

## **L'esenzione dai reati di bancarotta: un nuovo equilibrio tra le fattispecie concorsuali presupposte e la responsabilità del professionista.**

- 1. La riforma 2010: il nuovo art. 217 bis l. fall. La ratio.**
  - a. Le fattispecie concorsuali presupposte.*
  - b. Quale natura giuridica?*
  - c. I reati da cui è prevista l'esenzione: art. 216 co. 3 e 217 l. fall.*
  
- 2. D.L. Sviluppo 2012: importanti novità nel diritto societario.**
  - a. L'art. 182 quinquies l. fall, nuova fattispecie concorsuale.*
  - b. Il falso in attestazioni e relazioni: il professionista è penalmente responsabile.*
  - c. L'intervento della giurisdizione penale*
  
- 3. Il nesso tra le nuove disposizioni. Conclusioni**

## 1. La riforma 2010: il nuovo art. 217 bis l. fall. La ratio.

Nel 2010 l'art 48 co. 2 bis del D.L. 31 maggio n.78, convertito con la legge del 30 luglio n. 122/2010, ha introdotto nel titolo VI della legge fallimentare, tra le disposizioni penali, l'art. 217 bis, rubricato "Esenzione dai reati di bancarotta". Il provvedimento, intitolato "Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica", ha consentito al legislatore di far proprie le istanze e gli impulsi provenienti dal mondo bancario italiano, per completare quella che è stata a suo tempo definita la "manovra correttiva".<sup>1</sup>

E' sicuramente un raccordo difficoltoso, quello operato e da operare tra le norme che disciplinano il funzionamento delle procedure concorsuali, previste dalla legge fallimentare, e l'aspetto della sanzione penale, considerato, da molti esperti "praticanti" di questa branca del diritto, grande spunto di riflessioni più ampie, nonché, troppo spesso, luogo in cui il legislatore si è impantanato in soluzioni caratterizzate da pressapochismo metodologico<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Per un commento introduttivo, un'interessante resoconto è offerto da L. PISTORELLI, *I pagamenti e le operazioni compiuti in esecuzione del piano di risanamento di cui all'art. 67, terzo comma, lett. D), del concordato preventivo, segnatamente del piano di ristrutturazione dei debiti di cui all'art. 160 e dell'accordo di ristrutturazione di cui all'art. 182 bis*, Relazione sulle novità legislative, Decreto Legge 31 maggio 2010, n. 78 – Legge 2 luglio 2010, n. 108 – Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica, 2010, III, p. 7; R. LOTTINI, *Il nuovo art. 217 bis l. fall.: una riforma che tradisce le aspettative*, in *Fall.*, 2012, n. 12, p. 1366; per profili generali si veda G. ANDREAZZA, sub *Art. 217 bis*, in M. FERRO (a cura di), *La legge fallimentare, Commentario Teorico-Pratico*, 2011, p. 2449. Interessante spunto, in proposito, può essere rappresentato dal testo dell'intervento dell'Avv. Corrado Faissola, all'epoca presidente dell'ABI, durante l'audizione in Commissione bilancio, sostenitore dell'introduzione di una norma che consentisse alle imprese in crisi di adottare delle soluzioni concordate senza il rischio di dover incorrere nella normativa penale fallimentare. Se ne riporta qui un estratto. "Preoccupa, che nell'ambito di interventi che mirano a rendere più funzionali gli strumenti di risanamento previsti dalla legge fallimentare non vengano previste disposizioni in materia di reati che operino il necessario raccordo tra la disciplina della crisi d'impresa e quella delle responsabilità penali che si possono configurare in tali contesti. Infatti a fronte della tutela dai rischi civilistici che il legislatore della riforma ha previsto per le operazioni attuative del concordato preventivo, degli accordi di ristrutturazione dei debiti e dei piani attestati, tali strumenti rimangono esposti a profili di responsabilità ai sensi della disciplina dei reati fallimentari. Sia l'imprenditore sia i creditori che partecipano a tali operazioni potrebbero incorrere in rischi penali impropri laddove si promuova un piano di risanamento cui malauguratamente segue, nonostante le finalità perseguite, il dissesto dell'impresa. Ciò costituisce un forte deterrente all'utilizzo di tali strumenti, che stentano ancora a decollare. In attesa di una riforma organica della disciplina dei reati fallimentari, è dunque necessario un intervento mirato del legislatore che, nell'ambito del disegno di legge in esame, preveda per le operazioni compiute in esecuzione di un concordato preventivo, di un accordo di ristrutturazione dei debiti e di un piano attestato la non applicazione delle disposizioni in tema di bancarotta preferenziale e di bancarotta semplice."

<sup>2</sup> Tra gli altri, F. D'ALESSANDRO, *Il nuovo art. 217 bis l. fall.*, in *Le Società*, 2011, n.2, p. 201; M. ROMANO, *Materia economica e intervento penale (in ricordo di Armando Bartulli)*, in *Riv. soc.*, 2010, p. 542 ss.; F. D'ALESSANDRO, *Le disposizioni penali della legge fallimentare*, in CAVALLINI (a cura di), *Commentario alla legge fallimentare*, Milano, 2010, p. 13 ss.; F. MUCCIARELLI, *Stato di crisi, piano attestato, accordi di ristrutturazione, concordato preventivo e fattispecie penali*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2009, p. 825; A. ALESSANDRI, *Profili penalistici in tema di soluzioni concordate delle crisi d'impresa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 111 ss..

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

Le disposizioni introdotte, già dal 2010, sembrano rivelare una nuova idea di reazione dell'ordinamento giuridico alle esigenze di regolamentazione della crisi d'impresa, in particolare e soprattutto, alla luce della profonda crisi economica che l'occidente attraversa ormai da quattro anni. Il legislatore ha riscritto le procedure concorsuali minori in chiave contrattualistica, dando maggior risalto alle soluzioni affidate all'autonomia dei privati e ampliando e diversificando il numero degli strumenti offerti al debitore: questa metodologia ha consentito di garantire un più ampio margine di certezza ai tentativi di risanamento dell'impresa. Come messo in luce dalla moderna teoria aziendale, la naturale propensione al rischio dell'imprenditore è destinata ad assumere connotazioni di forte discontinuità in presenza di situazioni di crisi.

E peraltro è di tutta evidenza che il percorso di riforma della legge fallimentare, tutt'altro lungi dall'essere terminato, iniziato col D.lgs 5/2006, non era stato supportato fino ad allora da un adeguato ripensamento delle norme incriminatrici, determinando pericolosi vuoti di tutela rispetto a fattispecie meritevoli di un adeguato presidio penalistico<sup>3</sup>.

Una tale situazione d'incertezza aveva già restituito all'interprete un ruolo di primo piano, e sembra potersi dire, a ragion veduta, che la legge del 2010 sia, almeno, rispettosa degli orientamenti giurisprudenziali della Cassazione, nell'ottica di agevolare il più possibile l'intervento sulle crisi d'impresa<sup>4</sup>.

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

Si sottolinei qui che, fino alla introduzione della nuova normativa, la tutela delle soluzioni concordate era riservata esclusivamente a strumenti civilistici, i cui influssi sul diritto penale fallimentare non

---

<sup>3</sup> M. ZINCANI, *Il nuovo art. 217 bis l. fall.: la ridefinizione dei reati di bancarotta*, in *Fall.*, 2011, n. 5, p. 516.

<sup>4</sup> R BRICCHETTI - L. PISTORELLI, *Bancarotta, le operazioni escluse dall'incriminazione*, in *Guida dir.*, 2010, n. 37, p. 98; G. ANDREAZZA, sub *Art. 217 bis*, cit., p. 2452. Si veda, poi, l'ampia giurisprudenza con cui negli anni la Suprema Corte ha specificato priorità e concetti chiave: Cass. pen. sez. un., 15.07.2010, n. 36551; Cass. pen. sez. un., 12.06.2009, n. 24468; ; Cass. pen. sez. un., 15.05.2008, n. 19601.

erano pienamente riconosciuti dalla dottrina che allora aveva commentato le novità della riforma<sup>5</sup>. In realtà, già dal D. lgs 9 gennaio 2006, n. 5, è emerso come il ruolo delle norme penali fallimentari debba essere quello di strumento di sostegno e rafforzamento della disciplina civilistica di settore<sup>6</sup>.

#### ***a. Le fattispecie concorsuali presupposte***

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

In considerazione di ciò, è stato necessario, per limitare l’applicazione delle norme penali considerate, che fossero scrupolosamente rispettati i requisiti richiesti dalle disposizioni civilistiche che disciplinavano le tre forme di composizione della crisi dell’impresa<sup>7</sup>. E dunque, nel caso in cui vengano commessi atti fraudolenti, come quelli indicati ex art. 173 l. fall, o i piani realizzati a norma dell’art. 67, co. 3, lett. d) si basino su dati non veri, l’art. 217 bis non può essere attuato, e le operazioni poste in essere possono essere punite con le norme regolanti la bancarotta preferenziale e semplice.

Nel termine “pagamenti”, nella scia delle definizioni all’interno della fattispecie di bancarotta preferenziale, l’unanime interpretazione ha fatto rientrare ogni forma di pagamento, e dunque ogni modalità solutoria di un debito; con riferimento alla nozione di “operazioni”, essa deve essere

---

<sup>5</sup> R. LOTTINI, *Il nuovo art. 217 bis l. fall.* cit., p. 1367; A. ALESSANDRI, *Profili penalistici in tema di soluzioni concordate*, cit., p. 132.

<sup>6</sup> F. D’ALESSANDRO, *Il nuovo art. 217 bis*, cit., p. 202; A. ALESSANDRI, *Profili penalistici in tema di soluzioni concordate*, cit., p. 115. Peraltro, interessante è l’ormai storico dibattito sul panpenalismo e sui rapporti tra la normativa civile e le norme penali ivi previste. Per alcuni spunti di riflessione, C. PEDRAZZI, *Problemi di tecnica legislativa in Comportamenti economici e legislazione penale, Atti del convegno “Arel” del 17 marzo 1978*, in *Riv. soc.*, 1978, p. 22 ss.; A. ALESSANDRI, *Reati d’impresa e modelli sanzionatori*, in *Raccolta studi di diritto penale*, Milano, 1984, p. 28 ss; M. ROMANO, *Pubblico e privato nella responsabilità degli amministratori e reati societari*, in *Riv. ius.* 1987, p. 144; N. MAZZACUVA, *Bene giuridico e tecniche di tutela del diritto penale societario*, in *Politica del diritto*, 1984, p. 103; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, Vol. 1, *I reati societari, bancari, di lavoro e previdenza*, a cura di C. F. GROSSO, 13<sup>a</sup> ed., Milano, 2007, p. 17.

<sup>7</sup> R. LOTTINI, *Il nuovo art. 217 bis l. fall.* cit., p. 1372; G. SCHIAVANO, *I reati fallimentari: oggi*, in *Riv. trim. dir pen. ec.*, 2011, n. 3, p. 693.

strettamente correlata all'idoneità, delle stesse, realizzare una delle procedure di soluzione della crisi: dunque vi rientra qualsiasi atto, negozio giuridico o fatto concretamente funzionale allo scopo<sup>8</sup>.

È sin da subito necessario ribadire come in tempi non sospetti la dottrina avesse già individuato nei piani di risanamento, nel concordato preventivo e nell'accordo di ristrutturazione dei debiti una risposta al cosiddetto "stato di crisi", presupposto oggettivo perché tali procedure siano azionabili<sup>9</sup>.

La figura concorsuale richiamata, apparentemente più semplice, da analizzare è il piano di risanamento<sup>10</sup>. Si tratta di un piano che appaia razionalmente idoneo a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria e la

---

<sup>8</sup> F. MUCCIARELLI, *L'esenzione dai reati di bancarotta*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 1478.

<sup>9</sup> Così F. MUCCIARELLI, *Stato di crisi*, cit. p. 826; L. TROYER, *Le responsabilità penali relative alle soluzioni concordate delle crisi d'impresa*, in *Riv. dott. comm.*, 2008, 1, p. 111 s.s.

<sup>10</sup> Questo è l'attuale testo dell'art. 67 l. fall., come da ultimo modificato dalla recenti riforme:

Sono revocati, salvo che l'altra parte provi che non conosceva lo stato d'insolvenza del debitore:

1) gli atti a titolo oneroso compiuti nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento, in cui le prestazioni eseguite o le obbligazioni assunte dal fallito sorpassano di oltre un quarto ciò che a lui è stato dato o promesso; 2) gli atti estintivi di debiti pecuniari scaduti ed esigibili non effettuati con danaro o con altri mezzi normali di pagamento, se compiuti nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento; 3) i pegni, le anticresi e le ipoteche volontarie costituiti nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento per debiti preesistenti non scaduti; 4) i pegni, le anticresi e le ipoteche giudiziali o volontarie costituiti entro sei mesi anteriori alla dichiarazione di fallimento per debiti scaduti.

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

Non sono soggetti all'azione revocatoria:

a) i pagamenti di beni e servizi effettuati nell'esercizio dell'attività d'impresa nei termini d'uso; b) le rimesse effettuate su un conto corrente bancario, purché non abbiano ridotto in maniera consistente e durevole l'esposizione debitoria del fallito nei confronti della banca; c) le vendite ed i preliminari di vendita trascritti ai sensi dell'articolo 2645-bis del codice civile, i cui effetti non siano cessati ai sensi del comma terzo della suddetta disposizione, conclusi a giusto prezzo ed aventi ad oggetto immobili ad uso abitativo, destinati a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o di suoi parenti e affini entro il terzo grado, ovvero immobili ad uso non abitativo destinati a costituire la sede principale dell'attività d'impresa dell'acquirente, purché alla data di dichiarazione di fallimento tale attività sia effettivamente esercitata ovvero siano stati compiuti investimenti per darvi inizio; d) gli atti, i pagamenti e le garanzie concesse su beni del debitore purché posti in essere in esecuzione di un piano che appaia idoneo a consentire il risanamento della esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria; un professionista indipendente designato dal debitore, iscritto nel registro dei revisori legali ed in possesso dei requisiti previsti dall'articolo 28, lettere a) e b) deve attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano; il professionista è indipendente quando non è legato all'impresa e a coloro che hanno interesse all'operazione di risanamento da rapporti di natura personale o professionale tali da comprometterne l'indipendenza di giudizio; in ogni caso, il professionista deve essere in possesso dei requisiti previsti dall'articolo 2399 del codice civile e non deve, neanche per il tramite di soggetti con i quali è unito in associazione professionale, avere prestato negli ultimi cinque anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore ovvero partecipato agli organi di amministrazione o di controllo; il piano può essere pubblicato nel registro delle imprese su richiesta del debitore; e) gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata, nonché dell'accordo omologato ai sensi dell'articolo 182-bis, nonché gli atti, i pagamenti e le garanzie legalmente posti in essere dopo il deposito del ricorso di cui all'articolo 161; f) i pagamenti dei corrispettivi per prestazioni di lavoro effettuate da dipendenti ed altri collaboratori, anche non subordinati, del fallito; g) i pagamenti di debiti liquidi ed esigibili eseguiti alla scadenza per ottenere la prestazione di servizi strumentali all'accesso alle procedure concorsuali di amministrazione controllata e di concordato preventivo.

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

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

cui ragionevolezza sia attestata dal professionista: tale verifica, nel caso in cui il piano non abbia conseguito il risultato che si proponeva, spetterà al giudice penale, nella misura di un giudizio di ragionevolezza e d'idoneità.

Uno dei nodi più controversi del neo introdotto art. 217 bis, sin da subito è stato rappresentato dai rapporti con la revocatoria fallimentare: in particolare, risultava problematica la riflessione sulle operazioni che, pure trovandosi nell'ambito di operatività di tale azione, non erano richiamate all'art. 67, co. 3, lett. d)<sup>11</sup>. La riforma, in questo senso, ha optato per una tecnica normativa basata sul caso, passando attraverso l'indicazione specifica di una serie di atti considerati revocabili, e contemplando i pagamenti e le operazioni tassative, non assoggettabili a revocatoria fallimentare. Dal testo di legge si evince un chiaro depotenziamento della revocatoria da una parte; dall'altra sono stati meglio precisati i limiti degli atti revocabili, assicurando maggiore certezza nello svolgimento dei rapporti patrimoniali. In ogni caso, positiva o negativa sia l'opinione in merito, il dato di fatto è che i piani attestati hanno rappresentato una radicale innovazione della disciplina fallimentare, dato che per la prima volta è stata introdotta una soluzione di tipo privatistico, con il correlativo vantaggio pubblicistico della "copertura da eventuali azioni revocatorie"<sup>12</sup>. Si potrebbe ritenere che la disposizione di cui all'art. 217bis l. fall. sia una specificazione del principio generale, ricavabile dal disposto ex art. 67 co. 3 lett. d) che, di conseguenza, produce i propri effetti nell'ambito del diritto penale fallimentare<sup>13</sup>. In particolare, con riferimento all'ultima disposizione citata, sembra opportuno riferire quanto attenta dottrina aveva espresso: *è uno strumento innovativo ancora più largo, in quanto protegge non solo i tradizionali erogatori di nuova finanza all'impresa in crisi, ma tutti quei soggetti coinvolti come controparti di un imprenditore che pianifichi con un apposito programma la fuoriuscita dall'insolvenza*<sup>14</sup>. Dunque, rispetto al passato si riscontra una più ampia deroga ai principi generali del sistema concorsuale, resa possibile dalle soluzioni concordate della crisi d'impresa<sup>15</sup>, nonostante le norme di nuova introduzione si pongano nel solco delle precedenti riforme.

---

<sup>11</sup> F. D'ALESSANDRO, *Il nuovo art. 217 bis*, cit., p. 204.

<sup>12</sup> G. ROCCA, *Le radici e le cause storiche, non remote, del nuovo intervento normativo (Decreto sviluppo)*, in *il Fallimentarista*, 2012, 8, p. 2.

<sup>13</sup> R. LOTTINI, *Il nuovo art. 217 bis l. fall.* cit., p. 1375

<sup>14</sup> G. TERRANOVA, *La nuova disciplina delle revocatorie fallimentari*, in *Dir. Fall.*, 2006, I, p. 278; *contra* L. PISTORELLI, *Novità legislative: D.L. 31 maggio 2010, n. 78, convertito con modificazione nella Legge 30 luglio 2010, n. 122, recante "Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica"*, relazione del 3 agosto 2010, 11, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it), il quale sostiene che *non appare ragionevole limitare la simmetria tra esclusione della revocatoria irrilevanza penale dei pagamenti preferenziali alle sole ipotesi previste dall'art. 67, terzo comma, lett. d), talché, sotto questo profilo, la novella potrebbe presentare qualche problema di compatibilità con l'art. 3 Cost.*

<sup>15</sup> G. GUERRIERI, *Il controllo giudiziale sui piani attestati*, in *Giur. comm.*, 2012, 3, p. 385.

Il secondo strumento concordatario di soluzione della crisi d'impresa era il concordato preventivo, previsto all'art. 160 l. fall., richiamato dall'art. 217 bis per essere escluso dall'alveo delle tipicità delle fattispecie di bancarotta ex artt. 216 co. 3 e 217 l. fall.<sup>16</sup>. In particolare, come riportato da attenti commentatori, la disposizione introdotta da D.L. Sviluppo ha contratto l'area di tipicità delle norme incriminatrici di bancarotta preferenziale e semplice<sup>17</sup>. La necessaria inclusione della fattibilità del piano, tra i requisiti che condizionano l'ammissione al concordato preventivo, dovrebbe poter precludere, divenuta definitiva, ogni potenziale rivisitazione in particolare del requisito dell'attuabilità

---

<sup>16</sup> Per completezza, si riporta per intero il testo riformato dell'art. 161 l. fall. la cui rubrica è intitolata "Domanda di concordato". Interessanti novità si devono registrare sotto il profilo del pre-concordato, introdotto *ex novo* dal D.L. Sviluppo al sesto comma e seguenti:

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

Il debitore deve presentare con il ricorso:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

<sup>17</sup> R. BRICCHETTI - L. PISTORELLI, *Bancarotta, le operazioni escluse*, cit., *ibidem*.

dell'accordo: tale impianto interpretativo è stato consolidato dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite della Cassazione<sup>18</sup>.

Ultima norma richiamata era l'accordo di ristrutturazione dei debiti, già previsto dall'art. 182 bis l. fall, anch'esso ora riformato dal D.L. Sviluppo<sup>19</sup>. Da alcuni commentatori è stato definito come l'istituto maggiormente innovativo, col ruolo di miglior strumento di soluzione negoziale della crisi d'impresa, alternativamente efficace alla dichiarazione di fallimento<sup>20</sup>. Si tratta di una norma che consente all'imprenditore di chiedere l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti, condiviso dai creditori che rappresentino almeno il sessanta per cento dell'intero passivo. Tale sistema consente di

---

<sup>18</sup> G. ANDREAZZA, sub *Art. 217 bis*, cit., p. 2452; F. D'ALESSANDRO, *Il nuovo art. 217 bis*, cit., p. 211. Per la sentenza richiamata, si veda Cass. pen. sez. un., 28.02.2008, n. 19601.

<sup>19</sup> F. D'ALESSANDRO, *Il nuovo art. 217 bis*, cit., p. 210. Si riporta anticipatamente qui il testo della normativa novellata dal D.L. Sviluppo 2012:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

<sup>20</sup> F. D'ALESSANDRO, *Il nuovo art. 217 bis*, cit., p. 210.



superare definitivamente quel principio d'indisponibilità dell'insolvenza che caratterizzava all'inizio le procedure concorsuali<sup>21</sup>.

In proposito all'omologa, la dottrina prevalente si è schierata in favore della tesi per cui al giudice dell'omologa spetti di verificare l'accordo nel merito, mettendo in atto quello che è stato definito l'esame valutativo della documentazione<sup>22</sup>.

### ***b. Quale natura giuridica?***

Fin dalle prime letture, la formulazione dell'art. 217 bis non è risultata di agevole interpretazione, data la terminologia ambigua adottata dal legislatore, confermando ancora una volta le difficoltà nel formulare, nella materia del diritto penale dell'economia, delle norme coerenti e chiare. Così come abilmente sintetizzato, *distinte ragioni suggeriscono ora come preferibile l'opzione ermeneutica per la quale si è in presenza di un limite esegetico della fattispecie incriminatrice, introdotto dal legislatore con una disposizione successiva a quella che contempla il reato*<sup>23</sup>. La rubrica dell'articolo si riferisce a quelle che attenti commentatori hanno definito "indecifrabili esenzioni dai reati di bancarotta", mentre, al contrario, il dettato della norma si limita a prevedere la mera inapplicabilità delle fattispecie penali<sup>24</sup>. Come di consueto, l'inerzia dei soggetti deputati alla produzione delle norme, è ricaduta come un

---

<sup>21</sup> E. FRASCAROLI SANTI, sub *art. 182 bis*, in MAFFEI – ALBERTI (a cura di), *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 2009, p. 1056 – 1057. Per ulteriori fonti sulla norma in esame, è utile consultare B. INZITARI, *Gli accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis l. fall: natura, profili funzionali e limiti dell'opposizione degli estranei e dei terzi*, in *Riv. Dott. Comm.*, 2011, 4, p. 815 ss.; G.B. NARDECCHIA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti e il procedimento per la dichiarazione di fallimento*, in *Fall.*, 2008, p. 703-709; A. JORIO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Commentario Jorio-Fabiani, Agg.*, 2007, p. 57-58; L. ZOCCA, *Accordi di ristrutturazione, piani di risanamento e relazione del professionista*, Roma, 2006; S. AMBROSINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Commentario Jorio-Fabiani*, 2007, II, p. 1137-1175.

<sup>22</sup> F. MUCCIARELLI, *L'esenzione*, cit., p. 1483.

<sup>23</sup> Così si è pronunciato F. MUCCIARELLI, *L'esenzione*, cit., p. 1475. L'autore aggiunge anche che *l'art. 217 bis l. fall. stabilisce che determinati comportamenti (pagamenti ed operazioni), qualora tipici rispetto ai delitti degli artt. 216 co. 3 e 217 l. fall, non rientrano nell'ambito di operatività di dette figure di reato se posti in essere in una condizione predefinita (in esecuzione di una delle procedure per la soluzione della crisi d'impresa). Sicché il complesso delle condotte che rientrano negli insiemi disegnati dalle incriminazioni viene ad essere ridotto. Attraverso l'inserzione di un elemento specializzante (appunto l'essere realizzati in esecuzione), il perimetro e il contenuto dei delitti di bancarotta preferenziale e bancarotta semplice vengono modificati in senso limitativo sul versante della tipicità. In senso analogo, R. BRICCHETTI - L. PISTORELLI, *Bancarotta, le operazioni escluse dall'incriminazione*, cit., p. 98; G. ANDREAZZA, *Sub art. 217 bis*, cit. p. 2450; F. D'ALESSANDRO, *Il nuovo art. 217 bis*, cit., p. 203; G. SCHIAVANO, *I reati fallimentari*, cit., p. 693; R. LOTTINI, *Il nuovo art. 217 bis*, cit., p. 1372.*

<sup>24</sup> M. ZINCANI, *Il nuovo art. 217 bis*, cit. p. 519; F. MUCCIARELLI, *L'esenzione*, cit., p. 1474, il quale spiega che *il legislatore fa uso di una terminologia del tutto ignota all'esperienza penalistica, giacché denomina come esenzioni dai reati l'effetto conseguente all'applicazione della disposizione in discorso*. Per le innumerevoli discussioni di ordine generale sul tema, si rimandi a quanto scritto da M. ROMANO, *Causa di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, in *Commentario sistematico del codice penale*, I, *Artt. 1-84*, Milano, 2004, p. 253 ss; D. PULITANO, *Diritto penale*, Torino, 2005, p. 277 ss.

macigno sull'interprete, chiamato a ritrovare la qualificazione giuridica dell'art. 217 bis, determinante per i risvolti applicativi della norma. Nell'alveo delle cosiddette "cause di esclusione della pena", le ipotesi di non punibilità sono di certo un gruppo eterogeneo, non riconducibili a un principio unitario, legate tra loro dal fatto che la loro eventuale sussistenza esclude la punibilità. Nell'insieme ricadono le "cause di giustificazione", fondate sul bilanciamento degli interessi in conflitto, le "cause di esclusione della colpevolezza", che incidono sull'elemento soggettivo (cioè sul profilo interno del presunto reo), e le "cause di non punibilità in senso stretto", che sono fondate su ragioni di convenienza politico-criminale. Nel caso di specie è stata condivisa l'interpretazione che escludeva la stessa causa di esclusione della pena: infatti la teoria generale del reato conferma che il venir meno della tipicità rende superflua l'indagine relativa alla operatività di una causa di giustificazione, di una scusante o di una causa di non punibilità in senso stretto. In ogni caso è evidente come la norma non individui alcun contro interesse oppositivo ed omogeneo rispetto al bene giuridico tutelato dagli artt. 216, co. 3 e 217 l. fall, (elemento che sarebbe invece necessario se si fosse in presenza di una causa di giustificazione), non coinvolge il profilo soggettivo del reo escludendone la colpevolezza e non riguarda affatto ragioni di politica criminale e, dunque, non concede la non punibilità<sup>25</sup>. Sembra piuttosto che l'art. 217 bis operi sul piano della riformulazione dei reati di bancarotta preferenziale e semplice e si ponga come *concetto qualitativo di degradazione della tipicità*<sup>26</sup>. La norma agisce direttamente sulla struttura dei reati di bancarotta suddetti, con una funzione delimitativa per sottrazione: l'esenzione opera in questo stadio primario della tipicità, funzionale alla ridefinizione delle fattispecie astratte di reato per specificazione<sup>27</sup>. E dunque, così come vari autori avevano riportato, sembra si possa ritenere correttamente che il legislatore abbia voluto precisare i confini applicativi dei delitti di cui agli artt. 216, co. 3 e 217 l. fall<sup>28</sup>.

---

<sup>25</sup> M. ZINCANI, *Il nuovo art. 217 bis*, cit., p. 520.

<sup>26</sup> M. ZINCANI, *Il nuovo art. 217 bis*, cit., *ibidem*.

<sup>27</sup> R. BRICCHETTI - L. PISTORELLI, *Bancarotta, le operazioni escluse dall'incriminazione*, cit., p. 98; F. D'ALESSANDRO, *Le disposizioni penali della legge fallimentare*, cit., p. 203; F. MUCCIARELLI, *L'esenzione*, cit., p. 1475. Interessante il punto di vista di M. ROMANO, il quale parla di un fenomeno di "auto-correzione" del legislatore alla luce di un'eventuale pericolosa eccessiva "ampiezza" della fattispecie incriminatrice. L'autore sostiene che non si possa solo parlare di un rimedio esegetico, ma di una vera e propria esclusione del tipo originario di illecito, delimitandone l'ampiezza (M. ROMANO, *Teoria del reato, punibilità, sogni espresse di offensività e clausole di esclusione del tipo*), in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. DOLCINI - C.E. PALIERO, Milano, 2006, p. 1721 ss.

<sup>28</sup> Fra gli altri, R. LOTTINI, *Il nuovo art. 217 bis*, cit., p. 1372; L. PISTORELLI, *Novità legislative: D.L. 31 maggio 2010, n. 78*, cit. Nella relazione emerge un certo imbarazzo dell'interprete, alla luce del fatto che *non è agevole stabilire la natura giuridica di detta esenzione, mentre è chiaro l'obbiettivo perseguito dal legislatore: agevolare il più possibile l'intervento sulle crisi d'impresa, (...)d'altra parte i rimedi di cui si discute hanno natura prettamente privatistica, sicché l'esenzione non potrebbe certo dipendere da un'incontrollata scelta lasciata all'autonomia privata.*

***c. I reati da cui è prevista l'esenzione: art. 216 co. 3 e 217 l. fall.***

Sono due le fattispecie criminali richiamate dall'art. 217 bis l. fall: La cosiddetta "bancarotta preferenziale" e la "bancarotta semplice". Il pericolo più frequente quando si attivano le soluzioni concordate della crisi è rappresentato dalla bancarotta preferenziale<sup>29</sup>: la fattispecie, regolata dal terzo comma dell'art. 216 l. fall., è sanzionata meno gravemente della bancarotta fraudolenta, ma non costituisce una forma attenuata rispetto alla precedente figura, essendo una fattispecie autonoma di reato<sup>30</sup>. Oggetto giuridico della fattispecie è, dunque, l'interesse dei creditori a una regolare e paritaria distribuzione del patrimonio del debitore (*par condicio creditorum*), e si consuma nel momento dei pagamenti, essendo irrilevante la data della sentenza dichiarativa di fallimento<sup>31</sup>. Il reato previsto dalla legge fallimentare punta a colpire i cosiddetti "colpi di coda" dell'imprenditore che, prossimo al dissesto, mira a realizzare una gestione "artatamente selettiva" delle risorse patrimoniali della società<sup>32</sup>. Già da prima, l'esperienza interpretativa della dottrina maggioritaria aveva suggerito che non fosse mai rimproverabile a titolo di bancarotta preferenziale il creditore che si limitasse a ricevere un pagamento che gli spettasse<sup>33</sup>: ha sostenuto la dottrina maggioritaria che se si opinasse diversamente verrebbe addebitata al creditore la condotta tipica, fatto che chiaramente sarebbe contrastante con il principio di legalità, utilizzando il concorso di persone ex art. 110 c.p. per una condotta che invece sarebbe conforme alla fattispecie criminosa<sup>34</sup>. In ogni caso, vari autori hanno sottolineato come la norma ex art.

---

<sup>29</sup> R. LOTTINI, *Il nuovo art. 217 bis*, cit., p. 1367; A. ALESSANDRI, *Profili penalistici delle innovazioni in tema di soluzioni concordate delle crisi d'impresa*, in *Riv. trim. dir. proc. pen.*, 2006, p. 129.

<sup>30</sup> F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari II – I reati fallimentari, tributari, ambientali e dell'urbanistica*, Milano, 2008, p. 86; P. PAJARDI – I. FORMAGGIA TERNI DE' GREGORJ, *I reati fallimentari: le responsabilità penali dell'imprenditore nelle procedure di crisi*, Milano, 1994, p. 110; A. PAGLIARO, *Il delitto di bancarotta*, Palermo, 1967, p. 115; G. AMDREAZZA, *Sub. Art. 216 l. fall.*, in M. FERRO (a cura di), *La legge fallimentare, Commentario Teorico-Pratico*, 2011, p. 2426.

<sup>31</sup> Cass. pen. 37428/2009.

<sup>32</sup> F. D'ALESSANDRO, *Il nuovo art. 217 bis*, cit., p. 205. In proposito, interessante l'opinione di F. GIUNTA, *Revocatoria e concordato preventivo: tutela penale*, in *Dir. prat. Fall.*, 2006, p. 34, il quale parla di un'"evidente convergenza funzionale" tra la bancarotta preferenziale e la revocatoria fallimentare: la prima norma ha, per così dire, attinto all'ambito di applicazione della revocatoria fallimentare riempire lacune e indeterminanze che la caratterizzano.

<sup>33</sup> In tempi non sospetti già la giurisprudenza della Suprema Corte aveva affermato tale principio in Cass. sez. III, 24.11.1956. Tale indirizzo interpretativo si è consolidato, in particolare si veda la successiva pronuncia in Cass. sez. V, 3.3.1961, in *Riv. pen.*, 1961, II, p. 913, nella quale si affermava che *la norma dell'art. 216, comma terzo, prevede in forma espressa la punibilità del solo debitore e pertanto, in linea di principio, non si può affermare quella del creditore. Il creditore che istighi il debitore a pagarlo, in danno degli altri creditori, concorre nel delitto di cui all'art. 216, comma terzo, mentre non si verifica detto concorso nei casi di semplice accettazione*. Analogamente, nel tempo, la dottrina ha sostenuto la stessa tesi: P. NUVOLONE, *In tema di concorso nella bancarotta preferenziale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1957, p. 254; C. PEDRAZZI, *Reati fallimentari*, in *Manuale di diritto penale dell'impresa*, II ed. agg., Bologna, 2000, p. 157 ss.; R. BRICCHETTI - L. PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, 2011, p. 165.

<sup>34</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, VI ed., Padova, 2009, p. 545; G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, III ed., Milano, 2009, p. 407

216, co. 3 l. fall sia destinata al soggetto imprenditore *la cui particolare qualifica e il particolare rapporto con il bene giuridico tutelato contraddistinguono e rendono incomunicabile la violazione del precetto*<sup>35</sup>.

Con riguardo all'art. 217 l. fall, cosiddetta “bancarotta semplice”, esso contempla una disposizione a più norme che individua una serie di comportamenti suscettibili di integrare l'illecito<sup>36</sup>. Elemento costitutivo ne è la dichiarazione di fallimento, così che la consumazione del reato è da incardinare nel medesimo momento in cui viene pronunciata la sentenza<sup>37</sup>. Sono necessarie alcune precisazioni sull'indifferenziato richiamo all'art. 217 dato che le figure di bancarotta semplice di cui ai numeri 1 e 5 sembrerebbero quantomeno fuori luogo rispetto all'opportunità di risolvere una crisi d'impresa, tali da non potere essere ricondotte nell'alveo dell'art. 217 bis. Ci si riferisce a “chi ha fatto spese personali o per la famiglia eccessive rispetto alla sua condizione” e “chi non ha soddisfatto le obbligazioni assunte in un precedente concordato preventivo o fallimentare”<sup>38</sup>. Mentre alcun dubbio è maturato circa i numeri 3 e 4 dell'art. 217, alcune discussioni in dottrina sono sbocciate rispetto al n. 2, che punisce “chi ha consumato una notevole parte del suo patrimonio in operazioni di pura sorte o manifestamente imprudenti”, rispetto alle quali si avverte una forte orientamento maggioritario verso la inapplicabilità dell'esenzione<sup>39</sup>.

---

<sup>35</sup> Uno fra tutti, G. COCCO, *La bancarotta preferenziale*, Napoli, 1987, p. 266.

<sup>36</sup> R. LOTTINI, *Il nuovo art. 217 bis*, cit. p. 1368; per una visione d'insieme si rimanda a G. COCCO, *Sub. art. 117, R. d. 16 marzo 1942, n. 267*, in AA.VV., *Commentario breve alle leggi penali speciali*, a cura di C.E. PALIERO – F. PALAZZO, Padova, 2007, p. 1217.

<sup>37</sup> F. APRILE, *Sub. Art. 217 l. fall.* in M. FERRO (a cura di), *La legge fallimentare, Commentario Teorico-Pratico*, 2011, p. 2439.

<sup>38</sup> Tra gli altri, F. MUCCIARELLI, *L'esenzione*, cit. p. 1477; F. D'ALESSANDRO, *Il nuovo art. 217 bis*, cit., p. 212, il quale parla di *soluzioni eccentriche rispetto a qualsivoglia finalità di soluzione della crisi d'impresa, non possono essere in alcun modo “coperte” dall'esenzione disciplinata nell'art. 217 bis l. fall.*; R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, cit. p. 158.

<sup>39</sup> F. MUCCIARELLI, *L'esenzione*, cit. p. 1478; F. D'ALESSANDRO, *Il nuovo art. 217 bis*, cit., *ibidem*, secondo il quale *apparirebbe a dir poco paradossale ritenere che comportamenti erosivi della consistenza patrimoniale connotati dalla mera sorte o dalla manifesta avventatezza possano essere valutati come coerenti con un piano o con un accordo volti al superamento della crisi d'impresa*; R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *Bancarotta, le operazioni escluse dall'incriminazione*, cit. p. 96, i quali affermano in senso definitivamente restrittivo che *non possono mai, in particolare, integrare i pagamenti “preferenziali”, eseguiti cioè allo scopo di favorire, a danno dei creditori, taluni di essi, né (volendo pensare alla bancarotta semplice patrimoniale) operazioni manifestamente imprudenti di consumazione di una “notevole parte del patrimonio dell'imprenditore (articolo 217, co. 1, n. 2), operazioni di grave imprudenza per ritardare il fallimento (n. 3) e condotte gravemente colpose aggravatrici del dissesto (n. 4).* Con tale interpretazione, nettamente più restrittiva, concordiamo.

## **2. D.L. Sviluppo 2012: importanti novità nel diritto societario.**

Il Decreto Legge 22 giugno 2012, n. 83 (cosiddetto "Decreto Sviluppo"), convertito con modificazioni, dalla Legge 7 agosto 2012, n. 134 (G.U. n. 187 del 11-08-2012) ha recentemente apportato decisive modifiche alla Legge fallimentare (L. n. 267/1942): la *ratio* principale è stata quella di consentire all'imprenditore, la cui attività versi in uno stato di crisi, di accedere velocemente e con procedure snelle alle tutele previste in suo favore.

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

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

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

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

Varie novità, dunque, quelle apportate dal D.L. Sviluppo, le quali sembrano tutte convergere verso un più ampio spazio dell'autonomia privata, rafforzando le soluzioni negoziali delle crisi d'impresa<sup>40</sup>.

---

<sup>40</sup> Si vedano alcuni tra i primi e più attenti commentatori delle nuove norme introdotte, globalmente considerate, tra cui M. VITIELLO, *Le novità introdotte dalla L. 134/2012 di conversione del c.d. "Decreto Sviluppo"*, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it)

**a. L'art. 182 quinquies l. fall, nuova fattispecie concorsuale.**

Tra le varie novità introdotte dal D.L. sviluppo, merita particolare attenzione, alla luce dell'esonazione dai reati di bancarotta, il nuovo art. 182 quinquies: il testo dell'art. 217 bis è stato modificato dall'articolo 33, comma 1, lettera l bis), del D.L. 22 giugno 2012, n. 83, con la decorrenza indicata dal comma 3 del medesimo articolo 33 del suddetto D.L. n. 83 del 2012 e dall'articolo 18, comma 2 bis, del D.L. 18 ottobre 2012 n.179, introducendo l'ulteriore periodo *nonché ai pagamenti e alle operazioni di finanziamento autorizzati dal giudice a norma dell'articolo 182 quinquies*<sup>41</sup>.

L'art. 182 quinquies l. fall è stato introdotto dall'articolo 33, comma 1, lettera f), del D.L. 22 giugno 2012, n. 83, con la decorrenza indicata dal comma 3 del medesimo articolo 33 del suddetto D.L. n. 83 del 2012<sup>42</sup>.

---

12/10/12; S. AMBROSINI, *I finanziamenti bancari alle imprese in crisi nei nuovi articoli 182 quater e quinquies, l. fall., ibidem*, 13/09/12; G. BENVENUTO, *Quadro sintetico delle novità in materia concorsuale introdotte dal D.L. 22 giugno 2012, n. 83, ibidem*, 06/09/12; C. TRENTINI, *Un primo commento alle "Misure urgenti per la crescita del paese" e alla revisione della legge fallimentare, ibidem*, 06/09/12; F. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo il Decreto Sviluppo*, in *Il civilista*, Milano, 2012. Per la giurisprudenza, ottimi spunti di analisi sono dati da Trib. Milano, *Linee Guida, Verbale del Plenum tenuto in data 20.09.2012*, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it).

<sup>41</sup> Questo è il nuovo testo dell'art. 217 bis l. fall:

Le disposizioni di cui all'articolo 216, terzo comma, e articolo 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.

<sup>42</sup> Si riporta qui il testo integrale del neonato art. 182 quinquies:

Il debitore che presenta, anche ai sensi dell'articolo 161 sesto comma, una domanda di ammissione al concordato preventivo o una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'articolo 182 bis, primo comma, o una proposta di accordo ai sensi dell'articolo 182 bis, sesto comma, può chiedere al tribunale di essere autorizzato, assunte se del caso sommarie informazioni, a contrarre finanziamenti, prededucibili ai sensi dell'articolo 111, se un professionista designato dal debitore in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), verificato il complessivo fabbisogno finanziario dell'impresa sino all'omologazione, attesta che tali finanziamenti sono funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori.

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

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

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

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

Anche se il legislatore era già intervenuto in passato in tema di prededuzione dei finanziamenti concessi per la presentazione di una domanda di omologa dell'accordo di ristrutturazione dei debiti (art. 182 quater), la prassi aveva ampiamente dimostrato una certa reticenza delle banche all'erogazione della cosiddetta "finanza-ponte" (tutto quel complesso di finanziamenti per consentire all'impresa di sopravvivere durante il procedimento di omologazione, in assenza dei quali si comprometterebbe l'attività aziendale). D'altro canto è di tutta evidenza che un qualsiasi tentativo di superamento della crisi e di ricerca di soluzioni differenti dalla liquidazione fallimentare passi attraverso il coinvolgimento degli istituti di credito nell'ambito di un piano di risanamento o di ristrutturazione, il cui principale pilastro è rappresentato dalla nuova finanza bancaria<sup>43</sup>.

L'art. 182 quinquies si è posto proprio sulla scia di questa esigenza, consentendo all'imprenditore in sede di deposito anche del solo pre-accordo, di chiedere al Tribunale l'autorizzazione a ricevere contrarre finanziamenti prededucibili a norma dell'art. 111 l. fall. (supportati da un'apposita relazione redatta da un professionista qualificato, secondo cui essi devono essere "funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori"). Si noti che, data l'evidente deroga al principio della *par condicio creditorum*, il tribunale potrà concedere l'autorizzazione utilizzando la massima cautela (e da qui anche il rafforzamento del ruolo del professionista e della sua correlativa responsabilità)<sup>44</sup>. Si capisce come tutti i finanziatori, preferiranno avvalersi della nuova disciplina introdotta dal D.L. Sviluppo, che garantisce maggiore certezza e celerità. Una recentissima giurisprudenza si è pronunciata sul contenuto della novella disposizione, affermando che è *generica e quindi inammissibile l'istanza di autorizzazione a contrarre finanziamenti ove manchino gli elementi da cui desumere la ragionevolezza dell'aggravamento dell'esposizione debitoria in funzione del complessivo impianto del piano di concordato in elaborazione, nemmeno delineato nelle sue linee essenziali*<sup>45</sup>. La questione giuridica affrontata ha riguardato i presupposti di ammissibilità dell'istanza di autorizzazione a contrarre

---

<sup>43</sup> S. AMBROSINI, *I finanziamenti bancari*, cit., p. 1. Assonime, Studio n. 4/2012, *Rapporto sull'attuazione della riforma della legge fallimentare e sulle sue più recenti modifiche*, Roma, aprile 2012. In particolare si diceva che *elemento necessario per consentire lo sviluppo di concordati di risanamento finalizzati a garantire la continuità aziendale è l'erogazione di nuova finanza. Questa è necessaria per sostenere l'impresa sia nella fase di predisposizione del piano posto alla base dell'accordo, sia in quella successiva in cui devono essere soddisfatte le obbligazioni assunte in base al piano stesso. Al riguardo le risposte dei giudici delegati hanno evidenziato come nei pochi casi di concordato con continuità aziendale, raramente il risanamento dell'impresa è stato basato sull'erogazione di nuova finanza in corso di procedura e mai è stata erogata finanza ponte ai fini della presentazione della domanda di concordato. Nonostante l'estensione dell'area della prededuzione l'imprenditore che cerca di risolvere la crisi attraverso soluzioni concordate incontra, dunque, una estrema difficoltà nel reperire i finanziamenti necessari e ciò giustifica anche l'assoluta prevalenza dell'uso del concordato preventivo con finalità liquidatoria.*

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

<sup>45</sup> Trib. Treviso, sez. II, 16.10.12, decreto.

finanziamenti. Ed in effetti, sulla questione, si sono formati vari orientamenti: se un'interpretazione letterale consente che sia bastevole allegare all'istanza la sola attestazione dell'esperto, una tesi più restrittiva vorrebbe escludere tale eventualità, richiedendo, oltre all'istanza dell'attestatore, anche il piano completo e la proposta di concordato<sup>46</sup>. Di sicuro non sembra possibile enunciare un unico principio interpretativo: sta di fatto, però, che se tale strumento è stato ideato per facilitare l'imprenditore, non si vede la ragione di un "appesantimento" degli adempimenti, operato in via interpretativa dalla giurisprudenza di merito. E d'altronde, come fanno notare i primi commentatori della norma, *consentire all'impresa di acquisire, preservare e monetizzare il valore dei beni (pur al netto della prededuzione) di sicuro accrescerà le risorse da destinare ai creditori*<sup>47</sup>. In ogni caso, ci sembra dover sottolineare come la decisione in un senso o nell'altro non sia agevole: il tribunale svolge un ruolo fondamentale, dovendo valutare le concrete possibilità di proteggere il valore dei beni aziendali e consentirne, eventualmente, la sopravvivenza. Ancora una volta le risultanze pratiche di una riforma saranno interamente rimesse agli operatori di giustizia. Da una parte i giudici potrebbero farsi coadiuvare da ausiliari per meglio valutare quanto attestato da debitore e professionista, valutando le informazioni periodiche a scadenze definite<sup>48</sup>; in secondo luogo, dottrina attenta ha suggerito che in caso di istanza ex art. 182 quinquies, utile sarebbe per il Tribunale assumere sommarie informazioni (coinvolgendo, così, il parco dei creditori nelle questioni affrontate).

Così come riportato dal modificato testo dell'art. 217 bis l. fall, vengono, oggi, fatti rientrare nell'esonero tutti i pagamenti e le operazioni di finanziamento tipiche della cosiddetta "finanza-ponte" di cui si è appena discusso. Varranno, per queste ultime tipologie di operazioni, le stesse regole ermeneutiche di cui sopra si è ampiamente argomentato, in proposito alle operazioni di piano di risanamento, concordato preventivo e accordo di ristrutturazione dei debiti escluse dal novero delle condotte penalmente sanzionabili. Data la necessità delle operazioni ex art. 182 quinquies, alla luce dell'attuale panorama economico italiano, così come la realtà penale economica, tutt'altro che scomparsa e, anzi, rinvigorita, non si faranno attendere pronunce giurisprudenziali su questa nuova materia.

---

<sup>46</sup> R. BONSIGNORE, *Finanza interinale nel concordato con riserva*, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it), 06/12/12, p. 2; F. LAMANNA, *La problematica relazione tra "pre-concordato" e "concordato con continuità aziendale" alla luce delle speciali autorizzazioni del Tribunale*, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it); S. AMBROSINI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi (dalla "miniriforma" del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134)*, Zanichelli, 2012.

<sup>47</sup> R. BONSIGNORE, *Finanza interinale*, cit. p. 3.

<sup>48</sup> Tale prassi, supportata da R. BONSIGNORE, *Finanza interinale*, cit. p. 4, è già stata avviata da alcuni tribunali, in particolare Trib. La Spezia, 25/09/2012 e Trib. Parma, 17/10/2012.



***b. Il falso in attestazioni e relazioni: il professionista è penalmente responsabile.***

Il D.L. Sviluppo ha introdotto, nelle disposizioni penali della legge fallimentare, con l'art. 33, co. 1, lett. l), l'art. 236 bis, l'inedito reato di "Falso in attestazioni e relazioni"<sup>49</sup>. Le riforme fallimentari del 2005 e del 2007 non avevano mai modificato le norme relative alla correttezza delle informazioni sulla situazione economica patrimoniale e finanziaria del debitore: in particolare non si era mai provveduto a una tutela penale a fronte di dati infedeli. Il legislatore ha finalmente sanato un vuoto rispetto al quale più di un'incertezza era venuta alla luce tra gli operatori della materia, tanto che da più parti era stata avanzata la tesi di assimilabilità della fattispecie al reato di falso in atto pubblico, ex art. 479 c.p., poi risolta negativamente dalla giurisprudenza<sup>50</sup>. D'altronde è utile ricordare che l'esigenza di incardinare nella legislazione vigente una forma di tutela penale era anche sostenuta da chi rappresentava l'esigenza di norme a presidio dell'effettiva indipendenza del professionista attentatore, rispetto all'imprenditore in crisi, suo cliente<sup>51</sup>.

Questa soluzione di nuova fattura rappresenta un'opportunità e un'integrazione fondamentale per completare il tessuto normativo in cui si va a installare, tale che la constatazione del ruolo centrale del professionista attentatore, nella disciplina fallimentare riformata, ha indotto il legislatore a rafforzare i requisiti soggettivi sul versante dell'indipendenza (si veda in particolare la disposizione ex art. 67, co. 3, lett. d))<sup>52</sup>.

Sono stati introdotti più ferrei cardini di terzietà della figura, soddisfacendo un'esigenza preventiva, intervenendo sull'eventualità di conflitto d'interessi: la sanzione penale di nuovo conio si pone,

---

<sup>49</sup> Qui si riporta il testo dell'articolo:

Il professionista che nelle relazioni o attestazioni di cui agli articoli 67, terzo comma, lettera d), 161, terzo comma, 182-bis, 182-quinquies e 186-bis espone informazioni false ovvero omette di riferire informazioni rilevanti, e' 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.

<sup>50</sup> R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *Operazioni di risanamento, professionisti nel mirino*, in *Guida al diritto*, 29, 2012, p. 45 ss.; A. LANZI, *Nuovi reati di false attestazioni da parte del professionista*, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it); si veda anche la giurisprudenza *ivi* richiamata Trib. Torino, Sez. IV pen., 31.03.2010, in *Fall.*, 2010, p. 1439. Sul punto anche l'autorevole dottrina di F. MUCCIARELLI, *Il ruolo dell'attestatore e la nuova fattispecie penale di "falso in attestazioni e relazioni"*, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it), 2012, p. 2, il quale sconsiglia recisamente un equiparazione della fattispecie ad *alcun ruolo dotato di valenza pubblicistica*.

<sup>51</sup> G. MINNITI, *La "nuova" responsabilità penale dell'attestatore*, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it); dello stesso avviso, F. D'ALESSANDRO, *Il nuovo art. 217 bis*, cit., p. 208, il quale, un anno prima che fosse introdotta la nuova fattispecie penale, scriveva già che *si capisce facilmente, allora, come sarebbe stato senz'altro opportuno, per prevenire asseverazioni eccessivamente generose e garantire la scrupolosità del professionista nell'emettere un giudizio discrezionale che potrà, molto spesso, chiudere la porta a future incriminazioni, prevedere un apposito sistema di responsabilizzazione del professionista, anche mediante il ricorso a sanzioni specifiche, non necessariamente di matrice penalistica*, rimarcando le rimozioni della dottrina di fronte al vuoto legislativo, ora colmato.

<sup>52</sup> F. MUCCIARELLI, *Il ruolo dell'attestatore*, cit.

dunque, a presidio della correttezza dell'operato del professionista nelle sue funzioni di certificazione e "rivitalizza" il ruolo dell'esperto e della sua responsabilità<sup>53</sup>. In base alla nuova normativa introdotta dal D.L. Sviluppo, il professionista può dirsi indipendente quando non è legato all'impresa, o a chi ha interesse all'operazione di risanamento, da rapporti personali o professionali che possano compromettere l'indipendenza e l'obiettività del suo giudizio: sotto questo profilo, come alcuni hanno suggerito, sembra si possa rimandare all'art. 51 c.p.c., in tema di "Astensione del giudice", e, similmente, all'art. 63 c.p.c., valevole per i consulenti tecnici nel processo civile<sup>54</sup>. D'altro canto, non essendo stato previsto un apposito meccanismo di riconsulazione, così come nella disciplina processual civilistica sopra richiamata, è sembrata davvero opportuna la nuova fattispecie incriminatrice penale introdotta.

Il reato ha ad oggetto falsità documentali rispetto alle relazioni e attestazioni che l'esperto professionista deve redigere nell'ambito dei piani di risanamento, del concordato preventivo, dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, delle operazioni di finanza interinale e del concordato con continuità aziendale (si ricordi, peraltro, che la legge di riforma ha inciso sull'importanza del professionista all'interno delle procedure negoziali di risoluzione della crisi d'impresa)<sup>55</sup>. È un delitto proprio, il cui autore è il professionista attestatore indicato dalla legge fallimentare<sup>56</sup>. Le funzioni di tale soggetto risultano evidentemente arricchite dalla necessità dell'imprenditore di munirsi dell'attestazione di funzionalità al miglior soddisfacimento dei creditori, per la prosecuzione dell'attività d'impresa.

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

Il fatto tipico può essere: la condotta attiva, dunque l'esposizione di informazioni false, può concretizzarsi, ad esempio, se l'attestatore effettua una circolarizzazione per ottenere la precisazione dei crediti, che però indica nella relazione di attestazione per importo diverso da quello effettivamente

---

<sup>53</sup> F. MUCCIARELLI, *Il ruolo dell'attestatore*, cit., p. 1; analogamente, E. STASI, *La terzietà dell'attestatore*, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it), 14/12/12, p. 1; V. LENOCI, *Ruolo e responsabilità dell'esperto. L'indipendenza e il richiamo alla disciplina sui sindaci*, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it), p. 2; E. BASILE, *Art. 217 bis l. fall e gruppi di società*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2012, n. 9.

<sup>54</sup> V. LENOCI, *Ruolo e responsabilità dell'esperto*, cit., p. 4.

<sup>55</sup> R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *Operazioni di risanamento*, cit., p. 45 ss.; G.B. NARDECCHIA, *Professionisti attestatori: requisiti stringenti e sanzioni*, in *Ilsole24ore*, 09/07/12; A. IORIO, *Professionisti, ora è reato dire il falso nel fallimento*, in *Ilsole24ore*, 03 settembre 2012.

<sup>56</sup> M. VITIELLO, *La "nuova" responsabilità penale del professionista attestatore*, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it), 27/06/12; A. LANZI, *Nuovi reati di false attestazioni*, cit., p. 2.

verificato (il reato, dunque, sussiste in quanto c'è discrasia tra la realtà e la sua rappresentazione da parte del professionista)<sup>57</sup>; la condotta passiva, l'omissione<sup>58</sup> di informazioni rilevanti, si configura, per esempio, nel caso in cui nel concordato preventivo il professionista ometta di segnalare la mancata iscrizione di un credito di importo rilevante<sup>59</sup>. In ogni caso si tratta di una fattispecie penale dolosa, in cui il dolo è generico, salvo che per il caso del secondo comma, in cui si registra lo specifico scopo del profitto. D'altra parte, il fatto che il legislatore non si sia preoccupato di delimitare l'elemento soggettivo, ha prodotto importanti dubbi interpretativi: alcuni fra i primi commentatori hanno messo in luce il pericolo che professionisti onesti ma sfortunati possano essere coinvolti in procedimenti penali, senza aver effettivamente voluto la condotta criminosa di cui all'art. 236 bis, ma semplicemente a titolo di dolo eventuale<sup>60</sup>. Secondo la dottrina prevalente, il dolo di falso comprenderebbe non solo la

---

<sup>57</sup> In proposito, alcuni autori hanno rilevato dubbi sull'applicabilità delle sanzioni penali in oggetto nel caso in cui il professionista dichiari falsamente di non trovarsi in una delle situazioni di incompatibilità previste dalla lett. d) dell'art. 67 l. fall, o ometta tale informazione. Un'interpretazione letterale della norma sembra suggerire una risposta affermativa, data la tutela dell'interesse dello stato. Tipico *casus* è quello dell'amico fraterno del debitore che viene chiamato a certificare il piano, come ci ricorda E. STASI, *La terzietà dell'attestatore*, cit., p. 6. STASI suggerisce di richiamare l'art. 27 D.lgs 39/2010, che attribuisce rilevanza penale solo alle falsità contenute nelle relazioni o in altre comunicazioni delle società di revisione.

<sup>58</sup> Con riferimento alla condotta omissiva, tra i primi studiosi della norma vi è G.B. NARDECCHIA, *Professionisti attestatori*, cit., il quale pone l'attenzione sull'eventuale emersione successiva di informazioni rilevanti non esposte dal professionista. Questa possibilità, secondo l'autore, darebbe luogo a un duplice problema interpretativo: sul tipo di prestazione esigibile dal professionista, dovendosi dimostrare che egli avrebbe dovuto chiedere e ottenere dal debitore tali informazioni; e sulla effettiva rilevanza dell'omessa informazione, dato che sarebbe da valutare *ab initio* l'incidenza dell'omissione sul consenso informato dei creditori. Questi dubbi interpretativi sembrano essere particolarmente pregnanti alla luce dell'applicazione della norma all'art. 182 quinquies l. fall, con riferimento ai finanziamenti prededucibili. È interessante, anche l'opinione di quella dottrina secondo la quale, non di omissione vera e propria si possa parlare, quanto di "falso ideologico per omissione" assimilabile alle disposizioni sul c.d. "falso in bilancio" ex artt. 2621 e 2622 c.c. (in senso analogo si veda ancora R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *Operazioni di risanamento*, cit., p. 49). Così come messo in luce da alcuni autori, sembra che il "nascondimento" sia l'altra faccia della medaglia di un obbligo di comunicazione. Sul punto si vedano C. PEDRAZZI, *Profili penali dell'informazione societaria*, in A.A., *L'informazione societaria*, II, Milano, 1982, p. 1130; <sup>58</sup> G. MINNITI, *La "nuova" responsabilità*, cit.

<sup>59</sup> Un interessante spunto, in questo senso, lo fornisce il G.I.P. Trib. Rovereto, 12.01.2012, che, già prima del nuovo art. 236 bis, su un caso in cui la mancata iscrizione dell'importo era relativa a un maxi canone di leasing, statuiva: *la relazione del professionista che, ai sensi dell'articolo 161, comma 3, legge fallimentare, deve attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano posto a base della domanda di concordato preventivo, si inserisce a pieno titolo nel procedimento giurisdizionale della procedura di concordato e di fatto sostituisce i poteri istruttori del tribunale in ordine ad una condizione di ammissibilità del concordato. Detta relazione ha, quindi, non solo un contenuto valutativo ma anche un contenuto certificativo dal quale discende uno specifico valore probatorio. Per queste ragioni, non vi possono essere dubbi in ordine al fatto che il professionista incaricato di redigere la relazione svolge un servizio di pubblica necessità in funzione di una corretta informazione e tutela dei creditori e che, conseguentemente, lo stesso professionista, in considerazione del fatto che deve compiutamente informare il commissario giudiziale, i creditori ed il tribunale, sia investito di poteri e doveri tipici dei soggetti esercenti un servizio di pubblica necessità. La falsa attestazione, da parte del professionista che redige la relazione di cui all'articolo 161, comma 3, legge fallimentare, di corrispondenza al vero dei dati fattuali e contabili riportati dall'imprenditore nel ricorso per l'ammissione al concordato preventivo (cd. veridicità dei dati aziendali) integra, sotto il profilo della materialità della condotta, il reato di cui all'articolo 481 del codice penale, reato per il quale, sotto il profilo soggettivo, è sufficiente il dolo generico, ossia la coscienza e volontà dell'alterazione del vero, senza che sia necessario alcun fine specifico, fermo restando che l'elemento psicologico non può ritenersi implicito nella materialità del fatto.*

<sup>60</sup> G. MINNITI, *La "nuova" responsabilità*, cit., p. 5.

coscienza dell'*immutatio veri*, ma anche la consapevolezza di ledere quel determinato interesse giuridicamente protetto: è necessario che il soggetto attivo del reato abbia, almeno, la percezione di provocare un'alterazione giuridicamente rilevante, ed in quanto tale, idonea all'inganno. E certo non è facilmente riducibile tutto al bianco e al nero, al "vero" e "non vero", rigide categorie che non sussumono, nel loro alveo, le infinite sfumature delle vicende umane considerate, e che rendono tale branca sì ardua, e nella produzione normativa, e nell'interpretazione e applicazione: considerando, quelle del professionista, come attestazioni di prognosi, rivolte al futuro e rientranti nella categoria della probabilità, tutto diventa sabbia mobile<sup>61</sup>. La situazione di "dubbio" che ne scaturisce potrebbe lasciare uno spazio per affermare la responsabilità per dolo eventuale del professionista.

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

Il bene giuridico oggetto di tutela sembrerebbe identificarsi con l'affidamento di cui devono godere le relazioni e attestazioni in relazione al loro contenuto e in funzione del certo e celere svolgimento delle procedure negoziali di risoluzione delle crisi d'impresa previste dalla legge fallimentare: la dottrina maggioritaria ha parlato di un vero e proprio reato contro la fede pubblica, bene strumentale agli interessi patrimoniali dei creditori<sup>62</sup>. Di particolare interesse, a tal riguardo, sono le aggravanti previste dal secondo e dal terzo comma dell'art. 236 bis: la prima, si fonda sul dolo specifico e consiste nell'aver agito per ottenere, per sé o per altri, un ingiusto profitto; la seconda profila l'eventualità del danno ai creditori. Sembra che, in entrambi i casi, il legislatore abbia optato per una soluzione di tipo patrimoniale del danno. Attenti autori hanno già messo in luce le difficoltà che i primi interpreti incontreranno nel determinare una tale tipologia di danno, dato che ha luogo quando il creditore vede perdute le proprie ragioni di credito, ma tale situazione si può configurare solo dopo che sia intervenuta la declaratoria fallimentare<sup>63</sup>. L'eventuale profitto del soggetto attivo del reato, così come il possibile pregiudizio patrimoniale per i creditori, *restano sullo sfondo, pronti ad emergere, se del caso, come elementi eventuali ed accessori rispetto alla struttura principale*<sup>64</sup>.

Per ciò che concerne le "informazioni" e l'ampiezza del loro significato, la dottrina più accreditata ha assimilato tale termine a quello di "fatti". Non sono solo ricompresi dati contabili, ma ogni notizia,

---

<sup>61</sup> F. MUCCIARELLI, *Il ruolo dell'attestatore*, cit., p. 3.

<sup>62</sup> L. PISTORELLI, *Novità legislative: D.L. 22 giugno 2012, n. 83, recante "Misure urgenti per la crescita del paese"*, Relazione n. III/07/2012, Roma, 13 luglio 2012.

<sup>63</sup> F. MUCCIARELLI, *Il ruolo dell'attestatore*, cit., p. 5.

<sup>64</sup> R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *Operazioni di risanamento*, cit., p. 45.

scenario economico, analisi di cui l'esperto attentatore si avvale per le sue valutazioni<sup>65</sup>. In realtà, come spesso accade nel diritto penale, ciò che appare semplice, non è scevro da intricate questioni semantiche.

### *c. L'intervento della giurisdizione penale*

Si è detto che l'art. 217 bis l. fall. stabilisce l'esenzione penale di condotte riportabili alle fattispecie astratte della bancarotta preferenziale e della bancarotta semplice quando i comportamenti concreti posti in essere dal fallito siano stati realizzati in esecuzione di un piano attestato ex art. 67, co. 3, lett. d), di un concordato preventivo ex art. 160 l. fall., di un accordo di ristrutturazione omologato ex art. 182 bis l. fall., o delle operazioni di finanza interinale regolate dall'art. 182 quinquies. Ci si è chiesti se fosse sufficiente la semplice circostanza della presenza dei quattro suddetti strumenti negoziali di soluzione della crisi d'impresa, o se sia necessario l'intervento del giudice penale, con un vero e proprio accertamento sulla idoneità di tali procedure. In realtà, se la lettera dell'art. 217 bis nulla dice al riguardo, la natura negoziale e privatistica delle norme richiamate si scontra apertamente con le disposizioni penali sulla bancarotta ex art. 216 co. 3 e 217 l. fall., di chiara natura pubblicistica<sup>66</sup>. Il problema si profilava soprattutto per il piano di risanamento e per le operazioni di finanza interinale, dato che sia per concordato che per accordo di ristrutturazione è previsto il vaglio giudiziale dell'idoneità della procedura<sup>67</sup>. Non sembra che sul piano sistematico questa possa essere una conseguenza ammissibile<sup>68</sup>. In generale può dirsi che, nel caso che l'accertamento effettuato con l'omologa verta non soltanto sulla congruità intrinseca del piano, ma anche sulla correttezza dei dati economici e fattuali sui quali lo stesso si basa, non rimane spazio per un ulteriore accertamento del

---

<sup>65</sup> E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, Milano, 2007, p. 51.

<sup>66</sup> Il problema è stato affrontato anche dal già citato R. LOTTINI, *Il nuovo art. 217 bis*, cit., p. 1373.

<sup>67</sup> In realtà, per l'art. 182 quinquies il discorso si complica: la neonata norma, infatti, richiama espressamente le norme in materia di concordato preventivo e accordo di ristrutturazione dei debiti, rendendo più complicata la distinzione che sopra si è voluta fare. In ogni caso autorevoli autori vertono, invece, per il vaglio giudiziale anche per il piano di risanamento. Si veda, a tal proposito, i già citati F. MUCCIARELLI, *L'esenzione*, cit., p. 1483; F. D'ALESSANDRO, *Il nuovo art. 217 bis*, cit., p. 207; R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari. Dottrina e giurisprudenza a confronto*, Milano, 2011, p. 160. Tutti e tre gli autori confermano la nostra opinione di partenza, per cui non può essere mai concessa all'autonomia privata la capacità di neutralizzare l'efficacia di qualsivoglia norma penale. Si aggiunga anche R. LOTTINI, *Il nuovo art. 217bis*, cit., p. 1373, il quale scrive che il giudice penale può verificare l'idoneità e la ragionevolezza dei piani quando le operazioni, della cui liceità penale si discute, sono esecuzione di un piano di risanamento che non costituisca fondamento del concordato preventivo e di un accordo di ristrutturazione e che perciò non sia stato sottoposto ad alcun vaglio da parte dell'autorità giudiziaria. Sia l'elaborazione del piano che la sua esecuzione, completamente affidati all'autonomia privata, non possono sfuggire al sindacato del giudice penale.

<sup>68</sup> La questione è stata sollevata in tempi non sospetti da F. MUCCIARELLI, *Il magistrato penale può rivalutare piani di ristrutturazione, accordi omologati e concordati preventivi?*, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it), 11/11/11, p. 1.

magistrato penale. Se invece il vaglio del giudice fallimentare non abbia tale contenuto, non c'è ragione per ritenere preclusa la verifica postuma del giudice penale, che si dovrà porre in una prospettiva *ex ante*<sup>69</sup>. Lo stesso problema va affrontato nell'ambito del concordato preventivo: in questo caso, però, l'omologazione prevista dalla norma fa sì che il controllo del giudice penale debba essere limitato ai casi di oggettiva falsità dei dati forniti al Tribunale<sup>70</sup>. Così, a proposito dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, la dottrina maggioritaria sostiene che al giudice dell'omologa spetti un potere di verifica del merito dell'accordo, così da non lasciare alcun margine al giudice penale (che invece potrebbe esercitare il proprio potere sostanziale se all'omologa venisse dato un valore meramente formale)<sup>71</sup>

### **3. Il nesso tra le nuove disposizioni. Conclusioni.**

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

La situazione economica odierna grava come un macigno su tutte le imprese, dalle piccole alle grandi, con la conseguenza che, senza il rafforzamento dell'esenzione, una serie di operazioni "normali" per salvare "baracca e burattini" avrebbe ingenerato più di un sospetto sull'eventuale configurazione di una bancarotta, con la peggiore delle conseguenze: l'ulteriore intasamento di quel dedalo che è il nostro sistema giudiziario, e i conseguenti e inevitabili insostenibili costi per gli imprenditori, la cui "morte" economica sarebbe stata certa. E, d'altro canto, l'introduzione del reato di falso in attestazioni e relazioni compensa e riequilibra il panorama della responsabilità. In realtà, in tempi non sospetti, autori illustri avevano parlato, nell'ambito di rivoluzionarie (in Italia) proposte di abolizione del capitale sociale, di un (possibile) ridimensionamento di quell'insieme di figure che assistono l'imprenditore

---

<sup>69</sup> R. BRICCHETTI - L. PISTORELLI, *Al giudice la verifica dei presupposti di esenzione*, in *Bancarotta, le operazioni escluse*, cit., p. 99; R. BRICCHETTI - L. PISTORELLI, *Operazioni di risanamento*, cit., p. 50. I due autori pongono la questione in questi termini: non è sufficiente a integrare la clausola che limita l'operatività delle figure incriminatrici richiamate dall'art. 217 bis la semplice esistenza ed esecuzione del piano, ma anzi è necessario che il piano sia ritenuto dal giudice penale come idoneo *ab initio* a superare lo stato di crisi nel quale versava l'impresa.

<sup>70</sup> F. D'ALESSANDRO, *Il nuovo art. 217 bis*, cit., p. 210, il quale propende per un autonomo potere di sindacato del giudice penale limitato ai casi di omologazione basata su dati oggettivamente falsi e di cui si sarebbe dovuto accorgere il commissario giudiziale prima dell'omologazione stessa.

<sup>71</sup> F. MUCCIARELLI, *L'esenzione*, cit., p. 1483.

dall'esterno nella gestione dell'impresa<sup>72</sup>. La verità è che dissertazioni del genere, fino a quando il totale sistema societario italiano non verrà completamente e compiutamente riformato, non potranno aver modo di concretizzarsi. Resta il fatto che proprio la figura del professionista, molto spesso, si è “confusa” (anche indirettamente) con il responsabile del dissesto di un'impresa o dell'affidamento, mal riposto, dei creditori rispetto a una situazione patrimoniale e contabile prospettata in positivo<sup>73</sup>. Ancor di più, se da un lato si facilita l'imprenditore a conseguire la salvezza o l'“eutanasia” della propria attività senza il timore di poter “inciampare” in fatti tipici di bancarotta, dall'altra si persegue con maggior incidenza il professionista che dovrebbe aiutare l'imprenditore a uscire dalla crisi (o a limitarne i danni), verificando e attestando, e che invece opera in modo da rendere vani i tentativi di soluzione negoziale della crisi riformati oggi dal D.L. sviluppo.

Le idee sembrano buone ma, come già si è detto, sono affidate agli operatori di giustizia. È chiaro che si è ben lungi da una riforma organica del diritto penale societario, speranza resa vana dalla brevità della vita degli ultimi governi e delle impellenze legislative in ogni settore dell'economia, del diritto e della società. Ma una base, in prospettiva, c'è. L'equilibrio tra l'art. 217 bis e l'art. 236 bis l. fall può essere un importante banco di prova nel gioco di pesi e contrappesi che da anni vede impegnati tanti operatori e interpreti nella disputa sul panpenalismo<sup>74</sup>. E un punto di partenza per la prossima riforma.

**Francesco Vitale**

---

<sup>72</sup> Ci si riferisce al famoso articolo di L. ENRIQUES - J. R. MACEY, *Creditors versus capital formation: the case against european legal capital rules*, in 86 *Cornell law review*, 2001, p. 1165 ss.; una versione italiana del lavoro è apparsa in *Riv. soc.*, 2002, p. 78 ss., con il titolo *Raccolta del capitale di rischio e tutela dei creditori: una critica radicale alle regole europee sul capitale sociale* e, sulla stessa scia, J. A. BYRNE, *Management by web*, in *Bus. wk.*, Aug. 28, 2000, p. 84 ss. In ci si riferisce al fatto che abolendo le regole che sottendono all'esistenza del capitale sociale non solo si sintetizzerebbe la struttura della società, la sua vita e il rapporto con i soggetti che vi interagiscono, ma soprattutto si eliminerebbe uno spreco di burocrazia e il gran numero dei cosiddetti “esperti e consulenti” quali, ad esempio, avvocati e professionisti contabili, che in massa forniscono servizi obbligatori di *checking* del rispetto delle regole sul capitale sociale (senza dimenticarsi, peraltro, che spesso, proprio tali soggetti sono compartecipi delle disastrose vicende che riguardano l'insolvenza societaria e la bancarotta, più o meno da complici, come successo nel caso Parmalat, in cui anche le società di revisione contabile sono state direttamente implicate nelle vicende processuali).

<sup>73</sup> Sottolineava nel 2011, F. D'ALESSANDRO, *Il nuovo art. 217 bis*, cit., p. 208, che *permangono le perplessità nei confronti di un sistema che affida la concreta operatività di un importante limite alla sanzione penale esclusivamente alla professionalità di un soggetto privato, per di più scelto e retribuito dall'imprenditore in crisi*. Dello stesso avviso, A. ALESSANDRI, *Profili penalistici in tema di soluzioni concordate*, cit., p. 131.

<sup>74</sup> Sul tema, fondamentali i contributi di M. ROMANO, *Pubblico e privato nella responsabilità degli amministratori e reati societari*, in *Riv. ius.* 1987, p. 144; N. MAZZACUVA, *Bene giuridico e tecniche di tutela del diritto penale societario*, in *Politica del diritto*, 1984, p. 103; A. ALESSANDRI, *Reati d'impresa e modelli sanzionatori*, in *Raccolta studi di diritto penale*, Milano, 1984, p. 28 ss.; C. PEDRAZZI, *Problemi di tecnica legislativa in Comportamenti economici e legislazione penale*, *Atti del convegno “Arel” del 17 marzo 1978*, in *Riv. soc.*, 1978, p. 22 ss; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, Vol. 1, *I reati societari, bancari, di lavoro e previdenza*, a cura di C. F. GROSSO, 13<sup>a</sup> ed., Milano, 2007, p. 17.

