art. 186*bis*, comma III l.f. prevede la possibilità di cancellare vincoli reali di garanzia nel caso di cessione d' azienda, ma altresì la facoltà per il cessionario di giovare della continuazione dei contratti già richiesta dal

---

<sup>392</sup> D'Attorre, *Le azioni di responsabilità nel concordato preventivo*, in *Rivista delle società*, fasc. 1 , 2015, p. 15

cedente. L'applicabilità a tale ipotesi dell'esenzione di cui all' art. 217 *bisl.f.* , al di là del mancato richiamo letterale, - poiché l'esenzione si riferisce soltanto all' art. 182 *quinquiesl.f.* , e dunque al pagamento dei debiti antecedenti<sup>393</sup> -troverà giustificazione qualora si valuti l'*intentio legis* sottesa all'introduzione del concordato in continuità: l'ambito di applicazione dell'esenzione non è, infatti, circoscritto dal ruolo ricoperto dal soggetto che effettua le operazioni, ma dallo scopo che esse mirano a conseguire; in termini sintetici, ciò che rileva è che il cessionario persegua l'obiettivo di risanamento in continuità aziendale, come previsto dal concordato<sup>394</sup>.

La finalità di continuazione aziendale trova un naturale ambito di attuazione nella disciplina della cessione di azienda; la giurisprudenza<sup>395</sup> ammette altresì, in contrasto con la prevalente dottrina<sup>396</sup>, la possibilità che sia autorizzata la stipula del contratto di affitto d'azienda che risulti conveniente per la conservazione dell'attività, anche se essa non è espressamente riconosciuta dall' art. 186 *bisl.f.* Le ragioni del mancato riconoscimento sono da ravvisare nei dubbi posti dalla figura dell'affitto: la traslazione del rischio in capo al terzo affittuario sarebbe incompatibile con la responsabilità per il corretto svolgimento della procedura di risanamento che, secondo la disciplina generale, grava invece sul debitore; essendo il canone di affitto stabilito in cifra fissa, il rischio per i creditori risulta dipendere dalla solvibilità dell'affittuario piuttosto che dall'andamento dell'attività d'impresa. La giurisprudenza sembra aver ridimensionato la questione, ritenendo sufficiente che, al fine di attribuire maggior affidabilità alla figura dell'affittuario, l'attestazione contenga informazioni sulla solidità patrimoniale di costui.

---

<sup>393</sup> Sacchi, *La responsabilità gestionale nella crisi dell'impresa societaria*, in *Giur. Comm.* , fasc. 2/2014, p. 304

<sup>394</sup> Sandrelli, *Le esenzioni dai reati di bancarotta e il reato di falso in attestazioni e relazioni*, in *Il Fallimento*, n. 7/2013. , p. 789

<sup>395</sup> Tribunale di Roma, 29 Gennaio 2014

<sup>396</sup> Amarelli, *I delitti di bancarotta alla luce del nuovo art. 217 bis l.f. : qualcosa è cambiato?* , in *La Giustizia Penale*, n. 1/2011, p. 547

Di particolare interesse è la disciplina del concordato in continuità in rapporto all'attività contrattuale dell'impresa: non soltanto i contratti in esecuzione alla data del deposito del ricorso non si risolvono per effetto dell'apertura della procedura, come accade anche rispetto al concordato preventivo, ma eventuali patti contrari a questa regola sono inefficaci. E' questa la novità principale, che trova la sua ragion d'essere rispetto ai contratti conclusi con la pubblica amministrazione, dato che l'ordinamento riconosce a quest'ultima, come regola generale, la facoltà di sospendere l'esecuzione. In secondo luogo, l'impresa ammessa al concordato preventivo può partecipare a procedure di assegnazione di contratti pubblici<sup>397</sup> presentando la documentazione prevista dallo stesso art. 186**bis**l.f. ; all'attestazione del professionista di cui si è detto sopra, si aggiungono due ulteriori documenti: il primo, del medesimo professionista, attestante che la prosecuzione del contratto sia conforme al piano e la <<ragionevole capacità di adempimento>> dell'impresa, il secondo avente ad oggetto l'applicazione all'impresa in continuità della disciplina dell'avvalimento *ex art. 49, d.lgs. 163/2006*.<sup>398</sup> Quest'ultimo è stato modificato ai fini dell'armonizzazione delle discipline amministrativa e fallimentare: il nuovo art. 38 della medesima norma prevede che siano esclusi dalle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti i soggetti rispetto ai quali sia in corso una procedura concorsuale, salvo il caso in cui in tale procedura si applichi l'art. 186 *bis*l.f.

La disciplina della continuazione aziendale, infine, si applica anche rispetto alla domanda "in bianco", anche se sussiste un contrasto giurisprudenziale relativo alla possibilità di compiere atti di straordinaria amministrazione in assenza del piano e, in particolare, la possibilità, riconosciuta *ex art. 169 bis*

---

<sup>397</sup> Si veda anche la Raccomandazione Comm. UE 12/3/14 n. 2014/135/UE, in Bosticco, *Evoluzione del concordato dopo il decreto sviluppo*, in *Il Fallimento*, n. 6/2014, p. 707

<sup>398</sup> *D.lgs. 12 Aprile 2006, n. 163, art. 49 (Codice dei contratti pubblici)*

l.f. di sciogliersi dai contratti o sospenderne l' esecuzione<sup>399</sup>: le pronunce che la ammettono, la subordinano a requisiti, quali l' urgenza dell' operazione ovvero il fatto che essa appaia comunque conveniente, a prescindere dal contenuto futuro del piano; le pronunce che la negano motivano con il fatto che la situazione provvisoria derivante dalla presentazione della domanda “in bianco” non consente di valutare l' opportunità di effettuare tali scelte; vi è poi una tesi intermedia che afferma che in questo caso possa essere disposta la sospensione dei contratti, ma non lo scioglimento<sup>400</sup>. La definizione degli atti di straordinaria amministrazione, data dalla giurisprudenza e accolta dalla dottrina<sup>401</sup>, è modellata sulle peculiarità della situazione dell' impresa in crisi: si tratta degli atti che possano incidere in modo negativo sul patrimonio aziendale e come tali pregiudicare il soddisfacimento dei creditori.

## 1.2 L' impiego del *Trust* e le operazioni infragruppo nell' ottica del risanamento

Si nota in dottrina<sup>402</sup> come la preveducibilità non sia sufficiente ad “invogliare” i potenziali finanziatori, se non si garantisce a costoro che la ristrutturazione sia guidata da un *management* di fiducia e che i beni destinati all' adempimento siano separati e protetti. La riforma consente a tal fine l'

---

<sup>399</sup>Favorevole all' applicabilità: Trib. Mantova 27 Settembre 2012; *contra* Trib. Pistoia 30 Ottobre 2012. Citate in Macagno, *Continuità aziendale e contratti pubblici al tempo della crisi*, in *Il fallimento*, n. 6/2014, p. 667

<sup>400</sup>Si sottolinea come l' autorità nazionale anticorruzione, con la determinazione n. 5 dell' 8/4/15 abbia modificato la precedente determinazione n. 3 del 23/4/14, avente ad oggetto i criteri interpretativi degli art. 38 e 163 d.lgs. 163/2006, in senso favorevole all' applicabilità dei suddetti articoli anche rispetto alla presentazione di domanda “in bianco”, in [www.anticorruzione.it](http://www.anticorruzione.it)

<sup>401</sup>Marinucci, *La domanda di concordato preventivo dopo il <<decreto sviluppo>>*: *legge fallimentare e Bankruptcy Code a confronto*, in *Riv. Dir. Proc.*, n. 2/2013, p. 426

<sup>402</sup>Greco, *Trust di attuazione di un piano attestato*, in *Trusts e attività fiduciarie*, Gennaio 2014, p. 24

impiego del *trust*, cd. di ristrutturazione, il quale attribuisce ai creditori la garanzia reale sul valore del patrimonio conferito. Il *trust* rappresenta dunque uno strumento che l'ordinamento prevede al fine della continuazione dell'attività di impresa, alternativo all'affitto di azienda o alla costituzione di una *Newco*. Il *trustee* gestisce l'azienda nell'interesse dei creditori beneficiari della destinazione, e ciò rappresenta una garanzia ulteriore per costoro, derivante dal fatto che i beni segregati non possono essere sottratti alla loro destinazione; a ciò si aggiunge il vantaggio di poter liberamente definire il contenuto dello statuto regolatore, purché sia soddisfatto il requisito della meritevolezza sociale – individuabile in questo caso nelle finalità pubblicistiche della procedura. L'impiego del *trust* trova dunque giustificazione nella volontà di risanare l'impresa, ottenendo i necessari investimenti, e questa finalità consente l'aggiramento del principio della *par condicio creditorum*.<sup>403</sup> La costituzione delle somme in *trust* ha, infatti, da questo punto di vista, la medesima valenza dell'effettuazione di un pagamento preferenziale, essendo un trattamento preferenziale "in potenza". Ci si chiede, tuttavia, quali siano le conseguenze per i beni vincolati nel caso in cui il risanamento non vada a buon fine e si giunga al fallimento. L'utilità del *trust* emerge con forza ancora maggiore rispetto all'accordo di ristrutturazione;<sup>404</sup> procedura in cui il divieto di esercitare azioni esecutive sui beni compresi nell'accordo opera per soli sessanta giorni dall'omologazione, decorsi i quali i beni torneranno ad essere aggredibili dai creditori. In tale scenario, il *trust*, come anche gli atti di destinazione *ex art. 2645ter*, potrebbe essere utilizzato per <<segregare>> i beni a favore dei creditori aderenti senza limiti di tempo e imporre sui beni immobili e mobili registrati un vincolo di destinazione trascrivibile e come tale opponibile *erga*

---

<sup>403</sup> Rovelli, *Un diritto per l'economia. Bilancio di una stagione di riforme. Una scelta di degiurisdizionalizzazione?*, in Di Marzio (a cura di), *La crisi d'impresa - questioni controverse del nuovo diritto fallimentare*, Cedam, 2011

<sup>404</sup> Greco, *Il trust quale strumento di soluzione e prevenzione della crisi d'impresa nella riforma delle procedure concorsuali*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2012, p. 212

*omnes*; ad esempio, nel caso del finanziamento bancario il *trustee* potrebbe essere una società designata dalla banca stessa. L' istituto rappresenta, inoltre, un' ulteriore garanzia della bontà del piano, dato che il notaio incaricato di redigere l' atto costitutivo accerta che gli interessi sottesi al *trust* siano meritevoli. Il *trust* potrà essere realizzato anche nella fase antecedente la formulazione della proposta di concordato o accordo<sup>405</sup>, al fine di evitare il fenomeno, esiziale per la conservazione dell' impresa, per cui i singoli creditori cd. *free riders*, venuti a conoscenza della volontà dell' imprenditore, avviino iniziative autonome di soddisfacimento delle proprie pretese.

L' ampio utilizzo che si è fatto dell' istituto nelle procedure concorsuali ha condotto la dottrina a parlare di <<eccessivo entusiasmo>> per il *trust*, con riferimento però alla forma liquidatoria, laddove, invece, l' evoluzione applicativa nella direzione del progetto di risanamento dell' impresa in crisi ha suscitato maggior consenso tra i commentatori; l' applicazione è invece esclusa in caso di insolvenza, poiché si tratta di una situazione patologica che rende necessario l' intervento dello Stato, attraverso l' impiego delle procedure previste nella legge fallimentare.

Il *trust* può essere impiegato al fine di salvaguardare il patrimonio dell' imprenditore, pignorato nelle more della richiesta di fallimento, ai sensi dell' art. 15, comma VII l.f. : in questo caso sarà il tribunale a disporre l' adozione – con l' ordine rivolto all' imprenditore di versare le somme su un conto dedicato – utilizzando, pertanto, l' istituto come strumento di sequestro del patrimonio, in previsione di una futura sentenza che accolga l' azione revocatoria<sup>406</sup>.

Vi è, infine, un terzo caso in cui *trust* e procedura concorsuale si intrecciano: nell' ambito delle azioni volte a ricostruire il patrimonio del fallito. Qualora,

---

<sup>405</sup> Minniti, *Il ricorso all' istituto del trust nelle fasi di crisi: problematiche del trust liquidatorio e reato di bancarotta*, in *Riv. Dott. Comm.*, n. 4/2010, p. 809

<sup>406</sup> Provv. Trib. Milano, 25 Marzo 2010, in Greco, *Il trust ordinato dal tribunale per conservare l' impresa e i suoi valori*, in *Trusts e attività fiduciarie*, Novembre 2010

infatti, l' istituto sia stato utilizzato per distrarre parte del patrimonio, l' atto di costituzione non sarà soltanto revocabile, ma nullo, in quanto in violazione dell' art. 2741 c.c. E' illegale il *trust* istituito per scopi "ripugnanti"<sup>407</sup>, quale quello di sottrarre beni alla procedura concorsuale, segregandoli a beneficio dei creditori; quando l' imprenditore fosse, al momento della costituzione, insolvente –qualora, in altri termini, avesse perso il potere di gestire l' azienda –essa integrerebbe una simulazione in danno dei creditori concorsuali. Sarà, invece, lecito il *trust* istituito in esecuzione di un progetto di risanamento<sup>408</sup>, cioè al fine di tutelare i creditori ad esso aderenti da iniziative di altri creditori in aggressione del patrimonio. La presenza di un soggetto indipendente ed esterno, il *trustee*, rappresenta una garanzia per i creditori, nei confronti dei quali egli è civilmente responsabile. Sul piano penale sarà altresì configurabile la responsabilità del notaio in concorso con il debitore, qualora si giunga ad un' incriminazione per bancarotta, fraudolenta o semplice; il *trust* "ripugnante" determina, infatti, una diminuzione fittizia del patrimonio dell' imprenditore: i beni rimangono nella sua titolarità, ma sono sottratti alla funzione di garanzia patrimoniale generica, realizzando una distrazione.

Come si è visto, l' ordinamento appronta una serie di rimedi atti a fronteggiare la crisi dell' impresa, tenendo presente che le innovazioni apportate dalle strutture societarie sempre più spesso vedono la società inserita all' interno di un gruppo ricevere sostegno dalle altre società facenti parte dello stesso. I finanziamenti effettuati dalla società che svolge attività di direzione e coordinamento nei confronti dell' impresa in crisi, ovvero da società sottoposte a quest' ultima, ricevono la medesima disciplina prevista per i finanziamenti dei soci; ne è cioè prevista la postergazione, qualora siano

---

<sup>407</sup>La formula utilizzata dalla giurisprudenza (Trib. Bologna, 1 Ottobre 2003) riprende l' espressione Anglosassone di *sham Trust*, laddove *sham* si traduce con "fittizio"

<sup>408</sup> Spolaore, *Il trust nelle soluzioni negoziali della crisi d' impresa*, Milano, Educatt, 2014

stati concessi ai sensi dell' art. 2467 c.c. : se effettuati nel momento in cui sussiste un eccessivo squilibrio dell' indebitamento rispetto al patrimonio netto oppure se, in considerazione della situazione finanziaria della società, sarebbe stato in quel momento ragionevole un conferimento. La postergazione – come si è precedentemente spiegato<sup>409</sup> – costituisce un principio generale applicabile al finanziamento delle società di capitali e trova le sue ragioni nell' esistenza di asimmetrie informative a favore dei creditori *interni* della società, vale a dire soci e altre società del medesimo gruppo. Con riferimento a quest' ultime si è, in particolare, detto<sup>410</sup> che la particolare posizione rivestita dal finanziatore fa sì che non si possa parlare di un mero investimento, ma di una vera e propria ingerenza nell' esercizio dell' impresa, la quale giustifica l' assunzione del maggior rischio.

L' interpretazione analogica dell' art. 2497 *quinquies* l.f. consente, inoltre, di applicare la norma anche ai finanziamenti effettuati tra società “correlate”, cioè società che, in presenza di determinate circostanze (compresenza degli stessi soggetti alla carica di amministratore, identità degli assetti proprietari, *etc.*) siano in grado di beneficiare dell' asimmetria informativa al pari di società appartenenti ad un gruppo . La dottrina<sup>411</sup> si sofferma sulle conseguenze che tale disciplina produce rispetto all' applicabilità dell' esenzione *ex art. 217 bis* l.f. , nel caso in cui una società abbia ottenuto finanziamenti da società del medesimo gruppo, ovvero “correlate”, nel quadro di un concordato preventivo, poi non andato a buon fine, essendo sopraggiunto il fallimento: i creditori della società finanziatrice sono soddisfatti in un momento successivo rispetto agli altri creditori, appunto perché postergati, verificandosi in tal modo una violazione del principio della *par condicio*; si potrebbe dunque ipotizzare la configurabilità del reato di cui

---

<sup>409</sup> *si veda la p. 58 del Capitolo II*

<sup>410</sup> Angelici, *La riforma delle società di capitali: lezioni di diritto commerciale*, Padova, Cedam, 2006

<sup>411</sup> Abriani-Giunta, *Finanziamenti a società correlate e postergazione: profili di diritto civile e penale*, in *Le Società*, n. 4/2012, p. 405

all' art. 223 l.f. nei confronti dei liquidatori della società finanziata: bancarotta impropria per aver commesso il fatto di cui all' art. 216, comma III l.f. La questione alla quale bisognerà dare risposta è, dunque, se in questo caso sia applicabile l' esenzione; la risposta è negativa, poiché i finanziamenti *ex art. 2497 quinquies* non sono effettuati in esecuzione di un progetto di risanamento, né rientrano in alcuna delle altre categorie previste dall' art. 217 *bisl.f.* La postergazione non deriva, infatti, da una scelta volontaria dei liquidatori ma, quale principio previsto dalla legge, produce effetti *de jure*; nel caso specificamente preso in esame essa costituisce un presupposto legislativo del concordato. La configurabilità della bancarotta preferenziale, tuttavia, è esclusa già sul piano della tipicità: il fatto che il pagamento sia eseguito in adempimento di una norma di legge – in questo caso la norma che prevede la postergazione del credito – esclude, prima ancora che quella del dolo, l' esistenza stessa del pagamento preferenziale. Concludendo sul punto, si può svolgere una duplice riflessione: innanzitutto sul fatto che, ancora una volta la normativa civilistica definisce la portata applicativa della norma penale, agendo quale limite esterno della fattispecie di bancarotta preferenziale; in secondo luogo come l' irrilevanza penale delle condotte di adempimento non necessariamente dipenda dall' applicabilità dell' esenzione, ma possa derivare altresì dall' fatto che il debitore abbia eseguito i pagamenti nell' ordine imposto dalla legge.

Il tema dei finanziamenti infragruppo si collega altresì alla questione dell' inquadramento sistematico dell' art. 217 *bisl.f.e* della portata applicativa della norma: non si fa riferimento al caso in cui il risanamento riguardi il gruppo nel suo complesso - qualora cioè sia il gruppo a trovarsi in stato di crisi - poiché è pacifico che in tale ipotesi, sussistendo i presupposti di cui all' art. 217 *bis*, l' esenzione sia applicabile; ma al caso in cui la controllante intervenga a sostegno della controllata in crisi sulla base di un piano elaborato da quest' ultima: si porrebbe un problema di tutela dei creditori della

controllante, i quali verrebbero pregiudicati sulla base di un piano rispetto al quale non hanno avuto alcuna possibilità di pronunciarsi. Il criterio dei vantaggi compensativi si rivela utile, quale principio generale finalizzato alla valutazione delle operazioni nell'interesse del gruppo: al fine, cioè, di considerare un'operazione - pur se conforme ad un piano che i creditori della società non hanno avuto la possibilità di valutare - come causa di esclusione della tipicità dei reati di bancarotta, in quanto conforme all'interesse dell'aggregazione di cui quella società è parte<sup>412</sup>. Ma vi è di più: l'attuazione del piano di risanamento di una società appartenente ad un gruppo sarà normalmente preceduta da operazioni interne al gruppo stesso, si pensi, ad esempio, al trasferimento di beni alla controllante quale corrispettivo di una garanzia da questa prestata ai finanziatori della controllata. Il significato della formula <<in esecuzione>> di cui all'art. 217 *bis* l.f. dovrà allora essere ampliato al fine di ricomprendervi tali operazioni, attraverso un'interpretazione strumentale; la dottrina<sup>413</sup> sottolinea la necessità, ai fini di tale interpretazione, di una lettura dell'esenzione come causa di esclusione della punibilità: come norma che non coinvolga la tipicità del fatto, ma esprima un giudizio di valore sulle condotte in vista del loro fine. In questo modo si consentirebbe di ricomprendere nella formula anche condotte non espressamente indicate dalla norma stessa, in quanto volte a perseguire quel fine.<sup>414</sup>

---

<sup>412</sup>Pesci, *La bancarotta e le operazioni infragrupo*, in (a cura di) AA. VV., *Trattato delle procedure concorsuali*, vol. VI, Torino, Utet, 2012

<sup>413</sup>Amarelli, *I delitti di bancarotta alla luce del nuovo art. 217 bis l.f. : qualcosa è cambiato?*, in *La Giustizia Penale*, n. 1/2011, p. 547

<sup>414</sup>Basile, *Art. 217 bis l.f. e gruppi di società*, in *Banca, Borsa, Titoli di Credito*, n. 2/2013, p. 203

## 2) L'esempio statunitense: un nuovo ruolo per le procedure concorsuali

La recente scelta di introdurre nell'ordinamento l'istituto del concordato c.d. in bianco esprime la volontà del legislatore di incentivare l'uso delle procedure alternative al fallimento adottando un sistema ispirato al cd. "Chapter 11" del *Bankruptcy Code*<sup>415</sup>. Il ricorso a tale procedura è una prassi consolidata da anni nel mondo delle imprese statunitensi e ha svolto un ruolo chiave nelle celebri operazioni di ristrutturazione delle aziende Chrysler e General Motors. In Italia, al contrario, si assisteva ad una generalizzata diffidenza degli operatori nei confronti delle procedure concordatarie, causata essenzialmente da due ragioni: l'imprenditore in crisi si trovava di fronte ad una scelta obbligata tra l'istanza di fallimento o di ammissione all'amministrazione straordinaria delle grandi imprese, con l'affidamento della gestione al curatore o commissario, da una parte; e l'adozione di un piano di risanamento o concordato, correndo il rischio di responsabilità personali civili e penali nel caso in cui la ristrutturazione non fosse andata a buon fine, dall'altra. La procedura di nuova introduzione, ispirata appunto al "Chapter 11", offre invece una terza via: non impone, al contrario di quanto previsto per il concordato preventivo, di indicare il piano e la proposta al momento dell'istanza, ma fa derivare dalla presentazione di essa l'immediata applicazione delle norme di favore per il debitore che intenda proseguire l'attività ("safe harbour"): mantenimento della gestione, blocco delle azioni esecutive e cautelari, possibile autorizzazione del giudice a contrarre nuovo indebitamento, esenzione dalle azioni revocatorie e riduzione del rischio di responsabilità penale. Volendo cercare un fondamento storico che ci consenta di spiegare le caratteristiche dell'ordinamento fallimentare

---

<sup>415</sup>Con l'espressione "Chapter 11" si indica la procedura contenuta nell'omonimo capitolo del *Bankruptcy Code* del 1978, intitolato "Reorganization", in [www.uscourts.gov](http://www.uscourts.gov)

statunitense – come già si è tentato e si continuerà a tentare di fare rispetto all’ordinamento italiano – è inevitabile risalire al modello da cui quel sistema ha tratto direttamente ispirazione: la legge fallimentare inglese<sup>416</sup>. Il provvedimento che, tra molti, sembra opportuno richiamare è lo “*Statute of Anne*”, promulgato nel 1705, perché con esso si riconosce, per la prima volta e in un ordinamento che sanzionava il fallimento anche con la pena capitale, che questo potesse essere l’effetto di “*unavoidable misfortune*” piuttosto che di frode, e che al debitore sfortunato potesse essere concessa la liberazione dai debiti come “premio” per la sua cooperazione durante il procedimento fallimentare. Nasce così il *discharge of debts*, un istituto che non soltanto ha ancora oggi un relevantissimo utilizzo pratico, ma che segna un fondamentale mutamento di prospettiva rispetto alla concezione pressoché univoca del fallimento che aveva caratterizzato l’epoca antecedente la rivoluzione industriale: la convinzione che il debitore dovesse necessariamente essere responsabile, e per sua volontà, del reato di fallimento, in quanto, per dirla con le parole dell’illustre Baldo degli Ubaldi, “*decoctus ergo fraudator*”. Se vi fosse bisogno di un’ulteriore dimostrazione del fatto, più volte emerso nell’analisi che si è sin qui svolta, che sia il processo storico a determinare il progresso giuridico, questa potrebbe essere data facendo riferimento alla causa che spinse il legislatore statunitense ad introdurre quelle norme volte a privilegiare la continuità attraverso la ristrutturazione e riconversione aziendale, e che oggi il sistema italiano ha importato: la necessità di evitare la liquidazione - e le nefaste conseguenze che questa avrebbe avuto sul sistema economico del Paese - delle società ferroviarie che avevano lavorato nell’opera, ormai completata, di espansione della rete verso l’Ovest<sup>417</sup>.

---

<sup>416</sup>Woodward, *Insolvency procedure in the U.S.A.*, in AA.VV., Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali, vol. V, Torino, Giappichelli, 2014

<sup>417</sup>Stanghellini, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, Bologna, Il Mulino, 2007

Le ragioni del successo del modello statunitense, che hanno portato altri Stati occidentali a trarre ispirazione da esso, sono molteplici: innanzitutto il fatto che la Costituzione degli U.S.A. preveda una riserva di legge in materia fallimentare. La legge fallimentare, adottata dal Congresso, assume dunque una portata generale e sussidiaria, tale da consentirle di conciliarsi con la legislazione dei singoli Stati Federali, nonché con la regolamentazione privata, alla quale viene attribuito uno spazio fondamentale. Il primo punto di forza del sistema è dunque costituito dall' esistenza di un modello <<a geometria variabile>><sup>418</sup> e, come tale, adattabile alle singole esigenze. Questa caratteristica è particolarmente evidente nella previsione di due distinte procedure fallimentari: il cd. *Chapter 7*, cioè la procedura di liquidazione, precipuamente ispirata alla volontà del legislatore di tutelare le pretese soddisfattive dei creditori e l' ormai noto *Chapter 11*, il cui punto focale è costituito dall' attività di risanamento. Giunti a questo punto del lavoro appare una constatazione fin troppo banale il riconoscere un parallelismo tra questa struttura e quella adottata dal legislatore italiano della riforma con il distinguere tra fallimento e procedure concorsuali finalizzate al risanamento. Tornando al sistema statunitense, è opportuno dare una breve descrizione delle procedure<sup>419</sup> : entrambe prevedono che il fallimento possa essere chiesto – *filing of a bankruptcy petition* – sia dal debitore che dai creditori e che la conseguenza immediata della richiesta sia l' *automatic stay*: il blocco delle azioni esecutive e cautelari pendenti e il divieto di proporre nuove azioni, al fine, potremmo dire, di instaurare un periodo di tranquillità durante il quale inventariare e valutare i beni del debitore (*property of the estate*). L' identificazione dei beni è essenziale non soltanto nell' ottica della liquidazione ma anche ai fini del cd. *best interest test*: se si sceglie la procedura di risanamento i creditori hanno diritto ad ottenere l' adempimento per un ammontare almeno pari a quanto otterrebbero qualora si scegliesse la

---

<sup>418</sup>Woodward, *op. cit.* , p. 159

<sup>419</sup>Nickles-Epstein, *Bankruptcy and related law*, Thomson West, 2006

procedura di liquidazione. La scelta del “*Chapter 11*” comporta, quale conseguenza primaria, che il debitore sia lasciato in possesso dei beni e come tale continui a gestire la proprietà, potendo compiere autonomamente gli atti di ordinaria amministrazione (cd. “*ordinary course*”), a meno che il giudice non ritenga più opportuno affidare la gestione ad un *trustee*. Il più importante potere riconosciuto a costoro è quello di esercitare gli *avoidance powers*, istituto riconducibile, per scopo, ma non per struttura, all’azione revocatoria fallimentare: si tratta infatti del potere di revocare trasferimenti di beni – definiti come *preferences* – effettuati a favore di taluno dei creditori prima chiesta il fallimento, e indipendentemente dal fatto che sussistesse o meno al momento della richiesta l’ intento del debitore di effettuare un favoritismo. Guardando alle statistiche si nota come le *avoidance actions* siano molto frequenti e la ragione di ciò risiede nel fatto che il loro esercizio viene imposto al *debtor in possession* da parte dei *lenders*: accade frequentemente che il debitore conservi solo formalmente il controllo, ma in realtà questo sia nelle mani di coloro che finanziano l’ impresa nella fase del risanamento e ne è prova il fatto che, non nel linguaggio del legislatore, ma di certo in quello delle aule giudiziarie, viene comunemente utilizzata l’ espressione “*lenders in possession*”. La questione di chi sia effettivamente il *dominus* della procedura fallimentare non è dunque di poco conto e costituisce il motivo dell’ intervento del legislatore a tutela dei creditori con la disciplina sanzionatoria delle *fraudulent conveyances*, contenuta nel Codice del 1978, nonché in un’ apposita norma di recente introduzione: lo *Uniform Fraudulent Transfer Act (UFTA)*. Essa consente a ciascun creditore di agire al fine di ottenere la revoca di quei trasferimenti compiuti dal debitore in stato di insolvenza che diminuiscono la garanzia patrimoniale perché effettuati ottenendo in corrispettivo beni di valore inferiore ( *less than reasonably equivalent value* ); anche in questo caso è irrilevante l’ intento fraudatorio nei confronti dei creditori. Il terzo contraente potrà recuperare

quanto pagato al debitore soltanto insinuandosi nella procedura fallimentare come creditore chirografario.

Tornando alla procedura comune, i creditori che abbiano provato di avere diritto a ricevere l' adempimento (*proof of claim*), vengono pagati secondo l' ordine stabilito dalla legge; il *discharge* è previsto, qualora si segua la procedura liquidatoria, per il fallimento personale, ma non per il fallimento dell' impresa commerciale. Nella procedura di *Chapter 11*, il *discharge* rappresenta un elemento fondamentale: il debitore è liberato dai debiti preesistenti al fallimento poiché ad essi si sostituiscono gli oneri imposti dal piano di risanamento, ma qualora il debitore adempia a tali oneri non potrà più essere avanzata nei suoi confronti alcuna pretesa. Dalla richiesta di fallimento decorre il termine di centoventi giorni, nei quali il solo debitore può proporre il piano che deve quindi essere votato dai creditori, divisi per classi secondo interessi omogenei, e confermato dal giudice; il giudice fallimentare accerta che non sussista la probabilità che all' approvazione non segua la liquidazione ovvero la necessità di un' ulteriore riorganizzazione, a meno che esse non siano previste nel piano; la conferma segna la data in cui le obbligazioni contenute nel piano divengono vincolanti e si sostituiscono alle obbligazioni gravanti sul debitore alla data della richiesta di fallimento. Negli ultimi anni, infine, si è affermato un nuovo istituto definito, con espressione ossimorica, "*liquidating Chapter 11*", ad indicare i casi in cui sussiste già un accordo tra il debitore e i creditori sui modi e tempi della liquidazione: la *petition under Chapter 11* viene qui effettuata al solo scopo di guadagnare tempo, attraverso la moratoria dall' esercizio delle azioni creditorie, al fine di tutelare gli accordi presi ed in attesa di iniziare il procedimento di liquidazione.

Le statistiche degli ultimi anni evidenziano un crollo del ricorso alla procedura di *Chapter 11*, dovuto all' aumento della scelta di procedure regolate dalla *state law*, più veloci, economiche e meno pubblicizzate della

procedura in esame regolata dalla legge federale<sup>420</sup> ; appare utile un confronto con quanto accaduto in Italia in seguito all' introduzione dei piani di risanamento e accordi di ristrutturazione: se negli Stati Uniti gli operatori economici mostrano di essere costantemente alla ricerca di procedure più rapide, anche a costo di sacrificare le garanzie, in Italia questa esigenza sembra essere sentita più dal legislatore che dagli operatori, come dimostra lo scarso utilizzo che si è fatto degli accordi di ristrutturazione: l' atteggiamento diffidente degli imprenditori – che, come si è efficacemente detto in dottrina, <<preferiscono il naufragio alla condivisione del timone con i creditori>><sup>421</sup> - fa la parte del leone, ma è indubbio che la zavorra dei presidi penali abbia avuto anche essa un ruolo essenziale in questa opera di “scoraggiamento”. Emerge ancora una volta l' ineludibilità di una riforma complessiva del diritto penale fallimentare, rispetto alla quale l' introduzione dell' art. 217 *bis* l.f. dovrebbe rappresentare un primo, seppur importante, passo. Tornando alle statistiche statunitensi, ben diverso è, invece, il caso delle procedure di ristrutturazione dei grandi gruppi, vale a dire con *asset* superiore ai 50 milioni di dollari: in questi casi si continua a ricorrere quasi sempre al “*Chapter 11*”: si cita, a titolo esemplificativo, la *reorganization* della banca di investimento Lehman Brothers *Holdings Inc.*, la più grande procedura nella storia dell' istituto in esame, con 639 miliardi di dollari in *asset* al momento della *petition*<sup>422</sup>.

La crisi degli ultimi anni ha prodotto una molteplicità di effetti che hanno alterato l' equilibrio complessivo del sistema: una maggior circospezione delle banche finanziatrici, un massiccio intervento del Governo e una maggior spregiudicatezza delle imprese. Emblematico è il caso Chrysler, giunto dinanzi alla Corte Suprema a seguito dell' opposizione dei debitori in

---

<sup>420</sup> Decremento pari al 60 % negli anni 1991-2003. In “Small firms spurn Chapter 11” , Wall Street Journal del 24/01/2007

<sup>421</sup> Greco, *Trust di attuazione di un piano attestato* , in *Trusts e attività fiduciarie*, Gennaio 2014, p. 24

<sup>422</sup> *Bankruptcydata.com*

dissenso con l' accordo di ristrutturazione; non si intende, ovviamente, ripercorrere la vicenda, complessa sia sotto il profilo economico che giudiziario, ma evidenziare le motivazioni dei ricorrenti: il piano di ristrutturazione presentato dall' azienda nell' ambito del "Chapter 11" non era stato elaborato dall' azienda stessa ma dal Dipartimento del Tesoro ed in violazione del principio della priorità dei creditori privilegiati. Si contesta, dunque, enfaticamente il fatto che il Governo stia utilizzando il *Bankruptcy System* in un modo e su di una scala che l' America non ha mai visto prima<sup>423</sup>. E' indice del *self restraint* del potere giudiziario dinanzi alle scelte economiche del Governo, in un frangente straordinario quale quello della crisi, il fatto che la Corte abbia rigettato la richiesta di sospensione del piano. Si può concludere con la constatazione per cui sarà interessante analizzare come si evolverà in Italia il rapporto tra il potere esecutivo e giudiziario rispetto ad interventi di salvataggio imposti dalla crisi. Si tratta, del resto, di procedure peculiari che anche nell' ordinamento italiano hanno ricevuto una disciplina specifica attraverso il ricorso a normative *ad hoc* per il singolo caso, come si dirà nel prossimo paragrafo.

La difficoltà di conciliare il diritto societario con il diritto fallimentare appare, infine, particolarmente sentita negli Stati Uniti, anche a causa della diversa giurisdizione sulle due materie: statale la prima, federale la seconda, nonché della riluttanza dei giudici a sindacare nel merito le decisioni imprenditoriali. Dalla prassi delle *Bankruptcy courts* è nata la cd. *deepening insolvency doctrine*: gli amministratori - nonché i terzi che con costoro abbiano collaborato alla decisione - che in presenza di una situazione di insolvenza contraggano ulteriori prestiti, saranno tenuti a risarcire il danno cagionato alla società stessa. La dottrina<sup>424</sup> sottolinea come si tratti di una

---

<sup>423</sup> *Application for immediate stay of sale orders issued by the Bankruptcy court directed to Justice Bader Ginsburg*, in Gnes, *La decisione Chrysler della Corte Suprema statunitense*, in *Riv. Trim. diritto pubblico*, 2009, p. 1045

<sup>424</sup> Raffaele, *C'è ancora spazio per la cd. deepening insolvency doctrine nel diritto statunitense?*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, vol. I, 2010, p. 668

teoria criticabile, in quanto fondata sulla scia di indignazione per scandali che sembrano ciclicamente riprodursi nel mondo dell' impresa, e non su basi razionali: si sottolinea che non esiste alcuna norma per cui l' amministratore abbia il dovere di procedere alla liquidazione in presenza dell' insolvenza, ed inoltre come non siano chiari né i criteri di determinazione del danno né la legittimazione processuale a farlo valere. La giurisprudenza<sup>425</sup> ha accolto tali critiche con interessanti constatazioni: non si può affermare la responsabilità degli amministratori sulla base del fatto che costoro abbiano cercato di beneficiare la società attraverso investimenti; ciò non implica, infatti, che gli amministratori divengano responsabili per il cattivo esito di tale operazione, rientrando la loro condotta nella legittima elaborazione di una strategia imprenditoriale secondo la *business judgement rule*.

I crimini di bancarotta sono disciplinati nel Titolo 18 dello *United States Code*<sup>426</sup>. Esso è definito come il complesso di norme adottate dal Congresso al fine di stabilire una sanzione criminale per tutti i possibili metodi attraverso i quali qualunque soggetto può cercare di aggirare il *Bankruptcy Act*. Il più importante è la *Bankruptcy Fraud*, crimine che può concretarsi in una pluralità di condotte, aventi quale elemento comune la volontà di alterare fraudolentemente un sistema inteso a dare ai debitori le più ampie *chances* di risanamento, preservando la tutela dei creditori<sup>427</sup>. È interessante notare come, laddove in Italia sia stata contestato l' eccessivo rigore della repressione penale in ambito fallimentare, negli Stati Uniti il problema postosi sia stato esattamente l' opposto, con la definizione critica, data dalla dottrina, dei *bankruptcy crimes* come crimini senza punizione<sup>428</sup>. La sanzione

---

<sup>425</sup>*Treenwick America Litigation Trust vs, Ernst & Young, L.L.P.* , 906 A.2d 168, 195 (Del. Ch. 2006) , citato in Raffaele, *C'è ancora spazio per la cd. deepening insolvency doctrine nel diritto statunitense?* , in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, vol. I, 2010 , p. 668

<sup>426</sup>Art. 151-158, Title 18, U.S. Code, 1978

<sup>427</sup>Peyton Gaumer, *Bankruptcy Fraud, crime and punishment*, in 43 South Dakota Law Review, 1998, p. 527

<sup>428</sup>McCullough, *Bankruptcy fraud, Crime without punishment II*, 102 COM. L.J.1,1997

criminale è ritenuta imprescindibile, data la scarsa efficacia dissuasiva della sanzione civilistica del risarcimento del danno, la cui applicazione non compensa i creditori della perdita subita né impone al debitore oneri maggiori dell' ammontare del suo debito originario; la critica si concentra, dunque, sul fatto che il debitore è incentivato a commettere attività criminali perché sul piano economico non rischia nulla. In alcune occasioni le Corti hanno applicato i *punitive damages* – figura di danno propria del diritto nordamericano avente una funzione non propriamente risarcitoria, ma sanzionatoria<sup>429</sup> – ma anche in questo caso le *chances* per i creditori di recuperare le somme sono scarse.

In tale scenario, il ricorso alla sanzione penale appare quale strumento imprescindibile: i rimedi civilistici, quali il *denial of discharge* oppure il *recover of fraudulent conveyances*, conservano un' utilità, seppur, come si è detto, non sempre avente un fruttuoso esito, come strumenti nelle mani dei creditori per ottenere la restituzione delle somme, ma non certo di deterrenza per il debitore dal commettere condotte fraudolente. Bisogna, tuttavia, considerare che il modello statunitense attribuisce un' importanza notevolmente inferiore al principio della *par condicio*, per cui la formazione delle classi è obbligatoria e avviene sulla base della *similarity* della pretesa, cioè sull' esistenza di cause di prelazione: tutti i crediti chirografari sono simili, mentre ciascun credito privilegiato è diverso dagli altri e dunque appartiene ad una classe autonoma (il numero dei crediti garantiti in questo sistema è di gran lunga inferiore rispetto al sistema italiano). Si riconosce, però, al giudice un' ampia discrezionalità nel valutare la corretta formazione delle classi, e dunque l' ordine di soddisfacimento dei creditori, purché vi sia una valida ragione economica, cioè una ragione legata al conseguimento degli obiettivi del piano. La bancarotta fraudolenta può assumere una pluralità di forme: vi rientrano il crimine dei debitori che dichiarino il falso

---

<sup>429</sup> Sgubbi-Fondaroli-Tripodi, *Diritto penale del mercato finanziario*, Padova, Cedam, 2014

sotto giuramento, manchino di dichiarare beni, o comunque cerchino con diversi strumenti di frode di aggirare il corretto funzionamento delle regole; l'attività di elaborazione di piani finalizzati a frodare i creditori; l'appropriazione indebita di beni costituiti in *trust* da parte del *trustee* (*embezzlement*): condotte diverse aventi a comune denominatore il fatto di inquinare un sistema pensato con lo scopo di dare una possibilità di risanamento ai debitori onesti, nel rispetto delle legittime pretese dei creditori. Il rapporto tra la condotta fraudolenta e la bancarotta può essere di tre diversi tipi: la frode potrebbe precedere la bancarotta, nel senso che un soggetto può ottenere credito commettendo una frode a carico dei creditori; la bancarotta sarà in questo caso inevitabile risultato della frode, nel senso che il debitore chiederà il fallimento al fine di sottrarsi alla responsabilità. In secondo luogo il debitore potrebbe commettere una frode nel quadro della già presentata istanza di fallimento. Infine, il comportamento fraudolento potrebbe essere tenuto nell'ambito della procedura di fallimento, ad esempio qualora il debitore sottragga i beni dal controllo del *trustee*. Quest'ultimo tipo di frode viene spesso commesso nella bancarotta del consumatore, la quale si presenta molto più difficile da scoprire, in quanto non vi sono tracce documentali. Non è necessario, dunque, che il soggetto abbia già presentato istanza di fallimento: la frode può installarsi nel quadro di una futura bancarotta, attesa ed apparentemente inevitabile dato lo stato di insolvenza, e, essendo un crimine che offende anche l'interesse generale dell'ordinamento, non rileva il fatto che in concreto non si sia prodotto alcun danno per i creditori, nonché il fatto che la procedura di fallimento sia "abbandonata", non giungendo ad esito alcuno.

In altri termini, si ritiene che i rimedi civilistici siano sufficienti a tutelare i creditori, laddove, peraltro, questi necessitino effettivamente di essere tutelati; ma che il rimedio penalistico sia imprescindibile alla tutela dell'interesse generale, a che il sistema funzioni correttamente e simili comportamenti siano scoraggiati in futuro. La prova del dolo di frode può

essere desunta dai cd. *badges of fraud*, indici sintomatici della volontà fraudatoria, normalmente l' esistenza di più di uno di essi sarà sufficiente per la giuria a provare l' esistenza dell' elemento soggettivo: si fa l' esempio classico dell' esistenza di rapporti di parentela tra il debitore e il soggetto al quale costui cede un suo bene.

Effettuando un esame che non può non essere di sintesi, si schematizza la *bankruptcy fraud* in quattro diverse condotte criminali<sup>430</sup>: il *concealment of assets*, cioè la condotta del debitore il quale nasconde propri beni al fine di sottrarli alla garanzia creditoria; la presentazione dell' istanza di fallimento più volte in una pluralità di Stati (spesso proprio al fine di occultare il *concealment*), la condotta del debitore il quale volontariamente compili un modulo incompleto o falso e, infine, la corruzione (*bribery*) del trustee nominato dalla Corte. Il dovere di dare corrette informazioni nelle fasi del procedimento grava su tutti i soggetti che vi partecipano, compresi dunque i creditori, i quali sono tenuti a dare dati veridici e precisi nel documento attraverso il quale fanno valere il proprio credito (*proof of claim*). Una forma particolare è poi costituita dalla *petition mill*: uno schema che prevede che un consulente finanziario presenti istanza di fallimento per conto del cliente, un soggetto in cattive condizioni economiche; costui crede di essere aiutato dal consulente finanziario, il quale in realtà ha come unico obiettivo quello di prolungare i tempi del procedimento, poiché dal suo ruolo non soltanto ottiene una cospicua remunerazione, ma, ponendosi quale intermediario, può indebitamente appropriarsi delle somme destinate ai creditori.

Il rischio paventato dalla dottrina è che gli scaltri operatori economici, sia nel ruolo di debitori che di creditori, pongano in essere tali condotte avendo effettuato un' analisi del rapporto costi-benefici, cioè abbiano ritenuto il

---

<sup>430</sup>Peyton Gaumer, *Bankruptcy Fraud, crime and punishment*, in 43 South Dakota Law Review, 1998, p. 527

vantaggio che deriverebbe loro da tali operazioni maggiore rispetto alle potenziali conseguenze penali, e non, che esse comporterebbero se si giungesse ad una condanna; ecco perché si pone la necessità che siano stabilite ed efficacemente applicate pene severe ed effettive. La scarsa efficienza del sistema penale ha indotto in molti casi i creditori a “guardare altrove” : si fa riferimento alla *RICO action* ( *Racketeer Influenced and Corrupt Organization Act*), un’ azione di natura recuperatoria che il singolo debitore può esercitare nei confronti dei terzi per ottenere beni del debitore che costoro detengono a vario titolo. L’ ammissibilità di tale azione è stata negata dalle Corti, in quanto si tratta di una sostituzione del singolo creditore in compiti che solamente il *trustee* potrebbe svolgere, poiché finalizzati a beneficiare l’ intero ceto creditorio, e non il singolo.

### **3) Il modello italiano: evoluzione e prospettive**

#### **3.1 Un approccio innovativo alla crisi d’ impresa**

Gli anni Settanta rappresentano un momento di svolta per il diritto fallimentare italiano<sup>431</sup>: la grave recessione del periodo determina la necessità di ripensare il sistema, quale era stato concepito dal legislatore del 1942, proprio come la crisi economica attuale ha costituito un elemento propulsivo per l'adozione delle recenti riforme. E' a partire da quel momento storico che entrano a far parte del linguaggio fallimentare, nonché comune, termini innovativi quali "procedimento di ristrutturazione" ovvero "salvaguardia della produttività"; si abbandona l'idea che aveva, sino ad allora, costituito il fondamento dell'approccio al dissesto dell'impresa: che l'intervento dell'ordinamento dovesse conseguire solamente allo stato di insolvenza e che l'unica esigenza da tutelare, a fronte di tale stato, fosse il soddisfacimento dei creditori. In assenza di insolvenza era sì prevista una procedura di sostegno all'impresa in difficoltà, l'amministrazione controllata, ma questa rappresentava quanto di più lontano si possa immaginare da una procedura di risanamento: un beneficio concesso all'imprenditore meritevole e totalmente prescindente dalla considerazione delle potenzialità economiche dell'impresa. I casi più gravi di dissesto venivano, invece, solitamente risolti al di fuori delle procedure concorsuali: con un intervento apposito del legislatore che affidasse allo Stato e agli enti pubblici il compito di effettuare il salvataggio. Il ripensamento del sistema fallimentare avviene dunque a partire dagli anni Settanta e si fonda su di un nuovo concetto di risanamento: non più previsto come mera possibilità di esito positivo dell'amministrazione controllata, ma come finalità da perseguire in tutti i casi in cui la crisi fosse reversibile.

E' questo lo spirito con cui viene adottato un provvedimento cardine nella politica di gestione delle grandi crisi aziendali di interesse nazionale e

---

<sup>431</sup>Manganelli, *Gestione delle crisi d'impresa in Italia e negli Stati Uniti: due sistemi fallimentari a confronto*, in *Il Fallimento*, 2/2011, p. 129

salvaguardia dell' occupazione: la legge n. 95 del 1979<sup>432</sup> - cd. Prodi - che introduce l' istituto dell' amministrazione straordinaria. Con la legge n. 391 del 1978<sup>433</sup> era già stato introdotto nella disciplina dell' amministrazione controllata il concetto di risanamento dell' impresa, per cui la possibilità di risanare costituiva presupposto necessario alla richiesta di controllo presentata al tribunale. Si tratta, a ben vedere, di un ribaltamento totale di prospettiva rispetto all' originaria legge fallimentare: se l' intento di questa era garantire la più rapida espulsione possibile del fallito dal mercato, nella convinzione che ciò corrispondesse alla migliore tutela interesse pubblico, lo scopo delle nuove procedure è quello di mantenere quanto più a lungo l' impresa insolvente sul mercato al fine di attuare il risanamento: evidentemente è il concetto stesso di interesse pubblico ad essersi evoluto e la nuova disciplina rappresenta lo specchio di tale evoluzione, nell' ottica, per utilizzare le parole del legislatore, di <<una maggiore sensibilità verso la conservazione delle componenti positive dell' impresa: beni produttivi e livelli occupazionali>><sup>434</sup> La crisi d' impresa, tuttavia, non coinvolge il solo interesse pubblico, ma anche l' interesse privato: l' interesse dei protagonisti del rapporto creditorio a “dire la loro” e - come si è detto nell' introduzione al presente lavoro - sarà necessario attendere le riforme degli anni Duemila perché questo possa ricevere la tutela che merita.

L' istituto della liquidazione straordinaria rimane comunque una colonna portante della disciplina del risanamento e ne sono prova le molteplici modifiche alle quali è stato sottoposto per adeguarlo alle sempre nuove necessità del sistema economico<sup>435</sup>. Nel 2004 entra in vigore la legge n. 39,

---

<sup>432</sup> Legge 3 Aprile 1979 n. 95

<sup>433</sup> Legge 24 Luglio 1978 n. 391

<sup>434</sup> Schema di d.lgs. recante << La riforma organica delle procedure concorsuali di cui al r.d. n. 267/1942 >> , Relazione illustrativa , p. 62

<sup>435</sup> Bonelli, *Le insolvenze dei grandi gruppi*, in (a cura di) Bonelli, *Crisi di imprese: casi e materiali*, Giuffrè, 2011

c.d. Marzano<sup>436</sup>, contenente misure urgenti per la ristrutturazione industriale di grandi imprese in stato di insolvenza, la cui adozione è strettamente connessa al caso giudiziario Parmalat e le cui successive modificazioni si legano anch'esse a celebri casi di crisi d'impresa; prime fra tutte le modifiche apportate con il decreto leggen. 134 del 2008, c.d. Alitalia, relative in particolare ad aziende che svolgono attività di pubblico servizio. Si nota in dottrina come, dinanzi ai più gravi casi di crisi aziendale degli ultimi anni – Parmalat, Volare, Alitalia – il legislatore abbia effettuato la scelta di adottare provvedimenti <<su misura>> : sembra che i governi abbiano fatto propria la valutazione di inadeguatezza dei vigenti istituti, preferendo creare procedure *ad hoc* attraverso il rapido strumento del decreto<sup>437</sup>. Il d.l. 347 del 2003, convertito nella legge cd. Parmalat o Marzano rappresenta, secondo i commentatori<sup>438</sup>, il vero punto di svolta nel diritto fallimentare italiano nella direzione delle procedure verso quella ristrutturazione aziendale, di cui tante volte si è detto; ne costituiscono elementi cardine la degiurisdizionalizzazione della procedura a favore di una gestione di tale fase ad opera dell' autorità amministrativa (oggi il Ministero dello Sviluppo Economico), l'immediatezza dell' ammissione alla procedura da parte di tale autorità sulla base del programma di ristrutturazione, la previsione per la quale qualora, e solo qualora, il programma non venga approvato, si potrà ricorrere alla cessione d'azienda. Questa viene dunque vista come un' *extrema ratio*, poiché la si ritiene scarsamente in grado di tutelare l' integrità del complesso aziendale. Si prevedono, infine, forme di partecipazione diretta dei creditori alla gestione dell' azienda in ristrutturazione: questi, ovvero società da loro partecipate, ovvero società di nuova costituzione le cui azioni sono destinate ad essere loro attribuite per effetto del concordato -

---

<sup>436</sup> Legge 18 Febbraio 2004, di conversione del d.l. 23 Dicembre 2003, n. 347

<sup>437</sup> Pierallini, *Le procedure di amministrazione straordinaria speciali*, in (a cura di) Caiafa, *Le procedure concorsuali*, 2011

<sup>438</sup> Manganelli, *Da Parmalat ad Alitalia: strumenti di gestione della crisi d' impresa*, in *Diritto e pratica delle società*, 2008, p. 24

secondo il meccanismo, mutuato dal “*Chapter 11*”, di conversione volontaria di *debt on equity*, per cui i creditori divengono soci della società ristrutturata con estinzione del loro credito - possono assumere il ruolo di assuntore, cioè di soggetto che gestisce l’attività di impresa e le revocatorie. La legge Marzano ha subito modifiche nel procedimento di superamento di un’ altra crisi aziendale, ancor più grave della precedente perché coinvolgente l’ interesse generale alla continuità nella prestazione dei servizi pubblici essenziali: la crisi del vettore aereo di bandiera. La situazione di Alitalia presentava, inoltre, esigenze diverse rispetto a quelle fronteggiate nel caso Parmalat, in cui si era in presenza di un’ impresa indebitata, ma comunque in grado di mantenere la produzione. Nel caso Alitalia si è reso, pertanto, necessario eliminare la preclusione alla cessione aziendale, vista qui, in particolare nella forma di cessione di ramo d’azienda, come strumento primario e non meramente eventuale di superamento della crisi.

La Corte Costituzionale<sup>439</sup> si è pronunciata sulla distinzione tra procedure liquidatorie e risanatorie, riconoscendo come essa sia priva di rilievo: liquidazione e risanamento non esprimono il contenuto delle procedure quanto piuttosto il loro esito, esito che, tuttavia, è estremamente variabile, come lo sono le dinamiche aziendali ad esso sottese. Nota la Corte come il risanamento sia per lo più ottenuto attraverso quella cessione di azienda o ramo di azienda, che altro non è se non una liquidazione; specularmente, la continuazione dell’ attività di impresa in crisi può avere un senso anche in vista di una futura cessione dei beni aziendali, al fine di preservare il valore di questi per un proficuo realizzo. Il valore di utilità sociale del risanamento aziendale trova le sue radici nella Costituzione, come affermato dalla Corte Costituzionale nel caso Alitalia.<sup>440</sup> Questo ha posto in luce nel nostro paese

---

<sup>439</sup> Numerose sono state le questioni di illegittimità Cost. relative alla legge “Parmalat” e al decreto “Alitalia”, relativamente agli art. 3, 41 e 42 Cost. , tutte definite con la declaratoria di infondatezza.

<sup>440</sup> Corte Costituzionale, 22 Luglio 2010, n. 270

il problema di conciliare il rispetto della concorrenza e la tutela della libertà di iniziativa economica da una parte è l' intervento dello Stato a protezione dell' operatore economico al fine di evitarne la liquidazione, dall' altra; intervento tanto più necessario in quanto si trattava di una società esercente un pubblico servizio. La Consulta afferma che, nel caso concreto, debba essere data precipua importanza al carattere dell' impresa, quale esercente un servizio pubblico essenziale, alla necessità di garantirne la continuità ed al rilevante valore aziendale; in una parola, alla gravità ed eccezionalità della situazione. Si può notare come si tratti dei medesimi argomenti utilizzati dalla Corte Suprema statunitense nel caso Chrysler e come entrambi i casi abbiano avuto le medesime ripercussioni sui creditori: il fatto che l' azienda sia stata scissa in una parte destinata alla liquidazione e una destinata alla ristrutturazione ha fatto sì che si venissero a creare due gruppi di creditori: i creditori della *bad company*, pagati in percentuale nell' ambito della procedura concorsuale, e i creditori della *good company*, fornitori di beni e servizi strategici non dismessi nel corso della procedura e infine ceduti alla nuova società, pagati al 100 % ; in altri termini creditori pagati ben più degli altri chirografari e anche dei privilegiati, che sono risultati soddisfatti al 29 %. Si tratta di una conseguenza di non immediata percezione ma connotata alla continuazione aziendale<sup>441</sup>.

Bisogna sottolineare come l' Unione Europea si sia trovata essa stessa tra due fuochi: da una parte i principi dell' economia di mercato a libera concorrenza, dall' altra la necessità di evitare le nefaste conseguenze sul piano sociale, che costituiscono il prezzo da pagare per questa concezione della concorrenza come <<distruzione creativa>><sup>442</sup> : la “morte” dell' impresa e con essa dei posti di lavoro e del territorio in cui opera. Il punto di

---

<sup>441</sup> Bonelli, *Le insolvenze dei grandi gruppi*, in (a cura di) Bonelli, *Crisi di imprese: casi e materiali*, Giuffrè, 2011

<sup>442</sup> Shumpeter, *Capitalism, Socialism and Democracy*, 1942, citato in Merola- Pesaresi, *La crisi delle imprese e il diritto dell' unione europea in materia di aiuti: cenni storici, tendenze e prospettive*

equilibrio deve essere trovato nel concetto di mantenimento dell' impresa sul mercato: questo non può intendersi come "accanimento terapeutico"<sup>443</sup>, prevedendosi che l' aiuto, salvo casi eccezionali, possa essere concesso *una tantum*, né come "rianimazione" dell' impresa, cioè un intervento immediato finalizzato a tamponare la crisi (si distingue tra il temporaneo aiuto al salvataggio e il duraturo aiuto alla ristrutturazione), ma come energica cura volta al durevole risultato del recupero di redditività e competitività.<sup>444</sup> Tale rigidità delle istituzioni europee è stata fortemente ridimensionata dalle esigenze derivate dalla crisi del 2008, trovando il fondamento giuridico nell' art. 107, comma III lett. b ; la Commissione assume le redini degli interventi adottando una normativa *ad hoc* disciplinante l' erogazione degli aiuti di Stato in deroga alla disciplina vigente e fondata su due linee di intervento: misure di immediata ricapitalizzazione e misure di ristrutturazione a lungo termine. Il sostegno immediato alle banche era peraltro subordinato all' impegno di queste a presentare piani di ristrutturazione, dove necessari – in presenza di una crisi non meramente congiunturale – appena ve ne fosse la possibilità. L' importanza del piano emerge laddove si consideri che tra i primi provvedimenti adottati dalla Commissione, in vista di un ritorno alla normalità, nel 2011 c'è proprio l' introduzione dell' obbligo per le banche che chiedano capitali pubblici di sostegno di presentare il piano<sup>445</sup>. Accanto a tali misure troviamo quelle destinate a sostenere le imprese in crisi con prestiti a condizioni agevolate e concessione di garanzie<sup>446</sup>.

---

<sup>443</sup>Stanghellini, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, Bologna, Il Mulino, 2007

<sup>444</sup> Commissione europea, *Ottava relazione sulla politica di concorrenza, 1979. Orientamenti comunitari sugli aiuti di stato per il salvataggio e la ristrutturazione di imprese in difficoltà, 1994 e 2004*

<sup>445</sup>*Comunicazione della Commissione relativa all' applicazione dal 1 Gennaio 2011 delle norme in materia di aiuti di stato alle misure di sostegno alle banche nel contesto della crisi finanziaria*

<sup>446</sup>*Quadro di riferimento temporaneo comunitario per le misure di aiuto di stato a sostegno dell' accesso al finanziamento nell' attuale situazione di crisi finanziaria ed economica*

Laddove il mercato è perfettamente concorrenziale, la competizione ridimensiona l'impresa in crisi<sup>447</sup>, in assenza di mercato, ovvero in presenza di asimmetrie informative sono le procedure concorsuali a svolgere questo compito di ristrutturazione e riallocazione delle risorse, che si affianca e prevale su quello tradizionale di strumento di azione esecutiva collettiva nel rispetto della *par condicio*. Tale processo non può non passare attraverso l'attribuzione di maggiori poteri all'autonomia privata: in una spinta riformatrice coerente con quella che ha investito il diritto societario si sono attribuiti ai creditori dell'imprenditore insolvente poteri assimilabili a quelli, che nella vita "ordinaria" della società sono attribuiti ai titolari del capitale di rischio. La dottrina parla di <<disintermediazione>><sup>448</sup>, ad indicare il fenomeno per cui il ruolo dell'autorità giudiziaria non è più decisionale, ma "facilitatore" di una regolamentazione interamente privatistica dei rapporti; sostenendo però che non è corretto parlare di degiurisdizionalizzazione, poiché la regolazione dei conflitti che possono sorgere dall'esercizio dell'autotutela rappresenta in realtà la forma più pura dell'attività del giudice. La legge del 1942 era una legge *processuale*, mirante a disciplinare <<l'organizzazione legale e procedurale>><sup>449</sup> dei diritti dei creditori preesistenti al fallimento. Il problema di conciliare l'interesse dei creditori al soddisfacimento con l'interesse del mercato all'espulsione dell'impresa inefficiente era del tutto sconosciuto, poiché i due interessi avrebbero trovato naturale composizione nel processo, cioè in una macchina operativa in cui l'autorità giudiziaria avrebbe tutelato entrambi. Un equilibrio destinato inevitabilmente a rompersi, nel momento in cui l'interesse pubblico e la coscienza sociale non avessero più ritenuto sufficiente che a ricevere tutela

---

<sup>447</sup>Grigò, *La riforma del diritto fallimentare. I reati fallimentari*, Libreria Universitaria, 2010

<sup>448</sup> Rovelli, *Un diritto per l'economia. Bilancio di una stagione di riforme. Una scelta di degiurisdizionalizzazione?*, in Di Marzio (a cura di), *La crisi d'impresa, questioni controverse del nuovo diritto fallimentare*, Cedam, 2010

<sup>449</sup> l'espressione è di Bonelli, *Del fallimento*, 1938

fossero i soli creditori, ma che dovessero essere protetti ulteriori interessi, in quanto dipendenti dalla sopravvivenza dell' impresa. A ben vedere il cambiamento del sistema delle procedure concorsuali non dipende dal mutamento del ruolo dei creditori – il cui interesse, seppure il contenuto possa mutare nel corso del tempo, resterà sempre ed inevitabilmente quello a ricevere l' adempimento – ma dall' evoluzione storica dell' interesse pubblico. I creditori assumono la gestione dell' impresa poiché, nel momento in cui la crisi “brucia” il capitale di rischio, “proprietari” dell' azienda divengono i titolari del capitale di credito<sup>450</sup>.

In tale scenario, la divisione dei creditori in classi nel concordato non assume una funzione meramente pratica e formalistica, ma rispecchia un dato di fatto, cioè che i creditori non sono portatori del medesimo interesse; se dunque l' ordinamento non interviene a regolamentare i loro rapporti sarà inevitabile che i creditori più forti prevalgano sui piccoli, non soltanto nel caso in cui ciò sia espressamente previsto dalla legge, cioè nel rapporto tra creditori chirografari e privilegiati, ma in ogni caso. Anche nell' ambito di quei creditori aventi un comune interesse alla continuazione aziendale, vi saranno, infatti, soggetti forti in grado di darsi un' organizzazione a tutela dei propri interessi – si pensi ad un *pool* di banche finanziatrici – e creditori che normalmente non saranno in grado di farlo, ad esempio i fornitori<sup>451</sup>. Potrebbe trattarsi di un fatto non immediatamente percepibile, ma bisogna considerare che non tutti i creditori hanno interesse a che l' impresa rimanga sul mercato in luogo della liquidazione e ripartizione dell' attivo: il rischio è quello di distribuzioni asimmetriche, per cui le risorse create dalla gestione dell' attivo dovranno essere distribuite tra i creditori che, si potrebbe dire, hanno creduto nel risanamento: ciò crea, come affermato in dottrina, una

---

<sup>450</sup> Libonati, *Prospettive di riforma nella crisi d'impresa*, in *Giur. Comm.*, n. 1/2001, p.327

<sup>451</sup> Stanghellini, *La crisi di impresa tra diritto ed economia*, Il Mulino, 2007

<<nuova frontiera>> della *par condicio*, avente ad oggetto il *plusvalore* creato dalla continuazione aziendale<sup>452</sup>.

Da questa analisi deriva la conclusione per cui alla *par condicio* debba riconoscersi un nuovo ruolo: non più quello di norma imperativa, ma quello di obiettivo a cui la procedura concorsuale dovrebbe tendere, conformandolo però alle esigenze che il mantenimento dell'impresa sul mercato porta con sé. Le più recenti scelte del legislatore – si fa riferimento al decreto Alitalia – sembrano aver dimenticato tale principio in nome dell'urgenza e della peculiarità della situazione sulla quale si doveva intervenire; un aspetto criticato dalla dottrina nella constatazione che si sia posta del tutto in secondo piano la tutela dei creditori. In questo modo si è commesso, inoltre, un errore di carattere economico: dato che il creditore, al momento di determinare il costo del credito, prende in considerazione anche il grado di efficienza del sistema di recupero, una scelta di questo tipo potrebbe avere come conseguenza l'aumento del tasso di interesse e, pertanto, andrebbe a discapito dell'impresa<sup>453</sup>.

Sul piano giuridico, poi, si mette in evidenza come la scelta di limitare l'azione esecutiva dei creditori per ragioni diverse da esigenze di carattere processuale, possa integrare una violazione dell'art. 24 della Costituzione. L'autorità giudiziaria assume un ruolo meramente formale, consistente nel valutare, in un termine peraltro ristrettissimo, due requisiti (di insolvenza e dimensionale) senza poter esprimersi in alcun modo, neppure sul piano della legalità formale, rispetto al progetto di risanamento<sup>454</sup>. Si tratta di una scelta intollerabile, soprattutto laddove la si confronti con le procedure adottate nel

---

<sup>452</sup> Rovelli, *Un diritto per l'economia. Bilancio di una stagione di riforme. Una scelta di degiurisdizionalizzazione?*, in Di Marzio (a cura di), *La crisi d'impresa, questioni controverse del nuovo diritto fallimentare*, Cedam, 2010

<sup>453</sup> Marchesi, *Crisi d'impresa e crisi dell'economia, effetti della nuova legge fallimentare sugli investimenti*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2007

<sup>454</sup> Patti, *Crisi d'impresa e ruolo del giudice*, Ipsoa, 2009

sistema che il nostro legislatore ha preso a modello, cioè quello statunitense in cui il ruolo del giudice non è stato in alcun modo svilito: si fa l' esempio del caso Chrysler, in cui il Tribunale è stato chiamato a valutare i caratteri di *fairity* ed *equitability* del piano.

La riforma può, tuttavia, essere vista in un' ottica diversa: come tentativo del legislatore di riconoscere all' autorità giudiziaria quello che si è già definito un ruolo più "puro"<sup>455</sup>: non più di amministrazione di interessi, ma di regolazione di conflitti al di là di ogni approccio formalistico al controllo di legalità; per assumere un ruolo ancora diverso nel caso in cui la tutela degli interessi dei creditori sia in secondo piano rispetto all' interesse generale, cioè nelle situazioni in cui la regolamentazione dei rapporti non è né giudiziaria né privatistica, ma politico-amministrativa. Si fa riferimento a quelle occasioni in cui, per dirla con le parole di un commentatore<sup>456</sup>, il <<tanto osannato>> mercato ha mostrato tutti i suoi limiti, così da imporre un intervento, rapido e costoso al <<tanto vituperato>> Stato.

Costituisce una testimonianza del fenomeno la più recente riforma dell' art. 217 *bis* l.f., che estende la portata applicativa dell' esenzione alle operazioni di cui all' art. 22 *quater*, comma I, del d.l. n. 91 del 2014<sup>457</sup>: la norma fa riferimento ad imprese sottoposte a commissariamento straordinario per l' esecuzione del piano di tutela ambientale e sanitaria di cui alla legge n. 125 del 2013<sup>458</sup>; essa mira a sostenere la corretta e proficua gestione dell' impresa commissariata, consentendole di contrarre finanziamenti prededucibili, anche se individuati solo nel tipo, funzionali all' adozione delle misure di tutela ambientale e sanitaria, ovvero alla continuazione dell' esercizio dell' impresa. Ebbene, tale funzionalità è attestata dal Ministro dell' Ambiente,

---

<sup>455</sup> Lo Cascio, *Crisi d' impresa e ruolo del giudice (regole del mercato, soluzioni giudiziali e negoziali, tutele dei conflitti)*, Milano, 2009

<sup>456</sup> Alessandri, *Diritto e pene nello scenario della crisi*, in *Giur. Comm.*, n. 1/2010, p. 671

<sup>457</sup> D.l. 24 Giugno 2014, n. 91. Convertito con modifiche nella legge 11 Agosto 2014, n. 116

<sup>458</sup> Legge 30 Ottobre 2013 n. 125, di conversione del d.l. 31 Agosto 2013 n. 101

sentito quello dello Sviluppo economico, nel primo caso e dal ministro dello Sviluppo economico, sentito quello dell' Ambiente nel secondo: si è dunque in presenza di una disciplina derogatoria - tanto sul piano civilistico, con la prededuzione, quanto su quello penalistico, con l' esenzione - la cui applicabilità si fonda su di un controllo prettamente politico.

Sotto il profilo penale la scelta che è stata fatta - a partire dal d.l. n. 26/1979 e confermata dal d.lgs. 270/1999 - è quella, fortemente limitativa, di estendere alle procedure finalizzate al risanamento dell' impresa la disciplina prevista dalla legge fallimentare, senza porsi il problema della conciliabilità, o piuttosto della inconciliabilità, di regole poste rispetto ad una procedura finalizzata ad espellere l' impresa dal mercato, e dunque fondate su di un' <<intransigente>><sup>459</sup> difesa patrimoniale dell' attivo, con procedure finalizzate al risanamento. Un approccio fortemente limitativo, avallato dalla Corte Costituzionale<sup>460</sup>, in nome dell' interesse supremo da tutelare: il soddisfacimento dei creditori. Nel d.lgs. 270/1999 sono previste soltanto tre norme di natura penale: la previsione che dispone l' applicabilità all' amministrazione straordinaria delle disposizioni penali previste nella legge fallimentare, equiparando la dichiarazione dello stato di insolvenza alla dichiarazione di fallimento; e le disposizioni che regolano la responsabilità penale dei soggetti coinvolti - commissario giudiziale, commissario straordinario e coadiutori - richiamando la disciplina prevista nella legge del 1942 per il curatore. A questa si aggiunge la normativa prevista per le cd. procedure speciali. La dottrina sottolinea l' inadeguatezza della disciplina sotto diversi profili<sup>461</sup>: primo fra tutti il fatto che essa si applica ai preposti alla gestione delle società amministrate nella procedura concorsuale (commissario straordinario e commissario giudiziale), soggetti che però, a

---

<sup>459</sup> Fiorella-Masucci, *Gestione dell' impresa e reati fallimentari*, Torino, Giappichelli, 2014

<sup>460</sup> Corte Cost. , n. 185 del 1987

<sup>461</sup> Schiavano, *I reati fallimentari: oggi* , in *Riv. Trim. diritto penale dell' economia*, n. 3/2011, p. 693

differenza del curatore fallimentare, sono titolari della qualifica di pubblico ufficiale.<sup>462</sup> Il decreto Alitalia (d.l. 134/2008) contiene, infine, innovazioni interessanti concernenti il profilo della responsabilità: l' art. 3 prevede una causa di non punibilità che esclude la responsabilità, anche penale, dei soggetti apicali - amministratori, sindaci, dirigenti preposti alla redazione di documenti contabili societari - per condotte tenute nel periodo di tempo indicato dalla norma stessa<sup>463</sup>.

### 3.2 Il nuovo ruolo del diritto penale fallimentare

A conclusione di questo lavoro, e alla luce dello scenario che si è delineato, ci si chiede, dunque, quale spazio debba essere riconosciuto al diritto penale fallimentare. Si osserva in dottrina come la disciplina penale del fallimento costituisca, accanto a quella delle società, il nucleo fondante del diritto penale dell' economia, quale settore del diritto penale speciale. In questa impostazione tradizionale, adottata nei primi corsi universitari di diritto penale commerciale tenuti nel nostro Paese, si diceva che la tutela dovesse avere ad oggetto interessi di natura più patrimoniale che economica. Con ciò si intendeva dire che tali delitti non fossero riconducibili al novero dei reati contro l' economia pubblica, cioè di quei reati posti a protezione della ricchezza non intesa in senso statico, cioè di patrimonio, ma dinamico, cioè rispetto alle sue potenzialità di crescita al di là della dimensione individuale. L' economia pubblica, definibile come complesso delle attività economiche

---

<sup>462</sup>Preziosi, *Nelle liquidazioni coatte amministrative e nelle amministrazioni straordinarie*, in AA.VV. , Trattato delle procedure concorsuali, vol. VI, Torino, Utet, 2012

<sup>463</sup>Astrologo, *Le nuove forme di declinazione della non punibilità*, in Il mercato della legge penale. Nuove prospettive di esclusione della punibilità tra profili sostanziali e processuali, (a cura di) Sgubbi-Fondaroli, Padova, Cedam, 2011

<<nel loro reciproco coordinamento e condizionamento>><sup>464</sup>, riceve nella disciplina penale una tutela caratterizzata da quelle contraddizioni derivanti da <<spinte antinomiche>><sup>465</sup>: da un lato la concezione liberista dell' economia, incline a limitare l' intervento dello Stato nella vita economica, dall' altro l' ideologia interventista del regime fascista. La riconduzione dei reati fallimentari al diritto penale economico troverebbe giustificazione non sul piano del bene giuridico, ma su di una mera connessione criminologica, in quanto accomunati ai reati "economici" dal fatto di essere inquadrabili nello scenario dell' attività di impresa<sup>466</sup>. I *white collar crimes*, tra i quali rientrano i reati fallimentari rappresentano l' abbandono della concezione <<criminocentrica>> del diritto penale<sup>467</sup>: il confine fra lecito ed illecito, e dunque la rilevanza penale delle fattispecie, è sempre più difficile da delimitare; le condotte si inquadrano in contesti di per sé leciti, che tuttavia, presentando margini di rischio, necessitano di particolari cautele. In tale scenario, il presidio penale non appare adeguato se il precetto non rinvia ad un retroterra normativo *extrapenale* - nel caso del diritto fallimentare, alla normativa civilistica - le cui regole ne definiscono e delimitano la rilevanza. La crisi economica è in grado di ridefinire i limiti del diritto penale dell' economia? La risposta a questa domanda è certamente positiva, laddove si considera che essa ha influenzato la direzione assunta dal diritto sotto due diversi punti di vista. Innanzitutto ha condotto ad un arretramento del diritto penale: ci si riferisce a quei sistemi, strumenti ed istituti *extrapenali* di soluzione della crisi d' impresa che vanno a "recuperare" situazioni spesso già penalmente rilevanti; il che pone il problema dei rapporti tra la

---

<sup>464</sup> Pedrazzi, *Economia pubblica, industria e commercio (delitti contro la)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIV, 1965

<sup>465</sup> Marinucci, *Tendenze del diritto penale bancario e bancarotta preferenziale*, in *La responsabilità penale degli operatori bancari*, in (a cura di) Romano, Il Mulino, 1980

<sup>466</sup> Giunta, *Lineamenti di diritto penale dell' economia, vol. I*, nella collana *Trittico giuridico*, Torino, Giappichelli, 2004

<sup>467</sup> Perdonò, *La causa di non punibilità di cui all' art. 217 bis l.f. : una novità in materia di reati di bancarotta*, in *Digesto*

giurisdizione penale e quei soggetti che tali situazioni gestiscono: organi ed autorità di vigilanza ed amministrazione. In secondo luogo, la crisi cagiona un aumento esponenziale dei casi giurisprudenziali in materia penale economica, al quale si somma quella che in dottrina è stata definita come <<vittimizzazione di massa>><sup>468</sup> : il diritto penale economico viene visto come uno strumento in grado di modificare nel senso della virtù quello stesso sistema economico per la cui tutela esso è stato creato. Si impongono agli operatori del settore penale una pluralità di riflessioni: la necessità di vigilare sul corretto comportamento degli intermediari finanziari, tenuti a svolgere una sana e prudente gestione delle risorse; la constatazione per cui le maggiori e più gravi irregolarità nella vita dell' impresa non sono quelle realizzate nella fase di crisi, ma piuttosto nell' ordinaria gestione (avventure azzardate, assunzione di rischi irrazionali, opacità dei rischi assunti...)<sup>469</sup> Da tale constatazione deve derivare una nuova concezione della crisi d' impresa, potremmo dire meno oppressiva: non come fase in cui l' impresa debba essere costantemente vigilata, ma al contrario come una fase in cui deve essere "lasciata fare", affinché la difficoltà possa giungere ad un esito positivo. Non mancano in dottrina i timori legati ad una simile impostazione, basti pensare alle riserve mostrate rispetto alla domanda di concordato "in bianco" , laddove si è paventato che il tempo concesso all' imprenditore per predisporre il piano potrebbe essere utilizzato da costui per porre in essere manovre fraudolente a danno dei creditori.<sup>470</sup> Infine la constatazione per cui le cause della crisi d' impresa, così come del fallimento, sono sempre nuove: si pensi alla banca statunitense Lehman, fatta fallire come "monito", ovvero

---

<sup>468</sup> Foffani, *Economia e diritto penale nel tempo della crisi: una nouvelle vague dell' intervento giudiziario?* , relazione al convegno "Economia e diritto penale nel tempo della crisi" , Palermo, 15/16 Novembre 2013. L' autore utilizza l' espressione facendo riferimento all' impressionante numero di 75000 denunce presentate dai risparmiatori nel caso Parmalat.

<sup>469</sup> Alessandri, *Evoluzioni e prospettive del diritto penale economico, ibidem*

<sup>470</sup> Rossi, *L' esperienza giurisprudenziale del diritto penale economico nel tempo della crisi, ibidem*

in Italia al caso Ilva, impresa commissariata a causa di una crisi non dovuta a fattori di mercato, ma ai sequestri disposti dalla magistratura<sup>471</sup>.

La prima domanda che ci si deve porre verte, dunque, sulla capacità del diritto penale di essere valido strumento di regolazione del mercato: se lo strumento penalistico sia un rimedio imprescindibile per la tutela degli interessi coinvolti nell'attività di produzione e scambio, ovvero se la sua presenza debba limitarsi a livelli minimi, essendo un intervento che ecceda tali livelli qualificabile in termini di inconcludenza ed antieconomicità. Appare utile il confronto tra gli ordinamenti penali, in rapporto ai casi di reati di impresa che hanno caratterizzato questi ultimi anni di crisi negli Stati Uniti e in Italia<sup>472</sup>: nel nostro Paese si è avuta una significativa riduzione della repressione – si pensi alla disciplina del falso in bilancio – negli Stati Uniti (*Sarbanes-Oxley Act, 2002*) l'introduzione di pene draconiane: fino a venticinque anni di reclusione per il medesimo reato, ma si pensi anche ai centocinquanta anni di carcere comminati al finanziere Madoff. Se si guarda all'esito di tale disparità ci si avvede però di come il luogo in cui la crisi economica è iniziata sia stato, appunto, quello con la legislazione penale più invasiva. Ne deriva una conclusione: l'idoneità del diritto penale, con i valori che esso veicola nella coscienza collettiva, ad essere mezzo di *eticizzazione* del mercato può essere sostenuta, ma la sua idoneità a costituire strumento di regolazione del mercato non rappresenta niente di più che un' <<illusione>><sup>473</sup>.

Il diritto penale fallimentare, si ritiene di dover ribadire ancora una volta, ha cambiato il suo ruolo nel corso degli anni: se nell'impostazione della legge del 1942 era corretto parlare di reati fallimentari, in quanto volti a punire il fallimento, elemento perturbatore dell'ordine economico-politico; l'

---

<sup>471</sup> Sgubbi, *Crisi d'impresa, procedure di salvataggio e reati fallimentari*, *ibidem*

<sup>472</sup> Alessandri, *Delitti e pene nello scenario della crisi*, in *Giur. Comm.*, n. 5/2010, p. 671

<sup>473</sup> Di Amato, *Il diritto penale come strumento di regolazione del mercato*, in *Rivista di diritto dell'impresa*, n. 4/2013

evoluzione storica ha condotto a parlare di reati concorsuali, non più legati al fallimento, ma a nuove procedure e presupposti. Oggi sembra più corretto ampliare la formula utilizzata, parlando di reati d'impresa<sup>474</sup>, cioè di fattispecie connesse ad un ciclo di attività dell'impresa non necessariamente liquidatorio, quali strumenti di controllo *a posteriori* di una corretta gestione della stessa. La tutela dei diritti dei creditori – valore che già si era sostituito al rispetto delle regole deontologiche della classe mercantile nel passaggio dal codice del 1882 alla legge del 1942 – cessa di essere lo scopo della procedura, ma continua ad essere oggetto della tutela penale: da ciò deriva lo squilibrio con la disciplina *extrapenale*, di cui tante volte si è parlato nel nostro lavoro, e la necessità di approntare strumenti di bilanciamento tra i diversi valori, come appunto l'esenzione *ex art. 217 bisl.f.* Il diritto penale mantiene un ruolo sussidiario, ma la sussidiarietà assume una pluralità di sfaccettature: si diceva che l'intervento penale a tutela dei creditori, per non interferire con la libera esplicazione dell'attività economica, dovesse intervenire solamente in una situazione patologica della vita dell'impresa, cioè l'insolvenza; affermazione che resta vera oggi, ma alla quale si aggiunge un'ulteriore precisazione: la sfera di rilevanza penale delle condotte è delimitata dalla natura che alle stesse viene riconosciuta sul piano *extrapenale*, cioè quella di condotte idonee alla conservazione dell'impresa. La medesima risalente dottrina parlava dei reati fallimentari come di un'isola, rimasta a presidiare diritti soggettivi in un sistema che ormai guarda ad altri interessi. Rimanendo nella metafora, si potrebbe dire che l'avvicinamento alla terraferma è ormai in corso ed è inarrestabile.

Un diverso orientamento<sup>475</sup> sminuisce l'innovazione apportata dalla riforma sotto il profilo del bene giuridico tutelato, sottolineando come il fatto che essa abbia ampliato la valorizzazione degli interessi dei creditori non implichi che

---

<sup>474</sup> Sgubbi, *I reati fallimentari e la procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, in *Giur. Comm.*, n. 6/1983, p. 856

<sup>475</sup> Di Amato, *Diritto penale dell'impresa*, Milano, Giuffrè, 2006

si sia accantonato il bene che è prioritariamente posto ad oggetto giuridico di tali reati: il regolare svolgimento dell' economia; ne è testimonianza il fatto che non opera, rispetto a tali reati, la scriminante del consenso dell' avente diritto né esiste alcun reato fallimentare perseguibile a querela, a differenza di ciò che avviene, dopo la riforma, rispetto ai reati societari: se il legislatore del 2002 ha mostrato di avere una sensibilità diversa rispetto a quello del 1942, lo stesso non si può dire del coevo legislatore fallimentare. Questa ricostruzione può essere accolta, a condizione però di delineare in termini innovativi il contenuto della tutela pubblicistica: se nell' impostazione originaria l' interesse pubblico era quello di eliminare dal mercato l' imprenditore fallito, oggi deve essere descritto in termini diversi, appunto, come si è detto, come complesso di interessi di rilievo sociale facenti capo all' impresa e pertanto suscettibili di essere compromessi da una *mala gestio*<sup>476</sup>. Il cambiamento investe il ruolo stesso dell'impresa<sup>477</sup>: questa può ancora essere definita come attività economica dell' imprenditore? La risposta è positiva, tenendo presente, però, che si tratta di una definizione riduttiva, rispetto al nuovo ruolo che l' impresa viene ad assumere, e che trova nella fase della crisi la sua più completa affermazione: bisogna infatti smentire la concezione tradizionale per la quale a subire le conseguenze della crisi sia l' imprenditore. La crisi colpisce, infatti, altri interessi, primo fra tutti, nel diritto fallimentare, l' interesse dei creditori; si tratta di interessi spesso contrapposti e che trovano un ordine nell' impresa stessa; in altri termini, nell' interesse dell' impresa. Parte della dottrina<sup>478</sup> individua, pertanto, in tale interesse il bene giuridico leso dai reati di bancarotta, come

---

<sup>476</sup> Vietti, *Diritto fallimentare e prospettive di riforma: la disciplina della crisi dell' impresa a regola della relazione commerciale*, in Convegno Nazionale di Studi, *La riforma delle procedure concorsuali: conservazione e liquidazione dell' impresa, par condicio creditorum e tutela dei diritti dei terzi*, Alba 23 Novembre 2003

<sup>477</sup> Bavetta, *Il diritto dell' impresa in crisi*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, vol. I, 1988, p. 351

<sup>478</sup> Mangano, *L' impresa come bene giuridico nei reati di bancarotta*, Padova, Cedam, 1998

è testimoniato proprio dalla rilevanza penale dei pagamenti preferenziali; questa si produce nel momento in cui la condotta del debitore non lede solamente l' interesse di taluno dei creditori - perché altrimenti ogni pagamento sarebbe qualificabile come preferenziale in presenza di più di un creditore – ma l' interesse dell' impresa: cioè nel momento in cui questa si trova in stato di insolvenza o quando è il pagamento stesso ad esserne causa; in altri termini quando il pagamento, prima che all' esterno, crea un pregiudizio all' interno dell' impresa.

La bancarotta si presenta come reato “funzionale”<sup>479</sup>, vale a dire un reato che presenta, quali elementi essenziali l' abuso di poteri ovvero la violazione di doveri connessi all' esercizio di un' attività: nei reati di bancarotta, la conduzione di un' impresa nella consapevolezza che questa possa fallire. Non a caso i reati fallimentari non sono reati propri del debitore, ma dell' imprenditore: il fatto di condurre un' impresa commerciale implica la creazione di rilevanti rapporti economici ed il ricorso al finanziamento. Sotto il profilo dell' esenzione di cui all' art. 217 *bis* l.f. , si nota, tuttavia, come la tendenza del legislatore sia quella di ampliarne la portata applicativa– in conformità, ovviamente, al fine di incentivare il ricorso a procedure diverse da quella liquidatoria – anche al di là della stessa legge fallimentare: si fa riferimento alla previsione, introdotta dalla legge n. 221 del 2012,<sup>480</sup> per cui sono esentati i pagamenti e le operazioni posti in essere in esecuzione di un piano omologato di composizione della crisi per soggetti non fallibili *ex* legge n. 3 del 2012<sup>481</sup>: ai soggetti privati - che al momento dell' omologazione del piano non rientravano nella nozione di imprenditore fallibile di cui alla legge fallimentare, ma che abbiano superato le soglie in corso di procedura, essendo poi sopraggiunto il fallimento – non saranno applicabili le fattispecie

---

<sup>479</sup> Fiorella-Masucci, *Gestione dell' impresa e reati fallimentari*, Torino, Giappichelli, 2014

<sup>480</sup> Legge 17 Dicembre 2012, n. 221 di conversione del d.l. 18 Ottobre 2012 n. 179

<sup>481</sup> Legge 27 Gennaio 2012, n. 3

tipiche di bancarotta preferenziale e semplice<sup>482</sup>. Si tratta di una norma introdotta al fine di sostenere le famiglie indebitate nella grave situazione di crisi economica che segna il nostro presente, e di fronte all' aumento del ricorso al credito al consumo. Questo fattore determina il superamento della tradizionale convinzione,<sup>483</sup> per la quale il fallimento può riguardare il solo imprenditore commerciale, in quanto solamente dalle inadempienze di quest' ultimo deriva un danno su vasta scala, – o, se si ritiene di accogliere la concezione pubblicistica, un danno all' economia generale – laddove invece l' inadempimento di coloro che imprenditori commerciali non sono si ripercuote esclusivamente sul rapporto con i creditori: il ricorso al credito per finanziare l' acquisto di beni di consumo implica infatti il coinvolgimento di quei soggetti, banche e finanziarie, tradizionalmente finanziatori dell' attività di impresa, e pone dunque le medesime esigenze di temperamento di una pluralità di opposti interessi<sup>484</sup>. Il fatto che il legislatore intenda attribuire alla nuova normativa un' ampia area di operatività è testimoniato dall' utilizzo del termine sovraindebitamento,<sup>485</sup> formula che indica uno stato di crisi non transitoria, ma strutturale<sup>486</sup>. Il debitore può ricorrere ad un piano di ristrutturazione che preveda il pagamento soltanto parziale dei creditori e che sia attestato da un esperto nominato dal tribunale; se la procedura coinvolge il consumatore, e non il debitore civile, il piano non richiede l' adesione di tutti i creditori, nella constatazione che questi potrebbero non

---

<sup>482</sup> Donelli, , *I continui esperimenti sul diritto penale del fallimento: l' art. 217 bis l.f. prima e dopo il << decreto sviluppo >>*, in *Riv. Trim. Diritto Penale dell' Economia*, n. 3/2012, p. 787

<sup>483</sup> Corte Cost. , 23 Marzo 1970, n. 43

<sup>484</sup> Vezzani, *L' accordo di composizione della crisi e il piano del consumatore nella disciplina del sovraindebitamento*, in [www.ilsovraindebitamento.it](http://www.ilsovraindebitamento.it)

<sup>485</sup> La definizione di sovraindebitamento è contenuta all' art. 6, comma II: si tratta della << situazione di perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte e il patrimonio prontamente liquidabile per farvi fronte, che determina la rilevante difficoltà di adempiere le proprie obbligazioni, ovvero la definitiva incapacità di adempierle regolarmente >>

<sup>486</sup> Merenda, *Profili penali della disciplina sul sovraindebitamento*, in *Cassazione Penale*, n. 10/2013, p. 3355

avere alcun interesse al salvataggio, poiché mentre i creditori dell' impresa sono maggiormente incentivati a collaborare, in vista di una futura continuazione dei rapporti, i creditori del singolo hanno come unico obiettivo quello di soddisfare la loro pretesa. L' omologa del piano produce come effetto l' esdebitazione, cioè la liberazione del debitore dai debiti non pagati.

Sono previste, altresì, art. 19 della legge delle fattispecie penali<sup>487</sup>, modellate sulle fattispecie della legge fallimentare, con l' impiego della tecnica casistica, ma con sanzioni edittali inferiori. Per quel che concerne le ipotesi applicabili al debitore – alle quali si affiancano quelle previste per il componente dell' organismo di composizione della crisi<sup>488</sup>, figura assimilabile al professionista attestatore – di particolare interesse ai fini della presente trattazione è la previsione di cui alla lettera c dell' art. 19: l' esecuzione di pagamenti non previsti nel piano o nell' accordo. Si tratta di condotte potenzialmente lesive della *par condicio*, valore che, si ritiene in dottrina, subisce una tutela attenuata nella legge in esame, poiché su di essa prevalgono le esigenze di tutela del debitore, implicitamente considerato dalla legge soggetto debole del rapporto. Il pagamento non previsto nel piano viene visto, piuttosto, come un' inaccettabile alterazione della procedura di composizione della crisi ed in quest' ottica viene sanzionato con la medesima pena prevista per le altre condotte di cui all' art. 19: a differenza di quanto accade per la condotta preferenziale dell' imprenditore commerciale, la quale, in un' ottica appunto incentrata sulla tutela dei creditori, viene punita meno gravemente rispetto alle altre condotte di bancarotta. Gli art. 217 *bis* l.f.e 19 l. 3/2012, lettera c tracciano <<aree di rischio penale>> aventi la

---

<sup>487</sup>Filippi, *Gli aspetti penali della procedura*, in *Il fallimento*, n. 9/2012, p. 1114

<sup>488</sup>L' organismo di composizione della crisi ha il compito di agevolare la prestazione del consenso da parte dei creditori alla proposta di accordo. Con la previsione di questa figura si applica per la prima volta alla regolazione della crisi d' impresa uno strumento di composizione negoziale dei contrasti, secondo il modello statunitense delle tecniche di *ADR (Alternative dispute resolution)* che prevede l' intervento di un soggetto terzo che svolge attività di mediazione tra il debitore e il ceto creditorio. In Tarolli, *I contratti per la ristrutturazione dei debiti*, in *Giur. Comm.*, fasc. 4/2014, p. 789

medesima estensione<sup>489</sup> e si completano a vicenda: nel primo, il fatto che i pagamenti e le altre operazioni siano esecutivi del progetto di risanamento costituisce causa di esclusione della tipicità rispetto ai reati di cui all' art. 216, comma III e 217 l.f. ; il secondo prevede la rilevanza penale dei pagamenti, in quanto non previsti nel piano di cui all' art. 7 della legge in esame. La rilevanza penale del nuovo istituto rispetto ai reati fallimentari, e, di conseguenza, all'esenzione di cui all' art. 217 bis l.f. non riguarda, ovviamente, il consumatore, ma quei soggetti, originariamente non fallibili, che in corso di procedura potrebbero superare le soglie, cioè i piccoli imprenditori; la rilevanza penale delle condotte è esclusa rispetto a quei soggetti che comunque non potrebbero fallire: privati, professionisti e imprenditori non commerciali.

Si conclude dicendo che le critiche che la dottrina ha mosso alla formulazione dell' articolo 217 bis l.f. devono rappresentare uno stimolo per il legislatore penale a “far meglio” : ad introdurre norme più chiare, a partire dal profilo terminologico, ad evitare convulsi aggiustamenti sulla base della sola necessità di adeguamento del sistema alle riforme civilistiche; e a definire in maniera più precisa i rapporti tra autonomia privata e controllo del giudice, nella consapevolezza che non si può avere come obiettivo quello di ridurre l' intervento dell' autorità giudiziaria e, nel contempo, renderlo inevitabile a causa della nebulosità dei parametri utilizzati nelle norme penali, in oltraggio al principio di tassatività.<sup>490</sup> Si accoglie, pertanto, la riflessione della dottrina,<sup>491</sup> nell' auspicare un complessivo ripensamento della tutela della

---

<sup>489</sup> Spinosa, *Nuova procedura da sovraindebitamento e sanzioni penali: è nata la bancarotta del piccolo imprenditore e del consumatore?* In *Riv. Trim. Diritto Pen. Econ.* , n. 4/2013 , p. 787

<sup>490</sup> Alessandri, *Le soluzioni concordate delle crisi d' impresa*, atti del convegno *Le soluzioni concordate delle crisi d' impresa*, Torino, 8 e 9 Aprile 2011

<sup>491</sup> Donelli, , *I continui esperimenti sul diritto penale del fallimento: l' art. 217 bis l.f. prima e dopo il << decreto sviluppo >>*, in *Riv. Trim. Diritto Penale dell' Economia*, n. 3/2012, p. 787

gestione della crisi d' impresa, nei termini della certezza e dell' autonomia del presidio penalistico.

## **BIBLIOGRAFIA**

## INTRODUZIONE

Flick, *Crisi della impresa e crisi del diritto penale d'impresa*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, vol. I del 1988, p. 476

Jorio, *La riforma fallimentare: pregi e carenze delle nuove regole*, relazione al Convegno di studi “*Il diritto dell'impresa in crisi fra contratto, società e procedure concorsuali*”, Pisa, 2012

Manganelli, *Gestione delle crisi d'impresa in Italia e negli Stati Uniti: due sistemi fallimentari a confronto*, in *Il Fallimento*, 2/2011, p. 129

*Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al Re*, 16Marzo1942, pubblicata in *Gazzetta Ufficiale*, 6 Aprile 1942, anno 82°, n. 81, in [www.gazzettaufficiale.it](http://www.gazzettaufficiale.it)

*Report of the Review Committee on Insolvency Law and Practice*, studio prodromico all'adozione dello *UK Insolvency Act* del 1986, in [www.inlaws.gov](http://www.inlaws.gov)

Rovelli, *Un diritto per l'economia, bilancio di una stagione di riforme: una scelta di degiurisdizionalizzazione*, in *La crisi d'impresa*, a cura di Marzio, Padova, 2010

Zincani, *Il nuovo art. 217 bis l.f. : la ridefinizione dei reati di bancarotta*, in *Il fallimento*, n. 5/2011, p. 517

## CAPITOLO I

Ambrosini–Demarchi, *Il nuovo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 187

Bonfatti–Panzani, *La riforma organica delle procedure concorsuali*, Milano, Ipsoa, 2008, p. 302

Bonsignori–Rainelli, *Abuso del diritto nel concordato preventivo “con riserva”*, in *Giur. Comm.*, fasc. 3, 2014, p. 475

Bricchetti, *Le esenzioni dai reati di bancarotta. L'art. 217 bis l.f.*, in AA.VV. *Trattato delle procedure concorsuali*, vol. VI, Milano, Utet, 2014

Cocco, *Il ruolo delle procedure concorsuali e l'evento dannoso nella bancarotta*, in *Riv. it. di dir. e proc. penale*, n. 1/2014, p. 67

Conca, *L'esonero da revocatoria delle garanzie nei piani attestati e negli accordi di ristrutturazione*, Milano, Paradigma, 2011

Corsi F., *L'azione revocatoria*, in AA.VV., *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, Torino, Giappichelli, 2014

Corsi G., *La revocatoria fallimentare degli atti onerosi*, in AA.VV., *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, Torino, Giappichelli, 2014

D' Orazio, *Lavori in corso sugli accordi di ristrutturazione dopo il d. l. 78/10*, in *Giur. Merito*, fasc. 2, 2011, p. 416

Di Marzio, *Il diritto negoziale della crisi d'impresa*, in *Diritto della banca e della borsa*, 2011

Donativi, *I requisiti della domanda di concordato con riserva (e il difficile equilibrio tra prevenzione degli abusi e eccesso di formalismo)*, in *Rivista delle Società*, n. 6/2013, p. 1162

Corapi - De Donno - Benincasa, *Le procedure concorsuali in un'ottica comparatistica*, in (diretto da) AA.VV., *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, Torino, 2014, p. 401

De Santis, *I controlli del giudice nel piano attestato e nell'accordo di ristrutturazione dei debiti*, in *Il fallimento*, n. 10/2014, p. 1043

Di Lauro, *Il nuovo concordato fallimentare*, in (diretto da) Costa-Frascaroli Santi, *Impresa-Società-Fallimento*, Milano, Cedam 2011

Frascaroli Santi, *Gli accordi di ristrutturazione del debito ai sensi dell'art. 182 bis l.f.*, in AA.VV., *Trattato di diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, vol. V

Frascaroli Santi, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Un nuovo procedimento concorsuale*, in Costa-Frascaroli S., *Impresa, Società, Fallimento*, vol. I

Frigeni, *Linee di credito <<autoliquidanti>> e concordato preventivo*, in AA.VV. , *Società, banche e crisi d'impresa*, Utet, 2014, vol. IV

G. Campobasso, *Manuale di diritto commerciale*, vol. III , (a cura di) M. Campobasso, Milano, Utet, 2013

Iannaccone, *Accordi di ristrutturazione e piani di risanamento: riflessioni a margine di un caso concreto*, in AA.VV. , *Le nuove procedure concorsuali, dalla riforma <<organica>> al decreto <<correttivo>>* , Bologna, 2008

Jorio, *La riforma fallimentare: pregi e carenze delle nuove regole*, relazione al Convegno di studi “*Il diritto dell'impresa in crisi fra contratto, società e procedure concorsuali*” , Pisa, 2012

La Croce, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Giur. It.* , 2010, n. 2470<sup>1</sup>

Mandrioli, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis l.f.* , in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, fasc. V, 2010, p. 610

Marinucci, *La domanda di concordato preventivo dopo il <<decreto sviluppo>>: legge fallimentare e Bankruptcy Code a confronto*, in *Riv. Dir. Proc.* , n. 2/2013, p. 426

Nigro, *Sub art. 67*, in AA.VV. , *La legge fallimentare dopo la riforma*, Torino, Giappichelli, 2010

Pagni, *Evoluzione dell' accordo di ristrutturazione dei debiti, protezione del patrimonio e omologazione*, in *Il Fallimento*, n. 10/2014, p. 1079

Panzani - Tarzia, *Gli effetti del piano attestato e dell' accordo di ristrutturazione dei debiti sugli atti pregiudizievoli*, in *Il fallimento*, n. 10/2014, p. 1063

Panzani, *Il concordato “in bianco”*, in *Il fallimentarista*, n. 10/2012

*Raccomandazione Commissione UE* , n. 2014/135/UE, in *Giur. Comm.* , fasc. 5, 2009, p. 889

Racugno, *Gli obiettivi del concordato preventivo, lo stato di crisi e la fattibilità del piano*, in *Giur. Comm.* , fasc. 5, 2009, p. 889

Sgubbi, *Gli effetti di natura penale del fallimento*, in AA.VV. *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, vol. III, Torino, Giappichelli, 2014

Tarolli, *I contratti per la ristrutturazione dei debiti*, in *Giur. Comm.*, fasc. 4, 2014, p.789

Terranova, *La nuova disciplina delle azioni revocatorie*, in *Dir. Fall.*, 2006, p. 280

Visentini, *Sulle procedure concorsuali*, appunti dalle lezioni, 2012

## CAPITOLO II

Antolisei, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, vol. II, *I reati fallimentari* (a cura di) Grosso-Rossi, Milano, Giuffrè, 2008

Alagna, *La bancarotta dell' amministratore infido ed egoista*, in *Giur. Comm.*, n. 2/2011, p. 614

Alessandri, *Profili penalistici delle innovazioni in tema di soluzioni concordate della crisi d' impresa*, in *Riv. it. dir. e proc. penale*, 2006, p. 111

Antonioni, *La bancarotta semplice*, Napoli, Jovene, 1962.

Audisio, *La revocatoria fallimentare e la bancarotta preferenziale*, in AA.VV., *La riforma del diritto fallimentare*, p. 338

Bricchetti–Targetti, *Bancarotta e reati societari*, in *Teoria e pratica del diritto*, Milano, Giuffrè, 2003

Bricchetti, *La bancarotta preferenziale*, in Padovani, *Leggi Penali Complementari*, (a cura di) AA.VV., Milano, Giuffrè, 2007

Bricchetti, *Profili Penali*, in AA.VV. *Le nuove procedure concorsuali*, (a cura di) Ambrosini, Bologna, 2008

- Bricchetti, in Bricchetti-Pistorelli, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, in *Teoria e pratica del diritto*, Milano, Giuffrè, 2011
- Chiaraviglio, *La bancarotta preferenziale e la soluzione concordata della crisi*, in *Riv. Dott. Comm.* , fasc. 1/2010, p. 196
- Cocco, *Il ruolo delle procedure concorsuali e l' evento dannoso nella bancarotta*, in *Riv. it. di dir. e proc. penale*, n. 1/2014, p. 67
- Cocco, *La bancarotta preferenziale* , in Palazzo-Paliero, *Commentario breve alle leggi penali complementari*, ( a cura di) AA.VV. , Padova, Cedam, 2007
- Cocco, *La bancarotta preferenziale*, Napoli, Jovene, 1987
- Corucci, *La bancarotta e i reati fallimentari*, in Cendon, *Fatto e diritto*, 2008
- Crespi, *Il concorso del creditore nella bancarotta fraudolenta preferenziale*, in *Studi in memoria di Delitala*, Milano, 1984
- D' Alessandro, *Le disposizioni penali della legge fallimentare*, in Cavallini, *Commentario alla legge fallimentare*, Egea 2010
- Donelli, *I continui esperimenti sul diritto penale del fallimento: l' art. 217 bis l.f. prima e dopo il << decreto sviluppo>>*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. dell' Economia*, n. 3/2012, p.787
- Fava, *Bancarotta preferenziale*, in AA.VV. , *Trattato delle procedure concorsuali*, vol. VI , Milano, Utet , 2012
- Fontana, *Quando il fallimento, o anche il suo approssimarsi, vale più della crisi di liquidità ed evita il reato*, in *Diritto e giustizia* , fasc. 4 , 2015, p. 137
- Galgano, *Trattato di diritto civile*, (a cura di) Zorzi Galgano, Cedam, 2014, vol. IV
- G. Campobasso, *Manuale di diritto commerciale*, vol. III , (a cura di) M. Campobasso, Milano, Utet, 2013
- Giorgianni, *Pagamento (diritto civile)* , in *Nuovissimo Digesto italiano*, XII, Torino, 1965

Giuliani Balestrino, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, Torino, Giappichelli, 2012

Giunta, *Revocatoria e concordato preventivo, tutela penale*; in *Diritto e pratica fallimentare*, 2006, p. 37

Ingrassia, *Senza una ragionevole prospettiva di ripresa il pagamento resta preferenziale*, nota a Cass. , sez. V, 5 Dicembre 2013, n. 48802 in [www.pluris-cedam.utetgiuridica.it](http://www.pluris-cedam.utetgiuridica.it)

Insolera, *Riflessi penalistici della nuova disciplina del concordato preventivo e delle composizioni extragiudiziali della crisi d' impresa*, in *Giur. Comm.*, 2006, p. 459

La Monica, *Diritto penale commerciale*, vol. I, *I reati fallimentari*, Milano, 1988.

Mangione, *Riflessioni penalistiche sulla riforma delle procedure concorsuali*, in *Riv. it. di dir. e proc. penale*, 2006, p. 921

Marinucci, *Tendenze del diritto penale bancario e bancarotta preferenziale*, in (a cura di) Romano, *La responsabilità penale degli operatori bancari*, 1979, Bologna, Il Mulino

Monti, *Osservazioni sparse intorno alle vicende storiche del fallimento*, in Cavallini, *Commentario alla legge fallimentare*, Milano, Egea, 2010

Mucciarelli, *L' esenzione dai reati di bancarotta*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2010, p. 1474

Napoleoni, *Frammenti di un' indagine sul dolo della bancarotta preferenziale*, in *Cass. pen.*, 1987, p. 404

Nuvolone, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, 1955

Pagliaro, *Il delitto di bancarotta*, Palermo, Priulla, 1957

Pedrazzi, *Reati commessi dal fallito*, in Pedrazzi-Sgubbi, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito. Art. 216-227*, in (a cura di) Galgano, *Commentario Scialoja Branca*, Bologna, Zanichelli, 1995

Perdonò, *Le circostanze in tema di bancarotta e ricorso abusivo al credito*, in AA.VV. *Trattato delle procedure concorsuali*, vol. VI, Milano, Utet, 2012

Preziosi, *Nel concordato preventivo*, in AA.VV. , *Trattato delle procedure concorsuali*, vol. VI , Utet, 2012

Punzo, *Il diritto di bancarotta*, Torino, 1953

Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, Giuffrè, 2011

Sammarco, *La costituzione di parte civile*, in AA.VV. *Trattato delle procedure concorsuali*, vol. VI, Milano, Utet, 2012

Sandrelli, *Garanzie e bancarotta preferenziale*, atti del convegno “*Garanzie tipiche e atipiche negli istituti di soluzione delle crisi d’impresa: rischi per le banche*” , Milano 6/7 Luglio 2011, Torino, Paradigma, 2011.

Santoriello, *I reati di bancarotta*, Torino, Giappichelli, 2000

Satta, *Diritto Fallimentare*, Padova, Cedam, 1990

Sciumè, *Le procedure concorsuali: una prospettiva storico-comparatistica*, in (diretto da) AA.VV. *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, vol. V, Torino, Giappichelli, 2014

Sereni, *Reati fallimentari e responsabilità personale*, in AA.VV. *Trattato delle procedure concorsuali*, Utet 2012

Serianni, *Il concorso del creditore nel delitto di bancarotta preferenziale: struttura e limiti. La ricettazione fallimentare del creditore*, in *Riv. Dir. e Proc. Pen.* , 1974, p. 204.

Sgubbi, *Profili evolutivi della bancarotta preferenziale*, in (a cura di) Pisani, *Diritto penale fallimentare problemi attuali*, Torino, Giappichelli, 2010

Soana, *I reati fallimentari*, in (diretto da) Fanelli, *Pratica giuridica*, Milano, Giuffrè, 2012.

Spinosa, *Il cd. decreto sviluppo nel sistema della legge fallimentare: i rapporti tra nuove procedure concorsuali e profili di responsabilità penale*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Cont.* , n. 2/2013, p. 100

Tagliarini, *Profili salienti della bancarotta preferenziale*, in *Indice penale*, 1992, p.739

Torrente, *Manuale di diritto privato*, (a cura di) Anelli-Granelli, Milano, Giuffrè, 2013

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.* , n. 2/2010, p.415

Villani, *Le disposizioni penali applicabili nell' ambito del concordato preventivo, della liquidazione coatta amministrativa e dell' amministrazione straordinaria* , in AA.VV.,*Trattato del nuovo diritto concorsuale*, vol. III, Torino, Giappichelli, 2014

Zincani, *Il nuovo art. 217 bis l.f. : la ridefinizione dei reati di bancarotta, in Il fallimento*, n. 5/2011, p. 516

### CAPITOLO III

Alessandri, *Profili penalistici delle innovazioni in tema di soluzioni concordate della crisi d' impresa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* , 2006, p. 111

Amarelli, *I delitti di bancarotta alla luce del nuovo art. 217 bis l.f. : qualcosa è cambiato?* , in *La Giust. pen.*, n. 1/2011, p. 547

Ambrosetti-Mezzetti-Ronco, *Diritto penale dell' impresa*, Bologna, Zanichelli, 2008

Ambrosini, *Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi*, in (diretto da) Ambrosini, *Strumenti del diritto. Diritto Fallimentare*, Bologna, Zanichelli, 2012

Ambrosini, *Il fallimento* , in (a cura di) Cottino, *Trattato di diritto commerciale*, vol. XI, tomo II, Cedam 2009

Antolisei, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, vol. I, *I reati fallimentari* (a cura di) Grosso-Rossi, Milano, Giuffrè, 2008

Antolisei, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, vol. II, *I reati fallimentari* (a cura di) Grosso-Rossi, Milano, Giuffrè, 2008

Battaglini, *Sanzioni amministrative, disciplinari e penali nella nuova legge bancaria*, in *Banca Borsa Titoli di credito*, 1938

Beltrami, *La disciplina dei finanziamenti alle imprese in crisi nelle operazioni di ristrutturazione dei debiti*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, fasc. 1, 2015, p. 43

Bertoli, *Crisi d'impresa, ristrutturazione e ritorno al valore*, Milano, Egea, 2000

Bricchetti, *La esenzione dai reati di bancarotta preferenziale e di bancarotta semplice nel nuovo art. 217 bis della l.f. : causa di esclusione (delimitazione) del tipo, causa speciale di esclusione dell'antigiuridicità o che altro?* in *Il "mercato della legge penale": nuove prospettive in materia di esclusione della punibilità tra profili sostanziali e processuali*, (a cura di) Sgubbi-Fondaroli, Cedam, 2011

Bricchetti, *Le esenzioni dai reati di bancarotta*, in AA.VV., *Trattato delle procedure concorsuali*, Utet, 2012

Bricchetti, *Soluzioni concordate delle crisi d'impresa e rischio penale dell'imprenditore*, in *Le Società*, n. 6/2013, p. 687

Bruschetta, *La ripartizione dell'attivo*, in (a cura di) Didone, *Le riforme della legge fallimentare*, Utet, 2009

Buta, *Tutela dei creditori e responsabilità gestoria*, in AA.VV., *Società Banche e crisi d'impresa*, Utet 2014

Calò - Virgintino, *I crediti prededucibili*, in (a cura di) Caiafa, *Le procedure concorsuali*, Padova, Cedam, 2011

Cerqua, *La tutela penale del concordato e dei piani attestati*, in *Il fallimento* n. 10/2014, p. 1116

Cianci, *I reati e gli illeciti amministrativi della legge bancaria*, in Santoriello (a cura di), *La disciplina penale dell'economia*, Giappichelli, 2008

Ciervo, *Crediti sorti in funzione della procedura concorsuale: solo quelli dell'attestatore sono prededucibili*, in *Giur. Comm.*, n.1/2013, p. 81

- Circolare ABI serie legale n. 9, 8/9/2008, *La concessione abusiva del credito nella recente giurisprudenza*, in *www.bonusargentarius.net*
- Cocco, *Esenzioni dai reati di bancarotta nel nuovo art. 217 bis della legge fallimentare*, in *Leg. Pen.*, n. 1/2011, p. 5
- Cocco, *Il ruolo delle procedure concorsuali e l' evento dannoso nella bancarotta*, in *Riv. it. Diritto e proc. pen.* , n. 1/2014, p. 67.
- Cocco, *La bancarotta preferenziale*, Napoli, Iovene, 1987
- Consulich, *Nolo cognoscere. Il diritto penale dell' economia tra nuovi responsabili e antiche forme di responsabilità <<paracolpevole>>: spunti a partire dal nuovo art. 326 bis l.f. , in Riv. Trim. dir. pen. ec. , n. 3/2012, p. 613*
- Conti, *I reati fallimentari*, Torino, 1991
- D' Alessandro, *Il nuovo art. 217 bis l.f. , in Le Società*, n. 2/2011, p. 201
- D' Alessandro, *Le disposizioni penali della legge fallimentare*, in Cavallini, *Commentario alla legge fallimentare*, Egea, 2010
- De Semo, *Sul reato di ricorso abusivo al credito*, nota a Pretura di Napoli, 30/6/1950, in *Giust. Pen.* , n. 2/1951, p. 85
- Di Amato, *Diritto penale dell' impresa*, Milano, Giuffrè, 2006
- Di Amato, *Postilla sulle implicazioni penalistiche della nuova disciplina dei finanziamenti dei soci alle imprese in crisi*, in *Riv. Dir. dell' impresa*, n. 1/2010, p. 447
- Donelli, *I continui esperimenti sul diritto penale del fallimento: l' art. 217 bis l.f. prima e dopo il << decreto sviluppo>>*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. dell' Ec.* , n. 3/2012, p.787.
- Fabbrini, *Abusiva revoca del credito e accertamento dell' insolvenza*, in *Riv. di dir. fall.*, n. 3-4 del 2005, p. 2395
- Fiorella-Masucci, *Gestione dell' impresa e reati fallimentari*, Torino, Giappichelli, 2014

Fiorucci, *La disciplina dei rapporti bancari*, in (diretto da) Cendon, *Sapere e diritto*, Cedam, 2012

Flora, *Mutui fondiari e concorso in bancarotta preferenziale*, in *Il Fallimento*, 1997, p. 931

Flora, *Verso una nuova stagione del diritto penale fallimentare?* In *Riv. Trim. dir. pen. ec.* , n. 4/2012, p. 891

Fortunato, *La responsabilità civile del professionista nei piani di sistemazione della crisi d'impresa*, in *Il Fallimento*, 2009, p. 889

Giunta, *Revocatoria e concordato preventivo: tutela penale*, in *Dir. e Prat. Fall.* , n. 1/2006, p. 37

Guerini, *La responsabilità penale del professionista attestatore nell'ambito delle soluzioni concordate per le crisi d'impresa*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Cont.*, n. 2/2013

Helfer, *La complicità del professionista nel diritto penale dell'economia*, in *Indice Penale*, n. 1/2013, p. 187

Insolera, *La responsabilità penale della banca per concessione abusiva di credito all'impresa in crisi*, in *Giur. Comm.* , n. 5/2008, p. 841

Intervento del presidente dell'ABI Faissola nell'audizione dinanzi alla Commissione Bilancio del Senato in data 10 Giugno 2010, in [www.old.falcri.it](http://www.old.falcri.it)

Jorio, *La riforma fallimentare: pregi e carenze delle nuove regole*, relazione al Convegno di studi "Il diritto dell'impresa in crisi fra contratto, società e procedure concorsuali", Pisa, 2012, in *Giur. Comm.* , n. 4/2013, p. 697

Iannaccone e associati, Studio Legale (a cura di), *L'erogazione del credito alle imprese in crisi*, in [www.toplegal.it](http://www.toplegal.it)

Lanzi-Cadoppi (a cura di), *I reati societari. Commentario alla legge n. 262/2005 sulla tutela del risparmio*, Cedam, 2007

Liccardo, *Sub art. 67, comma III, lett. d l.f.* , in Lo Cascio, *Codice commentato del fallimento*, Milano, 2008

*Linee guida elaborate dall' Università di Firenze con l' appoggio del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e di Assonime, in [www.cndcet.it](http://www.cndcet.it)*

Lo Cascio , *Il piano attestato di risanamento*, in Di Marzio (a cura di), *La crisi d' impresa. Questioni controverse del nuovo diritto fallimentare*, Cedam, 2010

Lo Cascio, *Il professionista attestatore*, in *Il fallimento*, n. 11/2013, p. 1325

Logroscino-Farro, *Cenni in materia di bancarotta fraudolenta preferenziale alla luce delle novità introdotte dall' art. 217 bis l.f.* , in *Rivista Penale*, n. 4/2013, p. 367

Lottini, *Il nuovo art. 217 bis, una riforma che tradisce le aspettative*, in *Il fallimento*, n. 12/2010, p. 1366

Mandrioli, *Le diverse connotazioni delle crisi d' impresa*, Caiafa (a cura di), *Le procedure concorsuali*, Cedam, 2011

Mangano, *Disciplina penale del fallimento*, Milano, 1987.

Marinucci, *Tendenze del diritto penale bancario e bancarotta preferenziale*, in (a cura di) Romano, *La responsabilità penale degli operatori bancari*, Il Mulino, 1980

Micheletti, *Il ricorso abusivo al credito come reato necessariamente condizionato*, in *Riv. Trim. dir. pen. ec.* , n. 1/2007, p. 23

Micossi-Panzani, *Il Chapter 11, un progresso per l' Italia*, *La Repubblica*, 10 Giugno 2013, in [www.repubblica.it](http://www.repubblica.it)

Migliori, *Crisi d' impresa e Corporate Governance*, in Paolone, *Collana di studi aziendali applicati*, Milano, Angeli, 2013

Mucciarelli, *L' art. 217, bis e la disciplina penale delle procedure di soluzione della crisi d' impresa*, in Bonelli (a cura di), *Crisi di imprese, casi e materiali*, in *Contratti e commercio internazionale*, Milano, Giuffrè, 2011

Mucciarelli, *L' esenzione dai reati di bancarotta*, in *Dir. pen. proc.* , 2010, p. 1474

Mucciarelli, *Stato di crisi, piano attestato, accordi di ristrutturazione, concordato preventivo e fattispecie penali*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. dell' Ec.*, n. 4/2009, p. 825

Musco – Masullo, *I nuovi reati societari*, Milano, Giuffrè, 2007  
Napoleoni, *La bancarotta preferenziale prima e dopo la <<cura>>*, in *Studium Iuris*, 2009, p. 1332

Nieddu Arrica, *Finanziamento e sostenibilità dell' indebitamento dell' impresa in crisi*, in *Giur. Comm.*, fasc. IV, 2013, p. 808

Nigro, *La responsabilità delle banche nell' erogazione del credito alle imprese in crisi*, in *Giur. Comm.*, fasc. 3/2011, p. 305

Nuvolone, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, 1955

Nuvolone, *Ricorso abusivo al credito e insolvenza fraudolenta*, in *Temi*, 1953

Panzani, *L' insuccesso delle operazioni di risanamento delle imprese in crisi e le responsabilità che ne derivano*, in (a cura di) Bonelli, *Crisi di imprese, casi e materiali*, in *Contratti e commercio internazionale*, Milano, Giuffrè, 2011

Panzani-Tarzia, *Gli effetti del piano attestato e dell' accordo di ristrutturazione dei debiti sugli atti pregiudizievoli*, in *Il fallimento*, n. 10/2014, p. 1063

Patalano, *Reati e illeciti del diritto bancario. Profili sistematici della tutela del credito*, Torino, Giappichelli, 2013

Patti, *L' accelerazione delle soluzioni concordate: esperienze applicative*, in *Il Fallimento*, 2010, p. 1093

Pedrazzi, *Reati commessi dal fallito*, in Pedrazzi-Sgubbi, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito. Art. 216-227*, in (a cura di) Galgano, *Commentario Scialoja Branca*, Bologna, Zanichelli, 1995

Pioletti, *Il ricorso abusivo al credito*, in AA.VV., *Trattato delle procedure concorsuali*, vol. VI, Utet, 2012

Pisani Massamormile, *La prededuzione e i finanziamenti alle imprese in crisi*, in *Banca, Borsa, Titoli di credito*, n. 1/2015, p. 1

Poletti, *La responsabilità della banca per diniego del credito nelle decisioni dell' arbitro bancario finanziario*, in *Resp. civile e previdenza*, n. 5/2014, p. 1015

Preziosi, *La responsabilità penale del professionista*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, vol. 6 , Utet, 2012

Preziosi, *Nei piani di risanamento e negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, vol. VI, Milano, Utet, 2012

*Protocollo di risanamento e ristrutturazione; relazioni del professionista*, elaborato dalla Commissione procedure concorsuali ed approvato dal Consiglio Nazionale Dottori Commercialisti. [www.cndcec.it](http://www.cndcec.it)

Rascio, *La legittimazione attiva alle azioni risarcitorie del curatore nel fallimento* , in *Giur. Comm.* , n. 1/2013, p. 146

Relazione dell' ufficio del massimario della Cassazione n. III/09/10 del 3/10/10, consultabile in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it)

Riccio, *Riflessioni afferenti ad ordinanza del tribunale di Milano del 29 Agosto 2014*, fasc. 1/2015, in [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it)

Rossi, *Capitalismo opaco*, Bari, Laterza, 2005

Rossi, *L' esperienza giurisprudenziale del diritto penale economico nel tempo della crisi*, relazione al convegno "Economia e diritto penale nel tempo della crisi", Palermo, 15/16 Novembre 2013, in *Riv. It. dir. e proc. pen.* , n. 2/2014, p. 627

Rovelli, *Un diritto per l' economia, bilancio di una stagione di riforme: una scelta di degiurisdizionalizzazione*, in Di Marzio (a cura di), *La crisi d' impresa, questioni controverse del nuovo diritto fallimentare*, Cedam, 2010

Sandrelli, *Garanzie e bancarotta preferenziale*, atti del convegno "Garanzie tipiche e atipiche negli istituti di soluzione delle crisi d'impresa: rischi per le banche" , Milano6/7 Luglio 2011 , Torino , Paradigma , 2011

Sandrelli, *I reati fallimentari*, in Caiafa (a cura di), *Le procedure concorsuali*, Cedam, 2011

Sandrelli, *Riflessi penalistici della riforma del diritto fallimentare* in (a cura di) Pisani, *Diritto Penale Fallimentare: problemi attuali*, Torino, Giappichelli 2010

Santoriello, *L' imprenditore che non paga l' erario e gli enti previdenziali può essere condannato per bancarotta preferenziale in caso di successivo fallimento?* , in *Riv. Trim. dir. pen. ec.* , n. 1-2 /2012, p. 436

Scaroina, *D.lgs. 385/1993* , in Padovani, *Leggi Penali Complementari*, (a cura di) AA.VV., Milano, Giuffrè, 2007

Scarpa–Fortunato, *Banche e responsabilità civile* in (a cura di) Riviezzo, *Orientamenti di merito*, Milano, Giuffrè , 2008

Schiavano, *Il professionista attestatore nelle soluzioni concordate delle crisi d' impresa: la sua qualifica penalistica*, in *Riv. Trim. dir. pen. dell' ec.*, n. 1/2010, p. 276

Severino Di Benedetto, *Sub art. 137 T.U.B.*, (diretto da) Capriglione, *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova, Cedam; 2001

Sgubbi – Fondaroli - Tripodi, *Diritto penale del mercato finanziario*, Padova, Cedam, 2008

Spinosa, *Il cd. decreto sviluppo nel sistema della legge fallimentare: i rapporti tra nuove procedure concorsuali e profili di responsabilità penale*, in *Diritto penale contemporaneo*, rivista online, n. 2/2013, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)

Stalla, *Autotutela della banca e bancarotta preferenziale*, in *Il fallimento*, 2005, p. 781

Tetto, *Le false o fraudolente attestazioni del professionista ex art. 161, comma III l.f. : alla ricerca di un' evanescente tipicità penalmente rilevante. Commento a Trib. Rovereto*, in *Il fallimento*, n. 7/2010, p. 834

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.* , n. 2/2010, p.415

Troyer, *Le responsabilità penali relative alle soluzioni concordate delle crisi d' impresa*, in *Riv. Dott. Comm.* , n. 1/2008, p. 111

Vassalli, *L' art. 95 della legge bancaria, un precetto primario e un' incriminazione sussidiaria*, in *Banca Borsa Titoli di credito*, n. 1/1959, p. 315

Zincani, *Il nuovo art, 217 bis l.f. : la ridefinizione dei reati di bancarotta*, in *Il fallimento*, n. 5/2011, p. 516

Zocca, *Ristrutturazione e riorganizzazione dell' impresa*, in (a cura di) Caiafa, *Le procedure concorsuali*, Cedam, 2011

#### CAPITOLO IV

Abriani-Giunta, *Finanziamenti a società correlate e postergazione: profili di diritto civile e penale*, in *Le Società*, n. 4/2012, p. 405

Alessandri, *Delitti e pene nello scenario della crisi*, in *Giur. Comm.* , n. 5/2010, p. 671

Alessandri, *Evoluzioni e prospettive del diritto penale economico*, *ibidem*

Alessandri, *Le soluzioni concordate delle crisi d' impresa*, atti del convegno *Le soluzioni concordate delle crisi d' impresa*, Torino, 8 e 9 Aprile 2011

Amarelli, *I delitti di bancarotta alla luce del nuovo art. 217 bis l.f. : qualcosa è cambiato?* , in *La Giustizia Penale*, n. 1/2011, p. 547

Angelici, *La riforma delle società di capitali: lezioni di diritto commerciale*, Padova, Cedam, 2006

Astrologo, *Le nuove forme di declinazione della non punibilità*, in *Il mercato della legge penale. Nuove prospettive di esclusione della punibilità tra profili sostanziali e processuali*, (a cura di) Sgubbi-Fondaroli, Padova, Cedam, 2011

Basile, *Art. 217 bis l.f. e gruppi di società*, in *Banca, Borsa, Titoli di Credito*, n. 2/2013, p. 203

Bavetta, *Il diritto dell'impresa in crisi*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, vol. I, 1988, p. 351

Bonelli, *Del fallimento*, 1938

Bonelli, *Le insolvenze dei grandi gruppi*, in (a cura di) Bonelli, *Crisi di imprese: casi e materiali*, Giuffrè, 2011

Bonfatti, *I concordati preventivi di risanamento*, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it)

Bosticco, *Evoluzione del concordato dopo il decreto sviluppo*, in *Il Fallimento*, n. 6/2014, p. 707

Commissione Europea, *Ottava relazione sulla politica di concorrenza, 1979. Orientamenti comunitari sugli aiuti di stato per il salvataggio e la ristrutturazione di imprese in difficoltà, 1994 e 2004*

*Comunicazione della Commissione relativa all'applicazione dal 1 Gennaio 2011 delle norme in materia di aiuti di stato alle misure di sostegno alle banche nel contesto della crisi finanziaria*

D'Attorre, *Le azioni di responsabilità nel concordato preventivo*, in *Rivista delle società*, fasc. 1, 2015, p. 15

Di Amato, *Diritto penale dell'impresa*, Milano, Giuffrè, 2006

Di Amato, *Il diritto penale come strumento di regolazione del mercato*, in *Rivista di diritto dell'impresa*, n. 4/2013

Donelli, , *I continui esperimenti sul diritto penale del fallimento: l'art. 217 bis l.f. prima e dopo il << decreto sviluppo >>*, in *Riv. Trim. Diritto Penale dell'Economia*, n. 3/2012, p. 787

Filippi, *Gli aspetti penali della procedura*, in *Il fallimento*, n. 9/2012, p. 1114

Fiorella-Masucci, *Gestione dell'impresa e reati fallimentari*, Torino, Giappichelli, 2014

Foffani, *Economia e diritto penale nel tempo della crisi: una nouvelle vague dell'intervento giudiziario?*, relazione al convegno "Economia e diritto penale nel tempo della crisi", Palermo, 15/16 Novembre 2013, in *Riv. It. Dir. e proc. Pen.*, n. 2/2014

Giunta, *Lineamenti di diritto penale dell' economia, vol. I, nella collana Trattico giuridico*, Torino, Giappichelli, 2004

Gnes, *La decisione Chrysler della Corte Suprema statunitense. Application for immediate stay of sale orders issued by the Bankruptcy court directed to Justice Bader Ginsburg*, in *Riv. Trim. diritto pubblico*, 2009, p. 1045

Greco, *Il trust ordinato dal tribunale per conservare l' impresa e i suoi valori*, in *Trusts e attività fiduciarie*, Novembre 2010

Greco, *Il trust quale strumento di soluzione e prevenzione della crisi d' impresa nella riforma delle procedure concorsuali*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2012, p. 212

Greco, *Trust di attuazione di un piano attestato*, in *Trusts e attività fiduciarie*, Gennaio 2014, p. 24

Grigò, *La riforma del diritto fallimentare. I reati fallimentari*, in *Libreria Universitaria*, 2010

Lamanna, *La legge fallimentare dopo il <<decreto sviluppo>>*, Milano, 20112

Libonati, *Prospettive di riforma nella crisi d'impresa*, in *Giur. Comm.*, n. 1/2001, p. 327

Lo Cascio, *Crisi d' impresa e ruolo del giudice (regole del mercato, soluzioni giudiziali e negoziali, tutele dei conflitti)*, Milano, 2009

Lolli, *Il concordato con continuità aziendale mediante l'intervento di terzi nel processo di risanamento: alcune considerazioni*, in *Contratto e impresa*, n. 4-5/2013, p. 1086)

Macagno, *Continuità aziendale e contratti pubblici al tempo della crisi*, in *Il fallimento*, n. 6/2014, p. 667

Manganelli, *Da Parmalat ad Alitalia: strumenti di gestione della crisi d' impresa*, in *Diritto e pratica delle società*, 2008, p. 24

Mangano, *L' impresa come bene giuridico nei reati di bancarotta*, Padova, Cedam, 1998

Marchesi, *Crisi d' impresa e crisi dell' economia, effetti della nuova legge fallimentare sugli investimenti*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2007

Marinucci E. , *La domanda di concordato preventivo dopo il <<decreto sviluppo>>: legge fallimentare e Bankruptcy Code a confronto*, in *Riv. Dir. Proc.* , n. 2/2013, p. 426

Marinucci G. , *Tendenze del diritto penale bancario e bancarotta preferenziale*, in (a cura di) Romano, *La responsabilità penale degli operatori bancari*, Il Mulino, 1980

McCullough, *Bankruptcy fraud, Crime without punishment II*, 102 *COM. L.J.1*, 1997

Merenda, *Profili penali della disciplina sul sovraindebitamento*, in *Cassazione Penale*, n. 10/2013, p. 3355

Minniti, *Il ricorso all' istituto del trust nelle fasi di crisi: problematiche del trust liquidatorio e reato di bancarotta*, in *Riv. Dott. Comm.* , n. 4/2010, p. 809

Nickles-Epstein, *Bankruptcy and related law*, Thomson West, 2006

Nieddu Arrica, *Finanziamento e sostenibilità dell' indebitamento dell' impresa in crisi*, in *Giur. Comm.* , fasc. IV, 2013, p. 808

Nieddu Arrica – Cincotti, *La gestione del risanamento nelle procedure di concordato preventivo*, in *Giur. Comm.* , n. 6/2013, n. 1238

Patti, *Crisi d' impresa e ruolo del giudice*, Ipsoa, 2009

Pedrazzi. *Economia pubblica, industria e commercio (delitti contro la)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIV, 1965

Perdonò, *Le circostanze in tema di bancarotta e ricorso abusivo al credito*, in AA.VV. *Trattato delle procedure concorsuali*, vol. VI, Milano, Utet, 2012

Pesci, *La bancarotta e le operazioni infragruppo*, in (a cura di) AA. VV. , *Trattato delle procedure concorsuali*, vol. VI, Torino, Utet, 2012

Peyton Gaumer, *Bankruptcy Fraud, crime and punishment*, in 43 *South Dakota Law Review*, 1998, p. 527

Pierallini, *Le procedure di amministrazione straordinaria speciali*, in (a cura di) Caiafa, *Le procedure concorsuali*, 2011

Preziosi, *Nelle liquidazioni coatte amministrative e nelle amministrazioni straordinarie*, in AA.VV. , *Trattato delle procedure concorsuali*, vol. VI, Torino, Utet, 2012

Raccomandazione Comm. UE 12/3/14 n. 2014/135/UE, in Bosticco, *Evoluzione del concordato dopo il decreto sviluppo*, in *Il Fallimento*, n. 6/2014, p. 707

Raffaele, *C'è ancora spazio per la cd. deepening insolvency doctrine nel diritto statunitense?* , in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, vol. I, 2010 , p. 668

Rossi, *L'esperienza giurisprudenziale del diritto penale economico nel tempo della crisi*, relazione al convegno “*Economia e diritto penale nel tempo della crisi*” , Palermo, 15/16 Novembre 2013, in *Riv. It. Dir. e proc. Pen.*, n. 2/2014

Rovelli, *Un diritto per l'economia. Bilancio di una stagione di riforme. Una scelta di degiurisdizionalizzazione?*, in Di Marzio (a cura di) , *La crisi d'impresa - questioni controverse del nuovo diritto fallimentare*, Cedam, 2011

Sacchi, *La responsabilità gestionale nella crisi dell'impresa societaria*, in *Giur. Comm.* , fasc. 2/2014, p. 304

Sandrelli, *Le esenzioni dai reati di bancarotta e il reato di falso in attestazioni e relazioni*, in *Il Fallimento*, n. 7/2013. , p. 789

Santoriello, *L'imprenditore che non paga l'erario e gli enti previdenziali può essere condannato per bancarotta preferenziale in caso di successivo fallimento?* in *Riv. Trim. Diritto Penale Economia*, n. 1-2/2012, p. 447

Schiavano, *I reati fallimentari: oggi* , in *Riv. Trim. diritto penale dell'economia*, n. 3/2011, p. 693

Sgubbi-Fondaroli-Tripodi, *Diritto penale del mercato finanziario*, Padova, Cedam, 2014

Sgubbi, *Crisi d'impresa, procedure di salvataggio e reati fallimentari*, relazione al convegno “*Economia e diritto penale nel tempo della crisi*” , Palermo, 15/16 Novembre 2013, in *Riv. It. Dir. e proc. Pen.*, n. 2/2014

Sgubbi, *I reati fallimentari e la procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, in *Giur. Comm.* , n. 6/1983, p. 856

Shumpeter, *Capitalism, Socialism and Democracy*, 1942, citato in Merola-Pesaresi, *La crisi delle imprese e il diritto dell' unione europea in materia di aiuti: cenni storici, tendenze e prospettive*

Spinosa, *Nuova procedura da sovraindebitamento e sanzioni penali: è nata la bancarotta del piccolo imprenditore e del consumatore?* In *Riv. Trim. Diritto Pen. Econ.* , n. 4/2013 , p. 787

Spolaore, *Il trust nelle soluzioni negoziali della crisi d' impresa*, Milano, Educatt, 2014

Stanghellini, *La crisi di impresa tra diritto ed economia*, Il Mulino, 2007

Tagliarini, *Profili salienti della bancarotta preferenziale*, in *Indice Penale*, 1992, p.739

Tarolli , *I contratti per la ristrutturazione dei debiti* , in *Giur. Comm.* , fasc. 4, 2014, p.789

Vezzani, *L' accordo di composizione della crisi e il piano del consumatore nella disciplina del sovraindebitamento*, in [www.ilsovraindebitamento.it](http://www.ilsovraindebitamento.it)

Vietti, *Diritto fallimentare e prospettive di riforma: la disciplina della crisi dell' impresa a regola della relazione commerciale*, in *Convegno Nazionale di Studi, La riforma delle procedure concorsuali: conservazione e liquidazione dell' impresa, par condicio creditorum e tutela dei diritti dei terzi*, Alba 23 Novembre 2003

Woodward, *Insolvency procedure in the U.S.A.* , in AA.VV. , *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, vol. V, Torino, Giappichelli, 2014