UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TORINO
DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza

LA RESPONSABILITÀ DEL DEBITORE E DEL PROFESSIONISTA ATTESTATORE IN CASO DI INSUCCESSO DEGLI STRUMENTI DI COMPOSIZIONE DELLE CRISI D'IMPRESA

Relatore:
Chiar.ma Prof.ssa Alessandra Rossi

Candidato:
Fabrizio Bonato
Matricola n. 746669

Anno Accademico 2015/2016

www.osservatorio-oci.org

www.osservatorio-oci.org

A chi mi ha dato le carte
per giocare questa partita

www.osservatorio-oci.org

Il testo si propone di analizzare gli effetti e le criticità delle novità normative introdotte dal legislatore, in risposta ad una insistente richiesta del mondo creditizio, con l. 30 luglio 2010, n. 122 *ex parte debitoris* e con l. 7 agosto 2012, n. 134 per quanto riguarda il professionista attestatore, prendendo le mosse da una necessaria sezione civilistica e comparatistica volta a ribadire l'inestricabile legame sussistente tra la materia penal-fallimentare e la sua speculare componente commercialistica ed economica, per proseguire con una puntuale trattazione dei tratti salienti dei due temi.

In particolar modo, con riferimento al primo, si procederà all'inquadramento dell'art. 217-*bis* nell'alveo della normativa penal-fallimentare, con specifico riguardo all'iter di introduzione e alle norme incriminatrici interessate dall'esenzione, e alla disamina dei suoi aspetti più controversi tra cui, a parere di chi scrive, spiccano la natura giuridica da attribuire all'esenzione stessa, la diatriba tra l'interpretazione cronologica o teleologica della alla clausola "in esecuzione", l'applicabilità della teoria dei vantaggi compensativi e, per esteso, delle dinamiche di gruppo in materia fallimentare e penal-fallimentare e l'eventuale configurabilità del concorso dell'istituto di credito, in ossequio alle istanze di tipo pratico e concreto che a gran voce hanno richiesto l'emanazione della normativa in oggetto.

In riferimento alla fattispecie realizzabile dal professionista attestatore, il testo principia dall'analisi delle soluzioni interpretative attuate precedentemente al 2012 per garantire il rispetto delle norme di legge in materia di soluzioni concordate alle crisi di impresa, per trattare poi dell'introduzione dell'art. 236-*bis* nel panorama penal-fallimentare, delle caratteristiche della norma incriminatrice e dei suoi non sempre netti confini, soprattutto in relazione alla rilevanza del falso valutativo commesso dal professionista nello svolgimento del compito lui delegato dal legislatore e alle linee guida emanate da AIDEA-IRCDEF per una corretta procedura di attestazione.

In conclusione, si tenterà brevemente di individuare a quali punti di criticità le normative in oggetto abbiano posto rimedio e quali, invece, rimangano ad oggi insoluti e su cui sarebbe d'uopo che il legislatore mettesse nuovamente mano.

www.osservatorio-oci.org

The thesis aims to individuate the effects and the critical issues of the new regulations introduced by the national legislator, at the insistence of credit institutions, with l. 30 July 2010, n. 122 ex parte debitoris and with l. 7 August 2012, n. 134 as far as the professional attestant is concerned, moving by a necessary civil and comparative section designed to confirm the inextricable link between the bankruptcy-criminal law and its correspondent business and economic side, continuing with a specific examination of the most relevant points of the two themes.

Particularly, in reference to the first one, the thesis is analyzing the introduction of art. 217-bis in the bankruptcy-criminal law framework, especially the approval iter and the incriminatory regulations effected by the exemption, and the review of its most controversial aspects including, in this writer's opinion, the legal nature that has to be attributed to the exemption itself, the diatribe between the chronological and teleological interpretation of the "in execution" clause, the applicability of the compensatory benefits' theory and, consequently, of the group dynamics in the area of bankruptcy and bankruptcy-criminal law and the possibility of the complicity of a credit institution, in accordance with the concrete and practical instances that have loudly requested the promulgation of the regulations at stake.

Regarding the crime of the professional attestant, the thesis begins from the scrutiny of the interpretations implemented before 2012 in order to ensure the compliance of the settlement of company crises' law, continuing with the introduction of art. 236-bis in the landscape of bankruptcy-criminal law, its main characteristics and its fluid boundaries, specifically in reference to the relevant of the false evaluation committed by the professional attestant during the task given by the legislator and the guidelines published by AIDEA-IRCDEF for a correct attestation procedure.

In conclusion, the thesis is briefly trying to individuate the critical points resolved by the regulations at stake and the issues which are still unsolved, the ones which the legislator should remedy to.

www.osservatorio-oci.org

INDICE

CAPITOLO I – INTRODUZIONE 1

1.1 Dalla *societas mercatorum* all'oggettivizzazione della procedura concorsuale. Cenni storici 1

1.2 L'evoluzione della normativa europea 8

1.3 Tra la frammentarietà della disciplina civilistica… 19

1.3.1 La riforma del 2005, linee generali 19

1.3.2 Il piano di risanamento attestato (art. 67, comma 3, lett. d L.Fall.) 21

1.3.3 L'accordo di ristrutturazione dei debiti (artt. 182-bis ss. L.Fall.) 24

1.3.4 Il concordato preventivo (artt. 160 ss. L.Fall.) 29

1.3.5 Il giudizio di fattibilità 34

1.4 …e l'attesa di una riforma organica dei reati fallimentari..... 42

CAPITOLO II – ART. 217-*BIS* L.FALL.....54

2.1 Motivi di introduzione della disciplina 54

2.2 Norme incriminatrici su cui ha inciso l'art. 217-*bis* L.Fall. 65

2.2.1 Bancarotta fraudolenta preferenziale (art. 216 comma 3 L.Fall.) 65

2.2.2 Bancarotta semplice (art. 217 L.Fall.) 70

2.2.3 L'estensione dell'art. 217-bis alla bancarotta societaria 73

2.3 I rapporti tra l'art. 217-*bis* L.Fall. e la revocatoria fallimentare..... 76

2.4 La natura giuridica della sentenza dichiarativa di fallimento..... 84

2.4.1 La sentenza "Corvetta" 86

2.4.2 La sentenza "Parmalat": un ritorno al passato 93

2.4.3 Tertium non datur? La sentenza dichiarativa di fallimento come condizione obiettiva di punibilità 100

2.5 Lo spazio valutativo del giudice penale nei diversi strumenti di risoluzione concordata della crisi d'impresa 105

2.6 Quale natura giuridica per l' "Esenzione *dai reati di bancarotta*"? 119

www.osservatorio-oci.org

2.7 La concezione cronologica e teleologica della clausola "*in esecuzione*" 130

2.8 Operazioni infragruppo, bancherotte, vantaggi compensativi ed esenzione *ex* art. 217-*bis* L.Fall. 138

2.9 L'istituto di credito ed il concorso dell'*extraneus* nei reati di bancarotta 150

CAPITOLO III – ART. 236-*BIS* L.FALL. 158

3.1 I motivi di introduzione della disciplina 158

3.2 La qualifica soggettiva del professionista attestatore 164

3.2.1 Tra falsità codificate e concorso eventuale di persone nel reato: le soluzioni pre-riforma 164

3.2.2 Il reato proprio e l'attestatore di fatto 176

3.3 Condotta, rilevanza delle informazioni e falso valutativo 178

3.3.1 La difficile posizione del professionista attestatore 178

3.3.2 L'asimmetria sanzionatoria ed il concetto di "rilevanza" 188

3.3.3 L'attestazione bipartita ed il falso valutativo 193

3.3.4 I principi di attestazione 199

3.4 L'elemento soggettivo ed il momento consumativo del reato..... 203

CAPITOLO IV – BREVI CONCLUSIONI.....210

Riferimenti bibliografici 213

I. Bibliografia 213

II. Sitografia 226

www.osservatorio-oci.org

CAPITOLO I – INTRODUZIONE

SOMMARIO: 1.1 Dalla *societas mercatorum* all'oggettivizzazione della procedura concorsuale. Cenni storici – 1.2 L'evoluzione della normativa europea – 1.3 Tra la frammentarietà della disciplina civilistica… - 1.3.1 La riforma del 2005, linee generali – 1.3.2 Il piano di risanamento attestato (art. 67, comma 3, lett. *d* L.Fall.) – 1.3.3 L'accordo di ristrutturazione dei debiti (art. 182-*bis* L.Fall.) – 1.3.4 Il concordato preventivo (artt. 160 ss. L.Fall.) – 1.3.5 Il giudizio di fattibilità – 1.4 … e l'attesa di una riforma organica dei reati fallimentari.

1.1 Dalla *societas mercatorum* all'oggettivizzazione della procedura concorsuale. Cenni storici

L'attuale disciplina normativa delle procedure concorsuali, così come risultante dalle ultime modifiche apportate al r.d. 16 marzo 1942, n. 267, è la conseguenza di un progressivo sviluppo delle teorie giuridiche e, soprattutto, del modo di intendere il diritto fallimentare e le rilevanti norme penalistiche ad esso connesse.

Al fine di comprendere al meglio le istanze che hanno condotto all'attuale regolamentazione, tuttavia, è necessaria una breve digressione storica.

Più in particolare, pare doveroso analizzare quali furono le contingenze e le necessità che portarono alla nascita del concetto di fallimento, ed il punto di partenza non potrà che essere il diritto romano.

Nel momento di massimo sviluppo del diritto romano la "ricchezza" era intesa quale frutto di un felice incontro tra la concezione della proprietà immobiliare quale principale fonte di reddito ed il generale favore nei confronti di comportamenti e gestioni patrimoniali volte alla sola conservazione della ricchezza medesima.[1]

[1] GALGANO, in CICU, MESSINEO, MENGONI (già diretto da) e SCHLESINGER (continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale, Le società in genere. Le società di persone*, Giuffrè, Milano, 2007, 217.

www.osservatorio-oci.org

Il ceto dei proprietari terrieri, soggetti "forti" dell'epoca romanistica, riceveva sostentamento dalle sole rendite derivanti dai possedimenti immobiliari; l'ammontare di tali rendite, tuttavia, era talvolta insufficiente al mantenimento del tenore di vita dell'elitè romana.

La soluzione prospettata, come la storiografia ha avuto modo di dimostrare ampiamente, fu il progressivo ricorso all'istituto dell'ipoteca; tale tendenza rende evidente come la classe dirigente preferisse gravare i propri beni immobili piuttosto di porre in essere atti di commercio e confluire, per certi versi, nel nascente ceto mercantile.

L'accento va anche posto, da questo punto di vista, sulla dilagante clandestinità che caratterizzava lo strumento ipotecario.

La volontà dei proprietari terrieri era, infatti, incentrata sull'ottenimento del risultato senza con questo causare un detrimento della propria posizione sociale, cosa che un sistema pubblicitario relativo ai vincoli posti sui loro possedimenti avrebbe certamente comportato.

La possibilità di tenere una siffatta condotta deriva direttamente, come sopra accennato, dalla benevolenza verso il ceto di cui si discorre e, per esteso, dal trattamento favorevole accordato allo stesso da normativa e giuristi; la posizione debitoria, d'altro canto, faceva da contraltare al favore summenzionato ed era caratterizzata da grande rigore.[2]

La breve disgressione, non inutile ai fini della comprensione e della visione d'insieme, conduce ad una delle motivazioni del sentimento di repulsione e

[2] La prima forma di tutela creditoria nel diritto romano si può rinvenire nella legge delle XII tavole, che dava diritto al creditore all'esecuzione personale contro il debitore, sulla base dell'istituto della *manus iniectio*; non si distingueva, ovviamente, la posizione di un debitore dolosamente o fortuitamente inadempiente.
Una distinzione in questo senso, per quanto estremamente primitiva, venne operata dalla *Lex Poetelia Papinia* emanata, in accordo con la storiografia, tra il 428 ed il 441.
La normativa di epoca romana propriamente detta si completa con la *Lex Iulia* del 737, in cui si incardinava l'istituto della *bonorum venditio* dei beni del debitore sulla *fictio iuris* della successione a titolo universale del creditore al debitore stesso.
La successione era basata sulla *fictio mortis* del debitore, posto in posizione di grave inferiorità per il carattere infamante dell'artifizio giuridico in questione.
Per ulteriori precisazioni e bibliografia cfr. CONTI, *Diritto penale commerciale. I reati fallimentari*, Utet, Torino, 1991, 5 ss.

www.osservatorio-oci.org

diffidenza che, intrinseco al sistema romanistico, ha accompagnato il ceto mercantile durante gran parte della sua storia.

A questo punto risulta necessario introdurre il secondo protagonista di questo *excursus* storico: il ceto mercantile o, per meglio dire, la *societas mercatorum*.

Per correttezza espositiva bisogna indicare, *in limine*, che il sorgere dell'istituto fallimentare fu dovuto non tanto, e non ancora, all'affermarsi delle compagnie mercantili, quanto alla necessità di disciplinare le posizioni di *mercatores* singolarmente intesi (quelli che oggi potrebbero essere definiti imprenditori individuali)[3].

I primi riferimenti ad una vera e propria *societas*[4] di mercanti paragonabile, con i dovuti e marcatissimi distinguo, ad una antesignana società in nome collettivo, si hanno nel Basso Medioevo[5].

Nel fertile contesto comunale, infatti, si assistette ad una fioritura dei commerci dopo un'epoca di stagnazione e, di conseguenza, ad un associazionismo mercantile dovuto a ragioni di sicurezza dei traffici e di maggiori possibilità di profitto.

La prima, fondamentale, differenza con il sopracitato diritto romano si rinviene proprio nella finalità dell'azione di tali soggetti.

---

[3] JORIO, in CAIAFA (a cura di), *Le procedure concorsuali, Patrimoni destinati ad uno specifico affare: la gestione fallimentare*, Cedam, Padova, 2011, 1231.

[4] Della sussistenza di una *societas mercatorum* ha trattato anche la Suprema Corte. Cfr. Cass. Civ., 8 febbraio 1982, n. 772, in *Foro it.*, 1982, I, 2285.

[5] Nel 1150, stando alla storiografia, venne redatto il *Constitutum usus* pisano, strumento finalizzato alla liquidazione generale del patrimonio del debitore in modo ufficioso. La procedura risente dei valori comunali: l'imprenditore è commerciante che accede al credito a fini di finanziamento della propria attività; il fallimento ha valore non soltanto economico-commerciale ma anche, e soprattutto, politico. (PAJARDI-PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, Giuffrè, Milano, 2008, 46 ss.*)*.

La storiografia ha avuto, come ovvio, difficoltà nell'identificazione dell'esatto momento di comparsa di queste compagini societarie.

Per quanto riguarda la società per azioni, invece, si usa convenzionalmente ricondurre la sua comparsa alla fondazione nel 1407 del Banco di San Giorgio di Genova.

Cfr. CONTI, *Diritto penale commerciale. I reati fallimentari*, Utet, Torino, 1980, 10; PIOLA, *Società commerciale, parte generale*, in *Digesto Italiano*, vol. XXI, Utet, Torino, 1903-1905, 5 ss.

www.osservatorio-oci.org

Il diritto romano prediligeva la conservazione patrimoniale, il ceto mercantile impegnava la propria ricchezza al fine di ottenerne di nuova, ulteriore: al fine di ottenere, appunto, profitto.[6]

Anche l'amministrazione della *societas* sfuggiva ai rigidi canoni romanistici.

Essa era infatti fortemente tesa alla circolazione della ricchezza, e ne sono prova l'adozione del sistema di votazione a maggioranza a sostituire lo statico sistema dell'unanimità e l'attenuazione del vincolo di dominio assoluto sui proprio beni che ogni socio operava "conferendo" una parte degli stessi in società.

Il sospetto nei confronti di un soggetto che seguiva valori completamente diversi da quelli propri della "romanità", ancora basilari ed universalmente riconosciuti nel periodo comunale, non tardò a manifestarsi.

La situazione con cui il ceto mercantile si trova a confrontarsi è dunque caratterizzata da una fortissima sfiducia da parte della generalità dei consociati e dalla conseguente difficoltà nei traffici.

La risposta della *societas mercatorum* consistette in un comportamento incentrato e teso al recupero della fiducia da parte della popolazione; gli esponenti del ceto mercantile, infatti, erano convinti dell'impossibilità di raggiungere i propri obiettivi economici senza godere dell'approvazione sociale.

Uno dei più evidenti strumenti a ciò finalizzati si può individuare, per tornare alla materia d'interesse, nella disciplina sanzionatoria del fallimento.

Il fallimento di un appartenente al ceto mercantile era visto, al tempo, come un duplice danno; da una parte, infatti, il *debitor fugitivus*[7] minava il già difficile rapporto tra la *societas* e la generalità dei consociati e, dall'altra,

[6] PAJARDI-PALUCHOWSKI, *Manuale cit.*, 46 ss.

[7] Così vennero anche definiti dal famoso giureconsulto Baldo degli Ubaldi, il quale rileva come "*falliti dicuntur fraudatores. […] falliti sunt infami et infamissimi et more antiquissimae legis creditoribus dilaniandi…*" (*Consilia*, Venezia, 1575, n. 400, 3.), come riportato in CONTI, *Diritto penale cit.*, 1991, 11.

www.osservatorio-oci.org

rappresentava un'intollerabile violazione di un sistema interno di regole cetuali caratterizzato da un'assoluta rigidità[8].

La concezione del fallimento e, per esteso, del fallito, era connotata da una sorta di responsabilità oggettiva e dalla presunzione assoluta della malafede del soggetto non più in grado di far fronte alle proprie obbligazioni; ne è una prova il preminente carattere sanzionatorio[9] della normativa riferita all'insolvente, indipendentemente dalla circostanza che questi si rendesse incolpevolmente o colpevolmente tale. [10]

La visione del tempo è ben riassunta dal brocardo *decoctor ergo frauditor*.

La drastica impostazione descritta è stata, a partire indicativamente dalla fine dell'età medievale[11], scalzata da una razionalizzazione della disciplina, riassumibile in alcuni punti.

In primo luogo si ha una sempre più netta distinzione tra fallimenti colpevoli ed incolpevoli[12].

L'evoluzione dottrinaria porta al superamento della responsabilità oggettiva del decotto e l'emersione di istituti diretti, da una parte, alla prevenzione del

---

[8] RONDINONE, *Il mito della conservazione dell'impresa in crisi e le ragioni della "commercialità"*, Giuffrè, Milano, 2012, 17.

[9] Cfr. CONTI, *Diritto penale cit.*, 1980, 4. L'autore sostiene che "*il diritto penale societario, pur obbedendo ai principi generali del diritto criminale, ha in notevole parte carattere sanzionatorio di principi civilistici.*".

[10] Testualmente ABRIANI, *Diritto fallimentare. Manuale breve*, Giuffrè, Milano, 2008, 74.

[11] In zone geografiche di particolare prosperità commerciale si è avuta una più compiuta regolamentazione delle varie ipotesi di insolvenza e dei mezzi per controllarla e reprimerla; in particolare si dettarono norme per la formazione della massa passiva e apparvero le figure dei rappresentanti dei creditori.

[12] La distinzione, non del tutto nuova alla concezione del tempo, venne compiutamente individuata da Benvenuto Stracca (*Decisiones et tractatus varii de mercatura*, 1553, *De conturbatoribus sive decoctoribus*, III, 2).

Egli sostenne l'esistenza di differenze tra coloro "*qui fortunae vitio decoquunt*", coloro che "*suo vitio conturbant fortunas et rationes*" e quelli che "*partim suo vitio partim fortunae decoxerint*" (testualmente cfr. CONTI, *Diritto penale cit.*, 1991, 11.).

È da notare come questa distinzione, tuttavia, comporti un inasprimento delle pene del debitore fraudolentemente insolvente, a fronte di una sostanziale mancanza di miglioramento per la posizione del debitore "onesto ma sfortunato".

È questa una situazione che si estende trasversalmente ai regni italiani e finanche oltralpe. Ne sono prova, per citare alcuni esempi, la costituzione di Milano del 1541, la bolla papale di Pio IV comminante la fustigazione e la pena della reclusione per il debitore dolosamente insolvente, fino ad arrivare alla pena capitale prevista all'art. 143 dell'ordinanza di Orleans emanata da Carlo IX nel 1560.

www.osservatorio-oci.org

verificarsi della crisi d'impresa e, dall'altra, al permettere una risoluzione della stessa alternativa rispetto alla totale cessione dei beni ai creditori; questo cambio di prospettiva ha come finalità una più efficiente ricollocazione dell'impresa risanata sul mercato, con l'obiettivo di evitare di privarsi di una potenziale fonte di profitto.[13]

In secondo luogo, ma certamente non meno rilevante, il fulcro della disciplina passa dalla concezione soggettiva, che intendeva sanzionare le inadempienze del singolo socio, ad una oggettiva.

Il presupposto dell'attivazione di una procedura concorsuale diventa, dunque, lo stato di insolvenza o, talora, lo stato di crisi dell'impresa, essendo gli inadempimenti dei soci nulla più di una manifestazione della situazione del complesso patrimoniale[14] unitariamente considerato.[15]

L'affievolimento del sentimento di sfiducia e sospetto nei confronti dei mercanti si riflette anche in due corollari di non poco momento.

La situazione di insolvenza dell'impresa viene infatti vista non più come un "tradimento" della fiducia, ma come il concretizzarsi di un rischio di mercato.

L'impossibilità di adempiere alle obbligazioni contratte abbandona sostanzialmente il suo profilo di negatività intrinseca sul compendio aziendale, degradando a mero errore di valutazione sulla capacità di rimborso dell'imprenditore.

La modificata concezione di cui subito sopra ha fomentato la discussione circa la possibilità di estendere la fallibilità anche a soggetti "non commercianti".

---

[13] La questione, del resto, rimarrà centrale anche nel prosieguo della "storia" della disciplina civilistica e penalistica delle procedure concorsuali. Nonostante il tema sia oggetto di trattazione in sezioni successive del presente lavoro, appare utile dare conto di contributo dottrinale che, in periodo di *iure condendo* della riforma dei reati fallimentari, rilevava che "*una cattiva gestione dell'impresa rappresenta sempre un pericolo per i creditori, ma se il diritto penale intervenisse diffusamente con il proprio sindacato, questa opzione probabilmente rischierebbe di produrre molti più danni di quanti riuscirebbe a prevenirne, interferendo pesantemente con le dinamiche economiche ed imprenditoriali.*" (FIORE, in AA. VV., *Crisi dell'impresa e insolvenza. Gli orientamenti della commissione Trevisanato per la riforma dei reati fallimentari: una prima (disilludente) lettura*, Giuffrè, Milano, 2005, 282.).

[14] PANNELLA, *La nuova frontiera dell'insolvenza,* in *www.IlCaso.it*.

[15] ABRIANI, *op. cit.*, 76.

www.osservatorio-oci.org

La motivazione addotta dai sostenitori di tale estensione consisteva in un ragionamento fondato sulla generale inefficienza e sulle diseguaglianze di cui era fonte l'esecuzione individuale e, di conseguenza, dell'affermazione secondo cui "*non vi può essere ragione per cui chi fa credito ad un commerciante debba essere tutelato con maggiore e più intensa efficacia che non chi fa credito ad un non commerciante.*"[16].

La tesi qui prospettata venne tuttavia respinta facendo leva sull'invalsa convinzione che le obbligazioni avessero connotazioni differenti a seconda che fossero contratte con un commerciante o con un soggetto privato, in quanto le prime sarebbero state garantite dal credito personale di cui gode il commerciante, mentre le seconde dal patrimonio del privato.

Il primo soggetto, inoltre, riceverebbe dall'eventuale fallimento gravissimo nocumento, vedendosi precluso l'esercizio ulteriore dell'attività e fungendo, tale conseguenza, per certi versi come garanzia per la società civile del corretto comportamento dell'imprenditore; per ammettere il fallimento del secondo, invece, si sarebbe dovuta compiere una complessa analisi sulla solvibilità dello stesso, che sarebbe andata a diretto danno del soggetto indipendentemente dal suo esito.[17]

In secondo luogo, infine, relativamente al mercato globalmente inteso, il fallimento ha una funzione che si potrebbe definire "depurativa".

Le imprese insolventi vengono infatti espulse dal mercato, che in tal modo mantiene la sua capacità di produrre reddito e, implicitamente, adempie alla sua imprescindibile funzione selettiva.

www.osservatorio-ocl.org

[16] NAVARRINI, *Trattato teorico-pratico di diritto commerciale*, IV, Torino, 1926, 8 ss.
[17] RONDINONE, *op. cit.*, 19.

1.2 L'evoluzione della normativa europea

Lo sviluppo del diritto delle procedure concorsuali, è doveroso notarlo, non ha avuto ovunque un uniforme sviluppo.

Nelle diverse zone europee, infatti, ha avuto spesso un percorso più agevole e maggiore velocità rispetto a quanto non sia accaduto con riferimento alla normativa italiana, forsanche a causa del fermento commerciale che permeava queste aree più che la penisola italiana.

La disciplina inglese, in particolare e prima di altre, è riuscita a far proprie le istanze di cui sopra si discorreva[18] ed il conseguente cambio di prospettiva.

Il percorso di adeguamento alla situazione materiale ha condotto il *common law* ad incentrare la propria attenzione sul fine principale della procedura concorsuale: la risoluzione dello stato d'insolvenza[19].

Il venir meno di una concezione sanzionatoria del fallimento, almeno per quanto riguarda il caso del debitore insolvente per motivi che esulino da un suo comportamento fraudolento[20], ha dunque permesso alla disciplina inglese di pervenire, tramite l'istituto della *discharge*, ad una sintesi tra le pretese creditorie e le ragioni del debitore, strutturando una normativa ispirata al pragmatismo e scevra di molte inutili valutazioni ideologiche.

---

[18] SGARD, *Bankruptcy law, majority rule, and private ordering in England and France (seventeenth-nineteenth Century),* Oxford Sciences Po Research Group, 2010, 4. L'autore indica come "*many seventeenth and eighteenth century trader's books actually make the point that an arrangement with an insolvent merchant is a viable option if it allows the debtor to liquidate progressively and on better terms*", soprattutto in quanto "*to settle disputes in court is* ex ante *the least preferable option for merchants. Courts take time and are costly, reputation costs are typically high, and all private dealings are revealed to the public eye.*".

[19] KADENS, *The last bankrupt hanged: Balancing incentives in the development of bankruptcy law,* in *Duke Law Journal,* 2010, 1304 ss. L'autrice indica testualmente "*Vengeance and retribution may not have been explicit goals of the bankruptcy law, but they have contributed to the manner in which creditors and society at large viewed bankrupts.*"

[20] KADENS, *op. cit.* La situazione che l'autrice riporta è quella di "*Creditors (that) wanted revenge, or they wanted the bankrupt to suffer, or they wanted him to serve as an example. Creditors wanted the debtor to pay his victims figuratively as well as literally, and they wanted to make sure that bankruptcy was viewed with such horror that community pressure alone would deter others. At a certain rather visceral level, it seems, punishment was more important than ensuring cooperation.*". Pare evidente, da queste righe, il riferimento a quella riprovazione sociale citata più sopra, temuta dalla *societas mercatorum* e, probabilmente, principale fonte della durezza delle disposizioni sanzionatorie riferite al fallimento.

www.osservatorio-oci.org

L'istituto citato, in particolare, presente anche nell'ordinamento statunitense, consente al debitore una sorta di cancellazione dei debiti dopo che siano trascorsi dodici mesi dalla dichiarazione dello stato di insolvenza, nell'ottica di un oculato reinserimento nel circuito produttivo.

Tali strumenti sono manifestazioni empiriche di quello che viene definito "*London Approach*", concetto teorizzato nel Regno Unito e che vale a nuova dimostrazione del cambiamento di prospettiva rispetto al tradizionale modo di intendere, e di risolvere, la crisi d'impresa e l'insolvenza.

Si fa riferimento, con la formula sopracitata, alla volontà degli istituti di credito britannici, di concerto con Bank of England, di contribuire al raggiungimento di accordi per la ristrutturazione dei debiti di impresa, al fine di massimizzare il "*going concern*", vale a dire la possibilità di produrre reddito dell'impresa medesima; l'affermazione di questa concezione, inoltre, non può prescindere dalla considerazione concreta secondo cui i creditori avranno un miglior rimborso della propria esposizione tramite l'utilizzo di *out-of-courts workouts* rispetto ad una tradizionale procedura di fallimento[21].

L'affermazione di un modello di approccio alle crisi d'impresa come quello sopra descritto ha avuto larghissimo seguito a livello globale e, in particolare, ha notevolmente influenzato le esperienze asiatiche.

Sull'opposta sponda dell'Oceano Atlantico l'esperienza statunitense è riuscita, mutuando alcuni aspetti da quella britannica, ad operare un ulteriore avanzamento sul terreno della sintesi tra tutela del mercato e "tutela" del soggetto insolvente.[22]

---

[21] Il concetto esposto è indicato anche dall'IMF (LARYEA, *Aproaches to Corporate Debt Restructuring in the Wake of Financial Crises, IMF Staff Position Note*, 2010, 16).
L'autore riporta come "*Under the leadership of the Bank of England, UK banks developed the London Approach as a set of informal guidelines on a collective process for voluntary workouts to restructure debts of corporates in distress, while maximizing their value as going concerns. The initiative grew from the recognition that creditors would likely achieve better returns through collective efforts to support an orderly rescue of a firm in distress, instead of forcing it into a formal insolvency.*".

[22] GHIA-SEVERINI-PICCININNI, *Trattato delle procedure concorsuali*, vol. I, Utet, Torino, 2010, 245.

www.osservatorio-oci.org

È innanzitutto doveroso rilevare come due siano i principi che permeano l'ordinamento federale statunitense in materia fallimentare: l'essere "*debtor oriented*"[23] ed il non considerare il ricorso a procedura di tipo concorsuale come un male da evitare ad ogni costo.[24]

Il *Bankrupcty Code* prevede, infatti, la possibilità di un confronto quanto più possibile aperto tra creditori e debitore, eventualmente stimolato dal giudice[25] e finalizzato ad una composizione della crisi d'impresa.[26]

Il beneficio del debitore di ottenere una *discharge* sulle proprie obbligazioni, evitando così "*any personal liability for certain specified types of debts*" e di mettersi al riparo da ogni azione esecutiva da parte dei creditori in relazione alle suddette obbligazioni[27], tuttavia, non è attivabile in relazione alla generalità delle posizioni debitorie.

---

[23] SKEEL, *Debt's Dominion, A History of Bankruptcy Law in America*, Princeton University Press, Princeton and Oxford, 2001, Introduction, 1; l'Autore definisce il Sistema fallimentare statunitense come informato alla "*pro-debtor ideology*".

[24] SKEEL, *op. cit.*, 1, secondo cui "*No one wants to wind up in bankruptcy, of course, but many U.S. debtors treat it as a means to another, healthier end, not as the End.(...) In 1987, Texaco filed for bankruptcy, at a time when it had a net worth in the neighborhood of $ 25 billion. Two years earlier, Texaco had been slapped with the largest jury verdict ever, a $ 10.53 billion judgement to Pennzoil for interferencing with Pennzoil's informal agreement to purchase Getty Oil. When Texaco filed for bankruptcy, no one thought for a moment that the giant oil company would be shut down and its assets scattered to the winds. Texaco filed for bankruptcy preemptively, to halt efforts by Pennzoil to collect on the judgement and to force Pennzoil to negotiate a settlement. The strategy worked, and Texaco emerged from bankruptcy two years later*."

[25] Il giudice può arrivare fino all'estremo di un'approvazione del piano con il consenso di una sola delle classi in cui può essere diviso il ceto creditorio. Tale pratica, definita *cram down*, si basa sul ritenere ingiustificato il rifiuto del piano, in quanto esso non comporterebbe, se approvato, una *deminutio* nella posizione creditoria.

[26] *Chapter 11, US Bankruptcy Code.* In particolare, come è riportato dal medesimo U.S. *Department of Justice*, la procedura di cui al *Chapter 11* "*Is used mostly by businesses. In chapter 11, you may continue to operate your business, but your creditors and the court must approve a plan to repay your debts. There is no trustee unless the judge decides that one is necessary; if a trustee is appointed, the trustee takes control of your business and property*.".

[27] ARTALE, *I reati concorsuali nel sistema giuridico statunitense. Spunti comparativi per una revisione interpretativa dei reati fallimentari*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 9; secondo l'Autore il rilievo per cui "*quando, al termine della procedura, la persona fisica ottiene il discharge le obbligazioni (patrimoniali) contratte sono annullate e i creditori non potranno più ottenere l'adempimento*" sarebbe il motivo per cui la maggioranza delle istanze di *bankruptcy* relative alle persone fisiche è presentata dal debitore stesso: "*esiste la possibilità teorica che l'istanza sia presentata anche ad opera dei creditori (involuntary petition), ma, nella prassi, ciò accade di rado, stante l'impossibilità, una volta avviata la procedura, di*

www.osservatorio-oci.org

Lo stesso *Bankrupcty Code* si premura di indicare espressamente l'esclusione dalla *discharge* di alcune tipologie di debiti fiscali e, punto di grande interesse ai fini della presente trattazione, le "*obligations affected by fraud or maliciousness*[28]"; l'onere di provare che le obbligazioni in questione siano caratterizzate dai requisiti richiesti dalla normativa per l'esclusione dalla *discharge* spetta, tuttavia, ai creditori che propongono opposizione alla procedura stessa[29].

La *ratio* della possibilità di esclusione, in ogni caso, ricalca la netta distinzione tra la figura di un debitore onesto[30] e, perciò, meritevole di tutela da parte dell'ordinamento e quella di un debitore che ha posto in essere atti dispositivi viziati da fraudolenza nei confronti dei creditori.

Con l'obiettivo di facilitare la composizione della crisi e di approntare un ulteriore strumento per una risoluzione alternativa alla totale liquidazione[31], la normativa statunitense prevede anche l'istituto di cui al *Chapter 13, Title 11* del medesimo *Bankruptcy Code*.

Tale opzione "*enables individuals with regular income to develop a plan to repay all or a part of their debts"*, in un lasso di tempo compreso tra i tre ed i cinque anni.[32]

---

conseguire, per il creditore appunto, il soddisfacimento integrale ed individuale del proprio credito (ogni azione giudiziale individuale viene sospesa, c.d. automatic stay) e la relativa facilità, per il debitore, di ottenere il discharge.".
Si veda anche, sul punto, SKEEL, *op. cit.*, 8.

[28] *Us Bankrupcty Code, Chapter 11, Section 523 (a), (2),(4) and (6).*

[29] GROGAN *v.* GARNER, 498 U.S. 279 (1991). Il *leading case* sancisce, come riportato anche dalla *National Bankruptcy Review Commission*, che "*a creditor bears the burden to prove each element of an exception to discharge by a preponderance of the evidence.*".

[30] Quello che, nella letteratura giuridica statunitense, è stato definito "*the honest but infortunate debtor*" (GEBBIA, *Debt and Crime: Inevitable Bedfellows*, in *Golden Gate University Law Review*, n. 42, 2012, 530.

[31] La procedura liquidatoria statunitense è prevista al *Chapter 7* dell'*U.S. Bankruptcy Code* e viene definita di "*straight liquidation*". Secondo ARTALE, *op. cit.*, 10, il debitore "*dopo aver proposto istanza di bankruptcy è chiamato ad una serie di adempimenti dichiarativi (sulla propria consistenza patrimoniale e reddituale, nonché sulle movimentazioni economiche e finanziarie recenti) ed alla consegna dei propri beni alla Bankruptcy Court.*", con l'eloquente rilievo per cui "*il 75% delle istanze ai sensi del* Chapter 7 *riguarda debitori che non possiedono (o dichiarano di non possedere) alcun bene per ripagare i propri creditori (c.d.* no asset cases*).*".

[32] SKEEL, *op. cit.*, 7.

www.osservatorio-oci.org

La principale differenza tra questa procedura e quella precedentemente descritta risiede nel diverso ruolo accordato al tribunale.

Nella stessa lettera del *Chapter 13*, infatti, si legge che tale istituto "*provides an individual the opportunity to propose a plan of financial reorganization to reorganize their financial affairs while under the protection of the bankruptcy court*", ma soprattutto "*the bankruptcy court has the power to approve a chapter 13 plan without the approval of creditors as long as it meets the statutory requirements under chapter 13*", portando dunque l'influenza dell'organo giudiziario fino all'estrema estensione di poter approvare un piano di riorganizzazione aziendale senza il consenso dei creditori.[33]

La normativa prevede, infine, la possibilità di suddividere i creditori in classi omogenee sulla base delle caratteristiche dei rispettivi crediti e prevedere un pagamento diversificato delle diverse classi, su base percentuale e fermo restando il rispetto delle prededucibilità.

Muovendo dalla crisi delle persone fisiche a quella delle c.d. *distressed corporations*[34] viene in evidenza la fondamentale rilevanza dello strumento disciplinato al *Chapter 11*, *Title 11*, dell'*U.S. Bankruptcy Code*, che si configura anche in questo caso come alternativa ad una procedura puramente liquidatoria.

Ai soggetti apicali della società in crisi è accordato un "*exclusivity period*" in cui essi hanno la possibilità di approntare il piano di riorganizzazione senza subire, grazie all'*automatic stay*, ingerenze da parte dei creditori né, d'altro canto, da parte degli organi della procedura (con particolare riferimento al curatore-*trustee*).[35]

[33] UNITED STATES COURTS website (*www.uscourts.gov*), sulla base della cosiddetta "*cramdown provision*".
[34] Così ARTALE, *op. cit.*, 11.
[35] ARTALE, *op. cit.*, 12.

www.osservatorio-oci.org

Anche in riferimento alla procedura ex *Chapter 11*, poi, è configurabile la facoltà di prescindere dall'approvazione del ceto creditorio ai sensi della c.d. "*cramdown provision*"[36], salvo il rispetto della "*absolute priority rule*"[37].

Si dà nota, infine, di come sia prevista la possibilità, per il *trustee*, di presentare istanza al fine di ottenere la trasformazione della procedura riorganizzativa in procedura liquidatoria, allorquando "*ravvisi l'esistenza di pagamenti preferenziali, o di altre condotte antidoverose da parte del management della distressed corporation.*".[38]

La disciplina italiana ha mutuato, dal canto suo, alcuni aspetti di tali previsioni legislative[39], senza tuttavia arrivare (potrebbe osarsi dire fortunatamente) ad un'eccessiva ingerenza dei tribunali nelle more di una procedura concordata di risoluzione della crisi.

Spostando l'analisi sull'Europa continentale, emergono gli istituti del *redressement* e dell'*Insolvenzordnung*, rispettivamente di matrice francese e tedesca.

L'istituto transalpino costituisce l'unica procedura concorsuale propriamente detta presente nell'ordinamento francese, suddivisa al suo interno in due distinte fasi da cui emerge chiaramente l'orientamento giuridico sul tema.

La fase della *liquidation*, o liquidazione fallimetare, caratterizzata dall'estromissione del debitore dall'amministrazione e dalla disponibilità dei propri beni, è solamente eventuale.

I poteri anzidetti verranno esercitati, nel caso di attivazione della procedura, da un liquidatore fino al termine della stessa, coincidente con l'interruzione dell'attività d'impresa o la cessione della stessa ad un terzo.

---

[36] V. *supra*,14.

[37] ARTALE, *op. cit.*, 13, la definisce come la regola che "*prevede che il debitore sia autorizzato a soddisfare i creditori appartenenti ad una classe inferiore rispetto a quella dissenziente, nonché gli azionisti, solo dopo aver ripagato per intero i creditori appartenenti al comitato che non ha approvato il piano.*".

[38] Testualmente ARTALE, *op. cit.*, 13.

[39] Si pensi, ad esempio, proprio alla possibilità concessa nel concordato preventivo della divisione dei creditori in classi sulla base delle caratteristiche dei rispettivi crediti, con la previsione di un rimborso percentualmente collegato alle stesse (art. 160, comma 1, lett. c L.Fall.).

www.osservatorio-oci.org

In linea tendenziale, tuttavia, le istanze creditorie vengono sacrificate sull'altare del *redressement*, la procedura di risanamento.

La fase di cessione totale dei beni, infatti, è impedita ogniqualvolta sia prospettabile una soluzione alternativa che consenta il mantenimento della capacità reddituale dell'impresa e, per contro, essa è attivabile solamente quale *extrema ratio*, quando ogni altra possibile soluzione risulti impraticabile. [40]

L'istituto del *redressement judiciaire* consiste nell'adozione, da parte del tribunale competente, di un piano di risanamento (eventualmente anche di assai lunga durata) con contestuale prosecuzione dell'attività d'impresa.

La particolarità dell'istituto, al di là dell'evidente strumentalità al ritorno *in bonis* dell'impresa, è l'assenza di un effettivo e pregnante intervento del ceto creditorio nell'approvazione del piano.

I creditori, difatti, vengono solamente sentiti a fini consultivi, con la possibilità di esprimere giudizi e proporre suggerimenti, ma in conclusione il piano viene loro sostanzialmente imposto.

Si tratta qui di un palese *favor debitoris* non nuovo nell'ordinamento francese ma non condiviso dal lato opposto delle Alpi.

Per completare il discorso in relazione all'esperienza francese in ambito di procedure concorsuali, occorre notare che i presupposti di ammissione alle stesse sono stati strettamente regolati dal legislatore.

In accordo con il *Code du commerce*, infatti, il *redressement* è "*Une procédure ouverte à tout débiteur mentionné aux articles L.631-2 ou L.631-3 qui, dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible, est en cessation des paiments.*"[41].

Il requisito, dunque, è l'impossibilità di far fronte al passivo utilizzando l'attivo disponibile, sulla base di una concezione statica che, come vedremo, non sarà condivisa né dal legislatore italiano della riforma del 2005 nella

[40] ABRIANI, *op. cit.*, 76.
[41] *Art. 1631-1, Code du Commerce*.

www.osservatorio-oci.org

fissazione dei requisiti di ammissione alle procedure preconcorsuali né dalla dottrina che si è cimentata con l'interpretazione degli stessi.

La naturale conseguenza di una limitazione dell'ingresso alle procedure concorsuali è un proliferare di istituti che si collocano in momenti precedenti rispetto alla decozione del debitore, finalizzati ad una risoluzione stragiudiziale della crisi d'impresa o, addirittura, a scongiurare la stessa prima che si palesi.[42]

L'istituto tedesco dell'InsO (*Insolvenzordnung)* prevede, dal canto suo, una procedura concorsuale più orientata verso i tradizionali canoni di attenzione particolare al soddisfacimento creditorio.

Tale tendenza, tuttavia, non preclude la possibilità della predisposizione di un piano (*Insolvenzplan)* finalizzato ad una composizione negoziale della crisi d'impresa[43].

---

[42] Si fa qui riferimento alla *Procédure d'alerte* (art.*1161-1 Code du Commerce*), con la quale i Sindaci delle Società commerciali possono intervenire anche presso il competente Tribunale del Commercio locale e presso l'assemblea dei soci per porre rimedio allo stato di insolvenza, e al *Mandat ad hoc* (art. *1611-3 Code du Commerce*), consistente nel formulare una istanza (presentata da chiunque ne abbia interesse) al Tribunale del Commercio competente volta a nominare un soggetto (definito "*mandataire ad hoc*") con incarico predefinito ed una durata prestabilita che ponga in essere una attività di risanamento aziendale.

La normativa francese prevede anche un istituto utilizzabile a scopo preventivo, il *Réglement amiable.* Tale istituto consiste nella possibilità dell'impresa, in caso di difficoltà finanziaria, di domandare al Tribunale Commerciale l'apertura della procedura con la nomina di un conciliatore con incarico di quattro mesi il quale, presa visione dei debiti, cercherà un accordo con i creditori sociali. La principale caratteristica di detto istituto consiste nella cristallizzazione della situazione debitoria, da una parte, e nell'*imprimatur* del Tribunale, dall'altra, previsto al fine di garantire una maggior tutela creditoria mediante l'intervento di soggetti terzi che abbiano previamente ed ufficialmente controllato la situazione patrimoniale del debitore.

Occorre, da ultimo, analizzare l'interessante innovazione operata dal legislatore francese con la L.845/2005, introduttiva dell'istituto della *Procédure de sauvegarde* (art. *1620.1* ss *Code du Commerce*) ed inerente, anch'essa, alla fase anteriore all'insolvenza. Tale strumento si rivolge, in particolare, alle imprese che non abbiano ancora cessato di effettuare i pagamenti e consente loro, da un lato, di tutelarsi dai propri creditori e, dall'altro, di operare una riorganizzazione aziendale. Presupposto per l'ammissione è una dichiarazione del debitori in cui questi affermi che nel breve periodo non sarà più in grado di provvedere ai pagamenti: in sostanza egli non si trova ancora in stato di decozione formale ma, con tutta probabilità, senza una riorganizzazione, in breve non potrà più adempiere alle proprie obbligazioni.

[43] *Section 217, German Insolvency Statute.* La normativa in questione affema:"*Counter to the provisions of this statute, the satisfaction of creditors entitled to separate satisfaction and of the creditors of the insolvency proceedings, the disposition of the assets involved in*

www.osservatorio-oci.org

La rilevante particolarità del sistema di risanamento tedesco, oltre alla già incontrata possibilità della formazione di classi creditorie[44], si può rinvenire nella totale assenza di controllo giudiziario sull'operato del curatore.

Questo soggetto, infatti, non si configura come rappresentante della società insolvente, quanto piuttosto come provvisto di un ruolo ad ampio raggio, con la conseguente capacità di gestire autonomamente la crisi d'impresa, salvo la necessità di ottenere l'approvazione dell'assemblea dei creditori.

Il ruolo del tribunale, dal canto suo, viene in rilievo per l'individuazione di lacune e vizi nella formulazione del piano, che possono essere definiti macroscopici ed in conseguenza dei quali è devoluto all'organo giudiziario il potere di rifiutare il piano *ex officio*.[45]

È interessante notare, anticipando argomenti che saranno trattati nel successivo paragrafo, come soluzione tedesca in riferimento al livello di ingerenza e di controllo proprio del tribunale sarà ripresa, per certi versi, dalla sentenza 1521/2013 della Corte di Cassazione, inerente al problema del giudizio del tribunale sulla fattibilità del piano nelle procedure preconcorsuali.

Dopo una veloce analisi delle manifestazioni del mutamento del modo in cui vengono concepite le procedure concorsuali nei diversi stati europei e negli USA, occorre accennare brevemente a quelle che si sono rivelate essere le *best practices* in materia.

---

insolvency proceedings and their distribution to the parties concerned, as well as the debtor's liability subsequent to termination of the insolvency proceedings, may be settled in an insolvency plan.".

[44] *Section 222, German Insolvency Statute.* "*While determining the rights held by the parties involved in the insolvency plan, groups shall be formed where creditors are concerned with differing legal status. A distinction shall be made between* a) *the creditors entitled to separate satisfaction if their rights are encroached upon by the plan;* b) *the non-lower ranking creditors* and c) *each class of lower-ranking creditors of the insolvency proceedings unless their claims are deemed to be waived pursuant to section 225.*

[45] *Section 231, German Insolvency Statute.* "*The insolvency court shall refuse the insolvency plan* ex officio a) *if the provisions governing the right to submit a p*
lan and its contents are not complied with, and the submitting party is unable to correct such defect or does not correct it within a reasonable period of time fixed by the court; b) *if a plan submitted by the debtor obviously has no chance of being accepted by the creditors or confirmed by the court,* or c) *if the claims provided for the parties under the constructive part of a plan submitted by the debtor obviously cannot be satisfied.*".

www.osservatorio-oci.org

Si fa riferimento, in particolare, alla normativa in vigore in Korea del Sud.

Il legislatore di Seul ha introdotto nel 2002 una disciplina incardinata su due diversi istituti (*Judicial Program under the Insolvency Law* e *Out-of-court proceedings)*, aventi come punto di congiunzione la possibilità per il debitore di ottenere uno "scarico" dei debiti, similmente a quanto accade nell'ordinamento britannico.

La differenza più rilevante tra i due può senza dubbio essere ricondotta al diverso grado di ingerenza da parte del tribunale.

Nel primo infatti è nominato dal tribunale un *Bankruptcy Trustee*[46] che gestisca la crisi d'impresa, dotato di poteri inerenti ai beni dell'insolvente e di discrezionalità in ordine alla decisione di pervenire ad una soluzione negoziale della situazione stessa.[47]

L'utilizzo dell'istituto di derivazione anglosassone del *trust* dimostra in maniera chiara come il punto focale della procedura concorsuale non sia più da tempo la sanzione del soggetto in quanto decotto ma il tentativo di una gestione il più efficiente possibile della situazione di crisi societaria.

Il *trust*, infatti, affonda le sue radici nel negozio fiduciario di origine romanistica, e si caratterizza di conseguenza per avere il suo punto nevralgico nella formazione di un patrimonio separato (*trust fund)*, da una parte, e nell'obbligo di gestire lo stesso sulla base di linee guida ben precisate.

Nel caso di interesse la massa fallimentare si configura, dunque, come patrimonio separato, e il *bankrupcty trustee* riceve dal tribunale le indicazioni per procedere alla liquidazione o, se possibile, al risanamento dell'impresa,

---

[46] Sulla falsariga di quanto previsto al *Chapter 7* del *U.S. Bankruptcy Code.*

[47] KRISHNAMURTI-VISHWANATH, *Advanced Corporate Finance*, Eastern Economy Edition, 2010, 330 ss. Il piano è formalmente redatto dal *trustee*, ma sostanzialmente presentato e discusso in tre successive assemble con i creditori. L'ammissione del piano è tendenzialmente subordinata all'approvazione da parte di determinate maggioranze del ceto creditorio.

Esiste, tuttavia, una *cram down procedure* tale per cui, citando gli autori, "*the court can approve a plan even if any category of claimants rejects the proposed plan, provided the plan is considered by the court to be in the best interest of the parties"*, similmente a quanto accade nel già analizzato ordinamento francese.

www.osservatorio-oci.org

senza ovviamente perdere mai di vista il fondamentale obiettivo del soddisfacimento creditorio.

Il secondo istituto, invece, prevede una più ampia libertà negoziale ed è fortemente improntato al raggiungimento di un accordo stragiudiziale tra il debitore ed i suoi creditori, anche mediante un riscadenziamento delle posizioni debitorie scoperte.

La possibilità di esperire un "*Out of court corporate restructuring accord*" è stata introdotta, nella legislazione sudcoreana, dall'esigenza di procedere alla riorganizzazione dei *Big Five Chaebols*.[48]

L'accordo, suddiviso in due fasi, si compone di un primo momento consultivo in cui i *chaebols* si confrontano con gli istituti bancari di riferimento e con i rispettivi creditori istituzionali.

Riconducendo ad unità le pretese creditorie, da una parte, e le informazioni relative alle condizioni finanziarie ed operazionali dell'impresa, dall'altra, "*it is expected that they will enter into negotiations with cheabol management, culminating, ideally, in a fully consensual restructuring plan for the enterprise.*" [49].

L'opzione di pervenire ad un accordo stragiudiziale, dunque, non fornisce altro che uno strumento idoneo all'incontro di consensi delle parti ma privo, d'altro canto, delle pastoie tipiche di un procedimento di fronte ad una corte.

Questa breve rassegna può facilmente dimostrare, in conclusione, come, nella generalità dei casi, il favore degli ordinamenti sia rivolto ad istituti che possano salvaguardare le giustificate pretese creditorie di rimborso, da un lato, e le comprensibili ragioni del debitore, dall'altro, restando tuttavia primari obiettivi la tutela del mercato e la conservazione di un complesso di beni potenzialmente ancora profittevole.

---

[48] DARROW-LEWIS-PARK-SHIN, *The Debt Restructuring Process in South Korea*, Joint Publication *Orrick/Shin&Kim*, disponibile su *www.colorado.edu*. Gli autori sostengono che "*Chaebols, basically, are family-controlled conglomerates.*", caratterizzati, tuttavia, dalla mancanza della struttura ad *holding* propria, ad esempio, dei gruppi societari di ordinamento anglosassone.

[49] DARROW-LEWIS-PARK-SHIN, *op. cit.*

www.osservatorio-oci.org

1.3 Tra la frammentarietà della disciplina civilistica…

1.3.1 La riforma del 2005, linee generali

L'analisi compiuta nel precedente paragrafo rende evidente, anche ad una prima e superficiale analisi, che la disciplina italiana delle procedure concorsuali non aveva tenuto il passo delle esperienze internazionali.

Nei primi anni del nuovo millennio, infatti, il legislatore cominciò a rendersi conto dell'effetto disincentivante e dannoso che il mantenimento di una disciplina datata avrebbe potuto comportare e, di conseguenza, iniziò a tentare di rafforzare gli strumenti di risoluzione della crisi mirati alla conservazione dei valori aziendali.[50]

La Legge Fallimentare, entrata in vigore nel 1942, era rimasta nei suoi punti fondamentali invariata, continuava a poggiarsi su una azione revocatoria di stampo prettamente giudiziario, con il c.d. "periodo sospetto" mantenuto nell'originale formulazione.

Sotto questo primo punto di vista la (probabilmente) eccessiva giurisdizionalizzazione dei procedimenti concorsuali aveva l'effetto di allontanare i soggetti investitori, in particolar modo esteri, che non gradivano la limitata capacità di azione accordata dall'ordinamento italiano di fronte al verificarsi di una situazione di insolvenza.

Proprio il paragone con le esperienze internazionali, da una parte, e l'attenzione verso gli investitori stranieri, dall'altra, condussero il legislatore ad un'impostazione che fu definita da parte della dottrina come poco avveduta.

Con il d.l. 14 marzo 2005, convertito in l. 14 maggio 2005, n. 80, si sarebbe compiuto, secondo autorevole dottrina, un maldestro richiamo ad istituti di composizione concordata della crisi d'impresa ciecamente mutuati da un ordinamento, quello anglosassone, estremamente diverso da quello italiano.

L'introduzione di strumenti totalmente sconosciuti e la modificazione in chiave negoziale di istituti presenti con connotati completamente diversi

[50] MONTALENTI, *Concordato preventivo: fattibilità del piano,* in *Il Nuovo Diritto delle Società*, 2014, 8.

www.osservatorio-oci.org

portarono grande sfiducia da parte della dottrina, finanche all'auspicio, relativo al decreto legge non ancora convertito, che "*il Parlamento, in sede di conversione, operi quelle opportune modificazioni e razionalizzazioni di uno dei peggiori sistemi normativi concorsuali sin qui emanat*i.".[51]

Il giudizio su questo primo intervento di riforma è stato, tuttavia, ben lungi dal trovare unanime i commentatori.

Altre voci si sono levate infatti a difesa delle novità legislative, ed il dato interessante è il fondamento delle stesse sui medesimi elementi prospettati poco sopra, sebbene valutati da punti visuali diametralmente opposti.

Partendo dall'analisi della disciplina della revocatoria fallimentare si è argomentato che la stessa presenta una notevole apertura verso le problematiche per la cui risoluzione la riforma era stata da più parti invocata a gran voce, e vale a dire la lunghezza del "periodo sospetto" e la sua estensione in termini di atti revocabili.

Per quanto riguarda il primo aspetto, gli atti compiuti dal soggetto successivamente dichiarato fallito sarebbero stati passibili di revoca con finestra temporale di due anni: gli atti compiuti da un soggetto dichiarato fallito nei due anni precedenti sarebbero stati, dunque, a rischio.

La posizione dei soggetti investitori rispetto a questo particolare punto è facilmente ipotizzabile.

Il rischio dell'investimento (*rectius:* il rischio di vedere revocato il rimborso dell'investimento corrisposto dal debitore) era ritenuto decisamente elevato, tanto più se si considera la possibilità di investimenti, e soprattutto di relativi rimborsi, compiuti da un soggetto che due anni prima della dichiarazione di fallimento non presentava alcun "sintomo" dell'approssimarsi di una situazione di insolvenza.

La riforma del 2005, dunque, ha avuto l'indubbio merito di abbreviare il periodo suddetto, anche nell'ottica di una maggior certezza del diritto.

---

[51] LO CASCIO, *La nuova legge fallimentare: dal progetto di delega alla miniriforma per decreto legge,* in *Fall.*, 2005, 361.

www.osservatorio-oci.org

Il secondo punto su cui si è concentrato l'intervento e di cui si è fatta precedentemente menzione è invece relativo all'ampiezza dell'ambito della revocatoria dal punto di vista delle categorie di atti revocabili.

L'ottica statica su cui era impostata la disciplina originaria delle procedure concorsuali prevedeva infatti un ampio catalogo di atti revocabili o, più correttamente, un ristrettissimo ambito di atti esclusi dalla revocatoria, sulla base di una tecnica legislativa impostata su un'elencazione casistica negativa relativa all'azione processuale di cui si discorre, a dimostrazione di un netto favore del legislatore della prima legge fallimentare verso una cristallizzazione della situazione debitoria.

1.3.2 Il piano di risanamento attestato (art. 67, comma 3, lett. d L.Fall.)

Una delle novità di più ampio respiro, con riferimento al tema dell'ampliamento del catalogo degli atti compiuti dal debitore ed esclusi dalla revocatoria fallimentare, può essere individuata nella previsione di cui all'art.67, comma 3, lett. d della Legge Fallimentare.

L'istituto che si va delineando implicitamente dalla lettera dell'articolo si configura come un metodo di risoluzione negoziale delle controversie che ricalca da vicino la *reorganization* di diritto statunitense.

Partendo da un dato di semplice individuazione, si può notare come l'istituto in discorso sia ricavabile solamente da una particolare ipotesi di esenzione dalla revocatoria, non essendo presenti sezioni od articoli precipuamente ad esso dedicati[52].

Tale rilievo, tuttavia, non deve trarre in inganno circa la portata dell'istituto.

[52] Art. 67, comma 3, L.Fall. "*Non sono soggetti a revocatoria (...)* d) *gli atti, i pagamenti e le garanzie concesse su beni del debitore purché posti in essere in esecuzione di un piano che appaia idoneo a consentire il risanamento della esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria e la cui ragionevolezza sia attestata da un professionista iscritto nei revisori contabili e che abbia i requisiti previsti dall'art. 28, lettere* a) *e* b) *ai sensi dell'articolo 2501*-bis, *quarto comma, del codice civile*".

www.osservatorio-oci.org

Come gran parte della dottrina ha avuto infatti modo di rilevare il piano attestato si pone, per la sua duttilità, come uno degli strumenti più agili e proficui per il superamento della crisi d'impresa, e tale considerazione è anche corroborata dall'utilizzo che si è fatto dello stesso in rilevanti casi balzati all'onore delle cronache.

L'aspetto saliente dell'istituto, insieme al ruolo del professionista attestatore di cui si avrà occasione di discorrere diffusamente nel prosieguo della trattazione, si rinviene nella totale assenza di ingerenza da parte del tribunale.[53]

Questo tratto, che distingue il piano di risanamento dall'accordo di ristrutturazione del debito e dal concordato preventivo di cui si tratterà tra breve, si può individuare tanto nel momento genetico quanto in quello finale, non essendo tale istituto sottoposto ad ammissione da parte del tribunale né, tantomeno, a decreto di omologazione.

Il carattere definitivo e, di conseguenza, irrevocabile degli atti posti in essere dal debitore in esecuzione del piano deriva direttamente dalla legge, in particolare dall'art. 67, comma 3, lett. *d* della Legge Fallimentare; anche in quest'ottica la differenza con i due istituti sopracitati appare evidente, in quanto in essi l'effetto "protettivo" viene ad esistenza solamente in conseguenza, rispettivamente, dell'ammissione alla procedura di concordato o all'omologazione del piano da parte del tribunale.

Infine, sotto l'angolo visuale dei soggetti coinvolti nel piano attestato, è da rilevare la possibilità, sviluppatasi nella prassi, di coinvolgere nella predisposizione del piano anche posizioni che non si possono qualificare come creditorie in senso stretto.

Il riferimento va, senza dubbio, oltre agli istituti di credito e alle società di factoring, anche a fornitori "strategici" e finanche a partners commerciali di

[53] BERTACCHINI, in COGNASSO-COTTINO (diretto da) e JORIO (a cura di), *Fallimento e concordato fallimentare*, Utet, 2016, II, 1486.

www.osservatorio-oci.org

rilievo, talvolta desiderosi di assicurarsi la continuità delle prestazioni del debitore.[54]

Appare dunque possibile sostenere che il fine perseguito da questo particolare caso di estensione del catalogo di atti esenti da revocatoria fallimentare sia l'agevolazione dei progetti industriali o finanziari di ristrutturazione che mirino a salvaguardare le potenzialità e le risorse occupazionali dell'impresa.

Con una visione d'insieme che abbracci i rilievi operati in queste pagine si può, dunque, senza grandi timori di smentite, affermare come il piano attestato esuli dall'ambito della concorsualità, non essendo qualificabile come procedura in senso proprio e non avendo, in ogni caso, il carattere concorsuale.

www.osservatorio-oci.org

[54] BONFATTI-CENSONI, *Lineamenti di diritto fallimentare*, Cedam, Padova, 2013, 224. Gli autori, nel prosieguo del passo citato, contemplano anche la possibilità che il piano attestato si configuri come iniziativa unilaterale dell'imprenditore. Le esperienze empiriche cui si è assistito dall'entrata in vigore dell'istituto tuttavia dimostrano una rilevante difficoltà insita in una risoluzione della crisi raggiunta con il solo apporto di mezzi dell'imprenditore, quand'anche coadiuvati da razionalizzazione di costi, efficientamento della struttura produttiva e dismissione delle attività non funzionali al *core business* (testualmente AMBROSINI-AIELLO, *Crisi d'impresa e Fallimento,* 11 Giugno 2014. Il saggio qui in oggetto riproduce, con alcuni aggiornamenti ed integrazioni, il contributo destinato a PANZANI (diretto da), in CENDON (a cura di), *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, di prossima pubblicazione presso Utet).

Nella maggioranza dei casi cui si è assistito, invece, è necessario utilizzare il piano per intervenire anche su variabili esterne, incidendo sul duplice aspetto della rinegoziazione dell'indebitamento pregresso (anche tramite riscadenziamento o stralcio di una percentuale delle pretese creditorie) e dell'ottenimento di finanza aggiuntiva per finanziare il *turnaround* dell'impresa; dello stesso avviso anche BERTACCHINI, *op. cit.*, 1494.

*1.3.3 L'accordo di ristrutturazione dei debiti (artt. 182-*bis *ss. L.Fall.)*

La normativa introdotta nel 2005 prevedeva, tuttavia, novità che andavano al di là dell'ambito della revocatoria fallimentare.

In un'apprezzabile simmetria tra procedure concorsuali veniva prevista una struttura che è stata definita "a doppia coppia"[55], con il (modificato) concordato preventivo che trovava la sua variante nell'accordo di ristrutturazione dei debiti previsto dall'art. 182-*bis* della Legge Fallimentare[56], ed il fallimento che veniva completato dal nuovo concordato fallimentare.

---

[55]CASTIELLO D'ANTONIO, *Riflessi disciplinari degli accordi di ristrutturazione e dei piani attestati*, in *Dir. Fall.*, 2008, 605. Il passo citato è contenuto nella Relazione tenuta a Roma, presso la Banca Nazionale del Lavoro, nel contesto dell'incontro di studio del 14 aprile 2008, organizzato dalla *Rivista parlata del diritto concorsuale* (Ri. P. Di. Co.).

[56] L'art. 182-*bis* L.Fall., rubricato "*Accordi di ristrutturazione dei debiti*", prevede che "*L'imprenditore in stato di crisi può domandare, depositando la documentazione di cui all'articolo 161, l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti stipulato con i creditori rappresentanti almeno il sessanta per cento dei crediti, unitamente ad una relazione redatta da un professionista, designato dal debitore, in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera* d) *sulla veridicità dei dati aziendali e sull'attuabilità dell'accordo stesso con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei nel rispetto dei seguenti termini:*

a) *entro centoventi giorni dall'omologazione, in caso di crediti già scaduti a quella data;*

b) *entro centoventi giorni dalla scadenza, in caso di crediti non ancora scaduti alla data dell'omologazione.*

L'accordo è pubblicato nel registro delle imprese e acquista efficacia dal giorno della sua pubblicazione.

Dalla data della pubblicazione e per sessanta giorni i creditori per titolo e causa anteriore a tale data non possono iniziare o proseguire azioni cautelari o esecutive sul patrimonio del debitore, né acquisire titoli di prelazione se non concordati. Si applica l'articolo 168, secondo comma.

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

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

Il divieto di iniziare o proseguire le azioni cautelari o esecutive di cui al terzo comma può essere richiesto dall'imprenditore anche nel corso delle trattative e prima della formalizzazione dell'accordo di cui al presente articolo, depositando presso il tribunale competente ai sensi dell'articolo 9 la documentazione di cui all'articolo 161, primo e secondo comma lettere a), b), c) *e* d), *e una proposta di accordo corredata da una dichiarazione dell'imprenditore, avente valore di autocertificazione, attestante che sulla proposta sono in corso trattative con i creditori che rappresentano almeno il sessanta per cento dei crediti e da una dichiarazione del professionista avente i requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera* d), *circa la idoneità della proposta, se accettata, ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori con i quali non sono in corso trattative o che hanno comunque negato la propria disponibilità a trattare. L'istanza di sospensione di cui al*

www.osservatorio-oci.org

L'accordo di ristrutturazione del debito, non completamente nuovo all'ordinamento italiano[57], era stato configurato nell'intervento del 2005 come una particolare forma di concordato preventivo.

La stessa *Relazione Illustrativa*[58] della riforma afferma che "*il concordato preventivo diviene lo strumento attraverso il quale la crisi d'impresa può essere risolta anche attraverso accordi stragiudiziali che abbiano ad oggetto la ristrutturazione dell'impresa stessa*".

Come la dottrina ha avuto modo di affermare, "*dalla circostanza che la formazione ed il perfezionamento degli accordi ex art. 182-*bis *assumono indubitabilmente connotazioni d'indole stragiudiziale, era evidente l'intendimento di considerare l'istituto quale* species *del più ampio* genus *concordato preventivo.*".[59]

I due anni di vita dell'istituto nella sua originale formulazione, facendo riferimento all'intervallo di tempo intercorrente tra il primo intervento

---

presente comma è pubblicata nel registro delle imprese e produce l'effetto del divieto di inizio o prosecuzione delle azioni esecutive e cautelari, nonché del divieto di acquisire titoli di prelazione, se non concordati, dalla pubblicazione.

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

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

[57] Il precedente si può rinvenire nell'art. 825 cod. comm., dettato in tema di concordato amichevole. Tale istituto prevedeva la possibilità di concludere un "accordo amichevole" tra debitore e creditori, a condizione che allo stesso aderissero la maggior parte dei creditori stessi (nello specifico il 75% del passivo) ed il contestuale obbligo di risolvere insieme al debitore le conseguenze di ogni lite con i dissenzienti.

[58] *Relazione Illustrativa* dell'art. 2 d.l. 14 marzo 2005, n. 35, disponibile su *www.procedure.it.*

[59] CASTIELLO D'ANTONIO, *op.cit*, 605.

www.osservatorio-ocl.org

normativo citato ed il "correttivo" introdotto con il d.lgs. n.169/2007, sono stati tuttavia caratterizzati da diverse incrinature rispetto all'impianto originario e, finanche, forzature, in sede dottrinale ed applicativa.

Il motivo di tali vicende si può rinvenire nella malcelata insofferenza da parte della magistratura per una ulteriore ridefinizione del proprio ruolo in senso restrittivo, all'interno di una procedura concorsuale (il concordato preventivo) che già ne prevedeva l'intervento solamente in sede di omologazione.

L'accordo di ristrutturazione dei debiti, a seguito delle citate critiche, è stato dunque oggetto di modifica da parte del decreto "correttivo" emanato nel 2007, che ha comportato una sua emancipazione dall'area del diritto concorsuale propriamente detto e la possibilità per l'istituto di essere ricompreso tra le procedure preconcorsuali finalizzate al risanamento dell'impresa in crisi.

Il risultato succitato si è raggiunto tramite interpretazione autentica da parte del legislatore che, con l'inciso "*nulla è stato cambiato quanto alla necessità che i creditori estranei all'accordo vedano il loro credito pagato in modo regolare, ossia per l'intero ed alla scadenza*"[60], esclude l'applicabilità dell'art.184 L.Fall.[61] ed, implicitamente, negando il principio di universalità che caratterizza ogni procedura schiettamente concorsuale, ottiene il risultato di escludere l'accordo di ristrutturazione dalle procedure concorsuali intese in senso stretto.

La tesi della natura preconcorsuale dell'accordo di ristrutturazione, infine, pare corroborata anche dalla configurazione del divieto di azioni esecutiva *ad*

---

[60] *Relazione illustrativa* presentata dal governo al d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169, decreto "correttivo" della riforma delle procedure concorsuali del 2005, disponibile su *www.giurdanella.it.*

[61] L'art. 184 L.Fall., rubricato "*effetti del concordato per i creditori*", dispone che "*Il concordato omologato è obbligatorio per tutti i creditori anteriori alla pubblicazione nel registro delle imprese del ricorso di cui all'articolo 161. Tuttavia essi conservano impregiudicati i diritti contro i coobbligati, i fideiussori del debitore e gli obbligati in via di regresso. Salvo patto contrario, il concordato della società ha efficacia nei confronti dei soci illimitatamente responsabili.*".

www.osservatorio-ocl.org

tempus. In questo modo si esclude l'applicazione dell'art. 168 L.Fall.[62], norma cardine della disciplina del concordato preventivo.

La previsione di una durata prestabilita di sessanta giorni per l'inibitoria dalle azioni esecutive, invece che la sua persistenza fino alla definitività del decreto di omologazione come è normato relativamente al concordato preventivo, rappresenta l'ulteriore rafforzamento della sostenibilità della natura preconcorsuale dell'istituto.

È doveroso dare anche conto, nel corso dell'ultima stesura del presente lavoro, della recente innovazione normativa introdotta dal legislatore italiano con d.l. 27 giugno 2015, n.83, convertito con modificazioni nella l. 6 agosto 2015, n. 132.

Mediante tale novella[63], limitatamente a quanto concerne l'istituto ora in oggetto, è stato implementato nel *corpus* della Legge Fallimentare lo

---

[62] L'art. 168 L.Fall., rubricato "*Effetti della presentazione del ricorso*", sancisce che "*Dalla data della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese e fino al momento in cui il decreto di omologazione del concordato preventivo diventa definitivo, i creditori per titolo o causa anteriore non possono, sotto pena di nullità, iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore.*

Le prescrizioni che sarebbero state interrotte dagli atti predetti rimangono sospese, e le decadenze non si verificano.

I creditori non possono acquistare diritti di prelazione con efficacia rispetto ai creditori concorrenti, salvo che vi sia autorizzazione del giudice nei casi previsti dall'articolo precedente. Le ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni che precedono la data della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese sono inefficaci rispetto ai creditori anteriori al concordato.".

[63] L'art. 182-*septies* L.Fall., rubricato "*Accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria*", prevede che "*Quando un'impresa ha debiti verso banche e intermediari finanziari in misura non inferiore alla metà dell'indebitamento complessivo, la disciplina di cui all'articolo 182-*bis*, in deroga agli articoli 1372 e 1411 del codice civile, è integrata dalle disposizioni contenute nei commi secondo, terzo e quarto. Restano fermi i diritti dei creditori diversi da banche e intermediari finanziari.*

*L'accordo di ristrutturazione dei debiti di cui all'articolo 182-*bis *può individuare una o più categorie tra i creditori di cui al primo comma che abbiano fra loro posizione giuridica e interessi economici omogenei. In tal caso, con il ricorso di cui al primo comma di tale articolo, il debitore può chiedere che gli effetti dell'accordo vengano estesi anche ai creditori non aderenti che appartengano alla medesima categoria, quando tutti i creditori della categoria siano stati informati dell'avvio delle trattative e siano stati messi in condizione di parteciparvi in buona fede e i crediti delle banche e degli intermediari finanziari aderenti rappresentino il settantacinque per cento dei crediti della categoria. Una banca o un intermediario finanziario può essere titolare di crediti inseriti in più di una categoria.*

www.osservatorio-oci.org

strumento dell'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari ed il connesso accordo di moratoria.

Pur non volendone fare oggetto di prolissa dissertazione, tanto in ragione dell'ampiezza del tema quanto della – temporanea – ristrettezza di contributi,

---

Ai fini di cui al precedente comma non si tiene conto delle ipoteche giudiziali iscritte dalle banche o dagli intermediari finanziari nei novanta giorni che precedono la data di pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese.
*Il debitore, oltre agli adempimenti pubblicitari già previsti, deve notificare il ricorso e la documentazione di cui al primo comma dell'articolo 182-*bis *alle banche e agli intermediari finanziari ai quali chiede di estendere gli effetti dell'accordo. Per costoro il termine per proporre l'opposizione di cui al quarto comma del medesimo articolo decorre dalla data della notificazione del ricorso. Il tribunale procede all'omologazione previo accertamento, avvalendosi ove occorra di un ausiliario, che le trattative si siano svolte in buona fede e che le banche e gli intermediari finanziari ai quali il debitore chiede di estendere gli effetti dell'accordo:*
a) *abbiano posizione giuridica e interessi economici omogenei rispetto a quelli delle banche e degli intermediari finanziari aderenti;*
b) *abbiano ricevuto complete ed aggiornate informazioni sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria del debitore nonché sull'accordo e sui suoi effetti, e siano stati messi in condizione di partecipare alle trattative;*
c) *possano risultare soddisfatti, in base all'accordo, in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili.*
Quando fra l'impresa debitrice e una o più banche o intermediari finanziari viene stipulata una convenzione diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi attraverso una moratoria temporanea dei crediti nei confronti di una o più banche o intermediari finanziari e sia raggiunta la maggioranza di cui al secondo comma, la convenzione di moratoria, in deroga agli articoli 1372 e 1411 del codice civile, produce effetti anche nei confronti delle banche e degli intermediari finanziari non aderenti se questi siano stati informati dell'avvio delle trattative e siano stati messi in condizione di parteciparvi in buona fede, e un professionista in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d)*, attesti l'omogeneità della posizione giuridica e degli interessi economici fra i creditori interessati dalla moratoria.*
Nel caso previsto dal comma precedente, le banche e gli intermediari finanziari non aderenti alla convenzione possono proporre opposizione entro trenta giorni dalla comunicazione della convenzione stipulata, accompagnata dalla relazione del professionista designato a norma dell'articolo 67, terzo comma, lettera d)*. La comunicazione deve essere effettuata, alternativamente, mediante lettera raccomandata o posta elettronica certificata. Con l'opposizione, la banca o l'intermediario finanziario può chiedere che la convenzione non produca effetti nei suoi confronti. Il tribunale, con decreto motivato, decide sulle opposizioni, verificando la sussistenza delle condizioni di cui al comma quarto, terzo periodo. Nel termine di quindici giorni dalla comunicazione, il decreto del tribunale è reclamabile alla corte di appello, ai sensi dell'articolo 183.*
In nessun caso, per effetto degli accordi e convenzioni di cui ai commi precedenti, ai creditori non aderenti possono essere imposti l'esecuzione di nuove prestazioni, la concessione di affidamenti, il mantenimento della possibilità di utilizzare affidamenti esistenti o l'erogazione di nuovi finanziamenti. Agli effetti del presente articolo non è considerata nuova prestazione la prosecuzione della concessione del godimento di beni oggetto di contratti di locazione finanziaria già stipulati.
La relazione dell'ausiliario è trasmessa a norma dell'articolo 161, quinto comma.".

www.osservatorio-oci.org

si deve dar conto di come tale modificazione dia ingresso al fenomeno del *cram down*, già ampiamente conosciuto con riferimento al concordato preventivo, nel panorama dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, seppur per il momento con risonanza limitata agli intermediari finanziari.

1.3.4 Il concordato preventivo (artt. 160 ss. L.Fall.)

Venendo alla trattazione del terzo istituto concernente la materia di nostro interesse, il concordato preventivo *ex* artt. 161 ss. L.Fall., è preliminarmente da rilevare come questo sia il solo ad essere preesistente alla riforma del 2005.
Nello sviluppo di tale strumento si è assistito ad un'evidente transizione da una concezione quasi "premiale", che vedeva il concordato preventivo come mezzo di salvezza per l'imprenditore "onesto ma sfortunato", ad una decisamente più equilibrata.[64]

In particolar modo, l'equilibrio di cui si discorre può essere riferito alla compresenza di tre centri di interesse principali all'interno del concordato.
Di questi, il primo si connette alla figura del debitore il quale, grazie all'utilizzo di questa procedura concorsuale "minore", mantiene l'amministrazione dei suoi beni, può evitare gli effetti personali negativi derivanti dalla dichiarazione di fallimento a suo carico e, soprattutto, ha la possibilità di estinguere completamente i suoi debiti.
Il secondo centro di interesse è, come è doveroso, il creditore.
Tale soggetto, in possesso di tutelate pretese creditore e, perciò, solitamente favorito dalle procedure concorsuali, avrà il comprensibile interesse all'utilizzo di uno strumento che, da una parte, gli permetta di ottenere il rimborso dell'obbligazione e, dall'altra, garantisca un minor dispendio di tempo e di risorse economiche rispetto alla dichiarazione di fallimento.
La terza "anima", infine, consiste in una tendenza che si è consolidata con il tempo e di cui si è già avuto modo di discorrere.

---

[64] SASSO, *Il nuovo concordato preventivo*, in Filodiritto (www.filodiritto.com), 8 dicembre 2006.

www.osservatorio-oci.org

Il concordato, infatti, prevede la possibilità di "salvare", per quanto consentito, la produttività dell'impresa.

Nell'ottica di un beneficio in favore dell'economia e dei mercati, inoltre, è da notare che la mancanza di una dichiarazione di fallimento fa sì che nessun ostacolo si frapponga fra il debitore che abbia portato a termine con successo una procedura di concordato preventivo e una potenziale ripresa dell'attività economica, in modo tale da non privare il ciclo economico di quello che potrebbe essere stato realmente un imprenditore "onesto ma sfortunato".

Uno dei principali ambiti in cui la riforma del 2005 è intervenuta si può sicuramente individuare nei requisiti di ammissione alla procedura di concordato stessa.

Il testo del previgente art. 160 L.Fall., infatti, prevedeva che potesse essere ammesso al concordato preventivo l'imprenditore, in possesso dei requisiti soggettivi indicati[65], che versasse in stato di insolvenza.

La distinzione concettuale tra lo stato di insolvenza e lo stato di crisi dell'impresa, requisito introdotto proprio dalla riforma del 2005 per l'ammissione alla procedura, ha comportato notevoli difficoltà interpretative e tassonomiche.

Lo stato di insolvenza, infatti, aveva il beneficio di essere innanzitutto definito all'interno dell'art. 5 della stessa Legge Fallimentare. Esso era inteso come "*situazione che si manifesta con inadempimenti o altri fattori esteriori che comportano l'impossibilità di far fronte regolarmente alle proprie obbligazioni.*"[66].

La giurisprudenza, dal canto suo, aveva individuato tale stato come una regolare impossibilità di far fronte con mezzi propri[67] alle obbligazioni, a

[65] Si intendono, secondo la lettera del medesimo articolo 160, la tenuta di una regolare contabilità da parte dell'imprenditore, l'assenza di condanne a suo carico per bancarotta o altri delitti contro la fede pubblica, il patrimonio, l'economia pubblica, l'industria e il commercio e, infine, l'assenza di dichiarazioni a suo carico di fallimento o di ammissione ad altra procedura di concordato preventivo nei cinque anni precedenti

[66] SCHIANO DI PEPE, *Il diritto fallimentare riformato*, Cedam, Padova, 2007, 15 ss.

[67] VASSALLI, *Diritto Fallimentare*, I, Utet, Torino, 1994, 78 ss.

www.osservatorio-ocl.org

seguito del venir meno delle condizioni di liquidità e di credito necessarie all'attività.[68]

La considerazione fondamentale, relativamente a tale concezione, riguarda il carattere di regolarità con cui l'inadempimento deve presentarsi.

Lo stato di insolvenza, infatti, si individua con la reiterazione nel tempo del mancato adempimento alle obbligazioni contratte.

Unitamente al carattere suddetto, tuttavia, notevole importanza riveste lo stato di irreversibilità proprio dell'insolvenza.

Si intende con tale fenomeno, infatti, una condizione da cui si esclude che il debitore possa uscire riportando l'impresa ad una situazione di solvibilità.

È anche da rilevare, infine, che dottrina[69] e giurisprudenza[70] concordavano sull'impossibilità di desumere lo stato di insolvenza dal mero dato quantitativo derivante dalla comparazione tra attivo e passivo all'interno del bilancio. L'insolvenza dell'impresa, dunque, implica necessariamente valutazioni che ineriscono all'efficienza e alle capacità produttive e reddituali della stessa.[71]

Lo stato di crisi, che ad oggi è requisito di ammissione alla procedura di concordato preventivo, veniva invece individuato dalla dottrina e dalla giurisprudenza, in prima battuta, come caratterizzato dalla reversibilità[72] e dalla temporanea mancanza di liquidità, oltre che dal non essere necessariamente prodromico all'insolvenza.[73]

L'autore intende con "mezzi propri" non soltanto i mezzi di proprietà dell'imprenditore ma anche i mezzi altrui, a condizione che questi siano stati reperiti in ragione della fiducia che i terzi abbiano riposto nella capacità produttiva dell'impresa e nella possibilità della stessa di far fronte alle proprie obbligazioni

[68] *Ex multis:* Cass. Civ., Sez. Un., 13 marzo 2001, n.115, in *Fall.*, 2002, 375; Cass. Civ., Sez. I, 20 giugno 2000, n.8374, in *Fall.*, 2001, 699.

[69] SATTA, *Diritto fallimentare*, Cedam, Padova, III, 1996, 50. L'autore sostiene che "*L'insolvenza appartiene alla dinamica dell'impresa, per cui non può utilizzarsi come criterio obiettivo, in base al quale riconoscere la stessa, l'eccedenza del passivo sull'attivo perché non è questione di bilancio, il bilancio è un fatto statico.*".

[70] Cass. Civ., Sez. I, 27 febbraio 2001, n. 2830, in *Mass. Foro it.*

[71] VASSALLI, *op.cit.*, 83 ss.

[72] GIULIANO, *Nuovo concordato preventivo: si parte dallo stato di crisi*, in *Dir. E prat. Soc*, 13, 2005, 22 ss.

[73] Decr. Trib. Milano 7 novembre 2005 , in *Fall.*, 2006, 51.

www.osservatorio-oci.org

Proprio in relazione alla non necessaria connotazione come stato prodromico all'insolvenza è da notare che il tribunale, in caso di inammissibilità dell'imprenditore alla procedura di concordato, non potrà più, a seguito della riforma in oggetto, dichiarare automaticamente il fallimento dello stesso, dovendo bensì accertare che egli versi in una situazione irreversibile di mancanza di liquidità: che si trovi, dunque, in stato di insolvenza.

La concezione sviluppata sulla configurazione dello stato di crisi e dello stato di insolvenza come due fenomeni separati, sebbene per certi versi configurabili come elementi di una *climax* di gravità in punto reversibilità e mancanza di liquidità, è stata stravolta dall'interpretazione autentica che il legislatore ha dato dello stato di crisi con uno degli interventi correttivi al decreto legislativo di riforma delle procedure concorsuali[74].

Con tale intervento normativo è infatti stato aggiunto un ulteriore comma all'art. 160 L.Fall., secondo cui "*ai fini di cui al primo comma, per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza.*"[75].

Lo stato di crisi è venuto dunque assumendo una connotazione più ampia rispetto all'insolvenza, tanto da ricomprenderla al suo interno; l'insolvenza, dal canto suo, rappresenta la degenerazione del declino aziendale e lo stadio finale della crisi stessa.

La dottrina, interrogandosi sulle motivazioni che hanno condotto il legislatore ad introdurre un concetto nuovo e, fino ai decreti di interpretazione autentica del dicembre 2005, privo di chiara connotazione giuridica, ha rilevato come una delle differenze fondamentali tra la crisi e l'insolvenza, riferite all'istituto del concordato preventivo, possa rinvenirsi nella diversa caratura della loro funzione di presupposto.

[74] d.l. n. 273 del 30 dicembre 2005.

[75] Art. 160 comma 2 L.Fall. Il comma è stato introdotto dall'art. 36 del d.l. 30 dicembre 2005, n. 273, convertito con modificazioni dalla l. 23 febbraio 2006, n. 51, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 49 del 28 febbraio 2006 - S. O. n. 47.

www.osservatorio-oci.org

Lo stato di insolvenza, infatti, implica un'incapacità prettamente finanziaria, relativa al far fronte ai debiti e, come già detto, tendenzialmente definitiva ed irreversibile.

Lo stato di crisi, al contrario, può essere determinato anche da fattori non meramente finanziari come ad esempio problematiche di tipo economico (relative alla collocazione dell'impresa sul mercato) e patrimoniali (relative all'equilibrio tra le poste attive e passive del bilancio), sia interne che esterne.

Si potrebbe pensare, dunque, che il legislatore abbia voluto creare un presupposto versatile ed ampio per il concordato preventivo, capace di ricomprendere le situazioni di difficoltà più disparate[76].

È stato anche sostenuto, forse in maniera lapalissiana, che se tra i due concetti non vi fosse sostanziale differenza il legislatore non si sarebbe preoccupato di modificare il presupposto di ammissione alla procedura di concordato[77].

Si può dunque concludere che lo stato di insolvenza rappresenti una *consecutio* non necessaria dello stato di crisi o, per citare la parafrasi medica formulata da Giuseppe Alessi "*La crisi è una malattia e l'insolvenza è la morte: la malattia non è la morte ma può costituirne una delle cause.*".

www.osservatorio-oci.org

[76] ALESSI, *Il nuovo concordato preventivo,* in *Dir. Fall.*, 2005, 1133.
[77] BOZZA, *Le condizioni soggettive ed oggettive del nuovo concordato,* in *Fall.*, 2005, 953.

1.3.5 Il giudizio di fattibilità

Altro punto problematico relativo alle modifiche della disciplina del concordato preventivo si può ritrovare nelle grandi difficoltà incontrate da dottrina e giurisprudenza nell'individuazione dei limiti al giudizio del tribunale in punto fattibilità del piano sotteso al concordato stesso.

In particolare il dibattito si incentrava sulla possibilità del tribunale di mantenere i poteri di merito ovvero nella limitazione del suo controllo ad una mera verifica dell'avvenuto raggiungimento delle maggioranze necessarie, in sede di assemblea dei creditori, per l'approvazione del piano.

La prima delle due tesi si fonda sulla concezione del giudizio di omologazione come apice della connotazione privatistica della procedura; in tale ottica l'apprezzamento circa la soluzione concordataria deve essere lasciato prevalentemente all'assemblea dei creditori, senza alcuna interferenza nel merito da parte del tribunale.

Nel caso, tuttavia, di creazione di classi di creditori distinte sulla base delle caratteristiche dei rispettivi crediti il controllo del tribunale si sarebbe dovuto spingere, in presenza dell'opposizione formulata da parte di uno degli stessi circa la previsione di una sua soddisfazione illegittimamente menomata, ad un giudizio più pregnante circa la divisione in classi medesima e la sua comparazione con le altre, eventuali, alternative prospettabili: è evidente come questa situazione presenti una palese illogicità, rilevata con onestà anche dalla dottrina che sosteneva tale tesi[78]; anche sul terreno giurisprudenziale l'orientamento in commento ha goduto di scarso seguito[79].

---

[78] BOZZA, *Il giudizio di omologazione, la chiusura della procedura e il regime transitorio*, in *Fall.*, 2005, 1325 ss.

[79] Una delle poche decisioni a sostegno di rinviene in Trib. Como, 22 luglio 2005 (in *Fall.*, 2006, 287), in cui la corte limita il giudizio al consenso dei creditori "*alla luce della chiara prevalenza della natura contrattuale, privatistica, del concordato, che pone al centro la volontà delle parti"*; tuttavia, in caso di suddivisione dei creditori in classi "*il tribunale opera un giudizio di merito, di convenienza, per accertare che i creditori appartenenti alle classi dissenzienti siano soddisfatti in misura non inferiore alle alternative concretamente praticabili"*.

www.osservatorio-oci.org

La seconda delle interpretazioni circa il ruolo del tribunale nel giudizio di omologazione ha avuto senza alcun dubbio più successo fin dall'introduzione della normativa[80].

Da un punto di vista prettamente pratico è agevole rinvenire una delle ragioni del successo di tale filone, specialmente in sede giurisprudenziale, dalla già citata insofferenza degli organi giudiziari nel vedere limitato il loro ruolo ad un mero controllo formale di raggiungimento delle maggioranze e sulla correttezza e regolarità della documentazione allegata alla domanda di ammissione[81].

Una volta accertata in maniera quasi unanime la possibilità per il tribunale di un controllo ulteriore rispetto alla mera verifica formale, la difficoltà in cui si è incorsi ineriva evidentemente all'ampiezza da attribuire in concreto al giudizio del tribunale stesso.

In relazione a detto quesito, due ulteriori tesi hanno visto la luce: la tesi del c.d. controllo di merito e quella del c.d. controllo di legittimità sostanziale.[82]

La prima delle due consiste in controllo da parte del giudice che abbia ad oggetto, direttamente, la veridicità delle informazioni e la fattibilità del piano, attraverso una autonoma valutazione dei dati contenuti nella relazione del professionista attestatore e delle prove acquisite; la relazione del professionista, dunque, non sarebbe altro che un supporto tecnico utilizzato dal tribunale per maturare il proprio autonomo giudizio in punto veridicità dei dati e fattibilità del piano proposto dal debitore.

Il secondo orientamento, cui si fa comunemente riferimento con la denominazione di controllo di legittimità sostanziale, prevede una verifica da

---

[80] *Ex pluris*, Trib. Bari 7 novembre 2005, Trib. Monza 16 ottobre 2005, Trib. Treviso 15 luglio 2005, in *Fall.*, 2006, 52 ss.

[81] Decr. Trib. Sulmona 6 giugno 2005, in *Fall.* 2005, 793. In tale pronuncia il tribunale osserva preliminarmente che, se il controllo dell'organo giudiziario fosse limitato al solo accertamento delle maggioranze, esso sarebbe una ripetizione del giudizio effettuato prima della fissazione della camera di consiglio.

[82] JORIO, *Fattibilità del piano di concordato, autonomia delle parti e poteri del giudice,* in *Giur. Comm.*, 2012, 1107.

www.osservatorio-oci.org

parte del giudice in relazione alla sussistenza dei presupposti di ammissione al concordato, e non in punto veridicità dei dati aziendali o fattibilità del piano.

In particolare, l'organo giudiziario sarebbe chiamato a valutare l'idoneità dell'attestazione ad assolvere alla funzione informativa nei confronti del creditore, allo scopo di garantire allo stesso la possibilità di una decisione informata e consapevole in relazione alla proposta di concordato, restando riservato all'attestatore invece la formulazione di un giudizio di fattibilità del piano.[83]

Il dibattito in questione è giunto, attraverso contrapposte pronunce giurisprudenziali, all'attenzione delle Sezioni Unite delle Corte di Cassazione.

In particolare, la stessa Corte di Cassazione aveva dapprima optato per una tendenziale insussistenza, in capo al tribunale, del potere di valutare d'ufficio il merito della proposta tanto in sede di ammissione alla procedura, quanto nell'eventuale procedimento per la revoca; nella stessa sentenza, tuttavia, si afferma la possibilità per il tribunale, in caso di dissidio tra creditori denunciato mediante opposizione all'omologazione, di intervenire risolvendo il contrasto con valutazione di merito, comprendente anche l'aspetto della fattibilità.[84]

Secondo la successiva sentenza del settembre dello stesso anno, invece, il tribunale potrebbe rilevare d'ufficio eventuali nullità, come l'illiceità o l'impossibilità dell'oggetto, e ciò non impedirebbe di verificare, anche d'ufficio, la iniziale o sopravvenuta non fattibilità del piano sotteso al concordato preventivo.[85]

La presenza dei suddetti contrasti giurisprudenziali all'interno della stessa Corte ha indotto i giudici della Prima Sezione Civile a rimettere al Primo Presidente della Corte la questione per la valutazione dell'assegnazione della stessa alle Sezioni Unite.

---

[83] CIERVO, *Fattibilità del piano di concordato e atti di frode: i poteri del giudice ex art. 173 l. fall. Secondo le Sezioni Unite*, in *Giur. Comm.*, 2013, 621 ss.

[84] Cass. Civ., Sez. I, 23 giugno 2011, n. 13817, in *www.iusexplorer.it*.

[85] Cass. Civ., Sez. I, 15 settembre 2011, n. 18864, in *www.iusexplorer.it*.

www.osservatorio-oci.org

In particolare la richiesta verteva su diversi punti di diritto: *a)* se fosse sindacabile il merito della proposta di concordato e quindi la fattibilità del piano, sia in sede di giudizio di ammissione alla procedura, sia nella successiva fase del giudizio di omologazione anche in assenza di opposizione dei creditori, *b)* se, e in quale misura, l'eventuale non fattibilità del piano concordatario si traducesse in una impossibilità dell'oggetto del concordato e *c)* se in concordato con cessione dei beni fosse necessaria l'indicazione della percentuale dei creditori chirografari che si prevede possano essere soddisfatti.[86]

Il principio di diritto sancito dalla Suprema Corte afferma che "*Il giudice ha il dovere di esercitare il controllo di legittimità sul giudizio di fattibilità della proposta di concordato, non restando questo escluso dall'attestazione del professionista, mentre resta riservata ai creditori la valutazione in ordine al merito del detto giudizio, che ha ad oggetto la probabilità di successo economico del piano ed i rischi inerenti; il controllo di legittimità del giudice si realizza facendo applicazione di un unico e medesimo parametro nelle diverse fasi di ammissibilità, revoca ed omologazione in cui si articola la procedura di concordato preventivo; il controllo di legittimità si attua verificando l'effettiva realizzabilità della causa concreta della procedura di concordato; quest'ultima, da intendere come obiettivo specifico perseguito dal procedimento, non ha contenuto fisso e predeterminabile, essendo dipendente dal tipo di proposta formulata, pur se inserita nel generale quadro di riferimento, finalizzato al superamento della situazione di crisi dell'imprenditore, da un lato, e all'assicurazione di un soddisfacimento, sia pur ipoteticamente modesto e parziale, dei creditori, da un altro*"[87].

Il punto focale della sentenza delle Sezioni Unite, dunque, appare essere la distinzione tra la fattibilità e la convenienza del piano concordatario.

[86] Cass. Civ., Sez. I, ordinanza 15 dicembre 2011, n. 27063, in *www.iusexplorer.it*.
[87] Cass. Civ., Sez. I, 23 gennaio 2013, n. 1521, in *www.iusexplorer.it*.

www.osservatorio-oci.org

Il primo concetto, infatti, si può definire come giudizio prognostico circa la possibilità di realizzazione del piano, nei termini indicati dalla proposta e può essere, tendenzialmente, valutato dal tribunale, sebbene con le limitazioni che subito si vedranno, mentre la convenienza inerisce alla sfera decisoria del creditore che, in base ai proprio personali interessi, può decidere se accettare o meno le condizioni previste dal piano proposto dal debitore.

Il concetto di fattibilità individuato dalla Corte è tuttavia scindibile in due diverse sotto-fattispecie.

La fattibilità giuridica, senza dubbio di spettanza del tribunale per quanto riguarda il controllo, si individua in relazione ad una valutazione sulla sussistenza di eventuali violazioni di norme inderogabili che potrebbero incidere sulla concreta attuabilità della proposta.

Il discorso in punto fattibilità economica appare, invece, più articolato, essendo la stessa un "*giudizio prognostico che fisiologicamente presenta margini di opinabilità ed implica possibilità di errore, che a sua volta si traduce in un fattore di rischio per gli interessati*".

Un punto su cui è necessario porre l'accento è il concetto di causa "in concreto", intesa come effettivo regolamento di interessi che il contratto[88] (*rectius*: il piano) intende attuare.

Il tribunale avrà quindi la possibilità di valutare l'idoneità[89] del piano concordatario in relazione al soddisfacimento degli interessi delle parti in

[88] Si fa riferimento (impropriamente) ad un contratto per evidenziare come sia proprio in materia contrattuale che il concetto di causa in concreto ha visto la luce in prima istanza. In questo ambito infatti si affida sempre di più al giudice il compito di accertare quale sia l'assetto di interessi che le parti vogliono realizzare e, soprattutto, se il contratto in questione sia idoneo al perseguimento degli stessi.

Si veda tra gli altri, quale esemplificazione di una delle prime applicazioni del principio di creazione giurisprudenziale in questione, Trib. Bari, ord. 5 gennaio 2012, che ha ritenuto nullo un contratto di *interest rate swap* in quanto non rispondente alla finalità di copertura del rischio delle oscillazioni dei tassi di interesse che le parti avevano intenzione di realizzare.

[89] Tramite la sua menzione all'art. 2501-*bis* c.c. viene introdotto nel nostro ordinamento il criterio di common law di *reasonableness*, ovverosia la ragionevolezza del piano intesa come idoneità a raggiungere il suo scopo di risanamento. (MONTALENTI, *op.cit.*, 10).

www.osservatorio-oci.org

gioco, individuati nel superamento della crisi e nel soddisfacimento, sia pur non completo, del diritto dei creditori, in tempi ragionevolmente contenuti[90].

È da notare ancora, tuttavia, che la suddetta possibilità di valutazione da parte del tribunale non sussisterà in relazione a qualsivoglia tipo di possibile mancanza di causa concreta.

La dottrina, in ogni caso, non pare concorde[91] nel conferire ruolo risolutivo della controversia alla sentenza delle Sezioni Unite né alla successiva sentenza della Corte di Cassazione del novembre 2013.[92]

In tale pronuncia, in particolare, la Corte conferma che "*il giudice deve pronunciarsi esercitando un sindacato che non è di secondo grado, non si esercita, cioè, sulla sola completezza e congruità logica dell'attestazione del professionista di cui all'art. 161, comma 3, L.Fall., ma consiste nella verifica diretta del presupposto stesso.*". La Corte, inoltre, riprende la differenza fra fattibilità giuridica ed economica, sostenendo che la seconda sia "*intrisa di valutazioni prognostiche fisiologicamente opinabili e comportanti un margine d'errore, nel che è insito anche un margine di rischio, del quale è ragionevole siano arbitri i soli creditori.*".

Il principio di diritto qui sancito consiste, infine, nella limitazione del controllo in punto fattibilità economica in relazione alla "*sussistenza o meno di una assoluta, manifesta non attitudine del piano presentato dal debitore a raggiungere gli obiettivi prefissati, ossia a realizzare la causa concreta del concordato.*".

---

[90] In punto tempistica prevista dai piani sottesi ad un concordato, sono sempre maggiori le pronunce giurisprudenziali che negano l'ammissibilità alla procedura di concordato nel caso in cui il soddisfacimento creditorio sia previsto con tempistiche troppo dilatate per costituire un effettivo soddisfacimento degli interessi in gioco e, di conseguenza, per consentire una valutazione positiva del piano con riferimento alla causa in concreto.

[91] Per la visione affermativa v. NARDECCHIA, *Fattibilità economica del concordato: non decide il giudice*, in *Il Sole 24 ore*, 20 gennaio 2014, secondo cui "*la pronuncia chiarisce alcuni importanti profilo applicativi.*".

Per la visione negativa si veda invece MONTALENTI, *op. cit.*,10, secondo cui "*il principio enunciato rimane ambiguo. Infatti: la soddisfazione dei creditori, ancorché minimale, è questione di convenienza, rimessa quindi, in toto, ai creditori.*".

[92] Cass. Civ., Sez. I, 6 novembre 2013, n. 24970, in *www.iusexplorer.it*.

www.osservatorio-oci.org

Ancora recentemente la Corte di Cassazione, riprendendo proprie precedenti pronunce, ha sancito che "*Le Sezioni Unite premettono che anche la fattibilità, intesa come prognosi di concreta realizzabilità del piano concordatario, è presupposto di ammissibilità del concordato, sul quale il giudice deve pronunciarsi esercitando un sindacato che non è "di secondo grado", non si esercita, cioè, sulla sola completezza e congruità logica dell'attestazione del professionista di cui alla L. Fall., art. 161, comma 3, ma consiste nella verifica diretta del presupposto stesso; distinguono, quindi, tra fattibilità giuridica, intesa come non incompatibilità del piano con norme inderogabili, e fattibilità economica, intesa come realizzabilità nei fatti del medesimo.*

Il sindacato del giudice sulla fattibilità giuridica non ha particolari limiti; la fattibilità economica, invece, è intrisa di valutazioni prognostiche fisiologicamente opinabili e comportanti un margine di errore, nel che è insito anche un margine di rischio, del quale è ragionevole siano arbitri i soli creditori, in coerenza con l'impianto generale prevalentemente contrattualistico dell'istituto del concordato. Di conseguenza le Sezioni Unite, con riferimento alla fattibilità economica, individuano un solo profilo su cui si esercita il sindacato officioso dal giudice (fermo, ovviamente, il controllo della completezza e correttezza dei dati informativi forniti dal debitore ai creditori, con la proposta di concordato e i documenti allegati, ai fini della consapevole espressione del loro voto): quello della verifica della sussistenza o meno di una assoluta, manifesta non attitudine del piano presentato dal debitore a raggiungere gli obbiettivi prefissati, ossia a realizzare la causa concreta del concordato, individuabile caso per caso in riferimento alle specifiche modalità indicate dal proponente per superare la crisi mediante una sia pur minimale soddisfazione dei creditori chirografari in un tempo ragionevole (causa in astratto). Di fronte alla manifesta irrealizzabilità del

www.osservatorio-ocl.org

piano, invero, non c'è da effettuare valutazioni o da assumere rischi di sorta.".[93]

È evidente, prendendo le mosse dall'estratto della sentenza, che la valutazione del giudice in relazione alla causa in concreto debba consistere in una verifica "ad ampio spettro" dell'insussistenza di cause macroscopiche che possano dimostrare la palese inidoneità del piano al soddisfacimento degli interessi creditori.[94]

Le valutazioni che afferiscono invece, propriamente, al rischio fisiologicamente connesso all'accettazione del piano (e, di conseguenza, alla fattibilità in senso stretto) saranno invece di esclusiva competenza del ceto creditorio.[95]

I tre istituti presentati in queste pagine, frutto di una frammentaria riforma attuata dal legislatore con successivi interventi a partire dal 2005, mettono in evidenza, da una parte, il già citato favore del legislatore medesimo verso soluzioni della crisi di impresa votate ad un recupero dell'impianto produttivo e, dall'altra, una certa inopportuna approssimazione nella strutturazione degli interventi legislativi stessi che ha portato, come vedremo, ad uno sviluppo "a due velocità" e, inevitabilmente, disarmonico della disciplina civilistica rispetto a quella, strettamente connessa e fisiologicamente complementare alla prima, del diritto penale delle procedure concorsuali.

---

[93] Cass. Civ., Sez. I, 22 maggio 2014, n.11423, in *www.iusexplorer.it*.

[94] Si veda anche la recentissima sentenza del Trib. di Modena 18 novembre 2014, in cui la corte dichiara che "*il controllo non può essere meramente formale, bensì sostanziale e non limitato alla mera verifica di completezza, coerenza e ragionevolezza della relazione dell'esperto, che pure costituisce punto di rifermento necessario per tale valutazione".*

È evidente peraltro la differenza tra l'impostazione della corte ed il criterio del controllo di merito, in quanto la valutazione è punto di riferimento per la valutazione del tribunale e non mero mezzo di prova.

D'altro canto il tribunale afferma che "*rimane preclusa solo la valutazione di convenienza economica dell'accordo per i creditori, dovendosi invece verificare le concrete prospettive di attuabilità dell'accordo di ristrutturazione del debito con gli aderenti nonché, più in generale, del piano per il superamento della crisi e, in particolare, la realizzabilità delle entrate previste e la loro idoneità a consentire il pagamento integrale dei creditori estranei nella tempistica indicata dalla norma.*".

[95] Nello stesso senso MONTALENTI, *op. cit.*, 11.

www.osservatorio-oci.org

1.4 …e l'attesa di una riforma organica dei reati fallimentari

Come si è avuto modo di indicare in coda al paragrafo precedente, le reazioni alle riforme introdotte dal legislatore nel 2005 e nel 2007 sono state, da parte degli "addetti ai lavori" e degli esperti del diritto penale fallimentare, di unanime sconcerto.

A fronte di una rivisitazione molto profonda, dal punto di vista civilistico, della disciplina delle procedure concorsuali si è avuto, di contro, un generale disinteresse nei confronti della disciplina penalistica.

Autorevole dottrina[96] ha sostenuto, definendosi essa stessa "banale" per l'evidenza dell'assunto, che gli aspetti sanzionatori del diritto dell'impresa assumono oggetti di tutela che sono determinati dalla disciplina civilistica[97]; non si deve, certo, dimenticare che i suddetti oggetti sorgono anche dalle passioni e dagli interessi dei partecipanti alla competizione economica, ma si può senza dubbio sostenere che la regolamentazione civilistica, almeno in questo campo, plasmi il diritto penale sotto diversi punti di vista.

La naturale conseguenza è, ovviamente, che ogni modifica di parte civilistica tesa a riequilibrare i rapporti tra opposte istanze comporta una modifica, silenziosa ma generalmente di grande rilievo, della disciplina penalistica.

Ad un primo approccio con i lavori della Commissione Trevisanato[98], istituita dal legislatore al fine di indicare le linee guida di una riforma della disciplina delle procedure concorsuali, pare che questo concetto non fosse sconosciuto.

Anche la seconda commissione presieduta dallo stesso Avv. Sandro Trevisanato[99], pur concentrando i propri sforzi sulla difficile strutturazione della disciplina civilistica, non trascurò l'ambito penale; senza dubbio non si

---

[96] ALESSANDRI, *Profili penalistici delle innovazioni in tema di soluzioni concordate delle crisi d'impresa,* in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2006, 111.

[97] La questione è stata chiaramente esposta da PEDRAZZI, *Diritto penale. Scritti di diritto penale dell'economia*, vol. III, Giuffrè, Milano, 2003, 295.

[98] Commissione TREVISANATO – per l'elaborazione di principi direttivi di uno schema di disegno di legge delega al governo, relativo all'emanazione della nuova legge fallimentare ed alla revisione delle norme concernenti gli istituti connessi (d.l. 28 novembre 2001).

[99] Istituita con D.M. 27 febbraio 2004.

www.osservatorio-oci.org

sarebbe potuto parlare di epocali interventi riformatori[100], ma una coordinata modifica alla normativa penalistica avrebbe garantito, con tutta probabilità, maggiore organicità alla riforma.

È doveroso premettere, tuttavia, che i lavori della commissione furono caratterizzati da una lunghissima e sofferta gestazione dovuta alla composizione del gruppo di lavoro stesso: la compresenza, al suo interno, di due distinte ed opposte anime politiche comportò infatti l'impossibilità di giungere ad un progetto condiviso.

Ciò detto, l'analisi della relazione conclusiva dell'operato della commissione rende evidente come la stessa fosse stata, nonostante tutto, attenta alle esigenze ed alle necessità del mondo economico in relazione alle procedure concorsuali.

In particolare si evince, dal quinto punto della relazione, la chiara volontà di escludere la qualificazione di reato della fattispecie di bancarotta patrimoniale e preferenziale con riferimento agli atti non fraudolenti posti in essere a seguito dell'apertura della procedura di composizione concordata della crisi d'impresa e in esecuzione del piano.[101]

Tale impostazione è dovuta alla volontà di adeguare la disciplina penalistica al rinnovato contesto economico, in un'ottica che vedeva sempre più spesso la crisi d'impresa come determinata non da comportamenti o scelte individuali dell'imprenditore, bensì dai flussi monetari e finanziari, per certi aspetti incontrollabili, che percorrono il mondo economico.[102]

---

[100] ALESSANDRI, *Profili penalistici cit.*, 112.

[101] Relazione illustrativa dei lavori della commissione Trevisanato, testualmente "*le disposizioni che regolano gli effetti sul piano penale della attivazione della procedura di composizione concordata da parte del debitore, per le quali, considerato il regime di controllo cui è sottoposta l'impresa a seguito della apertura della procedura e la verifica di legittimità assicurata dal giudizio di omologazione, viene esclusa la qualificazione di reato delle fattispecie di bancarotta patrimoniale e preferenziale con riferimento agli atti non fraudolenti posti in essere a seguito dell'apertura della procedura e in esecuzione del piano omologato e si prescrive la non punibilità della bancarotta semplice ne casi in cui, sussistendo lo stato di insolvenza, sia stata presentata la dichiarazione di crisi.*".

[102] DI AMATO, *Note sulle implicazioni penalistiche della nuova disciplina dei finanziamenti dei soci alle imprese in crisi*, in *www.ilCaso.it*, 11 marzo 2013.

www.osservatorio-oci.org

Altra ragione fondamentale sottesa alla scelta della commissione può essere senza dubbio individuata nella volontà di conferire maggiore attrattiva alle soluzioni concordate alle crisi d'impresa.

Nella situazione previgente (e, come si vedrà, per certi versi anche in quella successiva) infatti, il creditore che volesse partecipare ad un tentativo di risanamento avrebbe dovuto accettare non soltanto i fisiologici rischi di depauperamento del proprio investimento ma anche la ben più grave eventualità di venire chiamato in qualità di imputato a titolo di concorso con l'imprenditore per il reato di bancarotta, in caso di insuccesso del piano finalizzato a sanare l'impresa e di conseguente dichiarazione di fallimento.

Come appare evidente questo pericolo portava ad una notevole diffidenza nei confronti di soluzioni caratterizzate più da rischi che non da benefici[103].

---

[103] La necessità di introdurre una norma per consentire alla imprese in crisi di adottare soluzioni concordate senza il rischio di incorrere nella normativa penal-fallimentare fu manifestata anche da soggetti che, per motivi lavorativi, si trovavano ad aver quotidianamente a che fare con la problematica.

In particolare l'Avv. Corrado Faissola, all'epoca presidente dell'ABI, durante l'audizione in commissione bilancio, dichiarò che "*Preoccupa, che nell'ambito di interventi che mirano a rendere più funzionali gli strumenti di risanamento previsti dalla legge fallimentare non vengano previste disposizioni in materia di reati che operino il necessario raccordo tra la disciplina della crisi d'impresa e quella delle responsabilità penali che si possono configurare in tali contesti. Infatti a fronte della tutela dai rischi civilistici che il legislatore della riforma ha previsto operanti per le operazioni attuative del concordato preventivo, degli accordi di ristrutturazione dei debiti e dei piani attestati, tali strumenti rimangono esposti a profili di responsabilità ai sensi della disciplina dei reati fallimentari. Sia l'imprenditore sia i creditori che partecipano a tali operazioni potrebbero incorrere in rischi penali impropri laddove si promuova un piano di risanamento cui malauguratamente segua, nonostante le finalità perseguite, il dissesto dell'impresa. Ciò costituisce un forte deterrente all'utilizzo di tali strumenti, che stentano ancora a decollare. In attesa di una riforma organica della disciplina dei reati fallimentari, è dunque necessario un intervento mirato del legislatore che, nell'ambito del disegno di legge in esame, preveda per le operazioni compiute in esecuzione di un concordato preventivo, di un accordo di ristrutturazione ei debiti e di un piano attestato la non applicazione delle disposizioni in tema di bancarotta preferenziale e di bancarotta semplice.*". Il contributo è riportato in VITALE, *Nuovi profili penali della crisi d'impresa: l'esenzione dai reati di bancarotta e la responsabilità del professionista attestatore*, in *www.archiviopenale.it*, I, 2014, 1 (nt. 1).

Si veda anche FIORE, *op. cit.*, 278; secondo l'autore "*E' tuttavia il versante penalistico delle imprese in crisi (*che*) suscita aspettative specifiche (...). Una prima aspettativa riguarda il mondo imprenditoriale, che vorrebbe vedere diminuito o, quanto meno, definito con sufficiente certezza il rischio penale, connesso allo stato di crisi dell'impresa (...). L'ampiezza, la profondità e, soprattutto, l'effettività di questo rischio può infatti*

www.osservatorio-oci.org

I lavori della commissione Trevisanato, per quanto ispirati da finalità che possono essere ritenute meritevoli, non giunsero, come detto, ad un accordo su alcuni aspetti della disciplina[104] e, di conseguenza, si è preferito accantonare del tutto le modifiche all'apparato sanzionatorio, a vantaggio di una riforma della sola disciplina fallimentare propriamente detta.

Con tale scelta è stata resa manifesta la convinzione del legislatore che il diritto penale sia quasi un mondo a sé, distante dalla disciplina delle procedure concorsuali e scorporabile da tale sostrato normativo senza alcuna difficoltà, in un'ottica di parcellizzazione delle competenze che riduce il sistema delle sanzioni penali a mera sovrastruttura, fatalmente destinata a fornire risposte non soddisfacenti alle domande di tutela.[105]

Un primo, evidente, dato a favore dell'infondatezza della concezione poco sopra descritta si può facilmente rinvenire nella modifica della disciplina dell'art. 1 L.Fall. inerente al piccolo imprenditore; esso è un soggetto che gode di un'esclusione dalla sottoposizione al fallimento.

La riforma del 2005-2006 ha variato il testo previgente[106] ridisegnando in negativo la qualifica di piccolo imprenditore, stabilendo che non potesse

---

rappresentare un fattore non marginale nel determinare i concreti comportamenti imprenditoriali.".

[104] In particolare i dissidi si concentrarono sull'opportunità del complessivo abbattimento dei livelli sanzionatori e della differenziazione tra le pene previste per la bancarotta societaria e quelle stabilite per l'imprenditore individuale. A questo proposito si deve notare come la bancarotta societaria fosse punita con pene meno severe (fino ad un massimo di 4 anni) rispetto alla bancarotta commessa dall'imprenditore fallito (il massimo di pena era qui di 6 anni), in netta controtendenza a quella che era considerata una concezione tradizionale: era infatti concepita come connotata da maggior gravità la condotta di chi gestisce cose altrui.

La stessa impostazione del testo originario legge fallimentare prevedeva pene più severe per i colpevoli di bancarotta societaria, anche basandosi sull'assunto secondo cui tale reato presuppone un maggior danno dovuto alle dimensioni, di regola più ampie, della classe creditoria (ALESSANDRI, *Profili penalistici cit., 112*).

[105] D'ALESSANDRO, *Il nuovo art. 217-bis l.fall.*, in *Soc.*, 2011, 201.

[106] L' art. 1, comma 2, L.Fall. stabiliva: "*Sono considerati piccoli imprenditori gli imprenditori esercenti una attività commerciale, i quali sono stati riconosciuti, in sede di accertamento ai fini dell'imposta di ricchezza mobile, titolari di un reddito inferiore al minimo imponibile. Quando è mancato l'accertamento ai fini dell'imposta di ricchezza mobile sono considerati piccoli imprenditori gli imprenditori esercenti una attività commerciale nella cui azienda risulta essere stato investito un capitale non superiore a lire ventimila. In nessun caso sono considerati piccoli imprenditori le società commerciali.*".

www.osservatorio-oci.org

essere riconosciuta agli "*esercenti un'attività commerciale in forma individuale o collettiva che, anche alternativamente:* a) *hanno effettuato investimenti nell'azienda per un capitale di valore superiore a euro trecentomila;* b) *hanno realizzato, in qualunque modo risulti, ricavi lordi calcolati sulla media degli ultimi tre anni o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, per un ammontare complessivo annuo superiore a euro duecentomila.*".

La finalità di tale modifica potrebbe essere ricondotta alla volontà di deflazionare il contenzioso fallimentare mediante l'ampliamento del novero di soggetti non sottoponibili alla suddetta procedura.[107]

La giurisprudenza[108] in prima battuta e, successivamente, la dottrina, si sono rese conto dell'eccessiva riduzione dell'area di fallibilità dovuta all'intervento sull'art. 1 L.Fall. e, in seguito a tali istanze, lo stesso legislatore ha ritenuto opportuno porvi rimedio nel decreto correttivo (d.lgs. 169/2007) della riforma delle procedure concorsuali.

La normativa attuale, dunque, prevede la non assoggettabilità a fallimento dei soggetti che "*dimostrino il possesso congiunto dei seguenti requisiti:* a) *aver avuto, nei tre esercizi antecedenti la data di deposito della istanza di fallimento o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, un attivo patrimoniale di ammontare complessivo annuo non superiore ad euro trecentomila;* b) *aver realizzato, in qualunque modo risulti, nei tre esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza di fallimento o dall'inizio*

Il limite originario del capitale investito era stato successivamente aggiornato a novecentomila lire dalla legge 20 ottobre 1952, n. 1375.

Anche l'impostazione originaria era dunque di tipo quantitativo, distanziandosi da quella prevista dall'art. 2043 c.c., il quale designa i piccoli imprenditori sulla base di un criterio qualitativo riferito all'attività da questi svolta.

[107] Parte della giurisprudenza in ogni caso aveva, anche prima della riforma, ammesso la possibilità per l'imprenditore commerciale di vedersi riconosciuta la qualifica di piccolo imprenditore non fallibile utilizzando la nozione civilistica prevista all'art. 2043 c.c. (Cass. Civ., Sez. I, 21 dicembre 2002, n. 18235, in *www.iusexplorer.it*).

[108] Si segnala un orientamento secondo cui poteva essere ritenuto fallibile l'imprenditore che, sebbene sotto i limiti dimensionali introdotti con il d.lgs. 5/2006, non risultava in possesso delle caratteristiche qualitative della piccola impresa di diritto comune (Trib. Firenze 31 gennaio 2007, in *Giust. Civ.*, n. 6/2007, 1521).

www.osservatorio-oci.org

dell'attività se di durata inferiore, ricavi lordi per un ammontare complessivo annuo non superiore ad euro duecentomila; c) avere un ammontare di debiti anche non scaduti non superiore ad euro cinquecentomila.".

La riduzione, ed il successivo nuovo ampliamento, dell'area di fallibilità hanno comportato inevitabilmente il sorgere del problema inerente agli effetti prodotti sui procedimenti per bancarotta fraudolenta instaurati prima dell'entrata in vigore dei d.lgs. nn. 5/2006 e 169/2007: questo è stato risolto, dopo contrasti giurisprudenziali[109], grazie all'intervento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione.[110]

La soluzione prospettata, che opta per l'inefficacia relativamente alla questione dell'art. 2 c.p.[111], non ha tuttavia trovato giudizi unanimi da parte di dottrina e giurisprudenza[112].

---

[109] Il punto nevralgico della questione ruota intorno alla disciplina transitoria contenuta nell'art. 150 della novella e che prevede che "*i ricorsi per dichiarazione di fallimento e le domande di concordato fallimentare depositate prima dell'entrata in vigore del presente decreto, nonché le procedure di fallimento e di concordato fallimentare pendenti alla stessa data, sono definiti secondo la legge anteriore.*".

Un primo orientamento (Cass. Pen., Sez. V, 17 maggio 2007, n. 19297, in *Fall.*, 2008, 275) ha optato per affermare l'efficacia della disposizione di cui sopra anche in ambito penale; di tal che l'imprenditore fallito o sottoposto alla procedura per dichiarazione di fallimento non può beneficiare delle più favorevoli disposizioni previste dalla novella legislativa al fine di andare esente da responsabilità penali.

Una secondo filone interpretativo (Cass. Pen., Sez. V, 21 novembre 2007, n. 43076, in *www.iusexplorer.it*) invece ha incentrato il problema sul quesito della possibilità o meno di riconduzione della modifica legislativa all'area della successione di leggi penali nel tempo. Secondo la Corte la novella ha "*determinato una modifica strutturale del reato di bancarotta*", in quanto la riduzione dell'area di fallibilità ha inciso sulla qualifica di soggetto attivo, ossia uno degli elementi costitutivi del reato. I giudici di legittimità hanno quindi fatto ricadere la questione sotto l'ambito di applicabilità dell'art. 2 c.p., sostenendo che "*se la* novatio legis *riguarda la qualità del soggetto attivo, non può che applicarsi in favore di quel soggetto il principio di retroattività della legge più favorevole, con specifico riferimento alla qualità del soggetto proprio del reato.*" (sulla falsariga si veda Cass. Pen., Sez. Un., 23 maggio 1987, n. 8342, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1987, 695.).

[110] La questione è stata rimessa alla Sezioni Unite della Corte di Cassazione in data 13 novembre 2007, con ordinanza della Sez. V penale.

[111] Cass. Pen, Sez. Un., 28 febbraio 2008, n. 19601, in *www.iusexplorer.it*. Le Sezioni Unite hanno sancito, in tale pronuncia, il principio di diritto secondo cui "*il giudice penale investito del giudizio relativo a reati di bancarotta ex. Artt. 216 e seguenti della legge fallimentare non può sindacare la sentenza dichiarativa di fallimento non solo quanto al presupposto oggettivo dello stato di insolvenza della impresa ma anche quanto ai presupposti soggettivi inerenti alle condizioni previste dall'art. 1 l.fall. per la fallibilità dell'imprenditore, sicché le modifiche apportate all'art. 1 l.fall., ad opera del decreto*

www.osservatorio-oci.org

La mancata previsione, in seno alla riforma, di una disciplina penalistica idonea a rendere appetibili gli strumenti di risoluzione concordata della crisi d'impresa ha inoltre condotto la dottrina ad affermare che, sostanzialmente, i rischi penali sono rimasti invariati[113].

Il pericolo principale, per i creditori aderenti ad un piano di risanamento del complesso aziendale, era sicuramente rappresentato dal rischio di concorso[114]

---

legislativo 9 gennaio 2006, n.5 e poi del decreto 12 settembre 2007, n. 169, non esercitano influenza ai sensi dell'art. 2 c.p. sui procedimenti in corso.".

La Suprema Corte ha fondato la sua sentenza su tre assunti.

Innanzitutto si dichiara che "*i presupposti accertati nella sentenza richiamata dalla fattispecie penale (*sentenza di fallimento) *non sono una questione pregiudiziale della quale possa ritenersi investito il giudice penale, dato che essi sono stati appunto accertati da detta sentenza, la quale vincola il giudice penale (purché esistente e non revocata) come elemento della fattispecie criminosa, e non quale decisione di una questione pregiudiziale implicata dalla fattispecie.*", superando anche un più risalente orientamento della medesima Corte (Cass. Pen., Sez. V, 29 aprile 1998, n. 7961, in *www.iusexplorer.it*).

La Cassazione ha poi proseguito indagando quale tipo di impatto abbia avuto la modificazione legislativa dei presupposti di fallibilità sul reato di bancarotta e ha rilevato che "*la nuova disciplina non abbia inteso far venir meno il disvalore sociale della condotta, e quindi l'illiceità penale della stessa, ma si sia limitata a modificare i presupposto per l'applicazione della norma incriminatrice penale.*".

Da ultimo, facendo leva sulla lettera della disciplina transitoria di cui prima si discorreva, la Corte rileva che essa, escludendo l'applicazione retroattiva della nuova disciplina relativa all'individuazione della qualifica di piccolo imprenditore, ha determinato la "*non operatività di un fenomeno di* abolitio criminis*, dato che sarebbe ingiustificata l'applicazione dell'art. 2 c.p. rispetto a norme extrapenali prive di effetti retroattivi.*".

Per ulteriori commenti alla sentenza in parola Cfr. CARDONE-PONTIERI, *Le sezioni unite chiariscono gli effetti della riforma della legge fallimentare sul reato di bancarotta*, in *Riv. Trim. dir. pen. Ec.,* 2008, 267 ss. e GAMBOGI, *La sentenza delle sezioni unite n. 19601/08 in tema di bancarotta fraudolenta: una vera strage delle (fondate) illusioni*, in *Riv. Trim. dir. pen. Ec.*, 2008, 282 ss.

[112] Di posizione contraria all'orientamento espresso dalle Sezioni Unite della Cassazione proprio CARDONE-PONTIERI. Gli autori definiscono infatti la conclusione cui è giunta la Corte "*non condivisibile, atteso che con le citate norme transitorie, di natura esclusivamente civilistica, non è stata introdotta alcuna deroga espressa al principio contenuto nell'art. 2 c.p., il quale, quindi, resta pienamente applicabile al caso in esame.*".

[113] LOTTINI, *Il nuovo art. 217*-bis *l.fall.: una riforma che tradisce le aspettative*, in *Fall.*, 2010, 1366.

[114] Cass. Civ., Sez. I, 16 agosto 2005, n. 16975, in *Guida dir.*, 2005, n. 41, 71. La sentenza in particolare chiarisce che "*la natura di reato proprio del delitto di bancarotta preferenziale non esclude che in esso possano concorrere anche altri soggetti: sia il terzo, che sia partecipe dello scopo di favorire o abbia sollecitato l'illecita preferenza, sia lo stesso creditore favorito, che abbia agito con lo stesso elemento soggettivo (favorire taluno dei creditori a danno degli altri). In particolare, pertanto, è possibile configurare anche il concorso nel reato degli amministratori della società controllante, che figuri come creditrice della società controllata e fallita, con gli amministratori di quest'ultima.*".

www.osservatorio-oci.org

nel reato di cui all'art. 216, comma 3, L.Fall., vale a dire la bancarotta preferenziale.

Delineando gli aspetti principali dello stesso (che avrà modo di essere trattato in maniera più approfondita nel capitolo seguente), la norma incriminatrice punisce "*il fallito che, prima o durante la procedura fallimentare, a scopo di favorire a danno dei creditori, taluno di essi, esegue pagamenti o simula titoli di prelazione.*".[115]

La funzione selettiva dei comportamenti meritevoli di pena, non attribuibile al bene giuridico protetto della *par condicio creditorum*[116] a causa della sua evanescenza, è affidata al dolo specifico previsto dalla norma come elemento soggettivo.[117]

Il rischio di cui prima si parlava si sostanzia tuttavia nell'interpretazione giurisprudenziale consolidata, che ritiene che il dolo specifico riguardi solamente la volontà di favorire uno o taluno dei creditori, ammettendo che il danno ad uno o taluno degli stessi sia inteso dal soggetto attivo solo nei termini di dolo eventuale[118] e che, comunque, possa coesistere con altri fini (ad esempio, appunto, il risanamento aziendale).

Secondo tale orientamento, in altre parole, potrebbe essere ritenuto colpevole di concorso in bancarotta preferenziale il creditore che accetti un pagamento da un soggetto attivo che ponga in essere lo stesso sì con la volontà di pagare il creditore medesimo ma, di contro, con l'obiettivo finale di pervenire ad un riequilibrio della situazione aziendale.[119]

---

[115] Che la bancarotta preferenziale sia il vero rischio per il creditore che aderisca ad un piano e, di conseguenza, un grande ostacolo all'utilizzo delle soluzioni concordate alla crisi d'impresa è anche opinione di ALESSANDRI, *Profili penalistici cit., 112.*

[116] Esso è pacificamente inteso come l'interesse tutelato dalla norma incriminatrice. Cfr. COCCO, in PALAZZO-PALIERO (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali speciali, Sub. Art. 216 R.d. 16 marzo 1942, n. 267*, Cedam, Padova, 2007, 1194.

[117] Si fa qui riferimento allo "*scopo di favorire, a danno dei creditori, uno di essi*".

[118] La giurisprudenza sul punto pare consolidata. Si vedano, a titolo esemplificativo, Cass. Pen., Sez. V, 26 giugno 2009, in *Fall*., 2010, 495; Cass. Pen., Sez. V, 20 maggio 2009, in *Fall*. 2010, 495; Cass. Pen., Sez. V, 31 gennaio 2000, in *Dir. Prat. Soc.*, 2000, 85.

[119] Cfr. Cass. Pen., Sez. V, 22 marzo 2004, in *Impresa*, 2004, 1087. Si esclude tuttavia il dolo di bancarotta in caso di pagamento del creditore per estinguere totalmente le istanze di fallimento (Cass. Pen., Sez. V, 12 giugno 1985, in *Cass. Pen.*, 1987, 397).

www.osservatorio-ocl.org

Se il rischio di incriminazione, la cui eliminazione era auspicata da larga parte della dottrina, è sostanzialmente rimasto intatto dopo la riforma, non si può certamente concludere che essa non abbia avuto alcun riflesso sul reato di bancarotta preferenziale.

La modifica dell'art. 67 L.Fall. e la conseguente restrizione dell'ambito di applicazione riservato alla revocatoria fallimentare ha, anzi, inciso sulla concezione che si poteva avere degli atti interessati.

La dottrina ha affermato, infatti, la non giustificabilità di una tesi tale per cui un determinato fatto civilmente lecito possa ritenersi penalmente rilevante.[120]

Si è infatti sostenuto, facendo leva sul principio di sussidiarietà della normativa penale e sul principio costituzionale di pena come *extrema ratio*, che la riforma civilistica "*ha portato ad escludere la pena là dove, nei confronti del medesimo interesse, il legislatore abbia chiaramente negato la meno intensa e costosa tutela extrapenale*.".[121]

Assumendo l'interesse tutelato della *par condicio creditorum* non come valore assoluto ma come riferito alla misura in cui la protezione viene accordata dalla disciplina civilistica[122], si può evidenziare come il legislatore abbia voluto, di fatto, sottrarre gli atti oggetto dell'intervento normativo alla sfera delle violazioni giuridicamente rilevanti.

Sviluppando il discorso su questa direttrice si potrebbe, dunque, arrivare a sostenere che la riforma civilistica abbia inteso escludere la preferenzialità di

---

[120] Si veda, per tutti, ALESSANDRI, *Profili penalistici cit., 112.*
L'autore sostiene che la riduzione dell'alveo degli atti suscettibili di revocatoria fallimentare "*costituisce un segnale che dovrebbe valere anche per l'interprete delle norme penali, ossia che ci si dovrebbe congedare dalla demonizzazione presuntiva dei tentati salvataggi*.".

[121] GIUNTA, in NIGRO-SANDULLI (a cura di), *La riforma della legge fallimentare, Riflessi penali della nuova disciplina del fallimento e delle procedure concorsuali*, Utet, Torino, 2006, II, 1216 ss.
Cfr. anche LO CASCIO, *La nuova legge fallimentare: dal progetto di legge delega alla miniriforma per decreto legge*, in *Fall.*, 2005, 362; SANDRELLI , in LO CASCIO (diretto da), *Codice commentato del fallimento, Le norme penali della legge fallimentare*, Giuffrè, Milano, 2008, 1812; DI AMATO, *op. cit.*

[122] Si intende la *par condicio creditorum* non nell'astratta ed ipotetica parità di trattamento verso i creditori, ma nel rispetto delle priorità esplicitamente statuite dal legislatore (SANDRELLI, P*rime considerazioni sui riflessi della legge 80/05 sul comparto penale della legge fallimentare*, in *Fall.*, 2005, 1219).

www.osservatorio-oci.org

pagamenti e concessioni di garanzie quando essi di inseriscano nel tentativo, ancorché infruttuoso, di risoluzione della crisi mediante accordo omologato o piano stragiudiziale attestato.[123]

È doveroso dare nota anche di un secondo orientamento in materia, postosi in posizione diametralmente opposta rispetto al primo.

Prendendo le mosse dal principio di autonomia tra la tutela civilistica e quella penalistica, si riteneva infatti che l'irrilevanza penale fosse la conseguenza del consenso dei creditori (intesi come i soggetti "aventi diritto" *ex.* art. 50 c.p.).

Si riporta, in questo senso, l'opinione dell'Insolera, secondo cui "*il fatto non sarà comunque punibile (anche in caso di esito fallimentare), se il piano sia stato approvato dai creditori e omologato dal tribunale, sulla base di un'informazione fedele e completa.*".[124]

Tralasciando il dibattito relativo all'estensione del concetto di "*consenso degli aventi diritto*"[125], si pone subito un difetto evidente nella soluzione interpretativa sopra riportata.

Essa non è infatti applicabile nei casi in cui il consenso creditorio non sia il presupposto per il ricorso a strumenti di composizione concordata della crisi come accade, ad esempio, nel piano attestato; a tale istituto, come già visto, il debitore potrebbe far ricorso anche solamente in forza di intese con terzi o, unilateralmente, in forza di incrementi patrimoniali e finanziari.

---

[123] CASTIELLO D'ANTONIO, *op. cit.*, 613.

[124] INSOLERA, *Riflessi penalistici della nuova disciplina del concordato preventivo e delle composizoni extragiudiziali della crisi d'impresa,* in *Giur. Comm.*, I, 2006, 468.

[125] Per alcuni esso non avrebbe dovuto riguardare necessariamente la totalità dei creditori, ma solamente la maggioranza di essi (come richiesto dall'art. 177 L.Fall.), mentre per altri doveva coinvolgere tutti i soggetti che avessero diritto di voto nell'assemblea dei creditori. È da notare, comunque, che ci si accontentava, relativamente a quei creditori messi in condizione di poter esprimere un voto consapevole ed informato ma, ad esempio, rimasti assenti, di un consenso solo presunto; Cfr. BRUNO, *Le responsabilità civili e penali degli organi amministrativi e di controllo nella gestione della crisi d'impresa*, in *Fall.*, 2008, 1139.

Ritorna, in questa sede, la questione relativa alla centralità dell'informazione data ai creditori per operare la scelta sull'adesione al piano come oggetto del giudizio del tribunale (v. *supra* 29 ss.).

www.osservatorio-oci.org

In tali situazioni, secondo le voci sostenitrici di tale filone[126], si sarebbe dovuto far riferimento alla mancanza del dolo specifico di bancarotta, non ricercandosi in questo caso un indebito favoritismo di un certo creditore in danno degli altri.[127]

La prima giurisprudenza della Corte di Cassazione sul punto pare aver accolto una soluzione di compromesso, sancendo il principio di diritto secondo cui "*La bancarotta preferenziale (art. 216, comma 3, L.Fall.), sul piano oggettivo richiede la violazione della par condicio creditorum nella procedura fallimentare e, sul piano soggettivo, la ricorrenza della forma peculiare del dolo, costituito dalla volontà di recare un vantaggio al creditore (o ai creditori) soddisfatto, con l'accettazione dell'eventualità di un danno per altri, finalità che deve risultare primario interesse perseguito dal debitore, con la conseguenza che la strategia di alleggerire la pressione dei creditori, in vista di un ragionevolmente presumibile riequilibrio finanziario e patrimoniale*[128]*, è incompatibile con il delitto, soprattutto alla luce della riforma, introdotta dal D.L.vo 169 del 2007, dell'azione revocatoria e specialmente dell'art. 67, comma 3, L.Fall.*".[129]

La situazione della disciplina (penale e non) delle procedure concorsuali alla chiusura del primo decennio del XXI secolo non era, in accordo con quanto sopra esposto, sicuramente delle migliori.

L'inopportuna scelta del legislatore di trascurare il comparto penalistico ed il conseguente difetto di coordinamento tra lo stesso e la normativa civilistica avevano portato ad un evidente deterioramento del principio di certezza del diritto in materia.

---

[126] BRUNO, *op. cit.*, 1141. Cfr. anche INSOLERA, *op. cit.*, 1140.

[127] CASTIELLO D'ANTONIO, *op. cit.*, 613.

[128] Si ha qui un temperamento del criterio utilizzato in precedenza; si riteneva infatti che "*solo la certezza di poter superare le difficoltà economiche fosse ritenuta idonea ad escludere il rischio di bancarotta, mentre la semplice speranza non era sufficiente ad escludere il dolo del delitto di cui all'art. 216, comma 3 L.Fall.*" (LOTTINI, *op. cit.*, 1368).

[129] Cass. Pen., Sez. V, 20 maggio 2009, n. 31168, in *CED Cass. Pen*, 2009.

www.osservatorio-oci.org

La stessa dottrina[130] era arrivata addirittura a paragonare, dando prova anche di una certa presenza culturale avulsa dalle dissertazioni giuridiche, l'attesa (frustrata) della riforma del diritto penale fallimentare all'attesa del famoso Godot di "beckettiana" memoria.

La risposta del legislatore alle critiche ricevute si è infine avuta con la disciplina contenuta nella l. 30 luglio 2010, n. 122.[131]

Sarà argomento del capitolo seguente l'analisi ed il giudizio, per quanto possibile, di quali criticità siano state risolte dall'intervento normativo e per quali, invece, come novelli Vladimir ed Estragone, si dovrà ancora attendere.

www.osservatorio-ocl.org

[130] ZINCANI, *Il nuovo art. 217* bis *L.Fall.: la ridefinizione dei reati di bancarotta*, in *Fall.*, 2011, 516.

[131] Tale legge ha convertito, con modificazioni, il d.l. 31 maggio 2010, n. 78.

CAPITOLO II – ART. 217-*BIS* L.FALL.

SOMMARIO: 2.1 Motivi di introduzione della disciplina – 2.2 Norme incriminatrici su cui ha inciso l'art. 217-*bis* L.Fall. – 2.1.1 Bancarotta fraudolenta preferenziale (art. 216 comma 3 L.Fall.) – 2.1.2 Bancarotta semplice (art. 217 L.Fall.) – 2.1.3 L'estensione dell'art. 217-*bis* alla bancarotta societaria – 2.3 I rapporti tra l'art. 217-*bis* L.Fall. e la revocatoria fallimentare – 2.4 La natura giuridica della sentenza dichiarativa di fallimento – 2.4.1 La sentenza "Corvetta" – 2.4.2 La sentenza "Parmalat": un ritorno al passato – 2.4.3 Tertium non datur? La sentenza dichiarativa di fallimento come condizione obiettiva di punibilità – 2.5 Lo spazio valutativo del giudice penale nei diversi strumenti di risoluzione concordata della crisi d'impresa – 2.6 Quale natura giuridica per l'"*Esenzione dai reati di bancarotta*"? – 2.7 La concezione cronologica e teleologica della clausola "*in esecuzione*" – 2.8 Operazioni infragruppo, bancherotte, vantaggi compensativi ed esenzione *ex* art. 217-*bis* L.Fall. – 2.9 L'istituto di credito ed il concorso dell'*extraneus* nei reati di bancarotta.

2.1 Motivi di introduzione della disciplina

L'attività di modifica normativa operata dal legislatore tra il 2005 ed il 2007, unita alla miopia con cui sono stati trascurati gli evidenti e già citati effetti della riforma civilistica sul comparto penalistico della legge fallimentare, ha condotto ampia parte della dottrina[132] ad esprimere forti preoccupazioni ed una valutazione apertamente negativa in relazione ai suddetti interventi legislativi.

I medesimi sono stati infatti definiti come "*strabici interventi di ortopedia giuridica"*, il cui effetto è stato quello di "*ridisegnare l'attuale normativa della crisi d'impresa in maniera asimmetrica, prescindendo dal rapporto osmotico esistente tra le sue parti a causa della cospicua presenza in quella*

[132] INSOLERA, *Riflessi penalistici della nuova disciplina del concordato preventivo e delle composizioni extraiudiziali della crisi dell'impresa*, in *Giur. Comm.*, 2006, 459; MANGIONE, *Riflessioni penalistiche sulla rifora delle procedure concorsuali*, su *www.extranet.dbi.it*, 2006, 895; ZAMBUSI, *La bancarotta preferenziale dopo la riforma dell'azione revocatoria fallimentare: riflessi penalistici*, in *Ind. Pen.*, 2009, II, 533 ss.

www.osservatorio-oci.org

penalistica di elementi normativi ricavabili da quella civilistica"[133], secondo una corretta visione del diritto penale commerciale e, nello specifico, del diritto penale delle procedure concorsuali, non in posizione servente e con mera funzione sanzionatoria della violazione di regole civilistiche, bensì dotato di una propria autonomia.[134]

Secondo autorevole opinione[135] la riforma ha operato null'altro che un "*ardito trapianto di alcune novità sul vecchio ceppo del 1942*", senza alcuna aspirazione di sistematicità e completezza, venendo ben descritta dall'ironica identificazione della stessa con un "*elogio dell'incompletezza e dell'imperfezione*".

La pletora di criticità del mancato coordinamento, in uno con la netta presa di posizione della dottrina, hanno condotto il legislatore ad intervenire nuovamente sull'impianto delle Legge Fallimentare al fine di porre rimedio alle proprie disattenzioni.

Il primo tentativo di ammodernamento delle norme incriminatrici del r.d. n. 267/1942, "*in maniera tale da plasmarle (alla stregua delle norme di disciplina) anziché sulla base dell'ormai superata concezione liquidatoria dell'impresa in crisi, su quella nuova di impronta recuperatoria*"[136], può rinvenirsi nel disegno di legge delega n. 1741-C[137] presentato il 2 ottobre 2008 ed intitolato "*Delega al Governo per il riordino della legislazione in materia di gestione delle crisi aziendali*" ed, in particolare, nell'art. 2 dello stesso,

---

[133] AMARELLI, *I delitti di bancarotta alla luce del nuovo art. 217*-bis *l.fall: qualcosa è cambiato?*, in *Giust. Pen.*, 2011, 547.

[134] La ricchezza di elementi normativi e di riferimenti definitori alla disciplina civilistica rende, in ogni caso, evidente la necessità di un'attività di coordinamento ben diversa da quella superficiale e disattenta posta in essere dal legislatore della riforma del diritto delle procedure concorsuali.

[135] ALESSANDRI, *Profili penalistici delle innovazioni in tema di soluzioni concordate delle crisi d'impresa*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2006, 112.

[136] Così, testualmente, AMARELLI, *op. cit.*, 554.

[137] Il d.d.l. è stato presentato a firma dell'allora Ministro dello sviluppo economico Scajola, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze (Tremonti), con il Ministro della giustizia (Alfano), con il Ministro del lavoro, della salute e delle politiche sociali (Sacconi) e con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti (Matteoli).

www.osservatorio-ocl.org

rubricato "*Delega al Governo per la riforma della disciplina penale fallimentare*".[138]

La gestazione di questo disegno di legge si presentò da subito come molto difficoltosa, anche in relazione ai cambiamenti delle priorità politiche dovuti ad esigenze contingenti.

Per quanto in questa sede interessa, tuttavia, è da notare come tale testo, a dispetto del titolo, non incidesse sul problema precedentemente tratteggiato, omettendo qualunque rifermento a disposizioni finalizzate a garantire un doveroso coordinamento tra il comparto penalistico e quello civilistico della normativa delle procedure concorsuali.

L'unica eccezione è rappresentata dall'art. 2 lett. *h)* del disegno di legge, che tuttavia si limita a dettare una delega al Governo per l'introduzione di una disposizione speciale in materia di falso[139], dunque senza incidere sulle problematiche relative all'applicabilità delle fattispecie di bancarotta alle operazioni poste in essere in esecuzione di uno degli istituti volti al risanamento dell'impresa in crisi.

Dal dato sopra riportato e da un'attenta lettura del testo normativo e della relativa Relazione d'accompagnamento è consentito dedurre una certa superficialità nell'approccio al problema da parte del legislatore, finanche

---

[138] SCOPESI, *Il disegno di legge delega di riforma delle disposizioni penali in materia di procedure concorsuali*, in *Dir. Fall.*, 2009, 22.

[139] L'art. 2 lett. *h)* del d.d.l. 1741-C del 2008 dispone che il Governo debba "*prevedere il delitto di falsa esposizione di dati o di informazioni o altri comportamenti fraudolenti, consistente:* 1) *Nell'esposizione di informazioni false o nell'omissione di informazioni imposte dalla legge per l'apertura delle procedure di concordato preventivo al fine di potevi accedere, ovvero per ottenere l'omologazione degli accori di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'art. 182*-bis *del regio decreto 16 marzo 1942 n. 267, e successive modificazioni, l'ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria di cui al decreto legislativo 8 luglio 1999 n. 270, e al decreto legge 23 dicembre 2003 n. 347, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 febbraio 2004, n. 39, ovvero per ottenere l'approvazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti da parte del Ministero dello sviluppo economico; prevedere altresì la punibilità delle condotte fraudolente commesse nel corso di tali procedure. (...)*"

www.osservatorio-odl.org

sollevando dubbi sull'utilità concreta di una siffatta delega in relazione a necessità di riforma di ben più ampio respiro.[140]

Il legislatore è tornato sul problema successivamente, nel 2010, ed ha introdotto tramite decreto legge, poi convertito con modificazioni, la disciplina ora rubricata all'art. 217-*bis* L.Fall.

È opinione diffusa in dottrina che il risultato normativo sia frutto di "*una disposizione* ad hoc *inserita estemporaneamente (anziché una dedicata e ragionata legge settoriale fallimentare) in uno dei tanti* melting-pot *normativi con cui il legislatore vorrebbe correggere le più diverse imperfezioni ed incongruenze che si creano nei vari comparti del nostro ordinamento giuridico*".[141]

Il primo degli ambiti di interesse che è qui doveroso trattare può essere ricondotto alle "spinte" esterne che hanno condotto all'emanazione della succitata normativa; sarebbe difatti forse un poco miope ritenere che il legislatore, a pochi anni dal primo intervento di riforma in materia, rimetta mano alla questione solamente su invito di una, seppur autorevole, dottrina.

Si ritiene comunemente accettato l'assunto secondo cui, all'interno di queste dinamiche, rilevantissimo peso abbiano avuto le istanze degli istituti di credito.

Fin dall'introduzione della riforma del 2005 in materia di procedure concorsuali, infatti, era stata fortemente ventilata l'ipotesi (*rectius*: la speranza) di una disciplina che mettesse al riparo gli istituti di credito dal rischio di concorso nei reati di bancarotta ogni qualvolta si inserissero nel tentativo di salvataggio di un'impresa in crisi.

Il rischio più presente in tale ottica, giova ricordarlo, era senza dubbio il concorso nei reati di cui all'art. 216 comma 3 L.Fall. e 217 L.Fall.

---

[140] PISANI, *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, Giappichelli, Torino, 2011, 201 ss.
[141] AMARELLI, *op. cit.*, 556.

www.osservatorio-ocl.org

Per quanto riguarda il primo aspetto, si era ritenuta idonea a superare il rischio di bancarotta la sola certezza[142] di superamento delle difficoltà economiche dell'impresa in crisi nel cui salvataggio l'istituto di credito veniva ad inserirsi mentre, al contrario, la mera speranza non era sufficiente ad escludere il dolo richiesto per il perfezionamento della condotta di cui all'art. 216 comma 3 L.Fall.[143]

La lesione del principio della *par condicio creditorum*[144] era in particolare rinvenuta, nella casistica giurisprudenziale, in relazione all'apporto della "nuova finanza" bancaria, ovverosia finanziamenti da parte dell'istituto di credito nella maggior parte dei casi imprescindibili per un serio tentativo di salvataggio dell'impresa.

Erano sanzionate, nello specifico, operazioni in forza delle quali la banca, creditrice in base a contratti privi di garanzia o di privilegio nei confronti di un imprenditore in stato di difficoltà finanziaria, avesse a questi erogato "nuova finanza" previo ottenimento di un titolo privilegiato di soddisfacimento del credito.[145]

---

[142] Ferma restando la necessità di una valutazione positiva sulla praticabilità *ex ante* del risanamento, al fine di escludere la sussistenza dell'elemento soggettivo era richiesta "*la soggettiva certezza di poter superare le difficoltà economiche, ritenuta idonea ad escludere il dolo specifico della bancarotta nella forma anche eventuale, con limite dato dalla certezza soggettiva del non verificarsi dell'evento (mentre non valeva a tal fine la semplice speranza di evitare o ritardare il fallimento attraverso il pagamento preferenziale).*".
Così testualmente BRICCHETTI, in SGUBBI-FONDAROLI, *Il "mercato delle legge penale": nuove prospettive in materia di esclusione della punibilità tra profili sostanziali e processuali, La "esenzione" dai reati di bancarotta preferenziale e di bancarotta semplice nel nuovo art. 217*-bis *della legge fallimentare: causa di esclusione (delimitazione) del tipo, causa speciale di esclusione dell'antigiuridicità o che altro?*, 2011, 83. Il testo è la trasposizione della relazione dell'Autore all'omonimo convegno tenutosi a Ravenna il 29 ottobre 2010.

[143] LOTTINI, *Il nuovo art. 217* bis *l.fall.: una riforma che tradisce le aspettative*, in *Fall.*, 2010, 1368.

[144] ALESSANDRI, *Profili penalistici cit.*, 119. Secondo l'Autore quando lo strumento di risoluzione concordata della crisi d'impresa non raggiunge il suo obiettivo "*tutto il passato prossimo si dipinge di indebita preferenzialità, dimenticando che l'alternativa alla soluzione liquidatoria è quella gradualistica e negoziata, che necessariamente è trapuntata di momenti di transitoria violazione della* par condicio".

[145] Cass. Pen., Sez. V, 2 marzo 2004, in *Foro it.*, 2005, II, 32 ss. secondo cui "*risponde a titolo di concorso del reato di bancarotta preferenziale il funzionario di banca che, dopo la concessione di un mutuo non coperto da garanzie ad imprenditore successivamente divenuto*

www.osservatorio-oci.org

L'altro grave rischio cui erano generalmente esposti gli istituti di credito era senza dubbio il concorso nel reato di cui all'art. 217, in particolar modo per quanto riguarda le ipotesi di cui ai nn. 3 e 4 del comma 1.[146]

All'alveo applicativo di cui al n. 3 potrebbero essere riconducibili operazioni che, di fatto, ritardino il fallimento.

Una rigorosa dottrina ha anche sostenuto che tale norma dovrebbe trovare applicazione anche in riferimento ad operazioni che appaiano gravemente imprudenti, e quindi penalmente rilevanti, in quanto poste in essere in uno stato di crisi, pur potendo essere ritenute perfettamente ortodosse in situazioni di vita fisiologica dell'impresa.

L'autorevole obiezione che è stata sollevata consisteva, tuttavia, nell'assunto secondo cui "*non sempre operazioni di tal fatta sono imprudenti, giacché molte imprese hanno superato momenti difficilissimi ricorrendo per necessità a mezzi che ad un giudice inesperto potranno sembrare rovinosi ma che invece riuscirono a scongiurare l'uragano, facendole risorgere a nuove fortune*"[147].

Questa posizione, a sua volta, si espone alla critica[148] secondo cui le condotte considerate, inserite in un contesto di crisi imprenditoriale, avrebbero

---

insolvente, determini la trasformazione del credito già chirografario in credito privilegiato mediante concessione di mutuo fondiario, assistito da garanzia ipotecaria, destinato a ripristinare l'esposizione debitoria del conto corrente non assistito da garanzie, venendosi ad alterare la par condicio creditorum".

Cfr. anche Cass. Pen., Sez. V, 1 dicembre 1999, in *Giur. It.*, 2002, 1259 ss., che stabiliva che "*risponde di concorso nel reato di bancarotta preferenziale per simulazione di un titolo di prelazione il funzionario di banca che concede ad un imprenditore in stato di insolvenza (e successivamente dichiarato fallito) un mutuo garantito da ipoteca per consentirgli di ripianare uno scoperto di parti entità determinatosi nel conto corrente acceso preso la banca mutuante*".

[146] L'art. 217 comma 1 n. 3 prevede che sia punito con la reclusione da sei mesi a due anni, se è dichiarato fallito, l'imprenditore che, fuori dai casi preveduti nell'articolo precedente "*ha compiuto operazioni di grave imprudenza per ritardare il fallimento*"; alle stesse pene è assoggettato, secondo il disposto del n. 4 del medesimo articolo, l'imprenditore, se dichiarato fallito che "*ha aggravato il proprio dissesto, astenendosi dal richiedere la dichiarazione di fallimento o con altra grave colpa*".

[147] LONGHI, *Bancarotta ed altri reati in materia commerciale,* in *Enc. Dir. pen.*, in PESSINA (a cura di), XIV, Milano, 1913, 524.

[148] DELITALA, *Diritto penale. Raccolta degli scritti, Contributo alla determinazione della nozione giuridica di bancarotta*, II, Giuffrè, Milano,1976, 714.

www.osservatorio-oci.org

cionondimeno l'effetto di causare una lesione all'interesse creditorio e di aggravare il dissesto.

Seguendo l'opinione di Cocco[149], utile potrebbe essere un preliminare discrimine tra mezzi "*buoni*" e mezzi rovinosi: i primi sarebbero in grado di permettere all'impresa di risolvere le proprie difficoltà economiche mentre i secondi, al contrario, non avrebbero questa possibilità.

All'interno della categoria dei cosiddetti "*mezzi rovinosi*" appare necessaria, poi, una seconda distinzione tra mezzi intrinsecamente e relativamente rovinosi.

I primi causano, essi stessi, il dissesto, mentre i secondi, ed è a questi che faceva riferimento l'ortodossa dottrina precedentemente riportata, assumono il loro carattere in quanto posti in essere in situazioni di "fibrillazione" dell'impresa.

Ruolo centrale è dunque assunto dalla valutazione dell'inserimento o meno delle operazioni suddette in un serio progetto di sopravvivenza dell'impresa in crisi.

Gli aspetti di complessità e di incertezza connessi ad un piano che, per sua stessa natura, è in divenire, portano la valutazione suddetta ad essere effettuata in un'ottica di plausibilità degli esiti del risanamento stesso più che di sicurezza dei medesimi.[150]

Tornando ai rischi dell'istituto di credito, dunque, è da notare che la dottrina[151] ha ritenuto che ad integrare gli estremi del reato di cui al n. 3 del comma 1

---

[149] COCCO, *Esenzioni dai reati di bancarotta nel "nuovo" art. 217*-bis *della legge fallimentare*, in *Leg. Pen.*, 2011, 5 ss.

[150] PEDRAZZI, in PEDRAZZI-SGUBBI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito. Artt. 216-227, Commentario Scialoja-Branca,* Zanichelli, Bologna, 1995, 164.

[151] ANTONIONI, *La bancarotta semplice*, Jovene, Napoli, 1952, 159. Cfr. anche COCCO, *I rapporti tra banca e impresa in crisi: problemi di responsabilità penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1989, 529 ss.

Nel senso di richiedere, per la consumazione del reato, condizioni particolarmente gravose imposte dalla banca all'imprenditore dissestato si veda GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, Giuffrè, Milano, 2006, 347; CHIARAVIGLIO, *Le responsabilità penali nelle aziende*, Giuffrè, Milano, 1983, 638.

www.osservatorio-oci.org

dell'art. 217 L.Fall. fosse sufficiente la stipulazione di un contratto di mutuo ad interessi in misura legale o comunque non oggettivamente usurari, quando il contratto sia stipulato esclusivamente al fine di raccogliere denaro per ritardare la dichiarazione di fallimento.

L'interpretazione si era spinta fino al punto di sostenere la responsabilità del funzionario di banca che concede il credito, qualora questi abbia la chiara consapevolezza della situazione economica irrimediabilmente compromessa del mutuatario, del danno provocato al suo patrimonio e del fine che muove l'imprenditore, con l'adesione alla sua volontà.[152]

Il concorso dell'istituto di credito poteva, infine, anche venire in rilievo nel caso si considerasse lo strumento di risoluzione concordata della crisi d'impresa come imprudente espediente per rinviare il dissesto ovvero che il tempo necessario alla stipula degli accordi e alla predisposizione del piano avesse comunque aggravato la situazione di insolvenza.[153]

La rapida analisi dei rischi cui l'istituto di credito andava incontro nell'ambito di salvataggi di imprese in crisi ci permette di capire in maniera molto agevole il già citato accorato intervento dell'allora presidente dell'ABI, Avv. Faissola, in commissione bilancio, in cui viene caldeggiata l'introduzione di una nuova disciplina all'interno del diritto penale fallimentare tale da rendere maggiormente appetibile il ricorso a soluzioni concordate delle crisi d'impresa.

Tali istanze vengono riprese nella Circolare ABI dell'agosto 2010[154] in relazione alle novità introdotte dall'art. 48 del dl n. 78/2010.

In questo breve testo emerge chiaramente l'opinione del ceto bancario, secondo cui "*Nella prassi operativa si è avvertita l'esigenza, da un lato, di affiancare alla tutela delle azioni revocatorie anche il presidio di tipo penale,*

---

[152] LOTTINI, *op. cit.*, 1371; COCCO, *I rapporti, op. cit.*, 556; più risalente, si veda anche NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Giuffrè, Milano, 1955, 441.

[153] LOTTINI, *op. cit.*, 1371.

[154] Circolare ABI, Serie Legale n. 19 – 23 agosto 2010, disponibile su *www.tuttocamere.it*.

www.osservatorio-oci.org

al fine di garantire completa protezione alle operazioni di risanamento nonché, dall'altro lato, di migliorare ulteriormente la disciplina civilistica dei tre istituti con taluni correttivi.".

Veniva denunciato il periodo di incertezza seguito alle riforme del 2005 e del 2007, sottolineato in particolare dalla posizione tenuta dall'ABI stessa nel corso dell'Audizione del novembre 2009 dinanzi alle Commissioni riunite, Giustizia e Sviluppo Economico della Camera dei Deputati, incaricate dell'esame del già citato d.d.l. 1741.

Posizione omologa a quella dell'ABI è stata tenuta anche dalla Banca d'Italia in occasione dell'Audizione sul medesimo disegno di legge tenutasi nel maggio 2010.

In quest'ottica, dunque, la *ratio* sottesa all'introduzione dell'art. 217-*bis* L.Fall. appare collegata all'intento di "*aumentare* l'appeal *del ricorso alle soluzioni concordate alle crisi di impresa, liberando il campo da possibili equivoci circa l'eventuale rilevanza penale dei comportamenti sopra descritti e di porre un argine sicuro nei confronti di una giurisprudenza troppo spesso incline a privilegiare in materia fallimentare soluzioni esegetiche eccessivamente rigorose*.".[155]

È fuori di dubbio che, in assenza di una norma volta ad escludere *expressis verbis* la rilevanza penale delle operazioni compiute in esecuzione di strumenti di risoluzione concordata della crisi d'impresa, il ricorso alle stesse fosse stato fortemente limitato.

Come ha evidenziato il Mangione, il problema risiedeva nel "*rischio di paralizzare il ricorso a questi istituti generato dal timore di veder pendere sul capo dell'imprenditore la spada di Damocle costituita dall'eventuale rilevanza* ex post *di condotte* ex ante *considerate lecite e non assoggettabili a revocatoria*"[156].

---

[155] AMARELLI, *op.cit.*, 557.
[156] MANGIONE, *op.cit.*, 892.

www.osservatorio-oci.org

La soluzione adottata con l'introduzione dell'art. 217-*bis* L.Fall., tuttavia, non rappresenta *novum* nel vero senso della parola.

La già citata Commissione Trevisanato, infatti, aveva previsto all'interno del proprio testo l'inserimento di una fattispecie volta ad escludere espressamente dal raggio di operatività dei delitti di bancarotta i fatti commessi in attuazione di un piano per la composizione della crisi omologato dal tribunale.[157]

Dall'angolo visuale della sua storia normativa[158], poi, l'articolo in questione costituisce il recepimento dell'emendamento presentato dal Sen. Latronico del Pdl nella seduta del 2 luglio della Commissione bilancio.

Questo è stato preferito rispetto a tre diversi emendamenti provenienti dal medesimo schieramento politico e volti sì all'esclusione della punibilità per i reati di bancarotta preferenziale e semplice in caso di operazioni o pagamenti effettuati in esecuzione di una soluzione concordata diretta ad evitare il fallimento, ma con sfumature tra loro differenti.

In particolare, gli emendamenti proposti dal Sen. Costa[159] prevedevano la specificazione della natura "*non fraudolenta*" delle operazioni e dei pagamenti come requisito per l'operatività dell'esclusione della rilevanza penale, mentre l'emendamento proposto dal Sen. Tancredi[160] prevedeva l'introduzione del requisito della verifica dell'insussistenza "*di fatti previsti dall'articolo 173*[161]

---

[157] L'art. 16, comma 10 lett. *a)* del d.d.l. invitava il Governo a "*Prevedere che non costituiscono reati ai sensi del comma 1, lett.* a) *e* c)*, gli atti non fraudolenti posti in essere dopo l'apertura della procedura di composizione della crisi e in esecuzione del piano omologato.*".

Sul punto era stato espresso parere favorevole da autorevole dottrina; cfr. SANDRELLI, *Le norme penali e processuali nel testo della Commissione Trevisanato*, in *Atti del Convegno* tenutosi a Milano il 20 aprile 2005.

[158] Riportata in LOTTINI, *op. cit.*, 1366.

[159] Emendamenti 48.12 e 48.13, respinti.

[160] Emendamento 48.0.2, respinto.

[161] L'art. 173, rubricato "*Revoca dell'ammissione al concordato e dichiarazione del fallimento nel corso della procedur*a" così recita: "*Il commissario giudiziale, se accerta che il debitore ha occultato o dissimulato parte dell'attivo, dolosamente omesso di denunciare uno o più crediti, esposto passività insussistenti o commesso altri atti di frode, deve riferirne immediatamente al tribunale, il quale apre d'ufficio il procedimento per la revoca dell'ammissione al concordato, dandone comunicazione al pubblico ministero e ai creditori. La comunicazione ai creditori è eseguita dal commissario giudiziale a mezzo posta elettronica certificata ai sensi dell'articolo 171, secondo comma. All'esito del procedimento,*

www.osservatorio-oci.org

ovvero condotte fraudolente nell'elaborazione e nell'attuazione dei piano o accordi.".

Il testo che ha visto la luce nella l. 30 luglio 2010, n. 122, che ha convertito con modificazioni il d.l. 31 maggio 2010, n. 78, e rubricato "*Esenzioni dai reati di bancarotta*", dispone che "*Le disposizioni di cui all'articolo 216, terzo comma, e 217 non si applicano ai pagamenti e alle operazioni compiuti in esecuzione di un concordato preventivo di cui all'articolo 160 o di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato ai sensi dell'articolo 182*-bis *o del piano di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera* d)*, ovvero di un accordo di composizione della crisi omologato ai sensi dell'articolo 12 della legge 27 gennaio 2012, n. 3, nonché ai pagamenti e alle operazioni di finanziamento autorizzati dal giudice a norma dell'articolo 182*-quinquies *e alle operazioni di finanziamento effettuate ai sensi dell'articolo 22*-quater*, comma 1, del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 91, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 116, nonché ai pagamenti ed alle operazioni compiuti, per le finalità di cui alla medesima disposizione, con impiego delle somme provenienti da tali finanziamenti.*".[162]

---

che si svolge nelle forme di cui all'articolo 15, il tribunale provvede con decreto e, su istanza del creditore o su richiesta del pubblico ministero, accertati i presupposti di cui agli articoli 1 e 5, dichiara il fallimento del debitore con contestuale sentenza, reclamabile a norma dell'articolo 18. Le disposizioni di cui al secondo comma si applicano anche se il debitore durante la procedura di concordato compie atti non autorizzati a norma dell'articolo 167 o comunque diretti a frodare le ragioni dei creditori, o se in qualunque momento risulta che mancano le condizioni prescritte per l'ammissibilità del concordato.".

[162] Art. 217-*bis* L.Fall.

www.osservatorio-oci.org

2.2 Norme incriminatrici su cui ha inciso l'art. 217-*bis* L.Fall.

2.2.1 Bancarotta fraudolenta preferenziale (art. 216 comma 3 L.Fall.)

L'art. 217-*bis* della Legge Fallimentare sancisce l'irrilevanza penale, così si ricava dalla normativa, degli atti integranti la condotta di cui all'art. 216 comma 3 L.Fall.

Si è già dato conto di come tale reato rappresentasse uno dei rischi più presenti per l'istituto di credito nelle more di una procedura di salvataggio di impresa in crisi ma, cionondimeno, per comprendere appieno l'estensione dell'irrilevanza penale occorre principiare da una, seppur generale e superficiale, analisi della norma incriminatrice e delle *rationes* ad essa sottesa.

L'art. 216 comma 3 L.Fall. punisce "*con la reclusione da uno a cinque anni il fallito che, prima o durante la procedura fallimentare, a scopo di favorire, a danno dei creditori, taluno di essi, esegue pagamenti o simula titoli di prelazione"*.

In questo caso, differentemente da quanto accade con riferimento alla bancarotta fraudolenta con diminuzione fittizia o reale della garanzia creditoria, il debitore agisce al fine di alterare il rapporto tra le quote che spettano ai creditori e, quindi, lede di conseguenza il loro diritto ad un trattamento paritario nelle more della procedura concorsuale.

Come si evince dalla lettera della norma, la condotta penalmente rilevante può consistere tanto nell'effettuazione di pagamenti quanto nella simulazione di titoli di prelazione.

In riferimento alla prima ipotesi, la dottrina intende pacificamente come pagamento "*qualsiasi forma solutoria del debito*"[163].

Vengono compresi nella nozione normativa[164], dunque, non soltanto il pagamento propriamente detto effettuato tramite dazione di beni ai creditori,

[163] Testualmente MUCCIARELLI, *L'esenzione dai reati di bancarotta*, in *Dir. pen. Proc.*, 2010, 1479. Cfr. anche, per tutti, COCCO, in PALAZZO-PALIERO (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, sub *art. 216 l.fall.*, II, Cedam, Padova, 2007, 1193.
V. anche TAGLIARINI, *Profili salienti della bancarotta preferenziale*, in *Ind. Pen.*, 1992, 743.

www.osservatorio-oci.org

ma anche la compensazione non operante *ex lege*[165], la novazione oggettiva, la cessione di crediti.[166]

Il credito in relazione al quale è corrisposto pagamento deve essere effettivo, in quanto altrimenti si incorrerebbe nella più grave ipotesi di distrazione di beni di cui al n. 1 del primo comma dell'art. 216 L.Fall.

I già accennati problemi di coordinamento tra la normativa in discorso e la restrizione dell'area della revocatoria fallimentare prevista dal nuovo art. 67 comma 3 L.Fall., di cui più diffusamente si parlerà nel prosieguo della trattazione, hanno trovato la dottrina discorde.

Un orientamento, infatti, tendeva a prevedere che la restrizione della rilevanza in punto revocatoria fallimentare estendesse analoghi effetti sulla disciplina penalistica[167], arrivando a costituzionalizzare la natura di *extrema ratio* del diritto penale; diverso orientamento[168], invece, riteneva che un pagamento non (più) revocabile fosse comunque idoneo ad integrare la condotta descritta dalla norma incriminatrice, a condizione della sussistenza di tutti gli elementi oggettivi e soggettivi da essa richiesti.

Proprio in punto elemento soggettivo, tuttavia, anche questa rigorosa dottrina ha dovuto ammettere l'irrilevanza penale delle ipotesi di cui all'art. 67 comma

---

[164] Così A.ROSSI, in GROSSO-PADOVANI-PAGLIARO, *Trattato di diritto penale, Illeciti penali nelle procedure concorsuali*, Giuffrè, Milano, 2014, 155.

[165] Interessante sarebbe la proposizione di ipotesi di anticipo su conto corrente bancario operato dall'istituto di credito nei confronti del soggetto debitore, essendo previsti nel rapporto obbligatorio il mandato all'incasso con annesso patto di compensazione. Si potrebbe infatti incorrere nel rischio di bancarotta preferenziale nel caso in cui la compensazione fosse considerata pagamento preferenziale, in quanto il patto di compensazione rinviene i suoi effetti *ex contractu* e non direttamente dalla legge.

[166] La Suprema Corte di Cassazione ha ritenuto non rilevante a questi fini la distinzione tra cessione di credito *pro solvendo o pro soluto*, sancendo che debba "*ritenersi configurabile la sussistenza del reato, sotto il profilo oggettivo, anche nel caso di cessione di crediti, atteso che il relativo effetto traslativo si produce nel momento in cui si realizza l'incontro delle volontà fra cedente e cessionario, per cui da quello stesso momento si determina il depauperamento del patrimonio dell'impresa fallita, nulla rilevando che la cessione avvenga salvo patto contrario,* pro solvendo *e che, ai sensi dell'art. 1198 cod.civ., quando in luogo di adempimento è ceduto un credito, l'obbligazione si estingue con la riscossione del credito, se non risulta una diversa volontà delle parti.*". (Cass. Pen., Sez. V, 21 aprile 2004, in *Riv. Trim. dir. pen. Econ.* 2004, 1319).

[167] ALESSANDRI, *Profili penalistici cit.* 121.

[168] MANGIONE, *op. cit.*, 913; ZAMBUSI, *op. cit.*, 551.

www.osservatorio-oci.org

3 L.Fall. che, in quanto finalizzate ad un'ottica di ripresa, si presentano come intrinsecamente inidonee ad integrare l'elemento soggettivo di favorire illecitamente taluno dei creditori a danno degli altri.

Per quanto concerne la condotta di simulazione di titoli di prelazione, invece, la dottrina è stata divisa sull'attribuzione o meno al concetto di simulazione del significato riportato nel codice civile.

L'art. 1414 sancisce che "*Il contratto simulato non produce effetto tra le parti. Se le parti hanno voluto concludere un contratto diverso da quello apparente, ha effetto tra esse il contratto dissimulato, purché ne sussistano i requisiti di sostanza e di forma*.".

La linea interpretativa contraria alla nozione civilistica prende invece le mosse dalla concezione secondo cui una simulazione intesa in questi termini non avrebbe alcuna capacità lesiva della *par condicio creditorum*.

Il debitore, infatti, sarebbe legittimato a far valere la controdichiarazione, e quindi il titolo di prelazione contenuto nel contratto simulato sarebbe da considerarsi non sussistente.

L'obiezione qui sollevata rischia tuttavia, se portata alle sue estreme conseguenze, di ottenere come risultato una definizione di simulazione eccessivamente libera, di tal che sarebbe semplice incorrere nell'analogia in *malam partem* comprendendo nell'alveo applicativo condotte che si distinguono più per la strumentalità che per la fraudolenza.[169]

La giurisprudenza della Suprema Corte, con l'inizio del nuovo millennio, ha optato per una diversa lettura del concetto.

Si è quindi intesa la simulazione di titoli di prelazione come una effettiva costituzione di garanzie a favore del creditore finalizzata, in tempi sospetti e quindi in presenza di stato di insolvenza, a trasformare un credito chirografario in privilegiato, a nulla rilevando che la costituzione del titolo risulti effettiva o simulata.

---

[169]Trib. Ferrara, 9 gennaio 2002, in *Fall*., 1347 ss., con nota di TASSINARI, *La simulazione di titoli di prelazione a cavallo tra interpretazione estensiva ed analogia* in malam partem.
La posizione pare essere condivisa anche da A.ROSSI, *op.cit.*, 162.

www.osservatorio-oci.org

È stato infatti ritenuto sufficiente, nonostante il parere contrario di illustre dottrina[170], che "*si faccia apparire nell'imminenza del fallimento come privilegiato un credito che non lo era*", [171] ferma restando la necessità dell'effettiva sussistenza del credito.

Un'analisi dell'elemento oggettivo e, quindi, della condotta richiesta dalla norma incriminatrice perché scatti la sanzione penale, trova la sua utilità in una migliore comprensione del dibattito dottrinario in relazione all'estensione della copertura di irrilevanza penale dell'art. 217-*bis*.

In base al tenore letterale della norma, infatti, si sarebbe potuto pensare che l'art. 217-*bis* comporti l'irrilevanza penale, indistintamente, di ogni ipotesi descritta dall'art. 216 L.Fall.[172]

Ad una lettura più attenta, tuttavia, si può notare come il legislatore abbia implicitamente circoscritto l'applicazione dell'art. 217-*bis* ai "*pagamenti e operazioni compiuti in esecuzione*" dei piani di salvataggio dell'impresa in difficoltà.

Per quanto concerne la bancarotta preferenziale, dunque, appare non cadere nell'irrilevanza penale la condotta di "*simulazione di titoli di prelazione*".

La natura intrinseca della condotta, infatti, sarebbe da considerarsi in antitesi rispetto alla finalità di salvataggio dell'impresa in crisi.

Tra l'ampia dottrina concorde sul punto, ci si permette di citare l'esauriente analisi di Mucciarelli[173], il quale sostiene che la condotta di simulazione di

---

[170] ALESSANDRI, *Profili penalistici cit.*, 128. L'Autore definisce gli interventi della Corte di Cassazione come "*interpretazioni estremiste, alla ricerca di un in sé penalistico, che non sarebbe più la simulazione civilistica, espressiva di una divergenza tra il manifestato ed il voluto nella sfera dell'autonomia privata, ma qualcosa di più ampio, indefinibile.*".
Secondo la Suprema Corte, infatti, "*La locuzione* 'simulazione' *di cui all'art. 216, comma terzo, seconda parte L.F. non va intesa in senso civilistico, poiché la* ratio *della previsione è quella di sanzionare sia le condotte che realizzino la costituzione fittizia di un titolo preferenziale sia quelle che trasformino un credito chirografario in credito privilegiato con la costituzione effettiva di una garanzia in presenza dello stato di insolvenza, posto che entrambe conducono al medesimo risultato di alterazione della* par condicio creditorum." (Cass. Pen., Sez. V, 2 marzo 2004, n. 16688, in *Cass. Pen*, 2005, 3097 ss.).

[171] Cass. Pen., Sez. V, 23 febbraio 2000, n. 2136, in *Dir. prat. Soc.*, 2000, 91 ss., con nota di BRICCHETTI, *Bancarotta preferenziale e simulazione di un titolo preferenziale.*
Cfr. anche Cass. Pen., Sez. V, 2 marzo 2004, n. 16688, in *Cass. Pen.*, 2005, 3097 ss.

[172] AMARELLI, *op. cit.*, 568.

www.osservatorio-oci.org

titoli di prelazione "*non può in alcun modo essere compresa fra le operazioni poste in essere in esecuzione di una delle procedure finalizzate alla soluzione della crisi d'impresa, proprio per la natura simulatoria della stessa. La natura in qualche misura artificiosa dell'atto costitutivo del titolo di prelazione (simulato) ne impedisce strutturalmente l'inquadramento fra le operazioni indirizzate alla soluzione della crisi. Comportamenti caratterizzati in tal senso ben difficilmente possono esser fatti rientrare in un piano o in un accordo, che necessitano, proprio per la loro stessa natura, di essere una rappresentazione fedele non soltanto della situazione economica, patrimoniale e finanziaria dell'impresa, ma anche dei vari passaggi attraverso i quali si sviluppa il piano di superamento razionale della crisi.*".

Differente posizione lo stesso Autore assume nei confronti dell'effettiva costituzione di titoli di prelazione, sostenendo che "*ogni concessione di garanzia e ogni pagamento, ancorché preferenziali, qualora effettuati nel quadro di una delle procedure, non potranno integrare il fatto punibile ex. Art. 216, comma 3, l.fall.*".

Si può dunque concludere, in accordo con le fonti citate, che l'irrilevanza penale sancita dall'art. 217-*bis* L.Fall. non si estenda alla condotta di simulazione di titoli di prelazione prevista dall'art. 216 comma 3 L.Fall., quando con la simulazione non si intenda una costituzione effettiva di garanzia inserita nell'ottica di una delle procedure finalizzate al salvataggio dell'impresa in crisi.

---

[173] MUCCIARELLI, *L'esenzione cit.*, 1479.

L'opinione citata è condivisa dalla più ampia dottrina. Si vedano CASAROLI, in MAFFEI ALBERTI (a cura di), *Commentario breve alla legge fallimentare*, sub *art. 217*-bis, VI, Cedam, Padova, 2013, 1484; AMBROSETTI-MEZZETTI-RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, , *L'art. 217*-bis*: le esenzioni dai reati di bancarotta preferenziale e semplice*, III, Zanichelli, Bologna, 2012, 373; MINNITI, in PAJARDI (a cura di), *Codice del fallimento*, sub *art. 217*-bis, Giuffrè, Milano, 2013, 2293; ZINCANI, *Il nuovo art. 217*-bis *l.fall.: la ridefinizione dei reati di bancarotta*, in *Fall.*, 2011, 522.

www.osservatorio-oci.org

2.2.2 Bancarotta semplice (art. 217 L.Fall.)

Stante quanto sopra analizzato, occorre ora verificare, a fronte di una applicabilità *prima facie* generalizzata dell'art. 217-*bis* L.Fall. alla fattispecie di bancarotta semplice, quali siano le condotte che realmente possono essere ricomprese nell'alveo.

La lettera dell'articolo 217 L.Fall. recita che "*È punito con la reclusione da sei mesi a due anni, se è dichiarato fallito, l'imprenditore, che, fuori dai casi preveduti nell'articolo precedente:* 1) *ha fatto spese personali o per la famiglia eccessive rispetto alla sua condizione economica;* 2) *ha consumato una notevole parte del suo patrimonio in operazioni di pura sorte o manifestamente imprudenti;* 3) *ha compiuto operazioni di grave imprudenza per ritardare il fallimento;* 4) *ha aggravato il proprio dissesto, astenendosi dal richiedere la dichiarazione del proprio fallimento o con altra grave colpa;* 5) *non ha soddisfatto le obbligazioni assunte in un precedente concordato preventivo o fallimentare.*

La stessa pena si applica al fallito che, durante i tre anni antecedenti alla dichiarazione di fallimento ovvero dall'inizio dell'impresa, se questa ha avuto una minore durata, non ha tenuto i libri e le altre scritture contabili prescritti dalla legge o li ha tenuti in maniera irregolare o incompleta.".

Partendo dall'analisi del n.1 del presente articolo, si intendono con "*spese*", in questo caso, tutte le obbligazioni di dare in corrispettivo di una qualsivoglia prestazione assunte dall'imprenditore per interessi esulanti da quelli aziendali, ovverosia per il soddisfacimento dei bisogni propri e dei familiari.

L'eccessività delle spese medesime è invece valutata sul patrimonio complessivo dell'imprenditore, sulle sue condizioni economiche, e di conseguenza rilevano ai fini della presente ipotesi quelle spese che superino in misura rilevante il complesso dei redditi di cui l'imprenditore dispone.[174]

[174] Così A.ROSSI, *op.cit.*, 168.

www.osservatorio-oci.org

L'ipotesi di cui al n. 2 dell'art. 217 L.Fall. si riferisce, invece, all'imprenditore che ponga in essere operazioni di pura sorte o manifestamente imprudenti che abbiano l'effetto di consumare una notevole parte del patrimonio.

Si indicano come operazioni di "*pura sorte*" quelle il cui esito dipende da circostanze che il soggetto agente non ha potere di controllare né di prevedere.[175]

Sono, d'altro canto, operazioni "*manifestamente imprudenti*" quegli atti gestori i quali, secondo le regole di impresa o di prassi commerciale, esorbitano dalle consuete norme di perizia e prudenza, sebbene abbiano la finalità di giovare alle ragioni dell'azienda.

Si possono quindi isolare, a questo proposito, i requisiti della presenza di un fattore di rischio superiore al normale e della chiaramente evidenziabile natura di avventatezza dell'operazione, per quanto non si richieda che l'intento sia meramente speculativo.

L'ipotesi di cui al n. 5 dell'art. 217 L.Fall., infine, prevede la punibilità a titolo di bancarotta semplice del soggetto che non adempia le obbligazioni assunte in un precedente concordato preventivo o fallimentare, riferendosi chiaramente ad una diversa e distinta procedura concorsuale e non allo stato di insolvenza in cui versi attualmente il soggetto.

Come si potrà facilmente intuire, sono stati analizzati i nn. 1, 2 e 5 dell'art. 217 L.Fall.

Questo perché la dottrina ha pressoché unanimemente convenuto l'impossibilità di ricondurre siffatte condotte all'ambito di esenzione di cui all'art. 217-*bis*.

Più in particolare, non si sono ravvisate criticità nell'escludere le ipotesi di cui ai nn. 1 (*Spese personali o per la famiglia eccessive rispetto alla condizione*

[175] Si dà conto della divisione presente in dottrina tra la ricomprensione nell'alveo delle operazioni di pura sorte anche di operazioni non commerciali e, quindi, di attività riconducibili al gioco d'azzardo, e la limitazione della fattispecie alle sole operazioni commerciali.

www.osservatorio-oci.org

economica dell'imprenditore) e 5 (*Inadempimento delle obbligazioni assunte in un precedente concordato preventivo o fallimentare*), in quanto le stesse si "*connotano come del tutto eccentriche rispetto a qualsivoglia finalità di soluzione della crisi d'impresa e, pertanto, non possono essere in alcun modo coperte dall'esenzione disciplinata dall'art. 217-bis l.fall.*".[176]

Sarebbero inoltre escluse, secondo autorevoli voci, le ipotesi previste dal comma 2 dell'art. 217, integranti condotte di bancarotta semplice documentale.[177]

Più dubbia pare la questione relativa al n. 2 del comma 1 dell'art. 217 L.Fall., ovverosia la consumazione di notevole parte del patrimonio del debitore in operazioni manifestamente imprudenti o di pura sorte.

Il dato letterale, infatti, fa riferimento ad "*operazioni*", e cioè la medesima terminologia utilizzata dal legislatore nell'art. 217-*bis*, e potrebbe condurre a ritenere possibile la ricomprensione dell'ipotesi nell'alveo dello stesso.

Una rilevante osservazione in senso contrario, basata su un'interpretazione di tipo teleologico-sistematico, pone tuttavia in evidenza come "*ben difficilmente comportamenti erosivi della consistenza patrimoniale connotati dalla mera sorte o dalla manifesta avventatezza potrebbero essere valutati come coerenti con un piano o con un accordo volti al superamento della crisi di impresa: sarebbe come asserire che piano o accordo sono essi stessi caratterizzati da profili di pura aleatorietà ovvero di palese imprudenza. Asserzione, quest'ultima, che nega in radice l'idoneità del piano, intesa come razionale percorso di superamento della crisi d'impresa.*

Sicché pare conclusione preferibile ritenere che l'art. 217-bis l.fall. non trovi applicazione nel caso di comportamenti riportabili alla previsione dell'art. 217, n. 2 l.fall.".[178]

---

[176] D'ALESSANDRO, *Il nuovo art. 217-bis L.Fall*, in *Soc.*, 2011, 212.

[177] MINNITI, in PAJARDI (a cura di), *op. cit.*, 2293; AMBROSETTI-MEZZETTI-RONCO, *op. cit.*, 373; CASAROLI, in MAFFEI ALBERTI (a cura di), *op.cit.*, 1484.

[178] MUCCIARELLI, *L'esenzione cit.*, 1479; v. anche D'ALESSANDRO, *Il nuovo cit.*, 212.

www.osservatorio-oci.org

2.2.3 L'estensione dell'art. 217-bis alla bancarotta societaria

Il dato testuale dell'art. 217-*bis* L.Fall. è stato definito, ad un tempo, carente ed eccessivo[179].

L'eccessività si rinviene in quanto analizzato nei paragrafi precedenti.

La onnicomprensività del testo normativo in riferimento alle condotte di cui all'art. 216 comma 3 e 217 L.Fall., infatti, ha sollevato criticità in quanto diverse modalità comportamentali sono state ritenute incompatibili con la finalità di risanamento che deve essere propria delle operazioni poste in essere nelle more di procedure di salvataggio previste dall'art. 217-*bis* L.Fall.

Carente, di contro, in quanto fa riferimento alle sole ipotesi di bancarotta propria dell'imprenditore commerciale.

La dottrina ha ritenuto che il mancato riferimento letterale alla disciplina della bancarotta societaria, su cui peraltro lo stesso legislatore si è espresso in senso dubitativo[180], non preclude che i fatti astrattamente riconducibili a tale fattispecie possano essere realizzati in esecuzione di una delle procedure volte al risanamento dell'impresa.

Si è anche sostenuto che "*qualora si dovesse propendere per l'assoluta tassatività del rinvio operato dall'art. 217*-bis, *se ne dovrebbe constatare la illegittimità costituzionale in rapporto all'art. 3 Cost., vista l'evidente disparità di trattamento – pur a fronte di condotte identiche, realizzate nel*

---

[179] ZINCANI, *op. cit.*, 522.

[180] Il dossier di documentazione elaborato nella fase di approvazione della conversione del decreto legge sosteneva che "*in merito al nuovo articolo 217*-bis *deve segnalarsi che – sia sotto il profilo della formulazione testuale, sia dal punto di vista sistematico – l'intervento modificativo proposto riguarda esclusivamente il capo I del titolo VI della legge fallimentare e, in particolare, i ricordati articoli 216 e 217".*

Lo stesso legislatore indicava tuttavia come "*parrebbe opportuno un ulteriore approfondimento al fine di valutare se non sia necessario un intervento di coordinamento sul capo II del titolo predetto, con specifico riferimento alle fattispecie di cui agli articoli 223 (fatti di bancarotta fraudolenta) e 224 (fatti di bancarotta semplice).*".

Il dossier può essere reperito presso il sito internet del Senato della Repubblica: *www.senato.it.*

www.osservatorio-ocl.org

contesto di procedure volte a sanare la crisi dell'impresa – tra imprenditore individuale e impresa societaria."[181].

Contro l'utilizzo, in questo caso miope, del brocardo *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit* depone anche il profilo argomentativo.

L'asserita violazione del principio di tassatività nel caso di estensione della disciplina dell'art. 217-*bis* alla bancarotta societaria, infatti, si scontra con la stessa struttura normativa delle fattispecie.

Il combinato disposto delle norme in materia di bancarotta propria ed impropria, infatti, fa emergere la ricomprensione della bancarotta societaria nell'alveo dell'articolo in esame come conseguenza derivante direttamente *ex lege.*

Le fattispecie di cui agli artt. 223[182] e 224[183] L.Fall., infatti, sono costruite tramite la tecnica del rinvio alle corrispondenti norme incriminatrici delle bancherotte proprie, di tal che quando i medesimi articoli rinviano agli artt. 216 e 217 L.Fall. "*stabilendo, rispettivamente, che agli amministratori, ai direttori generali, ai sindaci e ai liquidatori di società dichiarate fallite che hanno commesso alcuno dei fatti preveduti nei suddetti articoli si applicano le*

[181] CASAROLI, in MAFFEI ALBERTI (a cura di), *op. cit.*,1484; nello stesso senso AMARELLI, *op. cit.*, 568.

[182] L'art. 223 L.Fall., rubricato "*Fatti di bancarotta fraudolenta*", prevede che: "*Si applicano le pene stabilite nell'art. 216 agli amministratori, ai direttori generali, ai sindaci e ai liquidatori di società dichiarate fallite, i quali hanno commesso alcuno dei fatti preveduti nel suddetto articolo.*
Si applica alle persone suddette la pena prevista dal primo comma dell'art. 216, se:
1) *hanno cagionato, o concorso a cagionare, il dissesto della società, commettendo alcuno dei fatti previsti dagli articoli 2621, 2622, 2626, 2627, 2628, 2629, 2632, 2633, 2634 del codice civile;*
2) *hanno cagionato con dolo o per effetto di operazioni dolose il fallimento della società.*
Si applica altresì in ogni caso la disposizione dell'ultimo comma dell'art. 216.".

[183] L'art. 224 L.Fall., rubricato "*Fatti di bancarotta semplice*", stabilisce che: "*Si applicano le pene stabilite nell'art. 217 agli amministratori, ai direttori generali, ai sindaci e ai liquidatori di società dichiarate fallite, i quali:*
1) *hanno commesso alcuno dei fatti preveduti nel suddetto articolo;*
2) *hanno concorso a cagionare od aggravare il dissesto della società con inosservanza degli obblighi ad essi imposti dalla legge.*".

www.osservatorio-oci.org

pene da essi stabilite, implicitamente essi rinviano oggi anche all'art. 217-bis *l.fall.*".[184]

www.osservatorio-oci.org

[184] Testualmente AMARELLI, *op. cit.*, 569.

2.3 I rapporti tra l'art. 217-*bis* L.Fall. e la revocatoria fallimentare

La già citata natura di norma pragmatica, ideata per far fronte ad un problema concreto più che come organica riorganizzazione di una delicata disciplina[185], ha portato gli interpreti ad individuare nella riforma quasi più criticità di quante essa non sia riuscita a risolvere.

Per quanto interessa ai fini del presente paragrafo, in particolare, è doveroso rilevare i gravi difetti di coordinamento tra il testo dell'art. 217-*bis* L.Fall. ed il comma 3 dell'art. 67 L.Fall. che disciplina l'istituto della revocatoria fallimentare.

La revocatoria fallimentare e la condotta penalmente rilevante di cui all'art. 216 comma 3 L.Fall. hanno infatti costituito, nella storia della normativa, una sorta di *continuum* di illiceità, il primo dei due istituti da un punto di vista civilistico ed il secondo mediante lo stigma della sanzione penalistica.

Le modifiche apportate all'art. 67 comma 3 L.Fall., in uno con l'emanazione della l. 122/2010 ed in particolare con l'introduzione dell'art. 217-*bis*, hanno portato la dottrina ad interrogarsi sull'entità dello spostamento dell'asse di equilibrio normativo.

Analizzando i dati testuali, a fronte di un'esenzione dall'applicabilità delle fattispecie di bancarotta fraudolenta preferenziale e bancarotta semplice patrimoniale limitata, per quanto qui rileva[186], alla sola ipotesi di cui alla lett. *d* del comma 3 dell'art. 67 L.Fall., si evidenzia di contro una disciplina civilistica della revocatoria fallimentare strutturata secondo il modello

[185] Si fa qui riferimento alle già citate pressioni del ceto bancario al fine di ottenere una sorta di "protezione" dal rischio penalistico insito nella partecipazione a salvataggi di imprese in crisi e, dall'altra parte, alla volontà del legislatore di stimolare un più rilevante utilizzo degli strumenti approntati con le riforme del 2005 e 2007 per la composizione concordata della crisi d'impresa.

[186] A prescindere, dunque, dall'espressa applicabilità dell'art. 217-*bis* L.Fall. al concordato preventivo di cui all'art. 160 L.Fall. e all'accordo di ristrutturazione dei debiti di cui all'art. 182-*bis* L.Fall.

www.osservatorio-oci.org

casistico e con previsione di non assoggettabilità alla stessa di un rilevante elenco di atti.[187]

Una superficiale valutazione basata sul mero dato letterale dovrebbe far concludere per l'inapplicabilità dell'art. 217-*bis* L.Fall. alle ipotesi dallo stesso non espressamente menzionate.

Tuttavia, secondo attenta dottrina[188] cui si farà ampio riferimento nella trattazione per l'ampiezza e la lucidità dell'analisi, una comprensione ottimale del difetto di coordinamento succitato non può ottenersi per il tramite del mero studio della situazione normativa così come modificata dalla l. 122/2010, dovendosi invece prendere le mosse dalle rilevanti innovazioni apportate proprio dalla riforma dello strumento revocatorio.

Le innovazioni introdotte con la L.80/2005[189] erano finalizzate, in primo luogo, ad aumentare lo "*spazio di manovra*" garantito ad un'impresa in crisi, consentendole di poter interloquire più agevolmente con il ceto creditorio; i creditori infatti, ed in particolare gli istituti di credito, sarebbero stati più propensi al dialogo con l'imprenditore in crisi in quanto sollevati dal rischio di

---

[187] Il comma 3 dell'articolo in questione prevede che non siano soggetti all'azione revocatoria:
a) *i pagamenti di beni e servizi effettuati nell'esercizio dell'attività d'impresa nei termini d'uso;* b) *le rimesse effettuate su un conto corrente bancario, purché non abbiano ridotto in maniera consistente e durevole l'esposizione debitoria del fallito nei confronti della banca;* c) *le vendite ed i preliminari di vendita trascritti ai sensi dell'articolo 2645*-bis *del codice civile, i cui effetti non siano cessati ai sensi del comma terzo della suddetta disposizione, conclusi a giusto prezzo ed aventi ad oggetto immobili ad uso abitativo, destinati a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o di suoi parenti e affini entro il terzo grado;* d) *gli atti, i pagamenti e le garanzie concesse su beni del debitore purché posti in essere in esecuzione di un piano che appaia idoneo a consentire il risanamento della esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria e la cui ragionevolezza sia attestata da un professionista iscritto nei revisori contabili e che abbia i requisiti previsti dall'art. 28, lettere a) e b) ai sensi dell'articolo 2501*-bis, *quarto comma, del codice civile;* e) *gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione del concordato preventivo, nonché dell'accordo omologato ai sensi dell'articolo 182*-bis; f) *i pagamenti dei corrispettivi per prestazioni di lavoro effettuate da dipendenti ed altri collaboratori, anche non subordinati, del fallito;* g) *i pagamenti di debiti liquidi ed esigibili eseguiti alla scadenza per ottenere la prestazione di servizi strumentali all'accesso alle procedure concorsuali e di concordato preventivo.*

[188] D'ALESSANDRO, *Il nuovo cit.*, 204.

[189] La L.80/2005 ha convertito, con modificazioni, il d.l. 35/2005.

www.osservatorio-oci.org

vedere posti nel nulla accordi conclusi con lo stesso prima della dichiarazione di fallimento a causa dell'esperimento dell'azione revocatoria.

Da un punto di vista prettamente tecnico, poi, il legislatore ha inteso precisare in maniera minuziosa i confini degli atti esenti da revocatoria di cui al comma 3, con la conseguente creazione di un catalogo tassativo che non permette, in linea generale, estensioni.

È da notare come, "*sebbene non si possa ravvisare una completa specularità tra revocatoria e bancarotta preferenziale – essendo pacifico, da un lato, che un negozio revocabile possa anche non rappresentare un pagamento preferenziale, ed essendo ugualmente possibile, dall'altro, che un atto in concreto non revocabile possa tuttavia rilevare penalmente a titolo di bancarotta preferenziale – è innegabile che la letteratura penalistica ha sempre guardato con interesse alla fisionomia della revocatoria, non foss'altro che per scorgere le tracce di pagamenti potenzialmente preferenziali.*".[190]

Si può dunque sostenere che la bancarotta preferenziale, stanti le lacune presentate dal testo dell'art. 216 comma 3 L.Fall. in punto tipicità e le forti critiche della dottrina[191], abbia guardato spesso alla revocatoria fallimentare per "*connotarsi*" dall'angolo visuale della condotta tipica concretamente considerata, in modo tale da non lasciare la caratterizzazione della fattispecie

[190] D'ALESSANDRO, *Il nuovo cit.*, 205. L'autore sostiene comunque che "*non si possa ammettere che atti espressamente ritenuti non revocabili dal legislatore possano assumere rilevanza penale. Di contro, nulla vieta di immaginare atti che non siano revocabili in concreto. Ad esempio perché compiuti prima del periodo sospetto e che, ciononostante, siano pur sempre connotati da caratteri di preferenzialità.*" (nt. 16).

[191] D'ALESSANDRO, in CAVALLINI (a cura di), *Commentario alla legge fallimentare, Le disposizioni penali della legge fallimentare,* Giuffrè, Milano, 2010, 13 ss.
L'autore critica fortemente la scelta di affidare la verificazione del concreto perfezionamento della condotta criminosa pressoché totalmente all'analisi dell'elemento soggettivo.
Si veda anche PEDRAZZI, in PEDRAZZI-SGUBBI, *Reati commessi dal fallito cit.*,118.
Si sottolinea qui la "*necessaria sussistenza, ai fini dell'accertamento della natura preferenziale di un pagamento, di una situazione patrimoniale realmente critica.*".

www.osservatorio-ocl.org

quasi solamente alla verificazione dell'elemento soggettivo dell'imprenditore dissestato.[192]

Stanti queste considerazioni, in ogni caso, pareva non si potesse, prima della riforma del 2010, aderire alla corrente orientata verso il riconoscimento della rilevanza penale a titolo di bancarotta preferenziale di atti espressamente individuati come non revocabili dalla disciplina civilistica.[193]

Un duplice ordine di ragioni conferisce credibilità a questo assunto.

In primo luogo, per citare D'Alessandro, "*la possibile rilevanza penale* ex post *di* condotte *comunque non assoggettabili a revocatoria, finiva col far pendere sul capo dell'imprenditore una pericolosa spada di Damocle, il cui effetto intimidatorio avrebbe verosimilmente determinato una paralisi difficilmente superabile, vanificando, tra l'altro, proprio quell'effetto propulsivo nei confronti delle attività dell'impresa in crisi, che rappresentava la* ratio *più autentica dell'intervento legislativo.*".[194]

Il secondo, e a modestissimo parere di chi scrive più rilevante, aspetto saliente della questione è costituito dall'effetto aberrante cui si approderebbe seguendo

---

[192] Nel caso di specie, viene richiesto il dolo specifico di favorire uno dei creditore, con l'accettazione della verificazione dell'evento del danno agli altri a titolo di dolo eventuale.

[193] Per una puntuale analisi sul punto di veda SANDRELLI, *Prime considerazioni sul riflessi della legge 80/05 sul comparto penale della legge fallimentare*, in *Fall.*, 2005, 1218.

L'autore prende le mosse sostenendo l'esistenza di una "*analogia e continuità di presupposti*" tra la revocatoria fallimentare e la fattispecie di bancarotta preferenziale, dovuta anche alla coeva estensione delle due norme nel testo originario della legge fallimentare.

Tale coordinamento aveva permesso, fino alla riforma del 2005, un sostanziale riferimento della fattispecie penalistica all'istituto civilistico; salvo l'analisi in punto elemento soggettivo, infatti, le norme sulla revocatoria fallimentare "*consentivano di intravedere i contorni della fattispecie penale prefallimentare.*".

Seguendo l'autorevole opinione, la riforma ha modificato la disciplina civilistica non operando un coerente adeguamento della fattispecie penale, di tal che "*potrà darsi che l'azione del giudice penale si sviluppi debordando dalle presunzioni civilistiche e potranno essere penalmente sanzionati fatti che civilisticamente non sono, per espressa limitazione normativa, resi inefficaci quali sintomo o riscontro di preferenzialità civile. Sicché, per questa via, la sfera penalistica eccede, superandola, la protezione civile assegnata al fenomeno dal nostro ordinamento.*".

Si sostiene, dunque, che il ridimensionamento dell'azione revocatoria non comporterà, come sarebbe invece stato doveroso, una correlativa restrizione dell'area di rilevanza penale.

[194] In senso conforme v. anche MANGIONE, *op.cit.*, 913.

www.osservatorio-oci.org

l'impostazione di una rilevanza penale a titolo di bancarotta preferenziale di condotte non sottoposte a revocatoria fallimentare.

Come è stato correttamente argomentato[195], tale orientamento comporterebbe "*un macroscopico contrasto con il principio di sussidiarietà, in quanto determinerebbe un eccessivo avanzamento della tutela penale, la quale – lungi dal rappresentare l'*extrema ratio *a disposizione dell'ordinamento – assumerebbe il ruolo di primo avamposto sanzionatorio, colpendo condotte inidonee a impegnare perfino l'intervento degli strumenti civilistici di tutela.*".[196]

La pacifica e condivisa opinione[197] dell'esclusione di rilevanza penale a titolo di bancarotta preferenziale della generalità delle ipotesi previste al comma 3 dell'art. 67 L.Fall., supportata dall'ampia ed autorevole dottrina citata, è stata tuttavia scossa dall'introduzione dell'art. 217-*bis* L.Fall.

Come si è già avuto modo di rilevare, infatti, il dato testuale dell'innovazione normativa fa riferimento alla sola situazione di cui alla lett. *d* del comma 3 dell'art. 67 L.Fall. in punto esenzione dalla rilevanza penale.

All'indomani della riforma il problema è stato sollevato anche dalla Suprema Corte di Cassazione che, all'interno di una Relazione Illustrativa[198], definisce come "*inspiegabile*"[199] la mancata esplicita ricomprensione, nell'alveo

---

[195] ALESSANDRI, *Profili penalistici cit.*, 129. L'autore sostiene, testualmente, "*l'insostenibilità di qualsivoglia giustificazione di un fatto civilisticamente lecito ma penalisticamente rilevante.*".

In senso conforme anche VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitto di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Giuffrè, Milano, 2000, 340 ss.

Ancora, si veda SANDRELLI, *op.cit.*, 1219, in cui si sostiene che "*la riforma – ancorché incida sul versante civilistico – sembra abbia annullato la stessa obiettività giuridica tutelata dalla bancarotta preferenziale, la garanzia – cioè – intesa non già nell'astratta ed ipotetica parità di trattamento verso i creditori, ma nel rispetto delle priorità esplicitamente statuite dal legislatore. Osservazioni che, a maggior ragione, vengono a pesare nell'accertamento dell'elemento soggettivo sostanziato nella ricerca di un indebito favoritismo (fine specifico) al proprio creditore.*".

[196] Così testualmente D'ALESSANDRO, *Il nuovo cit.*, 206.

[197] V. anche sul punto AMARELLI, *op.cit.*, 571.

[198] Relazione n. III/09/10, 3 agosto 2010, dell'Ufficio del Massimario della Corte di cassazione (redattore PISTORELLI), disponibile su *www.ilfallimento.it.*

[199] Allo stesso modo si esprimono BRICCHETTI-PISTORELLI, *Bancarotta, le operazioni escluse dall'incriminazione*, in *Guida al diritto*. n. 37/2010, 94.

www.osservatorio-oci.org

dell'art. 217-*bis* L.Fall., dei pagamenti ed operazioni non soggette a revocatoria previsti dall'art. 67 comma 3 lett. *a), b), c), f),* e *g).*

Il testo in questione rileva come non appaia "*ragionevole limitare la simmetria tra esclusione e irrilevanza penale dei pagamenti preferenziali alle sole ipotesi previste dall'art. 67, terzo comma, lett. d)*", paventando anche la possibilità di problemi di compatibilità della scelta normativa con l'art. 3 Cost.

Ad una prima lettura orientata sulla tassatività delle ipotesi di esenzione di cui all'art. 217-*bis* e, quindi, sull'impossibilità di estensione della stessa alle altre situazioni di irrevocabilità fallimentare basata su un'analisi del dato testuale in ottica di *ubi voluit* unita al divieto di analogia fissato dall'art. 25 comma 2 Cost., deve dunque tuttavia essere contrapposta un'interpretazione costituzionalmente orientata della norma.

Si dovrebbero considerare esenti da rilevanza penale gli atti non espressamente richiamati dall'art. 217-*bis* L.Fall. ma inclusi nella disposizione sulla revocatoria fallimentare in quanto, diversamente ragionando, si giungerebbe "*ad approdi assolutamente irragionevoli, aprendo le porte ad una probabile declaratoria di illegittimità costituzionale del* novum *legislativo per manifesta violazione del principio di uguaglianza-ragionevolezza sancito nell'art. 3 Cost. a causa della diversa valenza giuridica conferita a situazioni sostanzialmente identiche.*".[200]

Appare quindi plausibile concludere nel senso della possibilità di estensione della disciplina di cui all'art. 217-*bis* L.Fall. alle situazioni di cui alle lettere

---

Cfr. anche BRICCHETTI, in SGUBBI-FONDAROLI, *op.cit.*, 92; secondo l'Autore "*E' arduo anche solo ipotizzare che l'omessa menzione (*delle lett. *a), b), c), f), g)* dell'art. 67, comma 3 L.Fall. dal testo dell'art. 217-*bis* L.Fall.) *significhi l'applicabilità, sussistendone le altre condizioni, delle fattispecie incriminatrici della bancarotta preferenziale e della bancarotta semplice.*".

[200] Così AMARELLI, *op.cit.*, 572.

Sulla stessa posizione si attesta BRICCHETTI, in SGUBBI-FONDAROLI, *op.cit.*, 93. L'Autore sostiene anche che, abbracciando la tesi di un diverso trattamento riservato alle ipotesi di esclusione dalla revocatoria fallimentare non espressamente menzionate dall'art. 217-*bis* rispetto a quelle riportate nel testo della norma stessa, "*non si terrebbe conto di quanto si era affermato, prima che il legislatore dettasse l'art. 217*-bis, *in ordine alla insostenibilità di qualsivoglia riflesso penalistico data la loro riconosciuta liceità civilistica.*".

www.osservatorio-ocl.org

a), b), c), f), g), del comma 3 dell'art. 67 L.Fall. "*qualora possano essere considerate come realizzate in coerenza con una delle procedure indirizzate alla soluzione della crisi.*".[201]

Si dà anche atto di un ulteriore orientamento dottrinario che, sebbene con percorsi esegetici in parte diversi, giunge al medesimo risultato pratico.

In particolare Cocco[202], facendo riferimento alla *par condicio creditorum* come concetto definito dalle stesse previsioni della legge fallimentare e come bene protetto dalla fattispecie incriminatrice di bancarotta preferenziale, sostiene che "*nell'ambito dei comportamenti individuati dal segno linguistico direttamente usato per rappresentare la condotta va ritagliata una categoria di azioni, le uniche da considerarsi illecite, in rapporto di causalità con l'evento costituito dal danno dei creditori conseguente alla preferenza accordata a taluno di essi.*".

Proprio la configurazione della bancarotta come reato di danno, consistente nella violazione della *par condicio creditorum*, induce l'autore a considerare non perfezionata la condotta descritta dalla norma incriminatrice sotto il duplice profilo dell'elemento oggettivo e di quello soggettivo.

Con riguardo al primo, infatti, sarebbe difficile immaginare un concreto danno alla *par condicio creditorum* quando il pagamento in discorso sia posto in essere in esecuzione di uno strumento di risoluzione concordata della crisi d'impresa, per sua intrinseca natura volto a portare beneficio (se andato a buon fine, ovviamente) ai creditori nell'ottica di un loro migliore soddisfacimento.

---

[201] Testualmente MUCCIARELLI, *L'esenzione cit.*, 1478. In senso conforme anche ZINCANI, *op.cit.*, 525. L'autore sostiene che "*se il terzo comma dell'art. 67 descrive una serie di situazioni di liceità, accomunate da interessi che il legislatore considera prevalenti rispetto a quelli perseguiti dalle disposizioni che prevedono la revocatoria, è inevitabile dedurne trattarsi di disposizioni destinate ad escluderne in radice la rilevanza penale.*".
Sull'assunto delle ipotesi dell'art. 67 comma 3 come situazioni di espressa liceità, l'autore rinvia a GALLETTI, *Le nuove esenzioni dalla revocatoria fallimentare*, in *Giur.Comm.*, 2007, 163 ss.; FABIANI, *L'alfabeto della nuova revocatoria fallimentare,* in *Fall.*, 2005, 571 ss.; BONFATTI, in BONFATTI-FALCONE (a cura di), *La riforma della legge fallimentare, Le operazioni strumentali all'accesso alle procedure concorsuali minori o all'esecuzione delle stesse,* Giuffrè, Milano, 2005, 80.

[202] COCCO, *op.cit.*, 10.

www.osservatorio-ocl.org

In relazione, poi, all'elemento soggettivo, è da notare che la finalità di dolo specifico della illegittima preferenza accordata ad uno dei creditori deve risultare primario interesse del debitore, ferma restando la necessità quantomeno di copertura soggettiva a titolo di dolo eventuale del danno per uno degli altri.

Risulta di agevole comprensione che, nell'ambito di una soluzione concordata alla crisi d'impresa, la finalità del debitore sia rivolta al risanamento dell'impresa stessa.

L'assunto sopraindicato è stato ribadito anche dalla Suprema Corte di Cassazione, la quale ha affermato che "*la strategia di alleggerire la pressione dei creditori, in vista di un (ragionevolmente presumibile) riequilibrio finanziario e patrimoniale, è incompatibile con il delitto soprattutto alla luce della riforma dell'azione revocatoria e specialmente dell'art. 67, comma terzo.*".[203]

Per concludere, si deve notare che, nella trattazione in oggetto, è mancato ogni riferimento alla lett. *e)* del comma 3 dell'art. 67 L.Fall.

La disposizione in questione prevede che siano esclusi dall'azione revocatoria "*gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione del concordato preventivo, nonché dell'accordo omologato ai sensi dell'articolo 182*-bis*.".*

La dottrina non ha rilevato problemi sul punto, in quanto il mancato richiamo espresso è stato ritenuto del tutto comprensibile "*essendo i due istituti ora rammentati oggetto di manifesta previsione all'interno dello stesso art. 217*-bis *l.fall.*".[204]

[203] Cass. Pen., Sez. V, 20 maggio 2009, n. 31168, in *www.iusexplorer.it*.
[204] MUCCIARELLI, *L'esenzione cit.*, 1474; in senso conforme anche ZINCANI, *op.cit.*, nt. 29.

www.osservatorio-oci.org

2.4 La natura giuridica della sentenza dichiarativa di fallimento

Un diverso, ma non meno annoso, problema, su cui per più di mezzo secolo si sono scontrate dottrina e giurisprudenza, si può rinvenire nel ruolo da assegnare alla sentenza dichiarativa di fallimento.

L'incipit dell'art. 216 L.Fall., ripreso dalle altre norme in tema di bancarotta, riporta la dicitura "*E' punito con la reclusione da tre a dieci anni, se è dichiarato fallito, l'imprenditore che: […]*".

Come si avrà modo di argomentare molto più diffusamente nel corso del presente paragrafo, l'inciso relativo al fallimento dell'imprenditore è stato inteso dalla dottrina come una condizione obiettiva di punibilità.

In particolare, per il momento, si dà atto che la dottrina ha ritenuto che "*la qualificazione della dichiarazione di fallimento in termini di condizione di punibilità intrinseca si giustifica proprio in considerazione della circostanza che l'atto giurisdizionale imprime il crisma dell'illiceità agli atti di disposizione compiuti in precedenza dall'imprenditore, i quali, in assenza di tale pronuncia, sono assolutamente legittimi.*".[205]

La dichiarazione di fallimento trasformerebbe quindi la lesione al bene giuridico protetto dalla norma da eventuale ad attuale e concreta, in quanto sarebbe solo con l'intervento della stessa pronuncia giurisdizionale che il reato *de qua* potrebbe dirsi integrato.[206]

La soluzione assunta dalla giurisprudenza di legittimità, invece, si è distanziata da queste impostazioni per conferire una diversa veste alla sentenza dichiarativa di fallimento.

Una risalente, per quanto rilevante, sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite ha infatti qualificato la declaratoria in oggetto come "*condizione di esistenza del reato*".[207]

---

[205] Così, testualmente, SANTORIELLO, *I reati di bancarotta*, Giappichelli, Torino, 2000, 28.
[206] Così A.ROSSI, *op. cit.*, 103.
[207] Cass. Pen., Sez. Un., 25 gennaio 1958, in *Giust. Pen.*, 1958, II, 513. La sentenza in oggetto statuisce che il fallimento "*inerisce così intimamente alla struttura del reato da*

www.osservatorio-oci.org

La dicitura in questione ha subito variazioni letterali in sede giurisprudenziale, venendo ad essere definita come "*elemento normativo interno alla fattispecie*"[208] o ancora "*elemento indispensabile per attribuire la qualifica di reati a condotte altrimenti lecite o penalmente indifferenti*"[209]; sembra tuttavia, in accordo con autorevole dottrina[210], che tali discrepanze testuali non siano altro che mere traslitterazioni, non rilevanti al fine di escludere la qualificazione della sentenza dichiarativa di fallimento come elemento costitutivo del fatto di reato.

La linea giurisprudenziale qui tratteggiata è apparsa, fin dalla citata sentenza delle sezioni unite del 1958, granitica e compatta.[211]

La questione problematica si è posta, tuttavia, nel modo in cui è stata sviluppata la scelta della giurisprudenza.

Secondo una diffusissima dottrina, infatti, "*una volta evocata tale ultima categoria, la stessa giurisprudenza non ha poi voluto trarne le dovute conseguenze sul piano giuridico e sistematico*."[212].

Volendo far propria l'interpretazione giurisprudenziale, dovrebbe includersi l'accertamento giudiziale del fallimento nell'indagine sull'elemento

---

qualificare quei fatti, i quali, come i fatti di bancarotta, sarebbero penalmente irrilevanti fuori del fallimento.".

[208] Cass. Pen., Sez. Un., 26 febbraio 2009, n. 24468, in *Cass.pen.*, 2010, 1619 ss., con nota di MUCCIARELLI, *Vecchi e nuovi istituti della legge fallimentare nella sentenza n. 24468/2009 delle Sezioni unite: successione di leggi e ruolo del bene giuridico.*

[209] Cass. Pen., Sez. V, 15 dicembre 1988, n. 2234, in *Cass. Pen.*, 1990, 1165.

[210] MUCCIARELLI, *Sentenza dichiarativa di fallimento e bancarotta: davvero incolmabile il divario fra teoria e prassi?*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 25 febbraio 2015.
Si dà nota che il testo sarà destinato alla pubblicazione in un volume collettaneo in materia di diritto delle procedure concorsuali a cura di Riccardo Borsari.

[211] Si veda, *ex multis*, le più risalenti Cass. Pen., Sez. V, 12 novembre 1974, in *Riv. Pen.*, 1975, 105; Cass. Pen. Se. V, 3 dicembre 1978, in *Riv. Pen.*, 1980, 219; Cass. Pen., Sez. V, 27 novembre 1985, in *Foro it.*, 1986, II, c.18; Cass. Pen., Sez. V, 14 aprile 1987, in *Giust. Pen.*, 1988, II, 292; Cass. Pen., Sez. V, 26 giugno 1990, in *Cass. Pen.*, 1991, 828; Cass. Pen., Sez. V, 22 aprile 1998, in *Cass. Pen.*, 1999, 278; Cass. Pen., Sez. V, 23 marzo 1999, in *Cass. Pen.*, 2000, 1784.
Tra le più recenti, cfr. anche Cass. Pen., Sez. V, 26 aprile 2011, n. 27367, in *www.iusexplorer.it*; Cass. Pen., Sez. V, 14 gennaio 2010, n. 11899, in *www.iusexplorer.it*; Cass. Pen., Sez. V, 17 febbraio 2010, n. 17978, in *www.iusexplorer.it*.

[212] A. LANZI, *Il ruolo dell'insolvenza e della declaratoria di fallimento nell'ambito dei reati di bancarotta prefallimentare*, in *www.ilFallimentarista.it*, 2013, 3.

www.osservatorio-oci.org

soggettivo, di tal che l'evenienza della declaratoria dovrebbe essere accettata, quantomeno a titolo di dolo eventuale, dal soggetto dichiarato fallito.

L'oggetto del dolo, così argomentando, dovrebbe quindi essere "*il verificarsi di una decisione giudiziale come tale non pensata e che, al momento della condotta, non sarebbe neppur ragionevolmente prevedibile che potesse verificarsi.*"[213]: l'incoerenza intrinseca dell'assunto pare evidente.

La giurisprudenza, al contrario, ha sempre sostenuto l'irrilevanza dell'accertamento del nesso di causa fra l'atto di disposizione materiale dell'imprenditore ed il fallimento.[214]

2.4.1 La sentenza "Corvetta"

L'impostazione sopraesposta è stata (come auspicato in dottrina) sottoposta a critica da quella che è ormai comunemente conosciuta come "*Sentenza Corvetta*"[215], che sarà estremamente utile ai fini della presente trattazione per meglio argomentare e contestualizzare la problematica situazione interpretativa in oggetto.

La pronuncia, in prima istanza, si affretta a negare la possibilità di ricondurre la sentenza dichiarativa di fallimento al novero delle condizioni obiettive di punibilità, in quanto è ritenuto che il fallimento "*compartecipi intrinsecamente della fattispecie incriminatrice, conferendo disvalore ad una condotta – quella di disposizione dei beni per finalità estranee a quelle proprie dell'impresa – che sarebbe altrimenti penalmente irrilevante.*".[216]

---

[213] MUCCIARELLI, *Sentenza dichiarativa cit.*, 2.

[214] A. LANZI, *op. cit.*, 3.

L'Autore rileva che la giurisprudenza ha anche, talvolta, fatto leva sulla costruzione della "*condizione di esistenza del reato*", ritenendo con una tale argomentazione di poter superare il problema dell'accertamento causale e della copertura soggettiva nel rapporto tra l'agente e la condotta da questi posta in essere; si vedano, in questo senso, Cass. Pen., Sez. V, 23 marzo 1999, in *Cass. Pen.*, 2000, 1784; Cass. Pen., Sez. V, 23 febbraio 2000,in *Dir. e prat. Soc.*, 11, 90, con nota di BRICCHETTI.

[215] Cass. Pen., Sez. V, 24 dicembre 2012, n. 47502, in *www.iusexplorer.it*. La sentenza in oggetto è riferita al *crac* finanziario dell' U.S. Ravenna Calcio s.r.l.

[216] Cass. Pen., Sez. V, 24 dicembre 2012, n. 47502, 15, § 9, in *www.iusexplorer.it*.

www.osservatorio-oci.org

Partendo da questa premessa, la Suprema Corte di Cassazione arriva alla conclusione di non poter ritenere che "*la punibilità sia condizionata ad un evento che può sfuggire totalmente al controllo dell'agente, e dunque ritorcersi a suo danno senza una compartecipazione di natura soggettiva e, ancor peggio, senza che sia necessaria una qualche forma di collegamento eziologico tra la condotta ed il verificarsi del dissesto.*"[217].

Secondo l'opinione della Corte, dunque, l'art. 44 c.p.[218] è eccezionale rispetto agli articoli 40-43[219] del codice penale[220], e per tale ragione il costrutto di

---

[217] Cass. Pen., Sez. V, 24 dicembre 2012, n. 47502, 15, § 10, in *www.iusexplorer.it*.
Il profilo interpretativo sopraesposto è stato definito dalla dottrina "*argomento della responsabilità per fatto altrui*"; cfr. TROYER-INGRASSIA, *Il dissesto come evento della bancarotta fraudolenta per distrazione:* rara avis *o evoluzione della (fatti)specie?*, in *Soc.*, 2013, 341.

[218] L'art. 44 c.p., rubricato "*Condizione obiettiva di punibilità*", prevede che "*Quando, per la punibilità del reato, la legge richiede il verificarsi di una condizione, il colpevole risponde del reato, anche se l'evento, da cui dipende il verificarsi della condizione, non è da lui voluto.*".

[219] L'art. 40 c.p., rubricato "*Rapporto di causalità*", dispone che "*Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, se l'evento dannoso o pericoloso, da cui dipende la esistenza del reato, non è conseguenza della sua azione od omissione.*
Non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo.".
L'art. 41 c.p., rubricato "*Concorso di cause*", così recita: "*Il concorso di cause preesistenti o simultanee o sopravvenute, anche se indipendenti dall'azione od omissione del colpevole, non esclude il rapporto di causalità fra la azione od omissione e l'evento.*
Le cause sopravvenute escludono il rapporto di causalità quando sono state da sole sufficienti a determinare l'evento. In tal caso, se l'azione od omissione precedentemente commessa costituisce per sé un reato, si applica la pena per questo stabilita.
Le disposizioni precedenti si applicano anche quando la causa preesistente o simultanea o sopravvenuta consiste nel fatto illecito altrui.".
L'art. 42 c.p., rubricato "*Responsabilità per dolo o per colpa o per delitto preterintenzionale. Responsabilità obiettiva*", sancisce che: "*Nessuno può essere punito per un'azione od omissione preveduta dalla legge come reato, se non l'ha commessa con coscienza e volontà. Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come delitto, se non l'ha commesso con dolo, salvo i casi di delitto preterintenzionale o colposo espressamente preveduti dalla legge. La legge determina i casi nei quali l'evento è posto altrimenti a carico dell'agente, come conseguenza della sua azione od omissione. Nelle contravvenzioni ciascuno risponde della propria azione od omissione cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa.*".
L'art. 43 c.p., rubricato "*Elemento psicologico del reato*", riporta il seguente contenuto: "*Il delitto:*
è doloso, o secondo l'intenzione, quando l'evento dannoso o pericoloso, che è il risultato dell'azione od omissione e da cui la legge fa dipendere l'esistenza del delitto, è dall'agente preveduto e voluto come conseguenza della propria azione od omissione;
è preterintenzionale, o oltre l'intenzione, quando dall'azione od omissione deriva un evento dannoso o pericoloso più grave di quello voluto dall'agente;

www.osservatorio-oci.org

condizione di punibilità va utilizzato con moderazione, limitando l'applicazione dello stesso ai casi in cui la punibilità dipenda dal verificarsi di un avvenimento posto al di fuori dell'iter esecutivo del reato e connotato da alterità rispetto all'evento criminoso.[221]

Dopo questa, forse troppo dogmatica, premessa, la Corte esprime però esplicitamente la necessità di analizzare in maniera più approfondita "*le relazioni che devono sussistere tra la condotta dell'agente e l'evento di dissesto […]. Tale indagine si rivela necessaria perché fino ad oggi questa Corte, pur affermando che il fallimento è elemento costitutivo del reato di bancarotta, ha però sostanzialmente ritenuto che non sia configurabile quale evento del reato o che configuri un evento* sui generis, *che non necessita di copertura né da parte dell'elemento soggettivo né con riferimento al nesso causale con la condotta dell'imprenditore.*"[222].

L'orientamento del collegio giudicante appare quindi quello di sottoporre ad una revisione critica l'impostazione consolidata, tacciata di essersi attestata su risalenti pronunce e di essere ridotta ad un mero richiamo di stile delle stesse.

Una siffatta necessità deriverebbe anche, stando al testo della pronuncia, da un duplice rischio di illegittimità costituzionale cui l'impostazione tradizionale esporrebbe le norme in questione.

Si fa qui riferimento, in primo luogo, all'eccessivo potere che verrebbe convogliato in mano al ceto creditorio in ordine alla "*scelta*" relativa all'accettazione o meno di una soluzione negoziale della crisi d'impresa, implicando l'opzione negativa una pesante incisione sul profilo della responsabilità penale dell'imprenditore.

è colposo, o contro l'intenzione, quando l'evento, anche se preveduto, non è voluto dall'agente e si verifica a causa di negligenza o imprudenza o imperizia, ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline.
La distinzione tra reato doloso e reato colposo, stabilita da questo articolo per i delitti, si applica altresì alle contravvenzioni, ogni qualvolta per queste la legge penale faccia dipendere da tale distinzione un qualsiasi effetto giuridico.".

[220] Cass. Pen., Sez. V, 24 dicembre 2012, n. 47502, 15, § 11, in *www.iusexplorer.it*.

[221] La Corte di Cassazione, nella sentenza in oggetto, richiama a favore della propria tesi anche i lavori preparatori al codice penale *in parte qua.*

[222] Cass. Pen., Sez. V, 24 dicembre 2012, n. 47502, 15, § 12, in *www.iusexplorer.it*.

www.osservatorio-oci.org

Questo primo aspetto di incostituzionalità deriverebbe, dunque, dal fatto che "*l'imprenditore potrebbe essere assoggettato ad una grave pena detentiva per un evento non preveduto, non voluto, non causalmente connesso ad una sua azione e dipendente, in ultima analisi, da una determinazione di volontà di terzi.*".[223]

Il secondo profilo di pretesa incompatibilità costituzionale inerisce invece alla diversità di trattamento che, seguendo l'impostazione tradizionale, verrebbe a manifestarsi tra la disciplina di cui all'art. 223 comma 1 L.Fall. (costruito con la tecnica del rinvio all'art. 216 comma 1 L.Fall.) e l'art. 223, comma 2, n. 1) L.Fall., ovverosia la fattispecie di bancarotta da reato societario.

Sotto questo aspetto la Corte rileva come sia paradossale una situazione in cui "*la stessa condotta sarebbe punibile ai sensi del comma 1 per il solo fatto che alla condotta segua il fallimento, senza alcuna indagine soggettiva o causale, oppure ai sensi del n. 1) del comma 2, ma solo se il fallimento è stato determinato dalla commissione di fatto di reato societario e se l'agente era consapevole delle conseguenza pregiudizievoli dell'atto.*".[224]

Secondo la Corte, dunque, appare da un lato irragionevole che siano sanzionati in modo uguale condotte integranti diversa gradazione di disvalore e, d'altra parte, non riesce ad individuare la ragione per cui due reati, perfezionati mediante la medesima condotta e puniti con la medesima cornice edittale, siano caratterizzati da un disvalore d'evento e di intenzione tra loro nettamente difformi.[225]

La sentenza analizza il duplice profilo dell'elemento soggettivo e del nesso di causa in relazione alla fattispecie di bancarotta, ritenendo che i principi di cui agli artt. 40-43 c.p. non possano "*essere obliterati sulla*

---

[223] Cass. Pen., Sez. V, 24 dicembre 2012, n. 47502, 23, § 32, in *www.iusexplorer.it*.
Tale profilo è stato definito "*argomento del creditore selettore degli autori*"; cfr. TROYER-INGRASSIA, *op. cit.*, 341.

[224] Cass. Pen., Sez. V, 24 dicembre 2012, n. 47502, 24, § 35, in *www.iusexplorer.it*; TROYER-INGRASSIA, *op. cit.*, 341 lo definiscono "*argomento dello sbilanciamento sanzionatorio*".

[225] TROYER-INGRASSIA, *op. cit.*, 341.

www.osservatorio-oci.org

semplice ed invero non giustificata affermazione che il fallimento non è evento del reato di bancarotta fraudolenta.".[226]

In relazione al primo aspetto, con riferimento all'art. 43 c.p., la Corte sostiene che il fallimento sia il risultato di un'azione dell'imprenditore da cui si fa dipendere l'esistenza del reato e, dunque, esso "*deve essere dall'agente preveduto e voluto, quantomeno a titolo di dolo eventuale.*".[227]

Assumendo quindi la necessità dell'indagine relativa alla sussistenza dell'elemento soggettivo in capo all'agente, la Corte si dedica alla disamina del profilo del nesso di causa.

I Giudici di Legittimità dichiarano poi, passaggio fondamentale della sentenza, che "*per il nostro ordinamento non esiste un elemento costitutivo del reato, successivo alla condotta, che non richieda un legame eziologico con questa.*".[228]

Può dunque concludersi che la sentenza Corvetta abbia nettamente optato per una profonda rivisitazione giurisprudenziale, spinta al punto da configurare il fallimento come evento della bancarotta e, di conseguenza, necessario oggetto di analisi in punto elemento soggettivo e nesso di causa.[229]

---

[226] Cass. Pen., Sez. V, 24 dicembre 2012, n. 47502, 17, § 17, in *www.iusexplorer.it*.

[227] Cass. Pen., Sez. V, 24 dicembre 2012, n. 47502, 17, § 18, in *www.iusexplorer.it*. La Corte cita, sul punto, diverse apertura della giurisprudenza di legittimità in cui si ritiene requisito fondamentale una componente soggettiva consistente nella consapevolezza di sottrarre beni all'esecuzione concorsuale (Cass. Pen., Sez. V, 25 febbraio 1977, n. 14905, in *Cass. Pen.*, 1978, 1493); altra pronuncia richiede che l'imprenditore, nel porre in essere la condotta distrattiva, abbia consapevolezza di aggravare il proprio dissesto, sottraendo il bene alla garanzia creditoria (Cass. Pen., Sez. V, 10 maggio 1983, n. 7178, in *CED* 160108, confermata in linea generale anche da Cass. Pen., Sez. V, 24 marzo 2010, n. 16579, in *CED* 246879).

[228] Cass. Pen., Sez. V, 24 dicembre 2012, n. 47502, 19, § 23, in *www.iusexplorer.it*.
La Corte dà atto anche della posizione di una certa parte di dottrina che ha ritenuto sussistente una presunzione *iuris et de jure* in relazione al rapporto causale tra la condotta dell'imprenditore posta in essere con dolo ed il fallimento; tale posizione, secondo il collegio, non è condivisibile, in quanto inserendo il fallimento nella struttura causale del reato, appare imprescindibile un'analisi circa l'effettiva presenza in concreto del nesso di causa. Si potrebbe parlare, secondo la Corte, al più di una presunzione relativa, da sottoporre a verificazione concreta nel caso di dubbi sull'esistenza del nesso di causa.

[229] Per questi motivi la Corte, nel dispositivo, "*annulla le statuizioni della sentenza impugnata relative a Corvetta Daniele, Corvetta Luca e Corvetta Roberto e rinvia alla Corte d'appello di Bologna, altra sezione, per un nuovo esame.*", essendo evidente che in

www.osservatorio-oci.org

La dottrina, seppur riconoscendo alla sentenza l'indubbio merito[230] di una "*coraggiosa responsabilizzazione*" in materia di reati fallimentari, ha espresso perplessità sull'iter logico che ha condotto alle conclusioni formulate dalla Corte.

La configurazione del fallimento come evento del reato di bancarotta, difatti, è il risultato di un ragionamento che prende le mosse dall'accettazione del carattere di elemento costitutivo della declaratoria stessa.

Se, dunque, non esiste elemento costitutivo della fattispecie che sia esentato da connessione eziologica con la stessa allora, secondo la Corte, si deve concludere che il fallimento non possa essere altro che l'evento del reato di bancarotta.[231]

Come si menzionava più sopra, tuttavia, il ragionamento della Suprema Corte pare viziato nel suo principio.

Se, infatti, è effettiva la difficoltà di individuare un requisito di fattispecie esente dalla connessione causale, tale assunto non può condurre all'imprescindibile caratterizzazione del fallimento come evento naturalistico del reato.[232]

---

quest'ottica il compito del giudice del rinvio sarà di indagare il duplice *thema probandum* che, in ossequio alla precedente consolidata giurisprudenza, non era stato trattato nei gradi di merito.

[230] VIGANÒ, *Una sentenza controcorrente della Cassazione in materia di bancarotta fraudolenta: necessaria la prova del nesso causale e del dolo tra condotta e dichiarazione di fallimento,* in *www.penalecontemporaneo.it.*, 2012.
L'Autore sostiene il valore critico di tale sentenza e la necessità di rimettere in discussione un ordinamento che, per quanto consolidato, appare del tutto infondato sul piano sistematico. Sulla base dell'assunto dell'irrilevanza del precedente giurisprudenziale in un sistema costituzionale, l'Autore auspica anche che, se la Suprema Corte vorrà riproporre gli argomenti "*tradizionali*", a causa della sentenza in oggetto sarà costretta a motivare in maniera più solida ed attenta in riferimento alla compatibilità degli assunti con la logica del sistema e con i dati normativi.

[231] L'iter logico seguito dalla Corte potrebbe essere così schematizzato: *se* tutti i requisiti costitutivi di fattispecie, cronologicamente successivi alla condotta, sono evento del reato *e* la dichiarazione di fallimento è requisito costitutivo della fattispecie di bancarotta, cronologicamente successivo alla condotta, *allora* la dichiarazione di fallimento è evento del reato di bancarotta.

[232] D'ALESSANDRO, *Reati di bancarotta e ruolo della sentenza dichiarativa del fallimento: la suprema corte avvia una revisione critica delle posizioni tradizionali?,* in *www.penalecontemporaneo.it*, 2012, 16.

www.osservatorio-oci.org

Ad erodere la capacità persuasiva della sentenza in oggetto contribuisce, in uno con la malferma premessa del sillogismo, anche un netto dato letterale.

Il legislatore, infatti, volendo qualificare una determinata fattispecie come reato ad evento, ha fatto uso di termini come "*causare*" e "*cagionare*", mentre la dicitura dell'art. 216 L.Fall. contiene la locuzione "*se*".

Pare dunque insuperabile, indipendentemente dagli sforzi compiuti dall'interprete, il divario tra il dato testuale "*se dichiarato fallito*" effettivamente contenuto nella norma incriminatrice e "*che abbia cagionato il fallimento*", dato ipotetico che avrebbe corroborato le conclusioni della sentenza Corvetta.

Anche sotto un'ottica improntata ad una maggiore garanzia per il destinatario della norma incriminatrice, poi, pare che a ben vedere la sentenza Corvetta non giunga ad apprezzabili soluzioni.

Il timore della Corte era, infatti, una punizione arbitraria dell'imprenditore nel caso si rinunci alla prova del nesso causale tra le condotte dallo stesso poste in essere e l'evento fallimento, fermo restando che lo stesso fallimento può in linea generale dipendere da svariati fattori anche esterni.

Secondo la dottrina[233], di contro, l'impostazione propugnata dai Giudici di Legittimità non farebbe altro che spostare l'aleatorietà sulla sussistenza del nesso di causa essendo ben ipotizzabile, a parità di condotte, l'intervento o meno di fattori di interruzione del rapporto eziologico che conducano, nel caso di loro sussistenza, ad una non integrazione del fatto di reato da parte dell'imprenditore per mancanza dell'evento.

---

[233] D'ALESSANDRO, *Reati di bancarotta cit.*, 17. L'autore porta, a sostegno della mancata eliminazione dell'aleatorietà e di un suo spostamento nell'ambito del nesso di causa, il seguente esempio: "*l'imprenditore che, pur avendo distratto ingenti somme di denaro, non fallisce per il buon cuore dei propri creditori, i quali accettano di aderire ad una soluzione negoziale che esclude il fallimento, non sarà autore di un fatto tipico di bancarotta, per mancanza dell'evento; di contro, il suo omologo meno fortunato, che si imbatte in una platea di creditori intransigenti, si vedrà addebitato l'evento – che ha concorso a determinare esattamente come il suo collega appena considerato (con l'unica differenza che il nesso causale non è stato qui interrotto dall'evento esterno della volontà salvifica dei creditori) – e sarà riconosciuto autore del reato di bancarotta.*".

www.osservatorio-ocl.org

In conclusione pare corretto affermare che, indipendentemente dalla scelta in ordine alla configurazione del fallimento come elemento costitutivo del reato o come evento dello stesso, rimanga imprescindibile la necessità di un'analisi in punto previsione e volizione del fallimento medesimo da parte dell'imprenditore.

La sentenza Corvetta, dunque, fermi restando gli evidenti problemi logici sopra evidenziati, ha avuto il già citato merito di non limitarsi ad un mero richiamo del precedente giudiziario, criticando la stessa giurisprudenza di legittimità e, come è stato auspicato, di aver tentato di dare il là ad una rivalutazione dell'impostazione tradizionale.

2.4.2 La sentenza "Parmalat": un ritorno al passato

È doveroso dare immediatamente atto, in apertura di paragrafo, che le speranze fiorite dopo la sentenza Corvetta sono rimaste, purtroppo, nell'alveo del mero auspicio.

La Suprema Corte di Cassazione, infatti, fin addirittura da una sentenza pronunciata nella medesima udienza pubblica in cui è stata emanata la sentenza Corvetta, ha sancito che "*la punibilità della condotta di bancarotta per distrazione non è subordinata alla condizione che la stessa distrazione sia stata causa del dissesto, in quanto una volta intervenuta la dichiarazione di fallimento i fatti di distrazione assumono rilevanza penale in qualsiasi tempo siano stati commessi e, quindi, anche quando l'impresa non versava ancora in condizioni di insolvenza, né è rilevante, trattandosi di reati di pericolo, che al momento della consumazione l'agente non avesse consapevolezza dello stato di insolvenza dell'impresa per non essersi lo stesso ancora manifestato.*"[234].

[234] Cass. Pen., Sez. V, 24 settembre 2012, n. 733, in *www.penalecontemporaneo.it*, con breve nota di VIGANÒ auspicante un chiarimento sul punto, al fine di "*evitare ingiuste disparità di trattamento tra imputati che versino in situazioni identiche*.".
Anche più di recente la Corte di Cassazione ha confermato il ritorno al consolidato indirizzo dell'irrilevanza del nesso causale tra le condotte di bancarotta e la dichiarazione di fallimento (cfr. Cass. Pen., Sez. V, 5 dicembre 2014, n. 15613, in *www.penalecontemporaneo.it*).

www.osservatorio-oci.org

Dopo pronunce del tenore di quella sopra riportata la Cassazione, tuttavia, ha tentato di fornire una più precisa risposta sul punto con la sentenza emessa in relazione al caso Parmalat.[235]

I ricorrenti per Cassazione hanno utilitaristicamente fatto propria la tesi sostenuta dalla sentenza Corvetta, sostenendo che il fallimento costituisca l'evento del reato di bancarotta, necessariamente collegato causalmente alla condotta e previsto e voluto dall'agente come conseguenza della sua azione, aggiungendo anche che tale impostazione potrebbe essere l'unica in armonia con i precetti della Carta Costituzionale.[236]

La Corte, considerando in diritto le censure dei ricorrenti, principia dichiarando la necessità di discernere la fattispecie in oggetto da quelle di "*bancarotta impropria societaria e per operazioni dolose*", richiedendo queste necessariamente che il dissesto sia causato dalla condotta dell'agente e che lo stesso sia preveduto e voluto dall'agente medesimo come conseguenza del suo agire.

Nel caso di specie, d'altro canto, "*la fondatezza dell'assunto difensivo va quindi verificata in relazione alla sola previsione di cui all'art. 216, comma 1, legge fall., richiamata dal primo comma del già citato art. 223.*".[237]

La Suprema Corte, facendo riferimento al consolidato dettame della sentenza Mezzo[238], riconduce la dichiarazione di fallimento ad elemento costitutivo del reato, senza che ciò comporti "*che le si possa attribuire la qualifica di evento, come se non fosse data via di uscita rispetto all'alternativa tra condizione obiettiva di punibilità ed evento del reato.*".

---

[235] Cass. Pen., Sez. V, 7 marzo 2014, n. 32352, in *www.foroitaliano.it*. Si è scelto, ai fini della presente trattazione, di inserire *ex multis* proprio la sentenza Parmalat anche in relazione alla notorietà del fatto storico ed alle rilevanti conseguenze provocate dal tracollo finanziario della società sul mondo dei piccoli e medi risparmiatori.

[236] Per un puntuale riferimento testuale, cfr. Cass. Pen., Sez. V, 7 marzo 2014, n. 32352, 76, § 7, in *www.foroitaliano.it*.

[237] Cass. Pen., Sez. V, 7 marzo 2014, n. 32352, 76, § 7.1, in *www.foroitaliano.it*.

[238] Ci si riferisce alla già citata sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite emessa il 25 gennaio del 1958.

www.osservatorio-oci.org

È ancora una volta il dato letterale ad essere usato dalla Corte a sostegno della propria tesi, in quanto si dice che, proprio con riferimento alle fattispecie di cui ai nn. 1) e 2) del comma 2 dell'art. 223 L.Fall.[239], "*il legislatore, quando a un determinato accadimento intende assegnare la valenza di evento del reato, lo esplicita in termini inequivocabili, col ricorso a forme lessicali immediatamente evocative del rapporto causale ('cagionare', 'causare', 'determinare').*".[240]

La sentenza specifica poi che l'elemento costitutivo di cui si discorre non consiste nei presupposti di fatto che devono essere accertati dal giudice fallimentare, quanto nella pronuncia di una sentenza nei confronti della quale non appare ipotizzabile un rapporto causale con l'imprenditore.[241]

A livello di beni giuridici protetti dalla norma incriminatrice, poi, la Corte fa leva sull'assunto secondo cui "*l'oggetto del divieto legislativo consiste, quanto alla bancarotta distrattiva, nell'impoverimento della consistenza patrimoniale dell'impresa, che è l'asse portante della garanzia per i creditori. […] E proprio nelle conseguenze or ora descritte si individua l'evento del reato, nella sua accezione giuridica e non naturalistica.*".[242]

Secondo una, almeno in questo passaggio, attenta dottrina[243] che si è dedicata al commento della sentenza, l'intento della pronuncia in oggetto sarebbe di sconfessare in maniera quanto più precisa possibile le tesi esposte nella sentenza Corvetta, rispondendo colpo su colpo alla stessa.

---

[239] L'articolo in questione recita: "*Si applica alle persone suddette la pena prevista dal primo comma dell'art. 216, se:* 1) *hanno cagionato, o concorso a cagionare, il dissesto della società, commettendo alcuno dei fatti previsti dagli articoli 2621, 2622, 2626, 2627, 2628, 2629, 2632, 2633 e 2634 del codice civile;* 2) *hanno cagionato con dolo o per effetto di operazioni dolose il fallimento della società.*".
È evidente la differenza testuale rispetto all'art. 216 L.Fall., in cui è presente la dicitura "*se dichiarato fallito*".

[240] Cass. Pen., Sez. V, 7 marzo 2014, n. 32352, 77, § 7.2, in *www.foroitaliano.it*.

[241] Secondo la Corte, pertanto, ad essere rilevante non è lo stato economico dell'impresa che ha condotto alla pronuncia giudiziale, ma la pronuncia giudiziale in sé considerata.

[242] Cass. Pen., Sez. V, 7 marzo 2014, n. 32352, 78, § 7.2, in *www.foroitaliano.it*.

[243] BALATO, *Sentenze Parmalat vs Corvetta: il dilemma della struttura della bancarotta fraudolenta*, in *www.penalecontemporeaneo.it*, 2015, 14.

www.osservatorio-oci.org

Il riferimento alla consistenza patrimoniale dell'impresa rende evidente che, secondo il collegio, per il perfezionamento della norma incriminatrice di cui all'art. 216 comma 1 L.Fall., sia necessario un *vulnus* alla stessa, rappresentato proprio dall'"*impoverimento*".

Si può qui notare che tale assunto limita implicitamente l'area di applicabilità della fattispecie, in quanto non tutte le condotte distrattive potrebbero integrare il citato impoverimento della consistenza patrimoniale dell'impresa.[244]

Anche l'assunto, sostenuto dalla sentenza Corvetta, dell'impossibilità di rinvenire nell'ordinamento italiano un'ipotesi di elemento costitutivo del reato successivo alla condotta e ad essa non legato da rapporto causale, non è ritenuto risolutivo dalla sentenza qui analizzata.

La Corte, infatti, sostiene che "*nulla impedisce al legislatore di attribuire ad un determinato reato una struttura unica e peculiare, purché non ne risulti violato un precetto di rango costituzionale.*" .[245]

Proprio il riferimento alla normativa costituzionale consente poi alla Suprema Corte di ricordare come il Giudice delle Leggi abbia ritenuto, seppur non di recente, non fondata la questione di illegittimità costituzionale sul punto, rilevando che "*il legislatore avrebbe potuto considerare la dichiarazione di fallimento tra l'altro come semplice condizione di procedibilità o di punibilità, ma ha invece voluto – come si è riconosciuto dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione – richiedere l'emissione della sentenza per l'esistenza stessa del*

---

[244] BALATI, *op. cit.*, 14. L'Autore fa qui riferimento alle condotte distrattive ripianate prima della sentenza di fallimento e quelle realizzate a vantaggio di una delle imprese del gruppo. Con riferimento a questa seconda ipotesi, cfr. Cass. Pen., Sez. V, 5 luglio 2012, n. 38995, in *www.iusexplorer.it*, in cui, secondo le parole dell'Autore, "*la Cassazione, nell'escludere la natura distrattiva di una operazione infragruppo, ha per la prima volta, per quanto noto, riconosciuto in concreto sussistente tale ipotesi, annullando senza rinvio una sentenza di condanna per bancarotta fraudolenta, proprio perché né la società finanziatrice né la società finanziata versavano al momento dell'operazione in una situazione di dissesto, ed il finanziamento – oltre ad essere corredato da adeguate garanzie – consentiva alla società finanziata di fuoriuscire da una situazione di crisi, con benefici che si sarebbero potuti riflettere anche sulla società finanziatrice.*".

[245] Cass. Pen., Sez. V, 7 marzo 2014, n. 32352, 79, § 7.4, in *www.foroitaliano.it*.

www.osservatorio-oci.org

reato. E ciò perché, intervenendo la sentenza dichiarativa del fallimento, la messa in pericolo di lesione del bene protetto si presenta come effettiva ed attuale.".[246]

La richiesta di rimessione alla Corte Costituzionale della disciplina di cui all'art. 216 L.Fall. per diversità di trattamento rispetto all'art. 223 comma 2 L.Fall., poi, ricorda la Corte come sia già stata ritenuta dalla giurisprudenza di legittimità manifestamente infondata.[247]

Giova, per il prosieguo della trattazione, ricordare come la sentenza Corvetta avesse definito "*assurde*" le conseguenze che sarebbero derivate dal mantenimento dell'impostazione invalsa nella giurisprudenza della Corte di Cassazione.

Secondo tale pronuncia un simile percorso interpretativo, infatti, renderebbe "*da un lato non punibile chi avesse drenato risorse enormi da una società dotata di un patrimonio attivo considerevole, tale da permetterle di sfuggire al fallimento, e sottoponendo invece a pena chi avesse prelevato indebitamente una modestissima somma di denaro molti anni prima del fallimento, verificatosi per cause del tutto autonome.*".[248]

La sentenza Parmalat, di contro, rileva come a conseguenze ancora più gravi si perverrebbe accettando l'ipotesi del fallimento come evento del reato di bancarotta.

Secondo la Corte, infatti, "*una volta verificatosi l'irreversibile stato d'insolvenza prodromico al fallimento, per qualsiasi causa estranea al fatto dell'imprenditore, a quest'ultimo sarebbe data piena libertà di distrarre l'intero patrimonio aziendale, dato che tale condotta non potrebbe qualificarsi come causa del fallimento già resosi inevitabile per fatti pregressi; né*

---

[246] Corte Cost., sent. n. 110/1972, in *www.cortecostituzionale.it*.

[247] Cass. Pen., Sez. V, 18 maggio 2005, n. 24328, in *iusexplorer.it*.
Era questo uno dei profili portati avanti dalla Corte nella sentenza Corvetta, cfr. *supra*, 86 e, per il puntuale riferimento giurisprudenziale, Cass. Pen., Sez. V, 24 dicembre 2012, n. 47502, 24, § 35, in *www.iusexplorer.it*.

[248] Così la già analizzata Cass. Pen., Sez. V, 24 dicembre 2012, n. 47502, in *www.iusexplorer.it*

www.osservatorio-oci.org

varrebbe, in tal caso, ipotizzare una responsabilità a titolo di aggravamento del dissesto, dato che tale condotta esula dalla fattispecie di bancarotta fraudolenta ed è invece propria del meno grave reato di cui all'art. 217, comma 1, n. 4) della legge fallimentare: nel quale, tuttavia, la norma incriminatrice si esprime negli stessi termini cui si pretende di attribuire significato indicativo di un imprescindibile rapporto di causalità fra la condotta e la dichiarazione di fallimento.".[249]

Parrebbe quindi di trovarsi di fronte ad un'aporia interpretativa non potendo, neppure volendo, ascrivere questa ipotetica condotta di aggravamento del dissesto nemmeno alla più lievemente punita fattispecie di bancarotta semplice, in quanto anche per il perfezionamento di questa sarebbe necessaria la sussistenza di un rapporto eziologico tra la condotta del soggetto e la declaratoria fallimentare.

La Corte di Cassazione dunque, per le ragioni sopraesposte, ritiene di conformarsi alla precedente giurisprudenza di legittimità e così di respingere un'impostazione che, al netto dei meriti critici, ha avuto poco seguito.[250]

La Corte ribadisce dunque recisamente che "*la dichiarazione di fallimento non costituisce l'evento del reato di bancarotta distrattiva, sicché sarebbe arbitrario pretendere un nesso eziologico tra la condotta, realizzatasi con l'attuazione di un atto dispositivo che incide sulla consistenza patrimoniale di un'impresa commerciale, e il fallimento; con la conseguenza per cui né la previsione dell'insolvenza come effetto necessario, possibile o probabile, dell'atto dispositivo, né la percezione della sua stessa preesistenza nel momento del compimento dell'atto possono essere condizioni essenziali ai fini dell'antigiuridicità penale della condotta.*".

Traendo le conclusioni dell'analisi, pare possibile ritenere che la sentenza Parmalat, ferma restando la rilevanza del caso concreto, non si discosti in maniera sensibile dalla tradizionale giurisprudenza della Corte di Cassazione.

---

[249] Cass. Pen., Sez. V, 7 marzo 2014, n. 32352, 80, § 7.6, in *www.foroitaliano.it*.

[250] L'unica pronuncia che ha seguito l'impostazione proposta dalla sentenza Corvetta è stata Cass. Pen., Sez. Fer., 10 settembre 2013, n. 41665, in *www.iusexplorer.it*.

www.osservatorio-ocl.org

Da un lato, infatti, l'argomento del dato testuale non può essere completamento satisfattivo, mancando di un inserimento sistematico all'interno di un più vasto contesto e, dall'altro, prescindendo dalle clausole di stile, appare evidente come la sentenza sia più interessata a chiarire quale non si possa considerare la natura della sentenza dichiarativa di fallimento piuttosto che a darne una definizione precisa, merito che indiscutibilmente può essere riconosciuto alla sentenza Corvetta quantomeno nelle forme del tentativo.

È dunque confermata in sede giurisprudenziale la tesi secondo cui la declaratoria fallimentare rappresenta un elemento costitutivo del reato di bancarotta e non l'evento della stessa, pur rimanendo oscuro di quale elemento, nello specifico, si tratti.

Appaiono in ultima analisi fondati i timori della dottrina, secondo cui la sentenza Corvetta sarebbe rimasta "*una rondine isolata, incapace di annunciare l'arrivo di una primavera giurisprudenziale che, pur se imperniata su una soluzione non condivisibile nel merito, avrebbe quanto meno potuto vantare un'apprezzabile coerenza giuridica ed argomentativa, oltre che una maggiore adesione ai fondamentali principi di garanzia enunciati negli artt. 27 e 101 Cost.*".[251]

[251] D'ALESSANDRO, *Reati di bancarotta cit.*, 20.

www.osservatorio-oci.org

2.4.3 Tertium non datur? La sentenza dichiarativa di fallimento come condizione obiettiva di punibilità

Come può evincersi senza difficoltà dal titolo del paragrafo, alla luce delle sentenze analizzate ci si potrebbe interrogare sull'esistenza di una "*terza via*" che possa consentire di uscire dalla dicotomia instauratasi negli ultimi anni tra la concezione del fallimento come elemento costitutivo piuttosto che come evento del reato di bancarotta fraudolenta previsto all'art. 216 comma 1 L.Fall. Prendendo le mosse dall'evidente obliterazione dell'assunto riassumibile nel brocardo "*decoctor, ergo fraudator*", si addiviene alla necessità di individuare il disvalore delle fattispecie in questione non nella dichiarazione di fallimento quanto piuttosto negli atti stessi di bancarotta.

La dottrina sul punto ha rilevato che "*il disvalore penale dei fatti di bancarotta non è un riflesso retrospettivo del fallimento, ma si radica in una carica offensiva ad essi immanente, nella violazione di regole gestionali poste a protezione delle ragioni creditorie. L'imperativo violato dal bancarottiere non vieta di fallire, vieta di porre in essere condotte, sul piano patrimoniale e documentale, atte a pregiudicare il pieno soddisfacimento dei creditori.*".[252]

Connesso al passaggio sopracitato, dunque, il bene protetto dalla norma incriminatrice è da rinvenirsi nella garanzia creditoria, da intendersi "*non tanto come un attuale diritto del creditore sui beni del debitore, quanto come una soggezione dei beni stessi al potere di aggressione del creditorie insoddisfatto.*".[253]

Sulla base di quanto detto, pertanto, la configurazione della sentenza dichiarativa di fallimento come causa obiettiva di punibilità potrebbe consentire di sciogliere la declaratoria stessa da ogni legame con l'atto distrattivo, potendo essa derivare anche da fattori estranei all'agente o alle sue

[252] Così PEDRAZZI, in PEDRAZZI-ALESSANDRI-FOFFANI-SEMINARA-SPAGNOLO, *Manuale di diritto penale dell'impresa*, *Reati fallimentari*, II, Monduzzi, Bologna, 1998, 107.
[253] PEDRAZZI, *Reati fallimentari cit.* 107.

www.osservatorio-oci.org

condotte, in quanto non andrà ad incidere su un disvalore già completamente formato ma solamente sulla concreta punibilità della condotta.[254]

Autorevole dottrina ha infatti sostenuto che le cause obiettive di punibilità delineano "*un qualcosa di aggiuntivo o supplementare rispetto al fatto illecito: un avvenimento concomitante o successivo alla condotta che non va a completare un fatto di reato, ma si limita a rendere punibile il fatto medesimo, già identificato e strutturato secondo le sue note essenziali di disvalore.*".[255]

È ancora necessario dare conto di una distinzione operata dalla dottrina tra condizioni obiettive di punibilità improprie o intrinseche e condizioni obiettive di punibilità proprie o estrinseche.

Le prime sono state definite come "*consistenti in fattori portatori di un interesse solo formalmente estraneo al reato ma sostanzialmente del medesimo tipo o comunque prossimo rispetto a quello del reato stesso*"[256], mentre le seconde sono estranee alla sfera lesiva del fatto tipico descritto dalla norma incriminatrice, fanno interagire il disvalore della condotta con un accadimento esterno alla stessa in assenza del quale l'ordinamento ha preferito optare per non sanzionare un comportamento che, ciononostante, rimane connotato da antigiuridicità e colpevolezza.[257]

Nell'ambito di cui ci sta qui occupando, poi, per dirlo con Pedrazzi "*la dichiarazione di fallimento entra nella fattispecie non perché fondi o incrementi il disvalore intrinseco nei fatti di bancarotta, ma per mere ragioni*

---

[254] D'ALESSANDRO, *Reati di bancarotta cit.*, 12. L'Autore richiama l'illustre voce del NUVOLONE, secondo cui la giurisprudenza "*non riesce a spiegare come mai un fatto futuro e incerto, estraneo alla condotta, in linea oggettiva e in linea soggettiva, possa considerarsi elemento costitutivo del reato.*".

[255] ROMANO, *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, in *Riv. It. Dir. proc. Pen.*, 1990, 55 ss.; VASSALLI, *Cause di non punibilità*, in *Enc. Dir.*, VI, 1960, 618; DONINI, *Le condizioni obiettive di punibilità*, in *Studium iuris*, 1997, 592 ss.; DI MARTINO, *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, Giuffrè, Milano, 1998, 169 ss.; D'ALESSANDRO, in *Studi in onore di Mario Romano, Fattispecie di aggiotaggio e prassi di mercato ammesse tra esclusione del tipo e cause di giustificazione*, Jovene, Napoli, 2011, 1874 ss.

[256] ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, III, Giuffrè, Milano, 2004, 475 ss.

[257] ROMANO, *Commentario cit.*, 478; ALESSANDRI, in BRANCA-PIZZORUSSO, *Commentario della Costituzione, Commento art. 27 Cost.*, Zanichelli, Bologna, 1991, 1 ss.

www.osservatorio-ocl.org

di opportunità (...) la dichiarazione di fallimento nulla aggiunge all'offesa alle ragioni creditorie già insita nei fatti di bancarotta.".[258]

Si tratterebbe, secondo l'Autore, di un requisito obiettivo collocato ai margini della fattispecie e non collegato alla condotta né sul piano causale[259] né sul piano psicologico.

Di contro, autorevoli voci hanno sostenuto che "*la pronuncia di fallimento si atteggia quale condizione di punibilità intrinseca che, incidendo sugli interessi protetti, ne va a concretare o ad aggravare (...) l'"aggressione": l'atto giurisdizionale imprime il crisma dell'illiceità a modalità comportamentali – qualunque esse siano – 'rapportabili' alle bancherotte, ma ancora prive di tipicità effettiva, le quali pertanto, in assenza di tale atto, permangono legittime in quanto caratterizzate a mera tipicità apparente.*".[260]

Da quanto sopra rilevato, a prescindere da ulteriori indagini circa la teoria del reato, si potrebbe quindi intendere la declaratoria fallimentare come una condizione obiettiva di punibilità.

Una scelta in questo senso appare anche sostenuta da ragioni di opportunità, in quanto "*un diffuso sindacato penalistico potrebbe portare al tracollo di un'impresa ancora in vita, con esiti negativi per l'economia e per gli stessi creditori; per contro, ogni remora viene meno quando il fallimento registra il decesso dell'organismo produttivo.*".[261]

---

[258] PEDRAZZI, *Reati fallimentari cit.*, 108; della stessa opinione anche MUCCIARELLI, *Sentenza dichiarativa cit.*, 10, secondo cui "*la sentenza di fallimento va colta nella sua portata fondante di cristallizzazione di uno stato di insolvenza irreversibile.*".

[259] PEDRAZZI, *Incostituzionali le fattispecie di bancarotta?*, in *Riv. It. Dir. proc. Pen.*, 1989, 898. Secondo l'Autore "*nessun nesso causale è richiesto tra i fatti di bancarotta e il fallimento, inteso non solo come atto di giurisdizione ma anche, sotto il profilo sostanziale, come insolvenza giudizialmente accertata. Nessun "*crescendo*" sul piano della lesività, visto che l'insolvenza può esplodere per tutt'*altre cause, magari le più imprevedibili.*".

[260] Così testualmente A.ROSSI, *op. cit.*, 104.

[261] Così MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, IV, Giuffrè Milano, 2012, 376.

Di opinione concorde D'ALESSANDRO, *Reati di bancarotta cit.*, 14, secondo cui con questa interpretazione si rende giustizia al "*favore legislativo verso la prosecuzione dell'iniziativa economica privata, che – almeno fino a che non ne sia certificato, con la dichiarazione di fallimento, il definitivo insuccesso – potrebbe risultare in concreto frustrata dall'avvio di un*

www.osservatorio-oci.org

La configurazione del fallimento quale condizione obiettiva di punibilità pare dunque dotata di un solido fondamento logico-giuridico e di un notevole grado di afferenza alla situazione concretamente considerata, oltre a consentire una allocazione del disvalore sulle condotte di bancarotta e, cosa più importante, evitare "*presunzioni*" di dolo non ammissibili.[262]

Proprio in punto elemento soggettivo, tuttavia, è necessario valutare in maniera più approfondita la compatibilità delle condizioni obiettive di punibilità e, di conseguenza, della loro esclusione dall'indagine in punto elemento soggettivo, con i precetti della Carta Costituzionale ed in particolare con i dettami contenuti nella famigerata sentenza 1085/1988 della Corte Costituzionale.

Come è ben noto, con tale sentenza e con la precedente 364 dello stesso anno, la Corte ha voluto sancire la necessità di intendere l'art. 27 comma 1 Cost. con l'implicita dicitura di responsabilità penale per fatto proprio "*e colpevole*".

Come immediata conseguenza della rivoluzionaria pronuncia "*ogni elemento costitutivo del tipo, in quanto chiamato a colorarne il disvalore e a disegnarne quindi i contorni dell'offesa, deve essere illuminato dalla colpevolezza, a sua volta declinata nelle forme del dolo o della colpa: diversamente il fatto non sarebbe rimproverabile e l'ascrizione soggettiva perderebbe il suo requisito fondante.*".[263]

È tuttavia la stessa Corte a precisare che l'evento integrante una condizione obiettiva di punibilità non è ricompreso nella volizione dell'agente e neppure occorre che sia dovuto a colpa, senza che con ciò sia intaccato il rigoroso canone del principio di colpevolezza.

Il Giudice delle Leggi sostiene infatti, in un passaggio fondamentale per la presente trattazione, che "*soltanto gli elementi estranei alla materia del divieto (come le condizioni estrinseche di punibilità che, restringendo l'area*

---

procedimento penale, nei confronti dell'imprenditore, per illeciti gravi come quelli di bancarotta.".

[262] D'ALESSANDRO, *Reati di bancarotta cit.*, 15.

[263] MUCCIARELLI, *Sentenza dichiarativa cit.* 12.

www.osservatorio-oci.org

del divieto, condizionano appunto quest'ultimo o la sanzione alla presenza di determinati elementi oggettivi) si sottraggono alla regola della rimproverabilità ex *art. 27, primo comma, Cost.*".[264]

Guardando alla sentenza dichiarativa di fallimento, è possibile notare come la stessa svolga proprio la funzione di restrizione dell'area del divieto riportata nella sentenza della Corte Costituzionale in quanto, senza la clausola riferita all'intervenuta declaratoria fallimentare, le condotte tipizzate nelle fattispecie di bancarotta risulterebbero punibili per la sola condotta distrattiva, a nulla rilevando la condizione dell'impresa in cui la stessa è posta in essere.

Secondo autorevole dottrina, dunque, "*il fallimento come atto di giurisdizione si inserisce nelle incriminazioni di bancarotta per limitarne l'applicabilità ai soli casi nei quali alle condotte tipiche, che sono connotate da una loro propria caratterizzazione in termini di disvalore, faccia seguito la dichiarazione di insolvenza, rendendole quindi assoggettabili alle sanzioni previste dalle norme incriminatrici.*".[265]

Per quanto l'impostazione dottrinaria ora tratteggiata, sebbene connotata dalla fisiologica presenza di differenti orientamenti, sembri in conclusione consentire di "*chiudere il cerchio*" e di dare una risposta coerente e giuridicamente logica all'interrogativo inerente la natura della sentenza dichiarativa di fallimento nelle fattispecie di bancarotta prefallimentare, essa è ben lontana dall'essere adottata dalla giurisprudenza, che anzi la rifiuta recisamente in più di una pronuncia[266]: si tratta, al momento attuale, di un conflitto interpretativo di cui si è lungi dal vedere una soluzione.

---

[264] Corte Cost., sent. 1085/1988, in *www.cortecostituzionale.it*.

[265] MUCCIARELLI, *Sentenza dichiarativa cit.*, 13.

[266] Cass. Pen., Sez. V, 24 dicembre 2012, n. 47502, in *www.iusexplorer.it*; Cass. Pen., Sez. V, 7 marzo 2014, n. 32352, in *www.foroitaliano.it*.
Entrambe le sentenze di cui si è proceduto all'analisi, per quanto attestate su opposte posizioni, sono concordi nell'escludere la natura di condizione obiettiva di punibilità della sentenza dichiarativa di fallimento.

www.osservatorio-oci.org

2.5 Lo spazio valutativo del giudice penale nei diversi strumenti di risoluzione concordata della crisi d'impresa

Una volta conclusa, seppur con incerti esiti, l'analisi sul ruolo più opportuno da attribuire alla sentenza dichiarativa di fallimento e dato conto delle (per il momento) insuperabili divergenze interpretative tra la più attenta dottrina e la giurisprudenza della Corte di Cassazione, occorre seguire le orme dei primi commentatori dell'art. 217-*bis* L.Fall. e spostare l'analisi sull'eventuale spazio valutativo che residui in capo al giudice penale nel caso in cui "*il piano, pur attuato, non abbia avuto successo e sia perciò intervenuta, in un primo tempo, la dichiarazione di fallimento, alla quale abbia fatto seguito, successivamente, l'avvio di un procedimento per bancarotta preferenziale.*".[267]

In altri termini, si dovrebbe verificare se sia sufficiente ai fini dell'applicazione della clausola limitativa dell'operatività delle figure incriminatrici richiamate dall'art. 217-*bis* L.Fall. la semplice esistenza di un piano, oppure se per ottenere l'effetto suddetto sia necessario che piano o accordo siano valutati, dopo il fallimento, dal giudice penale come *ex ante* idonei a superare lo stato di crisi in cui versava l'impresa.[268]

Occorre innanzitutto, *in limine*, dar nota di una fondata preoccupazione espressa da autorevole dottrina in relazione alla problematica di cui ci si appresta alla trattazione.

Secondo D'Alessandro, infatti, "*non è difficile ipotizzare che l'insuccesso del piano possa finire con il riverberarsi impropriamente sul giudizio circa l'idoneità e la ragionevolezza dello stesso e condurre – sulla base di una sostanziale equiparazione tra il piano non andato a buon fine e il piano*

[267] D'ALESSANDRO, *Il nuovo art. 217-bis cit.*, 207.

[268] MUCCIARELLI, *L'esenzione cit.,* 1485. Nello stesso senso LOTTINI, *Il nuovo art. 217*-bis *cit.*, 1373; secondo l'autore la domanda che l'interprete è chiamato a porsi è se possa "*il giudice penale verificare l'idoneità e la ragionevolezza dei piani e stabilito, una volta verificatosi il fallimento, che tali piani non erano né idonei, né ragionevoli e dunque ritenere che le relative operazioni siano (quantomeno da un punto di vista oggettivo) riconducibili alle fattispecie di bancarotta preferenziale e semplice.*".

www.osservatorio-oci.org

inidoneo o irragionevole – all'esclusione delle operazioni in questione dalla salvaguardia fornita dagli artt. 67 comma 3 lett. d) *L.Fall. e 217*-bis *L.Fall.*"[269].

Assumendo la coerenza interpretativa come principio ispiratore dell'attività del giurista (e, nelle preoccupazioni dell'autore, in particolare della giurisprudenza), appare evidente come il giudizio sulla tenuta del piano, e quindi il giudizio in termini di ragionevolezza ed idoneità, debba essere condotto *ex ante*, dovendosi rifuggire l'eventualità che nello stesso intervengano valutazioni sostanziali basate sulla concreta considerazione *ex post* secondo cui il piano non ha assicurato il raggiungimento dei risultati cui era teleologicamente diretto.

Il principio sopra menzionato, tuttavia, per quanto astrattamente innegabile ed evidente non pare resistere alla prova dei fatti.

La giurisprudenza ha infatti assunto la tendenza, deprecata da una dottrina la cui opinione è condivisa da chi scrive, di "*rileggere le ultime pagine della storia dell'impresa con la prospettiva dell'avvenuto fallimento e, conseguentemente, di censurare con estrema facilità, sulla base del proverbiale "*senno di poi*", scelte che pur potevano presentarsi, nel momento in cui venivano assunte, come intrinsecamente valide.*".[270]

---

[269] D'ALESSANDRO, *Il nuovo art. 217-bis cit.*, 207. Dello stesso avviso anche BRICCHETTI, *L'esenzione cit.*, 89.

[270] D'ALESSANDRO, *Il nuovo art. 217-bis cit.*, 207. L'autore, dando prova di una presenza culturale di amplissimo respiro, dà nota della riconducibilità di tali distorsioni retrospettive a due ordini di errori: l'*hindsight bias* e il *fundamental attribution bias.*

Per completezza di trattazione e facilità di comprensione, si dà conto di come il primo fenomeno venga concordemente definito dagli studiosi di sociologia delle organizzazioni come "*the inclination, after an event has occurred, to see the event as having been predctable, despite there having little or no objective basis for predicting it. A basic example of the hindsight bias is when, after viewing the outcome of a potentially unforeseeable event, a person believes he or she "*knew it all along*"."*.

Il secondo comportamento è invece definito come "*the tendency to draw inferences about a person's unique an enduring dispositions from behaviors that can be entirely explained by the situations in which they occur.*" (v. GILBERT-MALONE, *The correspondence bias*, in *Psychological Bullettin*, 1995,Vol. 117, No. I, 21-38).

www.osservatorio-oci.org

La mancanza di metodica precisione del dato normativo in punto ruolo da attribuire al giudice penale ha dato luogo, sin dai primi commenti, a profonde perplessità interpretative.[271]

Una soluzione all'aporia interpretativa cui ci si trova di fronte può essere rinvenuta nell'analisi del, seppur scarno, dato letterale, che configura in un senso che potrebbe essere definito "finalistico" i requisiti contenutistici cui devono rispondere i diversi strumenti azionabili dall'imprenditore per la risoluzione negoziata delle crisi d'impresa.

Analizzando tali strumenti più nel particolare, si rinviene che l'art. 67, comma 3, lett. *d)* L.Fall. stabilisce che il piano debba essere razionalmente idoneo "*a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria*", l'art. 182-*bis* L.Fall. definisce lo strumento di risoluzione della crisi come un accordo di cui sia predicabile l'attuabilità "*con particolare riferimento ad assicurare il pagamento dei creditori estranei*" all'accordo medesimo, ed infine l'art. 161 L.Fall. prevede che "*il piano e la documentazione (...) devono essere accompagnati dalla relazione di un professionista (...), che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano medesimo.*".

Appare cristallina, anche da una superficiale lettura degli articoli di legge, la volontà del legislatore di attribuire un tratto comune ai diversi strumenti: essi sono infatti legati indissolubilmente all'idoneità a superare in modo razionale lo stato di crisi in cui l'impresa sia venuta a trovarsi.[272]

---

[271] MUCCIARELLI, *L'esenzione cit.,* 1485. Si vedano anche BRICCHETTI-MUCCIARELLI-SANDRELLI, in JORIO (diretto da) e FABIANI (coordinato da), *Il nuovo diritto fallimentare, sub artt. 216-241*¸ Zanichelli, Bologna, 2007, 1268 ss.
Di opinione conforme anche ZINCANI, *op. cit.*, 524, secondo cui "*Nel silenzio del dato normativo non è agevole stabilire se la legittimazione conferita dal provvedimento giurisdizionale di ammissione-omologazione escluda in radice l'operatività delle figure incriminatrici richiamate dall'art. 217*-bis *L.Fall., o se sia invece consentiva al giudice penale una rivisitazione ed un autonomo giudizio postumo, con valutazione* ex ante, *delle condizioni di ammissibilità alle procedure negoziali o seminegoziali esperite.*".

[272] MUCCIARELLI, *L'esenzione cit.,* 1485.

www.osservatorio-oci.org

È in ogni caso anche da rilevare come il concetto di "*ragionevolezza*" sia connotato da natura effimera e sfuggente, che può esulare dalla *forma mentis* propria del penalista e produrre difficoltà in sede interpretativa.

La migliore dottrina ha cionondimeno ritenuto di poter affermare *cognitio causae* che la presenza delle caratteristiche di cui sopra vada a segnare sostanzialmente un discrimine tra l'oggettiva esistenza ed attivazione dello strumento di risoluzione concordata della crisi d'impresa e, al contrario, la non sussumibilità dell'attività dell'imprenditore ad uno degli strumenti di cui si è dato precedentemente conto.

Per dirlo con Mucciarelli, poi, "*in difetto di tali caratteristiche (la sussistenza delle quali va apprezzata* ex ante*) non potrà parlarsi di piano o di accordo nel senso tipizzato dalla legge, con conseguente venir meno dell'applicabilità dell'art. 217*-bis *L.Fall.*".[273]

La posizione degli operatori del diritto, tuttavia, si colora in maniera diversa a seconda dello strumento di risoluzione concordata della crisi d'impresa di cui si vada discorrendo, riconoscendo ora un ampio spazio di manovra al giudice penale, ora uno spazio molto più ristretto.

Nello specifico, appare subito evidente la netta differenza sussistente tra il piano attestato di risanamento *ex* art. 67, comma 3, lett. *d)* L.Fall. e gli istituti dell'accordo di ristrutturazione del debito e del concordato preventivo.

Il piano attestato, difatti, è uno strumento di matrice esclusivamente privatistica, nemmeno riconducibile alla categoria delle procedure concorsuali, che non soggiace ad alcun intervento o controllo da parte dell'autorità giudiziaria, rispondendo ad uno schema che vede imprenditore e creditori dello stesso come unici soggetti coinvolti, con l'ausilio tecnico esterno del professionista attestatore.

La dottrina ha concordemente rilevato come sarebbe foriera di conseguenze inammissibili sul piano sistematico un'impostazione che consentisse ad un

[273] MUCCIARELLI, *L'esenzione cit.,* 1485; BRICCHETTI-MUCCIARELLI-SANDRELLI, *op. cit.*, 1295 ss.; si veda anche, conformemente, BRICCHETTI, *L'esenzione cit.*, 89.

www.osservatorio-oci.org

mero accordo tra privati di paralizzare l'operatività di norme incriminatrici, conclusione cui si perverrebbe escludendo la possibilità per il magistrato penale di controllare con valutazione *ex ante* l'idoneità del piano.

Secondo i migliori commenti, dunque, "*non possono sussistere dubbi in merito al potere del giudice penale di valutare* ex post*, nel caso in cui sopraggiunga una dichiarazione di fallimento, l'idoneità* ex ante *del piano a garantire la soluzione della crisi.*".[274]

La medesima opinione è stata anche autorevolmente sostenuta dall'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione sostenendo, in riferimento al piano di risanamento, che "*la verifica, in caso di fallimento dell'impresa, vale a dire il giudizio sulla ragionevolezza e sulla idoneità del piano, da apprezzarsi* ex ante*, compete al giudice penale.*".[275]

L'accertamento del giudice penale dovrebbe avere ad oggetto, almeno secondo parte della dottrina, anche la correttezza dei dati patrimoniali, economici e finanziari su cui si fonda il piano, in quanto per logica prima ancora che per diritto non sarebbe possibile ipotizzare un piano che possa essere considerato idoneo e che, tuttavia, sia fondato su dati non veritieri.[276]

Prima di proseguire con l'analisi delle diversa conformazione del ruolo del giudice penale in rapporto con i differenti strumenti di risoluzione concordata delle crisi d'impresa occorre tuttavia dar nota di una specificazione in merito ai suddetti "*dati non veritieri*".

La più attenta dottrina di è infatti interrogata sui riflessi che deriverebbero da una falsità di tali dati, ed ha distinto tra l'ipotesi in cui la falsità dipenda dalla condotta colposa di chi ha predisposto i dati dall'ipotesi in cui la falsità dipenda invece da una scelta deliberata.

---

[274] MINNITI, in PAJARDI (a cura di), *op. cit.,* 2294. Concordemente, si vedano anche AMBROSETTI-MEZZETTI-RONCO, *op. cit.,* 373; MUCCIARELLI, *L'esenzione cit.,* 1485; ZINCANI, *op. cit.,* 524; CASAROLI, in MAFFEI ALBERTI (a cura di), *op. cit.,*1486; GHIA-SEVERINI-PICCININNI, *Trattato delle procedure concorsuali,* vol. I, Utet, Torino, 2010, 379; BRICCHETTI, *Soluzioni concordate delle crisi di impresa e rischio penale dell'imprenditore,* in *Soc.*, 2013, 689.

[275] Relazione n. III/09/10, 3 agosto 2010 *cit.*, 10.

[276] MUCCIARELLI, *L'esenzione cit.,* 1485.

www.osservatorio-oci.org

Nella prima situazione prospettata, dunque, permane l'applicabilità dell'esenzione prevista dall'art. 217-*bis* L.Fall. in capo ai soggetti diversi da coloro che fornirono i dati falsi. La dottrina ha giustificato questa scelta sulla base di una duplice ragione, distinguendo i casi in cui l'esenzione interessi reati per cui sia richiesto l'elemento soggettivo nella forma del dolo da quelli in cui il legislatore abbia previsto come sufficiente la sussistenza della colpa.
Nel caso di reati dolosi, lapalissianamente, verrebbe a mancare l'elemento soggettivo richiesto.
La dottrina ha infatti prospettato l'esclusione dell'elemento soggettivo in capo all'imprenditore nel caso in cui il piano che non abbia condotto ai risultati sperati sia stato corredato dalla valutazione di un professionista attestatore tecnicamente qualificato, che abbia proceduto all'attestazione nonostante la natura oggettivamente azzardata del piano medesimo.[277]
L'imprenditore potrà quindi giovarsi dell'esenzione dalla responsabilità penale per i reati richiamati dall'art. 217-*bis* L.Fall. "*in considerazione del fatto che i pagamenti sono stati eseguiti nell'esecuzione di un piano nel quale costui (*l'imprenditore) *effettivamente confidava.*".[278]
Riprendendo il filo, poi, anche con riferimento ai reati punibili a titolo di colpa si dovrebbe prospettare il perdurare dell'applicabilità a favore dell'imprenditore dell'esenzione *ex* art. 217-*bis* L.Fall., in quanto lo stesso "*non riveste posizione di garanzia in ordine alla veridicità dei dati aziendali mentre, dall'altro lato, potrebbe invocare la sussistenza di un affidamento legittimo che trova fondamento nella attestazione del professionista.*".[279]

---

[277] BRICCHETTI, *L'esenzione cit.*, 90; D'ALESSANDRO, *Il nuovo art. 217-bis cit.*, 207. L'Autore ipotizza anche che la responsabilità in capo all'imprenditore venga esclusa nel caso in cui il professionista attestatore "*si lasci andare a giudizi oltremodo compiacenti, magari mosso dall'obiettivo di ottenere un determinato incarico.*".
Nello stesso senso si veda anche MINNITI, in PAJARDI (a cura di), *op. cit.*, secondo cui "*sul piano dell'elemento soggettivo va evidenziato che il giudizio positivo fornito dall'attestatore difficilmente potrebbe non escludere, anche in presenza di un piano rischioso, il dolo della bancarotta preferenziale in capo all'imprenditore in buona fede ed ai creditori aderenti.*".
[278] Così testualmente D'ALESSANDRO, *Il nuovo art. 217-bis cit.*, 207.
[279] Con queste parole MUCCIARELLI, *L'esenzione cit.,* 1490.

www.osservatorio-oci.org

Nel caso in cui, invece, la falsità dei dati aziendali sia stata prodotta deliberatamente e coscientemente da soggetti diversi dall'imprenditore, quest'ultimo si vedrebbe comunque applicare l'esenzione *ex* art. 217-*bis* L.Fall. in quanto non consapevole delle falsità realizzate da altri, ferma restando la responsabilità penale di questi.[280]

È appena opportuno far presente che, se della falsità destinata ad influire sul giudizio di idoneità del piano fosse in qualunque modo a conoscenza anche il soggetto che concorre alla realizzazione dei pagamenti o delle operazioni cui fa riferimento la lettera dell'art. 217-*bis* L.Fall., qualora tali condotte andassero ad integrare gli estremi dei reati richiamati dal suddetto articolo, allora le stesse norme incriminatrici sarebbero pienamente operative, venendo meno la "protezione" dell'art. 217-*bis* L.Fall.[281]

Trasponendo la problematica in oggetto in riferimento all'accordo di ristrutturazione del debito disciplinato all'art. 182-*bis* L.Fall., invece, la dottrina è concorde nel rilevare un'evidente complicazione dell'indagine.[282]

È stato con lucidità sostenuto in dottrina che il problema si concentra in questo caso nell'individuazione del contenuto del decreto di omologa emesso dal tribunale e, conseguentemente, su quale debba essere l'oggetto del giudizio compiuto dal tribunale medesimo.

In particolare è dibattuto "*se sia attribuita al tribunale in sede di omologa la semplice verificazione dei requisiti formali della proposta o se la relativa valutazione debba spaziare nel sindacato di merito della fattibilità dell'accordo.*".[283]

In riferimento alla questione è doveroso dare preliminarmente conto di una corrente dottrinaria, per la verità attualmente minoritaria, secondo cui l'esistenza di un accordo omologato ai sensi dell'art. 182-*bis* L.Fall. sarebbe

[280] MUCCIARELLI, *L'esenzione cit.,* 1490.
[281] MUCCIARELLI, *L'esenzione cit.,* 1490.
[282] CASAROLI, in MAFFEI ALBERTI (a cura di), *op. cit.*,1486; MUCCIARELLI, *L'esenzione cit.,* 1490; COCCO, *Esenzioni cit.*, 15.
[283] Così testualmente ZINCANI, *op. cit.*, 524.

www.osservatorio-oci.org

"*un mero dato di fatto o, se si preferisce, un rapporto di antecedenza necessaria di diritto sostanziale.*". [284]

I sostenitori di questa impostazione hanno fondato le proprie argomentazioni, *inter alia*, su una rilevante sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite[285], da cui hanno ritenuto di poter dedurre che il provvedimento del giudice in materia di attuabilità dell'accordo, una volta definitivo, non sia più sindacabile da parte del giudice penale.

È tuttavia da notare che la sentenza in questione fa riferimento in particolare all'insindacabilità, da parte del giudice penale, della sentenza dichiarativa di fallimento.

La stessa Corte di Cassazione sul punto ha difatti rilevato come l'estensione non sarebbe ragionevole, essendo la disciplina del fallimento molto più precisa in punto identificazione dell'orizzonte valutativo del giudice civile rispetto allo scarno dettato normativo degli artt. 180 e 182-*bis* L.Fall.[286]

Altro punto di evidente e rilevantissimo impatto sulla questione è poi rappresentato dal dettato dell'art. 2 comma 1 c.p.p., secondo cui "*il giudice penale risolve ogni questione da cui dipende la decisione, salvo sia diversamente stabilito.*".

Configurando la valutazione di idoneità dell'accordo come questione incidentale alla controversia, parrebbe di difficile giustificazione la sottrazione della cognizione della stessa al giudice penale.[287]

---

[284] COCCO, *Esenzioni cit.*, 15. Dello stesso avviso SCHIAVANO, *I reati fallimentari oggi*, in *Riv. Trim. dir. pen. Ec.*, 2011, 693, secondo cui in relazione alla possibilità di valutazione del giudice penale "*si dovrebbe dare risposta negativa perché, se l'omologazione è definitiva, i relativi accordi, tanto per il concordato quanto per il piano di ristrutturazione omologato, hanno realizzato lo scopo voluto dalle norme e, quindi, le relative situazioni giuridiche si sono perfezionate: esse sono immodificabili e definitive, perché si sono perfezionate col provvedimento del giudice competente, una volta passato in giudicato.*".

[285] Cass. Pen., Sez. Un., 28 febbraio 2008, n. 19601, in *www.iusexplorer.it*.

[286] Relazione n. III/09/10, 3 agosto 2010 *cit.*, 10.

[287] Di diversa opinione COCCO, *Esenzioni cit.*, 15, secondo cui per la già citata natura meramente fattuale dell'esistenza di un accordo omologato dovrebbe essere "*del tutto esclusa dal dibattito la questione delle pregiudiziali né dovrebbe essere messo in discussione l'art. 2 comma 1 c.p.p.*".

www.osservatorio-oci.org

Nella selva di opinioni discordanti che in materia si sono accumulate, il lume da seguire potrebbe dunque essere il già citato oggetto della verifica del tribunale: individuato l'oggetto si avrebbe la possibilità di districare il groviglio.

Una lucida descrizione degli scenari ipotizzabili è stata data da Mucciarelli e, a parere di chi scrive, non è inutile una integrale citazione del passaggio per favorire un'immediata comprensione.

Secondo l'autore "a) *Il tribunale può, in primo luogo, aver provveduto all'omologazione procedendo ad una semplice ratifica dell'accordo fra debitore e creditori, limitando il proprio intervento al controllo formale dei requisirti di esistenza dell'accordo stesso e delle percentuali richieste;* b) *una seconda ipotesi contempla l'eventualità che il decreto di omologazione sia preceduto e si fondi su un'attività maggiormente pregnante, consistente nella valutazione dell'accordo e della relazione dell'esperto, valutazione allargata alla completezza, coerenza e ragionevolezza sull'attuailità dell'accordo e sull'idoneità dello stesso ad assicurare il pagamento dei creditori non aderenti, ma valutazione tuttavia non estesa al controllo dei dati aziendali e di contesto, su quali l'accordo e, soprattutto, la relazione dell'esperto si basano;* c) *il terzo possibile scenario è quello in cui il tribunale avvalendosi dei poteri istruttori che, secondo taluno, gli sono riconosciuti anche in questo tipo di giudizio, esprime una valutazione incorporata nell'omologazione avendo accertato anche la veridicità dei dati aziendali, in modo tale da sottoporre la relazione dell'esperto ad un vaglio estrinseco in ordine alla attuabilità attestata.*".[288]

Procedendo a valutare le conseguenze di ogni sfumatura di giudizio da parte del tribunale, pare corretto concludere che nell'ipotesi *sub a)*, in caso di fallimento, si ravviserebbe la necessità di una valutazione completa da parte del giudice penale dell'accordo e della fattibilità dello stesso, in quanto il giudizio in sede di omologa nulla ha rilevato in relazione alla ragionevolezza e

[288] MUCCIARELLI, *L'esenzione cit.,* 1487.

www.osservatorio-oci.org

all'idoneità dell'accordo in riferimento al pagamento dei creditori ad esso estranei.

Con attenzione all'ipotesi *sub b)*, la valutazione del magistrato penale dovrà limitarsi alla correttezza dei dati economici, patrimoniali e finanziari dell'impresa, ed eventualmente a quelli di contesto: il giudizio dovrà, in ultima analisi, avere ad oggetto i profili su cui non si è estesa la valutazione del tribunale in sede di omologa.

Infine, per quanto riguarda l'ipotesi *sub c)*, il giudizio in sede di omologa si è caratterizzato per un'elevata pregnanza, e di conseguenza parrebbe inutile una ripetizione dello stesso da parte del giudice penale; di più, parrebbe anche inopportuna ed eventualmente dannosa, considerando che questo secondo giudizio pagherebbe ineludibilmente lo scotto di avvenire *ex post* e sarebbe quindi afflitto dall'ineliminabile difficoltà strutturale propria di una prognosi postuma.

A questo proposito, tuttavia, la dottrina ha operato una doverosa specificazione, precisando che nel caso di falsificazione dei dati aziendali tale da aver ingannato il controllo del tribunale, l'esistenza di un decreto di omologa non può aver l'effetto di precludere i doverosi accertamenti del giudice penale, nonostante la verifica del tribunale fosse stata condotta con l'utilizzo dei più ampi ed approfonditi mezzi istruttori.[289]

È ancora utile dar conto di una diversa opinione dottrinaria secondo cui non sarebbe ipotizzabile un'esclusione del sindacato del giudice penale, anche nel caso di un controllo quanto mai approfondito da parte del tribunale in sede di omologa.

Seguendo tale orientamento non sarebbe ipotizzabile una modulazione nell'*an* e nel *quomodo* dei contenuti del potere di valutazione del giudice penale di tal che, indipendentemente dall'accuratezza della valutazione in sede civile, nulla potrebbe impedire al giudice penale di procedere ad una autonoma verifica.[290]

---

[289] MUCCIARELLI, *L'esenzione cit.,* 1488.
[290] BRICCHETTI, *L'esenzione cit.*, 91.

www.osservatorio-ocl.org

Si potrebbe dunque concludere, con le parole della Corte di Cassazione, che "*laddove si giungesse ad escludere che il giudice civile svolga una valutazione sulla fattibilità del piano di ristrutturazione, non potrebbe negarsi che tale valutazione debba essere compiuta da quello penale quando venga invocata l'operatività dell'art. 217*-bis *L.Fall.*".[291]

Per quanto riguarda, da ultimo, il rapporto tra il ruolo del giudice penale e lo strumento del concordato preventivo disciplinato dall'art. 161 L.Fall., si possono sviluppare considerazioni analoghe a quelle più sopra prospettate ed aventi ad oggetto l'accordo di ristrutturazione del debito.

In relazione al concordato preventivo la dottrina maggioritaria, considerando la natura del controllo del tribunale in sede di omologa e, non secondariamente, l'obbligo per il professionista di attestare anche la veridicità dei dati aziendali, ha concluso per un'automatica incorporazione della valutazione sulla correttezza dei dati di cui sopra nel decreto di ammissione alla procedura e, conseguentemente, per una drastica limitazione (*rectius:* eliminazione) dello spazio di manovra residuo in capo al giudice penale.[292]

Anche in materia di concordato preventivo, tuttavia, si sono sviluppate opinioni minoritarie di cui, per completezza di trattazione, appare opportuno dar conto.

Secondo una di queste correnti[293], la possibilità di sindacato del giudice penale si configura diversamente in ragione della caratterizzazione del giudizio di omologazione.

---

[291] Relazione n. III/09/10, 3 agosto 2010 *cit.*, 10.
In senso concorde si veda anche ZINCANI, *op.cit.*, 526 , secondo cui "*le soluzioni giurisprudenziali finiranno inevitabilmente per dipendere dalla concreta estensione della motivazione del provvedimento di omologa.*"; CASAROLI, in MAFFEI ALBERTI (a cura di), *op. cit.*,1486; AMBROSETTI-MEZZETTI-RONCO, *op. cit.*, 374; VITALE, *Nuovi profili penali della crisi d'impresa: l'esenzione dai reati di bancarotta e la responsabilità del professionista attestatore*, in *www.archiviopenale.it*, 2014, 24.

[292] MUCCIARELLI, *L'esenzione cit.,* 1489; AMBROSETTI-MEZZETTI-RONCO, *op. cit.*, 374; CASAROLI, in MAFFEI ALBERTI (a cura di), *op. cit.*,1486; COCCO, *Esenzioni cit.*, 15; ZINCANI, *op.cit.*, 526.

[293] AMARELLI, *op. cit.*, 574.

www.osservatorio-oci.org

Nel caso in cui questo abbia carattere sostanziale di vero e proprio giudizio di cognizione nel merito, si dovrebbe concludere per l'inesistenza di spazio valutativo per il giudice penale, in quanto la verifica sarebbe stata già compiuta dal tribunale in sede civile.

Se, contrariamente, si opta per una caratterizzazione del giudizio in senso formale, negando la possibilità al tribunale la possibilità di compiere una valutazione in merito alla veridicità dei presupposti per l'ammissione alla procedura di risoluzione concordata della crisi d'impresa, allora si dovrebbe riconoscere in capo al giudice penale la possibilità di procedere ad una propria ed autonoma analisi.

Altro discrimine prospettato è stato quello tra il caso in cui, in sede di ammissione alla procedura, venga presentato reclamo da parte di uno o più creditori e il caso in cui tale reclamo non sia proposto.

In quest'ultima ipotesi, secondo l'opinione dottrinale in oggetto, il tribunale dovrebbe svolgere una "*mera ratifica formalizzata*", mentre nel primo dovrà compiere un vero giudizio di cognizione nel merito, giudicando la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano.[294]

La dottrina ha poi sviluppato un'ulteriore impostazione secondo la quale il giudizio di omologa del concordato preventivo sarebbe sempre ammantato di valore cognitivo, di tal che non dovrebbe residuare alcuno spazio per la valutazione da parte del giudice penale.

Al fine di evitare l'eccessiva benevolenza in favore dell'imprenditore derivante da questa sostanziale impunità assoluta delle operazioni compiute in esecuzione di un qualsivoglia concordato preventivo, seppur inidoneo, si è fatto leva sul disposto dell'art. 173 L.Fall.[295], che prevede la possibilità per il

[294] LOTTINI, *op. cit.*, 1370; LO CASCIO, *Le nuove procedure di crisi: natura negoziale o pubblicistica*, in *Fall.*, 2008, 996 ss.

[295] Art. 173 L.Fall. "*Il commissario giudiziale, se accerta che il debitore ha occultato o dissimulato parte dell'attivo, dolosamente omesso di denunciare uno o più crediti, esposto passività insussistenti o commesso altri atti di frode, deve riferirne immediatamente al tribunale, il quale apre d'ufficio il procedimento per la revoca dell'ammissione al concordato, dandone comunicazione al pubblico ministero e ai creditori. La comunicazione*

www.osservatorio-ocl.org

commissario giudiziale nominato dal tribunale di verificare le operazioni realizzate e la tenuta del piano, riferendo immediatamente le irregolarità al tribunale medesimo.

Sulla base dunque del combinato disposto degli artt. 173 e 217-*bis* L.Fall., la dottrina ha ritenuto che "*se la legge ammette la possibilità di effettuare un sindacato sui dati in base ai quali è stato concesso il concordato attraverso la* longa manus *del commissario giudiziale, non si vede perché allora nell'ipotesi in cui il concordato non sia andato in porto e sia stata pronunciata sentenza di fallimento, il giudice penale chiamato a verificare la configurabilità o meno di reati fallimentari non possa compiere un analogo giudizio.*

*Non sembra irragionevole ammettere che questi possa ritenere non scriminate dall'art. 217-*bis *L.Fall. quelle operazioni compiute in esecuzione di un concordato preventivo concesso sulla base di dati mendaci e, quindi, attivato dall'imprenditore e dal professionista con l'esplicito obiettivo di ritardare il fallimento e di aggravare ulteriormente i proprio stato di dissesto economico.*".[296]

Altre voci, ancora, rimanendo coerenti con la propria impostazione, hanno rilevato come "*è indubbio che il controllo del tribunale in sede di ammissione alla procedura è più pregnante e sembrerebbe implicare un giudizio di congruenza del piano, quando non addirittura una verifica della veridicità dei dati aziendali che il professionista è tenuto ad attestare. Ma quand'anche ciò*

---

ai creditori è eseguita dal commissario giudiziale a mezzo posta elettronica certificata ai sensi dell'articolo 171, secondo comma.

All'esito del procedimento, che si svolge nelle forme di cui all'articolo 15, il tribunale provvede con decreto e, su istanza del creditore o su richiesta del pubblico ministero, accertati i presupposti di cui agli articoli 1 e 5, dichiara il fallimento del debitore con contestuale sentenza, reclamabile a norma dell'articolo 18.

Le disposizioni di cui al secondo comma si applicano anche se il debitore durante la procedura di concordato compie atti non autorizzati a norma dell'articolo 167 o comunque diretti a frodare le ragioni dei creditori, o se in qualunque momento risulta che mancano le condizioni prescritte per l'ammissibilità del concordato.".

[296] Così testualmente AMARELLI, *op. cit.*, 574. Vedi anche LOTTINI, *op. cit.*, 1369; D'ALESSANDRO, *Il nuovo art. 217-bis cit.*, 210.

www.osservatorio-oci.org

in concreto precedesse il provvedimento di omologa, non si verificherebbe alcuna preclusione o limitazione all'apprezzamento del giudice penale.".[297]

Concludendo, l'intervento normativo ha sollevato una pletora di dubbi ed incertezze interpretative, non chiarendo entro quali confini debba svolgersi la cognizione del giudice penale in punto sussistenza dei presupposti per l'applicazione dell'art. 217-*bis* L.Fall., e lasciando di conseguenza l'operatore del diritto oscillante tra il sostanziale "demansionamento" del giudice penale che dovrebbe solamente prendere atto dell'avvenuta omologazione o ammissione alla procedura e, dall'altra parte, il rinvigorimento della figura del magistrato, sul cui capo graverebbe il delicato compito di compiere un giudizio di prognosi postuma sull'originaria efficienza economica dell'accordo, con il fine ultimo di escludere che lo stesso sia stato concluso solamente al fine di evitare la concorsualità dei crediti e di sottrarre il loro soddisfacimento al rischio della bancarotta.[298]

www.osservatorio-ocl.org

[297] BRICCHETTI, *L'esenzione cit.*, 92.
[298] Relazione n. III/09/10, 3 agosto 2010 *cit.*, 11.

2.6 Quale natura giuridica per l' "Esenzione *dai reati di bancarotta*"?

Già dalla lettura delle pagine che precedono appare chiaro, anche a chi non possa ritenersi a tutti gli effetti un "addetto ai lavori", che la novella operata dal legislatore con la l. 30 luglio 2010, n. 122 ha avuto l'effetto di sollevare forse addirittura più dubbi ed incertezze di quanti non volesse risolverne.

Occorre infatti dar conto di un ulteriore aspetto di criticità che, fin dall'introduzione dell'art. 217-*bis* L.Fall., ha crucciato i commentatori tanto per la sua fondamentale rilevanza concettuale e sistematica quanto per l'impatto pratico derivante dalla scelta di una o di un'altra soluzione.[299]

La questione afferisce a quale sia la corretta qualificazione giuridica da attribuire all'esenzione dai reati di bancarotta semplice e preferenziale dovuta all'applicazione dell'art.217-*bis* L.Fall., e la problematicità della materia si rileva *prima facie* già a livello letterale.

La rubrica dell'articolo infatti riporta la dicitura "*Esenzione dai reati di bancarotta*", mentre la lettera dell'articolo medesimo recita "*Le disposizioni di cui all'articolo 216, terzo comma, e 217 non si applicano ai pagamenti e alle operazioni compiuti in esecuzione di un concordato preventivo di cui all'articolo 160 o di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato ai sensi dell'articolo 182*-bis *o del piano di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera* d)*, ovvero di un accordo di composizione della crisi omologato ai sensi dell'articolo 12 della legge 27 gennaio 2012, n. 3, nonché ai pagamenti e alle operazioni di finanziamento autorizzati dal giudice a norma dell'articolo 182*-quinquies.".

La dottrina, fin dai primi commenti, ha evidenziato una palese "atecnicità" dei termini utilizzati dal legislatore: il lemma "*Esenzioni"* è stato ritenuto infatti

[299] *Ex multis*, si rileva come la configurazione della fattispecie come causa di giustificazione, causa di esclusione della colpevolezza o causa di non punibilità in senso stretto incide sull'eventuale applicazione analogica dell'art. 217-*bis* L.Fall., ipotizzabile solamente nel caso la norma venga qualificata come scriminante.
La problematica pratica è evidenziata, tra gli altri, in MUCCIARELLI, *L'esenzione cit.,* nt. 3; CASAROLI, in MAFFEI ALBERTI (a cura di), *op. cit.*,1484; AMARELLI, *op. cit.*, 565.

www.osservatorio-oci.org

estraneo al vocabolario penalistico, e la formula "*non applicabilità*" carente sul piano della precisione.[300]

Gli stessi autori hanno tuttavia rilevato come la scelta linguistica, seppur viziata da mancanza di tecnicità, non risulti del tutto nuova al diritto penale; la terminologia di "*non applicabilità*", difatti, è stata usata dal legislatore in rare occasioni con finalità di delimitazione del campo d'azione di alcune cause speciali di non punibilità[301] oppure per introdurre una deroga alla disciplina dettata per istituti di parte generale.[302]

---

[300] MUCCIARELLI, *L'esenzione cit.,* 1475; concorde anche AMARELLI, *op. cit.*, 562, secondo cui la terminologia utilizzata sarebbe "*estranea alla tradizione semantica del diritto penale*."; VITALE, *op. cit.* 10.

[301] Si fa qui riferimento all'art. 54 c.p., ed in particolare al suo comma 2; per completezza si riporta il testo integrale dell'articolo che, rubricato "*Stato di necessità*", così dispone: "*Non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sè od altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, pericolo da lui non volontariamente causato, né altrimenti evitabile, sempre che il fatto sia proporzionato al pericolo.*

Questa disposizione non si applica a chi ha un particolare dovere giuridico di esporsi al pericolo.

La disposizione della prima parte di questo articolo si applica anche se lo stato di necessità è determinato dall'altrui minaccia; ma, in tal caso, del fatto commesso dalla persona minacciata risponde chi l'ha costretta a commetterlo",

L'art. 649 c.p., rubricato "*Non punibilità e querela della persona offesa, per fatti commessi a danno di congiunti*" sancisce che: "*Non è punibile chi ha commesso alcuno dei fatti preveduti da questo titolo in danno:*

1) *del coniuge non legalmente separato;*

2) *di un ascendente o discendente o di un affine in linea retta, ovvero dell'adottante o dell'adottato;*

3) *di un fratello o di una sorella che con lui convivano.*

I fatti preveduti da questo titolo sono punibili a querela della persona offesa, se commessi a danno del coniuge legalmente separato, ovvero del fratello o della sorella che non convivano coll'autore del fatto, ovvero dello zio o del nipote o dell'affine in secondo grado con lui conviventi.

Le disposizioni di questo articolo non si applicano ai delitti preveduti dagli articoli 628, 629 e 630 e ad ogni altro delitto contro il patrimonio che sia commesso con violenza alle persone.". Come facilmente desumibile, rilevante ai fini della presente trattazione è il suo ultimo comma.

[302] In relazione al secondo significato sopra attribuito si cita l'art. 2 c.p., rubricato "*Successione di leggi penali*", ed in particolare il suo comma 6, che dispone che: "*se si tratta di leggi eccezionali o temporanee,* non si applicano *le disposizioni dei capoversi precedenti.*".

Rilevante è anche l'art. 84 c.p., rubricato "*Reato complesso*", secondo cui "*Le disposizioni degli articoli precedenti non si applicano quando la legge considera come elementi costitutivi, o come circostanze aggravanti di un solo reato, fatti che costituirebbero, per se stessi, reato. Qualora la legge, nella determinazione della pena per il reato complesso si*

www.osservatorio-oci.org

Con attenzione alla parte speciale[303], invece, si rinviene l'utilizzo della formula in questione nel comma 4 dell'art. 361 c.p., nel connesso comma 2 dell'art. 362 c.p.[304] e nell'art. 365 c.p.[305]

Il legislatore ha poi utilizzato, in tempi più recenti, la formula della non applicazione all'interno della propria produzione normativa.

In particolare essa può rinvenirsi nella novella del 2004 che ha introdotto il titolo IX *bis* in materia di "*Delitti contro il sentimento per gli animali*"[306] e nella l. 15 luglio 2009, n. 94.[307]

---

riferisca alle pene stabilite per i singoli reati che lo costituiscono, non possono essere superati i limiti massimi indicati negli articoli 78 e 79.".

[303] Si riportano, per completezza, i testi integrali delle disposizioni di parte speciale cui si fa riferimento nel *corpus* del testo.

L'art. 361 c.p., rubricato "*Omessa denuncia di reato da parte del pubblico ufficiale*", prevede che: "*Il pubblico ufficiale, il quale omette o ritarda di denunciare all'Autorità giudiziaria, o ad un'altra Autorità che a quella abbia obbligo di riferirne, un reato di cui ha avuto notizia nell'esercizio o a causa delle sue funzioni, è punito con la multa da trenta euro a cinquecentosedici euro.*

La pena è della reclusione fino ad un anno, se il colpevole è un ufficiale o un agente di polizia giudiziaria, che ha avuto comunque notizia di un reato del quale doveva fare rapporto.

Le disposizioni precedenti non si applicano se si tratta di delitto punibile a querela della persona offesa.".

L'art. 362 c.p., rubricato "*Omessa denuncia di reato da parte di un incaricato di pubblico servizio*", dispone che: "*L'incaricato di un pubblico servizio, che omette o ritarda di denunciare all'Autorità indicata nell'articolo precedente un reato del quale abbia avuto notizia nell'esercizio o a causa del servizio, è punito con la multa fino a centotre euro.*

Tale disposizione non si applica se si tratta di un reato punibile a querela della persona offesa né si applica ai responsabili delle comunità terapeutiche socio-riabilitative per fatti commessi da persone tossicodipendenti affidate per l'esecuzione del programma definito da un servizio pubblico.".

L'art. 365 c.p., rubricato "*Omissione di referto*", così recita: "*Chiunque, avendo nell'esercizio di una professione sanitaria prestato la propria assistenza od opera in casi che possono presentare i caratteri di un delitto per il quale si debba procedere d'ufficio, omette o ritarda di riferirne all'Autorità indicata nell'articolo 361, è punito con la multa fino a cinquecentosedici euro.*

Questa disposizione non si applica quando il referto esporrebbe la persona assistita a procedimento penale.".

[304] Gli articoli citati subito sopra prevedono che "*Le disposizioni degli articoli precedenti* non si applicano *se si tratta di delitto punibile a querela della persona offesa.*".

[305] In materia di omissione di referto è infatti stabilito che la norma incriminatrice "non si applica *quando il referto esporrebbe la persona assistita a procedimento penale.*".

[306] si rimanda alla l. 20 luglio 2004, n. 189, il cui art. 19-*ter* disp. coord. cod. pen. prevede che "*Le disposizioni del titolo IX* bis *del libro II c.p.* non si applicano *ai casi previsti dalle leggi speciali in materia di caccia di pesca, di allevamento, di trasporto, di macellazione dagli animali, di sperimentazione scientifica sugli stessi, di attività circense, di giardini*

www.osservatorio-oci.org

È da notare, cionondimeno, che l'utilizzo di tali formule da parte del legislatore non ha contribuito alla loro chiarificazione, non avendo la dottrina preso posizione sulle stesse né il legislatore medesimo fornito delucidazioni sul punto.[308]

Più utile ai fini della trattazione e della migliore comprensione potrebbe essere, invece, analizzare quali siano state le posizioni dottrinarie assunte in materia di reati fallimentari prima e dopo la riforma del 2010.

In tempo antecedente l'introduzione dell'art. 217-*bis*, infatti, gli operatori del diritto si trovarono a dover affrontare il vuoto normativo e le incertezze prodotte dall'ottusa mancanza di coordinamento tra la riforma della disciplina civilistica delle procedure concorsuali operata tra il 2005 ed il 2007 ed il comparto penalistico della legge fallimentare, escluso invece dagli interventi riformatori.

Di fronte all'estensione degli atti esenti da revocatoria, disciplinati al comma 3 dell'art. 67 L.Fall., infatti, si è concluso per una corrispondente irrilevanza penale degli stessi, sulla base di ragioni esposte ampiamente in passaggi precedenti di questo testo.

Appariva tuttavia ineludibile la necessità di rinvenire un appiglio normativo, un dato sulla cui base giustificare la non punibilità di tali atti.

Più nello specifico, la dottrina aveva circoscritto le opzioni all'art. 50 c.p.[309] e all'art. 51 c.p.[310]

---

zoologici, nonché dalle altre leggi speciali in materia di animali. Le disposizioni del titolo IX bis *(...)* non si applicano *altresì alle manifestazioni storiche e culturali autorizzate dalla regione competente.".*

[307] L'art. 393-*bis*, rubricato "*Causa di non punibilità*", prevede che: "non si applicano *le disposizioni degli articoli 336, 337, 338, 339, 341*-bis, *342 e 343 quando il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio ovvero il pubblico impiegato abbia dato causa al fatto preveduto negli stessi articoli, eccedendo con atti arbitrari i limiti delle sue attribuzioni.*".

[308] AMARELLI, *op. cit.*, 564.

[309] L'art. 50 c.p., rubricato "*Consenso dell'avente diritto*", dispone che: "*Non è punibile chi lede o pone in pericolo un diritto, col consenso della persona che può validamente disporne.*".

[310] L'art. 51 c.p., rubricato "*Esercizio di un diritto o adempimento di un dovere*", prevede che: "*L'esercizio di un diritto o l'adempimento di un dovere imposto da una norma giuridica o da un ordine legittimo della pubblica autorità, esclude la punibilità.*

www.osservatorio-ocl.org

La causa di giustificazione del consenso dell'avente diritto, disciplinata all'art. 50 c.p., era stata richiamata facendo leva sulla circostanza secondo cui il consenso dei creditori potesse valere ad escludere la rilevanza penale di qualunque atto posto in essere in esecuzione di una soluzione concordata alla crisi d'impresa. [311]

Appare immediatamente evidente come tale soluzione, a prescindere dal suo fondamento giuridico-sistematico, non dimostri un'adeguata tenuta alla prova della logica, in quanto non sarebbe applicabile nel caso di operazioni che siano state poste in essere in esecuzione di uno strumento che non comporti il consenso dei creditori aventi diritto.[312]

In questa particolare ipotesi la non punibilità sarebbe stata dunque recuperata con l'ausilio dell'art. 51 c.p. "*ritenendo che in tali casi l'imprenditore che optava per il ricorso ad essi non faceva altro che esercitare una facoltà espressamente riconosciutagli dalla legge e, dunque, non poteva certamente essere sanzionato penalmente se, in un secondo momento, non andato in porto il tentativo di salvare l'impresa, fosse stato dichiarato fallito.*".[313]

Altra dottrina aveva invece optato per generalizzare il ricorso all'art. 51 come fondamento della propria impostazione, sostenendo che il principio di non contraddizione dell'ordinamento giuridico conducesse inevitabilmente alla considerazione secondo cui il legislatore non avrebbe mai potuto ritenere

---

Se un fatto costituente reato è commesso per ordine dell'autorità, del reato risponde sempre il pubblico ufficiale che ha dato l'ordine.
Risponde del reato altresì chi ha eseguito l'ordine, salvo che, per errore di fatto, abbia ritenuto di obbedire a un ordine legittimo.
Non è punibile chi esegue l'ordine illegittimo, quando la legge non gli consente alcun sindacato sulla legittimità dell'ordine.".

[311] INSOLERA, *Riflessi penalistici cit.*, 468.

[312] La dottrina che ha operato questo rilievo ha fatto in particolare riferimento ai "*piani di risanamento che possono essere costituiti anche da progetti unilaterali dell'imprenditore in crisi che comportano ulteriori incrementi patrimoniali tramite il conferimento di nuovi beni ecc.*" (AMARELLI, *op. cit.*, 561.).

[313] Così testualmente AMARELLI, *op. cit.*, 561. L'Autore riporta anche dottrina discorde, secondo cui "*La non punibilità sarebbe invece giustificata dalla mancanza del dolo specifico di bancarotta.*" (BRUNO, *Le responsabilità civili e penali degli organi amministrativi e di controllo nella gestione della crisi d'impresa*, in *Fall.*, 2008, 1139.).

www.osservatorio-oci.org

penalmente rilevante ciò che aveva previsto come un diritto o una facoltà in una diversa disposizione normativa.[314]

Con l'introduzione dell'art. 217-*bis*, tuttavia, l'illogicità dell'impostazione sopra delineata è emersa nella sua pienezza.

Infatti, seguendo la migliore dottrina, caratteristica fondamentale della causa di giustificazione dovrebbe essere una "*contestuale contrapposizione di più interessi. Il fatto, posto in essere in presenza di una di esse, è dunque tipico, cioè corrisponde alla descrizione legislativa fattane dalla fattispecie incriminatrice, ma non è antigiuridico, perché l'ordinamento lo ritiene lecito, in quanto l'interesse preso in considerazione dalla causa di giustificazione è quantomeno altrettanto (se non maggiormente) meritevole di tutela rispetto a quello leso dal fatto scriminato.*".[315]

I commentatori dell'art. 217-*bis* L.Fall., invece, hanno rilevato la mancanza della suddetta contrapposizione di interessi.

Il legislatore incentiva il ricorso agli strumenti di risoluzione concordata della crisi d'impresa con la speranza che l'impresa possa superare lo stato di difficoltà e onorare con regolarità i propri debiti senza arrivare al fallimento.

È evidente che nella situazione delineata non si abbia un bilanciamento di interessi, con il sacrificio di uno in favore di un altro, quanto invece il tentativo di contemperare gli interessi in gioco.[316]

---

[314] AMARELLI, *op. cit.*, 561; ALESSANDRI, *Profili penalistici cit.*, 129.

[315] ROMANO, *Cause di giustificazione cit.*, 64.

[316] LOTTINI, *op. cit.*, 1372; si veda anche AMARELLI, *op. cit.*, 561. L'Autore sostiene che anche in vigenza della disciplina previgente rispetto alla riforma del 2010 c'era stato "*chi aveva ritenuto che la non punibilità di queste condotte fosse da spiegare sul piano del fatto tipico, anziché su quello dell'antigiuridicità.*".

A favore della tesi dell'afferenza al piano del fatto tipico piuttosto che a quello dell'antigiuridicità si rimanda ancora a LOTTINI, *op. cit.*, 1368, secondo cui in materia di strumenti alternativi al fallimento "*si poteva cogliere un chiaro canone ermeneutico immediatamente utilizzabile dall'interprete delle norme penali per ridisegnare i contorni della fattispecie di bancarotta preferenziale ed escludere a tale titolo la rilevanza penale delle operazioni non revocabili già sul piano della tipicità: l'innovazione intervenuta in materia di azione revocatoria pone le premesse per una interpretazione dell'art. 216, comma 3 ispirata al criterio politico criminale della sussidiarietà della tutela penale.*".

www.osservatorio-oci.org

Accantonata quindi l'ipotesi di ricondurre l'esenzione all'alveo delle cause di giustificazione, la dottrina ha escluso poi anche la possibilità di configurare la stessa come "*causa di punibilità*"[317].

Con tale termine si fa riferimento, secondo la già citata autorevole dottrina, ad "*una condizione che, in presenza comunque di un reato completo in ogni suo aspetto (comprensivo quindi di tipicità, antigiuridicità e colpevolezza), rende inopportuna l'attivazione della reazione penale, inopportunità dovuta a condizioni personali dell'agente o ai suoi rapporti con la vittima o a un suo comportamento successivo.*".[318]

Provando a sovrapporre la definizione riportata alla fattispecie di cui all'art. 217-*bis* L.Fall. si può notare come non vi sia corrispondenza.

Il legislatore ha infatti optato per la non punibilità delle operazioni riportate nel succitato articolo di legge in riferimento ad una sorta di "mancanza di meritevolezza della pena", senza che nella valutazione vadano ad ingerirsi considerazioni di mera opportunità pratica della sanzione penale.[319]

Quale potrebbe dunque essere una coerente qualificazione della natura giuridica dell'esenzione prevista dall'articolo in esame?

La dottrina, procedendo nella propria analisi, è arrivata ad individuare il risultato ottimale nella configurazione della stessa come un "*limite esegetico della fattispecie incriminatrice*".[320]

La definizione dell'esenzione come causa di esclusione del tipo permette infatti di evitare il ricorso alle problematiche categorie prima analizzate, in

---

Dello stesso avviso anche GIUNTA, in NIGRO-SANDULLI (a cura di), *La riforma della legge fallimentare, Riflessi penali della nuova disciplina del fallimento e delle procedure concorsuali*, Utet, Torino, 2006, II, 1216 ss.; SANDRELLI, *Prime considerazioni cit.*, 1228.
Contra v. invece SCOLETTA, in BORSARI (a cura di), *Crisi dell'impresa, procedure concorsuali e diritto penale dell'insolvenza, La "specialità" della causa di esenzione dai reati di bancarotta: funzionalità e limiti scriminanti dell'art. 217*-bis *l.fall.*, Padova University Press, 2015, 401, secondo cui "*All'esito di un più approfondito esame sistematico, tuttavia, non appare implausibile sostenere che la fattispecie in esame afferisca al giudizio di antigiuridicità del fatto e dunque abbia natura di causa di giustificazione.*".

[317] Con questo termine vi si riferisce LOTTINI, *op. cit.*, 1371.

[318] ROMANO, *Cause di giustificazione cit.*, 59; ROMANO, *Commentario cit.*, 253 ss.

[319] LOTTINI, *op. cit.*, 1371.

[320] Così la definisce MUCCIARELLI, *L'esenzione cit.,* 1475.

www.osservatorio-oci.org

quanto la venuta meno della tipicità rende assolutamente superflua l'indagine relativa all'operatività di una causa di giustificazione, di una scusante o di una causa di non punibilità in senso stretto.[321]

Verrebbe quindi ad essere circoscritto l'ambito applicativo della fattispecie incriminatrice, dal cui raggio d'azione sarebbero sottratti quei comportamenti compiuti in esecuzione di un piano attestato di risanamento, di un accordo di ristrutturazione del debito e di un concordato preventivo.

In altri termini, la norma in oggetto può essere considerata un "*concetto qualitativo di degradazione della tipicità*",[322] che agisce sulla struttura dei reati richiamati dall'art. 217-*bis* L.Fall. con funzione delimitativa per sottrazione della condotta tipica.[323]

Per citare la migliore dottrina, "*si tratta di una puntualizzazione normativa che sopravviene appunto ad escludere il tipo originario, delimitandone l'ampiezza.*".[324]

---

[321] ZINCANI, *op. cit.*, 521; dello stesso avviso anche VITALE, *op.cit.*, 11.

[322] Così testualmente ZINCANI, *op. cit.*, 522. L'autore definisce come concetto qualitativo un elemento tale da "*attribuire all'oggetto una caratteristica ben precisa che già permetta di essere ricondotto ad una classe definita*" (ZINCANI, *op. cit.*, nt. 14).

[323] La dottrina, sul punto, si trova ad essere quasi unanime. Si vedano, a titolo esemplificativo, anche LOTTINI, *op. cit.*, 1372; CASAROLI, in MAFFEI ALBERTI (a cura di), *op. cit.*,1484; D'ALESSANDRO, *Il nuovo art. 217-bis cit.*, 203; AMBROSETTI-MEZZETTI-RONCO, *op. cit.*, 372; MINNITI, in PAJARDI (a cura di), *op. cit.*, 2292; BASILE, *Art. 217*-bis *l.fall. e gruppi di società*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2013, 209.
Dello stesso avviso anche l'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione in Relazione n. III/09/10, 3 agosto 2010 *cit.*, 11.
Cfr. ancora DONELLI, *I continui esperimenti sul diritto penale del fallimento: l'art. 217*-bis *L.Fall. prima e dopo il "Decreto Sviluppo"*, in *Riv. Trim. dir. pen. Ec.*, 2012, 787.
L'Autore sostiene "*si tratti di una norma penale, come tale soggetta ai vincoli interpretativi propri delle norme penali di incriminazione. In particolare si dovrà escludere la possibilità di estendere l'operatività dell'esenzione ad operazioni diverse da quelle comprese nell'elenco, da considerarsi tassativo (...). Nessun dubbio invece può sussistere sulla possibilità di ammettere l'applicabilità della norma a tutte le fattispecie incriminatrici corrispondenti a quelle citate dall'art. 217*-bis *L.Fall., sebbene contenute in altre disposizioni: ci si riferisce alle disposizioni penali della legge fallimentare che regolano il fallimento societario, il concordato preventivo, la liquidazione coatta amministrativa. Impossibile sarà invece estendere l'applicazione dell'art. 217*-bis *L.Fall. a fattispecie incriminatrici diverse, essendo l'interpretazione analogica impossibile per norme di carattere eccezionale.*" (DONELLI, *I continui esperimenti cit.*, nt. 21).

[324] ROMANO, in DOLCINI-PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci, Teoria del reato, punibilità, soglie espresse di offensività (e cause di esclusione del tipo)*, II, Giuffrè, Milano, 2006, 1736 ss.

www.osservatorio-oci.org

Procedendo nel ragionamento e verificando la compatibilità dell'impostazione con il dettato normativo, si deve concludere che la formula "*in esecuzione*" abbia la funzione di elemento costitutivo negativo del fatto, in quanto proprio l'ipotesi che determinati atti siano posti in essere in esecuzione di uno strumento per la risoluzione concordata della crisi d'impresa fa sì che gli stessi esulino dal novero dei fatti tipici che sarebbero invece interessati dalle fattispecie incriminatrici di bancarotta preferenziale e bancarotta semplice[325].
Precisazione non inutile è, inoltre, quella secondo cui la collocazione della causa di esclusione del tipo in una norma separata rispetto alle fattispecie incriminatrici cui si riferisce porta all'esclusione del nuovo elemento (negativo) dai tratti essenziali di descrizione del fatto, di tal che l'esenzione non sarebbe oggetto dell'analisi in punto elemento soggettivo.[326]

Ulteriori conferme in ordine alla correttezza della soluzione da ultimo prospettata pervengono anche dall'accurata analisi condotta da Amarelli[327] in riferimento ai rapporti tra l'art. 217-*bis* L.Fall. ed il processo penale.
L'autore opera una disamina delle casistiche in cui l'impresa in crisi e, per esteso, l'imprenditore venga a contatto con la giustizia penale.
La prima ipotesi, definita "*quasi di scuola*", è quella in cui il Tribunale, dichiarando il fallimento, precisi già le motivazioni per cui non ritenga di inviare gli atti alla procura competente specificando che non si richiede l'esercizio dell'azione penale per i pagamenti eseguiti in esecuzione di un piano di risanamento attestato, di un accordo di ristrutturazione del debito o di un concordato preventivo.
Si tratta, appunto, di ipotesi di scuola in quanto, basandosi sull'esperienza della prassi, raramente i reati fallimentari emergono con dirompente evidenza in sede di declaratoria fallimentare, venendo la stessa iscritta nella generalità dei casi "a modello 45", e quindi in un registro contenente le informative non costituenti *notitia criminis*.

[325] MUCCIARELLI, *L'esenzione cit.,* 1475.
[326] ZINCANI, *op. cit.,* 522.
[327] AMARELLI, *op. cit.,* 565.

www.osservatorio-ocl.org

Molto più comune sarebbe invece il caso in cui la relazione del curatore fallimentare prodotta a' sensi dell'art. 33 L.Fall.[328] e trasmessa al P.M. venga trasformata da iscrizione a modello 45 in iscrizione nel registro generale delle notizie di reato, spettando poi al giudice dare atto del limite di tipicità più sopra descritto.

Quello che tuttavia viene definito dall'autore il "*contesto privilegiato di applicazione del clausola in esame*" sarebbe l'analisi delle relazioni semestrali che il curatore fallimentare è tenuto a presentare al giudice riepilogando le attività svolte.

Nelle more di tale analisi parrebbe verosimile l'emersione di fatti costituenti reati fallimentari.

Allora, nel caso in cui sussistano le condizioni per applicare l'art. 217-*bis* L.Fall., lo stesso giudice fallimentare avrebbe la possibilità di dichiarare con

[328] L'art. 33 L.Fall., rubricato "*Relazione al giudice e rapporti riepilogativi*" così recita: "*Il curatore, entro sessanta giorni dalla dichiarazione di fallimento, deve presentare al giudice delegato una relazione particolareggiata sulle cause e circostanze del fallimento, sulla diligenza spiegata dal fallito nell'esercizio dell'impresa, sulla responsabilità del fallito o di altri e su quanto può interessare anche ai fini delle indagini preliminari in sede penale.*
Il curatore deve inoltre indicare gli atti del fallito già impugnati dai creditori, nonché quelli che egli intende impugnare. Il giudice delegato può chiedere al curatore una relazione sommaria anche prima del termine suddetto.
Se si tratta di società, la relazione deve esporre i fatti accertati e le informazioni raccolte sulla responsabilità degli amministratori e degli organi di controllo, dei soci e, eventualmente, di estranei alla società.
Il giudice delegato ordina il deposito della relazione in cancelleria, disponendo la segretazione delle parti relative alla responsabilità penale del fallito e di terzi ed alle azioni che il curatore intende proporre qualora possano comportare l'adozione di provvedimenti cautelari, nonché alle circostanze estranee agli interessi della procedura e che investano la sfera personale del fallito.
Copia della relazione, nel suo testo integrale, è trasmessa al pubblico ministero.
Il curatore, ogni sei mesi successivi alla presentazione della relazione di cui al primo comma, redige altresì un rapporto riepilogativo delle attività svolte, con indicazione di tutte le informazioni raccolte dopo la prima relazione, accompagnato dal conto della sua gestione.
Copia del rapporto è trasmessa al comitato dei creditori, unitamente agli estratti conto dei depositi postali o bancari relativi al periodo. Il comitato dei creditori o ciascuno dei suoi componenti possono formulare osservazioni scritte.
Altra copia del rapporto è trasmessa, assieme alle eventuali osservazioni, per via telematica all'ufficio del registro delle imprese, nei quindici giorni successivi alla
scadenza del termine per il deposito delle osservazioni nella cancelleria del tribunale. Nello stesso termine altra copia del rapporto, assieme alle eventuali osservazioni, è trasmessa a mezzo posta elettronica certificata ai creditori e ai titolari di diritti sui beni.".

www.osservatorio-oci.org

proprio decreto che non si richiede l'esercizio dell'azione penale per i pagamenti eseguiti in esecuzione di uno degli strumenti di risoluzione concordata della crisi d'impresa richiamati dall'art. 217-*bis*, proprio perché espressamente escluso dalla norma suddetta.

Nel caso in cui manchi tale decreto, sarebbe allora il Pubblico Ministero a dover chiedere al giudice penale l'archiviazione.

In ipotesi in cui anche questo non avvenga, sarebbe allora il magistrato penale a dover proceder all'applicazione dell'art. 217-*bis*, "*pronunciando, nella prima fase processuale utile, una sentenza di proscioglimento che utilizzi la formula "*perché il fatto non sussiste*" impiegata, per l'appunto, in presenza della constatazione della sussistenza di cause di esclusione del fatto tipico.*".[329]

[329] Così testualmente AMARELLI, *op. cit.*, 566.

www.osservatorio-oci.org

2.7 La concezione cronologica e teleologica della clausola "*in esecuzione*"

Proseguendo nella disamina dei (molteplici) punti di criticità che interessano la disciplina in oggetto, pare utile soffermarsi per un momento sul valore da attribuire alla dicitura "*in esecuzione*" che, in riferimento ad uno degli strumenti di risoluzione concordata della crisi d'impresa, comporta l'irrilevanza penale delle attività compiute dall'imprenditore che siano anche astrattamente sussumibili sotto le fattispecie di bancarotta semplice e preferenziale.

Come è stato precedentemente rilevato[330], parte della dottrina ha attribuito a tale formula un sostanziale valore di spartiacque, una "*delimitazione modale*" che permette di distinguere gli atti penalmente rilevanti da quelli cui il diritto punitivo rimane indifferente.

In argomento, tuttavia, si sono contrapposte due visioni opposte: l'una legata alla lettera della norma ed un'altra più ampia, più afferente alla realtà di fatto e alle concrete esigenze della dinamica economica delle imprese in crisi.

Principiando l'analisi da questa seconda impostazione, è da notare come sia stato autorevolmente rilevato in dottrina che, nonostante una lettera della norma apparentemente restrittiva, "*nel contesto sistematico sembra preferibile una lettura più ampia*".[331]

Corollario dell'impostazione in oggetto è che la clausola "*in esecuzione*" vada a ricomprendere ogni operazione strumentale alla realizzazione di uno degli istituti predisposti del legislatore per la risoluzione concordata delle crisi d'impresa, indipendentemente che l'operazione medesima sia stata posta in

---

[330] Si rimanda a *supra*, 122, nell'autorevole opinione di MUCCIARELLI, *L'esenzione cit.,* 1475.

[331] MUCCIARELLI, *L'esenzione cit.,* 1481; si veda anche BASILE, *op.cit.*, 210; *contra* SCOLETTA, *op. cit.*, 408, secondo cui "*la tassatività della previsione normativa impedisce di accedere a tale pur autorevole opinione, che in ogni caso integrerebbe un'interpretazione di tipo analogico. (...) Conseguentemente, le operazioni cronologicamente precedenti rispetto alla formale omologazione o attestazione e strumentali rispetto alla successiva esecuzione di accordi o piano non potranno godere della protezione di cui all'art. 217*-bis *l.fall. (...)*".

www.osservatorio-oci.org

essere in momento antecedente o successivo rispetto all'effettiva e compiuta attuazione dello strumento.

Nel tentativo di giustificare la tesi succitata si è anche tentato di introdurre in concetto di "*fase necessaria*", vale a dire un'area "*collocata temporalmente prima della predisposizione del piano, dunque al di fuori di esso, ma comprendente interventi indispensabili per la sua realizzazione*".[332]

Verrebbero, in ultima analisi, ad essere private di rilevanza penale per effetto dell'art. 217-*bis* L.Fall. tutte quelle operazioni che, pur non previste dai piani (intesi in senso ampio) in quanto poste in essere prima della loro formalizzazione, si configurino come prodromiche all'inizio degli stessi.[333]

La dottrina maggioritaria, tuttavia, ha rifuggito l'impostazione estensiva, ora in maniera netta ed ora in maniera più temperata.

In particolare si è in primo luogo obiettato che la clausola "*in esecuzione*" vada a ricercare una consequenzialità cronologica tra l'approvazione od omologazione del piano e le operazioni ed i pagamenti interessati.[334]

Non sarebbe ammissibile, proprio in mancanza del piano, escludere la rilevanza penale di determinate operazioni in ragione di una loro del tutto astratta riconducibilità e strumentalità al piano medesimo, trattandosi qui di una presunzione che non trova riscontro in alcun dato letterale.[335]

L'inesistenza di piano e accordo al momento del compimento dell'atto, inoltre, renderebbero impossibile valutare l'idoneità dell'atto medesimo in funzione

---

[332] DONELLI, *I continui esperimenti cit.*, 796; dello stesso avviso anche MUCCIARELLI, *L'esenzione cit.,* 1481, secondo cui rientrerebbero nel raggio di applicazione dell'art. 217-*bis* L.Fall. non solo comportamenti strettamente attuativi di un concordato o di un accordo omologati o di un piano attestato, ma quelli generalmente strumentali al perseguimento dello scopo legalmente assegnato a queste operazioni, cioè la soluzione della crisi, e dunque quelle operazioni che, poste in essere in fase precedente alla formalizzazione dell'utilizzo dello strumento, si configurino come prodromiche allo stesso.

[333] DONELLI, *I continui esperimenti cit.*, nt. 37.

[334] DONELLI, *I continui esperimenti cit.*, 796; dello stesso avviso anche D'ALESSANDRO, *Il nuovo art. 217-bis cit.*, 213.

[335] La dottrina civilistica ha espresso preoccupazioni sottolineando come non esista "*una biunivoca relazione tra la funzionalità del finanziamento al tentativo di soluzione della crisi ed il successo del tentativo*" (STANGHELLINI, *Finanziamenti-ponte e finanziamenti alla ristrutturazione*, in *Fall.*, 2010, 1346.).

www.osservatorio-oci.org

alle finalità previste dal legislatore per gli strumenti di risoluzione concordata delle crisi d'impresa.

In maniera non secondaria va anche rilevato che un'impostazione estensiva si tradurrebbe sostanzialmente in un procedimento di matrice analogica, non accettabile nemmeno in *bonam partem* in relazione alle cause di esclusione del tipo, stante la loro natura di norme eccezionali.[336]

A favore della tesi restrittiva depone anche l'interpretazione data dalla dottrina civilistica alla medesima formula "*in esecuzione*" utilizzata dal legislatore nella lettera dell'art. 67, comma 3, lett. *d)* L.Fall.

È opinione sostanzialmente unanime che l'esenzione da revocatoria "*comprenda al suo interno solamente le operazioni compiute dall'imprenditore previamente menzionate in modo esplicito nel piano, o comunque chiaramente riconducibili al novero degli atti previsti per darvi attuazione. Ciò significa che presupposto implicito di questa interpretazione della clausola "*in esecuzione*" è la preliminare redazione di un piano di risanamento sufficientemente dettagliato, seguita dalla specificazione, al momento del compimento delle operazioni ivi indicate, del loro rapporto di strumentalità rispetto al piano medesimo.".*[337]

Si dà nota ancora, *ad abundantiam*, della presenza di un'ulteriore ragione a sostegno dell'impostazione restrittiva, basata questa volta su argomentazioni sostanziali piuttosto che sistematico-giuridiche.

Stante infatti il netto favore della riforma nei confronti dell'autonomia privata in ambito di risoluzione della crisi d'impresa, "*non pare affatto censurabile la scelta del legislatore di introdurre un contrappeso volto a mantenere il (possibile) disvalore penale di condotte sussumibili negli artt. 216, comma 3, e*

---

[336] In questo senso si espressa la dottrina maggioritaria. Si vedano, tra gli altri, DONELLI, *I continui esperimenti cit.*, 797; D'ALESSANDRO, *Il nuovo art. 217-bis cit.*, 213; ZINCANI, *op. cit.*, nt. 23; AMBROSETTI-MEZZETTI-RONCO, *op. cit.*, 372; MINNITI, in PAJARDI (a cura di), *op. cit.*, 2293.

[337] Così testualmente AMARELLI, *op. cit.*, 568. Dello stesso avviso anche GUERRIERI, in MAFFEI ALBERTI (a cura di), *Commentario breve alla legge fallimentare*, sub *art. 67*, VI, Cedam, Padova, 2013, 352; PAJARDI-PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, Giuffrè, Milano, 2008, 432.

www.osservatorio-oci.org

217 L.Fall., quando da esse non sia scaturito un progetto di risanamento razionalmente sostenibile. In tal modo, all'imprenditore sarà sì garantito un adeguato margine di operatività (...) ma soltanto qualora i pagamenti e le operazioni si collochino nel contesto di un piano di cui sia già stata effettuata la validazione.".[338]

Alcune voci si sono poi levate tra i commentatori a sostegno della sussistenza di un'eccezione all'interno della, pur accolta, tesi restrittiva.

La particolare ipotesi cui si fa qui riferimento è quella disciplinata dall'art. 182-*quater* L.Fall.[339], in ordine alla prededucibilità dei crediti derivanti da finanziamenti effettuati da banche ed intermediari "*in funzione della presentazione delle domande di ammissione al concordato preventivo o di omologazione dell'accordo di ristrutturazione*.".[340]

In questo caso, pur non essendo ancora in fase di esecuzione lo strumento di risoluzione concordata della crisi, il controllo del Tribunale potrebbe assolvere

---

[338] In questi termini si esprime D'ALESSANDRO, *Il nuovo art. 217-bis cit.*, 213; dello stesso avviso anche DONELLI, *I continui esperimenti cit.*, 796.

[339] L'art. 182-*quater* L.Fall., rubricato "*Disposizioni in tema di procedibilità dei crediti nel concordato preventivo, negli accordi di ristrutturazione dei debiti*", dispone che: "*I crediti derivanti da finanziamenti in qualsiasi forma effettuati in esecuzione di un concordato preventivo di cui agli articoli 160 e seguenti ovvero di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato ai sensi dell'articolo 182*-bis*) sono prededucibili ai sensi e per gli effetti dell'articolo 111.*
Sono parificati ai crediti di cui al primo comma i crediti derivanti da finanziamenti erogati in funzione della presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo o della domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, qualora i finanziamenti siano previsti dal piano di cui all'articolo 160 o dall'accordo di ristrutturazione e purché' la prededuzione sia espressamente disposta nel provvedimento con cui il tribunale accoglie la domanda di ammissione al concordato preventivo ovvero l'accordo sia omologato.
In deroga agli articoli 2467 e 2497quinquies del codice civile, il primo e il secondo comma del presente articolo si applicano anche ai finanziamenti effettuati dai soci fino alla concorrenza dell'80 per cento del loro ammontare. Si applicano i commi primo e secondo quando il finanziatore ha acquisito la qualità di socio in esecuzione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti o del concordato preventivo.
Con riferimento ai crediti indicati al secondo comma, i creditori, anche se soci, sono esclusi dal voto e dal computo delle maggioranze per l'approvazione del concordato ai sensi dell'articolo 177 e dal computo della percentuale dei crediti prevista all'articolo 182-bis*, primo e sesto comma.*".

[340] ZINCANI, *op. cit.*, 522; di opinione concorde anche MINNITI, in PAJARDI (a cura di), *op. cit.*, 2293.

www.osservatorio-oci.org

al compito di verifica della funzionalità del finanziamento-ponte rispetto all'attuazione del piano e all'auspicato ritorno *in bonis* dell'impresa.

Tale rilievo riferito all'art. 182-*quater* L.Fall. è stato anche utilizzato, *a contrario*, per sostenere che il legislatore, *ubi voluit*, abbia fatto riferimento espresso ad atti che precedano, in quanto "*funzionali*" o "*strumentali*", l'esecuzione dello strumento concordato di composizione della crisi medesimo; di conseguenza ove, come nella lettera dell'art. 217-*bis* L.Fall., tale indicazione non sia presente, dovrebbe concludersi per l'impossibilità di un'estensione in sede interpretativa.[341]

Una lucida dottrina ha poi rilevato come, a ben vedere, una soluzione intermedia tra le tesi estensiva e quella restrittiva non appaia totalmente impossibile.[342]

Donelli, riconoscendo la necessità della validazione giudiziale come momento imprescindibile dell'attuazione di un percorso di uscita dalla crisi[343], ha cionondimeno rilevato la sussistenza di un'intrinseca contraddizione nel richiedere, da una parte, "*che l'effetto detipizzante derivi dall'integrazione del tipo normativo (come comprensivo di tutti gli elementi da esso contemplati) e dall'altra affidare la delimitazione dell'inizio dell'area di liceità ad un singolo momento.*".[344]

Non sarebbe conseguentemente corretto sostenere che la validazione del piano coincida con il singolo momento del controllo giudiziale, il quale anzi sarebbe votato alla risoluzione di eventuali conflitti piuttosto che alla valutazione gestionale del piano medesimo.[345]

---

[341] ZINCANI, *op. cit.*, nt. 23; dello stesso avviso anche BASILE, *op. cit*, 217, sulla base del principio "*Ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit.*".

[342] DONELLI, *I continui esperimenti cit.*, 796

[343] Si fa notare, comunque, che l'assunto è valido limitatamente agli istituti dell'accordo di ristrutturazione del debito e del concordato preventivo.

[344] Così, testualmente, DONELLI, *I continui esperimenti cit.*, 797.

[345] DONELLI, *I continui esperimenti cit.*, 797; l'Autore dà anche conto dell'utilizzo, in dottrina, della terminologia più disparata, considerando sinonimi di "*validazione*" del piano formule come "*formalizzazione*", "*certificazione*", "*perfezionamento*" (DONELLI, *I continui esperimenti cit.*, nt. 46.).

www.osservatorio-oci.org

La domanda che ci si deve porre è dunque se sia configurabile un pagamento ovvero un'operazione che siano posti in essere in esecuzione di un piano omologato in un momento successivo rispetto a quello in cui il pagamento o l'operazione medesimi vengano eseguiti.

Secondo l'Autore, in primo luogo, andrebbe rilevata l'importanza di quelli che sono definiti "*altri elementi del tipo normativo*", non assorbiti nel giudizio di omologa.

Sarebbe in particolare opportuno fare riferimento alla crescente importanza del ruolo accordato al professionista attestatore che, in ragione della fiducia concessagli dall'ordinamento, può compiere un controllo privato sulla ragionevolezza del piano.

In relazione all'accordo di ristrutturazione del debito, poi, è doveroso indicare come il legislatore della riforma si sia mosso verso l'individuazione di "*una categoria di operazioni che si caratterizzano per eccezionale contiguità, logica soprattutto, alle procedure citate dalla nuova esenzione.*".[346]

Due sarebbero, secondo l'impostazione in oggetto, gli elementi fondamentali di queste disposizioni normative: l'esistenza di un piano, oggettiva

---

Cfr. anche PATTI, *Il giudice nella crisi d'impresa: le ragioni di una presenza*, in *Fall.*, 2011, 263 ss.

[346] Si fa qui riferimento al già citato art. 182-*quater* L.Fall. e all'art.182-*bis* L.Fall., anch'esso già riportato in precedente passaggio della presente trattazione; nell'ambito di interesse in oggetto viene in rilievo nello specifico il suo sesto comma, secondo cui "*Il divieto di iniziare o proseguire le azioni cautelari o esecutive di cui al terzo comma può essere richiesto dall'imprenditore anche nel corso delle trattative e prima della formalizzazione dell'accordo di cui al presente articolo, depositando presso il tribunale competente ai sensi dell'articolo 9 la documentazione di cui all'articolo 161, primo e secondo comma lettere* a), b), c) *e* d), *e una proposta di accordo corredata da una dichiarazione dell'imprenditore, avente valore di autocertificazione, attestante che sulla proposta sono in corso trattative con i creditori che rappresentano almeno il sessanta per cento dei crediti e da una dichiarazione del professionista avente i requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera* d), *circa la idoneità della proposta, se accettata, ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori con i quali non sono in corso trattative o che hanno comunque negato la propria disponibilità a trattare. L'istanza di sospensione di cui al presente comma è pubblicata nel registro delle imprese e produce l'effetto del divieto di inizio o prosecuzione delle azioni esecutive e cautelari, nonché' del divieto di acquisire titoli di prelazione, se non concordati, dalla pubblicazione.*".

www.osservatorio-ocl.org

estrinsecazione della volontà di uscita dalla crisi d'impresa, e l'attività di supervisione del piano medesimo da parte del professionista attestatore.

Non pare privo di fondamento ritenere che le modifiche apportate dal legislatore con l'introduzione dell'art. 182-*bis*, comma 6 L.Fall. e dell'art. 182-*quater* L.Fall. possano avere l'effetto di modificare l'astratto "*punto di inizio*" dell'area interessata dall'esenzione di cui all'art. 217-*bis*L.Fall.[347]

Come è stato lucidamente rilevato, infatti, "*da una parte ci si colloca in un'area temporale successiva alla predisposizione del piano, in quanto è il piano stesso a prevedere quel finanziamento o quel determinato pagamento come condizione della sua stessa riuscita: una fase dunque di mera esecuzione; dall'altra si è già in presenza di una validazione o certificazione del piano da parte di un terzo indipendente, la cui efficacia rimane condizionata ad un successivo controllo da parte del giudice civile.*".[348]

Le operazioni sopraindicate, dunque, rientrano nella procedura (e, per esteso, nell'alveo applicativo dell'esenzione di cui all'art. 217-*bis* L.Fall.), non in quanto astrattamente funzionali ad un futuro piano, ma perché è proprio il piano, già esistente ed attestato dal professionista, a richiederle, ferma restando la necessità di una successiva conferma del piano medesimo in sede di adesione creditoria e, successivamente, di omologa giudiziale.

Dunque, secondo l'Autore, la sussistenza di un piano ed il controllo del professionista sono indici della buona fede oggettiva dell'imprenditore, e

---

[347] DONELLI, *I continui esperimenti cit.*, 798.

[348] In questi termini DONELLI, *I continui esperimenti cit.*, 798.

Si rimanda anche all'opinione della dottrina civilistica in materia di responsabilizzazione del professionista attestatore, secondo la quale "*si deve ritenere che, in ossequio al preponderante indirizzo di contrattualizzazione della gestione della crisi d'impresa, la normativa civilistica stia portando la figura del giudice nell'alveo di una funzione giurisdizionale più pura, prevedendo dall'altra parte una maggiore responsabilizzazione del professionista attestatore per quanto riguarda il controllo di merito della gestione, in altre parole, se il giudice è liberato da compiti di amministrazione rispondenti a finalità di valore è perché tali compiti sono ora di fatto spostati sul professionista attestatore, soggetto cui sono ora delegate importanti funzioni di garanzia.*" (PATTI, *Il giudice nella crisi d'impresa cit.*, 271.).

www.osservatorio-oci.org

valgono a segnare il *dies a quo* della procedura intesa come area "protetta" dal dettato normativo dell'art. 217-*bis* L.Fall.[349]

L'inizio del percorso, come già sottolineato, non è tuttavia sufficiente, restando necessaria la conferma valutativa del giudice, la cui attività dovrà essere però tesa quasi esclusivamente alla risoluzione dei conflitti alla luce delle norme di diritto positivo.

L'eventuale valutazione positiva contenuta nel decreto di omologa, dunque, "*non potrà non riverberarsi su quelle operazioni che, poste in essere prima della validazione giudiziale, ma sotto il controllo del professionista attestatore, appartenevano già alla fase esecutiva del piano.*".[350]

In conclusione appare possibile sostenere che l'impostazione restrittiva, seppur nelle sue diverse accezioni e colorazioni, sia quella più coerente dal punto di vista giuridico-sistematico e, di conseguenza, quella cui al momento sembra preferibile aderire.

Ciononostante è opinione diffusa in dottrina[351] che molti saranno i casi incerti che si presenteranno nella prassi, dovendosi operare il delicato contemperamento tra l'aderenza al diritto positivo e la tutela delle posizioni e degli interessi sostanziali ed economici, almeno fino a quando il legislatore non deciderà di intervenire, magari con un'operazione di interpretazione autentica (finalmente ed effettivamente) chiarificatrice, a dissipare la coltre di dubbi che avvolge la questione.

[349] DONELLI, *I continui esperimenti cit.*, 799.
[350] Testualmente DONELLI, *I continui esperimenti cit.*, 799.
[351] D'ALESSANDRO, *Il nuovo art. 217-bis cit.*, 213.

www.osservatorio-ocl.org

2.8 Operazioni infragruppo, bancherotte, vantaggi compensativi ed esenzione *ex* art. 217-*bis* L.Fall.

Potrà essere parso al lettore, nella disamina delle criticità esposte nelle pagine precedenti, che in ordine alla materia trattata le incertezze interpretative e sistematiche superino di gran lunga i punti fermi: ciò è indubbiamente vero, e cionondimeno gli aspetti problematici non sono esauriti.

Abbandonando l'analisi dell'aspetto penalistico inteso in senso stretto e passando alla sua integrabilità con precetti di tipo civilistico fondamentali per la dinamica economica, infatti, si ha la netta sensazione di trovarsi in una "*selva oscura*" che nulla avrebbe da invidiare a quella descritta dall'Alighieri.

Come il titolo del paragrafo può suggerire, l'argomento qui trattato inerisce ai rapporti tra le operazioni *intercompany*, vale a dire quelle poste in essere all'interno del medesimo gruppo societario, la loro sussumibilità sotto le fattispecie di bancarotta, l'esclusione della rilevanza penale derivante dall'applicazione della teoria dei vantaggi compensativi e quella dovuta all'eventuale integrazione degli estremi per l'attivazione della "protezione" *ex* art. 217-*bis* L.Fall.: le difficoltà, dunque, non mancano.

Cercando di mettere ordine nelle premesse della trattazione, tuttavia, è doveroso dar conto di alcuni dati definitori che potrebbero essere d'ausilio alla migliore comprensione.

Per quanto riguarda la definizione di "*gruppo societario*", in primo luogo, è da rilevare come essa sia manchevole all'interno della disciplina del codice civile[352], essendo invece solamente regolata "*l'attività di direzione e coordinamento*".[353]

[352] È invece disciplinato il gruppo bancario, a'sensi dell'art. 60 d.lgs 1 Settembre 1993, n.385 (Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia), rubricato "*Composizione*", che dispone che: "*Il gruppo bancario è composto alternativamente:* a) *dalla banca italiana capogruppo e dalle società bancarie, finanziarie e strumentali d questa controllate;* b) *dalla società finanziaria o dalla società di partecipazione finanziaria mista capogruppo italiana e dalle società bancarie, finanziarie e strumentali da questa controllate, quando nell'insieme delle società da essa partecipate vi sia almeno una banca italiana controllata e abbiano*

www.osservatorio-oci.org

Per quanto concerne invece il concetto di "*operazioni infragruppo*", è da notare come queste rientrino nell'ambito della disciplina oggetto della presente trattazione quando siano poste in relazione con il delitto di bancarotta.

In particolare "*quando, dichiarato il fallimento di (o, sottoposta ad altra procedura concorsuale) una società appartenente ad un gruppo, si scopre che i suoi amministratori hanno realizzato (o, comunque, concorso a realizzare) atti di disposizione di beni o comunque trasferimenti di risorse a favore di altra entità del gruppo, offensivi degli interessi patrimoniali dei creditori della*

---

rilevanza determinante, secondo quanto stabilito dalla Banca d'Italia in conformità alle deliberazioni del CICR, le partecipazioni in società bancarie e finanziarie.".

PERDONÒ, in BORSARI (a cura di), *Crisi dell'impresa, procedure concorsuali e diritto penale dell'insolvenza, Vantaggi compensativi e reati fallimentari: necessità di una espressa previsione o rilevanza già* de iure condito, Padova University Press, 2015, 430; l'Autore, premesse le questioni di opportunità sottese alle strutture di gruppo, rileva come "*il gruppo richiede una pluralità di società che si coordinano in vista di un fine unitario, da intendersi però in termini più ampi e comprensivi dell'interesse delle singole società e tale da assorbire al suo interno, in termini di sintesi, quest'ultimo.*".

[353] L'art. 2497 c.c., rubricato "*Responsabilità*", dispone che: "*Le società o gli enti che, esercitando attività di direzione e coordinamento di società che agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime, sono direttamente responsabili nei confronti dei soci di queste per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale, nonché nei confronti dei creditori sociali per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società. Non vi è responsabilità quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette.*

Risponde in solido chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo e nei imiti del vantaggio conseguito, chi ne abbia consapevolmente tratto beneficio.

Il socio ed il creditore sociale possono agire contro la società o l'ente che esercita attività di direzione e coordinamento, solo se non sono stati soddisfatti dalla società soggetta alla attività di direzione e coordinamento.

Nel caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa e amministrazione straordinaria di società soggetta ad altrui direzione e coordinamento, l'azione spettante ai creditori di questa è esercitata dal curatore o dal commissario liquidatore o dal commissario straordinario.".

Secondo la giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione "*Di gruppo societario si potrà parlare solo se il soggetto, per il tramite di detto controllo azionario, svolge una vera e propria funzione imprenditoriale di indirizzo e coordinamento delle società controllate, eventualmente accompagnata anche da attività ausiliaria e finanziaria. Dotandosi a tal fine di un'apposita organizzazione con uffici e dipendenti a ciò destinati.*" (Cass. Pen., Sez. V., 18 novembre 2004, n. 10688, in *Dir. pen. Proc.*, 2005, 747); in senso conforme anche Cass. Pen., Sez. V., 4 dicembre 2007, n. 4410, in *Fall.*, 2008, 466.

www.osservatorio-oci.org

società impoverita dall'operazione, e come tali integranti fatti di bancarotta fraudolenta patrimoniale.".[354]

Fino a questo punto non sembrerebbero rilevarsi particolari criticità, eccezion fatta per la mancanza definitoria del concetto di gruppo societario.

I punti problematici incominciano a venire alla luce quando si tenta di coordinare la disciplina della bancarotta societaria per precommissione di fatti penali societari[355], individuando nello specifico come reato societario precedentemente commesso l'infedeltà patrimoniale *ex* art. 2634 c.c. [356], con la lettera del terzo comma del medesimo articolo.

È ancora da notare come la disciplina dell'art. 223 L.Fall. faccia riferimento alla commissione di "*fatti*" di bancarotta fraudolenta e non di "*reati*".

Il problema pare dunque afferire, *inter alia*, al significato che sarebbe opportuno attribuire proprio al termine "*fatti*".

---

[354] Così testualmente BRICCHETTI, *Bancarotta fraudolenta, bancarotta semplice e operazioni infragruppo,* in *Riv. Trim. dir. pen. Ec.,* 2009, 1 ss.
Il testo è tratto dalla relazione tenuta dall'autore nell'incontro di studio organizzato dal CSM, svoltosi in Roma il 9 giugno 2008 sul tema "*La tutela penale dell'impresa e dei mercati finanziari.*".

[355] L'art. 223 L.Fall., rubricato "*Fatti di bancarotta fraudolenta*", è già stato citato in una precedente sezione del lavoro. Ai fini di una migliore comprensione, tuttavia, appare utile riportarlo nuovamente.
Esso così recita: "*Si applicano le pene stabilite nell'art. 216 agli amministratori, ai direttori generali, ai sindaci e ai liquidatori di società dichiarate fallite, i quali hanno commesso alcuno dei fatti preveduti nel suddetto articolo.*
Si applica alle persone suddette la pena prevista dal primo comma dell'art. 216, se: 1) *hanno cagionato, o concorso a cagionare il dissesto della società, commettendo alcuno dei fatti previsti dagli articoli 2621, 2622, 2626, 2627, 2628, 2629, 2632, 2633 e 2634 del codice civile.* 2) *hanno cagionato con dolo o per effetto di operazioni dolose il fallimento della società.*
Si applica altresì in ogni caso la disposizione dell'ultimo comma dell'art. 216.".

[356] L'art. 2634 c.c., rubricato "*Infedeltà patrimoniale*", dispone che: "*Gli amministratori, i direttori generali e i liquidatori che, avendo un interesse in conflitto con quello della società al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto o altro vantaggio, compiono o concorrono a deliberare atti di disposizione dei beni sociali, cagionando intenzionalmente alla società un danno patrimoniale, sono puniti con la reclusione da sei mesi a tre anni.*
La stessa pena si applica se il fatto è commesso in relazione a beni posseduto o amministrati dalla società per conto di terzi, cagionando a questi ultimi un danno patrimoniale.
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.
Per i delitti previsti dal primo e secondo comma si procede a querela della persona offesa.".

www.osservatorio-oci.org

Una parte della dottrina ha optato per un'interpretazione estensiva, sostenendo che con tale formula si voglia indicare "*la tipicità del reato, vale a dire l'insieme degli elementi fattuali descritti dal legislatore nell'ambito di una singola disposizione incriminatrice.*".[357]

Abbracciando questa impostazione, dunque, si dovrebbe giungere a ritenere che sussista il reato di bancarotta societaria per precommissione di fatti penali societari (limitatamente all'ipotesi di cui all'art. 2643), nelle sole ipotesi in cui l'atto di disposizione "sospetto" non sia stato compensato da vantaggi infragruppo.

Seguendo, invece, un'impostazione di tipo restrittivo, si potrebbe concludere che il termine "*fatti*" vada ad indicare solamente gli elementi oggettivi che caratterizzano ogni singolo reato come specifica forma di offesa a uno o più beni giuridici.[358]

Secondo questa tesi, di contro, il terzo comma dell'art. 2634 c.c. non sarebbe richiamato dalla disciplina penal-fallimentare e, di conseguenza, dovrebbe sussistere l'ipotesi di bancarotta societaria per precommissione di fatti penali societari ogniqualvolta i fatti abbiano cagionato il dissesto della società inserita nel gruppo, ancorché le operazioni "dannose" siano state successivamente compensate da correlativi vantaggi.

Almeno secondo l'impostazione estensiva, dunque, non appare impossibile né irragionevole propendere per l'applicazione del disposto dell'art. 2634, comma 3, c.c. alla bancarotta fraudolenta societaria, sulla base dell'assunto secondo cui la condotta degli amministratori di una società del gruppo possa essere giustificata, dal punto di vista penalistico, "*qualora essi abbiano avuto fondate ragioni di prevedere, sulla base di elementi pressoché certi e non meramente aleatori, che i danni da loro prodotti avrebbero potuto, in un*

[357] Così testualmente BRICCHETTI, *Bancarotta fraudolenta cit.*, 23. Di simile opinione anche MEZZETTI, *L'infedeltà patrimoniale nella nuova dimensione del diritto penale societario. Spunti critici su ratio dell'incriminazione e bene giuridico tutelato,* in R*iv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2004, 193 ss.

[358] BRICCHETTI, *Bancarotta fraudolenta cit.*, 23.

www.osservatorio-oci.org

futuro non lontano, trovare compensazione in un atto infragruppo di segno opposto dei cui vantaggi la stessa controllata avrebbe potuto giovarsi.".[359]

La giurisprudenza, dal canto suo, ha invece escluso la possibilità di operazione in diverse pronunce.[360]

Il principale ostacolo all'estensione della disposizione in questione si può individuare nel rilievo secondo cui, in materia di procedure concorsuali, "*la protezione penale è rivolta alla massa passiva delle singole società, e non al gruppo societario, non rinvenendosi alcuna normativa propria dell'insolvenza di gruppo.*".[361]

In una pronuncia relativamente recente[362], poi, la Quinta Sezione Penale della Corte di Cassazione ha ribadito la propria posizione contraria all'applicazione estensiva generalizzata della clausola dei vantaggi compensativi, ritenendo "*che il trasferimento di risorse infragruppo, ovvero tra società appartenenti allo stesso gruppo imprenditoriale, specialmente quando venga effettuato a vantaggio di una società già in difficoltà economiche, non è consentito e deve essere qualificato come vera e propria distrazione ai sensi e per gli effetti previsti dalla L. Fall., art. 216., sul rilievo che le società, pur appartenendo allo stesso gruppo, sono persone giuridiche diverse e, pertanto, i creditori della società depauperata mai potrebbero rivalersi dei loro crediti inseguendo i beni ceduti da una società ad una altra dotata, ovviamente, di una autonoma personalità giuridica, posto che la garanzia dei creditori è data proprio dal patrimonio sociale, che viene depauperato allorché vengano effettuati*

---

[359] Così testualmente BENUSSI, *La cassazione ad una svolta: la clausola dei vantaggi compensativi è esportabile nella bancarotta per distrazione*, in *Riv. It. Dir. proc. Pen.*, 2007, 421 ss.

[360] Si vedano, *ex multis*, Cass.pen., Sez. V, 24 aprile 2003, n. 23241, in *Cass. Pen.*, 2004, 2142, la cui massima recita che "*Il vantaggio compensativo per il gruppo societario che esclude l'ingiustizia del profitto, richiesta a livello di dolo specifico per l'integrazione del nuovo reato di infedeltà patrimoniale, non opera oltre la sfera di detto reato ed in particolare per la bancarotta fraudolenta di una singola società del gruppo, giacché tale ultimo reato prescinde dalla considerazione degli interessi del gruppo societario unitariamente apprezzato.*".

[361] Si esprime in questo modo SANDRELLI, *Fallimento e vantaggi compensativi: due termini difficilmente compatibili*, in *Fall.*, 2009, 316.

[362] Cass. Pen., Sez. V, 15 luglio 2008, n. 39546, in *Fisco* online.

www.osservatorio-oci.org

trasferimenti di beni ad altra società, con conseguente diminuzione della garanzia.".

La Corte ha anche aggiunto che "*l'autonomia soggettiva e patrimoniale che contraddistingue ogni singola società impone all'amministratore di perseguire prioritariamente l'interesse della specifica società a cui egli è preposto, non essendogli consentito di sacrificare l'interesse in nome di un diverso interesse anche se riconducibile a quello di chi è collocato al vertice del gruppo e che non procurerebbe riflesso alcuno a favore dei terzi creditori dell'organismo impoverito.*".

Sulla base di questa impostazione, la migliore dottrina ha rilevato come l'orientamento della giurisprudenza[363] sia teso verso un riconoscimento meramente economico del collegamento societario e, di conseguenza, verso la piena integrazione del reato richiamato dall'art. 223 L.Fall. in caso di trasferimento di fondi o di attività tra società facenti parte del medesimo gruppo.

Si è ritenuto inoltre che la disposizione fallimentare, al contrario di quella societaria, abbia la funzione di tutelare i creditori anche nei confronti di condotte che espongano le loro ragioni anche a semplice pericolo e, quindi, "*il fatto che il danno cagionato possa essere compensato a norma del comma 3 dell'art. 2634 c.c. non giustifica l'applicazione di detta disposizione alla bancarotta per la cui integrazione è sufficiente un pericolo di danno alle ragioni dei creditori.*".[364]

Anche la stessa Corte di Cassazione ha tuttavia operato, in maniera più o meno volontaria e consapevole, alcune apertura in materia, sia in tempi precedenti che successivi rispetto alle sentenze sopra riportate.

La già citata sentenza 18 novembre 2004, n. 10688, in particolare, sembra escludere la possibilità di applicazione del comma 3 dell'art. 2634 c.c. al reato di cui al comma 2, n. 1 dell'art. 223 L.Fall. nel caso in cui il soggetto "*non*

[363] Si vedano, tra le altre, Cass. Pen., Sez. V, 5 giugno 2003, n. 36630, in *Riv. Trim. dir. pen. Ec.*, 2004, 646; Cass. Pen., Sez. V, 1 luglio 2002, n. 32363, in *Cass. Pen.*, 2003, 2789.
[364] In questi termini si esprime BRICCHETTI, *Bancarotta fraudolenta cit.*, 21.

www.osservatorio-oci.org

abbia svolto una vera e propria funzione imprenditoriale di indirizzo e coordinamento delle società controllate."; argomentando *a contrario*, dunque, parrebbe giustificabile l'assunto secondo cui, una volta sussistente l'effettiva funzione di indirizzo e coordinamento, nulla sarebbe di ostacolo al riconoscimento dell'applicabilità alla fattispecie di bancarotta societaria per la precommissione di fatti penali societari del disposto di cui all'art. 2634, comma 3, c.c.[365]

L'ambiguità e l'ambivalenza della sentenza, tuttavia, viene in evidenza nelle lettura delle pagine della stessa, in particolare quando i giudici di legittimità sanciscono come "*il vantaggio compensativo non può, in ogni caso, andare oltre la sfera dell'infedeltà patrimoniale per la quale è previsto, (...) non senza considerare che potrebbe parlarsi di vantaggi compensativi solo in presenza di vantaggi prevedibilmente fondati e, cioè, basati su elementi sicuri e non aleatori o costituenti una semplice aspettativa.*".[366]

In una diversa pronuncia, poi, la Suprema Corte si è spinta addirittura oltre.

La motivazione della pronuncia in questione recita infatti che "*la previsione dell'art. 2634, comma 3, c.c. che, relativamente alla fattispecie incriminatrice dell'infedeltà patrimoniale degli amministratori, esclude la rilevanza penale dell'atto depauperatorio in presenza dei cosiddetti "*vantaggi compensativi*" (...) conferisce valenza normativa a principi che sono senz'altro applicabili anche alle condotte sanzionate dalle norme fallimentari e, segnatamente, a fatti di disposizione patrimoniale contestati come distrattivi o dissipativi.*

Se si accerta che l'atto non risponde all'interesse diretto della società il cui amministratore lo ha compiuto e che ne è scaturito nell'immediato un danno al patrimonio sociale, potrà ben ammettersi che il medesimo amministratore deduca e dimostri l'esistenza di una realtà di gruppo alla luce della quale anche quell'atto è destinato ad assumere una coloritura diversa e quel pregiudizio stemperarsi.

---

[365] BRICCHETTI, *Bancarotta fraudolenta cit.*, 22.
[366] Cass. Pen., Sez. V., 18 novembre 2004, n. 10688, *cit.*

www.osservatorio-oci.org

Peraltro, proprio il fatto che siffatta analisi ha lo scopo di verificare l'offensività in concreto della condotta rende evidente che non è sufficiente,, al fine di escludere la riconducibilità di un'operazione di diminuzione patrimoniale senza apparente corrispettivo ai fatti di distrazione o dissipazione incriminabili, la mera ipotesi della sussistenza dei vantaggi compensativi, ma occorre che gli ipotizzati benefici indiretti della società fallita risultassero non solo effettivamente connessi ad un vantaggio complessivo del gruppo, ma altresì idonei a compensare efficacemente gli effetti immediatamente negativi dell'operazione compiuta: in guisa tale da non renderla capace di incidere (peraltro nella ragionevole previsione dell'agente) sulle ragioni dei creditori della società.".[367]

La lunga citazione potrà aver forse interrotto il fluire della trattazione, ma non era inutile ai fini di tirare le fila del discorso.

Stante dunque la consolidata e citata giurisprudenza della Corte di Cassazione, alla luce dell'ultima pronuncia analizzata e della migliore dottrina si potrebbe ragionevolmente sostenere la possibilità dell'introduzione, anche nella materia penal-fallimentare, della teoria dei vantaggi compensativi.[368]

La stessa, ripresa nell'ultimo comma dell'art. 2497 c.c., potrebbe trovarvi applicazione qualora non si sia verificato abuso di eterodirezione, e ad analogo

---

[367] Così recita la motivazione della sentenza Cass. Pen., Sez. V, 24 maggio 2006, n. 36764, in *Riv. It. Dir. proc. Pen.*, 2007, 421 ss.

Si veda anche Cass. Pen., Sez. V, 29 gennaio 2008, n. 4410, in *Giur. Comm.*, 2008, 764, secondo cui "*se la prognosi dell'operazione infragruppo è fausta, nel senso che potrebbero trarre benefici entrambe le società, con conseguente beneficio anche per i creditori, non vi sono gli estremi, alla luce del nuovo diritto societario, per considerare l'operazione come distrattiva*.".

Cfr. anche la recente Cass. Pen., Sez. V, 6 ottobre 2011, n. 48518, in *Riv. Trim. dir. pen. Ec.*, 2012, 561, lucidamente riportata da PERDONÒ, *op. cit.*, 444, nt. 33, secondo cui la sentenza "*implicitamente ribadisce l'ammissibilità in astratto dell'operatività dei vantaggi compensativi anche in materia di bancarotta per distrazione.*".

[368] In particolare, secondo PERDONÒ, *op. cit.*, 446, "*la teoria dei vantaggi compensativi assume la portata, anche prima dell'introduzione dell'art. 2634, co. 3, c.c., di un limite esegetico capace di frenare dall'interno le potenzialità espansive delle fattispecie penali di bancarotta, espressione della necessità di valutare le condotte tipiche in una prospettiva flessibile, dinamica, collegata alla natura stessa dell'attività di impresa, in definitiva calata nel dato economico complessivo.*".

www.osservatorio-ocl.org

risultato potrebbe pervenirsi, sulla base di due differenti ordini di ragioni, in relazione alla disciplina di cui all'art. 2634, comma 3, c.c.

Sul piano del principio di colpevolezza, infatti, si deve ritenere che, nel caso in cui l'agente abbia posto in essere le condotte in oggetto con la fondata previsione di ottenere futuri vantaggi volti a compensare l'atto di disposizione, allora in alcun modo potrebbe dirsi integrato il dolo specifico di distrazione previsto dall'art. 216 L.Fall. cui fa riferimento l'art. 223 L.Fall.[369]

È, infine, opportuno rilevare che già da un punto di vista oggettivo non si potrebbe individuare una effettiva condotta distrattiva, intendendosi la stessa come diminuzione fittizia del patrimonio operata mediante il distacco di alcune attività, destinato ad impedire l'apprensione delle attività medesime da parte degli organi fallimentari.[370]

La già citata mancanza di disciplina dei gruppi societari si riflette palesemente anche nell'ambito delle procedure concorsuali, in quanto è totalmente lacunosa e non normata l'ipotesi dell'insolvenza dei gruppi societari.[371]

Corollario della succitata lacuna è stato l'impegno (purtroppo non sempre fruttuoso) con cui gli interpreti si sono interrogati sull'ammissibilità di procedure concorsuali di gruppo e, in particolare, la possibilità di configurare un concordato preventivo di gruppo.[372]

---

[369] A.ROSSI, *op.cit.*, 143; dello stesso avviso anche BRICCHETTI, *Bancarotta fraudolenta cit.*, 26, secondo cui non sarebbe animato dal dolo specifico richiesto "*l'atto che,* ex ante*, appaia destinato ad essere compensato da vantaggi, già conseguiti o fondatamente prevedibili, derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo.*".

[370] In questo senso A.ROSSI, *op.cit.*, 143.

[371] BASILE, *op. cit.*, 217; PERDONÒ, *op. cit.*, 432, per cui "*il gruppo, pur assumendo rilevanza autonoma per certi aspetti espressamente disciplinati, tuttavia non costituisce un soggetto autonomo di imputazione di rapporti giuridici e patrimoniali, come si può evincere dalle conseguenze dell'apertura di una procedura concorsuale, dal momento che i creditori meritevoli di tutela restano quelli della singola società interessata alla procedura, così come l'interesse alla salvaguardia dell'integrità della garanzia patrimoniale, della* par condicio *e della trasparenza contabile devono considerarsi riferiti ad ognuna di loro.*".

[372] SANDRELLI, *La riforma penale della legge fallimentare: i rimedi per la crisi di impresa, il concordato preventivo e le nuove fattispecie (art. 217*-bis *e 236*-bis *l.fall.)*, di prossima pubblicazione in *Riv. Trim. dir. pen. Ec.;* GUGLIELMUCCI, in LO CASCIO (a cura di), *Codice commentato del fallimento*, Giuffrè, Milano, 2008, 1208; STANGHELLINI, in JORIO (diretto

www.osservatorio-ocl.org

Le considerazioni elaborate e riportate precedentemente in relazione alla teoria dei vantaggi compensativi appaiono utilizzabili anche in questa sede, in quanto il principale terreno di confronto (*rectius:* di scontro) è proprio la dicotomia tra l'impresa singolarmente considerata, impegnata nella tutela delle ragioni dei propri creditori e, dall'altra parte, l'interesse del gruppo societario.[373]

L'ipotesi di un risanamento del gruppo pare non porre, almeno secondo i commentatori che si sono occupati della questione, particolari problemi in relazione alla disciplina dell'art. 217-*bis* L.Fall, la cui esenzione troverebbe applicazione in una dimensione di maggiore ampiezza tanto soggettiva quanto oggettiva.[374]

La situazione in cui, invece, lo strumento di risoluzione concordata della crisi d'impresa interessi una sola o alcune delle società di un gruppo che, nel suo complesso, rimanga estraneo alla crisi medesima pare sollevare alcune criticità.

---

da) e FABIANI (coordinato da), *Il nuovo diritto fallimentare*, Zanichelli, Bologna, 2007, 1953; D'ATTORRE, *Concordato preventivo e responsabilità patrimoniale del debitore*, Relazione al Convegno "*L'impresa e il diritto commerciale: innovazione, creazione di valore, salvaguardia del valore nella crisi*", tenutosi in Roma il 21-22 febbraio 2014 e disponibile su *www.orizzontideldirittocommerciale.it*. L'autore osserva che la procedura può essere funzionale ad un effettivo soddisfacimento creditorio, oltre che all'eventuale ulteriore finalità di conservazione dei cespiti aziendali, considerando la possibilità di legittimare trattamenti tra i creditori del gruppo non esattamente proporzionali alle condizioni patrimoniali delle singole società nei cui confronti vantano la pretesa creditoria.
In giurisprudenza vedasi C.App. Roma, 5 marzo 2013, in *www.ilCaso.it*; Trib. Palermo, 3 ottobre 2014, in *www.ilFallimentarista.it*, 2015.

[373] BASILE, *op. cit.*, 217;
Particolarmente delicata è poi la situazione in cui la crisi sia interna al gruppo, non essendo l'aggregazione societaria complessivamente considerata a versare in uno stato di crisi quanto alcuni dei suoi componenti. La situazione viene rilevata da ABETE, *L'insolvenza nel gruppo e del gruppo*, in *Fall.*, 2009, 1111 ss.

[374] BASILE, *op. cit.*, 219; NARDECCHIA, in CAVALLINI (diretto da), *Commentario alla legge fallimentare, Le esenzioni dall'azione revocatoria e il* favor *per la soluzione negoziale della crisi di impresa (Commento alle lettere d, e, g del comma 3 dell'art. 67)*, II, Giuffrè, Milano, 2010, 254 ss.; in giurisprudenza si vedano, in merito all'accordo di ristrutturazione del debito, Trib. Milano, decr. 17 giugno 2009, in *Dir. Fall.*, 2011, 40 ss; Trib. Milano, decr. 10 novembre 2009, in *Dir. Fall.*, 2010, 204 ss; in materia di concordato preventivo si fa invece rinvio a Trib. Roma, decr. 7 marzo 2011, in *Dir. Fall.*, 2011, 247.

www.osservatorio-oci.org

Sarebbero infatti in primo luogo ricomprese nell'esenzione *ex* art. 217-*bis* L.Fall. operazioni poste in essere dalla capogruppo in esecuzione di una procedura di risanamento che interessasse una società controllata o collegata?

La lettera della legge, per rispondere a questo primo quesito, non sembra permettere l'estensione della tutela a società diverse da quella direttamente interessata dalla procedura.[375]

Tale impostazione è stata considerata dalla dottrina coerente con le ragioni di tutela dei creditori della controllante i quali, non coinvolti direttamente nella procedura di risanamento (a differenza dei creditori della controllata/collegata), rischierebbero di subire un pregiudizio ingiustificato senza poter esprimere il proprio punto di vista e senza potersi giovare di alcuna supervisione tecnica, né da parte del professionista attestatore né da parte del tribunale.

L'ipotesi di concessione di un finanziamento da parte della controllante verso la controllata o collegata, erogato nell'ottica del risanamento di quest'ultima, risulterebbe tuttavia difficilmente privo del carattere di economicità e, di conseguenza, non sarebbe immaginabile una configurazione del finanziamento stesso come integrante la fattispecie incriminatrice di bancarotta fraudolenta per distrazione.[376]

Potrebbe, forse, ipotizzarsi il ricorrere del reato bancarotta semplice per operazioni manifestamente imprudenti[377], per quanto la ragionevolezza *ex ante* del piano volto al superamento della crisi, attestata da un professionista e che abbia eventualmente ricevuto il crisma dell'omologazione da parte del tribunale, potrebbe valere ad escludere anche il rimprovero penalistico a titolo di colpa, in quanto "*già ai fini di una qualificazione oggettiva della condotta, l'equilibrio tra le opposte prestazioni dev'essere apprezzato con riguardo alla*

[375] BASILE, *op. cit.*, 219.
[376] BASILE, *op. cit.*, 219.
[377] COCCO, *I confini tra condotte lecite, bancarotta fraudolenta e bancarotta semplice nelle relazioni economiche all'interno dei gruppi di società*, in *Riv. Trim.dir. pen. Ec.*, 2003, 1021 ss.

www.osservatorio-oci.org

situazione del momento in cui i negozio è stato stipulato e alle previsioni allora ragionevolmente formulabili.".[378]

Un secondo quesito, legato alle medesime criticità, riguarda poi la possibilità di considerare rientranti nell'esenzione dalla rilevanza penale garantita dal disposto dell'art. 217-*bis*L.Fall.le condotte prodromiche al risanamento poste in essere nel contesto delle aggregazioni societarie.[379]

Senza dimenticare l'analisi che in argomento è stata condotta nelle pagine che precedono, si deve dar conto che la dottrina in questa particolare ipotesi si è dimostrata, per certi versi, più aperta, in quanto l'eventuale estensione di copertura costituirebbe un notevole incentivo all'utilizzo degli strumenti di risoluzione concordata della crisi d'impresa predisposti dal legislatore con successivi interventi normativi operati tra il 2005 ed il 2010, in quanto, da un punto di vista pratico, la lettura strumentale della clausola "*in esecuzione*" "*permette di accrescere i margini di manovra nelle situazioni di crisi non estese all'intera aggregazione di società.*".[380]

www.osservatorio-oci.org

[378] PEDRAZZI, in PEDRAZZI-SGUBBI, *Reati commessi dal fallito cit.*,16 ss.
[379] BASILE, *op. cit.*, 219.
[380] BASILE, *op. cit.*, 221.

2.9 L'istituto di credito ed il concorso dell'*extraneus* nei reati di bancarotta

Si è già avuto modo, nelle pagine che precedono, di comprendere come la fondamentale ragione dell'introduzione della disciplina di cui all'art. 217-*bis* L.Fall sia stata quella di consentire all'imprenditore la più ampia scelta possibile in relazione allo strumento utilizzabile al fine di uscire dallo stato di crisi dell'impresa.

La risoluzione di uno stato di crisi non può tuttavia, nella generalità dei casi, prescindere dalla "*nuova finanza*" accordata dagli istituti di credito.

Appare dunque quanto mai logica una pressione degli stessi per vedersi garantiti in caso di successivo insuccesso del piano e consequenziale fallimento della società.[381]

La prima problematica che si vuole qui sottoporre all'attenzione è l'eventualità del concorso del dipendente dell'istituto di credito nel reato di bancarotta fraudolenta *ex* art. 216 L.Fall.

Stante l'assunto secondo cui "*a configurare la responsabilità dell'*extraneus *per concorso nel reato sono sufficienti: l'incidenza causale dell'azione dell'*extraneus *e la sua consapevolezza del fatto illecito e della qualifica del soggetto attivo che ha posto in essere il fatto tipico*"[382], la giurisprudenza è rimasta divisa in punto elemento soggettivo da ricercarsi in capo al soggetto concorrente esterno nel reato di bancarotta.

In particolare due sono state le impostazioni assunte dalla Suprema Corte in materia.

Una prima tesi, più restrittiva, riconosce come sufficiente la verificazione che l'*extraneus* abbia "*consapevole volontà di dare al patrimonio sociale una*

[381] LOTTINI, *op. cit*., 1375, sostiene che il legislatore avrebbe provveduto all'introduzione della disciplina di cui all'art. 217-*bis* L.Fall. con il solo scopo di "*salvare le banche*", senza valutare lucidamente l'intervento normativo e andando dunque a produrre i molteplici punti di criticità oggetto della presente trattazione; dello stesso avviso anche FONDAROLI, in BORSARI (a cura di), *Crisi dell'impresa, procedure concorsuali e diritto penale dell'insolvenza, Brevi note in tema di erogazione del credito alle imprese in crisi e bancarotta preferenziale*, Padova University Press, 2015, 471.

[382] Cass. Pen., Sez. V, 26 giugno 1990, n. 15850,, in *Giust. Pen.*, 1991, II, 645.

www.osservatorio-oci.org

destinazione diversa rispetto alle finalità dell'impresa e di compiere atti che cagionino, o possano cagionare, danno ai creditori, anche quando l'agente, pur non perseguendo direttamente tale risultato, tuttavia lo preveda e, ciò nonostante, agisca consentendo la sua realizzazione. Ne consegue che è sufficiente che l'agente, perseguendo un interesse proprio o di terzi estranei all'impresa, abbia la coscienza e volontà di porre in essere atti incompatibili con gli interessi della stessa, anche se non qualificati da una specifica volontà di cagionare danno ai creditori dell'imprenditore.".[383]

Una seconda impostazione, ritenuta dalla dottrina più garantista[384], richiede "*al fine della configurabilità del concorso dell'*extraneus *nel delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione è necessario che sussista la consapevolezza del percettore della somma in ordine allo stato di decozione dell'impresa da cui il denaro proviene e, quindi, in ordine al rischio cui sono esposte le ragioni creditorie, con la conseguenza che il giudice deve dare rigorosa dimostrazione del sufficiente contenuto rappresentativo dell'elemento psicologico, focalizzato sul concreto rischio di insolvenza, anche se non qualificato da una specifica volontà di cagionare danno ai creditori dell'imprenditore.*".[385]

La stessa giurisprudenza della Corte di Cassazione ha poi, più di recente, tentato di operare una sintesi tra le due posizioni sopra delineate, ritenendo che "*più che soffermarsi sull'elemento soggettivo il Collegio ritiene pregiudiziale la disamina della ricorrenza del dato obiettivo, sotteso alla fattispecie di bancarotta fraudolenta patrimoniale, cioè l'effettiva connotazione di fraudolenza dell'azione nel contesto dell'illecito fallimentare. Infatti, l'offesa provocata dal reato non può ridursi al mero impoverimento dell'asse*

[383] Cass. Pen., Sez. II, 15 ottobre 2008, n. 43171, in *CED Cass., n. 242408.*

[384] TROYER, *Il concorso dell'istituto di credito nei fatti di bancarotta, tra libertà d'iniziativa economica e controllo del giudice penale, problemi ancora aperti e occasioni mancate*, testo tratto dalla relazione tenuta al Convegno "*La procedura pre-fallimentare ed i reati fallimentari: problematiche vecchie e nuove*", organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura, presso l'Aula Magna del Palazzo di Giustizia di Milano in data 23 gennaio 2012, disponibile su *www.ca.milano.giustizia.it.*

[385] Cass. Pen., Sez. V, 27 ottobre 2006, n. 41333, in *CED Cass., n. 235766.*

www.osservatorio-oci.org

patrimoniale idoneo a danneggiare le aspettative dei creditori. Questi ultimi, quali persone offese, sono l'indispensabile referente per lo scrutinio in discorso. In sostanza, è integrativa del reato non già la sottrazione di ricchezza che costituisce l'offesa del reato, ma soltanto quella che reca danno alle pretese dei creditori.[386]

*(...) se questa conoscenza è ragionevolmente presunta in capo all'imprenditore individuale o all'amministratore dell'impresa collettiva, per cui non si profila necessaria una espressa motivazione, diversamente deve dirsi con riguardo all'*extraneus*, quando non emerga la consapevolezza dell'effettivo stato dell'organismo che egli concorre a pregiudicare patrimonialmente.*".[387]

Per quanto riguarda, invece, la possibilità di integrare il reato di bancarotta semplice, è stata questa volta la dottrina a trovarsi divisa.

Una prima impostazione postula la possibilità per l'istituto di credito di incorrere nel reato di cui al comma 1, n. 4, dell'art. 217 L.Fall., secondo qui dunque si attesterebbe in capo all'istituto bancario la responsabilità penale per aver partecipato all'aggravamento del dissesto.

Si può tuttavia obiettare a questa corrente la contraddittorietà in cui si incorrerebbe volendo rinvenire un concorso materiale di reati tra la fattispecie succitata, di natura colposa[388], ed il reato *ex* art. 223, comma 2, n. 2 L.Fall., di matrice invece unicamente dolosa.[389]

---

[386] Dunque, "*l'azione distrattiva che ricada sugli utili prodotti dalla società, pur riducendo l'effettiva consistenza del patrimonio societario, non sarebbe idonea ad integrare il reato, posto che il profitto generato dalla gestione, ove non reinvestito, appartiene ai soci e non ai creditori.*" (si fa riferimento a Cass. Pen., Sez. V, 18 febbraio 2009, n. 17692, in *CED Cass., n. 243612.*).

[387] Cass. Pen., Sez. V, 23 marzo 2011, n. 16388, in *Cass. Pen.*, 2012, 651; si veda anche, in senso conforme relativamente al passaggio finale, Cass. Pen., Sez. V, 27 ottobre 2006, n. 23268, in *Mass.*, 2006, 2089.

[388] Si fa rinvio, in relazione alla natura dolosa o colposa dei diversi casi previsti dall'art. 217, comma 1, L.Fall. a *supra*, 70 ss.

[389] INSOLERA , *La responsabilità penale della banca per concessione abusiva di credito alla impresa in crisi*, in *Giur. Comm.*, 2008, 853.

www.osservatorio-ocl.org

Altra voci dottrinarie, di contro, hanno ritenuto possibile ipotizzare l'integrazione della fattispecie di cui all'art. 217, comma 1, n. 3 L.Fall. nel caso di un'operazione di finanziamento volta unicamente a reperire denaro per ritardare il fallimento.[390]

Di conseguenza operazioni che, in un contesto di fisiologica esistenza dell'impresa sarebbero lecite, si colorano di rilevanza penale quando vengono poste in essere in situazioni di crisi patologica dell'impresa medesima, essendo quindi possibile rinvenire anche la responsabilità del funzionario dell'istituto di credito nel caso in cui questi sia consapevole dello stato di decozione dell'impresa che abbia beneficiato dei fondi erogati.[391]

In particolare già in tempi meno recenti la dottrina, nello specificare il significato della formula "*operazioni dolose*", ha, con riferimento al concorso del banchiere, ammesso che l'operazione in oggetto possa consistere nell'assunzione di un debito.

Ergo "*possono ben essere ricondotte anche le operazioni di ricorso al credito a condizioni anormali, ad esempio ad un tasso superiore a quello di mercato o con garanzie eccessive, quando esse abbiano come effetto la causazione od un aggravamento del dissesto*" a condizione che "*colui che eroga il credito (...) sia consapevole di contribuire a provocare o ad aggravare lo stato di dissesto.*".[392]

Alcuni esempi potranno, forse, essere utili per una più completa comprensione.

Nel ben noto e già citato caso Parmalat[393] la Corte di Cassazione ha ritenuto "*operazioni dolose causatrici del dissesto*" le operazioni di autofinanziamento denominato "giro dei concessionari" con cui Parmalat otteneva anticipazioni di credito emettendo ricevute bancarie nei confronti dei concessionari senza

[390] TROYER, *Il concorso cit.*, 5.
[391] Così TROYER, *Il concorso cit.*, 5; si veda anche COCCO, *I rapporti cit.*, 529 ss.
[392] Testualmente STELLA, *Insolvenza del debitore e responsabilità penale del banchiere*, in *Fall.*, 1985, 306.
[393] Cass. Pen., Sez. V, 7 marzo 2014, n. 32352, *cit.*

www.osservatorio-oci.org

alcuna fattura sottostante ed altre operazioni che, sebbene intrinsecamente lecite, sono venute in considerazione per la dannosità sostanziale oggettiva, ritenuta agevolmente valutabile *ex ante*.[394]

In questo caso alcuni soggetti appartenenti ad istituti di credito sono stati imputati come concorrenti nel reato *ex* art. 223, comma 2, n. 2 L.Fall., "*per aver orchestrato in concorso con il debitore operazioni finanziarie ai danni dei piccoli risparmiatori*.".[395]

In un diverso caso[396] la Corte di Cassazione[397] ha confermato la condanna di direttore di filiale e direttore generale di una Cassa di Risparmio, condannati per aver agevolato un'impresa, in seguito fallita, in concorso con un amministratore della stessa ed un terzo soggetto, con la finalità di reperire liquidità per la costituzione di un fondo con il quale rappresentare falsamente la provvisoria copertura di riserve tecniche in precedenza distratte, con la volontà di tranquillizzare il relativo ente di controllo.[398]

---

[394] In questo senso si esprime MANCINI, *La bancarotta fraudolenta impropria e il concorso degli istituti di credito*, in *www.ilCaso.it*, 25 novembre 2014. L'Autore fornisce anche una sommaria elencazione degli strumenti utilizzati dal gruppo Parmalat e ritenuti, in seguito, cause del dissesto. Pare interessante darne conto, anche in relazione all'ampio spazio occupato dalla sentenza Parmalat all'interno della presente trattazione.
Gli espedienti cui si fa riferimento sono, con le parole dell'autore, "*il ricorso a strumenti di debito ovvero a finanziamenti, in alcune occasioni occultati attraverso simulate operazioni di investimento nel capitale, in una situazione di squilibrio economico-finanziario irreversibile, la conversione dello strumento societario denominato* Wishaw Trading (società di solo capitale con sede in Uruguay e collocata all'interno del gruppo Parmalat con l'ausilio della quale, secondo le risultanze processuali della sentenza citata, sarebbe stato possibile distrarre ingenti somme di denaro), *per ottenere credito in assenza di programmi commerciali definiti, l'aumento di capitale della Parmalat Finanziaria S.p.A. organizzato nel 1996 con l'intervento dell'Unione delle Banche Svizzere (UBS), il prestito obbligazionario Par.Fin. del 1994, (...) nonché finanziamenti concessi con l'intervento di Bank of America e prestiti obbligazionari volti a sostituire debiti verso banche con debiti verso investitori.*".

[395] MICHELETTI, *Il ricorso abusivo al credito come reato necessariamente condizionato*, in *Riv. Trim. dir. pen. Ec.*, 2007, 43.

[396] Il caso è descritto da MANCINI, *op. cit.*, 8 e TROYER, *Il concorso cit.*, 6.

[397] Cass. Pen., Sez. V, 7 maggio 2010, n. 17690, in *CED Cass., n. 247316.*

[398] La Corte ha precisato che "*il risultato, che quelle operazioni dovevano raggiungere, era quello di fornire un'apparenza fittizia al solo fine dare ad ISVAP una parvenza di integrità e copertura delle riserve tecniche (...). Un espediente che giovava esclusivamente alla falsa rappresentazione della realtà, all'esclusivo beneficio di una gestione societaria evidentemente pregiudizievole per i creditori o per i titolari di negozi assicurativi (...) è corretta la considerazione per cui la fittizia ed apparente presentazione del fondi di riserva,*

www.osservatorio-oci.org

Dopo aver dato nota di precisazioni in tema di elemento oggettivo[399] e soggettivo[400] la Corte ha poi concluso sostenendo che "*sorregge la penale responsabilità la rappresentazione del proprio operato non soltanto nei suoi lineamenti naturalistici, ma anche nel suo contrasto con i doveri propri del soggetto societario a fronte degli interessi dell'ente commerciale (...), mentre è estranea ad essa la rappresentazione e volontà dell'evento fallimentare (né, quindi, del pregiudizio ai creditori). Il fallimento è situazione che viene addebitata al soggetto attivo per effetto della sua azione, in un'ottica che non è dissimile (come affermato dalla dottrina) dalla preterintenzione, ma che necessariamente impone una sicura dimostrazione del legame eziologico*[401] *oggettivo tra l'operazione dolosa ed il fallimento*.".[402]

---

come apparentemente ricostituito, celava – invece – la drammatica perdita di titoli (...) e così consentiva il protrarsi della conduzione nell'assenza di un requisito essenziale per la corretta gestione dell'organismo assicurativo (...) (a tutela delle istanze creditorie). In sostanza si trattava dell'occultamento all'organo di vigilanza del già presente dissesto, non già il suo reale risanamento e permetteva la sopravvivenza di condizioni operative che mai sarebbero state consentite dall'Organo di Vigilanza.".

[399] La Cassazione ha sostenuto che "*il momento caratteristico della condotta dedotta dalla L.Fall., art. 223, comma 2, n. 2, si recepisce nel richiamo alla nozione di operazione la quale richiama necessariamente un "*quid pluris*" rispetto ad ogni singola azione (o singoli atti di una medesima azione), postulando una modalità di pregiudizio patrimoniale discendente, non già direttamente dall'azione dannosa del soggetto attivo (distrazione, dissipazione, occultamento, distruzione), bensì da un fatto di maggiore complessità strutturale, quale è dato riscontrare in qualsiasi iniziativa societaria che implichi un procedimento o, comunque, una pluralità di atti coordinati all'esito divisato; proprio l'autonomia concettuale della condotta dettata dall'art. 223, comma 2, n. 2 esclude che per lo stesso atto discendano due distinte sanzioni penali.*".

[400] In riferimento, i Giudici di Legittimità hanno sostenuto che "*il rapporto che lega l'operazione dolosa al fallimento non suppone la necessaria rappresentazione dell'esito concorsuale (né, tantomeno, la volontà di siffatto evento). Si tratta di un esito che scaturisce da condotta di volontaria dolosità, ma non intenzionalmente diretta a produrre il dissesto fallimentare (...); la fattispecie descritta dalla L.Fall., art. 223, comma 2, n. 2, si sostanzia, quindi, in una eccezionale ipotesi di fattispecie a sfondo preterintenzionale e per essa esaurisce l'onere probatorio dell'accusa la dimostrazione della consapevolezza e volontà della natura dolosa dell'azione, costitutiva dell'operazione, a cui segue il dissesto, in uno con l'astratta prevedibilità dell'evento scaturito per effetto dell'azione antidoverosa.*".

[401] In punto nesso di causalità la Corte ha precisato che "*non interrompono il nesso eziologico tra l'operazione dolosa e l'evento fallimentare né la preesistenza alla condotta incriminata di una causa in sé efficiente verso il dissesto, valendo la disciplina del concorso causale dettata dall'art. 41 c.p., né l'aggravamento di un dissesto già in atto assumono rilievo penale nella dinamica del delitto in esame.*".

[402] Cass. Pen., Sez. V, 7 maggio 2010, n. 17690, *cit.*

www.osservatorio-oci.org

È da notare, comunque, che parte dei commentatori ha rilevato come molteplici siano stati, negli ultimi anni, casi di istituti di credito che abbiano partecipato in maniera attiva, pur con modalità differenti, all'organizzazione e al collocamento di obbligazioni, così da consentire a gruppi in palese deficit di liquidità di reperire ingenti risorse sul mercato.[403]

Arrivando al punto forse più saliente ai fini della presente trattazione, poi, la dottrina ha rilevato come la configurazione dell'esenzione di cui all'art. 217-*bis* L.Fall. come clausola di esclusione della tipicità comporti rilevanti conseguenze per il concorrente nel reato (nel caso qui trattato, l'istituto di credito).

L'esenzione in oggetto, infatti, "*dovrà necessariamente estendersi a tutti i compartecipi*"[404].

La dottrina, usando un'espressione a metà tra il serio ed il faceto, ha ritenuto che il legislatore abbia "*utilizzato un cannone laddove invece sarebbe stata bastevole ed opportuna un'arma di precisione*"[405] causando, seppur con le migliori intenzioni, molte più incertezze rispetto ai problemi che si poneva di risolvere in un settore in cui "*bisogna soprattutto evitare che ad un'economia d'impresa, basata sull'assunzione da parte dell'imprenditore del rischio economico sottostante ad una certa operazione, si sostituisca un'economia burocratizzata in cui le scelte debbano essere operate* "obtorto collo" *sulla base del minor rischio penale.*".[406]

La disciplina di cui all'art. 217-*bis* L.Fall. parrebbe dunque, a dispetto della sua relativamente giovane esistenza, necessitare già di pratiche di ortopedia interpretativa per rivalutare gli approdi esegetici in materia di concorso del

[403] MANCINI, *op. cit.*, 10; TROYER, *Il concorso cit.*, 7.
[404] Così testualmente TROYER, *Il concorso cit.*, 17.
[405] In questi termini TROYER, *Il concorso cit.*, 21.
[406] STELLA, *Insolvenza del debitore cit.*, 306.

www.osservatorio-oci.org

creditore nei fatti di bancarotta e, d'altra parte, orientate al conferimento di una fisionomia concreta ed operativa all'istituto stesso.[407]

www.osservatorio-oci.org

[407] TROYER, *Il concorso cit.*, 22. In dottrina D'ALESSANDRO, *Il nuovo art. 217-bis cit.*, 213, come già ricordato auspica invece la risoluzione delle criticità rilevate nelle pagine precedenti mediante un intervento di interpretazione autentica da parte del legislatore.

CAPITOLO III – ART. 236-*BIS* L.FALL.

SOMMARIO: 3.1 I motivi di introduzione della disciplina – 3.2 La qualifica soggettiva del professionista attestatore – 3.2.1 Tra falsità codificate e concorso eventuale di persone nel reato: le soluzioni pre-riforma – 3.2.2 Il reato proprio e l'attestatore di fatto – 3.3 Condotta, rilevanza delle informazioni e falso valutativo – 3.3.1 La difficile posizione del professionista attestatore – 3.3.2 L'asimmetria sanzionatoria ed il concetto di "rilevanza" – 3.3.3 L'attestazione bipartita ed il falso valutativo – 3.3.4 I principi di attestazione – 3.4 L'elemento soggettivo ed il momento consumativo del reato.

3.1 I motivi di introduzione della disciplina

Riprendendo le fila di quanto trattato nel precedente capitolo, appare di non difficile comprensione come lo "stato di salute" della disciplina delle procedure concorsuali fosse, alla chiusura del primo decennio del nuovo millennio, quanto mai cagionevole.

Quella che era stata definita come la "*perdurante apertura del cantiere normativo della riforma della regolazione dell'insolvenza dell'impresa*"[408] aveva infatti avuto un duplice effetto.

Con le modificazioni del comparto civilistico della legge fallimentare intervenute tra il 2005 ed il 2007 l'ago della bilancia era stato fortemente traslato a favore delle soluzioni "privatistiche" di risoluzione delle crisi dell'impresa ma, come già sottolineato in precedenza, il trascurato ammodernamento della materia penal-fallimentare aveva condotto alla mancanza di soddisfacenti risposte sanzionatorie nei confronti di utilizzi distorti e patologici degli strumenti approntati dal legislatore.

La naturale conseguenza del preminente aspetto privatistico degli strumenti di composizione delle crisi d'impresa avrebbe dovuto essere, secondo alcune

[408] La terminologia è utilizzata da FABIANI, *Diritto fallimentare*, Zanichelli, Bologna, 2011, 40.

www.osservatorio-oci.org

voce dottrinarie, "*il rigore dei requisiti d'accesso alle procedure, al fine di evitare abusi*".[409]

E tuttavia, con l'obiettivo di evitare una vanificazione dell'effetto incentivante rappresentato proprio dal carattere peculiarmente privatistico degli strumenti in discorso, il legislatore ha preferito non anticipare il momento di verifica giurisdizionale, delegando ogni esigenza di controllo sull'effettivo stato dell'impresa all'opera del professionista attestatore.[410]

È possibile inoltre individuare, in questo passaggio, un particolare rapporto che tiene reciprocamente avvinti il controllo da parte del Tribunale e l'opera del professionista.

Si è infatti osservato come tanto più le relazioni del professionista saranno connotate da un elevato grado di dettaglio e precisione, tanto meno l'allentamento del controllo giudiziario sarà suscettibile di produrre un pregiudizio in capo ai creditori.[411]

Per dirlo con le parole di attenta dottrina, poi, "*si può cogliere un rapporto di proporzionalità inversa tra grado di incidenza del sindacato giurisdizionale e ambito di rilevanza penale della condotta dell'attestatore*".[412]

---

[409] KILDANI, *Implicazioni penalistiche del decreto sviluppo,* in *Leg. Pen.*, 2013, 104.

[410] MEZZETTI, *Falso in attestazioni o relazioni,* in *www.archiviopenale.it*, n.1, 2015; l'autore sostiene che l'attestazione "*sia una sorta di patente di legittimità del piano di rientro che debba essere rilasciata da un esperto attestatore, cui viene chiesto (...) di garantire in sostanza la bontà, nonché la praticabilità/fattibilità del piano stesso attraverso una attestazione che sembra avere il significato fidefacente dei c.d. "*affidavit*", tipici dell'esperienza giuridica statunitense.*".

[411] KILDANI, *op. cit.*, 105.

[412] CONSULICH, *Nolo cognoscere – Il diritto penale dell'economia tra nuovi responsabili e antiche forme di responsabilità "paracolpevole": spunti a partire dal nuovo art. 236*-bis *L.Fall.*, in *Riv. Trim. dir. pen. Ec.*, 2012, 619 ss.

L'autore sottolinea come "*più è penetrante il controllo giurisdizionale minore la possibilità di una responsabilità del professionista, le cui valutazioni meriterebbero la criminalizzazione solo se in grado di ingannare un sindacato così penetrante e non meramente ratificatorio/certificativo del tribunale e non quando siano agevolmente individuabili dall'Autorità giudiziaria. (...) Se invece di ammette che l'autorità giudiziaria abbia solo una funzione di garanzia, passiva, sia un mero arbitro della regolarità procedurale della soluzione concordata della crisi, la verifica dello stato dell'azienda, l'analisi della situazione economica, finanziaria e patrimoniale della stessa, nonché delle prospettive imprenditoriali si concentrano nella disponibilità del professionista attestatore. I risultati della analisi tecnica di quest'ultimo costituirebbero allora il fondamento delle*

www.osservatorio-oci.org

La questione, dunque, già dai rilievi operati può apparire patologica.

Da più parti si sono levate voci a denunciare come l'introduzione di una fattispecie incriminatrice *ad hoc* fosse "*quantomeno opportuna in ragione dell'affidamento che le procedure del piano di risanamento attestato, del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione ripongono nella relazione del professionista in mancanza, tuttavia, di alcuno specifico presidio sanzionatorio, a protezione degli interessi del ceto creditorio contro eventuali falsità.*".[413]

L'auspicio (*rectius:* l'imprescindibilità) di un adeguamento della disciplina penalistica in oggetto alle riforme civilistiche, tuttavia, non è stata oggetto di dibattito solamente in tempi recenti.

Già il disegno di legge delega della Commissione Trevisanato indicava infatti, all'art. 16, punto 8, la necessità di "*prevedere il delitto di falsa esposizione di dati o informazioni o altri comportamenti fraudolenti, consistente nella condotta di esposizione di informazioni false o di omissione di informazioni imposte dalla legge per l'apertura della procedura di composizione concordata della crisi al fine di potervi indebitamente accedere ovvero in successivi atti o comportamenti di cui ai commi 1 e 5 compiuti nel corso di esse; ovvero di simulazione di crediti inesistenti o di altri comportamenti di frode, al fine di influire sulla formazione delle maggioranze; prevedere che la*

---

determinazioni dell'autorità giudiziaria, che solo eventualmente dovrebbe estendere la propria analisi ad aspetti ulteriori e diversi dalla legalità procedimentale e compiutezza documentale.".

Per il problema, strettamente connesso a quanto ora citato, del ruolo del giudice penale nell'ambito delle soluzioni concordate alle crisi d'impresa si veda *supra*, 102 ss.

[413] Così testualmente BORSARI, *Il nuovo reato di falso in attestazioni e relazioni del professionista nell'ambito delle soluzioni concordate delle crisi d'impresa. Una primissima lettura*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2013, 84.

Precedentemente l'evidente inadeguatezza della normativa era stata denunciata da BRICCHETTI, in AMBROSINI (a cura di), *Le nuove procedure concorsuali. Dalla riforma organica al decreto correttivo*, Zanichelli, Bologna, 2008, 256.

Dello stesso avviso anche KILDANI, *op. cit.*, 106; GUERINI, *La responsabilità penale del professionista attestatore nell'ambito delle soluzioni concordate per le crisi d'impresa*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 3.

www.osservatorio-oci.org

stessa pena si applica al creditore che riceve il pagamento o accetta la promessa al fine dell'espressione del proprio voto.".[414]

Come già sottolineato precedentemente[415], tuttavia, i lavori della Commissione Trevisanato non furono coronati da (forse meritato) successo, e la riforma del diritto delle procedure concorsuali rimase orfana del suo complementare comparto penalistico.

La situazione, già di per sé ingiustificabile, è divenuta insostenibile quando, in apertura di 2012, è stata emanata la l. 3/2012.[416]

Tale innovazione normativa, disciplinando la pur diversa fattispecie della composizione della crisi da sovraindebitamento dell'imprenditore non assoggettabile a fallimento e concordato preventivo, aveva previsto una sanzione di tipo penalistico per "*il componente dell'organismo di composizione della crisi che rende false attestazioni in ordine all'esito della votazione dei creditori sulla proposta di accordo formulata dal debitore ovvero in ordine alla veridicità dei dati contenuti in tale proposta o nei documenti ad essa allegati ovvero in ordine alla fattibilità del piano di ristrutturazione dei debiti proposto dal debitore*.".[417]

Il legislatore ha tentato di "tappare la falla" con l'introduzione del d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito nella l. 7 agosto 2012, n. 134 .[418]

L'opportunità del succitato intervento normativo emerge già dalla relazione illustrativa di accompagnamento allo stesso decreto legge nel passaggio in cui,

---

[414] In relazione ai lavori della Commissione Trevisanato si fa riferimento a FIORE, in AA. VV., *Crisi dell'impresa e insolvenza, Gli orientamenti della commissione Trevisanato per la riforma dei reati fallimentare: una prima (disilludente) lettura*, Giuffrè, Milano, 2005, 277; l'estratto è citato testualmente anche da BERSANI, *La responsabilità penale del professionista attestatore ai sensi dell'art. 236*-bis *L.F. fra analisi dottrinali e prime applicazioni giurisprudenziali*, in *www.ilCaso.it*, 2.

[415] Per una più approfondita trattazione degli obiettivi e degli esiti dei lavori della Commissione si veda *supra*, 43 ss.

[416] Si fa qui riferimento alla l. 27 gennaio 2012 n. 3, *Disposizioni in materia di usura e di estorsione, nonché di composizione delle crisi da sovraindebitamento.*

[417] E' questo il testo dell'art. 19, comma 2, della l. 3/2012 poi trasfuso nell'art. 16 così come sostituito dall'art. 18, comma 1, lett. *t*; in dottrina, l'irrazionalità della mancanza di un presidio penalistico avente ad oggetto il professionista attestatore alla luce della normativa *ex* l. 3/2012 è rilevata, *ex multis*, da BERSANI, *op. cit.*, 2.

[418] d.l. 22 giugno 2012, n. 83, recante "*Misure urgenti per la crescita del paese*.".

www.osservatorio-oci.org

in riferimento all'introduzione del nuovo art. 236-*bis* L.Fall., si indicava come la riforma si fosse resa necessaria anche "*per evitare asimmetrie irragionevoli, in ottica costituzionale, rispetto alla rilevanza penale della condotta dell'organismo di composizione della crisi da sovraindebitamento del debitore non fallibile (...) a norma dell'art. 19, secondo comma, della legge n.3 del 2012"*, oltre che per "*saldare i meccanismi di tutela e bilanciare adeguatamente il ruolo centrale riconosciuto al professionista attestatore nell'intero intervento normativo.*".[419]

Dopo averlo lungamente menzionato, quasi come un'entità dalla forma effimera, appare questo il luogo idoneo per dare conto del dettato letterale dell'art. 236-*bis* L.Fall.

La norma oggetto del presente capitolo, come già indicato rubricata "*Falso in attestazioni e relazioni"*, sancisce che "*Il professionista che nelle relazioni o attestazioni di cui agli articoli 67, terzo comma, lettera* d), *161, terzo comma, 182*-bis, *182*-quinquies, *182*-septies *e 186*-bis *espone informazioni false ovvero omette di riferire informazioni rilevanti, è punito con la reclusione da due a cinque anni e con la multa da 50.000 a 100.000 euro.*

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

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

Rimandando al *corpus* della presente trattazione i rilievi specifici e sistematici in relazione ai punti di criticità inerenti all'art. 236-*bis*, è tuttavia interessante operare preliminarmente una notazione dal punto di vista della parte generale del diritto penale.

---

[419] Relazione illustrativa al d.l. 83/2012, *sub* art. 33, comma 1, lett. *l*, 185 ss., disponibile su *www.documenti.camera.it.*

La citata relazione è riportata da più parti come emblematica della volontà del legislatore, da una parte, e dell'assoluta necessità di intervento riformatore, dall'altra. Si fa riferimento, *ex multis*, alla Relazione n. III/07/2012, 13 luglio 2012, dell'Ufficio Studi della Corte di Cassazione, red. PISTORELLI, 4, disponibile su *www.cortedicassazione.it.;* BORSARI, *op. cit.*, 85; MONTELEONE, *La responsabilità penale e civile dell'attestatore nei procedimenti di composizione della crisi d'impresa*, disponibile su *www.osservatorio-oci.org.*

www.osservatorio-oci.org

Si è infatti rilevato in dottrina come la norma incriminatrice in oggetto rappresenti "*l'abbandono di schemi di criminalizzazione concorsuale di soggetti diversi dall'amministratore o dall'imprenditore, a favore di una maggiore tipizzazione delle figure collaterali e delle relative condotte normativamente disvolute.*".[420]

L'intervento normativo presenta quindi, se è concessa la licenza, una "doppia anima".

Da una parte esso inserisce nel solco di una linea di pensiero politico-criminale che si pone come obiettivo di approntare una risposta sanzionatoria indirizzata a determinate figure professionali, al fine di responsabilizzare soggetti privati cui l'ordinamento devolve funzione di controllo sulla situazione economico-finanziaria e patrimoniale dell'azienda.[421]

D'altra parte, come si è già avuto modo di indicare poc'anzi, si rileva una discontinuità[422] nella tecnica normativa utilizzata: è possibile infatti notare la volontà del legislatore di discostarsi dall'impostazione tradizionale del diritto punitivo delle procedure concorsuali, fortemente incentrato sulle figure dell'imprenditore e dell'amministratore e, nel contempo, disponibile a prevedere una risposta sanzionatoria per professionisti esterni all'azienda solamente attraverso la (non sempre agevole) configurazione di una responsabilità in concorso *ex* artt. 110 ss. c.p.

---

[420] Così, testualmente, si esprime CONSULICH, *op.cit.*, 616.

[421] Si fa qui riferimento al d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 39 e successive modificazioni, rubricato *Attuazione della direttiva 2006/43/CE, relativa alle revisioni legali dei conti annuali e dei conti consolidati, che modifica le direttive 78/660/CEE e 83/349/CEE, e che abroga la direttiva 84/253/CEE.*", in particolar modo al capo VIII, rubricato "*Sanzioni amministrative e penali*"; il testo della normativa è reperibile su *www.consob.it*.

[422] Il rilievo è acutamente operato da CONSULICH, *op. cit.*, 617.

www.osservatorio-oci.org

3.2 La qualifica soggettiva del professionista attestatore

3.2.1 Tra falsità codificate e concorso eventuale di persone nel reato: le soluzioni pre-riforma

Per comprendere appieno le motivazioni per cui è stato accolta con tanto favore l'introduzione dell'art. 236-*bis* L.Fall., pare opportuno compiere idealmente un viaggio a ritroso nel tempo per valutare quale fosse la situazione precedente l'emanazione del d.l. 83/2012.

In accordo con la miglior dottrina, sarebbero stati due i percorsi che si sarebbero potuti intraprendere in tempo antecedente all'intervento normativo del 2012 al fine di configurare la punibilità del professionista che fornisse relazioni false: "*ricondurla ad ipotesi di falso già codificate o configurarla come condotta concorsuale rispetto al reato commesso da altri.*".[423]

Principiando l'analisi dalla prima delle ipotesi sopraindicate, occorre dar nota di come gli organi dell'accusa abbiano rinvenuto notevoli difficolta nella ricostruzione dei capi di imputazione, fino ad arrivare a soluzioni definite dalla dottrina "*funamboliche*".[424]

Il problema della configurabilità, in capo al professionista attestatore, di uno dei reati codicisticamente previsti in materia di falso dipende tuttavia in maniera inestricabile dalla qualifica soggettiva che si intende conferire al suddetto soggetto.

Una delle prime soluzioni interpretative adottate è stata quella di ricondurre la falsità nelle attestazioni di competenza del professionista attestatore ai reati di cui agli artt. 479-480 c.p.[425], che presuppongono la qualifica di pubblico ufficiale.

---

[423] KILDANI, *op. cit.*, 107.

[424] BAFFI, *Attestare stanca*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 3.

[425] L'art. 479 c.p., rubricato "*Falsità ideologica commessa dal pubblico ufficiale in atti pubblici*", prevede che: "*Il pubblico ufficiale, che ricevendo o formando un atto nell'esercizio delle sue funzioni, attesta falsamente che un fatto è stato da lui compiuto o è avvenuto alla sua presenza, o attesta come da lui ricevute dichiarazioni a lui non rese, ovvero omette o altera dichiarazioni da lui ricevute, o comunque attesta falsamente fatti dei quali l'atto è destinato a provare la verità, soggiace alle pene stabilite nell'art. 476.*".

www.osservatorio-oci.org

La qualifica soggettiva di pubblico ufficiale, oggetto di diversi interventi riformatori durante gli anni ’90, prevede ora che “*agli effetti della legge penale, sono pubblici ufficiali coloro i quali esercitano una pubblica funzione legislativa, giudiziaria o amministrativa. Agli stessi effetti è pubblica la funzione amministrativa disciplinata da norme di diritto pubblico e da atti autoritativi, e caratterizzata dalla formazione e dalla manifestazione della volontà della pubblica amministrazione o dal suo svolgersi per mezzo di poteri autoritativi o certificativi.*”.[426]

Nulla quaestio in relazione allo svolgere una funzione legislativa, mentre qualche precisazione si rende necessaria in riferimento alla funzione giudiziaria.

Il legislatore del 1992 ha superato i problemi interpretativi inerenti al precedente lemma “*funzioni giurisdizionali*” sostituendo lo stesso con l’attuale dicitura “*funzioni giudiziarie*”[427] ed estendendo in tal maniera la qualifica di pubblico ufficiale a tutti coloro che concorrono alla formazione della volontà del giudice.

Di contro appare corretto rilevare, seguendo le orme di attenta dottrina, che “*la relazione del professionista più che atto diretto a formare la volontà del giudice, è un atto esterno alla domanda del privato/debitore, e, almeno nel caso del concordato preventivo, presupposto per la sua ammissibilità.*”.[428]

Con riguardo all’esercizio di funzione amministrativa, poi, la situazione appare da subito più delicata.

La tesi della possibilità di qualificare il professionista attestatore come pubblico ufficiale è stata sostenuta argomentando che l’esercizio dell’attività

L’art. 480 c.p., rubricato “*Falsità ideologica commessa dal pubblico ufficiale in certiiato o in autorizzazioni amministrative”,* sancisce invece che “*Il pubblico ufficiale, che, nell'esercizio delle sue funzioni, attesta falsamente, in certificati o autorizzazioni amministrative, fatti dei quali l'atto è destinato a provare la verità, è punito con la reclusione da tre mesi a due anni.*”.

[426] E’ questo il testo dell’art. 357 c.p., rubricato “*Nozione di pubblico ufficiale*”.

[427] Si fa qui riferimento all’art. 4 della l. 7 febbraio 1992, n. 181.

[428] GIANOGLIO, *Strumenti di soluzione della crisi di impresa, ruolo dell’attestatore e profili penali*, in *www.ilFallimentarista.it*, 4.

www.osservatorio-oci.org

dello stesso è senza dubbio regolato da norme di diritto pubblico, nel caso di specie la legge fallimentare, mentre in punto poteri certificativi si è ritenuto che l'attività da questi svolta fosse strumentale alla funzione giudiziaria.[429]

È da notare tuttavia che la lettera della legge prevede la stessa figura, dotata dei medesimi requisiti, indipendentemente dallo strumento di risoluzione concordata della crisi d'impresa che il debitore voglia azionare.

Conseguentemente, appare condivisibile l'assunto secondo cui il professionista "*sia chiamato a svolgere attività valutativa dal medesimo contenuto nel piano di risanamento, nell'accordo di ristrutturazione, nel concordato preventivo.*".[430]

Anche ammettendo (e non concedendo) che l'attività del professionista attestatore concorra a formare la volontà dell'autorità giudiziaria, tale configurazione sarebbe possibile solamente nell'ambito del concordato preventivo, procedura che per sua natura consta di una pregnante componente giurisdizionale; molto difficile sarebbe applicare il medesimo ragionamento all'accordo di ristrutturazione dei debiti *ex* art. 182-*bis* L.Fall., mentre appare assurdo anche solo tentare di utilizzarlo in riferimento al piano attestato di risanamento *ex* art. 67, comma 3, lett. *d* L.Fall., posto che tale procedura risulta essere priva di ogni componente giudiziaria.

Tuttavia, stante il rilievo sopra effettuato in ordine all'identità del professionista attestatore e all' attività dallo stesso svolta nelle more delle tre procedure pre-concorsuali, una diversa qualifica giuridica del soggetto menzionato dall'art. 161 L.Fall. rispetto a quelli che svolgono la propria opera negli accordi di ristrutturazione o nei piani attestati non pare in alcun modo ammissibile.

---

[429] L'ipotesi è ventilata da KILDANI, *op.cit.*, 107.

[430] Così GIANOGLIO, *op.cit.*, 6. Dello stesso avviso anche A.ROSSI, in GROSSO, PADOVANI, PAGLIARO, *Trattato di diritto penale, Illeciti penali nelle procedure concorsuali*, Giuffrè, Milano, 2014, 282; LO CASCIO, *Il professionista attestatore*, in *Fall.*, 2013, 1329, secondo cui "*a fronte della terminologia adoperata, si tratta pur sempre di un giudizio prognostico del recupero della crisi e le espressioni* "idoneità*", "*attuabilità*" e "*fattibilità*" sono sostanzialmente assimilabili.*".

www.osservatorio-ocl.org

Il professionista attestatore, in conclusione, non potrebbe essere considerato pubblico ufficiale alla luce dell'esercizio della pubblica funzione amministrativa, in quanto l'attività di tale soggetto non si conclude con la manifestazione della volontà della pubblica amministrazione, e nemmeno potrebbe essere accolta la tesi secondo cui il potere certificativo lui attribuito costituisca esercizio di funzione amministrativa propedeutica alla funzione giudiziaria.

L'impostazione sopra delineata non ha sicuramente trovato fortuna in dottrina[431], anche in ragione dell'obiezione logica, maturata tuttavia successivamente all'introduzione dell'art. 236-*bis* L.Fall., secondo cui se si qualificasse il professionista attestatore come pubblico ufficiale "*non avrebbe davvero avuto senso introdurre una disciplina* ad hoc *delle relative ipotesi di falsità, significativamente diversa da quella che caratterizza i delitti contro la fede pubblica dei pubblici ufficiali.*".[432]

D'altro canto la ricostruzione sopra prospettata è stata recisamente esclusa anche da una delle rarissime pronunce giurisprudenziali in materia.[433]

---

[431] Si vedano, tra gli altri, BORSARI, *op. cit.*, 86; KILDANI, *op.cit.*, 108.
CIARAMELLA-GIANARIA, *L'attestatore nella procedura concordataria: considerazioni sulla responsabilità penale*, in *Il Nuovo Diritto delle Società*, n. 17, 2015, 110. Gli autori rilevano come "*ove all'attestatore fosse riferibile l'esercizio delle pubbliche funzioni ex art. 357 c.p., discenderebbero conseguenze importanti, prima tra le quali l'applicabilità dell'art. 361 c.p., che imporrebbe all'attestatore l'obbligo di denuncia per i fatti di reato riscontrati nell'esercizio dell'attività.*"; MINNITI, *La nuova responsabilità penale dell'attestatore*, in *www.ilFallimentarista.it*, 2; SPINOSA, *Il c.d. decreto sviluppo nel sistema della legge fallimentare: i rapporti tra nuove procedure concorsuali e profili di responsabilità penale*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 13;
M. LANZI, *Il professionista incaricato della relazione per l'ammissione al concordato preventivo non è pubblico ufficiale*, in *Fall.*, 2010, 1444; SCARABELLO, in GRIGOLIN-PERACIN-BASILE-CAVALIERE (a cura di), *L'attestazione dell'esperto negli accordi di ristrutturazione del debito e nei piani di risanamento, L'esperto attestatore: nuove questioni in tema di responsabilità*, 32. Il documento è stato predisposto dalla Commissione Ristrutturazione e Risanamento Aziendale costituita presso l'Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili di Padova ed è disponibile su *www.cortellazzo-soatto.it*.

[432] In questi termini si esprime PIVA, *Vecchie soluzioni per nuovi problemi nella falsa attestazione del professionista*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 3.
Dello stesso avviso anche MANFREDI, *Appunti brevi sulle competenze e sulle responsabilità dell'attestatore* ex *art. 67 l. fall.*, in *www.ilFallimentarista.it*, 3.

[433] Trib. Torino, 31 marzo 2010, in *Fall.*, 2010, 1439.

www.osservatorio-oci.org

La sentenza in oggetto, dopo aver rilevato l'importanza ricoperta dalla relazione del professionista e la necessaria attività di verifica che lo stesso è tenuto ad operare, fa notare come "*nonostante detto professionista debba necessariamente avere una posizione di terzietà, dovendo fornire al giudice ed al commissario giudiziale seri elementi di valutazione, è altrettanto vero che egli è legato da un rapporto di fiducia all'imprenditore che lo ha nominato scegliendolo a preferenza di altri, circostanza questa che (involgendo in qualche misura una dipendenza funzionale da una parte processuale) di per sé rende ardua l'assimilazione al pubblico ufficiale (cfr. Cass. Pen., Sez. VI, 31656, 13 febbraio 2008*[434]*).*".[435]

Il Tribunale di Torino, dunque, nel negare la qualifica pubblicistica al professionista attestatore[436], si pone nel solco già segnato in materia civilistica dalla Corte di Cassazione, secondo cui "*è di tutta evidenza che lo svolgere le funzioni di curatore è qualcosa di assolutamente diverso rispetto al semplice redigere una relazione per conto di una società che richiede l'ammissione ad un concordato preventivo.*

Tra le numerose e lapalissiane differenze basta soltanto rammentare che il curatore ricopre la funzione di pubblico ufficiale incaricato della gestione del patrimonio del fallito, mentre il professionista è soltanto un privato che

[434] Cass. Pen., Sez. VI, 13 febbraio 2008, n. 31656 in *Riv. pen*., 2009, 1331.

[435] Trib. Torino, *cit.* Il Tribunale rileva come sia emblematica in relazione al ruolo da riconoscersi al professionista attestatore "*la complessiva disciplina della sua figura, con particolare riferimento ai requisiti richiesti ed al regime delle incompatibilità. Minori infatti sono i requisiti richiesti, rispetto a quelli che riguardano il curatore.*".

[436] L'attività del Tribunale di Torino, culminata con l'esclusione della configurabilità della qualifica di pubblico ufficiale in capo al professionista attestatore, è stata tuttavia criticata sotto diverso angolo visuale.

Stanti le difficoltà ermeneutiche sul punto, infatti, si rileva come "*il Tribunale di Torino si sia limitato a pronunciarsi seguendo in senso stretto la lettera dell'imputazione contestata (...). Si ritiene tuttavia che, pur nei limiti della necessaria correlazione tra imputazione e sentenza di cui all'art. 521 c.p.p., il giudice avrebbe ben potuto trovare, o per lo meno cercare, una chiave, una scelta interpretativa che consentisse di trovare una ragionata e, per quanto possibile, definitiva soluzione alla questione sin qui dibattuta che, evidentemente, è ancora lontana dal potersi dire conclusa e risolta.*" (così M. LANZI, *op. cit.*, 1446).

www.osservatorio-oci.org

effettua una prestazione professionale per conto di un imprenditore non ancora sottoposto ad alcuna procedura concorsuale.".[437]

Devono rilevarsi anche, *inter alia*, le posizioni dottrinarie generalmente contrarie tanto alla configurabilità, in capo al professionista attestatore, del reato di cui all'art. 373 c.p.[438] quanto di quello disciplinato all'art. 483 c.p.[439]
In ordine alla prima ipotesi interpretativa è stato rilevato che "*l'impossibilità – in mancanza di una nomina proveniente dall'autorità giudiziaria – di equiparare il professionista,* ex *art. 161 l.fall., al consulente tecnico e al perito nominati nel corso di un procedimento giudiziario, appare, inoltre, di per sé ostativa all'applicabilità dei reati propri di cui all'art. 64 cod. proc. civ. previsti per gli ausiliari del giudice, attraverso il richiamo delle disposizioni del codice penale relative ai periti.*".[440]
Per quanto riguarda, invece, la seconda delle problematiche prospettata, si è ritenuta l'inapplicabilità dell'art. 483 c.p. in quanto la condotta descritta nella norma incriminatrice, vale a dire la pubblica attestazione di fatti da parte del pubblico ufficiale, "*non si presta a recepire la concatenazione complessa di falsa attestazione – proposta – accettazione – provvedimento di omologazione; e ciò sull'assorbente rilievo che tale provvedimento conclusivo della procedura non è un atto derivato e obbligatoriamente condizionato dall'attestazione rilasciata dal professionista attestatore, bensì un atto*

[437] Così testualmente Cass. Civ., Sez. I, 29 ottobre 2009, n. 22927, in *Giust. Civ*., 2009, I, 2647.
[438] L'art. 373 c.p., rubricato "*Falsa perizia o interpretazione",* prevede che: "*Il perito o l'interprete, che, nominato dall'Autorità giudiziaria, dà parere o interpretazioni mendaci, o afferma fatti non conformi al vero, soggiace alle pene stabilite nell'articolo precedente.*
La condanna importa, oltre l'interdizione dai pubblici uffici, l'interdizione dalla professione o dall'arte.".
[439] L'art. 483 c.p., rubricato "*Falsità ideologica commessa dal privato in atto pubblico*", sancisce che: "*Chiunque attesta falsamente al pubblico ufficiale, in un atto pubblico, fatti dei quali l'atto è destinato a provare la verità, è punito con la reclusione fino a due anni.*
Se si tratta di false attestazioni in atti dello stato civile, la reclusione non può essere inferiore a tre mesi.".
[440] In questo modo si esprime TETTO, *Le false o fraudolente attestazioni del professionista* ex *art. 161, comma 3, l. fall.: alla ricerca di un'evanescente tipicità penalmente rilevante*, in *Fall.*, 2012, 847; di opinione analoga anche SCARABELLO, *op. cit.*, 32; BORSARI, *op. cit.*, 89; CASAROLI, in MAFFEI ALBERTI (a cura di), *Commentario breve alla legge fallimentare*, sub *art. 236*-bis, VI, Cedam, Padova, 2013, 1586.

www.osservatorio-ocl.org

autonomo del tribunale all'esito di un procedimento che, pur nella diversità delle opzioni interpretative sul punto, risulta connotato da una attività di verifica normativamente riservata all'ufficio giudiziario.".[441]

In dottrina si è poi esclusa in maniera abbastanza agevole la possibile applicabilità alla falsa attestazione dell'art. 485 c.p.[442]

Anche considerando il concetto di "scrittura privata" secondo un'interpretazione estensiva volta a comprendere nella categoria anche scritture solo potenzialmente produttive di effetti giuridici, infatti, la criticità permane.

Il presidio penalistico di cui all'art. 485 c.p. è volto a sanzionare la falsità materiale, vale a dire il vizio che insiste sulla genuinità e non sulla veridicità del documento, avendo poi la Suprema Corte sancito come tale assetto non venga meno neppure nei casi in cui sia necessario tutelare la corretta informazione della controparte in un rapporto economico.[443]

---

[441] Così testualmente TETTO, *op. cit.*, 847; dello stesso avviso anche PASQUARIELLO, *La responsabilità penale dei protagonisti delle procedure di composizione negoziale della crisi d'impresa*, in *Atti del Convegno di Bologna del 24 gennaio 2011*,19; ZINCANI, *Il nuovo art. 217 bis L.Fall.: la ridefinizione dei reati di bancarotta*, in *Fall.*, 2011, 527.
Conformemente si veda anche KILDANI, *op. cit*., 109, secondo cui l'applicabilità dell'art. 483 c.p. sarebbe esclusa in quanto esso "*presuppone che una dichiarazione di scienza sia ricevuta direttamente da un pubblico ufficiale che la trasfonda in un atto pubblico. Se pure è vero che la relazione del professionista per il concordato preventivo è destinata a confluire nel materiale allegato al ricorso e presentato all'attenzione del giudice, non è però vero che sulla base di essa sarà formato un atto pubblico quale può essere il decreto di omologazione del concordato: tale atto, infatti, non è necessariamente condizionato dal contenuto della relazione, sul quale, evidentemente, l'organo giurisdizione ha un più o meno vasto sindacato, ma è frutto di una procedura almeno parzialmente negoziata con l'adunanza dei creditori.*".
GIANOGLIO, *op.cit.*, 12, che rileva come "*ancor meno concreto risulta il rapporto tra la dichiarazione del privato e l'atto del pubblico ufficiale nelle ipotesi di piano di risanamento e di accordi di ristrutturazione, nei quali la relazione, contenente false attestazioni, non è rivolta all'autorità giudiziaria.*"
Si veda anche CERQUA, *La tutela penale del concordato e dei piani attestati*, in *Fall.*, 2014, 1119.

[442] L'art. 485 c.p., rubricato "*Falsità in scrittura privata*", dispone che: "*Chiunque, al fine di procurare a sé o ad altri un vantaggio o di recare ad altri un danno, forma, in tutto o in parte, una scrittura privata falsa, o altera una scrittura privata vera, è punito, qualora ne faccia uso o lasci che altri ne faccia uso, con la reclusione da sei mesi a tre anni. Si considerano alterazioni anche le aggiunte falsamente apposte a una scrittura vera, dopo che questa fu definitivamente formata.*".

[443] Cass. Pen., Sez. V, 20 gennaio 2009, n. 12373, in *Cass. Pen.*, 2010, 1507.

www.osservatorio-oci.org

Maggior fortuna[444] ha, di contro, ottenuto la diversa impostazione che riconduceva il professionista attestatore alla qualifica soggettiva di cui all'art. 359 c.p.[445] e, di conseguenza, permetteva la configurabilità in capo allo stesso il reato di cui all'art. 481 c.p.[446]

L'impostazione in discorso è stata accolta anche in una pronuncia giurisprudenziale emessa dal Giudice per le Indagini Preliminari presso il Tribunale di Rovereto[447].

Nel provvedimento si afferma chiaramente come il professionista non sia chiamato ad una mera elencazione dei beni e dei creditori, ma abbia il dovere di formulare un giudizio di veridicità, senza limitarsi a recepire passivamente le indicazioni dell'imprenditore.

Per approfondimenti v. KILDANI, *op. cit.*, nt. 29, ove si precisa che "*in giurisprudenza si è sostenuto che le comunicazioni contenenti informazioni ai clienti circa il rendimento di titoli di investimento siano qualificabili come scritture private poiché poste a garanzia della libera determinazione del contraente-investitore e della sua libertà di scelta tra l'opzione del mantenimento dell'impegno finanziario o il disinvestimento; tuttavia, quando tali comunicazioni siano regolarmente confezionate dai preposti dell'istituto bancario, non è possibile qualificarle come materialmente false, risultando quindi penalmente irrilevanti*.".

[444] La dottrina si è dimostrata generalmente favorevole a tale impostazione.
Si vedano, *ex multis*, M. LANZI, *op.cit.*, 1445; KILDANI, *op.cit.*, 108; SPINOSA, *op. cit.*, 13; A. LANZI, *Nuovi reati di false attestazioni da parte del professionista*, in *www.ilFallimentarista.it*, 1; GIANOGLIO, *op. cit.*, 11; MINNITI, *op.cit.*, 2; PIVA, *op.cit.*, 3; MONTELEONE, *op.cit.*, 4; SCARABELLO, *op. cit.*, 33.
Di opinione parzialmente difforme CASAROLI, *op. cit.*, 1586, secondo cui la soluzione prospettata "*presupponeva anche il riconoscimento di un mero potere di controllo formale in capo al Tribunale in sede di istruttoria; riconoscimento al quale sembra tuttora ostare la giurisprudenza di legittimità che, all'opposto, in relazione alla proposta di concordato, ammette il sindacato del Tribunale anche nel merito*.".

[445] L'art. 359 c.p., rubricato "*Persone esercenti un servizio di pubblica* necessità", prevede che: "*Agli effetti della legge penale, sono persone che esercitano un servizio di pubblica necessità:* 1) *i privati che esercitano professioni forensi o sanitarie, o altre professioni il cui esercizio sia per legge vietato senza una speciale abilitazione dello Stato, quando dell'opera di essi il pubblico sia per legge obbligato a valersi;* 2) *i privati che, non esercitando una pubblica funzione, né prestando un pubblico servizio, adempiono un servizio dichiarato di pubblica necessità mediante un atto della pubblica Amministrazione*.".

[446] L'art. 481 c.p., rubricato "*Falsità ideologica in certificati commessa da persone esercenti un servizio di pubblica necessità*", sancisce che: "*Chiunque, nell'esercizio di una professione sanitaria o forense, o di un altro servizio di pubblica necessità, attesta falsamente, in un certificato, fatti dei quali l'atto è destinato a provare la verità, è punito con la reclusione fino a un anno o con la multa da cinquantuno euro a cinquecentosedici euro. Tali pene si applicano congiuntamente se il fatto è commesso a scopo di lucro*.".

[447] Trib.Rovereto, 12 gennaio 2012, in *Fall.*¸ 2012, 834 ss.

www.osservatorio-oci.org

Secondo il Tribunale, poi, sarebbe "*innegabile che la relazione, inserendosi nel procedimento giurisdizionale, in concreto sostituisce i poteri istruttori del Tribunale e detto specifico ruolo risulta enfatizzato dal fatto stesso che si tratti di una condizione di ammissibilità del concordato. Una volta chiarito che la relazione dell'esperto, oltre ad un contenuto valutativo, è caratterizzata da un contenuto certificativo – dal quale discende uno specifico valore probatorio – appare evidente 'astratta configurabilità dei reati di falso, ed in particolare del reato di falso ideologico commesso da parsone esercenti un servizio di pubblica necessità.".*[448]

Pare ancora opportuno dar conto di come parte dei commentatori preferisse invece optare per il riconoscimento di una natura prettamente privatistica della figura del professionista attestatore, assimilando lo stesso al revisore societario chiamato ad attestare la credibilità della documentazione informativa redatta dal privato.[449]

In relazione a tale impostazione, di contro, attenta dottrina ha rilevato come "*una certificazione da parte del professionista, condotta secondo i criteri di analiticità di una revisione contabile, oltre a non essere in concreto esigibile (stante l'urgenza nell'espletamento dell'incarico), non è richiesta né dal tenore letterale, né dalla* ratio *dell'art. 161 l.fall.*".[450]

Non inutile pare poi rilevare, *en passant*, come, in riferimento all'eventuale obbligo del detto soggetto di evidenziare condotte illecite poste in essere dal debitore o da esponenti societari, "*non si rinvengono elementi per limitare il dovere di fedeltà informativa del professionista (richiesto proprio per una finalità di accertamento volto alla veridicità del dato): certamente non giova il richiamo ad un qui inesistente divieto di "*edere contra se*", esimente*

[448] Trib. Rovereto, *cit.*, 838.
[449] In questo senso GIANOGLIO, *op. cit.*, 7; SPINOSA, *op. cit.*, 13; MANFREDI, *op. cit.*, 3.
[450] Così testualmente TETTO, *op. cit.*, 849. L'autore dà anche conto (nt. 25) di come la giurisprudenza, per quanto prima della riforma operata con d.lgs. 169/2007, abbia ritenuto "*la sostanziale attendibilità della situazione patrimoniale e finanziaria della società così come rappresentata dall'organo gestorio"* garanzia informativa idonea ad indirizzare la valutazione del ceto creditorio sulla convenienza della proposta concordataria (C.App. Torino, 19 giugno 2007, in *Fall.*, 2007, 1319).

www.osservatorio-oci.org

applicabile soltanto alla realtà processuale e non estensibile oltre i confini della dialettica ad essa sottesa.".[451]

Trasferendo l'analisi sulla seconda categoria di alternative interpretative menzionate in testa al presente paragrafo, ci si accinge a passare in rassegna i punti di criticità inerenti all'eventuale applicazione al professionista attestatore della disciplina del concorso eventuale di persone nel reato di cui agli artt. 110 ss. c.p.

In ordine a questa specifica problematica è utile indicare, *in limine*, come l'aspetto controverso non risieda nella possibilità di applicazione, quanto invece nei ristretti limiti entro cui la condotta del professionista attestatore possa configurarsi come diverso reato commesso in concorso.

Una prima possibilità si è rinvenuta nella configurabilità del reato di truffa di cui all'art. 640 c.p.[452], commesso dal professionista attestatore in concorso con il debitore.

La modalità comportamentale richiesta dalla norma incriminatrice per l'integrazione del fatto di reato era stata ritenuta sussistere da parte della dottrina, ad esempio, nel caso in cui l'attestatore si fosse accordato con il debitore per attestare un piano contenente dati falsi allo scopo di indurre i creditori ad accettare le condizioni previste per il piano stesso, sapendo che queste non si sarebbero verificate.[453]

---

[451] Così testualmente SANDRELLI, in LO CASCIO (a cura di), *Codice commentato del fallimento, Disposizioni penali*, II, Giuffrè, Milano, 2013, 2420 ss.; si veda anche A.ROSSI, *op. ult. cit.*, 285.

[452] L'art. 640 c.p., rubricato "*Truffa*", sancisce che: "*Chiunque, con artifizi o raggiri, inducendo taluno in errore, procura a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da euro 51 a euro 1.032.*
La pena è della reclusione da uno a cinque anni e della multa da euro 309 a euro 1.549:
1) *se il fatto è commesso a danno dello Stato o di un altro ente pubblico o col pretesto di far esonerare taluno dal servizio militare;* 2) *se il fatto è commesso ingenerando nella persona offesa il timore di un pericolo immaginario o l'erroneo convincimento di dovere eseguire un ordine dell'Autorità.*
Il delitto è punibile a querela della persona offesa, salvo che ricorra taluna delle circostanze previste dal capoverso precedente o un'altra circostanza aggravante.".

[453] L'esempio è citato da SCARABELLO, *op. cit.*, 34.

www.osservatorio-oci.org

Ferma la necessità, in tal caso, di provare il dolo specifico da parte del professionista (e dunque la previa conoscenza della destinazione ingannatoria della relazione), la soluzione sopra prospettata non potrebbe riguardare tutte le procedure di composizione concordata della crisi d'impresa.

Attente voci dottrinali hanno infatti rilevato come "*nel caso degli accordi di ristrutturazione, il consenso dei creditori aderenti non è affatto basato sulla persuasività della relazione del professionista: è semmai questa che, al contrario deve convincere della bontà della soluzione i creditori rimasti estranei. Tuttavia, poiché costoro hanno il potere di presentare opposizione al tribunale, che solo all'esito del relativo esame può dichiarare l'omologazione, è da condividersi l'opinione secondo cui l'assetto procedurale degli accordi di ristrutturazione "*spezza*" la sequenza tipica della truffa. Per gli stessi motivi la fattispecie incriminatrice della truffa non sembra applicabile nel caso dei piani attestati di cui all'art. 67, comma 3, lett.* d,*: essi infatti non si legano all'ingresso in una procedura di confronto dialettico con i creditori, ma semplicemente rilevano a posteriori ai fini della sottrazione all'azione revocatoria di determinati pagamenti.*".[454]

La seconda fattispecie incriminatrice configurabile come commessa in concorso dal professionista attestatore è poi quella di cui all'art. 236 L.Fall.[455]. Secondo la dottrina, infatti, la falsità nella relazione del professionista "*presenta forti analogie con quella dell'imprenditore che produce falsa documentazione al fine di essere ammesso ad un concordato preventivo: in entrambi i casi la tutela penale interviene per garantire che dichiarazioni di*

[454] Così si esprime lucidamente KILDANI, *op. cit.*¸110.

[455] L'art. 236 L.Fall., rubricato "*Concordato preventivo*", sancisce che: "*È punito con la reclusione da uno a cinque anni l'imprenditore, che, al solo scopo di essere ammesso alla procedura di concordato preventivo siasi attribuito attività inesistenti, ovvero, per influire sulla formazione delle maggioranze, abbia simulato crediti in tutto o in parte inesistenti.*
Nel caso di concordato preventivo si applicano: 1) *le disposizioni degli artt. 223 e 224 agli amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori di società;* 2) *la disposizione dell'art. 227 agli institori dell'imprenditore;* 3) *le disposizioni degli artt. 228 e 229 al commissario del concordato preventivo;* 4) *le disposizioni degli artt. 232 e 233 ai creditori.*".

www.osservatorio-oci.org

provenienza privatistica, riguardo alle quali il giudice compie un'attività meramente delibatoria, possano essere considerate "fededegne*".*".[456]

È appena il caso di rilevare come, stando alla lettera dello stesso art. 236 L.Fall., la fattispecie sia applicabile solamente all'istituto del concordato preventivo e non agli altri strumenti di risoluzione concordata delle crisi d'impresa approntati dal legislatore, in ossequio al principio di tassatività.[457]

Cionondimeno i punti di criticità sembrano permanere anche avallando la (non pacifica[458]) interpretazione estensiva della Cassazione[459] secondo cui il reato in oggetto sarebbe integrato anche dall'omessa indicazione di debiti o dalla sopravalutazione di crediti, e quindi la simulazione o dissimulazione, anche parziali, dell'attivo o del passivo, ed in generale da tutte le operazioni che, alterando il risultato finale della situazione patrimoniale al momento della proposta, comportano un'automatica attribuzione di attivo, ideologicamente falsa.

Secondo le parole dell'Ufficio Studi della Corte di Cassazione, infatti, "*soggetto attivo del reato è il solo imprenditore individuale"*[460] non potendo, di contro, essere chiamati a rispondere per la fattispecie in oggetto i titolari di funzioni organiche delle società commerciali, per quanto legittimati a chiedere l'ammissione al concordato preventivo.

Di conseguenza "*il professionista potrebbe essere chiamato a rispondere, a titolo di concorso, di questo reato solo nel caso in cui la sua falsa relazione accompagni la domanda di ammissione al concordato preventivo presentata dall'imprenditore individuale (non anche, dunque, quando la domanda sia presentata da una società).*".[461]

Secondo la dottrina, inoltre, sembrerebbe da escludere "*la possibilità che questa fattispecie sia applicabile al professionista che rediga una relazione*

---

[456] Così GUERINI, *op. cit.*, 6; v. anche SPINOSA, *op. cit.*, 13; CASAROLI, *op. cit.*, 1586.
[457] In questo senso KILDANI, *op. cit.*¸110.
[458] Cass. Pen., Sez. V, 3 luglio 1991, n. 9392, in *Cass. Pen.*, 1992, 166.
[459] Cass. Pen., Sez. V, 23 marzo 2000, n. 3736, in *Riv. Pen.*, 2000, 694.
[460] Relazione III/07/2012, *cit.*, 3.
[461] Così testualmente Relazione III/07/2012, *cit.*, 3.

www.osservatorio-oci.org

falsa nell'interesse non dell'imprenditore, ma, ad esempio, di un creditore o di un terzo.".[462]

Per concludere, poi, anche dal punto di vista dell'elemento oggettivo del reato il principio di tassatività pone un limite invalicabile: le condotte che integrano la fattispecie di cui all'art. 236 L.Fall., difatti, sono "*più peculiarmente connotate rispetto alla semplice falsità e, se pure ricevono dal dolo specifico che le accompagna una particolare dimensione offensiva, non possono essere oggetto di interpretazioni analogiche funzionali alla protezione del medesimo bene giuridico.*".[463]

3.2.2 Il reato proprio e l'attestatore di fatto

Alla luce delle insuperabili difficoltà ermeneutiche in punto qualifica soggettiva da conferirsi al professionista attestatore, l'art. 236-*bis* L.Fall. è intervenuto, quasi come un *deus ex machina*, a dissipare i dubbi e dipanare la matassa.

La norma incriminatrice di cui si discorre si configura infatti come reato proprio, potendo essere commesso solamente dal soggetto incaricato di redigere le attestazioni di cui agli artt. 67, comma 3, lettera *d)* L.Fall., 161, comma 3 L.Fall., 182-*bis* L.Fall., 182-*quinquies* L.Fall. e 186-*bis* L.Fall.

La dottrina si trova concorde sul punto[464], per quanto alcune voci si siano spinte oltre.

Le opinioni cui da ultimo si è fatto riferimento hanno ricondotto il reato di cui all'art. 236-*bis* L.Fall. alla categoria dei c.d. "*reati di mano propria*", che scarsamente tollerano l'estensione della punibilità a soggetti di fatto.[465]

---

[462] BRICCHETTI-PISTORELLI, *Operazioni di risanamento, professionisti nel mirino*, in *Lex24*, n.29, 2012, 45 ss. disponibile su *www.diritto24.ilsole24ore.com*; cfr. anche Relazione III/07/2012, *cit.*, 3.

[463] Con queste parole si esprime KILDANI, *op. cit.*¸110.

[464] Si vedano, *ex multis*, BORSANI, *op.cit.*, 92; KILDANI, *op. cit.*, 111; A. LANZI, *op. cit.*, 2.

[465] Così CONSULICH, *op. cit.*, 622; L'autore definisce, creativamente, il reato come "*iperproprio*".

www.osservatorio-oci.org

Secondo tale impostazione il reato in oggetto potrebbe essere posto in essere "*solo e soltanto da parte di chi, apponendo la propria firma, si appropria del contenuto dell'attestazione sottoscritta, attribuendole la capacità ingannatoria che viene tipizzata nell'incriminazione.*".[466]

Operando un parallelismo tra attività gestoria (propria dell'amministratore di fatto) e attività certificatoria (che dovrebbe essere posta in essere da un eventuale attestatore di fatto), appare evidente come la seconda abbia natura formale e non operativa.

Il reato, inoltre, si baserebbe "*sull'abuso della fiducia riposta da terzi nell'attestatore formalmente incaricato*" e, di conseguenza, esso potrebbe essere perpetrato "*solo dal soggetto che spende il proprio nome come terzo indipendente ed imparziale*", configurandosi gli apporti materiali o morali all'attestazione da parte di terzi solamente come contributi concorsuali atipici di figure estranee al reato proprio posto in essere dal soggetto qualificato.[467]

È da rilevare, in conclusione, come il fenomeno dell'attestatore di fatto, la cui concretizzazione non è difficile da immaginare all'interno delle dinamiche economiche[468], trovi in ogni caso i commentatori divisi tra l'impostazione di cui sopra e l'apertura ai soggetti di fatto ormai graniticamente consolidata nell'ambito dei reati inerenti le procedure concorsuali.

---

[466] Così testualmente CONSULICH, *op. cit.*, 622.

[467] In questo senso CONSULICH, *op. cit.*, 623.

[468] MINNITI, *op. cit.*, 6; secondo l'autore l'accorpamento in un unico soggetto estensore e controllore del piano potrebbe trovare frequente applicazione in ragione del contenimento dei costi e della velocizzazione della procedura di predisposizione del piano medesimo.
Si veda anche, in senso dubitativo, MINNITI, in PAJARDI (a cura di), *Codice del fallimento*, sub *art. 236*-bis, Giuffrè, Milano, 2013, 2341.
In senso apertamente affermativo si fa invece riferimento a DEMARCHI ALBENGO, *La fattispecie incriminatrice di cui al nuovo articolo 236*-bis *della legge fall.:la responsabilità penale dell'attestatore,* in *www.ilCaso.it*, 2012, 3, secondo cui "*chiunque si inserisca nello sviluppo causale dell'azione, simulando una qualifica che non possiede, sarà comunque destinatario diretto della sanzione penale.*".

www.osservatorio-oci.org

3.3 Condotta, rilevanza delle informazioni e falso valutativo

3.3.1 La difficile posizione del professionista attestatore

Dopo aver dato conto, nel precedente paragrafo, degli approdi interpretativi cui giurisprudenza e dottrina, pur non senza alcune discutibili soluzioni esegetiche, sono giunte, occorre ora completare l'analisi in punto soggetto attivo.

In particolar modo si passa ad individuare il professionista attestatore nella sua concreta figura professionale, tanto dal punto di vista dei già citati requisiti necessari per la nomina quanto da quello degli strumenti di risoluzione negoziale delle crisi di impresa per cui l'apporto di tale soggetto è configurato come imprescindibile dal legislatore.

Principiando dal primo dei due punti focali succitati si deve dar nota di come sia il legislatore che la giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione[469] abbiano chiarito che il professionista attestatore necessita del possesso di connotati tecnici e professionali rappresentanti "*una duplice garanzia (...) che deriva non solo dall'obbligo per l'esperto di sottostare a regole deontologiche e di decoro particolarmente stringenti, ma anche dal fatto che, in assenza di uno solo o di entrambi i requisiti richiesti dalla legge, troverà applicazione l'art. 348 c.p.*[470]*, ove si punisce il reato di esercizio abusivo di una professione.*".[471]

Il dettato normativo contenuto nell'art. 67, comma 3, lett. *d.* L.Fall., dal canto suo, ricollega il ruolo del professionista attestatore in primo luogo

[469] La già citata sentenza 1521/2013 della Corte di Cassazione chiarisce che all'attestatore "*è attribuita la funzione di fornire dati, informazioni e valutazioni sulla base di riscontri effettuati dall'interno. (...) Pur non essendo un consulente del giudice – come si desume dal fatto che è il debitore a nominarlo – il professionista attestatore ha le caratteristiche di indipendenza e professionalità idonee a garantire una corretta attuazione del dettato normativo.*" (Cass. Civ., Sez. Un., 23 gennaio 2013, n. 1521, in *www.iusexplorer.it*.).

[470] L'art. 348 c.p., rubricato "*Abusivo esercizio di una professione*", sancisce che: "*Chiunque abusivamente esercita una professione, per la quale è richiesta una speciale abilitazione dello Stato, è punito con la reclusione fino a sei mesi o con la multa da centotre euro a cinquecentosedici euro.*".

[471] Così si esprime testualmente GUERINI, *op. cit.*, 9.

www.osservatorio-oci.org

all'iscrizione al registro dei revisori contabili; egli deve poi possedere i requisiti indicati dall'art. 28, comma 1, lett. *a* e *b*, della legge fallimentare[472] per la nomina a curatore fallimentare.

Per quanto riguarda l'aspetto dell'indipendenza il soggetto, secondo il testo normativo di riferimento, "*è indipendente quando non è legato all'impresa e a coloro che hanno interesse all'operazione di risanamento da rapporti di natura personale o professionale tali da comprometterne l'indipendenza di giudizio; in ogni caso, il professionista deve essere in possesso dei requisiti previsti dall'art. 2399*[473] *del codice civile e non deve, neanche per il tramite di*

---

[472] L'art. 28 L.Fall., rubricato "*Requisiti per la nomina a curatore*", prevede che: "*Possono essere chiamati a svolgere le funzioni di curatore:*
a) *avvocati, dottori commercialisti, ragionieri e ragionieri commercialisti;*
b) *studi professionali associati o società tra professionisti, sempre che i soci delle stesse abbiano i requisiti professionali di cui alla lettera a). In tale caso, all'atto dell'accettazione dell'incarico, deve essere designata la persona fisica responsabile della procedura;*
c) *coloro che abbiano svolto funzioni di amministrazione, direzione e controllo in società per azioni, dando prova di adeguate capacità imprenditoriali e purché non sia intervenuta nei loro confronti dichiarazione di fallimento.*
Non possono essere nominati curatore il coniuge, i parenti e gli affini entro il quarto grado del fallito, i creditori di questo e chi ha concorso al dissesto dell'impresa durante i due anni anteriori alla dichiarazione di fallimento, nonché chiunque si trovi in conflitto di interessi con il fallimento.".
È appena il caso di notare che, nell'ipotesi di conferimento dell'incarico a studi professionali associati o società tra professionisti, la dottrina tendenzialmente sostiene la necessità che tutti i componenti dell'organismo in questione siano in possesso dei requisiti richiesti (cfr. SCHIAVANO, *Il professionista attestatore nelle soluzioni concordate delle crisi di impresa: la sua qualifica penalistica*, in *Riv. Trim. Dir. pen. Ec.*, 2010, 281).

[473] L'art. 2399 c.c., rubricato "*Cause d'ineleggibilità e* decadenza", prevede che "*Non possono essere eletti alla carica di sindaco e, se eletti, decadono dall'ufficio:*
a) *coloro che si trovano nelle condizioni previste dall'articolo 2382* (si fa qui riferimento all'interdetto, all'inabilitato, al fallito, o a chi sia stato condannato ad una pena che importa l'interdizione, anche temporanea, dai pubblici uffici o l'incapacità ad esercitare uffici direttivi)*;*
b) *il coniuge, i parenti e gli affini entro il quarto grado degli amministratori della società, gli amministratori, il coniuge, i parenti e gli affini entro il quarto grado degli amministratori delle società da questa controllate, delle società che la controllano e di quelle sottoposte a comune controllo;*
c) *coloro che sono legati alla società o alle società da questa controllate o alle società che la controllano o a quelle sottoposte a comune controllo da un rapporto di lavoro o da un rapporto continuativo di consulenza o di prestazione d'opera retribuita, ovvero da altri rapporti di natura patrimoniale che ne compromettano l'indipendenza.*
La cancellazione o la sospensione dal registro dei revisori legali e delle società di revisione legale e la perdita dei requisiti previsti dall'ultimo comma dell'articolo 2397 sono causa di decadenza dall'ufficio di sindaco.

www.osservatorio-oci.org

soggetti con i quali è unito in associazione professionale, avere prestato negli ultimi cinque anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore ovvero partecipato agli organi di amministrazione o di controllo.".[474]
Come facilmente desumibile, il numero e la pregnanza dei requisiti per la nomina al ruolo di professionista attestatore rendono, almeno astrattamente, molto stringenti le condizioni per l'accesso alla carica.
Le prime indicazioni giurisprudenziali, poi, paiono confermare la linea suindicata, in quanto è stata richiesta la sussistenza di specifica indicazione in punto indipendenza da parte del professionista all'interno dell'attestazione.[475]
Cionondimeno, lucida dottrina ha rilevato come non sia ancora possibile valutare "*quanto saranno efficaci al fine di garantire l'effettiva indipendenza del professionista – e quindi l'attendibilità delle sue valutazioni – se si tiene presente il fatto che egli viene comunque scelto dal debitore (e viene da questo remunerato), e che non è previsto un meccanismo di ricusazione.*".[476]
È appena il caso di notare come gli elementi appena analizzati, sebbene normativamente previsti solamente in riferimento al piano di risanamento attestato di cui all'art. 67, comma 3, lett. *d*, L.Fall., siano pacificamente applicabili agli altri strumenti di risoluzione concordata della crisi di impresa in cui sia presente la figura del professionista attestatore, mediante il richiamo espresso operato in ciascuno di essi al suddetto articolo di legge.

Spostando la focalizzazione della trattazione proprio sull'attività del professionista, occorre in primo luogo indicare quali siano le fattispecie in cui l'operato dello stesso sia configurato come indispensabile dal legislatore.

Lo statuto può prevedere altre cause di ineleggibilità o decadenza, nonché cause di incompatibilità e limiti e criteri per il cumulo degli incarichi.".
[474] Così recita l'art. 67, comma 3, lett. *d*, L.Fall.
[475] In dottrina v. BERSANI, *op. cit.*, 9; in giurisprudenza Trib. Terni, 28 gennaio 2013, disponibile su *www.ilCaso.it* e Trib. Novara, 27 febbraio 2013, disponibile su *www.ilfallimentarista.it.*
[476]Con questi termini si esprime LENOCI, *Ruolo e responsabilità dell'esperto. L'indipendenza e il richiamo alla disciplina sui sindaci*, in *www.ilFallimentarista.it*, 5.

www.osservatorio-oci.org

Tale analisi appare non inutile, al fine di dar conto in modo oggettivo di un orientamento dottrinario attestato su posizioni opposte rispetto a quello con cui ci si è in precedenza dichiarati allineati.[477]

In primis il già citato art. 67, comma 3, lett. *d*, L.Fall. prevede che l'attestatore rediga una relazione che asseveri che "*il piano sia idoneo a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria.*".

Può risultare interessante dar atto di una presa di posizione critica di alcune voci dottrinarie[478] in relazione non tanto allo strumento in sé, quanto all'oggetto dell'attestazione.

Secondo tale tesi la norma penale oggetto del presente capitolo non andrebbe a tutelare direttamente il diritto ad una corretta informazione, essendo invece rivolta ad un interesse dello stato a che l'esenzione dalla revocatoria fallimentare ricollegata al piano attestato si applichi con riferimento ad un progetto meritevole di fiducia o almeno fondato su dati veritieri.

È da rilevare come, tuttavia, la stessa dottrina ammetta poi che sia presente anche un evidente interesse all'idoneità del piano in riferimento ai creditori futuri che contratteranno con l'imprenditore, i quali potranno giovarsi dell'esenzione dall'azione revocatoria; in buona sostanza, nonostante l'accenno critico, la finalità dello strumento e, per esteso, dell'attestazione può essere agevolmente ricondotta alla già citata volontà di incentivazione dell'utilizzo degli strumenti di risoluzione concordata delle crisi di impresa.

In riferimento, poi, agli strumenti del concordato preventivo e dell'accordo di ristrutturazione dei debiti previsti, rispettivamente, agli articoli 161 e 182-*bis* L.Fall., si rileva come l'attestazione dell'esperto debba avere ad oggetto la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano (*rectius:* "attuabilità", almeno nel caso dello strumento ex art. 182-*bis* L.Fall., per quanto autorevole dottrina abbia rilevato come la differenza letterale non comporti un effettivo

[477] Si fa qui riferimento ad A.ROSSI, *op. ult. cit.*, 282 e, nel presente lavoro, si veda *supra*, 165.

[478] DEMARCHI ALBENGO, *op. cit.*, 9.

www.osservatorio-oci.org

mutamento di significato[479]); particolare attenzione deve essere poi posta, nel caso dell'accordo di ristrutturazione, all'idoneità del piano ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei all'accordo.

Appare opportuno, per completezza di trattazione, riferire anche di una divergenza di posizioni dottrinarie in relazione al ruolo dell'esperto nel caso di presentazione, da parte dell'imprenditore, di una dichiarazione attestante trattative in corso con creditori rappresentanti almeno il 60% del passivo *ex* art. 182-*bis*, comma 6, L.Fall..

A fronte di un dato normativo che prevede espressamente che l'attestazione del professionista abbia ad oggetto l'idoneità del piano oggetto di trattative a soddisfare i creditori con cui le trattive medesime non sono in corso o che si sono rifiutati di trattare, infatti, una certa opinione dottrinaria ha fatto leva sulla natura autocertificativa della dichiarazione dell'imprenditore per escludere il successivo controllo dell'esperto.[480]

Secondo opposte voci, invece, la differenza tra l'accordo concluso e la dichiarazione dell'imprenditore sopra descritta si attesterebbe, per quanto qui interessa, sull'oggetto della valutazione del professionista.

Nella situazione descritta dal comma 6 dell'art. 182-*bis* L.Fall., infatti, il professionista attestatore non dovrebbe analizzare la veridicità dei dati aziendali ma formulare invece solamente un giudizio prognostico sull'idoneità della proposta, se accettata, a garantire il soddisfacimento dei creditori estranei alla stessa.[481]

Venendo poi agli strumenti previsti dagli artt. 182-*quinquies*[482] e 186-*bis*[483] L.Fall., rispettivamente i cosiddetti finanziamenti-ponte e il concordato in continuità aziendale, si prevede un'attestazione in parte peculiare.

---

[479] DEMARCHI ALBENGO, *op. cit.*, 10.

[480] SANDRELLI, *Le esenzioni dai reati di bancarotta e il reato di falso in attestazioni e relazioni*, in *Fall.*, 2013, 799, nt. 37.

[481] In questo senso DEMARCHI ALBENGO, *op. cit.*, 11. Della stessa opinione anche KILDANI, *op. cit.*, 111.

[482] L'art. 182-*quinquies* L.Fall., rubricato "*Disposizioni in tema di finanziamento e di continuità aziendale nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei*

www.osservatorio-oci.org

debiti", così recita: "*Il debitore che presenta, anche ai sensi dell'articolo 161, sesto comma, una domanda di ammissione al concordato preventivo o una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'articolo 182*-bis*, primo comma, o una proposta di accordo ai sensi dell'articolo 182*-bis*, sesto comma, può chiedere al tribunale di essere autorizzato, anche prima del deposito della documentazione di cui all'articolo 161, commi secondo e terzo assunte se del caso sommarie informazioni, a contrarre finanziamenti, prededucibili ai sensi dell'articolo 111, se un professionista designato dal debitore in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera* d)*, verificato il complessivo fabbisogno finanziario dell'impresa sino all'omologazione, attesta che tali finanziamenti sono funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori.*
L'autorizzazione di cui al primo comma può riguardare anche finanziamenti individuati soltanto per tipologia ed entità, e non ancora oggetto di trattative.
Il debitore che presenta una domanda di ammissione al concordato preventivo ai sensi dell'articolo 161, sesto comma, anche in assenza del piano di cui all'articolo 161, secondo comma, lettera e)*, o una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'articolo 182*-bis*, primo comma, o una proposta di accordo ai sensi dell'articolo 182*-bis*, sesto comma, può chiedere al tribunale di essere autorizzato in via d'urgenza a contrarre finanziamenti, prededucibili ai sensi dell'articolo 111, funzionali a urgenti necessità relative all'esercizio dell'attività aziendale fino alla scadenza del termine fissato dal tribunale ai sensi dell'articolo 161, sesto comma, o all'udienza di omologazione di cui all'articolo 182*-bis*, quarto comma, o alla scadenza del termine di cui all'articolo 182*-bis*, settimo comma. Il ricorso deve specificare la destinazione dei finanziamenti, che il debitore non è in grado di reperire altrimenti tali finanziamenti e che, in assenza di tali finanziamenti, deriverebbe un pregiudizio imminente ed irreparabile all'azienda. Il tribunale, assunte sommarie informazioni sul piano e sulla proposta in corso di elaborazione, sentito il commissario giudiziale se nominato, e, se del caso, sentiti senza formalità i principali creditori, decide in camera di consiglio con decreto motivato, entro dieci giorni dal deposito dell'istanza di autorizzazione. La richiesta può avere ad oggetto anche il mantenimento di linee di credito autoliquidanti in essere al momento del deposito della domanda.*
Il tribunale può autorizzare il debitore a concedere pegno o ipoteca o a cedere crediti a garanzia dei medesimi finanziamenti.
Il debitore che presenta domanda di ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale, anche ai sensi dell'articolo 161, sesto comma, può chiedere al tribunale di essere autorizzato, assunte se del caso sommarie informazioni, a pagare crediti anteriori per prestazioni di beni o servizi, se un professionista in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d)*, attesta che tali prestazioni sono essenziali per la prosecuzione della attività di impresa e funzionali ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori. L'attestazione del professionista non è necessaria per pagamenti effettuati fino a concorrenza dell'ammontare di nuove risorse finanziarie che vengano apportate al debitore senza obbligo di restituzione o con obbligo di restituzione postergato alla soddisfazione dei creditori.*
Il debitore che presenta una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'articolo 182-bis*, primo comma, o una proposta di accordo ai sensi dell'articolo 182*-bis*, sesto comma, può chiedere al Tribunale di essere autorizzato, in presenza dei presupposti di cui al quinto comma del presente articolo, a pagare crediti anche anteriori per prestazioni di beni o servizi. In tal caso i pagamenti effettuati non sono soggetti all'azione revocatoria di cui all'articolo 67.*".

[483] L'art. 186-*bis* L.Fall., rubricato "*Concordato con continuità aziendale*", prevede che: "*Quando il piano di concordato di cui all'articolo 161, secondo comma, lettera* e) *prevede la prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore, la cessione dell'azienda in esercizio ovvero il conferimento dell'azienda in esercizio in una o più società, anche di*

Con riferimento ai finanziamenti-ponte, difatti, l'analisi del professionista deve vertere sulla funzionalità dei finanziamenti erogati ad assicurare il

---

nuova costituzione, si applicano le disposizioni del presente articolo. Il piano può prevedere anche la liquidazione di beni non funzionali all'esercizio dell'impresa.
Nei casi previsti dal presente articolo:
a) *il piano di cui all'articolo 161, secondo comma, lettera* e), *deve contenere anche un'analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato, delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura;*
b) *la relazione del professionista di cui all'articolo 161, terzo comma, deve attestare che la prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori;*
c) *il piano può prevedere, fermo quanto disposto dall'articolo 160, secondo comma, una moratoria fino a un anno dall'omologazione per il pagamento dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, salvo che sia prevista la liquidazione dei beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione. In tal caso, i creditori muniti di cause di prelazione di cui al periodo precedente non hanno diritto al voto.*
*Fermo quanto previsto nell'articolo 169-*bis, *i contratti in corso di esecuzione alla data di deposito del ricorso, anche stipulati con pubbliche amministrazioni, non si risolvono per effetto dell'apertura della procedura. Sono inefficaci eventuali patti contrari. L'ammissione al concordato preventivo non impedisce la continuazione di contratti pubblici se il professionista designato dal debitore di cui all'articolo 67 ha attestato la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento. Di tale continuazione può beneficiare, in presenza dei requisiti di legge, anche la società cessionaria o conferitaria d'azienda o di rami d'azienda cui i contratti siano trasferiti. Il giudice delegato, all'atto della cessione o del conferimento, dispone la cancellazione delle iscrizioni e trascrizioni.*
Successivamente al deposito del ricorso, la partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici deve essere autorizzata dal tribunale, acquisito il parere del commissario giudiziale, se nominato; in mancanza di tale nomina, provvede il tribunale.
L'ammissione al concordato preventivo non impedisce la partecipazione a procedure di assegnazione di contratti pubblici, quando l'impresa presenta in gara:
a) *una relazione di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera* d), *che attesta la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento del contratto;*
b) *la dichiarazione di altro operatore in possesso dei requisiti di carattere generale, di capacità finanziaria, tecnica, economica nonché di certificazione, richiesti per l'affidamento dell'appalto, il quale si è impegnato nei confronti del concorrente e della stazione appaltante a mettere a disposizione, per la durata del contratto, le risorse necessarie all'esecuzione dell'appalto e a subentrare all'impresa ausiliata nel caso in cui questa fallisca nel corso della gara ovvero dopo la stipulazione del contratto, ovvero non sia per qualsiasi ragione più in grado di dare regolare esecuzione all'appalto. Si applica l'articolo 49 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163.*
Fermo quanto previsto dal comma precedente, l'impresa in concordato può concorrere anche riunita in raggruppamento temporaneo di imprese, purché non rivesta la qualità di mandataria e sempre che le altre imprese aderenti al raggruppamento non siano assoggettate ad una procedura concorsuale. In tal caso la dichiarazione di cui al quarto comma, lettera b), *può provenire anche da un operatore facente parte del raggruppamento.*
Se nel corso di una procedura iniziata ai sensi del presente articolo l'esercizio dell'attività d'impresa cessa o risulta manifestamente dannoso per i creditori, il tribunale provvede ai sensi dell'articolo 173. Resta salva la facoltà del debitore di modificare la proposta di concordato.".

www.osservatorio-oci.org

migliore soddisfacimento creditorio, sulla base di una verifica del complessivo fabbisogno del richiedente.

È stato in dottrina rilevato come, in questo caso, l'attestazione sia necessaria solamente in virtù della prededucibilità dei finanziamenti-ponte in tal maniera erogati; così ragionando, dunque, nel caso in cui i finanziamenti fossero connotati da restituzione postergata rispetto ai creditori antecedenti non dovrebbe essere necessaria l'opera del professionista.[484]

Per quanto pertiene al concordato in continuità, invece, la relazione dell'esperto dovrebbe avere particolare riguardo alla verifica che la prosecuzione dell'attività imprenditoriale sia funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori.

È stato rilevato dagli operatori del diritto come le attestazioni riferite agli strumenti ex artt. 182-*quinquies* e 186-*bis* L.Fall. non avrebbero ad oggetto anche la veridicità dei dati aziendali ma, ancora una volta, solamente un giudizio prognostico in tema di idoneità.

La posizione appare in questo caso sostenibile, in quanto esse si incardinano su strumenti già avviati, rappresentando "*un* quid pluris *rispetto ai normali piani liquidatori che non prevedono alcuna forma di finanziamento prededucibile.*".[485]

È ancora da notare, da ultimo, come la recente riforma introdotta con d.l. 27 giugno 2015, n. 83, convertito con modificazioni in l. 6 agosto 2015, n. 132, abbia previsto gli ulteriori strumenti dell'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e della convenzione di moratoria, ora disciplinati all'art. 182-*septies* L.Fall.[486]

---

[484] Questa è l'opinione di SANDRELLI, *op. cit.*, 799.

[485] Così testualmente si esprime DEMARCHI ALBENGO, *op. cit.*, 12.

[486] L'art. 182-*septies* L.Fall., rubricato "*Accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria*", sancisce che: "*Quando un'impresa ha debiti verso banche e intermediari finanziari in misura non inferiore alla metà dell'indebitamento complessivo, la disciplina di cui all'articolo 182*-bis, *in deroga agli articoli 1372 e 1411 del codice civile, è integrata dalle disposizioni contenute nei commi secondo, terzo e quarto. Restano fermi i diritti dei creditori diversi da banche e intermediari finanziari.*

www.osservatorio-ocl.org

*L'accordo di ristrutturazione dei debiti di cui all'articolo 182-*bis *può individuare una o più categorie tra i creditori di cui al primo comma che abbiano fra loro posizione giuridica e interessi economici omogenei. In tal caso, con il ricorso di cui al primo comma di tale articolo, il debitore può chiedere che gli effetti dell'accordo vengano estesi anche ai creditori non aderenti che appartengano alla medesima categoria, quando tutti i creditori della categoria siano stati informati dell'avvio delle trattative e siano stati messi in condizione di parteciparvi in buona fede e i crediti delle banche e degli intermediari finanziari aderenti rappresentino il settantacinque per cento dei crediti della categoria. Una banca o un intermediario finanziario può essere titolare di crediti inseriti in più di una categoria.*

Ai fini di cui al precedente comma non si tiene conto delle ipoteche giudiziali iscritte dalle banche o dagli intermediari finanziari nei novanta giorni che precedono la data di pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese.

*Il debitore, oltre agli adempimenti pubblicitari già previsti, deve notificare il ricorso e la documentazione di cui al primo comma dell'articolo 182-*bis *alle banche e agli intermediari finanziari ai quali chiede di estendere gli effetti dell'accordo. Per costoro il termine per proporre l'opposizione di cui al quarto comma del medesimo articolo decorre dalla data della notificazione del ricorso. Il tribunale procede all'omologazione previo accertamento, avvalendosi ove occorra di un ausiliario, che le trattative si siano svolte in buona fede e che le banche e gli intermediari finanziari ai quali il debitore chiede di estendere gli effetti dell'accordo:*

a) *abbiano posizione giuridica e interessi economici omogenei rispetto a quelli delle banche e degli intermediari finanziari aderenti;*

b) *abbiano ricevuto complete ed aggiornate informazioni sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria del debitore nonché sull'accordo e sui suoi effetti, e siano stati messi in condizione di partecipare alle trattative;*

c) *possano risultare soddisfatti, in base all'accordo, in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili.*

Quando fra l'impresa debitrice e una o più banche o intermediari finanziari viene stipulata una convenzione diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi attraverso una moratoria temporanea dei crediti nei confronti di una o più banche o intermediari finanziari e sia raggiunta la maggioranza di cui al secondo comma, la convenzione di moratoria, in deroga agli articoli 1372 e 1411 del codice civile, produce effetti anche nei confronti delle banche e degli intermediari finanziari non aderenti se questi siano stati informati dell'avvio delle trattative e siano stati messi in condizione di parteciparvi in buona fede, e un professionista in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d)*, attesti l'omogeneità della posizione giuridica e degli interessi economici fra i creditori interessati dalla moratoria.*

Nel caso previsto dal comma precedente, le banche e gli intermediari finanziari non aderenti alla convenzione possono proporre opposizione entro trenta giorni dalla comunicazione della convenzione stipulata, accompagnata dalla relazione del professionista designato a norma dell'articolo 67, terzo comma, lettera d)*. La comunicazione deve essere effettuata, alternativamente, mediante lettera raccomandata o posta elettronica certificata. Con l'opposizione, la banca o l'intermediario finanziario può chiedere che la convenzione non produca effetti nei suoi confronti. Il tribunale, con decreto motivato, decide sulle opposizioni, verificando la sussistenza delle condizioni di cui al comma quarto, terzo periodo. Nel termine di quindici giorni dalla comunicazione, il decreto del tribunale è reclamabile alla corte di appello, ai sensi dell'articolo 183.*

In nessun caso, per effetto degli accordi e convenzioni di cui ai commi precedenti, ai creditori non aderenti possono essere imposti l'esecuzione di nuove prestazioni, la concessione di affidamenti, il mantenimento della possibilità di utilizzare affidamenti esistenti o l'erogazione di nuovi finanziamenti. Agli effetti del presente articolo non è

www.osservatorio-oci.org

Se per la prima novità normativa, configurata come una particolare declinazione dell'accordo di ristrutturazione previsto ai sensi dell'art. 182-*bis* L.Fall., può valere quanto precedentemente esposto, per la seconda occorre un'ulteriore precisazione.

Secondo il testo di legge, infatti, la convenzione di moratoria è teleologicamente orientata a "*disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi attraverso una moratoria temporanea dei crediti nei confronti di una o più banche o intermediari finanziari (...) e produce effetti anche nei confronti delle banche e degli intermediari finanziari non aderenti se questi siano stati informati dell'avvio delle trattative e siano stati messi in condizione di parteciparvi in buona fede, e un professionista in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera* d)*, attesi l'omogeneità della posizione giuridica e degli interessi economici fra i creditori interessati dalla moratoria.*".[487]

La prolissa (e ripetuta) citazione del dato normativo, eccezionalmente inserita nel *corpus* del testo, non è inutile al fine di comprendere come, in questo caso, l'attestazione del professionista sia espressamente scollegata dalla fattibilità e idoneità di un piano e riferita invece all'omogeneità delle posizioni giuridiche e degli interessi economici dei soggetti aderenti alla convenzione di moratoria.[488]

---

considerata nuova prestazione la prosecuzione della concessione del godimento di beni oggetto di contratti di locazione finanziaria già stipulati.
La relazione dell'ausiliario è trasmessa a norma dell'articolo 161, quinto comma.".

[487] Art. 182-*septies* L.Fall.

[488] Si dà anche nota di come la previsione della possibilità di suddividere i creditori in classi sulla base di posizioni giuridiche ed interessi economici omogenei fosse già presente nell'ambito del concordato fallimentare (in particolare all'art. 124, comma 2, lett. *a)*, L.Fall.) e del concordato preventivo (il riferimento normativo è qui l'art. 160, comma 1, lett. *c)*, L.Fall.), per quanto non fosse di contro prevista la verifica del professionista attestatore a presidio della correttezza del "classamento"; l'introduzione di tale elemento nel nuovo strumento previsto dall'art. 182-*septies* L.Fall. sta forse a simboleggiare, ancora una volta, la già citata crescente fiducia che il legislatore ripone nel professionista attestatore come "*gatekeeper*" delle procedure di risoluzione concordata delle crisi d'impresa.

www.osservatorio-ocl.org

3.3.2 L'asimmetria sanzionatoria ed il concetto di "rilevanza"

Muovendo l'analisi dal soggetto attivo alla condotta su cui è imperniata la fattispecie incriminatrice, è da notare come la riforma del 2012 abbia previsto il reato di falso in attestazioni e relazioni come integrabile da una duplicità di elementi oggettivi: citare nuovamente il testo di legge, almeno nella parte qui di interesse, può facilitare la comprensione.

L'art. 236-*bis* L.Fall. prevede risposta di tipo penalistico per il soggetto che, nel corso delle attività oggetto del precedente paragrafo, "*(...) espone informazioni false ovvero omette di riferire informazioni rilevanti (...).*".

Sono agevolmente desumibili, come già accennato, due diverse condotte, una attiva ed una omissiva (ovvero commissiva mediante omissione[489]).

Per quanto inerisce al profilo attivo, si è rilevato come esso comprenda "*tutte le affermazioni riportate nella relazione con le quali si dà atto di aver eseguito attività di riscontro e di revisione in realtà mai eseguite, ovvero con quali si avvalorino stime e valutazioni contenute nel piano con la consapevolezza della loro falsità.*".[490]

Gli atti cui fa riferimento la definizione della condotta attiva sono quelli indicati dalla già citata sentenza del Tribunale di Rovereto, secondo cui oggetto della relazione dell'esperto dovrebbe essere "*sia l'attestazione di aver compiuto le attività di raccolta dati e di verifica della contabilità aziendale e del compendio dei beni nonché di avere constatato che i dati e le notizie raccolti in ordine alla situazione economica, finanziaria ed aziendale coincidono con quelli esposti dall'imprenditore.*".[491]

Su tale ultimo assunto la dottrina ha operato un rilievo critico, prendendo le mosse dal dato per cui le attestazioni nascerebbero in ogni caso da un

---

[489] In questo modo la definisce A.ROSSI, *op. ult. cit.*, 281.

[490] Così testualmente CIARAMELLA-GIANARIA, *op. cit.*, 125. La Relazione n. III/07/2012, red. Pistorelli, *cit.*, 7, afferma che il reato sussista in quanto vi è discordanza tra la realtà e la sua rappresentazione da parte del professionista.

[491] Trib. Rovereto, *cit.*, 834. Analogamente si veda anche Trib. Rovigo, Decreto 20 Marzo 2015, in *www.ilFallimentarista.it.*

www.osservatorio-oci.org

complesso informativo messo a disposizione del professionista da parte dell'organo amministrativo dell'azienda in crisi.[492]

Da ciò consegue la necessità di distinguere la situazione in cui "*la falsità discenda, per così dire a cascata, dalla falsità delle informazioni fornite all'attestatore da parte dell'imprenditore o dall'amministratore, senza che il professionista se ne sia avveduto, dall'opposta ipotesi in cui attestatore e management aziendale abbiano sostanzialmente concordato il basamento informativo fasullo su cui erigere l'attestazione da produrre.*".[493]

Il discrimine tra le due ipotesi, estremamente evidente dal punto di vista astratto, diventa meno nitido alla prova dei fatti, in quanto necessariamente basato in concreto su riscontri fattuali e su una prova fisiologicamente molto ardua da fornire.

È appena il caso di rilevare, ancora, come una pluralità di dati falsi non abbia l'effetto di elidersi vicendevolmente, come accadrebbe in un'operazione aritmetica.

È stato infatti correttamente argomentato come "*l'inserimento di poste contabili false (pur se la loro somma è uguale a zero) da un lato influisce sulla percentuale di riparto promessa ai creditori (aumentandola artificiosamente), dall'altro altera la qualità dell'informazione.*".[494]

Si dà anche conto, per completezza, di un ulteriore punto di criticità emerso in lucide analisi dottrinarie e relativo ad attestazioni condizionate, con riserva e cautelative.[495]

Se infatti, in linea teorica, il giudizio in materia di veridicità di dati aziendali non dovrebbe conoscere una terza via rispetto al binomio positivo/negativo, la situazione concreta appare molto differente.

---

[492] CONSULICH, *op.cit.*, 631.
[493] Così testualmente si esprime CONSULICH, *op.cit.*, 631.
[494] In questo senso DEMARCHI ALBENGO, *op. cit.*, 7.
[495] BUFFELLI, *Piani di risanamento: l'attestazione del professionista, la motivazione, le riserve o indicazioni cautelative*, in *www.ilFallimentarista.it*, 2014, 4.

www.osservatorio-oci.org

Per quanto attiene alla prima ipotesi, ovverosia l'attestazione condizionata, i "Principi di Attestazione"[496] dei piani di risanamento hanno esteso "*l'efficacia protettiva anche a situazioni intermedie fra il giudizio positivo incondizionato di fattibilità e quello negativo, ipotesi che si sostanzia quando l'attestatore faccia dipendere la fattibilità del piano da specifici eventi futuri. In tal caso l'attestazione dovrebbe poter produrre immediatamente i suoi effetti protettivi, quantomeno a condizione, però, che l'attestatore affermi che quegli eventi hanno una elevata probabilità di avveramento ed entro breve termine.*".[497]

Se l'ipotesi sopra descritta ha chiara natura di condizione risolutiva, non pare inammissibile d'altro canto neppure la configurazione di un'attestazione sospensivamente condizionata tale da produrre i propri effetti protettivi solamente al verificarsi di un evento futuro, ammesso che lo questo sia sufficientemente individuato tanto nella sua essenza quanto in riferimento al termine in cui si prevede l'integrazione dello stesso.

In riferimento, invece, alle attestazioni connotate da giudizi con riserva e formule cautelative, l'opinione degli addetti ai lavori è che debba loro essere "*negata la dignità di attestazioni nel senso voluto dalla legge, perché esprimono chiaramente l'impossibilità per il professionista di trarre conclusioni convincenti sul piano prognostico e quindi non offrono ai creditori elementi obiettivi di valutazione. In definitiva si versa in tema di giudizio di fattibilità negativa.*"[498]

Di contro, per quanto riguarda la condotta omissiva, essa si concretizza, nella forma del silenzio e della reticenza antidoverosi[499], nel tacere consapevolmente nella relazione notizie rilevanti emerse nel corso dell'attività

[496] Si fa riferimento ai principi di attestazione pubblicati nel Giugno 2014 a cura di Aidea, IRDCEC, ANDAF, Apri e OCRI e disponibili su *www.ilFallimentarista.it*.
[497] Così si esprime BUFFELLI, *op. cit.*, 5.
[498] In questi termini BUFFELLI, *op. cit.*, 6.
[499] Così A.ROSSI, *op. ult. cit.*, 281. Conformemente anche Relazione n. III/07/2012, red. Pistorelli, *cit.*, 7.

www.osservatorio-ocri.org

di verifica, violando il dovere di fedeltà insito nell'incarico conferito al professionista attestatore.[500]

È facile notare l'asimmetria normativa prodotta dalla differenza tra le due previsioni e, nello specifico, dall'inclusione del requisito della rilevanza dell'informazione nella sola declinazione omissiva della condotta.

L'Ufficio Studi della Cassazione, nella più volte citata Relazione[501], si riferisce al concetto di rilevanza come "*formula che il legislatore è solito utilizzare per reprimere le falsità ideologiche in atti privati.*".[502]

L'interpretazione letterale della norma, secondo la Relazione, porterebbe al paradossale risultato dell'integrazione del reato da parte di qualsivoglia falsità commissiva, ancorché avente ad oggetto elementi di scarsa rilevanza, a fronte di una limitata modulazione delle falsità omissive dovuta al generico ed inafferrabile concetto della rilevanza.[503]

Due sono stati i problemi che si sono dunque proposti con riguardo al reato in oggetto: da una parte la risoluzione dell'asimmetria sanzionatoria e, dall'altra, la specificazione del concetto di rilevanza.

In riferimento alla prima problematica, la soluzione proposta dalla dottrina è stata "*un'estensione, a livello interpretativo, del concetto di rilevanza alla condotta commissiva (...), escludendo dal fuoco dell'incriminazione le attestazioni false che abbiano ad oggetto dati scarsamente significativi rispetto alle determinazioni dei creditori o al controllo giudiziale.*".[504]

Per quanto concerne la seconda criticità, invece, due sono state le soluzioni prospettate dai commentatori, per quanto in ultima analisi si tratti di diverse ramificazioni di un ceppo unitario.

---

[500] In questo modo si esprimono CIARAMELLA-GIANARIA, *op. cit.*, 125.

[501] Relazione n. III/07/2012, red. Pistorelli, *cit.*, 6.

[502] Il riferimento è presente anche in A.ROSSI, *op. ult. cit.*, 281, secondo cui la figura di reato sarebbe "*riconducibile alla categoria dei delitti di falsità in atti, configurando un'ipotesi di falsità ideologica in scrittura privata punita in via eccezionale dall'ordinamento.*".

[503] Dello stesso avviso anche BRICCHETTI-PISTORELLI, *op. ult. cit.*, 5; secondo BERSANI, *op. cit.*, 18, "*la locuzione non è in grado di spiegare il riferimento alla rilevanza.*".

[504] Così si esprime PIVA, *op.cit.*, 8. Analogamente anche CASAROLI, *op.cit.*, 1588.

www.osservatorio-oci.org

In primo luogo si è ipotizzato l'assimilazione del fumoso concetto di rilevanza al criterio di ragionevolezza, "*in considerazione dell'importanza dell'informazione falsa e del suo effettivo tasso di scostamento dalla realtà.*".[505]

In maniera non del tutto dissimile, poi, altre voci hanno ancorato il concetto di rilevanza menzionato nell'art. 236-*bis* L.Fall. a quello applicato in tema di falso in bilancio (almeno con riferimento al periodo precedente l'entrata in vigore della riforma del 2015 in materia di false comunicazioni sociali).

In particolare si è ritenuto che "*il contenuto effettivo dell'informazione omessa dovrà essere confrontato con quanto imposto all'attestatore dalla disciplina di riferimento prevista dalla legge fallimentare.*"; dovrà inoltre essere introdotto un "quid pluris *necessario per integrare la fattispecie, che potrebbe essere individuato proprio nella mancata evidenziazione di un dato significativo rispetto al giudizio di idoneità del piano.*".[506]

Il tema centrale, vale la pena accennarlo in questa sede, rimane la dicotomia tra le informazioni, e quindi la veridicità dei dati aziendali, e le valutazioni, e quindi il giudizio prognostico in punto idoneità del piano.

---

[505] Testualmente PIVA, *op.cit.*, 8. L'autore porta a sostegno della sua tesi l'esempio secondo cui la falsa indicazione del nominativo di un singolo creditore potrebbe risultare rilevante o meno a seconda dell'eventuale coinvolgimento di cause di prelazione o situazioni di prescrizione mentre, per altro, verso, l'astrattamente più rilevante omessa indicazione circa l'inesistenza di un credito potrebbe non avere effetto incisivo nel caso in cui il credito medesimo non fosse parallelamente contemplato neppure nella contabilità.
Conformemente si vedano anche, *ex multis*, SANDRELLI, *op. cit.*, 801, secondo cui "*rilevante è (...) quella notizia che, se conosciuta, porterebbe alla revoca del concordato, secondo gli indici enumerati dall'art. 173 L.Fall.*"; MUCCIARELLI, *Il ruolo dell'attestatore e la nuova fattispecie penale di "falso in attestazioni e relazioni"*, in *www.ilFallimentarista.it*, 4. Secondo l'Autore il limite della rilevanza penale dei dati falsi dovrebbe rinvenirsi nella loro rilevanza rispetto al giudizio finale di fattibilità, "*rispetto al quale andrà misurata la funzionalità dell'informazione omessa, per apprezzare cioè se la presenza di quella informazione avrebbe mutato il segno del giudizio stesso.*"; conformemente anche BORSARI, *op. cit.*, 96; cfr. anche CONSULICH, *op.cit.*, 624.

[506] Con questi termini MINNITI, *La nuova responsabilità penale cit.*, 4. Secondo l'autore "*andrebbero escluse dall'area del penalmente rilevante tutte quelle omissioni inidonee ad influire sul giudizio reso dall'esperto.*"; della stessa opinione anche CERQUA, *op. cit.*, 1120.

www.osservatorio-oci.org

La divergenza dottrinale in ordine a tale tema è stata per lungo tempo oggetto dei dibattiti degli esperti e, in ossequio alla sua rilevanza tanto accademica quanto pratica, essa sarà oggetto del prossimo paragrafo del presente scritto.

3.3.3 L'attestazione bipartita ed il falso valutativo

Come accennato in coda alla precedente sezione, problematica su cui si è ampiamente discusso è stata quella relativa alla configurabilità o meno della rilevanza penale in relazione al giudizio prognostico operato dall'attestatore in punto fattibilità, atteso che un'operazione di questo tipo mal si concilia con la classica alternativa vero/falso che può connotare l'attività in materia di veridicità dei dati aziendali.[507]

---

[507] CONSULICH, *op.cit.*, 626, secondo cui, se al giudizio sulla veridicità "*è possibile associare, pur con approssimazioni, il predicato di vero o falso, rispetto a quelli della seconda* (componente informativa), *si devono accostare i criteri di ragionevolezza e coerenza rispetto alle premesse metodologiche esplicate.*"; nello stesso senso si veda anche DEMARCHI ALBENGO, *op. cit.*, 5; KILDANI, *op. cit.*, 112, secondo cui "*la più evidente distonia della fattispecie è l'avere utilizzato il binomio epistemologico vero-falso in relazione a valutazioni che al massimo posso essere classificate come corrette o scorrette.*"; MAZZOLENI, in BORSARI (a cura di), *Crisi dell'impresa, procedure concorsuali e diritto penale dell'insolvenza, Verità o correttezza nell'attestazione dei progetti di risanamento della crisi d'impresa?*, Padova University Press, 2015, 522, secondo cui "*l'analisi di fattibilità del piano difficilmente può portare il perito ad esprimere un giudizio vero/falso in ordine al medesimo; piuttosto, viene permesso allo stesso di comunicare, mediante la sua relazione, la ragionevolezza/non ragionevolezza dello stesso ed il fatto che il processo logico e metodologico sotteso alla sua predisposizione appare razionale e coerente con la complessità del contesto analizzato.*".
A tal proposito si ritiene utile citare un passaggio dottrinario volto a dare una panoramica complessiva in materia di reati di falso; in particolare "*riconosciuto che solo gli enunciati constativi o descrittivi possono dirsi veri o falsi, in quanto la falsità presuppone una comunicazione in funzione informativa, si è posto in dottrina e in giurisprudenza il problema dell'ammissibilità del falso rispetto a enunciati valutativi, il cui statuto logico è stato a lungo controverso tra coloro che li ritenevano in ogni caso e tutti riducibili a una sola delle due categorie degli enunciati e coloro che, invece, li consideravano appartenenti ad un tertium genus. Tuttavia, considerato che il significato degli enunciati dipende dall'uso che ne fa nel contesto dell'enunciazione, si ritiene oggi che gli enunciati valutativi possano avere anche funzione informativa. In particolare, quando intervengano in contesti che implicano l'accettazione di parametri di valutazione normativamente determinati o tecnicamente indiscussi, gli enunciati valutativi assolvono certamente una funzione informativa e possono dirsi veri o falsi. Quando faccia riferimento a criteri predeterminati, infatti, la valutazione è un modo di rappresentare la realtà analogo alla descrizione o alla constatazione, sebbene l'ambito di una sua possibile qualificazione in termini di verità o falsità sia variabile e risulti, di regola, meno ampio, dipendendo dal grado di specificità e di elasticità dei criteri*

www.osservatorio-oci.org

A fronte di una dottrina minoritaria che escludeva recisamente la possibilità di far ricadere nell'alveo applicativo dell'art. 236-*bis* L.Fall. le valutazioni in materia di fattibilità del piano[508], la parte maggioritaria dei commentatori ha assunto una posizione diversa.

Sulla base di tali opinioni, infatti, appare evidente in prima istanza che il giudizio di veridicità non possa essere ridotto ad un mero controllo di corrispondenza tra i dati usati dall'imprenditore per l'accesso alla procedura e quelli forniti al professionista, ma debba invece qualificarsi come una

---

di riferimento." (NAPPI, in CADOPPI-CANESTRATI-MANNA-PAPA (a cura di), *Trattato di diritto penale, La struttura della fattispecie di falso e la differenza dalla truffa,* Utet, Torino, 2010, 47).

Si veda ancora, in tema di falso valutativo nell'ambito delle procedure concorsuali, GIANOGLIO, *op.cit.*, 20, secondo cui "*potranno ricorrere ipotesi di falso ogni qualvolta il professionista si sia ampiamente discostato da criteri di valutazione riconosciuti senza indicarne la ragione e la sua valutazione, ad un successivo controllo sia da parte del commissario giudiziale, sia in caso di esito infausto del piano, si sia rivelata infondata.*".

Anche in giurisprudenza è stato affermato che "*un enunciato valutativo può essere riconosciuto come oggettivamente vero o falso quando si collochi in un contesto che implichi l'accettazione di parametri di valutazione normativamente determinati o tecnicamente indiscussi.*" (Cass. Pen., Sez. V, 9 febbraio 1999, n. 3552, in *Cass. Pen.*, 2000, 2265); l'orientamento è stato successivamente confermato da, *ex multis*, Cass. Pen., Sez. V, 14 gennaio 2004, n. 6244, in *Dir. Pen. Proc.*, 2005, p. 189.

Con riferimento alla contigua materia delle false comunicazioni sociali, poi, ed in particolare alla luce delle modifiche normative apportate dalla l. 27 maggio 2015, n. 69, appare utile dar nota di come la dottrina ritenga che "*entro le scienze aziendalistiche c'è cautela, se non diffidenza, nel parlare di falsità in tema di valutazioni, e di vero legale quale presunzione da cui partire per determinare la rilevanza penale di una posta di bilancio. (...) L'attenzione è, piuttosto, da porsi a quanto sta a monte del dato dichiarato a bilancio e di come esso, per essere ritenuto corretto, debba collocarsi entro una fascia di valori tutti egualmente attendibili, che derivano da una coerente utilizzazione dei criteri di valutazione dichiarati.*" (così testualmente M. LANZI, *Falsi valutativi, legislazione e formante giurisprudenziale: politica criminale a confronto con la crisi della legalità. Rassegna della recente giurisprudenza della Sezione quinta della Corte di Cassazione in tema di rilevanza penale dei falsi valutativi, in attesa delle Sezioni Unite*, in *www.penalecontemporaneo.it, 22*). In tema di falso valutativo, con riferimento alla fattispecie di false comunicazioni sociali, si veda anche GUALTIERI, *Le nuove false comunicazioni sociali: il punto di vista dell'economista aziendale*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 5 ss.; GIUNTA, in ALESSANDRI (a cura di), *Diritto penale dell'impresa. Materiali per lo studio*, *La tutela della trasparenza societaria*, Giappichelli, Torino, 2007, 497.

[508] MINNITI, sub *art. 236*-bis *cit.*, 2339; secondo l'autore "*deve ritenersi che la falsità, per essere penalmente punibile, dovrà avere ad oggetto gli elementi di fatto (di natura contabile, economica o finanziaria) sui quali si poggia il giudizio di probabilità in ordine al successo del piano formulato dall'attestatore. (...) Al contrario, sarà penalmente irrilevante il percorso logico-argomentativo, specie se coerente con le best practices di riferimento, in base al quale l'esperto è giunto alla prognosi circa la fattibilità del piano.*".

www.osservatorio-oci.org

dichiarazione relativa all'esistenza di risultanze reali tale da poter ingenerare affidamento che quella esposta sia la reale situazione dell'impresa.[509]

Continuando in questo senso, poi, si è da più parti rilevato come le attestazioni abbiano una composizione "bipartita"[510], essendo qualificate da una componente informativa e da una valutativa.[511]

Specularmente, dunque, duplice sarà l'attività che il professionista dovrà compiere.

Per dirlo con autorevole dottrina, infatti, "*egli deve controllare che i dati presentati dal debitore siano veritieri, confrontandoli con le scritture contabili messe a sua disposizione; in secondo luogo, l'attestatore ha l'obbligo di prevedere in modo ragionevole quanto sia sostenibile il piano di liquidazione o di conservazione dell'impresa, facendo una stima delle future probabilità di successo dell'accordo con i creditori. Lo stesso soggetto, in sostanza, deve operare una diagnosi del bilancio e una prognosi sulle aspettative del debitore*".[512]

Posta la fondamentale importanza che continua a rivestire il giudizio di veridicità, non essendo lapalissianamente possibile procedere ad una valutazione della solidità del piano prescindendo dalla verificazione

---

[509] A.ROSSI, *op. ult. cit.*, 282.

[510] CONSULICH, *op.cit.*, 626. L'Autore sostiene che le attestazioni e relazioni abbiano una composizione bipartita, avendo "*una prima componente informativa, che racchiude i dati relativi alla situazione economica, patrimoniale e finanziaria dell'azienda, nonché delle condizioni contestuali di mercato in cui quest'ultima agisce (…) e una seconda componente, valutativa e orientata al futuro imprenditoriale dell'azienda, costituita da stime previsionali che implicano una scelta tra più opzioni imprenditoriali, gestionali e finanziarie plausibili, in ordine alle quali però non è data certezza.*"; analogamente la definiscono CIARAMELLA-GIANARIA, *op. cit.*, 123.

[511] Nuovamente con riferimento al parallelo tema delle false comunicazioni sociali si è rilevato come, considerando tanto eventuali violazioni delle norme che sovraintendono l'esercizio dell'attività di impresa quanto violazioni in punto valutazioni aventi ad oggetto stime discrezionali degli amministratori, "*solo le prime sono accertabili secondo certezza; le seconde possono essere* ex post *non condivisibili ma non possono essere considerate false, in quanto scelte che hanno un ineliminabile grado di soggettività.*" (con questi termini si esprime M. LANZI, *op. cit.*, 18.).

[512] Così si esprime SPINOSA, *op. cit.*, 17; cfr. anche A.ROSSI, *op. ult. cit.*, 283; MANFREDI, *op. cit.*, 3; MAZZOLENI, *op. cit.*, 516.

www.osservatorio-oci.org

dell'attendibilità del dato aziendale[513], il punto maggiormente controverso si è tuttavia attestato sulla valutazione circa la bontà o meno del giudizio prognostico.

Stante la fragilità della qualificazione di vero/falso in materia di valutazioni, la miglior soluzione interpretativa appare allora essere quella secondo cui "*per affermare la falsità del giudizio dell'attestatore bisognerà guardare non tanto al suo esito conclusivo, quanto ai metodi e alle tecniche da lui impiegati. Qualora il risultato dell'attività valutativa non derivi dall'applicazione coerente e ragionevole delle regole dell'arte, oppure dei metodi previamente riportati dall'esperto, si determina l'integrazione di un'ipotesi di falso penalmente perseguibile.*".[514]

Immediata è la trasmigrazione della *vexata quaestio*, che viene ad avere ad oggetto quali possano essere considerati i criteri cui il professionista debba fare riferimento.

Appare evidente, già da un'analisi superficiale, l'inesigibilità del cosiddetto "*full audit*" da parte dell'esperto che opera nel campo qui considerato.[515]

Se così fosse, infatti, un soggetto che si attenga al modello della "*limited review*" avrebbe svolto il proprio lavoro con un grado di diligenza inferiore rispetto a quello astrattamente richiesto e, di conseguenza, tale discrasia

---

[513] GIANOGLIO, *op.cit.*, 6; BERSANI, *op. cit.*, 23. Conformemente anche Trib. Milano, 25 marzo 2010, in *www.ilCaso.it*, secondo cui "*in assenza di un principio di veridicità le valutazioni successive sarebbero fondate su dati complessivamente inaffidabili, con il che il controllo sulla veridicità del dato è presupposto indefettibile della successiva valutazione di attuabilità/fattività dell'accordo (...).*".

[514] Così testualmente A.ROSSI, *op. ult. cit.*, 283; v. anche SCARABELLO, *op. cit.*, 37; CERQUA, *op. cit.*, 1120; SPINOSA, *op. cit.*, 18.

[515] BAFFI, *op. cit.*, 23. In particolare, alla nt. 68, l'autore riporta rilevante contributo dottrinario, secondo cui "*La verità è che a questo professionista si richiede di fare dichiarazioni semplicemente impossibili, o perché richiederebbero un'estesa due diligence sull'impresa, che naturalmente non c'è il tempo di fare, o perché coinvolgono giudizi prognostici altamente aleatori. E si pretende faccia tali dichiarazioni sotto minaccia di responsabilità civile, ed oggi anche penale.*" (BARACHINI, *Il diritto dell'impresa in crisi fra contratto, società e procedure concorsuali*, Giappichelli, Torino, 2014, 54).

www.osservatorio-oci.org

potrebbe essere sufficiente ad integrare una responsabilità penale in capo allo stesso, quantomeno a titolo di dolo eventuale.[516]

Partendo da queste premesse l'ipotesi più razionalmente condivisibile è il ricorso al fondamentale contributo fornito dalle scienze aziendalistiche ovvero ai criteri elaborati dalle Commissioni di Studio istituite presso il Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili o presso gli Ordini locali;[517]in ambito internazionale, invece, il riferimento è ai risultati dei lavori dello IASB (International Accounting Standards Board), organo dell'IFAC (International Federation of Accountants).

Parallelamente non sarebbe possibile, secondo lucida analisi, parlare di una *deminutio* della legalità del tipo dovuta all'integrazione dello stesso da parte di fonti extra-legali quali sono i principi di revisioni varati da organismi nazionali ed internazionali.

Questo riferimento a fonti di stampo privatistico, e cionondimeno redatte dai massimi esperti in materia, comporterebbe infatti una più selettiva applicazione della disciplina e aumenterebbe il grado di certezza in punto tassatività.[518]

In ultima analisi, dunque, la questione discussa inerirà alla verifica dello svolgimento metodologicamente corretto dell'attività di valutazione prognostica, non richiedendosi al professionista nulla più di un parere compiuto, motivato e minuzioso, "*fondatamente attendibile e responsabilmente espresso.*".[519]

---

[516] BAFFI, *op. cit.*, 24.

[517] Di questa opinione è BORSARI, *op. cit.*, 95. L'Autore cita anche, in riferimento alle scienze aziendalistiche, GUATRI-UCKMAR, *Linee guida per le valutazioni economiche. Un contributo alla società italiana e alla giustizia in sede civile, penale e fiscale*, Egea, Milano, 2009.

[518] In questo senso CONSULICH, *op.cit.*, 629.

[519] PIVA, *op.cit.*, 11; in giurisprudenza, si esprime così Trib. Ancona, 20 marzo 2014, in *www.ilCaso.it*.

Continuando nell'operazione di parallelismo tra la materia oggetto della presente trattazione e la disciplina delle false comunicazioni sociali, va rilevato che anche in quest'ultima si è ritenuto che "*la stima soggettiva non è di per sé sindacabile* ex post*; lo è invece la conformità alla legge del modo in cui quella valutazione è stata compiuta (...).*" (così testualmente M. LANZI, *op. cit.*, 19).

www.osservatorio-oci.org

Appare coerente concludere che il giudizio di falsità in punto valutazioni debba "*limitarsi ad un livello di manifesta irragionevolezza, qualificata dallo scostamento del percorso logico-argomentativo dalle regole tecniche metodologicamente indiscusse e dalle best practices di riferimento, nonché dal vincolo di corrispondenza tra criteri indicati e valutazioni effettuate (ossia tra "*prescelto*" e "*dichiarato*").*"[520] , dovendosi lo stesso configurare come giudizio da rendersi in ambito di discrezionalità definita "tecnica".[521]

Ergo, sarebbe sostenibile l'assunto secondo cui "*ammettendo il c.d. falso valutativo anche rispetto al giudizio di fattibilità del piano, occorre adottare il medesimo criterio valutativo* (una valutazione ex ante sulle probabilità di successo della proposta dell'imprenditore), *con particolare attenzione alla razionalità e alla verificabilità dei parametri di previsione adottati dal professionista.*".[522]

Sembra dunque che, oltre alle ipotesi di giudizi basati su dati falsi, si trovino nella linea di fuoco dell'art. 236-*bis* L.Fall. anche le occulte disapplicazioni dei criteri dichiarati dall'attestatore.[523]

In conclusione, poi, struttura e ratio della norma paiono consentire di "*ritenere penalmente rilevante la falsità di dati quand'anche essa non abbia incidenza sulla fattibilità del piano o sull'attuabilità dell'accordo. Per converso, potrà esistere una falsa attestazione/attuabilità sulla base di dati fedeli e veritieri qualora il professionista utilizzi criteri e metodi di valutazione che la scienza aziendale ritenga inadeguati o non pertinenti.*".[524]

---

[520] Così testualmente PIVA, *op.cit.*, 11. Della stessa opinione anche CONSULICH, *op.cit.*, 627; CIARAMELLA-GIANARIA, *op. cit.*, 131.

[521] SPINOSA, *op. cit.*, 18; MANFREDI, *op. cit.*, 3; MONTELEONE, *op.cit.*, 10; A.ROSSI, *op. ult. cit.*, 284.

[522] In questi termini SPINOSA, *op. cit.*, 18; cfr. anche A.ROSSI, *op. ult. cit.*, 284; MUCCIARELLI, *Il ruolo dell'attestatore cit.*, 5; BORSARI, *op. cit.*, 95.

[523] A.ROSSI, *op. ult. cit.*, 284.

[524] Così testualmente BRICCHETTI, *Soluzioni concordate delle crisi di impresa e rischio penale dell'imprenditore,* in *Soc.*, 2013, 689; A.ROSSI, *op. ult. cit.*, 284.

www.osservatorio-oci.org

3.3.4 I principi di attestazione

Nonostante possa comportare una riduzione della scorrevolezza del testo ed, in parte, una frammentazione dello stesso, sembra qui opportuno dare conto anche dei "*Principi di Attestazione dei piani di Risanamento*" (d'ora in avanti definiti, ai fini della presente trattazione, "Principi di Attestazione"), pubblicati da AIDEA-IRCDEF nel giugno 2014 e lucidamente analizzati dalla dottrina.[525]

In limine, si rileva come anche la giurisprudenza abbia, dal canto suo, recentemente ammesso che i principi di attestazione succitati, pur privi di qualsivoglia efficacia di tipo normativo, "*possono essere ritenuti un valido orientamento idoneo a valutare le qualità delle attestazioni.*"[526]

Già anteriormente alla riforma del 2012 era stato sostenuto dalla dottrina che l'attività del professionista attestatore dovesse avere ad oggetto "*la corrispondenza dei dati più significativi contenuti nei documenti presentati dall'imprenditore e la realtà delle cose, attraverso un esame delle risultanze dei libri contabili nonché dei titoli e dei documenti sottostanti utilizzando le tipiche procedure di revisione.*".[527]

Il riferimento alla figura del revisore contabile e, per esteso, ai principi che costui deve applicare nello svolgimento della sua attività, è stato inoltre ripreso dai Principi di Attestazione, secondo cui l'attestatore dovrebbe "*tendenzialmente attenersi ai principi di revisione*"[528], sebbene il diverso contesto in cui presti la sua opera, insieme alla limitazione temporale dell'attività, comporti inevitabilmente che il richiamo alla figura del revisore si risolva in una semplice sensibilizzazione verso le tecniche proprie della revisione contabile.[529]

---

[525] CIARAMELLA-GIANARIA, *op. cit.*, 116 ss.
[526] Trib. Genova, 3 Luglio 2014, in *www.ilCaso.it*
[527] STASI, *I piani di risanamento e ristrutturazione nella legge fallimentare*, in *Fall.*, 2006, 861 ss.
[528] Principi di Attestazione, §§ 1.5 e 4.3.6.
[529] CIARAMELLA-GIANARIA, *op. cit.*, 117.

www.osservatorio-oci.org

I Principi di Attestazione, poi, apportano un rilevante contributo al fine di limitare l'ambito e l'oggetto dell'attività di verifica che l'esperto dovrà compiere.

In particolare l'attestatore "*valuta la veridicità dei dati accolti nel piano, della documentazione allegata al piano e degli elementi necessari alla sua predisposizione, circoscrivendo il proprio perimetro di controllo alla base dati contabili, su cui si fondano le previsioni del piano.*"[530]; egli "*deve verificare che le situazioni patrimoniali, economiche e finanziarie che rappresentano i dati di partenza del piano siano attendibili e in grado di fornire un quadro fedele della situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'azienda, entro la quale sarà desumibile la più recente rappresentazione degli elementi del patrimonio aziendale.*".[531]

Appare anche rilevante la previsione secondo cui "*ancorché l'esame dei dati relativi ad esercizi precedenti possa essere opportuno al fine della valutazione dell'attendibilità dei dati di partenza, l'attestatore non deve esprimere un giudizio sui bilanci precedenti, né sulla correttezza della gestione in tali esercizi.*".[532]

In linea generale si può anche affermare che l'attestatore non sia "*tenuto ad esprimere giudizi circa l'esperibilità di eventuali azioni di responsabilità nei confronti degli organi di amministrazione e di controllo della società, salvo che le stesse non siano esplicitamente previste o menzionate dal piano.*".[533]

Ne consegue che, come sostenuto in attenta analisi, l'attestatore non sarà chiamato a rispondere penalmente dell'omissione riferita al rilievo di illeciti o irregolarità riscontrate nel corso dell'attività da lui svolta, salvo l'eccezione sopra indicata relativa al caso in cui le azioni di responsabilità siano

[530] Principi di Attestazione, § 4.3.1.
[531] Principi di Attestazione, § 4.3.2.
[532] Principi di Attestazione, § 4.3.4.
[533] Principi di Attestazione, § 4.9.1.

www.osservatorio-oci.org

espressamente previste dal piano e, quindi, l'esperto sia chiamato a valutarne l'effettiva esperibilità.[534]

I Principi di Attestazione, ancora, si occupano di due ulteriori criticità che possono sopravvenire nelle more dell'attività dell'attestatore: la verifica della ragionevolezza dei dati prospettici e l'analisi di sensitività e gli stress test.

In riferimento al primo punto, il testo redatto da AIDEA-IRCDEF fa riferimento al principio ISAE 3400, secondo cui si dovrebbero distinguere *forecasts*[535] da *projection*.[536]

Il primo termine si riferisce a dati relativi ad eventi futuri la cui verificazione sia condizionata da elementi connotati da ragionevole oggettività, ovvero fondata su eventi probabili; il secondo lemma, di contro, si riferisce alle "proiezioni", ipotesi di concretizzazione di eventi futuri formulate facendo leva su assunzioni ipotetiche.

Secondo i Principi di Attestazione, dunque, il professionista dovrebbe svolgere la sua attività basandosi unicamente sui *forecasts*, graduando il controllo con riguardo al livello di probabilità di verificazione dell'evento dedotto nella previsione.[537]

In sintesi, "*meno probabile appare l'evento futuro indicato nel piano, più stringenti saranno le verifiche dell'attestatore.*".[538]

In relazione al tema della sensitività, diretta a verificare il mutamento del *business plan* al variare di alcuni valori assunti, i Principi di Attestazione hanno posto due ulteriori presidi.

---

[534] CIARAMELLA-GIANARIA, *op. cit.*, 121.

[535] Il termine "*Forecasting*" è definito come "*The process of making predictions about future general economic and market conditions*" (*www.financial-dictionary.thefreedictionary.com*).

[536] Il termine "*Projection*", in accordo con l'Oxford Dictionary, è definito come *"An estimate or forecast of a future situation based on a study of present trends*" (*www.oxforddictionaries.com*).

[537] Principi di Attestazione, § 6.5.2.

[538] Così testualmente CIARAMELLA-GIANARIA, *op. cit.*, 132. Gli autori, facendo riferimento a Trib. Torino, Ordinanza 16 luglio 2014, in *www.ilCaso.it*, rilevano come "*la giurisprudenza, sia pure in sede cautelare, aveva già imboccato questa strada ritenendo che, davanti ad un piano concordatario il cui giudizio di fattibilità di fondi sulla proposta di acquisto di un terzo assuntore, all'attestatore sia imposta una verifica sull'effettività e serietà della proposta stessa e sulle capacità di adempimento dell'offerente.*".

www.osservatorio-oci.org

Secondo tale elaborato, infatti, "*è di particolare importanza che l'attestatore riceva tutte le informazioni che gli permettano di chiarire quali siano gli effetti di eventuali modifiche nelle ipotesi sui risultati previsti nel piano.*"[539]; egli dovrà poi effettuare "*una ricognizione delle variabili critiche (competitive e gestionali) che già sono in grado di esercitare un influsso sulla creazione di valore, sull'equilibrio finanziario e sul risanamento della posizione debitoria. Se per alcune simulazioni l'attestatore crede che alcuni dati non contenuti nel piano siano particolarmente significativi, lui fa richiesta al management.*" [540].

In conclusione, dunque, ricollegandoci all'assunto condiviso sul finire del precedente paragrafo, si può affermare ancora una volta che, ferma restando la doverosità delle analisi tecniche sopra descritte, l'integrazione del reato in capo al professionista debba limitarsi alle ipotesi in cui quest'ultimo, in violazione del proprio dovere informativo, acconsenta all'attestazione di risultati manifestamente irragionevoli, che sono tali in quanto basati su previsioni economiche *ex ante* non accogliibili e, a loro volta, non ragionevoli.[541]

www.osservatorio-ocl.org

[539] Principi di Attestazione, § 6.6.1.
[540] Principi di Attestazione, § 6.6.6.
[541] CIARAMELLA-GIANARIA, *op. cit.*, 134.

3.4 L'elemento soggettivo ed il momento consumativo del reato

Dopo aver lungamente trattato di elementi che si pongono in un punto di intersezione tra il diritto penale e la scienza aziendalistica, appare ora opportuno tornare sul terreno penalistico al fine di dar conto degli ultimi aspetti della fattispecie in oggetto: nello specifico si fa riferimento all'elemento soggettivo ed al momento in cui il reato si possa ritenere compiutamente integrato.

Senza voler in alcun modo rendere sbrigativa la dissertazione, è utile notare come la dottrina sia sostanzialmente compatta nell'interpretazione dell'art. 236-*bis* L.Fall. in punto elemento soggettivo: si considera richiesto dal legislatore il semplice dolo generico.[542]

In particolare l'elemento soggettivo, nella tipologia di condotta commissiva, si declina nella "*consapevolezza della difformità dal vero dell'informazione, nonché nella rilevanza della falsità stessa rispetto al giudizio finale di fattibilità.*"; nella modalità integrativa omissiva, invece, la struttura del dolo "*contempla la necessaria consapevolezza dell'omissione (cioè del non inserimento nella relazione o nell'attestazione dell'informazione doverosa) e della rilevanza della stessa.*".[543]

Per specificare ulteriormente, poi, il soggetto attivo dovrebbe possedere coscienza dell'*immutatio veri*, ma anche e soprattutto avere consapevolezza di offendere l'ulteriore interesse protetto, occorrendo dunque la percezione di provocare una variazione dotata di efficacia giuridica e potenzialmente idonea all'inganno.[544]

---

[542] MUCCIARELLI, *Il ruolo dell'attestatore cit.*, 5; BORSARI, *op. cit.*, 97; CASAROLI, *op.cit.*, 1588; BRICCHETTI-PISTORELLI, *op. ult. cit.*, 6; MINNITI, *La nuova responsabilità penale cit.*, 5; MINNITI, sub *art. 236*-bis *cit.*, 2341; KILDANI, *op. cit.*, 114; CERQUA, *op. cit.*, 1121; FIORE, *Le false attestazioni del professionista*, in *Fall.*, 2013, 1184 ss.

[543] *Ex multis*, si è scelto di citare testualmente MUCCIARELLI, *Il ruolo dell'attestatore cit.*, 5.

[544] MINNITI, *La nuova responsabilità penale cit.*, 5; si fa anche riferimento a CALDARARO, in C.F. GROSSO (a cura di), in ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte speciale (II)*, XV, Giuffrè, Milano, 2008, 81, secondo cui "*nei delitti di falso, a costituire il dolo non è sufficiente la consapevole volontà di immutare il vero, ma occorre che il soggetto si renda conto di nuocere ad altri, vale a dire di ledere o porre in pericolo interessi che non sono di sua spettanza.*".

www.osservatorio-oci.org

La qualificazione dell'elemento soggettivo della fattispecie in oggetto alla stregua del dolo generico appare anche corroborata dalla presenza, nel secondo comma del presente articolo, di una circostanza aggravante connotata dal dolo specifico.

Infatti, a' sensi dell'art. 236-*bis*, comma 2, L.Fall., "*Se il fatto è commesso al fine di conseguire un ingiusto profitto per sé o per altri, la pena è aumentata.*".

Come la dottrina non ha mancato di rilevare, ci si trova qui di fronte ad una circostanza aggravante speciale ad effetto comune, e come tale in grado di produrre un aumento di pena nella misura massima di un terzo, caratterizzata anche a livello letterale da indici rilevatori della necessità di dolo specifico, per sua natura inerente alla finalità del soggetto agente ed indifferente all'effettiva verificazione del proposito specifico dello stesso.[545]

È appena il caso di notare, poi, che al terzo comma del medesimo articolo si rinviene una seconda circostanza aggravante, secondo cui "*Se dal fatto consegue un danno per i creditori la pena è aumentata fino alla metà.*".

Da un punto di vista prettamente tassonomico la previsione in oggetto si qualifica come circostanza aggravante speciale ad effetto speciale, consentendo un aumento di pena nella misura massima della metà.

Ciò che è stato tuttavia lucidamente osservato è che, con tale disposizione, il legislatore ha forse avuto l'intenzione di affermare che "*l'eventuale danno ai creditori è elemento del tutto estraneo al giudizio di riprovevolezza del fatto e portatore di autonomo e ulteriore disvalore; il che corrobora indirettamente la tesi che individua il bene giuridico tutelato in un elemento ben diverso dall'integrità delle ragioni creditorie.*".[546]

---

[545] KILDANI, *op. cit.*, 114.

[546] Così testualmente KILDANI, *op. cit.*, 114; si è anche rilevato come difficilmente il danno indicato all'art. 236-*bis*, comma 3, L.Fall., potrebbe intendersi "*in maniera diversa da un danno patrimoniale o che, comunque, non abbia un riflesso negativo nel patrimonio dei creditori.*" (testualmente MUCCIARELLI, *Il ruolo dell'attestatore cit.*, 5).

www.osservatorio-oci.org

Di contro, appare evidente che non si possa prescindere dalla rigorosa prova dell'elemento soggettivo, per non indulgere nello sdrucciolevole terreno del *dolus in re ipsa*, che vorrebbe la prova del dolo di falsificazione insita nello stesso atto di falsificare.[547]

Per dirlo con Antolisei, infatti, "*la più cruda espressione del rigorismo dominante è costituita dal principio del* dolus in re ipsa *e cioè del principio secondo cui il dolo è insito nel fatto stesso della falsificazione. (...) La coscienza giuridica moderna ripudia nel modo più reciso il rozzo principio, ed esige perentoriamente che il dolo in quanto requisito essenziale del reato, sia sempre provato, pur riconoscendo che l'indagine relativa deve svolgersi con particolari modalità che la natura delle cose rende inevitabili.*".[548]

La dottrina, pur affermando con forza questo principio, riconosce le difficoltà dello stesso da un punto di vista concreto.[549]

In particolar modo quando si viene alla prova della condotta omissiva del soggetto la situazione diventa delicata, "*essendo necessario un apparato probatorio adeguato per distinguere l'omissione consapevole (e, quindi, deliberata), e perciò dolosa da quella invece dovuta a colpa (causata, cioè, da riprovevole trascuratezza).*".[550]

Bisogna inoltre discernere in maniera attenta, come già in precedenza sottolineato, l'ipotesi in cui la falsità derivi dall'azione consapevole del professionista, in esecuzione individuale o in accordo con il management aziendale, da quella in cui l'attestatore non si sia accorto della falsità delle informazione fornitegli dai vertici aziendali.

In questa seconda circostanza, infatti, l'azione del professionista "*esce dal raggio della fattispecie penale, posto che l'attestatore può essere al più*

[547] BORSARI, *op. cit.*, 97.
[548] Così testualmente CALDARARO, *op. cit.*, 79.
[549] BORSARI, *op. cit.*, 97; CONSULICH, *op.cit.*, 631; CERQUA, *op. cit.*, 1121.
[550] MUCCIARELLI, *Il delitto di falso in attestazioni e relazioni: il professionista-attentatore e le valutazioni*, in *Ind. Pen.*, 2014, 139.

www.osservatorio-ocl.org

considerato negligente nell'analisi delle informazioni propedeutiche al giudizio finale.".[551]

Nella prima delle situazioni esposte precedentemente, invece, viene in rilievo l'aspetto inerente al potenziale concorso in bancarotta del professionista che presti scorrettamente la sua attività in accordo con i vertici dell'impresa.[552]

In essa, stante la configurazione in capo al professionista del reato di cui all'art. 236-*bis* L.Fall., potrebbe ragionevolmente ipotizzarsi anche l'integrazione dei differenti reati previsti dagli artt. 216, 217, 223 e 224 L.Fall., a nulla valendo in questo caso l'esenzione introdotta dall'art. 217-*bis.* L.Fall.[553]

È anche il caso, poi, di distinguere tra il concorso nel reato e l'ulteriore ipotesi di mera assistenza tecnica da parte del professionista attestatore.

Secondo la dottrina, infatti, non risponderà del reato il professionista che abbia mancato di distogliere l'imprenditore dai suoi propositi criminosi o che gli abbia meramente indicato i mezzi per perseguirli.

Per converso sarebbe invece perseguibile, a semplice titolo esemplificativo, il professionista che programmi ed attui in prima persona gli atti di distrazione nell'interesse del cliente o che ponga in essere una scorretta tenuta dei libri

---

[551] In questi termini si esprime CERQUA, *op. cit.*, 1121; cfr. anche CONSULICH, *op.cit.*, 632.

[552] L'accertamento dell'accordo si presenta sicuramente di notevole difficoltà, soprattutto in ragione del fatto che il professionista presterà sempre la propria attività sulla base dei dati e delle informazioni forniti dall'imprenditore, essendo privo di qualunque potere ispettivo (GUERINI, *op. cit.*, 20); in particolar modo "*il professionista attestatore non è garante dell'impedimento di un reato altrui, ma anche questo controllo viene a dipendere, nella definizione della propria responsabilità, da quanto viene messo a sua disposizione, a livello informativo, dall'autore della falsificazione, gestore dell'organizzazione imprenditoriale ed unico soggetto che dispone di un completo patrimonio conoscitivo.*" (così CONSULICH, *op.cit.*, 632).

Si dà conto anche dell'ulteriore ipotesi in cui il professionista faccia affidamento sul lavoro svolto da soggetti terzi; "*in applicazione dell'art. 47 c.p. dovrebbe escludersi la consapevolezza della falsità di giudizio ove risulti dimostrato che l'attestazione sia stata effettuata nella convinzione della correttezza dell'altrui operato.*" (testualmente PIVA, *op.cit.*, 13.)

[553] L'esenzione è infatti riservata agli strumenti di risoluzione concordata delle crisi di impresa indicati nella fattispecie e che siano stati correttamente attivati. La falsa attestazione del professionista, di contro, impedisce di considerare gli stessi come posti in essere.

www.osservatorio-oci.org

contabili tale da rendere impossibile la ricostruzione del patrimonio dell'imprenditore e del movimento degli affari.[554]

In sintesi, dunque, "*il professionista risponde penalmente dei reati fallimentari quale* extraneus *ogniqualvolta abbia fornito un contributo causale efficiente a realizzare il fatto tipico posto in essere dall'*intraneus*, cioè dall'imprenditore.*".[555]

Ulteriore oggetto di analisi da parte dei commentatori è stata poi la possibilità di ritenere il dolo eventuale compatibile con la norma incriminatrice di cui all'art. 236-*bis* L.Fall.

Tale istituto conduce all'individuazione di un area grigia, di dubbio, tra falsità e verità, "*caratterizzata dall'esistenza di un effettivo margine di incertezza in capo all'agente in ordine alla verità o falsità della sua affermazione.*".[556]

Partendo dall'accettazione di un fondamento del dolo eventuale sul binomio verità/falsità, molto complesso appare una sua potenziale applicazione alla declinazione omissiva della fattispecie di cui all'art. 236-*bis* L.Fall., stante che la rilevanza dell'informazione omessa viene tendenzialmente valutata sulla base della diversa dicotomia corretto/non corretto.

Per dirlo con la dottrina, "*il giudizio di valore effettuato dall'attestatore in ordine alla rilevanza del dato poi non indicato mal si presterebbe ad una valutazione di penale rilevanza fondata sul paradigma del dolo eventuale.*".[557]

La linea concreta che potrebbe affermarsi tuttavia, nonostante l'attuale penuria di pronunce giurisprudenziali in materia, avrebbe la possibilità di prendere le mosse dalla già citata ordinanza del Giudice per le Indagini Preliminari presso il Tribunale di Torino[558] per approdare ad un risultato tale per cui sarebbe sufficiente il discostamento dai Principi di Attestazione per fondare la

---

[554] SCARABELLO, *op. cit.*, 38.
[555] Così SCARABELLO, *op. cit.*, 38.
[556] In questi termini MINNITI, *La nuova responsabilità penale cit.*, 5.
[557] Testualmente MINNITI, *La nuova responsabilità penale cit.*, 5.
[558] Trib. Torino, Ordinanza 16 luglio 2014, *cit.*, 2, secondo cui il reato sarebbe "*integrato da un dolo generico costituito della volontà di riferire o attestare nella consapevolezza della difformità fra il vero e quanto esposto, con riferimento ad aspetti non secondari della relazione medesima.*".

www.osservatorio-oci.org

presunzione della sussistenza di un effettivo dolo diretto in capo al professionista attestatore.[559]

Alcune voci, poi, hanno compiuto un passo ulteriore, dando rilievo all'assenza di una "terza via", di una "*recklessness*"[560], una responsabilità mediana tra dolo e colpa utilizzabile anche per le condotte professionali.[561]

Venendo infine al momento consumativo del reato, è stato chiarito da dottrina e giurisprudenza[562] come lo stesso si ritenga pacificamente integrato al momento della presentazione della relazione del professionista, "*perché è da questo momento che esplica quella potenzialità ingannatoria che è elemento costitutivo della fattispecie.*".[563]

È da portare all'attenzione del lettore, da ultimo, una divergenza di posizioni connessa a quanto sopra trattato ed inerente, nello specifico, alla natura giuridica della norma incriminatrice in oggetto.

Da un lato, difatti, la giurisprudenza definisce chiaramente la fattispecie "*un reato di pericolo – astratto, perché non contempla l'ipotesi di un pregiudizio (...).*"[564], mentre dall'altro alcuni commentatori, pur propugnando l'irrilevanza ai fini dell'integrazione del fatto di reato dell'effettiva attivazione dello strumento per cui l'attestazione sia stata prodotta, pongono l'accento sulla componente di effettività che la dichiarazione dell'esperto deve

---

[559] BAFFI, *op. cit.*, 20.

[560] Citando l'Oxford Dictionary, si intende per "*recklessness*" una mancanza di interesse in relazione ad un certo pericolo o rischio e alle conseguenze delle proprie azioni. (In lingua originale "*recklessness means showing a lack of care about danger and the possible results of your actions*", *www.oxforddictionaries.com*).

[561] BAFFI, *op. cit.*, 20; analogamente VIGANÒ, *Il dolo eventuale nella giurisprudenza più recente*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 31 marzo 2014.

[562] Si fa qui riferimento alla già citata Ordinanza del Tribunale di Torino, secondo cui "*il reato si deve ritenere consumato all'atto del deposito della relazione, e pertanto la sia pur partziale integrazione che ha avuto luogo in seguito, a nulla rileva.*" (Trib. Torino, Ordinanza 16 luglio 2014, *cit.*, 4).

[563] Così BORSARI, *op. cit.*, 97; CASAROLI, *op.cit.*, 1588. Analogamente anche FENO-GIORDANENGO-G.GIORDANENGO-SANDRELLI-VALENTINI, in A.ROSSI (a cura di), *Reati societari, False comunicazioni sociali in danno dei soci e dei creditori*, Utet, Torino, 2005, 191, in cui gli autori individuano il momento consumativo del reato di falso in bilancio nel deposito del documento contabile medesimo.

[564] Trib. Torino, Ordinanza 16 luglio 2014, *cit.*, 2.

www.osservatorio-oci.org

necessariamente possedere per poter fare il suo ingresso nell'ambito del penalmente rilevante.[565]

Se anche in dottrina si è infatti ammesso che il reato in oggetto rientri nella categoria dei delitti a consumazione anticipata, stante "*l'indifferenza legislativa per l'effettivo accesso alle procedure alternative di gestione della crisi, per la sorte di queste ultime e finanche per la produzione di qualsivoglia effetto dannoso*"[566], si è di contro ritenuto che non sia possibile considerare l'art. 236-*bis* L.Fall. come reato di pericolo astratto, in quanto "*la rilevanza dell'informazione per i destinatari della comunicazione induce a ritenere che il giudice penale debba verificare di volta in volta la capacità decettiva dell'attestazione infedele nel quadro della singola procedura di soluzione concordata della crisi aziendale*".[567]

www.osservatorio-ocl.org

[565] CONSULICH, *op.cit.*, 623.
[566] In questi termini CONSULICH, *op.cit.*, 624.
[567] Testualmente CONSULICH, *op.cit.*, 624.

CAPITOLO IV – BREVI CONCLUSIONI

In questa sede ci si limiterà a tentare di stilare un bilancio dei miglioramenti ottenuti con le introduzioni normative e delle criticità ancora irrisolte.

Come è stato fatto per l'intera trattazione, è utile dividere anche le conclusioni in due distinte sezioni.

In riferimento alla prima, avente ad oggetto l'art. 217-*bis* L.Fall. e, dunque, l'"*Esenzione dai reati di bancarotta*", appare in prima istanza doveroso riconoscere gli indubbi meriti della modifica apportata dal legislatore.

Essa ha infatti avuto il principale e rilevantissimo effetto di rispondere alle criticità che erano state sollevate in ambiente bancario e che rischiavano, se non ascoltate, di condurre ad un blocco dell'erogazione del credito nei confronti di soggetti in difficoltà.

Se, da un lato, è lapalissiano che la possibilità di uscita da una crisi d'impresa senza apporto di nuova finanza da soggetti esterni sia poco meno che un'utopia, dall'altro è altrettanto evidente come gli enti creditizi non avessero alcuna intenzione di rimanere coinvolti in operazioni di salvataggio che comportassero, oltre al rischio di insuccesso, l'ulteriore pericolo di incriminazione per concorso in fattispecie di bancarotta ai sensi dell'art. 216, comma 3, L.Fall.

Da questo angolo visuale, dunque, il legislatore ha contribuito ad illuminare il percorso.

Di contro, tuttavia, non si può fare a meno di rilevare come molteplici siano i punti oscuri che ancora permangono nell'applicazione pratica e che, almeno in potenza, possono vanificare i benefici dell'intervento normativo.

In particolar modo, secondo l'opinione di chi scrive, evidente rilevanza è da attribuire alla dicotomia tra concezione cronologica e teleologica della clausola "*in esecuzione*" riportata nella lettera dell'art. 217-*bis* L.Fall.

www.osservatorio-oci.org

Secondo un'interpretazione letterale, infatti, l'esenzione oggetto della novella dovrebbe essere concessa solamente a quelle operazioni poste in essere successivamente alla formale attivazione di uno degli strumenti di risoluzione concordata delle crisi di impresa menzionati nella lettera dell'articolo succitato.

Un orientamento di questo tipo, tuttavia, avrebbe l'aberrante effetto di escludere dal beneficio le operazioni poste in essere da quei soggetti i quali necessitino di nuova finanza proprio in ordine all'accesso allo strumento di risoluzione concordata della crisi.

Ci si trova qui di fronte, come spesso capita, alla scelta tra una soluzione interpretativa fondata sulla lettera di legge ed una soluzione che tenga invece primariamente in considerazione il contesto in cui la norma sarà destinata ad operare.

È appena il caso di rilevare che, a parere di chi scrive, il secondo orientamento appare sicuramente più in linea con la *ratio legis* e le finalità dell'intervento normativo e sarebbe, dunque, da preferire.

Con riguardo alla seconda parte di cui si compone la presente trattazione, vale a dire l'art. 236-*bis* L.Fall., le considerazioni da effettuare sono di diversa natura.

Sul versante dei risvolti positivi, la norma ha sicuramente contribuito a portare chiarezza e dirimere questioni inerenti ad una difficile qualificazione alternativa della figura del professionista attestatore, la cui natura privatistica piuttosto che pubblicistica aveva impegnato gli interpreti per diverso tempo.

Sembrano tuttavia essere più numerose le criticità persistenti che non quelle risolte: in questa sede ci limiteremo a dar conto di due principali questioni.

In primo luogo l'asimmetria normativa in punto elemento oggettivo carica la norma incriminatrice di una indeterminatezza inaccettabile per la materia penalistica, oltre a dar adito a volontà adeguatrici e ad interpretazioni (fin troppo) estensive.

www.osservatorio-oci.org

In secondo luogo anche la rilevanza da attribuire alle valutazioni estimative del professionista attestatore è stata oggetto di dibattito, essendo stato necessario fare ricorso ai principi di attestazione, da un lato, e ai principi stabiliti in materia di false comunicazioni sociali, dall'altro.

Con riguardo ad un secondo profilo, poi, si può facilmente evidenziare come sia molto labile il confine tra una valutazione imperfetta ed una valutazione essenzialmente falsa.

Nel caso in cui non si proceda ad una oculata applicazione della norma, infatti, ne potrebbe derivare il paradossale progressivo "*abbandono delle soluzioni concordate alle crisi di impresa da parte dei professionisti scrupolosi, laddove viceversa alcun freno imporrà a quelli temerari, ai quali verosimilmente non basterà l'introduzione della norma per temperarne la spregiudicatezza*".[568]

In conclusione, dunque, appare necessario trarre dalla normativa "*il troppo e 'l vano*"[569], consolidando gli aspetti positivi e modificando, per converso, quelli problematici, anche e soprattutto in considerazione dell'imprescindibile ruolo che la materia oggetto della presente trattazione è andata progressivamente assumendo nell'attuale contesto socio-economico.

www.osservatorio-oci.org

[568] Così testualmente BAFFI, *Attestare stanca*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 27; BARACHINI, *Il diritto dell'impresa in crisi fra contratto, società e procedure concorsuali*, Giappichelli, Torino, 2014, 54, secondo cui si avrebbe "*Il rischio che si formi un fenomeno di selezione avversa dove i migliori professionisti si tengono alla larga da incarichi così rischiosi è tutt'altro che infondato.*".

[569] DANTE ALIGHIERI, *La Divina Commedia, Paradiso*, VI, 12.

Riferimenti bibliografici

I. Bibliografia

A.ROSSI, in GROSSO-PADOVANI-PAGLIARO, *Trattato di diritto penale. Illeciti penali nelle procedure concorsuali*, Giuffrè, Milano, 2014.

ABRIANI, *Diritto fallimentare. Manuale breve*, Giuffrè, Milano, 2008.

ALESSANDRI, in BRANCA-PIZZORUSSO, *Commentario alla Costituzione, Commento art. 27 Cost.*, Zanichelli, Bologna, 1991.

ALESSANDRI, *Profili penalistici delle innovazioni in tema di soluzioni concordate delle crisi d'impresa,* in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2006, 111 ss.

ALESSI, *Il nuovo concordato preventivo*, in *Dir. Fall.*, 2005, 1131 ss.

AMARELLI, *I delitti di bancarotta alla luce del nuovo art. 217-bis l.fall.*, in *Giust. Pen.*, 2011, 547 ss.

AMBROSETTI-MEZZETTI-RONCO, in *Diritto penale dell'impresa, L'art. 217-bis: le esenzioni di reati di bancarotta preferenziale e semplice*, III, Zanichelli, Bologna, 2012.

AMBROSINI-AIELLO, *Crisi d'impresa e insolvenza*, 11 giugno 2014, in corso di pubblicazione in PANZANI (diretto da), *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, in CENDON (a cura di), Utet.

ANTONIONI, *La bancarotta semplice*, Jovene, Napoli, 1952.

BARACHINI, *Il diritto dell'impresa in crisi fra contratto, società e procedure concorsuali*, Giappichelli, Torino, 2014.

BASILE, *Art. 217-bis l.fall. e gruppi di società*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2013, 203 ss.

www.osservatorio-oci.org

BENUSSI, *La cassazione ad una svolta: la clausola dei vantaggi compensativi è esportabile nella bancarotta per distrazione*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2007, 421 ss.

BERTACCHINI, in COGNASSO-COTTINO (diretto da) e JORIO (a cura di), *Fallimento e concordato fallimentare*, Utet, 2016.

BONFATTI, in BONFATTI-FALCONE (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, *Le operazioni strumentali all'accesso alle procedure concorsuali minori o all'esecuzione delle stesse,* Giuffrè, Milano, 2005.

BONFATTI-CENSONI, *Lineamenti di diritto fallimentare*, Cedam, Padova, 2013.

BORSARI, *Il nuovo reato di falso in attestazioni e relazioni del professionista nell'ambito delle soluzioni concordate delle crisi d'impresa. Una primissima lettura*, in *Diritto penale contemporaneo*, 1/2013, 84 ss.

BOZZA, *Il giudizio di omologazione, la chiusura della procedura e il regime transitorio,* in *Fall.*, 2005, 1325 ss.

BOZZA, *Le condizioni soggettive ed oggettive del nuovo concordato*, in *Fall.*, 2005, 952 ss.

BRICCHETTI, *Bancarotta fraudolenta, bancarotta semplice e operazioni infragruppo*, in *Riv. Trim. dir. pen. Ec.*, 2009, 1 ss.

BRICCHETTI, *Bancarotta preferenziale e simulazione di un titolo preferenziale*, in *Dir. e Prat. Soc.*, 2000, 91 ss.

BRICCHETTI, in AMBROSINI (a cura di), *Le nuove procedure concorsuali. Dalla riforma organica al decreto correttivo*, Zanichelli, Bologna, 2008.

www.osservatorio-oci.org

BRICCHETTI, in SGUBBI-FONDAROLI, *Il "mercato della legge penale": nuove prospettive in materia di esclusione della punibilità tra profili sostanziali e processuali*, *La "esenzione" di reati di bancarotta preferenziale e di bancarotta semplice nel nuovo art. 217-bis della legge fallimentare: causa di esclusione (delimitazione) del tipo, causa speciale di esclusione dell'antigiuridicità o che altro?*, Cedam, Padova, 2011.

BRICCHETTI, *Soluzioni concordate delle crisi di impresa e rischio penale dell'imprenditore*, in *Soc.*, 2013, 687 ss.

BRICCHETTI-MUCCIARELLI-SANDRELLI, in JORIO (diretto da) e FABIANI (coordinato da), *Il nuovo diritto fallimentare*, sub *artt. 216-241*, Zanichelli, Bologna, 2007.

BRICCHETTI-PISTORELLI, *Bancarotta, le operazioni escluse dall'incriminazione*, in *Guida al Diritto*, n. 37/2010, 94 ss.

BRICCHETTI-PISTORELLI, *Operazioni di risanamento, professionisti nel mirino*, *Lex24*, n.29, 2012, 45 ss. (disponibile anche *www.diritto24.ilsole24ore.com).*

BRUNO, *Le responsabilità civili e penali degli organi amministrativi e di controllo nella gestione della crisi d'impresa*, in *Fall.*, 2008, 1130 ss.

CALDARARO, in C.F. GROSSO (a cura di), in ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte speciale (II)*, XV, Giuffrè, Milano, 2008.

CARDONE-PONTIERI, *Le sezioni unite chiariscono gli effetti della riforma della legge fallimentare sul reato di bancarotta*, in *Riv. Trim. dir. pen. Ec.*, 2008, 267 ss.

CASAROLI, in MAFFEI ALBERTI (a cura di), *Commentario breve alla legge fallimentare*, sub *art. 217-bis*, VI, Cedam, Padova, 2013.

CASTIELLO D'ANTONIO, *Riflessi disciplinari degli accordi di ristrutturazione e dei piani attestati*, in *Dir. Fall.*, 2008, 605 ss.

www.osservatorio-oci.org

CERQUA, *La tutela penale del concordato e dei piani attestati*, in *Fall.*, 2014, 1116 ss.

CHIARAVIGLIO, *Le responsabilità penali nelle aziende*, Giuffrè, Milano, 1983.

CIARAMELLA-GIANARIA, *L'attestatore nella procedura concordataria: considerazione sulla responsabilità penale*, in *Il Nuovo Diritto delle Società*, n. 17, 2015, 109 ss.

CIERVO, *Fattibilità del piano di concordato e atti di frode: i poteri del giudice ex art. 173 l.fall. secondo le Sezioni Unite*, in *Giur. Comm.*, 621 ss.

COCCO, *Esenzioni dai reati di bancarotta nel "nuovo" art. 217-bis della legge fallimentare*, in *Leg. Pen.*, 2011, 5 ss.

COCCO, *I confini tra condotte lecite, bancarotta fraudolenta e bancarotta semplice nelle relazioni economiche all'interno dei gruppi di società*, in *Riv. Trim. dir. pen. Ec.*, 2003, 1021 ss.

COCCO, *I rapporti tra banca e impresa in crisi: problemi di responsabilità penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1989, 527 ss.

COCCO, in PALAZZO-PALIERO (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali speciali*, sub *art. 216 R.d. 16 marzo 1942, n. 267*, Cedam, Padova, 2007.

CONSULICH, *Nolo cognoscere – Il diritto penale dell'economia tra nuovi responsabili e antiche forme di responsabilità "paracolpevole": spunti a partire dal nuovo art. 236-bis L.Fall.*, in *Riv. Trim. dir. pen. Ec.*, 2012, 613 ss.

CONTI, *Diritto penale commerciale. I reati fallimentari*, Utet, Torino, 1991.

CONTI, *Diritto penale commerciale. I reati fallimentari*, Utet, Torino, 1980.

D'ALESSANDRO, *Studi in onore di Mario Romano, Fattispecie di aggiotaggio e prassi di mercato ammesse tra esclusine del tipo e cause di giustificazione*, Jovene, Napoli, 2011.

www.osservatorio-oci.org

D'ALESSANDRO, *Il nuovo art. 217-bis l.fall.*, in *Soc.*, 2011, 201 ss.

D'ALESSANDRO, in CAVALLINI (a cura di), *Commentario alla legge fallimentare, Le disposizioni penali della legge fallimentare,* Giuffrè, Milano, 2010.

DANTE ALIGHIERI, *La divina Commedia, Paradiso*, VI.

DELITALA, in *Diritto penale. Raccolta degli scritti, Contributo alle determinazione della nozione giuridica di bancarotta*, II, Giuffrè, Milano, 1976.

DI MARTINO, *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, Giuffrè, Milano, 1998.

DONELLI, *I continui esperimenti sul diritto penale del fallimento: l'art. 217-bis l.fall prima e dopo il "Decreto Sviluppo"*, in *Riv. Trim. dir. pen. Ec.*, 2012, 787 ss.

DONINI, *Le condizioni obiettive di punibilità*, in *Studium Iuris*, 1997, 592 ss.

FABIANI, *Diritto fallimentare*, Zanichelli, Bologna, 2011.

FABIANI, *L'alfabeto della nuova revocatoria fallimentare,* in *Fall.*, 2005, 571 ss.

FENO-GIORDANENGO-G.GIORDANENGO-SANDRELLI-VALENTINI, in A.ROSSI (a cura di), *Reati societari, False comunicazioni sociali in danno dei soci e dei creditori*, Utet, Torino, 2005.

FIORE, in AA. VV., *Crisi dell'impresa e insolvenza. Gli orientamenti della commissione Trevisanato per la riforma dei reati fallimentari: una prima (disilludente) lettura*, Giuffrè, Milano, 2005.

FIORE, *Le false attestazioni del professionista*, in *Fall.*, 2013, 1184 ss.

www.osservatorio-oci.org

FONDAROLI, in BORSARI (a cura di), *Crisi dell'impresa, procedure concorsuali e diritto penale dell'insolvenza, Brevi note in tema di erogazione del credito alle imprese in crisi e bancarotta preferenziale*, Padova University Press, 2015.

GALGANO, in CICU, MESSINEO, MENGONI (già diretto da) e SCHELINGER (continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale, Le società in genere. Le società di persone*, Giuffrè, Milano, 2007.

GALLETTI, *Le nuove esenzioni dalla revocatoria fallimentare*, in *Giur. Comm.*, 2007, 163 ss.

GAMBOGI, *La sentenza delle sezioni unite n. 19601/08 in tema di bancarotta fraudolenta: una vera strage delle (fondate) illusioni*, in *Riv. Trim. dir. pen. Ec.*, 2008, 282 ss.

GEBBIA, *Debt and Crime: Inevitable Bedfellows*, in *Golden Gate University Law Review*, n. 42, 2012, 530 ss.

GHIA-SEVERINI-PICCININNI, *Trattato delle procedure concorsuali*, vol. I, Utet, Torino, 2010.

GILBERT-MALONE, *The correspondence bias*, in *Psychological Bullettin*, 1995, vol. 117, I, 21 ss.

GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, Giuffrè, Milano, 2006.

GIULIANO, *Nuovo concordato preventivo: si parte dallo stato di crisi*, in *Dir. e Prat. Soc.*, 13, 2005, 22 ss.

GIUNTA, in ALESSANDRI (a cura di), *Diritto penale dell'impresa. Materiali per lo studio, La tutela della trasparenza societaria*, Giappichelli, Torino, 2007.

www.osservatorio-oci.org

GIUNTA, in NIGRO-SANDULLI (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, *Riflessi penali della nuova disciplina del fallimento e delle procedure concorsuali*, Utet, Torino, 2006.

GUATRI-UCKMAR, *Linee guida per le valutazioni economiche. Un contributo alla società italiana e alla giustizia in sede civile, penale e fiscale*, Egea, Milano, 2009.

GUERRIERI, in MAFFEI ALBERTI (a cura di), *Commentario breve alla legge fallimentare*, sub *art. 67*, VI, Cedam, Padova, 2013.

GUGLIELMUCCI, in LO CASCIO (a cura di), *Codice commentato del fallimento*, Giuffrè, Milano, 2008.

INSOLERA, *La responsabilità penale della banca per concessione abusiva di credito alla impresa in crisi*, in *Giur. Comm.*, 841 ss.

INSOLERA, *Riflessi penalistici della nuova disciplina del concordato preventivo e delle composizioni extragiudiziali della crisi d'impresa*, in *Giur. Comm.*, 2006, 459 ss.

JORIO, *Fattibilità del piano di concordato, autonomia delle parti e poteri del giudice*, in *Giur. Comm.*, 2012, 1107 ss.

JORIO, in CAIAFA (a cura di), *Le procedure concorsuali, Patrimoni destinati ad uno specifico affare: la gestone fallimentare*, Cedam, Padova, 2011.

KADENS, *The last bankrupt hanged: Balancing incentives in the development of bankruptcy law*, in *Duke Law Journal*, 2010, 1229 ss.

KILDANI, *Implicazioni penalistiche del decreto sviluppo*, in *Leg. Pen.*, 2013, 101 ss.

KRISHNAMURTI-VISHWANATH, *Advanced Corporate Finance*, Eastern Economy Edition, 2010.

www.osservatorio-oci.org

LARYEA, *Approaches to Corporate Debt Restructuring in the Wake of Financial Crises, IMF Position Note,* 2010.

LO CASCIO, *Il professionista attestatore,* in *Fall.*, 2013, 1325 ss.

LO CASCIO, *La nuova legge fallimentare: dal progetto di delega alla miniriforma per decreto legge,* in *Fall.*, 2005, 361.

LO CASCIO, *La nuova legge fallimentare: dal progetto di legge delega alla miniriforma per decreto legge*, in *Fall.*, 2005, 361 ss.

LO CASCIO, *Le nuove procedure di crisi: natura negoziale o pubblicistica*, in *Fall.*, 2008, 991 ss.

LONGHI, in PESSINA (a cura di), *Enc. Dir. Pen., Bancarotta ed altri reati in materia commerciale,* XIV, Milano, 1913.

LOTTINI, *Il nuovo art. 217-bis l.fall.: una riforma che tradisce le aspettative*, in *Fall.*, 2010, 1366 ss.

M. LANZI, *Il professionista incaricato della relazione per l'ammissione al concordato preventivo non è pubblico ufficiale*, in *Fall.*, 2010, 1439 ss.

MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, IV, Giuffrè, Milano, 2012.

MAZZOLENI, in BORSARI (a cura di), *Crisi dell'impresa, procedure concorsuali e diritto penale dell'insolvenza, Verità o correttezza nell'attestazione dei progetti di risanamento della crisi d'impresa?*, Padova University Press, 2015.

MEZZETTI, *L'infedeltà patrimoniale nella nuova dimensione del diritto penale societario. Spunti critici su ratio dell'incriminazione e bene giuridico tutelato*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2004, 193 ss.

MICHELETTI, *Il ricorso abusivo al credito come reato necessariamente condizionato*, in *Riv. Trim. dir. pen. Ec.*, 2007, 23 ss.

www.osservatorio-oci.org

MINNITI, in PAJARDI (a cura di), *Codice del fallimento*, sub *art. 217-bis*, Giuffrè, Milano, 2013.

MINNITI, in PAJARDI (a cura di), *Codice del fallimento*, sub *art. 236-bis*, Giuffrè, Milano, 2013.

MONTALENTI, *Concordato preventivo: fattibilità del piano*, in *Il Nuovo Diritto delle Società*, 2014, 7 ss.

MUCCIARELLI, *Il delitto di falso in attestazioni e relazioni: il professionista attentatore e le valutazioni*, in *Ind. Pen.*, 2014, 129 ss.

MUCCIARELLI, *L'esenzione dai reati di bancarotta*, in *Dir. pen. Proc.*, 2010, 1474 ss.

MUCCIARELLI, *Vecchi e nuovi istituti della legge fallimentare nella sentenza n. 24468/2009 delle Sezioni Unite: successione di leggi e ruolo del bene giuridico*, in *Cass. Pen.*, 2010, 1619 ss.

NAPPI, in CADOPPI-CANESTRATI-MANNA-PAPA (a cura di), *Trattato di diritto penale, La struttura della fattispecie di falso e la differenza dalla truffa*, Utet, Torino, 2010.

NARDECCHIA, *Fattibilità economica del concordato: non decide il giudice*, in *Il Sole 24 ore*, 20 gennaio 2014.

NARDECCHIA, in CAVALLINI (diretto da), *Commentario alla legge fallimentare, Le esenzioni dall'azione revocatoria e il favor per la soluzione negoziale della crisi di impresa (Commento alle lettere d, e, g del comma 3 dell'art. 67)*, Giuffrè, Milano, 2010.

NAVARRINI, *Trattato teorico-pratico di diritto commerciale*, IV, Torino, 1926.

NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Giuffrè, Milano, 1955.

www.osservatorio-oci.org

PAJARDI-PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, Giuffrè, Milano, 2008.

PASQUARIELLO, *La responsabilità penale dei protagonisti delle procedure di composizione negoziale della crisi d'impresa*, in *Atti del Convegno* tenutosi a Bologna, 24 gennaio 2011.

PATTI, *Il giudice nella crisi d'impresa: le ragioni di una presenza*, in *Fall.*, 2011, 261 ss.

PEDRAZZI, *Diritto penale. Scritti di diritto penale dell'economia*, vol. III, Giuffrè, Milano, 2003.

PEDRAZZI, in PEDRAZZI-ALESSANRI-FOFFANI-SEMINARA-SPAGNOLO, *Manuale di diritto penale dell'impresa,* II, Monduzzi, Bologna, 1998.

PEDRAZZI, in PEDRAZZI-SGUBBI, *Commentario Scialoja-Branca, Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito. Artt. 216-227,* Zanichelli, Bologna, 1995.

PEDRAZZI, *Incostituzionali le fattispecie di bancarotta?*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1989, 898 ss.

PERDONÒ, in BORSARI (a cura di), *Crisi dell'impresa, procedure concorsuali e diritto penale dell'insolvenza, Vantaggi compensativi e reati fallimentari: necessità di una espressa previsione o rilevanza già* de iure condito, Padova University Press, 2015.

PIOLA, *Digesto Italiano (XXI), Società commerciale, parte generale,* Utet, Torino, 1903-1905.

PISANI, *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, Giappichelli, Torino, 2011.

ROMANO, *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità,* in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1990, 55 ss.

www.osservatorio-oci.org

ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, III, Giuffrè, Milano 2004.

ROMANO, in DOLCINI-PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci, Teoria del reato, punibilità, soglie espresse di offensività (e cause di esclusione del tipo)*, Giuffrè, Milano, 2006.

RONDINONE, *Il mito della conservazione dell'impresa in crisi e le ragione della "commercialità"*, Giuffrè, Milano, 2012.

SANDRELLI, *Fallimento e vantaggi compensativi: due termini difficilmente compatibili*, in *Fall.*, 2009, 315 ss.

SANDRELLI, in LO CASCIO (a cura di), *Codice commentato del fallimento, Disposizioni penali*, II, Giuffrè, Milano, 2013.

SANDRELLI, *La riforma penale della legge fallimentare: i rimedi per la crisi di impresa, il concordato preventivo e le nuove fattispecie (art. 217-bis e 236-bis l.fall.)*, di prossima pubblicazione in *Riv. Trim. dir. pen. Ec.*

SANDRELLI, *Le esenzioni dai reati di bancarotta e il reato di falso in attestazioni e relazioni*, in *Fall.*, 2013, 789 ss.

SANDRELLI, in LO CASCIO (diretto da), *Codice commentato del fallimento, Le norme penali della legge fallimentare*, Giuffrè, Milano, 2008.

SANDRELLI, *Le norme penali e processuali nel testo della Commissione Trevisanato*, in *Atti del Convegno* tenutosi a Milano il 20 aprile 2005.

SANDRELLI, *Prime considerazioni sui riflessi della legge 80/05 sul comparto penale della legge fallimentare*, in *Fall.*, 2005, 1218 ss.

SANTORIELLO, *I reati di bancarotta*, Giappichelli, Torino, 2000.

SATTA, *Diritto fallimentare*, III, Cedam, Padova, 1996.

www.osservatorio-oci.org

SCOLETTA, in BORSARI (a cura di), *Crisi dell'impresa, procedure concorsuali e diritto penale dell'insolvenza, La "specialità" della causa di esenzione dai reati di bancarotta: funzionalità e limiti scriminanti dell'art. 217*-bis *l.fall.*, Padova University Press, 2015.

SCHIANO DI PEPE, *Il diritto fallimentare riformato*, Cedam, Padova, 2007.

SCHIAVANO, *I reati fallimentari oggi*, in *Riv. Trim. dir. pen. Ec.*, 2011, 681 ss.

SCHIAVANO, *Il professionista attestatore nelle soluzioni concordate delle crisi di impresa: la sua qualifica penalistica*, in *Riv. Trim. dir. pen. Ec.*, 2010, 271 ss.

SCOPESI, *Il disegno di legge delega di riforma delle disposizioni penali in materia di procedure concorsuali*, in *Dir. Fall.*, 2009, 22 ss.

SGARD, *Bankruptcy law, majority rule and private ordering in England and France (seventeenth-nineteenth Century)*¸ Oxford Sciences Po Research Group, 2010.

SKEEL, *Debt's Dominion, A History of Bankruptcy Law in America*, Princeton University Press, Princeton and Oxford, 2001.

STANGHELLINI, *Finanziamenti-ponte e finanziamenti alla ristrutturazione*, in *Fall.*, 2010, 1346 ss.

STANGHELLINI, in JORIO (diretto da) e FABIANI (coordinato da), *Il nuovo diritto fallimentare*, Zanichelli, Bologna, 2007.

STASI, *I piani di risanamento e ristrutturazione nella legge fallimentare*, in *Fall.*, 2006, 861 ss.

STELLA, *Insolvenza del debitore e responsabilità penale del banchiere*, in *Fall.*, 1985, 303 ss.

STRACCA, *Decisiones et tractatus varii de mercatura. De conturbatoribus sive decoctoribus*, III, 1553.

www.osservatorio-oci.org

TAGLIARINI, *Profili salienti della bancarotta preferenziale*, in *Ind. Pen.*, 1992, 739 ss.

TASSINARI, *La simulazione dei titoli di prelazione a cavallo tra interpretazione estensiva ed analogia in malam partem*, in *Fall.*, 2002, 1347 ss.

TETTO, *Le false o fraudolente attestazioni del professionista ex art. 161, comma 3, l.fall.: alla ricerca di un'evanescente tipicità penalmente rilevante*, in *Fall.*, 2012, 834 ss.

TROYER-INGRASSIA, *Il dissesto come evento della bancarotta fraudolenta per distrazione: rara avis o evoluzione della (fatti)specie?*, in *Soc.*, 2013, 339 ss.

VASSALLI, *Cause di non punibilità*, in *Enc. Dir.*, VI, 1960, 618 ss.

VASSALLI, *Diritto fallimentare*, I, Utet, Torino, 1994.

VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitto di doveri. Contributo alla teoria della cause di giustificazione e delle scusanti*, Giuffrè, Milano, 2000.

ZAMBUSI, *La bancarotta preferenziale dopo la riforma dell'azione revocatoria fallimentare: riflessi penalistici*, in *Ind. Pen.*, 2009, 533 ss.

ZINCANI, *Il nuovo art. 217-bis L.Fall.: la ridefinizione dei reati di bancarotta*, in *Fall.*, 2011, 516 ss.

www.osservatorio-oci.org

II. Sitografia

"Forecasting", voce del FINANCIAL DICTIONARY, disponibile su *www.financial-dictionary.thefreedictionary.com.*

"*Projection*", voce dell'OXFORD DICTIONARY, disponibile su *www.oxforddictionaries.com.*

"Recklessness", voce dell'OXFORD DICTIONARY, disponibile su *www.oxforddictionaries.com.*

A. LANZI, *Il ruolo dell'insolvenza e della declaratoria di fallimento nell'ambito dei reati di bancarotta prefallimentare*, in *www.ilFallimentarista.it.*

A. LANZI, *Nuovi reati di false attestazioni da parte del professionista*, in *www.ilFallimentarista.it.*

ARTALE, *I reati concorsuali nel sistema giuridico statunitense. Spunti comparativi per una revisione interpretativa dei reati fallimentari*, in *www.penalecontemporaneo.it.*

BAFFI, *Attestare stanca*, in *www.penalecontemporaneo.it.*

BALATO, *Sentenze Parmalat vs Corvetta: il dilemma della struttura della bancarotta fraudolenta*, in *www.penalecontemporaneo.it.*

BERSANI, *La responsabilità penale del professionista attestatore ai sensi dell'art. 236*-bis *L.F. fra analisi dottrinali e prime applicazioni giurisprudenziali*, in *www.ilCaso.it*.

BUFFELLI, *Piani di risanamento: l'attestazione del professionista, la motivazione, le riserve o indicazioni cautelative*, in *www.ilFallimentarista.it.*

Circolare ABI, Serie Legale n.19 del 23 agosto 2010, disponibile su *www.tuttocamere.it.*

www.osservatorio-oci.org

D'ALESSANDRO, *Reati di bancarotta e ruolo della sentenza dichiarativa del fallimento: la suprema corte avvia una revisione critica delle posizioni tradizionali?*, in *www.penalecontemporaneo.it.*

D'ATTORRE, *Concordato preventivo e responsabilità patrimoniale del debitore*, Relazione al Convegno "*L'impresa e il diritto commerciale: innovazione, creazione di valore, salvaguardia del valore nella crisi*", tenutosi in Roma il 21-22 febbraio 2014, disponibile su *www.orizzontideldirittocommerciale.it.*

DARROW-LEWIS-PARK-SHIN, *The Debt Restructuring Process in South Korea*, Joint Publication *Orrick/Shin&Kim*, disponibile su *www.colorado.edu*.

DEMARCHI ALBENGO, *La fattispecie incriminatrice di cui al nuovo articolo 236-bis della legge fall.: la responsabilità penale dell'attestatore*, in *www.ilCaso.it.*

DI AMATO, *Note sulle implicazioni penalistiche della nuova disciplina dei finanziamenti dei soci alle imprese in crisi*, in *www.ilCaso.it.*

Dossier di documentazione elaborato nella fase di approvazione della conversione del d.l. 31 maggio 2010, n. 78, disponibile su *www.senato.it.*

GIANOGLIO, *Strumenti di soluzione della crisi di impresa, ruolo dell'attestatore e profili penali*, in *www.ilFallimentarista.it.*

GUALTIERI, *Le nuove false comunicazioni sociali: il punto di vista dell'economista aziendale*, in *www.penalecontemporaneo.it.*

GUERINI, *La responsabilità penale del professionista attestatore nell'ambito delle soluzioni concordate per le crisi d'impresa*, in *www.penalecontemporaneo.it.*

LENOCI, *Ruolo e responsabilità dell'esperto. L'indipendenza e il richiamo alla disciplina sui sindaci*, in *www.ilFallimentarista.it.*

www.osservatorio-oci.org

M. LANZI, *Falsi valutativi, legislazione e formante giurisprudenziale: politica criminale a confronto con la crisi della legalità. Rassegna della recente giurisprudenza della Sezione quinta della Corte di Cassazione in tema di rilevanza penale dei falsi valutativi, in attesa delle Sezioni Unite*, in *www.penalecontemporaneo.it*

MANCINI, *La bancarotta fraudolenta impropria e il concorso degli istituti di credito*, in *www.ilCaso.it.*

MANFREDI, *Appunti brevi sulle competenze e sulle responsabilità dell'attestatore ex art. 67 l.fall.*, in *www.ilFallimentarista.it.*

MANGIONE, *Riflessioni penalistiche sulla riforma delle procedure concorsuali*, su *www.extranet.dbi.it.*

MEZZETTI, *Falso in attestazioni o relazioni*, in *www.archiviopenale.it*.

MINNITI, *La nuova responsabilità penale dell'attestatore*, in *www.ilFallimentarista.it*.

MONTELEONE, *La responsabilità penale e civile dell'attestatore nei procedimenti di composizione delle crisi d'impresa,* disponibile su *www.osservatorio-oci.org.*

MUCCIARELLI, *Il ruolo dell'attestatore e la nuova fattispecie penale di "falso in attestazioni e relazioni"*, in *www.ilFallimentarista.it.*

MUCCIARELLI, *Sentenza dichiarativa di fallimento e bancarotta: davvero incolmabile il divario fra teoria e prassi?*, in *www. penalecontemporaneo.it.*

PANNELLA, *La nuova frontiera dell'insolvenza*, in *www.ilCaso.it.*

PIVA, *Vecchie soluzioni per nuovi problemi nella falsa attestazione del professionista*, in *www.penalecontemporaneo.it.*

Principi di Attestazione Aidea, IRDCEC, ANDAF, Apri e OCRI, giugno 2014, disponibili su *www.ilFallimentarista.it.*

www.osservatorio-oci.org

Relazione dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione n. III/09/10, del 3 agosto 2010, disponibile su *www.ilfallimento.it.*

Relazione illustrativa del d.l. 14 marzo 2005, n. 35, disponibile su *www.procedure.it.*

Relazione illustrativa del d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169, disponibile su *www.giurdanella.it.*

Relazione n. III/07/2012, 13 luglio 2012, dell'Ufficio Studi della Corte di Cassazione (red. PISTORELLI), disponibile su *www.cortedicassazione.it.*

SASSO, *Il nuovo concordato preventivo*, in *www.filodiritto.com*.

SCARABELLO, in GRIGOLIN-PERACIN-BASILE-CAVALIERE (a cura di), *L'attestazione dell'esperto negli accordi di ristrutturazione del debito e nei piani di risanamento, L'esperto attestatore: nuove questioni in tema di responsabilità*, disponibile su *www.cortellazzo-soatto.it.*

SPINOSA, *Il c.d. decreto sviluppo nel sistema della legge fallimentare: i rapporti tra nuove procedure concorsuali e profili di responsabilità penale*, in *www.penalecontemporaneo.it*.

TROYER, *Il concorso dell'istituto di credito nei fatti di bancarotta, tra libertà d'iniziativa economica e controllo del giudice penale, problemi ancora aperti e occasioni mancate*, testo tratto dalla relazione tenuta al Convegno "*La procedura pre-fallimentare ed i reati fallimentari: problematiche vecchie e nuove*", organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura, presso l'Aula Magna del Palazzo di Giustizia di Milano in data 23 gennaio 2012, disponibile su *www.ca.milano.giustizia.it.*

VIGANÒ, *Il dolo eventuale nella giurisprudenza più recente*, in *www.penalecontemporaneo.it.*

www.osservatorio-oci.org

VIGANÒ, *Una sentenza controcorrente della Cassazione in materia di bancarotta fraudolenta: necessaria la prova del nesso causale e del dolo tra condotta e dichiarazione di fallimento*, in *www.penalecontemporaneo.it*.

VITALE, *Nuovi profili penali della crisi di impresa: l'esenzione dai reati di bancarotta e la responsabilità del professionista attestatore*, in *www.archiviopenale.it*.

www.osservatorio-oci.org