

Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza

Il rischio di Bancarotta nelle procedure di risanamento

Relatore: Prof. Francesco Mucciarelli
Controrelatore: Dott. Enrico Basile

Tesi di laurea Magistrale di:
Giulia Martucci

Indice

| | |
|---------------------|---|
| Introduzione | 7 |
|---------------------|---|

Capitolo I

Le soluzioni concordate della crisi d'impresa

| | |
|--|----|
| 1. L'impianto originario della legge fallimentare (RD 16 marzo 1942 n.267) | 11 |
| 2. La stagione delle riforme: dagli accordi stragiudiziali alle soluzioni concordate nel diritto positivo | 14 |
| 2.1. I tre step della riforma "organica" della legge fallimentare | 17 |
| 2.2. I successivi interventi riformatori | 20 |
| 3. I presupposti del fallimento: ieri e oggi | 21 |
| 4. Natura e ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento | 28 |
| 5. La regolazione della crisi: gli strumenti a disposizione dell'imprenditore | 31 |
| 5.1. Il concordato preventivo | 33 |
| 5.2. Gli accordi di ristrutturazione | 43 |
| 5.3. I piani attestati di risanamento | 49 |

Capitolo II

I nuovi strumenti e le responsabilità penali nelle procedure di risanamento

| | |
|---|-----|
| 1. Luci e ombre delle riforme: riflessi penali | 55 |
| 2. L'azione revocatoria: inquadramento generale | 58 |
| 2.1. Le esenzioni ex art. 67, 3° comma, l.f. | 60 |
| 2.2. I mutati rapporti tra revocatoria e bancarotta: dottrina e giurisprudenza a confronto | 63 |
| 3. L'art. 217 <i>bis</i> Legge Fallimentare | 69 |
| 3.1. La natura giuridica della norma | 70 |
| 3.2. I presupposti di operatività della norma | 76 |
| 3.2.1. I pagamenti e le operazioni esentate | 76 |
| 3.2.2. Le fattispecie penali esentate | 77 |
| 3.2.3. La (eventuale) rilevanza della componente dimensionale | 80 |
| 3.3. Le operazioni non revocabili ex art. 67, 3° comma, l.f., ma non esenti dal reato di bancarotta ex art. 217 <i>bis</i> | 81 |
| 3.4. Le altre fattispecie penalmente rilevanti ma non esentate | 84 |
| 3.5. Il sindacato del giudice penale e i riflessi sull'art. 217 <i>bis</i> , l.f. | 87 |
| 3.5.1. Le tre tesi dottrinali: i possibili risvolti penali | 90 |
| 3.5.2. Le conseguenze di una eventuale rivalutazione da parte del giudice penale | 92 |
| 4. La "nuova" figura del professionista attestatore: l'art. 236 <i>bis</i>, l.f. | 97 |
| 4.1. La natura pubblicistica o privatistica dell'attestatore: le tesi elaborate dalla dottrina <i>ante</i> "Decreto sviluppo" | 100 |
| 4.2. Il nuovo statuto del professionista-attestatore: le novità del "Decreto sviluppo" 2012 | 106 |
| 4.3. Il delitto di "Falso in attestazioni e relazioni" ex art. 236 <i>bis</i> , l.f. | 109 |
| 4.3.1. I problemi interpretativi in merito alla condotta | 113 |

Capitolo III

La rilevanza delle c.d. "operazioni prodromiche"

| | |
|--|-----|
| 1. Il finanziamento all'impresa in crisi | 122 |
| 1.1. Il ruolo e la tutela della "nuova finanza" | 124 |
| 1.1.1. I finanziamenti "in esecuzione" | 128 |
| 1.1.2. I finanziamenti "in funzione" | 131 |
| 1.1.3. I finanziamenti "funzionali alla migliore soddisfazione dei creditor" | 137 |
| 2. Le operazioni prodromiche all'ammissione della procedura e il rischio di bancarotta | 140 |
| 2.1. L'efficacia temporale dell'art. 217-bis | 143 |
| 2.1.1. L'interpretazione <i>strictu sensu</i> | 143 |
| 2.1.2. L'interpretazione "funzionale" | 145 |
| 2.2. Le ricadute sistematiche della "nuova" figura del professionista-attestatore sul rischio penale dell'imprenditore | 148 |
| 2.2.1. L'incidenza della condotta del professionista-attestatore | 149 |
| 2.2.2. La condotta colposa del professionista e l'art. 217-bis | 152 |
| 3. Considerazioni sulla rilevanza delle operazioni prodromiche alla luce delle ultime riforme | 156 |
| 4. Un "nuovo" ruolo per il diritto penale-fallimentare? | 161 |
| Conclusioni | 167 |
| Bibliografia | 169 |

Introduzione

All'inizio di questo percorso "d'indagine", la domanda che ci si è posti è quale fosse, effettivamente, il rischio di incorrere in un reato di bancarotta qualora si optasse per una delle soluzioni risanatorie della crisi d'impresa.

L'obiettivo è nato dalla constatazione che, nella realtà, la crisi è uno dei risvolti "naturali" dell'attività d'impresa; e, sempre più spesso, le aziende si ritrovano ad un bivio: "mollare la presa", ovvero liquidare la propria azienda; oppure tentare una *reorganization* non solo economico-finanziaria¹ ma anche, qualora fosse possibile, attraverso i mezzi giuridici messi a disposizione dall'ordinamento.

Ci si è soffermati sulla metodologia impiegata dal legislatore nelle varie riforme, il quale: da una parte, deve evitare che le procedure concordate siano utilizzate per scopi dilatori; e, dall'altra parte, tutelare, nel caso in cui il progetto non giunga ad esito positivo, tutti quei soggetti che nel risanamento dell'impresa "*ci avevano creduto*".

Si è cercato così di operare un'analisi giuridica, volta a ricostruire il quadro normativo complessivo – cioè sia quanto agli strumenti civilistici posti a disposizione dall'ordinamento, sia quanto a tutela penale –, ai fini di indagare il rischio per quei soggetti che prendono parte al risanamento e vengono "delusi" dalle loro stesse aspettative, ovvero il piano non va a buon fine e l'impresa fallisce.

Lo scopo, dunque, è capire se vi sia e quale sia la "falla" nell'ordinamento che, seppur sembri incentivare l'adozione di procedure risanatorie, nella realtà, non raggiunge (ancora) quella che pare essere, ad oggi, la finalità ultima della stessa legge fallimentare: diminuire le procedure meramente liquidatorie e, al contempo, favorire la ripresa aziendale, cosicché vengano tutelati accanto agli interessi economici anche quelli sociali.

L'oblio, quanto meno fino al 2010, delle fattispecie penali della legge fallimentare ha portato ad interrogarsi sull'efficacia degli interventi riformatori, ancor prima della loro coerenza sistematica.

¹ La quale, peraltro, spesso da sola non è sufficiente.

L'effettività del nuovo impianto della legge deve, dunque, confrontarsi con la capacità, dello stesso, di esentare coloro che prendono parte al risanamento – percorso pienamente lecito (se non addirittura incoraggiato dall'ordinamento) – dal rischio di bancarotta, nel caso in cui l'esito della procedura non sia positivo.

L'adozione di una procedura di risanamento, in generale, presuppone diverse fasi, in cui intervengono diversi soggetti e vengono poste in essere molteplici atti, ciascuno con risvolti civili e/o penali. Alla fase iniziale della scelta della procedura, segue quella di accesso ed infine quella di esecuzione, al cui termine l'impresa dovrebbe ritornare "in bonis".

E qui nasce il dilemma: e se l'esito non è positivo? Ovvero, se, per qualsiasi motivo, tranne che nel caso di lampante impraticabilità della via del risanamento, il piano prescelto, adottato ed eseguito non porta al risultato sperato e sopraggiunge il fallimento, cosa succede a tutti quegli atti che nel frattempo sono stati posti in essere ed ai suoi attori?

È la probabilità di scivolare da una condotta lecita di attività di "salvataggio" ad una penalmente sanzionabile, ad essere l'interesse principale del presente lavoro.

Si è iniziato delineando l'impianto della legge fallimentare; operando un rapido raffronto tra com'era all'epoca della sua introduzione ad opera del Regio Decreto 16 marzo 1942, n.267 e com'è oggi. Ripercorrendo, seppur a grandi linee, le riforme intervenute, si è evidenziato il cambio di prospettiva del legislatore all'interno della disciplina *de qua*: da un'ottica meramente liquidatoria, il cui obiettivo era eliminare "la mela marcia" dal mercato; ad un visibile *favor* legislativo verso il risanamento (quanto meno nel comparto civilistico). La prova di ciò sta proprio nell'introduzione di strumenti alternativi al fallimento, regolatori e risolutori della crisi, quali: il concordato preventivo (art. 160 ss l.f.), l'accordo di ristrutturazione dei debiti (art. 182-*bis* l.f.) e il piano attestato di risanamento (art. 67, comma 3, lett. *d*) l.f.).

Tratteggiate le caratteristiche salienti di tali strumenti, si è indagato quale fosse la tutela posta dall'ordinamento per le operazioni compiute in ossequio agli stessi; ovvero partendo dallo strumento dell'azione revocatoria, il cui ruolo è nettamente cambiato rispetto al passato, si è cercato di circoscrivere le responsabilità penali del debitore all'interno del risanamento d'impresa e, di conseguenza, la restante area di rischio per l'imprenditore che vi aderisce. In altre parole, delineato nelle sue

componenti essenziali (lunghi da ogni pretesa di esaustività) il quadro civilistico di tali strumenti, si è passato all'analisi di alcune delle norme del Titolo VI della legge fallimentare.

L'introduzione dell'esenzione di cui all'art. 217-*bis* rappresenta la risposta ad una necessità avvertita e sollecitata tanto dagli studiosi quanto dagli imprenditori: è sì importante non fallire ma anche sincronizzare la risposta penale al nuovo impianto della legge fallimentare, altrimenti l'alea di tale comparto finisce per disincentivare l'utilizzo degli strumenti risanatori; svilire l'efficacia degli stessi, nonostante le numerose riforme intervenute dal 2005 ad oggi, disattendendo le aspettative del Legislatore stesso.

Al fine di voler dare al lettore un quadro generale, particolare attenzione e risalto sono stati dati alla figura dell'esperto-attestatore; al suo ruolo all'interno di tali procedure risanatorie; ai suoi attuali compiti, che, rispetto al passato, sono aumentati, fermo restando che il principale rimane quello di attestare la veridicità dei dati e la fattibilità del piano di risanamento; alle sue "nuove" responsabilità penali, che hanno notevolmente inciso su quelle del debitore.

L'introduzione nel 2012 di un'autonoma fattispecie penale per il professionista attestatore, di cui all'art. 236-*bis*, risponde senz'altro all'esigenza di assicurare una garanzia, *rectius*, un presidio soddisfacente e coerente con l'importanza che tale soggetto ha nel risanamento d'impresa.

Gli "aggiustamenti" del legislatore per dare un equilibrio generale alla normativa, hanno lasciato all'interprete diverse "zone d'ombra" non sempre facili da illuminare. Si sono così ripercorse le argomentazioni dottrinali, sui diversi rilievi critici riscontrabili nella normativa, con lo scopo di individuare ove queste zone di rischio continuino a ostacolare l'accesso nonché l'utilizzo di tali procedure.

Giunti quasi al termine dell'indagine, seppur un'area di rischio poteva già delinarsi attraverso l'interazione tra l'art. 217-*bis* – che prevede le condotte esenti dai reati di bancarotta semplice e preferenziale – e l'art. 236-*bis* – che ridefinisce, almeno in parte e indirettamente, la responsabilità penale dell'imprenditore –, si è rilevato che, nella realtà dei fatti, ai fini del risanamento occorre l'apporto di nuove risorse finanziarie.

Se nessuno investe nel risanamento, nessuna crisi può arrivare ad una soluzione.

Da ultimo, dunque, si è brevemente ripercorsa la disciplina della c.d. "nuova finanza". Anche (se non soprattutto) qui, si è riscontrata una disarmonia tra quanto predisposto nel comparto civilistico, specialmente a seguito delle ultime riforme; e la tutela penale a presidio della stessa.

In verità, tale profilo non viene trascurato completamente dal comparto penale della legge fallimentare ma i progressi ottenuti a seguito delle riforme hanno creato nodi interpretativi non di facile risoluzione, peraltro, causati della nebulosità stessa delle norme di nuovo conio (*i.e.* l'art. 217-*bis*).

La maggiore criticità riguarda le c.d. *operazioni prodromiche* all'ammissione ad una delle procedure, le quali benché consentite e lecite in ambito civile, non vengono (espressamente) considerate in quello penale.

L'attuale struttura della legge fallimentare impone, dunque, di riflettere su quale sia effettivamente il volto della disciplina del risanamento d'impresa e se il presidio penale sia adeguatamente ponderato a essa.

Pertanto, oltre ad interrogarsi sul cambio di prospettiva si è cercato di capire anche il *cur* di questo processo evolutivo poiché solo attraverso la comprensione dei motivi sui cui si fonda l'intero assetto riformatore si può far luce su tali zone d'ombra, illuminando con la giusta luce (giuridica) i tradizionali strumenti penalistici.

Capitolo I

Le soluzioni concordate della crisi d'impresa

Sommario: **1.** L'impianto originario della legge fallimentare (RD 16 marzo 1942 n.267) – **2.** La stagione delle riforme: dagli accordi stragiudiziali alle soluzioni concordate nel diritto positivo – **2.1.** I tre step della riforma "organica" della legge fallimentare – **2.2.** I successivi interventi riformatori – **3.** I presupposti del fallimento: ieri e oggi – **4.** Natura e ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento – **5.** La regolazione della crisi: gli strumenti a disposizione dell'imprenditore – **5.1.** Il concordato preventivo – **5.2.** Gli accordi di ristrutturazione – **5.3.** I piani attestati di risanamento.

1. L'impianto originario della legge fallimentare (RD 16 marzo 1942 n.267)

La disciplina del fallimento¹ trae le proprie origini più antiche negli statuti comunali medievali², laddove il mercante inadempiente veniva spossessato coattivamente dei propri beni³.

¹ "Il fallimento, nella sua stessa origine storica, non è che una esecuzione forzata, più complessa di quella individuale, che tende alla liquidazione dell'impresa." così Relazione ministeriale alla legge 16 marzo 1942, n.267.

² Invero, in dottrina si riscontrano due filoni: il primo ne fa risalire le origini al diritto romano ("Rocco 1917 ravvisa nella *missio in possessionem*, nel sequestro e nella *bonorum distractio*, i tre elementi fondamentali che caratterizzeranno poi, durante il XIV secolo, l'istituto"); il secondo rinviene le origini del fallimento nel diritto statutario dell'età comunale. – v. L. PANZANI, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Torino, II ed., 2012; cfr. M. FABIANI, *Diritto Fallimentare. Un profilo organico*, Bologna, 2011, p.20 ss, ove si rinviene che, nascendo il fallimento dalla necessità di regolamentare il fenomeno della responsabilità patrimoniale, non si può ignorare il diritto romano, sebbene siano state le esigenze della *lex mercatoria* a portare all'istituzione del diritto fallimentare.

³ N. GIANESINI, *Il rischio penale nella gestione della crisi d'impresa*, Torino, 2016, pp. 4-6; nonché, C. PECORELLA – U. GUALAZZINI, voce "Fallimento (premessa storica)", in *Enciclopedia del diritto*, XVI, Milano, 1967, p. 220 ss; S. BONFATTI – P.F. CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, III ed., 2009, p.1 ss.

La partecipazione alla corporazione comportava l'accettazione implicita di uno speciale *ius* per i dissidi insorti fra i partecipanti della stessa, con procedure più rapide e criteri più agevolmente adattabili alle mutevoli esigenze del mercato. Ciò, inoltre, trovava la propria giustificazione nello scalpore che scaturiva dal fallimento di un mercante (specie se grande), atto soprattutto ad evitare un effetto domino nel mercato. G. FAUCEGLIA, *Il fallimento: il presupposto soggettivo*, in G. FAUCEGLIA – N. ROCCO DI TORREPADULA, *Diritto dell'impresa in crisi*, Bologna, 2010, p.21 ss.

L'espansione degli scambi si basava sui valori della fiducia e del credito; qualora questi fossero venuti meno il sistema entrava in crisi, perciò le originarie discipline fallimentari si fondavano sulla convinzione che la migliore opzione fosse espellere il commerciante dal mercato, al fine di riassetare gli equilibri, secondo una logica selettiva che rappresentava il baluardo della stessa legge fallimentare del 1942⁴.

Con l'unità d'Italia, nel XIX secolo, iniziò il transito alle moderne codificazioni, ispirate alla legislazione napoleonica⁵. Infatti, il legislatore italiano sia nel codice di commercio del 1865 che in quello del 1882, sosteneva applicabile tale procedura concorsuale soltanto ai «*commercianti*», ovvero a «*coloro che esercitano atti di commercio per professione abituale*» (art. 8 c. comm.)⁶.

Fu con il codice civile del 1942 che il sistema dualistico⁷ delle fonti di diritto privato venne meno; la disciplina iniziò a ruotare attorno la figura dell'imprenditore,⁸ oltrepassando l'antica contrapposizione tra industria e commercio, da una parte, e agricoltura ed artigianato, dall'altra⁹.

⁴ Per una completa analisi delle origini storiche del fallimento si rimanda a V. ANDRIOLI, voce "Fallimento (diritto privato e processuale)", in *Enciclopedia del diritto*, XVI, Milano, 1967, p.264 ss; nonché a R. PROVINCIALI, voce "Fallimento", in *Novissimo digesto italiano*, VI, Torino, 1957, p.1124 ss.

⁵ Il *Code de commerce* napoleonico fu frutto delle idee liberali che caratterizzarono la rivoluzione francese, enfatizzando gli interessi privatistici (ovvero imprenditori da una parte, e creditori dall'altra); fu promulgato nel 1807 ed entrò in vigore all'inizio dell'anno seguente; esso, al terzo libro, conteneva la materia fallimentare, la quale era esplicitamente rivolta ai soli commercianti. S. BONFATTI – P.F. CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., p.2.

⁶ "[..]e gli atti di commercio erano poi elencati, in modo tassativo, nell'art. 3 dello stesso codice di commercio". – G. FAUCEGLIA, *Il fallimento: il presupposto soggettivo*, in G. FAUCEGLIA- N. ROCCO DI TORREPADULA, op. cit., p.22 ss; v. anche L. GUGLIELMUCCI, *Diritto Fallimentare*, Torino, VII ed., 2015, pp.13-15; nonché G. FAUCEGLIA, *Il presupposto soggettivo del fallimento*, in L. PANZANI, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, cit., p.32 ss.

⁷ Dato dall'esistenza di un codice civile e un codice di commercio. – L'espressione è ripresa da nonché G. FAUCEGLIA, *Il presupposto soggettivo del fallimento*, in L. Panzani, op. cit., 2012, p.34.

⁸ Ai sensi dell'art. 1, 1° comma, l.f., destinatario della disciplina fallimentare è l'imprenditore commerciale; non fallisce mai l'impresa. Sul punto v. G. FAUCEGLIA – N. ROCCO DI TORREPADULA, op. cit., p.21 ss; v. anche L. GUGLIELMUCCI, op.cit., p.15 ss; nonché G. FAUCEGLIA, *Il presupposto soggettivo*, in L. PANZANI, *Ibid.*

Della figura dell'imprenditore, ai fini di tracciare il perimetro soggettivo della legge fallimentare, si si dirà nel paragrafo 1.3 ma per un quadro generale della figura, anche rispetto alle sue origini e ai suoi profili ai fini civilistici si rimanda a G.F. CAMPOBASSO, *L'imprenditore*, in *Diritto commerciale, I, Diritto dell'impresa*, Id., Torino, 2009, 13° ed, p.21 ss; A. CAIAFA, *Gli imprenditori soggetti al fallimento*, in *Id., Nuovo diritto delle procedure concorsuali*, Padova, 2006, p.33 ss; nonché G. FAUCEGLIA, *Il presupposto soggettivo del fallimento*, in L. PANZANI, op. cit., p.31 ss.

⁹ L'art. 2082 c.c. recita: "è imprenditore chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi"; esso indica il fine cui è

Nello stesso anno, si proseguì all'estrapolazione della materia fallimentare e, così, con il Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267¹⁰, il nostro ordinamento si è dotato di una vera e propria legge fallimentare¹¹, la quale, sebbene fortemente ispirata al codice del commercio del 1882¹², a differenza dei codici ottocenteschi, imperniati su una netta enfaticizzazione degli interessi privatistici, tendeva – o così dichiarava – alla tutela di interessi pubblicistici.

Come si evince dalla Relazione ministeriale alla legge fallimentare, l'obiettivo del legislatore del 1942 non era esclusivamente l'unificazione formale di istituti connessi fra loro, bensì «*dare una impronta sostanzialmente unitaria alla disciplina della crisi economica dell'impresa in relazione ai superiori interessi dell'economia generale*»¹³.

L'impianto originario era però profondamente improntato su profili sanzionatori e punitivi, quasi in contrapposizione alla finalità di pubblico interesse che la legge dichiarava di perseguire¹⁴; ciò, probabilmente, era frutto di una visione rigida e

preordinata l'attività dell'imprenditore; ad oggi l'imprenditore è colui che professionalmente produce un bene o un servizio, e ciò lo differenzia dal commerciante, il quale era invece colui che compiva in maniera abituale, e per professione, operazioni speculative. Invero, lo stesso codice opera la distinzione tra imprenditore agricolo (art. 2135 c.c.) e imprenditore commerciale (art. 2195 c.c.), delineando la linea di demarcazione tra soggetti fallibili e non. Vedi G. FAUCEGLIA – N. ROCCO DI TORREPADULA, *cit.*, p.23; v. anche L. PANZANI, *op. cit.*, p.33 ss.

¹⁰ Entrato in vigore unitamente al codice civile e di procedura civile il 21 aprile 1942, v. S. BONFATTI – P.F. CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare, cit.*, p.2.

¹¹ «*Per diritto fallimentare si intende comunemente l'insieme delle regole che disciplinano le procedure c.d. concorsuali, quali il fallimento, il concordato preventivo, [..].*» v. S. BONFATTI – P.F. CENSONI, *op. cit.*, p.1.

¹² E, infatti, essa si rivolgeva, ancora una volta, agli imprenditori che esercitavano un'attività economica (i quali possono essere considerati discendenti dei mercanti), coerentemente alla nostra tradizione storica - L. GUGLIELMUCCI, *Diritto Fallimentare, cit.*, pp. 13-15; M. FABIANI, *Diritto fallimentare, cit.*, p.24; nonché S. BONFATTI – P.F. CENSONI, *op. cit.*, p.2

Erano esclusi dalla disciplina i «piccoli imprenditori» data la scarsa rilevanza della loro crisi rispetto all'economia generale. La grande difficoltà era proprio circa la definizione di *piccolo imprenditore*, testimoniata dai ripetuti interventi sui parametri di riferimento per l'individuazione dello esso. Si avrà modo di analizzare le varie modifiche nelle pagine seguenti (§ 1.3., ove si espone una breve rassegna sui presupposti del fallimento).

¹³ Relazione ministeriale al R. Decreto 16 marzo 1942, n.267, parte introduttiva.; v. anche S. BONFATTI – P.F. CENSONI, *Ibid.*

¹⁴ Parte della dottrina rinviene nella normativa del 1942 una regolamentazione di interessi privati, basandosi sul solco esistente fra i profili civilistici e penalistici del fallimento; altra parte, invece, sottolinea che proprio l'antinomia tra gli interessi privati e quelli pubblici (con l'esclusione dal mercato dell'impresa insolvente) era il vizio della legge fallimentare; mentre una lettura più mediata era data da coloro che non vedevano in tale antinomia una contraddizione ma piuttosto un insieme di interessi in cui il più grande comprendeva il più piccolo (cioè l'interesse privato altro non era che una parte di quello pubblico). Si veda M. FABIANI, *Diritto fallimentare, cit.*, p.24 ss.

autoritaria che non vedeva altra via che l'esclusione dal mercato per quelle imprese insolventi, atta soprattutto ad evitare un effetto domino ad opera dell'impresa "malata"¹⁵.

Perciò, se l'obiettivo era espellere il più velocemente possibile la "mela marcia" dal mercato, allora si possono considerare del tutto coerenti sia le scelte accentuatamente rigorose in tema di revocatoria, che lasciavano poco spazio alla buona fede del terzo, sia l'azzeramento delle garanzie processuali che, sebbene risultavano efficaci da un punto di vista di speditezza dei procedimenti, decretarono l'insuccesso della legge fallimentare a seguito dell'ingresso, nel nostro ordinamento, dei principi che, oggi, definiamo del «giusto processo»¹⁶.

Entrando in gioco la tutela giurisdizionale dei diritti, primo fra i quali quello al contraddittorio, fu inevitabile un rallentamento del processo fallimentare¹⁷.

2. La stagione delle riforme: dagli accordi stragiudiziali alle soluzioni concordate nel diritto positivo

La legge fallimentare 1942 è rimasta praticamente intatta per più di sessant'anni¹⁸, sebbene sin dai suoi albori non fu esente da critiche¹⁹.

Sul punto anche N. GIANESINI, *op. cit.*, p. 10.

¹⁵ V. NAPOLEONI, *Amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza: i chiaroscuri della riforma.*, in *Nuove leggi civ.*, 1999, p.107, in cui si evince che l'impostazione originaria e il carattere strettamente pubblicistico della procedura erano ispirati a una logica darwiniana che, per l'autore, si esplicava nella "eliminazione dal mercato degli individui deboli".

¹⁶ Benché le prime pronunce risalgono agli anni Settanta (v. C. Cost. 16 luglio 1970, n. 142; C.Cost. 27 giugno 1972, n.110) è nel momento in cui si stabilisce che il diritto del debitore fallendo non poteva essere pretermesso che la legge fallimentare subisce un vero e proprio ribaltamento. Vedi M. FABIANI, *op. cit.*, p. 26 ss.

¹⁷ Così ad opera della Corte costituzione negli anni Ottanta- Novanta, la legge fallimentare, nel concreto, sebbene fosse stata esente da riforme degne di nota, risultava molto distante dal dettame del 1942; si può dire che la legge sia cambiata, in un primo momento, ad opera della Corte ed era inevitabile che fosse la giurisprudenza a riadattare l'impianto della legge alle ormai mutate esigenze del mercato.

Per un'esauritiva rassegna sui problemi e sulle soluzioni adottate in tema di fallimento e giusto processo si rinvia a M. FABIANI, *op. cit.*, p.26 ss.

Si segnalano, inoltre, alcune sentenze degne di nota: sul termine di decorrenza per l'opposizione al fallimento, C. Cost. 27 novembre 1980, n.151; in merito alla figura del piccolo imprenditore (art.1), C. Cost. 22 dicembre 1989, n. 570; sulla decorrenza del termine per proporre opposizione allo stato passivo, C. Cost. 27 aprile 1986, n. 102; sul decorso dell'anno dalla cessazione dell'attività, in merito all'art. 10, C. Cost. 21 luglio 2000, n. 319.

Ben presto la sua rigida impostazione fece emergere l'incapacità della stessa ad adattarsi alle nuove esigenze. In fondo, si trattava di una legge pensata ed elaborata in una realtà economica e sociale ormai mutata²⁰.

Già negli anni Novanta vi furono i primi tentativi di riforma, in quanto l'inefficienza delle procedure concorsuali, sia giurisdizionali che amministrative²¹, aveva fatto sì che iniziassero a svilupparsi delle soluzioni stragiudiziali di composizione della crisi²², in cui si cercava di salvaguardare il *going concern*²³, trovando così un punto d'incontro fra teorie liquidatorie e di risanamento.

Ancor prima della riforma, inizia a cambiare il modo di guardare alle procedure concorsuali e di approcciarsi alla crisi, consapevoli degli effetti negativi che la dissoluzione dell'impresa dal mercato produceva, sia in termini economici che in

¹⁸ In realtà, negli anni Settanta, durante un forte periodo di decodificazione, non sono mancati, interventi legislativi, diretti e indiretti, tra i quali, sebbene per la maggior parte siano stati di scarsa rilevanza e perlopiù settoriali, dobbiamo ricordare l'introduzione dell'amministrazione controllata di cui al d.l. 30 gennaio 1979 n.26 (convertito poi, con modifiche, nella l. 3 aprile 1979, n.95 - "Provvedimenti urgenti per l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi"- c.d. legge Prodi). Si veda N. ROCCO DI TORREPADULA, *Le procedure concorsuali*, in G. FAUCEGLIA – N. ROCCO DI TORREPADULA, *op. cit.*, p.3; nonché S. BONFATTI – P.F. CENSONI, *op. cit.*, p. 3 ss.

¹⁹ Alcune in merito alle ispirazioni di fondo della stessa legge; altre sostenevano che fosse permeata da caratteri diversi e tra loro contrastanti, così che l'interprete avrebbe potuto giostrarsi un po' a proprio piacimento. v. G. FAUCEGLIA – N. ROCCO DI TORREPADULA, *op. cit.*, p.3; cfr. B. D'ESPINOSA, *Bilancio della legge fallimentare*, in AA.VV., *Esecuzione individuale e fallimentare. Bilancio della legge fallimentare*, Milano, 1961, p.139 ss.

²⁰ Innanzitutto l'abbandono dell'impostazione darwiniana, di derivazione liberale, in favore della preservazione dei valori dell'impresa; e, poi, cambia anche la visione dell'impresa, che non era più considerata come "riflesso dell'imprenditore e quindi come attività da esso esercitata...ma come autonoma organizzazione, suscettibile di vicende giuridiche unitarie, non identificanti né con vicende dell'azienda, come mero complesso di beni e rapporti giuridici destinati all'attività imprenditoriale, né con vicende giuridiche dell'imprenditore". Sul punto v. A. GAMBINO, *Profili dell'esercizio delle imprese nelle procedure concorsuali alla luce della disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese*, in *Giur. Comm.* 1980, I, p.564 ss; F. D'ALESSANDRO, *Interesse pubblico alla conservazione dell'impresa e diritti privati sul patrimonio dell'imprenditore*, in *Giur. Comm.* 1984, I, p.66 ss.

²¹ Una parte delle procedure concorsuali è affidata all'autorità amministrativa, e ciò avviene quando le dimensioni dell'impresa sono tali da far sì che accanto ai problemi strettamente economici si affianchino quelli sociali, ragion per cui la procedura tende ad assumere una valenza conservativa piuttosto che liquidatoria, ma, comunque, non si parla mai di risanamento vero e proprio. Sul punto v. M. FABIANI, *op. cit.*, p.33 ss.

²² Il rigidismo del legislatore, e l'inerzia dello stesso ad accogliere le nuove esigenze, tra cui quella di valorizzazione del patrimonio dell'impresa, è stata avviata dai tribunali, in attesa appunto di risposte concrete da parte del diritto positivo. Sul punto di veda G. PELLEGRINO, *La riforma della legge fallimentare*, in *Dir. Fall.*, 2006, p.335 ss.

²³ In chiave aziendalistica si intende il principio di continuità aziendale. V. M. FABIANI, *op. cit.*, p.34.

termini sociali; si abbandona la visione meramente liquidatoria²⁴ e si inizia a guardare più al profilo della redditività e del risanamento dell'impresa²⁵.

La riforma del diritto fallimentare era resa necessaria sia per il cambiamento che aveva subito la figura dell'imprenditore commerciale e i connotati della sua crisi; e sia per l'esigenza di realizzare un sistema competitivo, capace di attrarre gli investitori, garantendo loro una tutela del credito tempestiva ed efficiente²⁶.

Sono queste le due direttrici principali che ispirarono il legislatore del nuovo secolo.²⁷ Si può dire che i tempi erano ormai maturi per una revisione radicale e più organica della legge fallimentare, ma il nostro legislatore, piuttosto che procedere ad una revisione secondo il principio di unitarietà, è intervenuto con provvedimenti a cascata sulla normativa vigente, perdendo alcuni passaggi importanti, a cui si ispirava il disegno di legge.²⁸

²⁴ Le lungaggini della procedura, inoltre, erano fonte di insoddisfazione e sintomo di inefficienza della stessa; impedivano un intervento tempestivo al problema, cosicché spesso l'accertamento dell'insolvenza arrivava quando ormai il valore del patrimonio era stato già scarnito dalla crisi. Sul punto si veda F. D'ALESSANDRO, *La crisi delle procedure concorsuali e le linee della riforma: profili generali*, in *Crisi dell'impresa e riforme delle procedure concorsuali*, Milano, 2006, p.20 ss; cfr. N. GIANESINI, *op. cit.*, p.16 ss.

²⁵ Questo è stato frutto della operata dissociazione fra l'imprenditore e l'impresa (sempre sul modello francese che aveva distinto l'*enterprise* e l'*homme*), poiché alcuni strumenti, pensati per l'imprenditore in crisi, sarebbero stati del tutto inadeguati rispetto ad una crisi d'impresa, che rappresenta un problema più complesso e di maggior diametro. – Per un maggior approfondimento si veda M. FABIANI, *op. cit.*, p.33 ss; si veda anche N. GIANESINI, *op. cit.*, p.11 ss.

²⁶ Da notare che fuori dal nostro paese vi erano numerosi esempi di soluzioni "alternative", alcune anche atte a prevenire una situazione di crisi irreparabile.

Per un approfondimento sul punto e per uno esame comparativo, si veda S. BONFATTI – G. FALCONE (a cura di), *La legislazione concorsuale in europa. Esperienze a confronto*, Milano, 2004.

Nel panorama straniero, sicuramente degne di nota sono le soluzioni negoziali meglio capaci di conciliare i diversi interessi in una prospettiva orientata più al risanamento che all'estinzione dell'impresa. A riguardo si cita il modello statunitense della *Corporate Reorganization*, seguito poi da diverse normative europee. – Per una esaustiva trattazione del Chapter 11 e, in generale, del modello statunitense, si rimanda a D. CORAPI – V. PIERFELICI, voce "*Procedure concorsuali II) diritto comparato e straniero*", in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1988, pp.4-5; nonché C. VALENTE, *La corporate reorganization: elementi di comparazione e di prospettiva a seguito della recente riforma della disciplina concorsuale italiana*, in *Dir. Fall.*, 2008, I, p.470 ss.

²⁷ G. FAUCEGLIA – N. ROCCO DI TORREPADULA, *op. cit.*, p.3; M. Fabiani, *op. cit.*, p.34 ss; nonché S. BONFATTI – P.F. CENSONI, *op. cit.*, p.5 ss.

²⁸ Sul punto v. *Introduzione*, in A. JORIO (diretto da) e M. FABIANI (coordinato da), *Il nuovo diritto fallimentare*, I, Bologna, 2006, p.18: "Solo uno stato forte ed equo, ad un tempo rispettoso dell'autonomia dei cittadini e da questi rispettato nella sua più che comprensibile volontà di perseguire il benessere collettivo attraverso un sistema di regole che consentano di percepire con tempestività l'insorgere della crisi e di affrontarla con migliori possibilità di successo può pensare a misure di allerta

2.1. I tre step della riforma "organica" della legge fallimentare

In tale contesto, caratterizzato da un generalizzato senso di inefficienza ed insoddisfazione della normativa, con il d.m. 28 novembre 2001, venne istituita la c.d. «Commissione Trevisanato»²⁹, che aveva quale scopo principale la riduzione delle procedure a due soltanto³⁰: una ad opera dell'imprenditore; l'altra ad iniziativa del creditore, autorità giudiziaria o del debitore stesso, volta a sostituire il fallimento. Tuttavia il ruolo pregnante del giudice, da una parte, e la privatizzazione, dall'altra, furono al centro di accese divergenze all'interno della stessa commissione, decretandone così l'insuccesso³¹. Successivamente, con il d.m. 27 febbraio 2004, il progetto delega trova un compromesso nel disegno di legge approvato dalla c.d. «seconda Commissione Trevisanato»³², il quale però fu attuato con tre diversi interventi legislativi, a scapito della sua organicità³³.

e di prevenzione al tempo stesso "liberali" ed efficaci. La consapevolezza di non essere (ancora) in questa ottimale condizione non avrebbe tuttavia dovuto far rinunciare ad indicare alcune misure di allerta e prevenzione, quanto meno con riferimento a più stringenti regole di controllo all'interno delle imprese".

Inoltre, la disarticolazione degli interventi operati ha comportato problemi applicativi in ordine al regime intertemporale; problema questo che, per quanto meritevole di attenzione, non vi è tempo di affrontare in queste sede e per cui si rimanda a A. NIGRO – D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese: le procedure concorsuali*, Bologna, 2012; nonché M. SANDULLI, *La crisi dell'impresa. Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Torino, 2009.

²⁹ "Commissione per l'elaborazione di principi e criteri direttivi di uno schema di disegno di legge delega al Governo, relativo all'emanazione della nuova legge fallimentare e alla revisione delle norme concernenti gli istituti connessi" così N. GIANESINI, *op. cit.*, p.21 ss.

³⁰ Per un approfondimento sugli obiettivi e sui principi ideatori della riforma si rimanda a A. JORIO, *Introduzione*, in S. AMBROSINI – G. CAVALLI – A. JORIO, *Il fallimento*, in G. COTTIMO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, XI, 2, Padova, 2009, p.6 ss; cfr. N. ROCCO DI TORREPADULA, *Le procedure concorsuali*, in G. FAUCEGLIA – N. ROCCO DI TORREPADULA, *op. cit.*, p.5 ss.

³¹ Oltre ovviamente alle polemiche in merito alla nuova revocatoria: a coloro i quali si rifacevano alla visione prospettata dalla c.d. teoria indennitaria, si contrapponeva chi, invece, era a favore della c.d. teoria antindennitaria. Sul punto, e per un maggiore approfondimento, si veda A. JORIO, *Introduzione*, in *Id.*, *Il nuovo diritto fallimentare*, *op. cit.*, p.12.

³² Per una lettura approfondita sullo schema di legge si veda A. JORIO – S. FORTUNATO (a cura di), *La riforma delle procedure concorsuali. I progetti*, Milano, 2004, p.35 ss; nonché alla Relazione, in A. JORIO – S. FORTUNATO (a cura di), *La riforma delle procedure concorsuali*, *cit.*, pp.154-155.

³³ In tal senso N. GIANESINI, *Il rischio penale nella gestione della crisi d'impresa*, *cit.*, pp.22-26; cfr. A. JORIO – S. FORTUNATO (a cura di), *Introduzione*, *op. cit.*, p.32 ss.

Il primo step della riforma si è avuto con il d.l. 14 marzo 2005, n.35 (*“Disposizioni urgenti nell’ambito del Piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale”*), noto come «Decreto competitività».

Esso si articolava su tre direttrici: I) modifica della disciplina dell’azione revocatoria accompagnata dall’introduzione del c.d. piano attestato di risanamento (ex art. 67, 3° comma, lett. *d*), l.f.), strumento alternativo di composizione della crisi; II) rinnovamento della disciplina del concordato preventivo ex art. 160 ss l.f.; III) introduzione degli accordi di ristrutturazione dei debiti, di cui all’art. 182-*bis* l.f.

Le modifiche approvate, dunque, rappresentano il cambio di visione del Legislatore, non più meramente punitiva bensì più attenta agli interessi dell’imprenditore. Esse orientarono le procedure concorsuali sempre più verso un’ottica di risanamento piuttosto che di liquidazione dell’impresa³⁴.

Successivamente, con la legge n.80 del 2005, in sede di conversione del citato decreto legge n.35/2005, sono state attribuite al governo deleghe per una riforma più vasta, in attuazione della quale è stato emanato il d.lgs. 9 gennaio 2006, n.5³⁵.

Le modifiche legislative attuate nel decreto sopra citato, avevano, quale finalità principale, una maggior efficienza e celerità della procedura fallimentare³⁶, integrando il processo di riforma iniziato con il c.d. «Decreto competitività»³⁷.

³⁴ Date le ingenti modifiche alcuni ne avevano decretato una vera e propria demolizione dell’istituto revocatorio, il cui significato ideologico veniva ricondotto ad una maggiore propensione alla continuità e alla conservazione dell’impresa data tuttavia da un atteggiamento più ottimistico, da una parte, ma meno prudente dall’altro. Sul punto M. FABIANI, *Diritto fallimentare, op. cit.*, p.36; v. anche G. FAUCEGLIA – N. ROCCO DI TORREPADULA, *op. cit.*, p.4; nonché S. BONFATTI – P.F. CENSONI, *op. cit.*, p.7 ss.

³⁵“Riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali a norma dell’articolo 1, comma 5, della legge 14 marzo 2005, n.80”. – sul punto v. G. FAUCEGLIA – N. ROCCO DI TORREPADULA, *op. cit.*, p.4; S. BONFATTI – P.F. CENSONI, *op. cit.*, p.7 ss.; nonché M. FABIANI, *op. cit.*, p.37.

³⁶ Si rammenti a titolo esemplificativo la regola introdotta dall’art.9 bis l.f. che fa salva la dichiarazione di fallimento ad opera del tribunale incompetente; la soglia minima dei debiti scaduti e non pagati, non inferiore a venticinquemila euro (poi aumentati a trentamila con il d.lgs. 12 settembre 2007,n.169), per la dichiarazione di fallimento; l’abrogazione dell’amministrazione controllata (a far data dal 16 luglio 2006); infine la riformulazione del presupposto soggettivo, con la ridefinizione del c.d. «piccolo imprenditore» (sebbene poi furono rimodificati con il “correttivo” 2007).– Per maggiori approfondimenti si rinvia a N. GIANESINI, *op. cit.*, p.26 ss; si veda anche G. FAUCEGLIA – N. ROCCO DI TORREPADULA, *op. cit.*, p.4; S. BONFATTI – P.F. CENSONI, *op. cit.*, p.7 ss; M. FABIANI, *op. cit.*, p.37.

³⁷ *“Il fulcro della riforma risiederebbe secondo i più autorevoli corifei, nell’esigenza di affidare ai soggetti economici (debitori e creditori) il ruolo di protagonisti della gestione della crisi imprenditoriale, deviando l’asse della governance dal tandem giudice delegato- curatore ad un nuovo gestore identificato nel curatore, ma nella scomoda posizione di pubblico ufficiale sottoposto al potere interdittivo (più che propositivo) del comitato dei creditori.”* Questa impostazione sembra quindi

A completare il quadro delle riforme, infine, va menzionato il c.d. «Decreto correttivo» (d.l. 12 settembre 2007, n.169)³⁸, con il quale sono state introdotte ulteriori disposizioni correttive ed integrative³⁹, in cui, coerentemente ai precedenti interventi legislativi, risulta ancora più accentuata la privatizzazione delle procedure concorsuali.

Il legislatore ha, così, voluto “premiare” la negozialità, dando ampia scelta alle parti in causa, sebbene si tratti di interessi che non coinvolgono esclusivamente i diretti interessati ma una platea di soggetti ben più ampia⁴⁰.

L’auspicio a quel punto era una tregua normativa⁴¹, cosicché i citati interventi potessero iniziare a dare i frutti che la duttilità dei “nuovi” schemi negoziali avevano fatto sperare, ma soprattutto perché il perdurare di un cantiere normativo sempre aperto determinava ingenti effetti distonici nel trattamento dei diversi creditori in relazione al momento di apertura della procedura, oltre che del tipo di quest’ultima. Vi era bisogno ora di stabilità⁴².

caldeggiare l’idea che la crisi debba essere piuttosto una questione “privata” tra debitori e creditori, negandone il connaturale conflitto d’interessi coinvolti, quasi come se il fallimento fosse uno spazio di collaborazione e non di conflitto. - Così M. FABIANI, *Ibid.*

³⁸ Vedi N. GIANESINI, *op. cit.*, p.26 ss; G. FAUCEGLIA – N. ROCCO DI TORREPADULA, *op. cit.*, p.4; S. BONFATTI – P.F. CENSONI, *op. cit.*, p.7 ss.; nonché M. FABIANI, *Ibid.*, p.38 ss.

³⁹ Si è andati a modificare gran parte della legge fallimentare del 1942, a volte anche in maniera abbastanza radicale, da una parte eliminando alcuni istituti (quali ad esempio l’amministrazione controllata, in luogo del concordato preventivo, o il procedimento sommario) e, dall’altra, istituendone di nuovi (come ad esempio l’esdebitazione). Si veda S. BONFATTI – P.F. CENSONI, *op. cit.*, p.7 ss. – Inoltre, per dar qui una visione più o meno esaustiva del quadro generale, importante correttivo è stato quello operato in merito alla statuizione dell’imprenditore assoggettato alla disciplina fallimentare. - Per approfondimenti dottrinali si rinvia a G. FAUCEGLIA, *Il presupposto soggettivo*, in L. PANZANI, *op. cit.*, p.53 ss.; M. FERRO (a cura di), *La legge fallimentare. D.lgs 12 settembre 2007, n.69. Disposizioni integrative e correttive*, Padova, 2008, p.15

⁴⁰ Come già detto precedentemente, infatti, vi sono in gioco anche interessi pubblicistici e la forte privatizzazione delle procedure, specialmente in un primo momento, non fu ben vista. Invero, essendo la crisi un problema che trascende gli interessi di debitore e creditori direttamente coinvolti, non dovrebbe essere rimessa alla completa autonomia delle parti, bensì può essere delegata a essi ma sotto la vigilanza dell’autorità giudiziaria (da notare che prima si parlava di direzione, adesso usiamo il termine vigilanza). In tal senso v. M. FABIANI, *op. cit.*, pp.38-39.

⁴¹ Preme comunque precisare che sebbene questa non sia la sede adatta, vi sono stati numerosi e ripetuti interventi in relazione all’amministrazione controllata, cui si rimanda a G. FAUCEGLIA – N. ROCCO DI TORREPADULA, *op. cit.*, p.4 ss; nonché N. GIANESINI, *op. cit.*, *passim*.

⁴² Per un maggiore approfondimento delle considerazioni dottrinali in merito alla “cascata” di riforme degli anni duemila si consultino M. FABIANI, *op. cit.*, p.34 ss; nonché G. FAUCEGLIA – N. ROCCO DI TORREPADULA, *op. cit.*, p.3 ss.

2.2. I successivi interventi riformatori

A soli tre anni dalla riforma del 2007 il legislatore è nuovamente intervenuto con il d.l. 31 maggio 2010, n.78⁴³.

Al fine di favorire l'erogazione di nuovi finanziamenti⁴⁴ alle imprese in stato di crisi, onde consentirne la ripresa economica, il suddetto decreto ha previsto la prededucibilità (ex art. 111 l.f.) degli stessi in caso di fallimento, e ciò sia che l'erogazione fosse da parte delle banche o di altri intermediari finanziari, che da parte dei soci (in quest'ultimo caso la prededucibilità è valida fino a concorrenza dell'80% del finanziamento erogato)⁴⁵.

L'intervento legislativo successivo del 2012⁴⁶ ha riguardato, in particolare, l'introduzione di una procedura atta alla composizione della crisi da sovraindebitamento, con l'obiettivo di contrastare preventivamente fenomeni di usura⁴⁷.

Nello stesso anno 2012, il legislatore è intervenuto nuovamente con un d.l. rubricato "*Misure urgenti per la crescita del Paese*", convertito poi nella l. 7 agosto 2012, n.134⁴⁸.

⁴³ "*Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica*"; d.l. convertito poi nella l. 20 luglio 2010, n.122. Sul punto v. N. GIANESINI, *op. cit.*, p.28 ss.; G. FAUCEGLIA – N. ROCCO DI TORREPADULA, *op. cit.*, p.4; M. FABIANI, *op. cit.*, p.40.

⁴⁴ Si evidenzia: l'introduzione dell'art. 182 quater l.f. in merito alla prededucibilità nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti (di cui si avrà modo di approfondire meglio in seguito); l'estensione del divieto di iniziare o proseguire azioni cautelari ed esecutive anche nel corso delle trattative o, nel caso di accordi di ristrutturazione, prima della formalizzazione dell'accordo stesso (ovviamente purché ricorrano determinate condizioni previste dalla legge); e, infine, il primo reale intervento in materia penale-fallimentare con l'introduzione dell'art. 217 *bis* l.f. (di cui si tratterà ampiamente nei capitoli successivi). Sul punto v. N. GIANESINI, *op. cit.*, p.28 ss

⁴⁵ Di tale "privilegio", all'inizio, ne beneficiava anche il c.d. professionista attestatore (di cui si dirà in seguito) in merito al proprio compenso, ma con la l. 7 agosto 2012, n.134 tale *favor* [corsivo di chi scrive] è andato perso a causa dell'abrogazione del relativo comma 4° dell'art. 182 quater. v. N. GIANESINI, *Ibid.*

⁴⁶ L. 27 gennaio 2012 n.3 "*Disposizioni in materia di usura e di estorsione, nonché di composizione delle crisi da sovraindebitamento*. Per un maggior approfondimento si rimanda a *Ibid.*, p.28 ss.

⁴⁷ Per un maggior approfondimento sugli obiettivi e le finalità dell'intervento legislativo si veda L. PISTORELLI, *Novità legislative: l. 12 gennaio 2012, n.3*, Rel. n. III/3/2012, 2.

⁴⁸ Con cui si vede "ridefinita" la figura del professionista attestatore ex art. 67, 3° comma, lett. d) l.f. e, in particolare, istituendo, con l'art. 236 bis, la tanto attesa tutela penalistica contro le falsità commesse da tali soggetti (di cui si parlerà meglio nel Capitolo II). Per un approfondimento sulle varie modifiche apportate alle singole norme e per i relativi commenti dottrinali si consiglia la lettura di L.A. BOTTAI, *Revisione della legge fallimentare per favorire la continuità aziendale*, in *Fall.*, 2012, p.924 ss;

Infine, nuovo ed ulteriore intervento del Legislatore in materia si è avuto con il d.l. 25 giugno 2015 n.83⁴⁹, il quale in coerenza con i principi di riforma degli ultimi anni, ha introdotto il 3° comma all'art. 182-*quinquies*⁵⁰, in relazione ai finanziamenti prededucibili; e l'art. 182-*septies*, che ha ampliato lo spettro delle soluzioni della crisi, soprattutto, con riguardo a situazioni debitorie verso banche ed intermediari finanziari⁵¹.

Delineato, nei suoi passaggi essenziali, lo scenario dei provvedimenti legislativi degli ultimi anni, possiamo constatare che, seppur "dimenticata" l'auspicata riforma *organica*⁵² e sostituita dai vari interventi a "cascata", il quadro normativo oggi vigente nel nostro ordinamento rappresenta un chiaro *favor* legislativo, orientato sempre più a soluzioni alternative della crisi e in netta contrapposizione all'originaria ottica liquidatoria delineata dalla legge fallimentare.

3. I presupposti del fallimento: ieri e oggi

Ai fini dell'indagine sul rischio di bancarotta all'interno delle soluzioni concordate della crisi, è bene fare un accenno a quelli che sono i presupposti del fallimento, partendo dall'assunto che l'imprenditore che corre il rischio di commettere il reato di bancarotta coincide con l'imprenditore commerciale soggetto alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo.

nonché L. BALESTRA, *I finanziamenti all'impresa in crisi nel c.d. Decreto sviluppo*, in *Fall.*, 2012, p.1401 ss.

⁴⁹ Convertito con modifiche dalla l. 6 agosto 2015, n.132. – Per un'accurata rassegna delle novità introdotte con tale legge si rinvia a S. AMBROSINI, *Il nuovo diritto della crisi d'impresa: l.132/15 e prossima riforma organica*, Bologna, 2016, *passim*.

⁵⁰ Per un quadro più esaustivo degli attuali strumenti di finanziamento si rinvia al capitolo 3, con le relative problematiche connesse all'esenzione prevista dall'art.217bis l.f.; in questa sede si anticipa la lettura consigliata di L.A. BOTTAI, *Speciale decreto "Contendibilità e soluzioni finanziarie" n.83 del 2015: i finanziamenti interinali*, in *www.ilfallimentarista.it*, 2015, p.5 ss.

⁵¹ Viene istituito l'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e la convenzione moratoria. Per ulteriori approfondimenti su detti istituti si rimanda a F. LAMANNA, *La miniriforma (anche) del diritto concorsuale secondo il decreto "Contendibilità e soluzioni finanziarie" n.83 del 2015: un primo commento*. Parte IV: *le nuove figure dell'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e della convenzione moratoria*, in *Ilfallimentarista.it*, 2015, p.1 ss; e R. RANALLI, *Speciale decreto "Contendibilità e soluzioni finanziarie" n.83/2015: gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari. Alcune considerazioni critiche*, in *www.ilfallimentarista.it*, 2015, p.1 ss.

⁵² Che avrebbe dato alle modifiche una visione maggiormente sistematica, oltre che risultare più "credibile" agli occhi dei destinatari. v. N. GIANESINI, *op. cit.*, p.33.

Da sempre, la procedura fallimentare ha avuto quale fine il soddisfacimento dell'intera massa creditoria nel rispetto della par condicio, definita anche quale universalità soggettiva⁵³, mediante la liquidazione di tutti i beni facenti parte del patrimonio dell'imprenditore insolvente, detta anche universalità oggettiva⁵⁴.

I presupposti del fallimento sono individuati negli artt. 1 e 5 della legge fallimentare, in cui, rispettivamente, si definisce chi è assoggettabile a detta disciplina e a quali condizioni.

Innanzitutto, occorre precisare che la definizione dell'imprenditore fallibile è frutto di un'evoluzione dovuta, da una parte, al cambiamento socio-economico del nostro paese, che ne decretò l'inidoneità allo scopo; e dall'altra, delle critiche dottrinali e delle diverse interpretazioni operate dalla giurisprudenza al fine di "adattare" i parametri di riferimento ad una realtà ormai completamente mutata rispetto al 1942, necessitando così dell'intervento legislativo.

L'art. 1, 1° comma, l.f., recita "*Sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori che esercitano una attività commerciale, esclusi gli enti pubblici*"⁵⁵.

Ciò che, però, ha sempre destato polemiche e notevoli difficoltà applicative era il rimando, contenuto nel 2° comma del citato articolo, alla figura del «piccolo imprenditore», escluso dal fallimento.

All'inizio, l'art. 1, 2° comma, l.f., dava due parametri per individuare chi fosse *piccolo imprenditore*: i) quello del reddito accertato ai fini dell'imposta sulla ricchezza mobile,

⁵³ Si erige sull'art. 2741 c.c. («concorso dei creditori e cause di prelazione») laddove prevede che: "*i creditori hanno eguale diritto di essere soddisfatti sui beni del debitore, salve le cause legittime di prelazione*". - M. FABIANI, *op. cit.*, p.6; G. IUDICA, *Codice civile*, Milano, 2014, p.402; S. BONFATTI – P.F. CENSONI, *op. cit.*, pp. 15-17.

Al di fuori dell'istituto fallimentare tale principio (della par condicio) troverà applicazione solo fra creditori chirografari o privilegiati di pari grado, i quali sono coinvolti in una stessa esecuzione forzata, altrimenti varrà il brocardo *prior in tempore, potior in jure*.

⁵⁴ Differentemente dall'esecuzione individuale (detta anche ordinaria) l'espropriazione, nel fallimento, non colpisce singoli beni bensì l'intero patrimonio del debitore; trovando il suo fondamento nel principio di responsabilità patrimoniale ex art. 2740 c.c. Sul punto si veda M. FABIANI, *Diritto fallimentare, cit.*, pp. 4-7; nonché N. GIANESINI, *Il rischio penale nella gestione della crisi d'impresa, cit.*, pp. 4-6; S. BONFATTI – P.F. CENSONI, *op. cit.*, pp.10-15.

⁵⁵ A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 6°ed., 2013, p.3 ss.

Sulle origini storiche della figura dell'imprenditore e in merito alla fattispecie civilistica si rimanda a G.F. CAMPOBASSO, *L'imprenditore*, in *Diritto commerciale, I, Diritto dell'impresa., Id.*, Torino, 2009, 13° ed, p.21 ss; A. CAIAFA, *Gli imprenditori soggetti al fallimento*, in *Id., op. cit.*, p.33 ss; nonché G. FAUCEGLIA, *Il presupposto soggettivo del fallimento*, in L. PANZANI, *op. cit.*, p.31 ss.

allora vigente; ii) e quello del capitale investito. Col passare del tempo, entrambi i suddetti criteri divennero inutilizzabili⁵⁶, facendo sì che la giurisprudenza ricorresse alle definizioni più disparate, fino all'avvento della riforma del 2006⁵⁷.

Post riforma, fallibili erano coloro i quali *alternativamente*: avevano effettuato in azienda investimenti per un capitale superiore a trecentomila euro; oppure, avevano realizzato ricavi lordi, in media negli ultimi tre anni o dall'inizio dell'attività se l'attività fosse stata avviata da meno di tre anni, per un ammontare complessivo annuo superiore a duecentomila⁵⁸.

La nuova disciplina, quindi, si poneva in una prospettiva diversa da quella precedente. Il legislatore era consapevole che la procedura fallimentare, essendo un'esecuzione "speciale", avesse bisogno di una propria nozione di piccolo imprenditore, non potendosi limitare al rinvio al codice civile.

Ma, sebbene la nuova formulazione fosse da ritenere un'evoluzione, la dottrina continuava ad essere abbastanza critica e scettica, ritenendo che i termini numerici stabiliti dalla norma non fossero risolutivi del problema della dimensione e, di conseguenza, della definizione di «piccolo imprenditore»⁵⁹.

Con il «correttivo» del 2007, nel nuovo art. 1 della Legge Fallimentare, non si fa più cenno alla figura di *piccolo imprenditore* ma, a scanso di equivoci, ci si limita a definire l'imprenditore non fallibile, stabilendo criteri dimensionali non più alternativi,

⁵⁶ È stata abrogata la suddetta imposta e il secondo criterio (sussidiario) era stato "soppresso" dall'ordinamento a seguito della pronuncia della Corte Cost. 22 dicembre 1989, n.570, facendo sì, a quel punto, che si ritornasse a utilizzare quale parametro di riferimento il criterio ex art. 2083 c.c. Da ciò le applicazioni giurisprudenziali più disparate. Così S. BONFATTI – P.F. CENSONI, *op. cit.*, p.33 ss; cfr. G. FAUCEGLIA, *Il presupposto soggettivo del fallimento*, in L. PANZANI, *op. cit.*, p.34 ss.

⁵⁷ Per un ulteriore approfondimento in merito alla figura storica dell'imprenditore all'interno dell'impianto della legge fallimentare del 1942 si rimanda a L. PANZANI, *op. cit.*, p.32 ss; G. FAUCEGLIA – N. ROCCO DI TORREPADULA, *op. cit.*, p.28 ss; S. BONFATTI – P.F. CENSONI, *op. cit.*, p.31 ss.

Sull'eterogeneità dei criteri operati dalla giurisprudenza si rimanda a S. FORTUNATO, *Sub art.1*, in A. JORIO (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare*, Bologna, 2006-2007, p.63 ss.

⁵⁸ Ove il termine «*alternativamente*» sta a significare che il superamento anche di uno solo dei parametri sarebbe idoneo a consentirne la fallibilità, ovvero l'esclusione dalla categoria di *piccolo imprenditore*.

⁵⁹ Sull'evoluzione della figura dell'imprenditore e sulle opinioni (critiche) sviluppatesi in dottrina si consiglia L. PANZANI, *op. cit.*, pp.52-53; L. POTITO – M. SANDULLI, *Sub art. 1*, in A. NIGRO – M. SANDULLI (a cura di), *La legge fallimentare dopo la riforma*, I, Torino, 2010, p.6; G. CAVALLI, *La dichiarazione di fallimento. Presupposti e procedimento*, in Ambrosini (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, Bologna, 2006, p.8; G. FAUCEGLIA, *Condizioni soggettive e oggettive di fallibilità: la nuova nozione di piccolo imprenditore. La piccola società commerciale. La crisi e l'insolvenza*, in *Dir. Fall.*, 2006, I, p.1039 ss.

ma *cumulativi*⁶⁰, ovvero: i) aver avuto, nei tre esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza di fallimento o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, un attivo patrimoniale di ammontare complessivo annuo non superiore ad euro trecentomila; ii) aver realizzato, nei tre esercizi antecedenti alla data di deposito dell'istanza di fallimento o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, ricavi lordi per un ammontare complessivo annuo non superiore ad euro duecentomila; iii) avere un ammontare di debiti, non scaduti, non superiore ad euro cinquecentomila⁶¹.

La nuova norma ora fa cenno esclusivamente alle dimensioni dell'impresa, eliminando ogni riferimento alla componente «soggettiva»⁶².

Tale scelta appare del tutto coerente con i principi ispiratori della riforma, ovvero: restringere l'area della fallibilità, così da ridurre il numero di procedimenti incapienti, relativi a quei soggetti, il cui modesto patrimonio verrebbe dissipato dai costi della procedura stessa, senza alcuna soddisfazione, neppure minima, dei creditori.

Si evidenzia che il Legislatore del 2007, fissati i limiti dimensionali perché un soggetto commerciale possa ritenersi non fallibile, ha stabilito a carico di quest'ultimo l'onere di provare il possesso congiunto dei suddetti requisiti⁶³.

⁶⁰ Da notare la differenza con la precedente formulazione, specificata nella nota n.58.

⁶¹ Sul punto v. S. FORTUNATO, *Sub art.1*, in A. JORIO (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare*, cit., p.63 ss; G.E. COLOMBO, *L'esenzione dalle procedure concorsuali per ragioni dimensionali*, in *Fall*, 2008, p.625 ss; M. FERRO (a cura di), *La legge fallimentare. D.lgs 12 settembre 2007, n.69. Disposizioni integrative e correttive*, Padova, 2008, p.15; A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, op. cit., p.3 ss; nonché cfr. S. BONFATI – P.F. CENSONI, op. cit., p.35.

Giova sottolineare come, dapprima, si facesse riferimento al *piccolo imprenditore* con una formulazione in positivo; dopo, con la riforma del 2006, il 2° comma dell'art.1, l.f., fosse formulato in negativo ("non sono piccoli imprenditori [...]") e, infine, con il correttivo 2007 si è optato di evitare ogni riferimento soggettivo alla figura del *piccolo imprenditore*.

⁶² Il che riguarda anche la figura dell'imprenditore collettivo. Cosicché chiunque, comprese le società che esercitano attività commerciale, qualora posseggano requisiti previsti dalla norma, possano non essere assoggettabili al fallimento. Sul punto v. G. FAUCEGLIA, *Il presupposto soggettivo del fallimento*, in L. PANZANI, op. cit., p.31 ss.

⁶³ Ciò comporta che l'imprenditore, seppure in possesso dei requisiti, non si attiva, o a darne prova, viene considerato fallibile. "Nella relazione illustrativa al d.lgs. n.169 del 2007, questo risultato è presentato come una punizione per gli imprenditori «che scelgono di non difendersi in sede istruttoria o che non depositano la documentazione contabile dalla quale sarebbe possibile rilevare i dati necessari per verificare la sussistenza dei parametri dimensionali». Così S. BONFATI – P.F. CENSONI, op. cit., p.38; cfr. G. FAUCEGLIA, *Il presupposto soggettivo del fallimento. Insolvenza e Crisi*, in L. PANZANI, op. cit., p.35 – Comunemente diffusa in dottrina è l'idea del raggiro operato circa le prescrizioni contenute nella sentenza della Corte Cost. 22 dicembre 1989, n.570, in *Giur. it.*, 1990, I.

Posto che soggetto fallibile è solo l'imprenditore commerciale, vediamo ora quale sia il presupposto oggettivo di fallibilità, operando, in breve, un raffronto tra la passata normativa e quella oggi vigente.

In passato, il presupposto oggettivo del fallimento era rappresentato dalla «cessazione dei pagamenti»⁶⁴. Con il passaggio dal codice di commercio alla legge fallimentare (1942), si è ritenuto necessario, da una parte, distanziarsi dalla nozione "generica" di inadempimento⁶⁵; e, dall'altra, definire un presupposto che considerasse anche il lato economico della vicenda⁶⁶. Infatti, l'art. 5, l.f., individua quale presupposto oggettivo della dichiarazione di fallimento lo «*stato di insolvenza*», un concetto più flessibile che tiene conto sia dei profili giuridici che di quelli economici.⁶⁷

Non è semplice dare una definizione di «stato di insolvenza», sebbene si possa affermare che essa sia una situazione globale, permanente e irreversibile di un imprenditore, in un determinato momento⁶⁸.

⁶⁴ F. VASSALLI, *Diritto fallimentare*, I, Torino, 1994, p.80; A. JORIO, *Le crisi d'impresa. Il fallimento*, in Trattato Iudica- Zatti, Milano, 2000, p.206; L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, Torino, 2008, p.36; S. BONFATI – P.F. CENSONI, *op. cit.*, p.19 ss. Per un approfondimento sull'evoluzione storica del presupposto oggettivo, partendo dalla legislazione medievale, si rinvia a G. FAUCEGLIA – P.F. CENSONI, *Il presupposto oggettivo del fallimento*, in L. PANZANI (diretto da), *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, *cit.*, p.79 ss.

⁶⁵ La locuzione «cessazione dei pagamenti», in quanto generica, rischiava di lasciar adito ad interpretazioni troppo ampie, quali - ad esempio - considerare il rifiuto ad adempiere, non dovuto a sofferenze economiche ma ad altri motivi, presupposto sufficiente per dar luogo alla procedura fallimentare. Sul punto v. A. JORIO, *Le crisi d'impresa*, *Ibid.*; G. FAUCEGLIA E P.F. CENSONI, *Il presupposto oggettivo*, in L. PANZANI (diretto da), *cit.*, p.80; S. BONFATI – P.F. CENSONI, *op. cit.*, pp.19-20.

⁶⁶ G. BONELLI, *Del fallimento*, in E. BENZA – G. BONELLI – A. BRUNETTI ET AL., *Commentario al codice di commercio*, Milano, 1936, p.61 ss e p.751 ss; M. SANDULLI, *Sub art. 5*, in A. JORIO (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare*, *cit.*, p.86 ss; A. JORIO, *Le crisi d'impresa*, *op. cit.*, p.207.

⁶⁷ N. ROCCO DI TORREPADULA, *Il presupposto oggettivo*, in G. FAUCEGLIA – N. ROCCO DI TORREPADULA, *op. cit.*, p.47 ss.; tale espressione si rinviene anche in alcune norme del codice civile, ove però viene considerata come un fatto costitutivo in grado di modificare una situazione giuridica preformata. Per un raffronto tra la nozione di insolvenza nella legge fallimentare e nel codice civile si rimanda a G. FAUCEGLIA – P.F. CENSONI, *Il presupposto oggettivo del fallimento.*, in L. PANZANI (diretto da), *op. cit.*, pp.77-79.

⁶⁸ Va sottolineato che proprio l'irreversibilità permetteva in passato di distinguere lo stato di insolvenza, quale presupposto del fallimento, da una temporanea difficoltà ad adempiere che invece era un presupposto per l'oramai abrogata amministrazione controllata. Sul punto v. A. AMATUCCI, *Temporanea difficoltà ed insolvenza*, Napoli, 1979, p.64 ss; A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 2009, p.25; F. VASSALLI, *Diritto fallimentare*, I, *cit.*, p.85; G. FAUCEGLIA – N. ROCCO DI TORREPADULA, *op. cit.*, p.48.

E' bene precisare che è irrilevante sia la causa dell'insolvenza che l'imputabilità della stessa all'imprenditore⁶⁹. Ciò che rileva è solo il dato oggettivo⁷⁰.

Il 2° comma dell'art. 5, l.f., precisa che l'insolvenza deve manifestarsi all'esterno⁷¹: *"Lo stato d'insolvenza si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni."*

È la stessa norma a rinvenire negli «*inadempimenti*⁷² od altri fatti esteriori» gli aspetti sintomatici dell'insolvenza⁷³.

Sul carattere di irreversibilità, inoltre, va segnalato il pensiero di M. SANDULLI [M. SANDULLI, *Sub art. 5*, in A. JORIO (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare, cit.*, p.93], secondo cui «[...] in teoria nessuna situazione possa essere considerata definitiva ed irreversibile: per esempio l'imprenditore può trovare il "finanziamento" vincendo ad un gioco di fortuna ovvero trovare un mecenate che lo finanzia. Ma, ovviamente, tali situazioni solo ipotetiche non possono essere considerate in sede di accertamento da parte del tribunale»; cfr. G. CAVALLI, *I presupposti del fallimento*, in S. AMBROSINI – G. CAVALLI – A. JORIO, *Il Fallimento*, in G. COTTIMO, *Trattato di diritto commerciale*, XI, 2, Padova, 2009, p.127 ss.

⁶⁹ A. NIGRO – D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, Bologna, 2009, p.65; A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare, op. cit.*, p.26; A. JORIO, *Le crisi d'impresa, cit.*, p.206. Inoltre si tratta di un principio pacifico in giurisprudenza Cass., Sez. Un., 13 marzo 2001, n.115, in *Fall.*, 2002, p.375; Cass., Sez. Un., 20 giugno 2000, n.8374, *ivi*, 2001, p.699.

⁷⁰ M. SANDULLI, *La crisi dell'impresa. Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Torino, 2009, p.28 ss; *Id.*, *Sub art. 5*, in A. JORIO (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare, cit.*, p.88.

Si segnala inoltre che, nel corso tempo, si è arrivati ad un'analisi che tiene conto anche dell'attività; in pratica, per capire quando si possa parlare di insolvenza è necessaria una verifica tout court che tenga conto sia della situazione economico-finanziaria dell'imprenditore e sia del credito da lui vantato sul mercato. Sul punto G. FAUCEGLIA – N. ROCCO DI TORREPADULA, *op. cit.*, p.49 ss.; cfr. M. SANDULLI, *Sub art. 5*, in A. JORIO (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare, cit.*, p.93, secondo il quale il tribunale deve operare «un'indagine a trecentosessanta gradi sulla situazione dell'imprenditore, vista con riferimento ai profili patrimoniali, economici e finanziari. Tutti questi tre aspetti, quindi, assumono rilevanza ai fini della rilevazione dello stato di insolvenza: cioè dal complesso di questi dati, integrati con ogni ritenuta opportuna informazione, il tribunale dovrà desumere se l'imprenditore sia in grado di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni».

Bisogna quindi operare una comparazione di attivo, passivo e credito. Per un approfondimento di dette singole componenti si rinvia a G. FAUCEGLIA – N. ROCCO DI TORREPADULA, *op. cit.*, p.50 ss.

⁷¹ In tal senso A. NIGRO – D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese, cit.*, p.67; G.U. TEDESCHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, Padova, 2006, p.32. Diversamente G. Cavalli, *I presupposti del fallimento*, in S. AMBROSINI – G. CAVALLI – A. JORIO, *op. cit.*, p. 136; A. JORIO, *Le crisi d'impresa, cit.*, p.221 ss; F. VASSALLI, *Diritto fallimentare, I, cit.*, p.84.

⁷² Va sottolineato che il rapporto tra inadempimento e insolvenza è da sempre controverso; si tratta di concetti legati ma distinti che non presuppongono, oggi, nessun automatismo in tema di fallimento. «[...] è utile osservare come una pluralità di inadempimenti non comporti necessariamente la presenza di insolvenza. [...] D'altro canto è indubbio che vi possa essere insolvenza pur senza inadempimenti.» Così a G. FAUCEGLIA – N. ROCCO DI TORREPADULA, *op. cit.*, p.54; sul punto anche M. SANDULLI, *Sub art. 5*, in A. JORIO (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare, cit.*, p.88; G. FAUCEGLIA – P.F. CENSONI, *Il presupposto oggettivo del fallimento*, in L. PANZANI (diretto da), *op. cit.*, p.86.

Per quanto attiene ai primi, l'inadempimento, rilevante ai fini della fallibilità dell'imprenditore, è quello qualificato, cioè derivante dall'incapacità irreversibile di far fronte alle proprie obbligazioni⁷⁴. Però, se da un lato anche solo un inadempimento può rilevare uno stato di insolvenza⁷⁵, è opportuno ricordare la precisazione operata dall'art. 15, l.f., che ha limitato il campo della fallibilità attraverso l'introduzione di una soglia, relativa al valore monetario degli inadempimenti, che, solo se superata, potrà determinare la dichiarazione fallimento⁷⁶.

Gli altri «*altri fatti esteriori*», sintomatici dello stato di insolvenza, possono rinvenirsi – ad esempio – nelle circostanze di cui all'art. 7, l.f.⁷⁷; o nel compimento di atti revocabili ex art. 67, 1° comma, l.f., *datio in solutum*; ovvero negli atti inefficaci ex art. 64 e 65 l.f.⁷⁸.

Inoltre, è utile precisare che il giudizio del tribunale in merito all'insolvenza deve riguardare una situazione già esistente e manifesta, senza possibilità di operare alcun giudizio prognostico⁷⁹.

⁷³ Si discute se la locuzione «*inadempimenti od altri fatti esteriori*» sia o meno un'endiadi. Sul punto v. M. SANDULLI, Sub art. 5, in A. JORIO (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare, cit.*, p.93.

⁷⁴ «*Senza di ciò l'inadempimento resta solo un sintomo dell'insolvenza*» così G. FAUCEGLIA – N. ROCCO DI TORREPADULA, *Ibid.*; sul punto vedi anche M. SANDULLI, Sub art. 5, in A. JORIO (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare, Ibid.*

⁷⁵ G. U. TEDESCHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare, cit.*, p.40. In giurisprudenza v. Cass. 14 marzo 1978, n. 1274, in *Dir. Fall.*, 1978, II, p.376; App. Brescia 18 novembre 2003, in *Fall.*, 2004, p. 221; contra Trib. Pisa, 6 aprile 2000, in *Fall.*, 2001, p.585

⁷⁶ Sul punto v. G. FAUCEGLIA – P.F. CENSONI, *Il presupposto oggettivo del fallimento*, in L. PANZANI (diretto da), *op. cit.*, p.86; G. FAUCEGLIA – N. ROCCO DI TORREPADULA, *op. cit.*, p.55.

Sul significato dell'art. 15 l.f., cfr. Trib. Roma, 24 dicembre 2008, in *Fall.*, 2009, p.1205 ss, secondo il quale la soglia prevista dal suddetto articolo più che un fatto impeditivo rappresenta una condizione obiettiva di procedibilità.

⁷⁷ Ovvero quando l'insolvenza risulti nel corso di un procedimento penale, ovvero dalla fuga dalla irreperibilità o latitanza dell'imprenditore, dalla chiusura dei locali, etc.. Si tratta di un'elencazione non tassativa: cfr. G. CAVALLI, *I presupposti del fallimento*, in S. AMBROSINI – G. CAVALLI – A. JORIO, *Il Fallimento, cit.*, p.137; A. NIGRO – D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese, cit.*, p.68.

⁷⁸ Per un'esauritiva rassegna in merito agli elementi esteriori cfr. P.F. CENSONI, *Il presupposto oggettivo del fallimento. Lo stato di insolvenza*, in L. PANZANI, *op. cit.*, p. 87; P. PAJARDI – A. PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008, p.79 ss.

⁷⁹ Così A. NIGRO – D. VATTERMOLI, *op. cit.*, p. 66; invece, sull'esigenza di un giudizio prospettico ad opera del tribunale cfr. G. TERRANOVA, *Lo stato di insolvenza*, in G. COSTA – G. RAGUSA MAGGIORE (diretto da), *Le procedure concorsuali. Il fallimento*, Torino, 1997, p. 251 ss; M. SANDULLI, Sub art. 5, in A. Jorio (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare, cit.*, p.93; G. Cavalli, *I presupposti del fallimento*, in S. AMBROSINI – G. CAVALLI – A. JORIO, *op. cit.*, p.126.

Infine, si ritiene utile sottolineare la differenza tra lo stato di insolvenza e lo stato di crisi, quest'ultimo presupposto oggettivo del concordato preventivo e degli altri strumenti di risoluzione della crisi.

Lo stato di crisi, a differenza dell'insolvenza, è un concetto più esteso; una fattispecie slegata dall'insolvenza, ma che può sovrapporsi a essa; solitamente *«la crisi precede l'insolvenza e non la segue»*⁸⁰.

4. Natura e ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento

Individuato il soggetto fallibile, occorre, ora, fare un accenno alla natura e al ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento nell'ambito dei reati di bancarotta pre-fallimentare. Si tratta di un'annosa questione controversa⁸¹, che, malgrado le molteplici soluzioni prospettate, continua ad essere al centro di un fitto dibattito dottrinale, distante a tutt'oggi da una soluzione definitiva⁸².

Superata la convinzione che oggetto del reato fosse, *sic et simpliciter*, il fallimento, la verifica della condotta del fallito diventa il vero nocciolo della questione.⁸³

Il disvalore patologico risiede negli atti di bancarotta. Pedrazzi, afferma che in tali fatti *«si radica una carica offensiva ad essi immanente»*, ancorata alla *«violazione di regole gestionali poste a protezione delle ragioni creditorie»*⁸⁴.

Sebbene sia pacifico che la declaratoria fallimentare sia un *fatto* senza il quale non si configurino le ipotesi previste dagli artt. 216 e 217, l.f.; resta controversa la questione di stabilire quale sia il valore giudico da attribuire a tale fatto.

Sul punto, giurisprudenza e dottrina sono da sempre in disaccordo.

⁸⁰ Così G. FAUCEGLIA – N. ROCCO DI TORREPADULA, *op. cit.*, p.57; sul punto anche G. FAUCEGLIA – P.F. CENSONI, *Il presupposto oggettivo del fallimento*, in L. PANZANI (diretto da), *op. cit.*, pp.88-89. Nel § 1.5 verrà approfondito meglio lo stato di crisi e le sue differenze o somiglianze con l'insolvenza.

⁸¹ La questione fu affrontata già in merito a quanto previsto dal codice di commercio del 1882, che la aveva qualificata quale evento, ovvero espressione del disvalore del fatto: "si punisce il fallimento in quanto accompagnato da taluno di quei fatti, non si puniscono quei fatti che si accompagnano al fallimento". Cfr. G. BONELLI, *Del fallimento*, Milano, 1938-1939, p.31; A. ROCCO, *Il fallimento, teoria generale ed indagine storica*, Torino, 1917, p.124.

⁸² Ex multis, si veda il recente contributo di F. MUCCIARELLI, *Sentenza dichiarativa di fallimento e bancarotta: davvero incolmabile il divario fra teoria e prassi?*, in www.penalecontemporaneo.it, 2015.

⁸³ A. ALESSANDRI, *Profili penale delle procedure concorsuali*, Milano, 2016, p.14; cfr. G. DELITALIA, *Diritto penale*, vol. II, Milano, 1976, p.853 ss.

⁸⁴ C. PEDRAZZI, *Reati fallimentari*, in C. PEDRAZZI – A. ALESSANDRI – L. FOFFANI – S. SEMINARA – G. SPAGNOLO, *Manuale di diritto penale dell'impresa. Parte generale*, Bologna, 2003, p.107.

La giurisprudenza ascrive alla sentenza dichiarativa di fallimento natura di elemento costitutivo del reato, non considerando le implicazioni di carattere sistematico che ne derivano.

La dottrina prevalente, invece, considera tale declaratoria di fallimento quale condizione obiettiva di punibilità: alcuni qualificandola come estrinseca⁸⁵, altri come intrinseca⁸⁶. Tale impostazione, peraltro, oltre a risultare più coerente sotto il profilo dogmatico, riesce ad evitare le eventuali criticità riscontrabili in merito al *tempus* e *locus commissi delicti*⁸⁷.

L'indirizzo giurisprudenziale anzidetto è rinvenibile già nel 1958, anno in cui la Cassazione a Sezioni Unite affermò che: *"la dichiarazione di fallimento, pur costituendo un elemento imprescindibile per la punibilità dei reati di bancarotta, si differenzia concettualmente dalle condizioni obiettive di punibilità vere e proprie, perché, mentre queste presuppongono un reato già strutturalmente perfetto, sotto l'aspetto oggettivo e soggettivo, essa, invece, costituisce, addirittura, una condizione di esistenza del reato, o, per meglio dire, un elemento al cui concorso è collegata la esistenza del reato, relativamente a quei fatti commissivi od omissivi anteriori alla pronunzia, e ciò in quanto attiene così strettamente alla integrazione giuridica della fattispecie penale, da qualificare i fatti medesimi, i quali, fuori dal fallimento, sarebbero come fatti di bancarotta, penalmente irrilevanti"*⁸⁸.

⁸⁵ L. CONTI, *I reati fallimentari*, Torino, 1955, p.121; F. ANTONINI, *La bancarotta semplice*, Napoli, 1962, p.33 ss; G. DELITALIA, *Diritto penale*, vol. II, Milano, 1976, p.817; M. LA MONICA, *I reati fallimentari*, Milano, 1999, ed. aggiornata da A.L. Maccari, p.249; A. Fiorella- M. Masucci, *Gestione dell'impresa e reati fallimentari*, Torino, 2014, p.21; C. PEDRAZZI, *Art. 216. Bancarotta fraudolenta*, in C. PEDRAZZI – F. SGUBBI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, Bologna, 1995, p.16 ss.

⁸⁶ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, vol. II, *I reati fallimentari, tributari, ambientali e dell'urbanistica*, ed. VIII, aggiornata e integrata da L. CONTI, Milano, 1993, p.40; P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, 1955, p.13-14; M. ZANCHETTI, *Diritto penale fallimentare*, in AA.VV., *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, *Tutela penale del patrimonio*, a cura di D. PULITANÒ, Torino, 2013, p.364.

⁸⁷ Per un approfondimento sulla rilevanza delle condizioni obiettive di punibilità in relazione al *tempus* e del *locus commissi delicti* si veda F. MUCCIARELLI, *Sentenza dichiarativa di fallimento e bancarotta: davvero incolmabile divario fra teoria e prassi?*, in www.penalecontemporaneo.it, p.17-18.

⁸⁸ Cass., S.U., 25 gennaio 1958, n.2, in *Giust. pen.*, 1958, vol. II, p.513 ss; cfr. Cass., S.U., 26 maggio 2011, n.21039, in *Le società*, 2011, p.1196 ss, ove viene definita quale "condizione di esistenza del reato".

Si tratta di un disvalore «a scoppio ritardato», in quanto, quelle stesse condotte dell'imprenditore, fino al sopraggiungere dell'insolvenza, sono del tutto lecite, giacché consentite dall'ordinamento⁸⁹.

D'altra parte, qualora si optasse per la tesi (dottrinale) che vede la dichiarazione di fallimento una condizione obiettiva di punibilità, si andrebbe, di certo, a delimitare il suo ruolo, tanto da obliterarne la centralità circa la sua necessaria verifica al fine di integrare il disvalore del reato di bancarotta; ma anche, si rischierebbe di distaccarsi dal principio di colpevolezza che infonda il nostro ordinamento.

Nel 2012, vi fu un'altra sentenza della Cassazione, nota come "*sentenza Corvetta*"⁹⁰, in cui si asserisce che il fallimento non solo è elemento essenziale del reato, ma lo qualifica addirittura come *evento* del reato, imponendo, perciò, da un lato, una verifica circa il rapporto causale con le condotte dell'agente e, dall'altro, richiedendo l'accertamento del dolo⁹¹.

Da ultimo, la Cassazione è intervenuta sulla questione con la c.d. "*sentenza Parmalat-Capitalia*"⁹². Ponendosi in diretta correlazione dialogica con la sentenza Corvetta e contestandone il percorso argomentativo punto per punto, detta sentenza, pur negando la natura di evento del reato, al contempo, afferma la necessaria rappresentazione della pericolosità delle condotte da parte dell'agente. Inoltre, argomentando la propria tesi, asserisce che i fatti di bancarotta, ancor prima della declaratoria di fallimento, non sono privi di un autonomo disvalore, tant'è vero

⁸⁹ F. D'ALESSANDRO, *Reati di bancarotta e ruolo della sentenza dichiarativa del fallimento: la Suprema Corte avvia una revisione critica delle posizioni tradizionali?*, Commento a Cass. Pen., Sez. V, 24 settembre 2012 (dep. 6 dicembre 2012), n. 47502, Pres. Zecca, Rel. Demarchi Albengo, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2012, p.6.

⁹⁰ Cass., Sez. V, 24 settembre 2012, n.47502, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p.437.

⁹¹ In tal senso v. M. ZANCHETTI, *Incostituzionali le fattispecie di bancarotta? Vecchi quesiti e nuove risposte (o magari viceversa), alla luce della giurisprudenza di legittimità sul ruolo del fallimento nella bancarotta fraudolenta prefallimentare*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2014, p.141; G. COCCO, *Il ruolo delle procedure concorsuali e l'evento dannoso nella bancarotta*, *Ibid.*, 2014, p.67; A. FIORELLA, *I reati fallimentari*, in AA.Vv., *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, a cura di A. FIORELLA, Torino, 2013, p.166 ss. – Contra F. D'ALESSANDRO, *Reati di bancarotta e ruolo della sentenza dichiarativa del fallimento*, *cit.*, p.1 ss; F. MUCCIARELLI, *La bancarotta distrattiva è reato di evento?*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p.446; G.G. SANDRELLI, *Note critiche sulla necessità di un rapporto di causalità tra la condotta di distrazione e lo stato di insolvenza nel delitto di bancarotta "propri"*, in *Cass. pen.*, 2013, p.1443.

È bene precisare che il richiamo al nesso causale è espressamente previsto solo dall'art.223, co.2, l.f.

⁹² Cass., Sez. V, 5 dicembre 2014, n.15613, in *www.penalecontemporaneo.it*, con commento di C. BRAY, *La cassazione sul caso Parmalat- Capitalia (e sul ruolo del fallimento del delitto di bancarotta)*.

che il lessico utilizzato appare impregnato "di una evidente connotazione negativa"⁹³. Di conseguenza, "il fallimento non determina autonomamente l'offesa, ma la rende attuale e meritevole di pena"⁹⁴.

Tuttavia, l'affermazione riguardo l'intrinseco disvalore delle condotte va sviluppata sia sul piano della colpevolezza che su quello della proiezione causale, poiché un illecito penale irrisorio, sia quanto a colpevolezza che agli effetti, alla luce della Costituzione, non potrebbe sussistere nell'ordinamento.

Nonostante questa diatriba tra dottrina e giurisprudenza, entrambe collocano il dissesto e il fallimento fuori dalla causalità e dalla colpevolezza, vedendo nel fallimento il momento di "cristallizzazione" del danno⁹⁵.

5. La regolazione della crisi: gli strumenti a disposizione dell'imprenditore

La crisi aziendale è stata concepita per lungo tempo come un evento negativo, patologico ed eccezionale dal quale le imprese difficilmente erano in grado di uscirne. Infatti, in passato, il legislatore diede alla legge fallimentare la finalità volta alla liquidazione del patrimonio dell'imprenditore in crisi, prevedendo una totale ingerenza degli organi giurisdizionali nella gestione delle procedure⁹⁶.

Successivamente, riconosciuta l'importanza economica e sociale dell'impresa, il legislatore si è preoccupato di disciplinare la gestione della crisi, prevedendo strumenti che consentissero il suo superamento e la salvaguardia della continuità aziendale⁹⁷.

Come già accennato, con le riforme degli anni 2000, si è iniziato a prestare grande attenzione alle soluzioni concordate della crisi d'impresa⁹⁸. Il legislatore, distaccandosi da un ottica meramente liquidatoria, ha previsto soluzioni alternative al

⁹³ C. BRAY, *La cassazione sul caso Parmalat- Capitalia (e sul ruolo del fallimento del delitto di bancarotta)*, *ivi*, p.4.

⁹⁴ A. ALESSANDRI, *Profili penale delle procedure concorsuali*, *cit.*, p.18.

⁹⁵ *Id.*, p.17

⁹⁶ A. GRAZIANI, *L'impresa e l'imprenditore*, Napoli, 1959, p.23.

⁹⁷ È opportuna premettere l'influenza dei principi civilistici all'interno delle procedure concorsuali ma senza dimenticare che gli stessi vengono adattati alla "specialità" del campo giuridico. Così N. ROCCO DI TORREPADULA, *Le procedure concorsuali*, in G. FAUCEGLIA- N. ROCCO DI TORREPADULA, *op. cit.*, p.1 ss.

⁹⁸ F. DI MARZO, *Le soluzioni concordate della crisi d'impresa*, in *www.ilcaso.it*, 2007.

fallimento, per quelle situazioni in cui ancora si poteva "salvare" l'azienda, avvicinandosi, così, in tale ottica di risanamento, agli altri ordinamenti stranieri⁹⁹, sebbene, come si vedrà più avanti, a tale cambio di prospettiva in sede fallimentare non sia corrisposto un eguale adeguamento delle fattispecie penali connesse¹⁰⁰.

L'ordinamento giuridico, oggi, assicura all'imprenditore un'ampia gamma di possibilità per evitare la liquidazione del suo patrimonio; diversi sono gli strumenti di superamento della crisi o di gestione dell'insolvenza, accomunati tutti da un unico elemento: il raggiungimento di un accordo tra debitore e creditori.

Nel decennio dal 1990 al 2000, si sono andati ad evolvere nuovi strumenti di gestione "stragiudiziale"¹⁰¹ della crisi, i quali, tuttavia, non avendo riconoscimento dal diritto positivo, presentavano, da un parte, indubbi vantaggi in tema di duttilità e flessibilità ma, dall'altra, notevoli problemi relativi alla liceità degli accordi e alle garanzie a tutela degli stessi, limitandone il loro utilizzo.

Negli anni 2000, tali strumenti hanno ottenuto un riconoscimento all'interno della legge fallimentare, ponendosi come valida alternativa specialmente rispetto al concordato preventivo¹⁰².

Le peculiari caratteristiche dei nuovi strumenti, frutto delle riforme degli ultimi 10 anni, evidenziano chiaramente la volontà del legislatore di anticipare l'intervento del superamento della crisi ad un momento antecedente a quello dell'insolvenza

⁹⁹ N. GIANESINI, *op. cit., passim*; S. AMBROSINI – P.G. DEMARCHI, *op. cit.*, p.8 ss.

Per un'analisi comparativa delle procedure concorsuali sviluppatesi in Europa e negli Stati Uniti si veda AA.Vv., *The restructuring Review*, 5°ed., Londra, 2012, *passim*.

¹⁰⁰ Per una panoramica generale del problema si rinvia a F. SGOBBI, *Crisi impresa, procedure di salvataggio e reati fallimentari*, in *Riv. It. Dir. proc. pen.*, 2, 2014, p.665 ss. Comunque l'argomento, e le problematiche connesse, verranno analizzate all'interno dei capitoli successivi.

¹⁰¹ Si tratta del piano attestato di risanamento, ex art. 67, comma 3, lett. d), l.f., e dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, ex art. 182 bis, l.f., strumenti di cui si avrà modo di approfondire, rispettivamente, nei paragrafi successivi. Inoltre, per un approfondimento in merito alla tradizione delle soluzioni concordate e ai limiti che le stesse avevano prima di un riconoscimento all'interno del diritto positivo si veda M. FABIANI, *op. cit.*, p.115 ss.

¹⁰² G. LOMBARDI – P.D. BELTRAMI, *I criteri di selezione della procedura più adatta al risanamento di un'impresa in crisi*, in *Giur. comm.*, fasc.5, 2011, p.713, ove si può approfondire il *favor* legislativo attuatosi negli ultimi anni, specialmente con riguardo al cambio di prospettiva, non più meramente liquidatoria, del concordato preventivo e, dall'altra parte, l'evolversi di soluzioni stragiudiziali finalizzate alla ristrutturazione e alla conservazione dell'impresa, le quali, per giunta, si prospettano molto più flessibili e quindi tempestive rispetto alle procedure concorsuali "tradizionali".

Sul punto anche L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, VII ed., Torino, 2015, p.1 ss.; N. GIANESINI, *op. cit.*, p.1 ss.

conclamata ed irreversibile. Ciò al fine di salvaguardare gli asset aziendali e operare un risanamento, tutelando, da una parte, i creditori sociali, ma, dall'altra, dando la possibilità all'imprenditore di preservare la continuità aziendale¹⁰³.

L'obiettivo del diritto concorsuale non è più la "punizione" dell'imprenditore insolvente, o la semplice soddisfazione dei creditori coinvolti nella crisi, bensì la prosecuzione, ove possibile, dell'attività d'impresa.

I tre strumenti – concordato preventivo, accordo di ristrutturazione dei debiti e piano attestato di risanamento – che verranno trattati nelle pagine seguenti, ai fini di una successiva indagine sul rischio penale all'interno degli stessi¹⁰⁴, hanno notevoli differenze tra loro. Pertanto, prima di procedere ad una disamina delle varie alternative previste dall'attuale ordinamento, è bene precisare che la scelta dello strumento da adottare non può essere casuale, ma deve tener conto delle caratteristiche e specificità della situazione critica in cui si trova l'impresa¹⁰⁵.

5.1. Il concordato preventivo

Il concordato preventivo nasce quale mezzo di prevenzione al fallimento¹⁰⁶. Costituisce, per l'imprenditore "onesto ma sfortunato"¹⁰⁷, l'alternativa ad evitare la

¹⁰³ Per un maggiore approfondimento circa la nozione di «stato di crisi» si rinvia a N. ROCCO DI TORREPADULA, *Il concordato preventivo*, in G. FAUCEGLIA – N. ROCCO DI TORREPADULA, *op. cit.*, p.322 ss.

¹⁰⁴ Pare qui il caso di anticipare il mancato adeguamento dell'impianto penalistico alla rinnovata legge fallimentare, comportando così ingenti rischi per gli imprenditori che accedevano a una soluzione concordata della crisi, quest'ultima non andava a buon fine e interveniva il fallimento. Sul punto ci si soffermerà meglio nel corso del Capitolo II, ove partendo dalla revocatoria si vedranno i piccoli, ma comunque utili, passi verso un riallineamento della disciplina penal- fallimentare, e poi nel Capitolo III, dove si analizzeranno quelle situazioni che soffrono ancora di incertezza normativa.

¹⁰⁵ I criteri selettivi utilizzati per l'individuazione dello strumento più adatto al caso concreto sono diversi: prima tra tutti sicuramente l'entità della crisi, più la crisi è insita ed estesa tanto più vi sarà bisogno di uno strumento forte, ovvero con maggiori controlli e garanzie previste dall'ordinamento; altro elemento da valutare è il tipo di interventi di ristrutturazione che si intendono utilizzare al fini risanatori; la composizione del ceto creditorio; così come non trascurabili sono le esigenze di riservatezza e tempestività che solo l'imprenditore nel caso specifico potrà valutare. – Per un approfondimento in merito ai suddetti criteri si rinvia a G. LOMBARDI – P.D. BELTRAMI, *op. cit.*, p.713.

¹⁰⁶ In passato, gran parte della dottrina riteneva che la finalità dell'istituto era la protezione di interessi pubblici, quali la produzione e l'economia nazionale, oltrepassando quelli meramente privatistici del debitore e dei creditori. Si veda F. CARNELUTTI, *Espropriazione del creditore*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1930, p.679.; F.(JR.) FERRARA – A. BORGIOI, *Il fallimento*, Milano, 1995, p.159 ss; G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, 2008, p.2

¹⁰⁷ A. CANDIAN, *Il processo di concordato preventivo*, Padova, 1937, p.1.

procedura fallimentare, restando comunque nell'alveo giudiziale e avendo quale fine principale la tutela dell'interesse pubblico.

Introdotta per la prima volta nel nostro ordinamento con la l. 24 maggio 1903, n.197¹⁰⁸, per ovviare ai difetti e all'inefficienza della vecchia moratoria (art. 819 ss c. comm.), fu trasfusa nella legge fallimentare del 1942, con la previsione di una nuova ipotesi: il concordato con cessione dei beni¹⁰⁹.

Senza entrare nel dettaglio delle diverse riforme succedutesi nel tempo, si può certamente affermare che il vigente concordato preventivo ex artt. 160 ss, l.f, ha poco in comune con l'istituto introdotto dal legislatore nel 1942. Infatti, esso non è più considerato una semplice alternativa al fallimento, ma ha assunto uno scopo palesemente preventivo; non un beneficio per gli imprenditori insolventi, quanto piuttosto uno strumento rivolto al risanamento e alla conservazione dei complessi produttivi.

L'attuale configurazione del concordato sembra propendere a favore della natura contrattualistica dell'istituto che, invece, nella disciplina precedente risultava la tesi minoritaria¹¹⁰.

¹⁰⁸ Per un approfondimento sulla disciplina del concordato preventivo, di cui alla l. 24 maggio 1903, n.197 si rinvia a *Ibid.*, p.1 ss.

¹⁰⁹ Prima era previsto solo il concordato con garanzia. Si veda S. BONFATTI – P.F. CENSONI, *op. cit.*, p.479 ss.

Per un approfondimento in merito al concordato preventivo si rimanda a R. PROVINCIALI, voce "*Il concordato preventivo*", in *Novissimo digesto italiano*, III, Torino, 1957, p.979 ss; M. VASELLI, voce "*Concordato preventivo*", in *Enciclopedia del diritto*, VIII, Milano, 1961, p.508; A. MAISANO, voce "*Il concordato preventivo*", in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1961, p.1 ss.

¹¹⁰ La natura del concordato è stato argomento di accesi dibattiti dottrinali: vi erano coloro che ne sostenevano la natura contrattualistica, secondo i quali esso si concretizzava in un accordo – tra debitore e la maggioranza dei suoi creditori – e l'omologazione era più che altro una *condicio iuris* per l'efficacia del negozio [v. F.(JR.) FERRARA – A. BORGIOLO, *Il fallimento, cit.*, p.164 ss; S. SATTA, *Diritto fallimentare*, 3° ed. aggiornata e ampliata da Vaccarella e Luiso, Padova, 1996, p.389 ss. – Tale teoria, c.d. contrattualistica, era prevalente anche in giurisprudenza; a titolo esemplificativo si v. Trib. Roma, 18 aprile 1956, in *Dir. fall.*, 1956, II, p.364]. Ai quali, invece, si contrapponevano i sostenitori della c.d. teoria processualistica che, sostenevano che il concordato preventivo fosse un processo; all'interno di questa fazione, poi, vi erano poi diverse ipotesi in merito al tipo di processo: chi sosteneva si trattasse di un procedimento di volontaria giurisdizione [v. R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, IV ed., Milano, 1974, p.2209], chi lo considerava un procedimento esecutivo concorsuale in forma attenuata [A. CANDIAN, *Il processo di concordato preventivo, cit.*, pp. 19,21.], altri ancora sostenevano fosse un normale procedimento contenzioso [G. MUSSAFIA, *Natura del processo di concordato preventivo*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1938, I, p.235 ss].

Comunque, non potendo soffermarci più di tanto sul dibattito dottrinale in questione e sulle difficoltà circa una ricostruzione univoca della natura del concordato preventivo, si rinvia a N. ROCCO DI

Molto brevemente e senza pretese di esaustività, il concordato preventivo presenta i seguenti tratti salienti.

Può avvalersi del concordato solo l'imprenditore fallibile, ex art. 1, l.f., (presupposto soggettivo), il quale versa in uno stato di crisi o di insolvenza (presupposto oggettivo)¹¹¹; in quest'ultimo caso, essendo lo stato d'insolvenza più grave dello stato di crisi, l'accesso alla procedura può essere consentita purché sia ragionevolmente superabile.

L'insolvenza costituisce una delle forme di manifestazione della crisi, in quanto, i due concetti si pongono in un rapporto di genere a specie¹¹². Differentemente dall'insolvenza, la crisi non deve necessariamente manifestarsi, non divenendo, così, conoscibile ai terzi ma rimanendo nella sfera "privata" dell'imprenditore. Ciò è del tutto coerente con il fatto che il concordato preventivo è una procedura nell'esclusiva disponibilità dello stesso imprenditore: solo lui è legittimato a farne ricorso¹¹³.

TORREPADULA, voce «*Il concordato preventivo*», in *Digesto/comm.*, III, Torino, 1988, p.257 ss; A. JORIO, *Le crisi d'impresa, op. cit.*, p.716 ss.; nonché A. BONSIGNORI, *Concordato preventivo*, in *Commentario alla legge fallimentare Scialoja- Branca*, Sub art. 160-186, Bologna- Roma, 1979, p.139 ss. – Sebbene, ad oggi, post riforme, e data l'attrazione dell'istituto all'interno dell'area privatistica, il baricentro è sicuramente all'interno del campo contrattuale.

¹¹¹ L'art. 160 è stato completamente riscritto con la riforma del 2005: il presupposto oggettivo – l'insolvenza – è stato sostituito dallo «stato di crisi», probabilmente con l'intento di voler creare uno strumento realmente alternativo e preventivo al fallimento; sebbene, poi, all'ultimo comma – con il d.l. n.273 2005 – è previsto che "per stato di crisi di intende anche lo stato di insolvenza", manifestando così la propensione del legislatore a favorire, quanto possibile, le soluzioni concordate della crisi rispetto alla liquidazione fallimentare.

¹¹² Il concetto di crisi è stato al centro di un acceso dibattito dottrinale. Un primo orientamento rinveniva nello stato di crisi un concetto diverso rispetto all'insolvenza e, quindi, all'imprenditore insolvente era preclusa la possibilità di accedere al concordato (G. BOZZA, *Le condizioni soggettive ed oggettive del concordato*, in *Fall.*, 2005, pp.954-956); in senso contrario, invece, vi era un orientamento dottrinale che aveva posto l'accento sulla mancanza di una definizione positiva e formale dello stato di crisi, ritenendo così che l'art.160 l.f. fosse applicabile anche alla situazione più grave, l'insolvenza. (U. DE CRESCIENZO – L. PANZANI, *Il nuovo diritto fallimentare*, Milano, 2005, p.24; nonché cfr. S. SCARAFONI, *La riforma del concordato preventivo*, *Dir. Fall.*, 2005, V, p.834 e *Id.*, *Il giudizio d'ammissione al concordato preventivo: riflessioni sul decreto legge correttivo della legge fallimentare*, *Dir. Fall.*, 2007, VI, p.5).

Va precisato che sono state diverse le pronunce giurisprudenziali in merito, finché nel 2010, la Suprema Corte ha definito lo «stato di crisi» come uno "stato di difficoltà economico-finanziaria non necessariamente destinato ad evolversi nella definitiva impossibilità di adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni".

¹¹³ Come si vedrà più avanti, la proposta dei creditori che rappresentino almeno il 10% dell'indebitamento complessivo può essere soltanto *concorrente*.

Obiettivo del concordato è il superamento della crisi, da realizzarsi secondo quanto previsto dalla proposta di concordato presentata dall'imprenditore¹¹⁴.

Omettendo in dettaglio le varie fasi della procedura, non rilevante ai fini del presente lavoro, basti ricordare che la proposta, prima di essere sottoposta al vaglio dei creditori, deve essere presentata con ricorso al tribunale, allegandovi tutta la documentazione richiesta ex art. 161, 2° comma, l.f.¹¹⁵, unitamente alla relazione di un professionista qualificato che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano.

Ai sensi dell'art. 168, dalla data della pubblicazione del ricorso nel Registro delle Imprese e fino al momento in cui il decreto di omologazione non diventi definitivo, ai creditori è fatto divieto di iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore¹¹⁶.

Valutata l'ammissibilità della proposta¹¹⁷, e qualora ne ricorrano i presupposti ex art. 160, l.f., il Tribunale dichiara aperta la procedura, nomina il giudice delegato e un

¹¹⁴ Sul punto v. L. GUGLIEMUCCI, *op. cit.*, p.329-334; cfr.; M. ARATO, *La domanda di concordato preventivo*, Sez. IV, in O. CAGNASSO E L. PANZANI (diretto da), *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, III, Torino, 2015, pp.3355- 3360; nonché S. AMBROSINI – P.G. DEMARCHI – M. VITIELLO, *Il concordato preventivo e la transazione fiscale*, Bologna, 2009, p.47 ss.

¹¹⁵ Art.161, 2° comma, l.f.: *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; in ogni caso, la proposta deve indicare l'utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile che il proponente si obbliga ad assicurare a ciascun creditore.

¹¹⁶ Per un approfondimento sugli effetti della presentazione del ricorso si veda L. GUGLIEMUCCI, *Diritto fallimentare*, cit., p.334 ss; P.G. DEMARCHI, *Gli effetti dell'ammissione al concordato preventivo*, in S. AMBROSINI – P.G. DEMARCHI – M. VITIELLO, *Il concordato preventivo*, cit., p.102 ss; M. ARATO, *La domanda di concordato preventivo*, Sez. IV, in O. CAGNASSO E L. PANZANI (diretto da), *op. cit.*, p.3392 ss.

¹¹⁷ La natura della valutazione da parte del giudice sull'ammissibilità della proposta ai sensi degli artt. 162 e 163 l.f fu al centro di accesi dibattiti dottrinali e differenti orientamenti giurisprudenziali. Alcuni rinvenivano nella modifica dell'art. 160 e nella mancata modifica dell'art. 162 un'abrogazione implicita di quest'ultimo, cosicché il giudice fosse chiamato ad effettuare una valutazione meramente formale della regolarità e completezza della proposta [ex multis, S. PACCHI, *La domanda di ammissione alla procedura. L'ammissione al concordato preventivo*, in *Id.*, *Il nuovo concordato preventivo*, Milano, 2005, pp.125-129; G. BOZZA, *L'organo deputato alla verifica della maggioranza nel nuovo concordato*, *Il Fall.*, 2005, p.804; M.R. GROSSI, *La riforma della legge fallimentare*, Milano, 2006, pp.2124-2126]. Altri ritenevano che al giudice non fosse preclusa anche una valutazione di merito sulla fattibilità del

commissario giudiziale. Ecco allora che sin dalla sua apertura, nel concordato, si ha la presenza di organi giudiziali, sebbene con poteri e competenze ridotti rispetto al fallimento o ad una procedura liquidatoria giudiziale¹¹⁸.

Peraltro, pur essendo una procedura concorsuale e nonostante la presenza di organi giudiziali, a differenza del fallimento, vi è una forma di spossessamento *attenuata*, nel senso che il debitore conserva l'amministrazione dei propri beni, potendo compiere liberamente gli atti di ordinaria amministrazione e quelli di straordinaria amministrazione entro una soglia fissata dal giudice o, se eccedenti, previa autorizzazione di quest'ultimo¹¹⁹.

piano [contra v. A. CAIAFA, *Nuovo diritto delle procedure concorsuali*, Padova, 2006, p.561; G. PRENNA, Commento alla sentenza del tribunale di Monza n. 212 del 17.10.2015, *Dir. pratica soc.*, 2005, n.22, p.70 ss; In giurisprudenza Trib. Salerno 3.06.2005, in *Fall.*, 2006, 1, p.1297; Trib. Monza, 16.10.2005, in *Fall.*, 2006, I, p.62; Trib. Sulmona, 6.06.2005, in *Fall.*, 2005, p.793]. Con il correttivo del 2007, però, anche l'art. 162 venne modificato e - nel tentativo di porre fine ad ogni diatriba - attribuì, esplicitamente, al tribunale il potere di verificare i presupposti ex artt. 160 e 161 l.f.; e nel contempo, l'art.163 fu adattato al fine di coordinarne il dettame con il novellato art.162 ("*Verificata la completezza e la regolarità della documentazione*" è stato sostituito da "*ove non abbia provveduto a norma dell'art.162, commi primo e secondo*"). Ciò nonostante le divergenze interpretative sono continuate; anzi, alcuni hanno proposto una terza tesi interpretativa, secondo cui al giudice competerebbe il controllo procedurale, sia formale che sostanziale, ma che lo stesso non possa riguardare, in merito alla fattibilità del piano, l'attestazione del professionista [sul punto C. MANDRIOLI, *Il concordato preventivo e la transazione fiscale*, in S. BONFATTI – L. PANZANI (a cura di), *La riforma organica delle procedure concorsuali*, Milano, 2008, p.701; *Id.*, *Concordato preventivo: la verifica del tribunale in ordine alla relazione del professionista*, in *Fall.*, 2007, p.1223 ss.]. Per un approfondimento delle opinioni dottrinali sviluppatesi dopo il decreto correttivo si rinvia a M. FERRO, *Art. 162*, in M. FERRO (a cura di), *La legge fallimentare. Decreto legislativo 12 settembre 2007, n.169, disposizioni integrative e correttive. Commentario teorico- pratico*, Padova, 2008, p.309 – La giurisprudenza, invece, è stata sostanzialmente unanime nel riconoscere al tribunale il potere di valutare anche nel merito la fattibilità della proposta [v. Trib. Piacenza, 1.07.2008, *Giur. merito*, 2009, I, p.149; Trib. Roma, 30.06.2008, in www.ilcaso.it].

¹¹⁸ Sul punto v. N. ROCCO DI TORREPADULA, *Il concordato preventivo*, in G. FAUCEGLIA – N. ROCCO DI TORREPADULA, *op. cit.*, pp.331-332; S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, Bologna, 2009, p.74ss; S. BONFATTI – P.F. CENSONI, *op. cit.*, pp.507-509; A. Esposito, *Il commissario giudiziale*, in G. FAUCEGLIA – L. PANZANI (diretto da), *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Torino, 2009, p.1665 ss; L. PICA, *Il concordato*, in P. CELENTANO – E. FORGILLO (a cura di), *Fallimento e concordati*, Torino, 2009, p.1132 ss; A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve, op. cit.*, p.956. Per un raffronto con la figura del curatore v. S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo, cit.*, p.87; cfr. A.M. PERRINO, *Sub art. 165*, in G. LO CASCIO (diretto da), *Codice commentato del fallimento*, Milano, 2008, p.1490 ss.

¹¹⁹ N. ROCCO DI TORREPADULA, Voce «Concordato preventivo», in *Digesto/comm.*, III, Torino, 1988, p.266; R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, 1974, p.2248; *Id.*, 16 marzo 2007, n.6211, in *Fall.*, 2007, p.970; L. GUGLIEMUCCI, *op. cit.*, p.335.

La proposta si concretizza in un piano contenente l'esposizione di tutti gli interventi che il debitore intende attuare per assicurare la «soddisfazione dei creditori» e/o la «ristrutturazione dei debiti» (art. 160, 1° comma, l.f.)¹²⁰.

Il piano potrà essere diverso a seconda che si tratti di concordato c.d. ordinario, con finalità eminentemente liquidatorie, o concordato con continuità aziendale, ex art. 186-*bis*, l.f., la cui peculiarità è appunto la continuazione dell'attività¹²¹.

In ogni caso, il contenuto del piano non è più tipizzato dal legislatore – il che rivela la natura “privatistica” della procedura – il quale, infatti, all'articolo 160 l.f., si limita a stabilire che esso possa prevedere: “a) *la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma, anche mediante cessione dei beni, accollo, o altre operazioni straordinarie, ivi compresa l'attribuzione ai creditori nonché a società da questi partecipate, di azioni, quote, ovvero obbligazioni, anche convertibili in azioni, o altri strumenti finanziari e titoli di debito; b) l'attribuzione delle attività delle imprese interessate dalla proposta di concordato a un assuntore; possono costituirsi come assuntori anche i creditori o società da questi partecipate o da costituire nel corso della procedura, le azioni delle quali siano destinate a essere attribuite ai creditori per effetto del concordato; c) la suddivisione dei creditori in*

¹²⁰ “Il piano rappresenta lo strumento operativo della proposta” così M. FABIANI, *op. cit.*, p.608. Cfr. M. ARATO, *La domanda concordato e la soddisfazione dei creditori concorsuali*, Sez. I, in O. CAGNASSO E L. PANZANI (diretto da), *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, cit., p.3443 ss; S. AMBROSINI – P.G. DEMARCHI, *Il nuovo concordato preventivo*, Milano, 2005, pp.21-30.

¹²¹ Novità introdotta dal d.l. 22.6.2012, n. 83. Si tratta di una tipologia di concordato preventivo in cui il piano prevede la ristrutturazione del debito e il proseguo dell'attività, in netta contrapposizione alla tipologia liquidatoria, attraverso la prosecuzione dell'attività di impresa da parte dello stesso debitore, o la cessione dell'azienda in esercizio, oppure il conferimento dell'azienda in esercizio in una o più società. Peraltro, esso consente il salvataggio di posti di lavoro permettendo anche di far fronte al temuto effetto domino; cosicché la crisi dell'impresa non coinvolga anche la sorte delle imprese fornitrici e creditrici. Non ha fatto altro che dare attuazione al disposto dell'art. 160, 1° comma, lett. a); e, d'altronde, preme precisare che il perimetro del concordato con continuità aziendale è stato notevolmente ampliato rispetto alla nozione fornita dalla dottrina prima del riconoscimento formale dello stesso. Sul punto v. M. ARATO, *Il concordato preventivo con continuazione dell'attività d'impresa*, in F. BONELLI, *Crisi d'impresa: casi e materiali*, Milano, 2011, p.137 ss; L. GUGLIELMUCCI, *op. cit.*, pp.327-329; M. ARATO, *La domanda concordato e la soddisfazione dei creditori concorsuali*, Sez.III, in O. CAGNASSO E L. PANZANI (diretto da), *op. cit.*, p.3543 ss; L. QUATTROCCHI – R. RANALLI, *Speciale Decreto Sviluppo- Concordato in continuità e ruolo dell'attestatore: poteri divinatori o applicazione dei principi di best practice*, www.ilfallimentarista.it, 2012; L.A. BOTTAI, *Concordato con continuità aziendale*, www.ilfallimentarista.it, 2016.

classi secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei; d) trattamenti differenziati tra creditori appartenenti a classi diverse."

Dopo la votazione dei creditori, il concordato va omologato dal Tribunale¹²² il quale, qualora non vi sia stata opposizione, deciderà, limitandosi a verificare la regolarità della procedura e dell'approvazione dei creditori.

Quale sia effettivamente il perimetro del giudizio del tribunale in sede di omologazione è stato argomento dibattuto, anche perché a seconda della tesi a cui si aderisce vi saranno conseguenze differenti in merito al ruolo del giudice penale in caso di successivo fallimento¹²³.

È pacifico, in dottrina e in giurisprudenza, che il sindacato del tribunale investe la verifica della regolarità della procedura e dell'esito della votazione.

Unanime è anche la tesi secondo cui l'oggetto del giudizio non varia a seconda della presenza o meno di opposizioni¹²⁴. Le uniche particolarità nel caso di gravami, infatti, attengono all'analisi dei motivi adottati nell'opposizione e al giudizio di convenienza (*c.d. cram down*)¹²⁵.

Più controversa, invece, è – quantomeno lo è stata fino all'intervento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, 23 gennaio 2013, n. 1521 – la questione se il giudizio del tribunale debba estendersi anche alla fattibilità del piano¹²⁶.

¹²² Per un approfondimento sul procedimento di omologazione si veda N. ROCCO DI TORREPADULA, *Il concordato preventivo*, in G. FAUCEGLIA – N. ROCCO DI TORREPADULA, *op. cit.*, pp.340-342; L. GUGLIELMUCCI, *op. cit.*, pp.338-342; F.G.G. PIRISI, *L'omologazione del concordato preventivo*, in O. CAGNASSO E L. PANZANI (diretto da), *Crisi d'impresa, op. cit.*, p.3684 ss.

¹²³ Argomento che verrà approfondito nel corso del Capitolo II, specialmente con riguardo alla scriminante ex art. 217-bis.

¹²⁴ Così F.S. FILOCAMO, *Sub art. 180 l.f.*, in M. FERRO (a cura di), *La legge fallimentare*, II ed., Padova, 2014, p.2061; I. PAGNI, *Contratto e processo nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti: analogie e differenze*, in V. BUONOCORE – G. BASSI (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare*, Padova, 2010, I, p.587; G. BOZZA, *Il sindacato del tribunale sulla fattibilità del concordato preventivo*, in *Fall.*, 2011, pp.182-196.

¹²⁵ Tale scelta peraltro appare del tutto coerente con la "nuova" natura privatistica del concordato, ove l'interesse dei creditori viene già tutelato dalla votazione prevista per i medesimi. Sul punto v. N. ROCCO DI TORREPADULA, *Il concordato preventivo*, in G. FAUCEGLIA – N. ROCCO DI TORREPADULA, *op. cit.*, pp.340-342; E. CARIA, *Giudizio di omologazione*, in G. FAUCEGLIA – L. PANZANI (diretto da), *op. cit.*, p.1741; A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve, op. cit.*, p.1030; M. VITIELLO, *Sub art. 180*, in G. LO CASCIO (diretto da), *Codice commentato del fallimento, cit.*, p.1583.

¹²⁶ Ante 2013, secondo la giurisprudenza di merito, il sindacato sulla fattibilità del piano è ricompreso nei controlli di regolarità e legittimità della proposta, effettuati d'ufficio dal Tribunale in tutte le fasi della procedura, compresa l'omologazione [così, ex multis, G. BOZZA, *op. cit.*, pp.189-190; G.B. NARDECCHIA, *Nuova proposta di concordato, istanza di fallimento, e poteri del tribunale in sede di*

La suddetta pronuncia della Cassazione a Sezioni Unite ha operato una distinzione tra fattibilità giuridica, di competenza del tribunale; e fattibilità economica, lasciata alla valutazione dei creditori. Per fattibilità giuridica, secondo la Suprema Corte, si intende il potere-dovere del tribunale di dichiararne l'inammissibilità qualora le *"modalità attuative risultino incompatibili con norme inderogabili"*, poste a tutela di interessi indisponibili; ma anche, la possibilità di indagare la causa del concordato, ovvero: l'idoneità del medesimo al raggiungimento dello scopo.

La fattibilità economica, invece, concerne una prognosi sulla possibilità che la stessa vada a buon fine e un giudizio di convenienza che, come già detto, diviene di competenza del giudice esclusivamente nell'ipotesi di "cram down"¹²⁷.

Per quanto riguarda, infine, la sussistenza di fatti rilevanti per la revoca ex art. 173, l. f., è opinione prevalente che il controllo del tribunale, in sede di giudizio di omologazione, vada esteso anche a questo aspetto¹²⁸.

Omologato il concordato, ai sensi dell'art. 67, comma 2, lett. e), l.f., tutti gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione dello stesso non sono soggetti ad azione revocatoria da parte del curatore nel caso di successivo fallimento e allo stesso tempo sono esenti, ex art. 217-bis, l.f., dai reati di bancarotta¹²⁹.

ammissione, in *Fall.*, 2011, pp.1457-1458; Corte d'Appello Bologna, 15 giugno 2009; Tribunale Perugia 6 novembre 2012]. Il tribunale, quindi, non deve sindacare il merito della proposta, ma semplicemente verificare che l'oggetto dell'accordo sia, quantomeno astrattamente, possibile. Secondo la giurisprudenza di legittimità, la fattibilità esula dal controllo (anche d'ufficio) del tribunale in sede di omologazione [Ex plurimis, Cass. 23 giugno 2011, n. 13817; Cass. 14 febbraio 2011, n. 3586; in dottrina, ex multis, M. FABIANI, *Art. 2221. Fallimento e concordato preventivo*, Vol. 2: Concordato preventivo, Bologna, 2014]. Un terzo orientamento, che potremmo definire intermedio (minoritario e di matrice esclusivamente dottrinale) sostiene che l'estensione del sindacato sarebbe differente a seconda della proposizione o meno di opposizioni; ovvero: nel primo caso, il tribunale potrebbe spingersi fino ad un controllo di legittimità sostanziale sulla proposta; altrimenti, il controllo dovrebbe limitarsi alla verifica delle sole condizioni di legittimità formali [Così, E. NORELLI, *Il giudizio di omologazione nel concordato preventivo*, in *Trattato di diritto delle procedure concorsuali*, diretto e coordinato da U. APICE, III, *Le altre procedure concorsuali. Reati fallimentari. Problematiche comunitarie e trasversali. Fallimento e fisco*, Torino, 2008, p.331].

¹²⁷ Cioè nel caso in cui tale convenienza venga contestata, nell'ambito di un'opposizione, da un creditore dissenziente appartenente ad una classe anch'essa dissenziente; ovvero, in caso di concordato senza classi, dai creditori dissenzienti che rappresentano il 20% dei crediti ammessi al voto.

¹²⁸ Così, Indagine OCI, commentata da M. FERRO – P. BASTIA – G.M. NONNO, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione – La soluzione negoziata della crisi di impresa: dalla domanda al piano all'attuazione operativa. I progetti aziendali e le scelte processuali*, Milano, 2013, pp.490-491.

¹²⁹ Le esenzioni in tema di revocatoria e bancarotta saranno riprese nel corso del Capitolo II.

Al fine di aumentare la competitività di detta procedura ma, al contempo, limitarne l'abuso, con il d.l. 83/2015, sono state introdotte importanti novità che hanno limitato la libera determinazione del debitore che chiede il concordato¹³⁰.

Infatti, è stata prevista la possibilità di *proposte concorrenti* da parte dei creditori, quando essi rappresentino almeno il 10% dei crediti e la proposta del debitore non preveda la soddisfazione di almeno il 40% dei crediti chirografari¹³¹.

Inoltre, con l'art. 2 del citato decreto, si è stabilito che se il piano concordatario comprende un'offerta da parte di un soggetto già individuato, avente ad oggetto l'acquisto a titolo oneroso, anche prima della omologazione, dell'azienda o di uno o più rami d'azienda o di specifici beni, il tribunale dispone la ricerca di interessati all'acquisto mediante l'apertura di un procedimento competitivo. Il debitore dovrà, quindi, modificare la proposta ed il piano di concordato in conformità all'esito della gara¹³².

Lo stesso decreto è intervenuto anche in materia di finanza interinale, prevedendo, nell'ipotesi di concordato preventivo con continuità, la facoltà di richiedere al giudice,

¹³⁰ Di cui si è già fatto accenno nel paragrafo 2.2. Sul punto, riguardo alle modifiche succedutesi nel tempo e fino alla riforma 2015, si rimanda a O. CAGNASSO E L. PANZANI (diretto da), *Crisi d'impresa, op. cit., passim*. Per i commenti in dottrina, a seguito di quest'ultima riforma si vedano, ex multis, S. AMBROSINI, *La disciplina della domanda di concordato preventivo nella "miniriforma" del 2015*, www.ilcaso.it, 2015; G. BOZZA, *Brevi considerazioni su alcune norme dell'ultima riforma*, in www.fallimentiesocieta.it, 2015; G. BENVENUTO, *Le modifiche apportate dalla procedura di concordato quale espressione dell'ottimismo della volontà*, in www.ilfallimentarista.it, 2015; F. LAMANNA, *La miniriforma (anche) del diritto concorsuale secondo il decreto "contendibilità e soluzioni finanziarie" n.83/2015: un primo commento*, in www.ilfallimentarista.it, 2015; M. FABIANI, *L'iperτροφica legislazione concorsuale fra nostalgie e incerte contaminazioni ideologiche*, in www.ilcaso.it, 2015; L. VAROTTI, *Appunti veloci sulla riforma 2015 della legge fallimentare*, *Ibid.*; L. PANZANI, *Osservazioni al disegno di legge n.3201 di conversione in legge del decreto- legge 27 giugno 2015, n.83, recante misure urgenti in materia fallimentare, civile e processuale civile e di organizzazione e funzionamento dell'amministrazione giudiziaria*, in *Nuovo dir. e soc.*, 2015, p.53 ss.

¹³¹ È il professionista che deve attestare il soddisfacimento della suddetta percentuale di creditori chirografari o, se trattasi di concordato con continuità aziendale ex art.186-bis, di almeno il 30% dei creditori chirografari.

¹³² Per un approfondimento sulle proposte e offerte concorrenti si veda L. PANZANI, *Le alternative al fallimento. Il concordato e gli accordi di ristrutturazione dopo il d.l. n.83/2015*, in O. CAGNASSO E L. PANZANI (diretto da), *op. cit.*, p.3123 ss- p.3463 ss e p.3365 ss; S. AMBROSINI, *Il nuovo diritto della crisi d'impresa: nella il d.l. 132/15 e prossima riforma organica*, Bologna, 2016, p.97 ss; M. RATTI, *Sub art. 163*, Ammissione alla procedura e proposte concorrenti, in AA. VV., *La nuova riforma del diritto concorsuale. Commento operativo sul d.l. 83/2015 conv. in l. 132/2015*, Torino, 2015, p.134 ss; *Id.*, *Sub art. 163 bis*, Offerte concorrenti, *Ibid.*, p.156 ss; G. BOZZA, *Le proposte e le offerte concorrenti*, in www.fallimentiesocieta.it, 2015.

sin dalla fase "prenotativa", l'autorizzazione a contrarre finanziamenti prededucibili urgenti e funzionali all'esercizio dell'attività¹³³.

Una variante all'avvio della procedura è data dal cosiddetto "concordato in bianco"¹³⁴, con cui l'imprenditore si limita a depositare il ricorso con la domanda di concordato congiuntamente ai bilanci degli ultimi tre esercizi e all'elenco nominativo dei creditori (con indicazione dei rispettivi crediti), riservandosi di depositare l'ulteriore documentazione in seguito. Il vantaggio offerto, in questo caso, al debitore, che beneficerà per un determinato periodo di tempo – variabile fra 60 e 120 giorni¹³⁵ – degli effetti "conservativi" ex art. 168, l.f., rimarca l'atteggiamento del legislatore, sempre più favorevole a soluzioni alternative al fallimento.

Preme evidenziare che il concordato preventivo, rispetto alle altre procedure "concordate", ha natura giudiziale, in quanto l'accordo viene a perfezionarsi con l'omologazione del tribunale e, da tale momento, diventa vincolante per tutti i creditori anteriori alla data di pubblicazione del ricorso (art. 184, 1° comma, l.f.), nel Registro delle Imprese¹³⁶.

La presenza del controllo giudiziale, seppur ridotto a seguito delle riforme, e la natura giudiziale dell'accordo rendono l'istituto *de quo* uno strumento sicuramente molto più garantista – tant'è che l'accordo vale anche per i creditori dissenzienti – ma anche più invasivo. Ciò fa sì che, molte volte e non sempre oculatamente, l'imprenditore tende a preferire le altre soluzioni alternative, che garantiscono una

¹³³ L.A. BOTTAI, *Sub art.182-quinquies, Disposizioni in tema di finanziamento e di continuità aziendale nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in AA.VV., *La nuova riforma del diritto concorsuale*, op. cit., p. 290 ss; S. AMBROSINI, *Il nuovo diritto della crisi d'impresa: nella il d.l. 132/15 e prossima riforma organica*, cit., p.118 ss.; L. PANZANI, *Le alternative al fallimento. Il concordato e gli accordi di ristrutturazione dopo il d.l. n.83/2015*, in O. CAGNASSO E L. PANZANI (diretto da), op. cit., p.3120 ss.

¹³⁴ Introdotto con il d.l. 21 giugno 2013, n. 69 (convertito in l. 9 agosto 2013, n. 98). Per un approfondimento in merito a tale istituto si rinvia a M. ARATO, *Il concordato preventivo con riserva*, in O. CAGNASSO E L. PANZANI (diretto da), *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, III, cit., p.3302 ss.

¹³⁵ Va precisato che entro il medesimo termine l'imprenditore può presentare una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis l.f. Di qui anche i dubbi sorti circa la natura di quest'ultimo accordo, di cui si dirà meglio nel § 5.2.

¹³⁶ È doveroso precisare che il concordato preventivo si discosta nettamente dal piano attestato di risanamento ma, al contrario, presenta numerose similitudini con gli accordi di ristrutturazione dei debiti.

maggior libertà operativa e celerità che, invece, non si hanno nel concordato preventivo: una procedura concorsuale vera e propria¹³⁷.

5.2. Gli accordi di ristrutturazione

L'accordo di ristrutturazione dei debiti, di cui all'art. 182-*bis* della legge fallimentare, è una procedura negoziale extragiudiziale, volta al risanamento dell'impresa in crisi.

Si è già fatto cenno nei paragrafi precedenti al diffondersi, negli anni '90, di soluzioni stragiudiziali della crisi che, sebbene dotati di evidenti vantaggi, presentavano altrettanti dubbi in merito sia alla loro liceità che alla garanzia e tutela all'interno degli stessi, con riguardo, soprattutto, ad eventuali azioni revocatorie o ai rischi penali in caso di mal riuscita dell'accordo e intervento del fallimento. Tutto ciò, certamente, dovuto al mancato riconoscimento di tali accordi da parte dell'ordinamento¹³⁸.

Con la riforma del 2005, finalmente, tali accordi stragiudiziali, ottennero una prima disciplina normativa; anche se in merito alla tutela accordata agli stessi, il legislatore ha inserito soltanto l'esenzione da revocatoria di cui all'art. 67, 3° comma, lett. e), l.f., dimenticandosi, invece e soprattutto degli altri rischi penali connessi¹³⁹.

Evitiamo, in questa sede, di analizzare in dettaglio ogni singola riforma succedutasi nel tempo, limitandoci ad accennare alle principali novità per una successiva analisi penale-fallimentare¹⁴⁰.

¹³⁷ Sul punto si rinvia a G. LOMBARDI – P.D. BELTRAMI, *I criteri di selezione della procedura*, op. cit., ove si rinviengono alcune considerazioni in merito alla procedura tenuto conto dei criteri da utilizzare per la scelta della procedura più idonea al risanamento.

¹³⁸ Vantaggi: assenza di schemi legali, sottrazione al controllo giudiziario (flessibilità, rapidità, riservatezza), possibilità di liberare risorse per soddisfare i creditori estranei (evitare il fallimento); svantaggi: perplessità sulla idoneità a tutelare interessi meritevoli di tutela ex art. 1322 c.c., assoggettabilità a revocatoria fallimentare, rischio di bancarotta preferenziale ed esposizione del patrimonio imprenditoriale alle azioni esecutive individuali. - Sul punto v. M. FABIANI, op. cit., p.683 ss.

¹³⁹ A. ZORZI, *Il finanziamento alle imprese in crisi e le soluzioni stragiudiziali*, in *Giur. comm.*, fasc. 6, 2009, p.1236.

¹⁴⁰ Per una rassegna esaustiva delle riforme operate in merito agli accordi di ristrutturazione si rinvia a L. DE ROSA – A. RUSSO – L. ARTONI – G. DI STASIO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, 2014, passim.; A. COPPOLA, *L'accordo di ristrutturazione dei debiti*, in AA.VV., *Il nuovo concordato preventivo, dallo stato di crisi agli accordi di ristrutturazione*, Milano, 2005, p.275 ss; C. D'AMBROSIO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in AA.VV., *Fallimento e altre procedure concorsuali*, G. FAUCEGLIA – L. PANZANI (diretto da), III, Torino, 2009, p.1799 ss; A. DI MAJO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti*, in L. GHIA – C. PICCININNI – F. SEVERINI, *Trattato delle procedure concorsuali*, 4, Torino, 2011, p.661 ss; M. FERRO,

Una prima ed importante innovazione riguarda l'attuabilità dell'accordo: non è più necessario il pagamento *regolare* dei creditori, ma il loro pagamento *integrale*, consentendo così di estendere gli effetti dell'accordo anche ai creditori estranei allo stesso.

In coerenza con i principi riformatori dell'ultimo decennio, viene incentivata l'erogazione della finanza interinale, riconoscendone la prededuzione in caso di successivo fallimento¹⁴¹.

Sotto l'aspetto più propriamente penale, gli accordi ex art. 182-*bis* vengono inseriti all'interno del perimetro d'azione dell'esenzione di cui all'art. 217-*bis*, estendendovi la responsabilità del professionista attestatore¹⁴².

Infine, con il d.l. n.83/2015, sono state introdotte disposizioni *ad hoc* per le crisi d'impresa con debiti, in misura non inferiore alla metà dell'indebitamento complessivo, verso le banche e gli intermediari finanziari (art. 182-*septies*, l.f.)¹⁴³.

Nonostante la normativa sull'accordo di ristrutturazione sia collocato nello stesso

Sub art.182 bis L. fall., in M. FERRO (a cura di), *La legge fallimentare. Commentario teorico- pratico*, 2° ed., Padova, 2013, p.2111 ss.

¹⁴¹ L. GUGLIELMUCCI, *op. cit.*, p.351. Inerentemente ai rischi penali dei c.d. finanziamenti ponti e più in generale della nuova finanzia all'interno delle soluzioni concordate della crisi si rinvia al terzo capitolo del seguente elaborato.

¹⁴² Sul punto v. I.L. NOCERA, *Speciale decreto sviluppo – I "nuovi " accordi di ristrutturazione dei debiti: ruolo del professionista e trattamento dei creditori estranei*, in *www.ilfallimentarista.it*, 2012. – Per un'analisi della fattispecie penale si rimanda al Capitolo II.

¹⁴³ In tal caso l'accordo può individuare una o più categorie tra i creditori che abbiano fra loro posizione giuridica e interessi economici omogenei; e il debitore può chiedere che gli effetti dell'accordo vengano estesi anche ai creditori non aderenti che appartengano alla medesima categoria, se: i) tutti i creditori della categoria sono stati informati dell'avvio delle trattative e sono stati messi in condizione di parteciparvi in buona fede; ii) i crediti delle banche e degli intermediari finanziari aderenti rappresentano il 75% dei crediti della categoria. Ma, in nessun caso, ai creditori non aderenti possono essere "imposti" l'esecuzione di nuove prestazioni e/o erogazione di nuovi finanziamenti. Ed inoltre l'art. 10, del citato decreto 83/2015, è intervenuto anche sul lato penale, introducendo per lo specifico caso in esame, la reclusione da 1 a 5 anni per l'imprenditore che al solo scopo di ottenere l'omologazione di un accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari, si attribuisce attività inesistenti, ovvero, per influire sulla formazione delle maggioranze, abbia simulato crediti in tutto o in parte inesistenti, ex art. 236, l.f. – Sul punto B. INZITARI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in O. CAGNASSO E L. PANZANI (diretto da), *op. cit.*, pp.3264-3275; S. AMBROSINI, *Il nuovo diritto della crisi d'impresa*, *op. cit.*, p.124-128; C.L. APPIO, *Prime riflessioni in tema di accordi di ristrutturazione del debito ex art. 182 septies fra ragioni creditorie e principio consensualistico*, in *www.ilcaso.it*; A. BOMBARDELLI, *Sub art.182 septies, Accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria*, in AA.VV., *La nuova riforma del diritto concorsuale*, *op. cit.*, p.304 ss; B. INZITARI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in O. CAGNASSO E L. PANZANI (diretto da), *op. cit.*, pp.3264-3266; cfr. L.M. QUATTROCCHIO, *L'accordo di ristrutturazione dei debiti e la convenzione moratoria: la disciplina*, in *www.ildirittodegliaffari.it*, 2015.

titolo del concordato preventivo, a differenza di quest'ultimo, tale istituto non costituisce una procedura concorsuale¹⁴⁴. Infatti: esso si svolge senza intervento di organi giudiziari¹⁴⁵, sebbene necessiti dell'omologa da parte del tribunale; l'imprenditore-debitore non subisce alcun tipo di spopolamento¹⁴⁶ o limitazione alla propria autonomia negoziale; non determina l'apertura del concorso dei creditori sul patrimonio, né vi sono organi che li rappresentano; e, soprattutto, a differenza di una procedurale concorsuale, qual è il concordato preventivo, ha efficacia vincolante solo nei confronti di coloro che vi aderiscono e non dell'intero ceto creditorio.

¹⁴⁴ La dottrina maggioritaria, infatti, tende ad escludere l'istituto dall'ambito delle procedure concorsuali. Dottrina e giurisprudenza maggioritarie qualificano gli accordi di ristrutturazione dei debiti come istituti autonomi rispetto al concordato preventivo e alle altre procedure concorsuali; in tal senso, in dottrina si v. M. FABIANI, *Il regolare pagamento dei creditori estranei negli accordi di cui all'art.182 bis legge fallim.*, in *Foro.it*, 2006, 9, pt.1, pp.2564-2568; G. GIANNELLI, *Concordato preventivo, accordi di ristrutturazione dei debiti, piani di risanamento dell'impresa nella riforma delle procedure concorsuali. Prime riflessioni in diritto*, in *Dir. Fall.*, 2005, I, p. 1156; L. PANZANI, *Il D.Lgs 35/2005 e la riforma del diritto fallimentare*, in *fallimento.ipsoa.it*, 13 aprile 2005, oppure in *Atti di Convegno sul "La riforma del diritto fallimentare"*, 6 luglio 2005, p. 10. In giurisprudenza Trib. Bari 21 novembre 2005, in *Fall.*, 2005, p. 169 con nota di G. PRESTI, *L'art. 182-bis al primo vaglio giurisprudenziale*, e in *Foro It.*, 2006, I, p. 263, con nota di M. FABIANI, *L'incerta via alla "regorganization"*; oppure in *Dir. Fall.*, 2006, II, p. 536, con nota di A. CAIAFA, *Accordi di ristrutturazione dei debiti: natura giuridica e giudizio di omologazione*.

La tesi minoritaria, contrariamente, considera gli accordi di ristrutturazione dei debiti come ipotesi "semplificate" del concordato preventivo; in tal senso, G. GASPARONI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Pratica fiscale professionale*, 2006, 12, p. 36; P. VALENSISE, *Accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *La Riforma della Legge Fallimentare*, a cura di A. NIGRO – M. SANDULLI, 2006, pp.1088 ss.; S. D'AMORA, *Note esegetiche sul nuovo concordato preventivo e le procedure di ristrutturazione dei debiti*, in *studi e ricerche*, *Tribunaledimilano.it*, 2005; M. FERRO, *art. 182-bis, la nuova ristrutturazione dei debiti*, in *Il nuovo diritto delle società di capitali*, 2005, p.48 ss; M.R. GROSSI, *La riforma della legge fallimentare*, 2006, p.333; G. VERNA, *Sugli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis L.Fall.*, in *Dir. Fall.*, 2005, I, p. 865.

¹⁴⁵ Tuttavia bisogna anche notare come l'assenza di un pervasivo controllo giurisdizionale e di una tutela duratura contro le iniziative di singoli creditori estranei all'accordo (c.d. *free riders*) sia compensato dall'esenzione dalla revocatoria fallimentare degli atti esecutivi di un piano idoneo a consentire il "risanamento dell'esposizione debitoria" e il "riequilibrio della situazione finanziaria" (art. 67, co. 3, lett. e, l.f.).

¹⁴⁶ Nel concordato, invece, vi è uno spopolamento c.d. attenuato (art.167 l.f.); il debitore conserva l'«amministrazione dei suoi beni» e l'«esercizio dell'impresa» ma compie gli atti di ordinaria amministrazione sotto la vigilanza del CG; e quelli di straordinaria amministrazione sotto la vigilanza del commissario giudiziale e previa autorizzazione del giudice delegato.

Sui rapporti tra concordato preventivo, l'accordo di ristrutturazione dei debiti e le procedure concorsuali in generale, si veda M. FABIANI, *op. cit.*, p.685 ss; cfr. G. LO CASCIO, *Crisi delle imprese, attualità normative e tramonto della tutela concorsuale*, in *Fall.*, 2013, 1, pp.5-20; L. GUGLIEMUCCI, *op. cit.*, p.349 ss.; nonché B. INZITARI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in O. CAGNASSO E L. PANZANI (diretto da), *op. cit.*, p.3222.

Passando all'aspetto procedurale, si rileva che i presupposti, sia soggettivo che oggettivo, sono i medesimi del concordato preventivo¹⁴⁷.

Allo stato attuale, infatti, può richiedere l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti l'imprenditore fallibile, ex art. 1, l.f., che versi in uno stato di crisi, purché lo stesso sia stipulato con creditori che rappresentino almeno il 60% del totale dei debiti ed assicurati, comunque, l'integrale pagamento dei creditori che non abbiano aderito all'accordo, entro centoventi giorni dall'omologazione – in caso di crediti già scaduti – oppure dalla loro scadenza – nel caso non siano ancora scaduti.

La veridicità dei dati aziendali, nonché la fattibilità dell'accordo, dovrà essere attestata – con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei all'accordo – da un professionista qualificato, il quale, come già detto, è responsabile, anche penalmente, delle proprie attestazioni¹⁴⁸.

La procedura consta di una fase stragiudiziale – ove debitore e creditori, in completa autonomia, raggiungono un accordo su *an* e *quantum* da pagare¹⁴⁹ – e di una fase giudiziale, in cui l'accordo – pubblicato nel Registro delle Imprese al fine di consentire anche eventuali opposizioni – è sottoposto alla procedura di omologazione da parte del tribunale¹⁵⁰.

¹⁴⁷ Per approfondimenti in merito ai presupposti si veda S. AMBROSINI – P.G. DEMARCHI, *Il nuovo concordato preventivo*, op. cit., p.189 ss; M. FABIANI, op. cit., pp.687-688; N. ROCCO DI TORREPADULA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in F. FAUCEGLIA – N. ROCCO DI TORREPADULA, op. cit., p.347 ss.; S. BONFATTI – P.F. CENSONI, op. cit., pp.553-559; S. AMBROSINI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla "miniriforma" del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n.134*, Bologna, 2012, p.9-13.

¹⁴⁸ In merito alla figura del professionista va precisato che la legge, all'inizio, non forniva una disciplina esaustiva né in merito alle caratteristiche del medesimo, né vi attribuiva responsabilità. Sul punto, e per una ricostruzione storica dell'evoluzione della normativa a riguardo, si veda M. FABIANI, op. cit., pp.697-699; veda S. AMBROSINI – P.G. DEMARCHI, *Il nuovo concordato preventivo*, op. cit., p.191 ss; B. INZITARI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in O. CAGNASSO E L. PANZANI (diretto da), op. cit., passim.; I.L. NOCERA, *Speciale decreto sviluppo- I "nuovi" accordi di ristrutturazione dei debiti*, in www.ilfallimentarista.it, 2012.

¹⁴⁹ In merito al contenuto dell'accordo si vedano S. BONFATTI – P.F. CENSONI, op. cit., pp.560-562; N. ROCCO DI TORREPADULA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in F. FAUCEGLIA – N. ROCCO DI TORREPADULA, op. cit., pp.351-352;

¹⁵⁰ S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in G. COTTIMO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, XI, p.178 ss; C. D'AMBROSIO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in G. FAUCEGLIA – L. PANZANI (diretto da), *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*,

Anche in questo caso, si è molto dibattuto su quale fosse il perimetro del giudizio del tribunale in sede di omologa¹⁵¹: se solo formale o anche di merito.

Per una parte della dottrina, il giudizio di omologazione sarebbe dovuto essere anche sostanziale qualora vi fossero stati gravami; altrimenti, poteva essere circoscritto alla sola verifica formale delle prescrizioni di cui all'art. 161, l.f.¹⁵². Altri autori, invece, sostenevano che questa fosse una distinzione limitativa delle prerogative giudiziali, che non trovava alcun riscontro nel dettato della legge e, perciò, il giudizio sarebbe dovuto essere sempre lo stesso, a prescindere dalla presenza o meno di opposizioni¹⁵³.

Oggi, la tesi maggioritaria sostiene che la verifica del tribunale investe certamente gli elementi che sono presupposto dell'accordo, enunciati al 1° comma dell'art. 182-*bis*¹⁵⁴; e precisa che il rinvio all'art. 161, in esso contenuto, è circoscritto alla documentazione e non al contenuto dell'attestazione del professionista.

Tuttavia, la giurisprudenza maggioritaria sostiene che, in ogni caso, nel giudizio di attuabilità dell'accordo è implicita una valutazione sull'affidabilità dei dati contabili utilizzati, ma non necessariamente sulla loro veridicità¹⁵⁵: non si tratta di indagare nel merito l'accordo, quanto piuttosto sull'idoneità a svolgere la propria funzione¹⁵⁶.

Con l'omologazione l'accordo è esente da revocatoria fallimentare – per i pagamenti,

Torino, 2009, p.1999 ss; B. INZITARI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in O. CAGNASSO E L. PANZANI (diretto da), *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, cit., p.3240 ss; M. FABIANI, *op. cit.*, p.699 ss.

¹⁵¹ Problema che, a differenza del concordato, non si pone nella fase antecedente all'omologa, appunto perché l'accordo interviene tra le parti senza l'ausilio di alcun organo giudiziale.

¹⁵² Cfr, S. AMBROSINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella nuova legge fallimentare: prime riflessioni*, in *Fall.*, 2005, p.949; G. FAUCEGLIA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella l. n. 80/2005*, in *Fall.*, 2005, p.1451; C. PROTO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Fall.*, 2006, p.138.

¹⁵³ M. FERRO, *Art. 182 bis, la nuova ristrutturazione dei debiti*, in *Nuovo dir. soc.*, 2005, 61; P. VALENSISE, *sub art. 182 bis*, in A. NIGRO – M. SANDULLI (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, 2, Torino, 2006, p.1102. In giurisprudenza v. Trib. Milano, decr., 23 gennaio 2007, in *Fall.*, 2007, p.701; contra, più recente, Trib. Milano, 10 novembre 2009, in *Foro.it*.

¹⁵⁴ Vale a dire: la documentazione ex art. 161 l.f., l'adesione almeno del 60% dei crediti e, infine, la relazione del professionista sull'attuabilità dell'accordo, con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei creditori rimasti estranei.

¹⁵⁵ Sul punto v. B. INZITARI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in O. CAGNASSO E L. PANZANI (diretto da), *op. cit.*, p.3241 ss.

¹⁵⁶ Cfr. Trib. Milano, 18 luglio 2009, in *Dir. Fall.*, 2011, II, p.158; in dottrina si veda A. PATTI, *Crisi d'impresa e ruolo del giudice*, Milanofiori, 2009, *passim*.

Quanto poi al caso di opposizione, non vi sono dubbi che il tribunale possa sindacare l'attuabilità dell'accordo che emerge dalle censure dell'opponente.

gli atti e le garanzie poste in esecuzione del medesimo – e dai reati di bancarotta semplice e preferenziale¹⁵⁷.

Si può, quindi, affermare che l'accordo tra debitore e creditori è sì frutto di una manifestazione dell'autonomia privata, ma è pure una manifestazione di una volontà negoziale¹⁵⁸.

Per completezza, si rileva che non è necessario che l'accordo di ristrutturazione dei debiti debba prevedere anche un piano di risanamento dell'impresa, poiché l'obiettivo dell'accordo rimane la ristrutturazione dei debiti; né che venga rispettata la regola della *par condicio creditorum*, in quanto la natura negoziale dell'accordo consente un trattamento differenziato tra creditori, anche se – a differenza del concordato – abbiano la medesima posizione giuridica ed economica¹⁵⁹; inoltre, l'esecuzione del piano non è formalizzata dal dettame normativo, tant'è che anche in questa fase non è prevista la presenza ed il controllo di organi giudiziari; infine, ai sensi dell'art. 182-*bis*, 3° comma, l.f., dalla data della pubblicazione sul Registro delle Imprese e per i successivi 60 giorni, i creditori, con 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, con la possibilità di anticipare tale effetto inibitorio, al fine di preservare il patrimonio, già nella fase antecedente delle trattative¹⁶⁰.

¹⁵⁷ Sebbene l'argomento verrà ampiamente trattato nel capitolo successivo, è opportuno anticipare alcune perplessità sorte in merito all'art.67, 3° c., l.f., ovvero: se siano esenti anche gli atti, pagamenti, ect., posti in essere prima dell'omologa ma dopo la pubblicazione nel registro delle imprese [soluzione preferibile; sul punto G. PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in S. AMBROSINI (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, Bologna, 2006, p.402; A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve*, cit., p.1079; A. NIGRO – D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese: le procedure concorsuali*, Bologna, 2012, p.386; P. MARANO, *Sub art.182 bis*, in F. SANTANGELI (a cura di), *Il nuovo diritto fallimentare*, Milano, 2006, p.787]; se la irrevocabilità si riferisca solo ai creditori aderenti o anche a quelli estranei [sul punto v. E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione*, Padova, 2009, p.172; V. ROPPO, *Profili strutturali e funzionali dei contratti di «salvataggio» (o di ristrutturazione dei debiti d'impresa)*, in *Dir. Fall.*, 2008, I, p.386; contra v. E. GABRIELLI, *Autonomia privata e accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Id.*, *Contratto, mercato e procedure concorsuali*, Torino, 2006, p.303].

¹⁵⁸ Così B. INZITARI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in O. CAGNASSO E L. PANZANI (diretto da), *Crisi d'impresa*, op. cit., p.3245.

¹⁵⁹ Vedi § 5.1

¹⁶⁰ Ex art.182 bis, 6° comma; dimostrando però che le stesse siano in corso con almeno il 60% del ceto creditorio e che in ogni caso verrà assicurato il pagamento integrale dei restanti estranei; corredata comunque da una relazione del professionista. V. M. FABIANI, op. cit., pp.693-695; B.

Da questo breve sunto possiamo affermare che, rispetto al concordato, l'accordo ex art.182-*bis*, l.f., è uno strumento sicuramente più duttile e flessibile, con riguardo ai tempi di realizzazione ed esecuzione dello stesso e alla autonomia di contrattazione lasciata alle parti; e più garantista, per quanto attiene alla riservatezza.

Tali peculiarità unitamente al riconoscimento giuridico da parte dell'ordinamento hanno fatto sì che l'istituto in parola avesse un discreto successo, quale strumento idoneo al superamento dello stato di crisi dell'impresa, anche se, come vedremo più avanti, la normativa penale rimane ancora insoddisfacente, creando numerose zone d'ombra, in caso di successivo fallimento.

5.3. I piani attestati di risanamento

Tra le soluzioni concordate della crisi va annoverato, da ultimo, il c.d. *piano attestato di risanamento*, ex art. 67, 3° comma, lett. *d*), l.f.¹⁶¹.

Non si può considerare né una procedura concorsuale, né un procedimento, mancando qualsiasi intervento dell'autorità giudiziaria, sia nella fase di formazione del piano che in quella esecutiva. Tutt'al più, come si dirà più avanti, potrà esserci solo un controllo successivo.

Introdotta per la prima volta con la riforma del 2005, all'interno dell'efficacia esonerativa da revocatoria e, dal 2010, dal rischio penale di bancarotta, manca tuttora di una disciplina di diritto positivo.

La mancanza di norme che definiscono la struttura del piano o, per meglio dire, il fatto di non essere procedimentalizzato, mette in risalto l'enorme (forse eccessiva) autonomia negoziale di cui l'istituto gode. Il legislatore, infatti, si è limitato a fissare gli obiettivi, lasciando alle parti la scelta dei mezzi, modi e tempi necessari per ristabilire l'equilibrio finanziario¹⁶².

INZITARI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in O. CAGNASSO E L. PANZANI (diretto da), *op. cit.*, p.3248-3252.

¹⁶¹ La nozione di "piano" la si ritrova già in materia societaria, precisamente nell'art. 2381, 3° comma, c.c.; tant'è vero che il piano attestato rientra tra quelli menzionati dal anzidetto articolo. Sul punto v. M. TERENGI, *I piani di risanamento dopo le modifiche: hanno ancora un futuro?*, in *www.ilfallimentarista.it*, 2012, pp.2-8.

¹⁶² Sul punto M. FABIANI, *op. cit.*, p. 717 ss.

Le modifiche ed integrazioni succedutesi nel tempo, dapprima nel 2007 – con cui il legislatore ha solamente specificato quale fosse la categoria di soggetti autorizzati alla redazione dell’attestazione¹⁶³ – e successivamente, con la legge 7 agosto 2012, n.134 – che ha sostituito integralmente la lettera d) di cui al 3° comma dell’art. 67, l.f.¹⁶⁴, definendo compiutamente, in risposta ai dubbi sollevati in dottrina ed in giurisprudenza, i requisiti¹⁶⁵ di indipendenza e terzietà del professionista attestatore¹⁶⁶ – con riguardo alla procedura, non hanno apportato alcuna novità rispetto all’impianto iniziale del 2005, se non la facoltà concessa al debitore di richiedere la pubblicazione del piano nel Registro delle Imprese.

Di fatto, l’autonomia delle parti è rimasta inalterata e senza alcun limite o controllo da parte dell’organo giudiziale.

L’attuale testo della lett. d) prevede: *«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*

¹⁶³ “[...] attestata da un professionista iscritto nel registro dei revisori contabili e che abbia i requisiti previsti dall’art. 28, lett. a) e b) ai sensi dell’art. 2501 bis, 4° comma, cod. civ.”.

¹⁶⁴ Per un approfondimento sulla riforma si veda M. TRENCHI, *I piani di risanamento dopo le modifiche: hanno ancora un futuro?, cit.*; F. D’ANGELO, *I piani attestati ex art. 67, terzo comma, lett. d), l. fall.: luci e ombre a seguito del decreto sviluppo*, in *Giur. comm.*, fasc.1, 2014, p.74.

¹⁶⁵ Secondo G. MEO, *I piani "di risanamento" previsti dall’art. 67. L. fall.*, in *Giur. Comm.*, 2011, I, p.30, i requisiti previsti per il professionista attestatore si giustificano sulla base del fatto che il giudizio di ragionevolezza richiesto presuppone una conoscenza sia in ambito economico- aziendale sia in ambito giuridico, in modo da poter comprendere e valutare complessivamente il piano.

¹⁶⁶ Cfr. P.G. DEMARCHI – C. GIACOMAZZI, *I piani attestati ex art.67 l. fall.*, in O. CAGNASSO E L. PANZANI (diretto da), *op. cit.*, p.3169 ss.

agli organi di amministrazione o di controllo; il piano può essere pubblicato nel registro delle imprese su richiesta del debitore».

Come si evince dalla lettera della norma vigente, il legislatore si è concentrato essenzialmente sulla figura del professionista attestatore: preoccupandosi di definirne i requisiti professionali, di indipendenza e terzietà; attribuendo a lui soltanto la responsabilità riguardo l'idoneità¹⁶⁷ del piano, anche solo potenziale, al risanamento dell'impresa e la sua concreta fattibilità¹⁶⁸, tenendo conto di tutte le circostanze di fatto in cui il piano dovrà attuarsi¹⁶⁹; stabilendo che la sua designazione spetta esclusivamente al debitore¹⁷⁰.

La finalità della norma è quella di agevolare il risanamento, salvaguardando le risorse economiche e occupazionali dell'impresa, invogliando i creditori con l'effetto premiale dell'esenzione da revocatoria¹⁷¹. Tale esenzione, inoltre, va ad eliminare la principale fonte di instabilità dei rapporti con l'imprenditore¹⁷², che era il maggior ostacolo alla partecipazione dei terzi al risanamento¹⁷³.

¹⁶⁷ "Appaia idoneo": l'utilizzo del verbo apparire ha suscita qualche perplessità; esso, comunque, sembra volto appositamente a orientare l'interprete in merito al giudizio da formularsi con una prognosi ex ante in caso di inidoneità del piano, e non a posteriori. Cfr. D. GALLETTI, *I piani di risanamento e di ristrutturazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 04, p.1195; conf. S. FORTUNATO, *L'incerta riforma della legge fallimentare*, in *Corriere giur.*, 2005, p.600.

¹⁶⁸ La fattibilità ha sostituito il precedente concetto di *ragionevolezza*.

¹⁶⁹ "Idoneità e fattibilità non sono altro che due facce della stessa medaglia", così P.G. DEMARCHI E C. GIACOMAZZI, *I piani attestati ex art.67 l. fall.*, in O. CAGNASSO E L. PANZANI (diretto da), *op. cit.*, p. 3180 ss.

¹⁷⁰ La dottrina, invece, riteneva maggiormente appropriata la nomina giudiziale. Sul punto si veda A. JORIO, *I piani di risanamento: chi nomina l'esperto?*, in *Giur. comm.*, 2009, 1, p.174. Contra si veda Trib. Milano, 16 luglio 2008, in *Giur. comm.*, 2009, p.174; Trib. Brescia, 3 agosto 2008, in *Riv. commercialisti*, 2008, 6, p.1237, con nota di C. FRANZI, il quale, ancor prima della modifica del 2012, sosteneva che la nomina spettasse all'imprenditore.

¹⁷¹ Sul punto G. GUERRIERI, *Il controllo giudiziale sui piani attestati*, in *Giur. comm.*, 2012, 03, p.385, secondo cui il legislatore, con le riforme del 2005 e 2010, ha "incentivato" i piani di risanamento, sia con l'esenzione da revocatoria, sia per i reati di bancarotta semplice e preferenziale, nella convinzione che il numero di piani di successo, e quindi di uscita dell'impresa dalla crisi, avrebbe compensato ciò che si perde, in termini di par condicio, in caso di insuccesso del piano.

¹⁷² Cfr. C. D'AMBROSIO, *Sub art. 67*, in A. JORIO – M. FABIANI (diretto e coordinato da), *Il nuovo diritto fallimentare*, Bologna, 2006, p.986; C. FRANZI, *L'azione revocatoria nella nuova legge fallimentare. L'intervento riformatore e sua applicabilità*, in *Riv. commercialisti*, 2008, 6, p.1238

¹⁷³ Per un approfondimento sugli scopi perseguiti dalla norma si veda S. BONFATTI, *Gli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievole ai creditori. Atti a titolo oneroso, pagamenti e garanzie*, in G. FAUCEGLIA – L. PANZANI (diretto da), *Il fallimento e altre procedure concorsuali*, Torino, 2009, p.604 ss.

Al contrario di quanto sostiene parte della dottrina, l'esonazione in commento ha natura oggettiva¹⁷⁴. Non è l'eliminazione dello stato di crisi ad essere meritevole di tutela, quanto piuttosto coloro i quali hanno aderito al piano, nel tentativo di risanamento dell'impresa, salvo in caso di malafede¹⁷⁵.

Il piano attestato è un atto unilaterale assimilabile ad un atto gestorio e, infatti, i suoi effetti sono limitati a coloro che vi partecipano¹⁷⁶.

Quanto al presupposto soggettivo, dal tenore letterale della norma, in teoria, l'istituto potrebbe essere utilizzato anche da soggetti non fallibili ma, in concreto, il suo utilizzo anche da parte di costoro risulterebbe ultroneo¹⁷⁷.

Dibattuto è anche il presupposto oggettivo; ovvero, se possa accedervi solo l'imprenditore in stato di crisi o anche colui che è già in stato di insolvenza. La formulazione della norma fa propendere per uno stato di crisi economico-finanziaria che sia ancora reversibile; anche in ragione del fatto che l'obiettivo perseguito è il risanamento dell'impresa¹⁷⁸.

Infine, un'altra questione dibattuta in dottrina riguarda la possibilità di inserire il piano attestato all'interno di una liquidazione *in bonis*. Secondo alcuni, tenendo conto dei principi ispiratori del legislatore degli ultimi anni, che ha riconosciuto la valenza economica e sociale dell'impresa, questa soluzione non può avere finalità liquidatorie¹⁷⁹; secondo altri, invece, tale opzione può essere "utilizzabile", anche se solo nella fase di esercizio provvisorio¹⁸⁰; altri ancora, ne sostengono la praticabilità,

¹⁷⁴ Cfr. A. JORIO, *Il fallimento*, in G. COTTIMO, Trattato di diritto commerciale, *cit.*, p.420

¹⁷⁵ Sul punto C. D'AMBROSIO, Sub *art. 67*, in A. JORIO – M. FABIANI (diretto e coordinato da), *op. cit.*, p.993.

¹⁷⁶ Si veda P.G. DEMARCHI – C. GIACOMAZZI, *I piani attestati ex art.67 l. fall.*, in O. CAGNASSO E L. PANZANI (diretto da), *op. cit.*, p. 3172.

¹⁷⁷ Alcuni autori affermano che per gli imprenditori non fallibili l'interesse potrebbe risiedere nell'esonazione da revocatoria ordinaria. Sul punto S. BONFATTI, *La revocatoria: pagamenti, garanzie contestuali, esenzioni*, in L. PANZANI (diretto da), *Il fallimento e le altre procedure concorsuali, cit.*, p.209 ss.

¹⁷⁸ Sul punto P.G. DEMARCHI – C. GIACOMAZZI, *I piani attestati ex art.67 l. fall.*, in O. CAGNASSO E L. PANZANI (diretto da), *op. cit.*, pp.3185-3186.

¹⁷⁹ Ex multis, M. FABIANI, *Diritto fallimentare. Un profilo organico*, Bologna, 2011; A. JORIO, *Gli accordi di ristrutturazione e i piani di risanamento*, in AA.Vv., *Le soluzioni concordate della crisi d'impresa*, Torino, 2007.

¹⁸⁰ S. SANZO, *Il piano di risanamento attestato*, in *Giur. it.*, 2010, p.2478.

basandosi sull'assunto che la programmazione liquidatoria non è dissimile da quella della gestione corrente¹⁸¹.

In ogni caso, il piano deve avere la forma scritta e data certa, così da poter essere opponibile ai terzi, in caso di fallimento, ma anche per scongiurare attività in frode degli altri interessati¹⁸².

Poiché la legge non disciplina il contenuto del piano, per la redazione del *business plan* si è fatto ricorso alle linee guida della prassi aziendalistica¹⁸³.

Come già detto, l'Istituto rappresenta una soluzione di composizione della crisi, rimessa totalmente all'autonomia privata; il piano diviene "attestato" con la relazione del professionista¹⁸⁴, non essendo prevista una fase di omologa.

Tuttavia, un controllo giudiziale potrebbe verificarsi a posteriori, in caso di fallimento. È solo in questo momento che si potrebbe sindacare il piano, in ragion del fatto che sia derogatorio della *par condicio creditorum*, e quindi vi potrebbe essere interesse a dichiararne l'inidoneità¹⁸⁵. Ecco allora che, di nuovo, si è posto il problema dell'estensione del sindacato giudiziale.

Se in dottrina è assodato che il giudice debba valutare gli aspetti formali del piano e dell'attestazione, anche con riguardo ai requisiti professionali e di indipendenza richieste all'esperto; più controversa, invece, appare la questione relativa al controllo

¹⁸¹ P. Montalenti, *Struttura e contenuti dei piani di risanamento e dei progetti di ristrutturazione nel concordato preventivo e negli accordi di composizione stragiudiziale delle situazioni di crisi*, in S. Bonfatti- G. Falcone (a cura di), *Le nuove procedure concorsuali per la prevenzione e la sistemazione delle crisi di impresa*, Milano, 2006.

¹⁸² A. Jorio, *Il fallimento*, in Tratt. Cottimo, p.443 ss; L. Mandrioli, *Struttura e contenuti dei piani di risanamento e dei progetti di ristrutturazione nel concordato preventivo e negli accordi di composizione stragiudiziale delle situazioni di crisi*, in S. Bonfatti- G. Falcone (a cura di), *Le nuove procedure concorsuali per la prevenzione e la sistemazione delle crisi di impresa*, Milano, 2005, p.514; P.G. Demarchi e C. Giacomazzi, *I piani attestati ex art.67 l. fall.*, in O. Cagnasso e L. Panzani (diretto da), *op. cit.*, p.3187.

¹⁸³ P.G. Demarchi e C. Giacomazzi, *I piani attestati ex art.67 l. fall.*, in O. Cagnasso e L. Panzani (diretto da), *op. cit.*, p.3189. Si vedano anche, per un maggiore approfondimento, "Le linee guida per la redazione del business plan", pubblicazione del CNDCE, maggio 2011.

¹⁸⁴ In merito alla figura del professionista si dirà più approfonditamente nel capitolo 2, ove verrà trattata la relativa fattispecie penale di cui all'art.236 bis. Intanto per un approfondimento su tale figura in merito ai piani attestati si rimanda a P.G. Demarchi e C. Giacomazzi, *I piani attestati ex art.67 l. fall.*, in O. Cagnasso e L. Panzani (diretto da), *op. cit.*, p.3195 ss.

¹⁸⁵ Non pare possibile una contestazione preventiva, poiché l'interesse dei terzi diventa attuale solo in caso di intervenuto fallimento. Sul punto *Ibid.*, p.3214.

giudiziale sul merito¹⁸⁶. In base all'attuale formulazione normativa e data la funzione dell'istituto, salvo frode o manifesta inidoneità del piano, non pare che il giudice possa sindacare nel merito il contenuto dello stesso¹⁸⁷; anche perché, diversamente, come osservato da parte della dottrina, si andrebbe a svilire la funzione dell'attestazione del professionista, rendendola niente di più che una consulenza a favore di terzi¹⁸⁸.

¹⁸⁶ Secondo A. Jorio, in S. Ambrosini- G. Cavalli- A. Jorio, *Il fallimento*, in G. Cottimo, *Trattato, op. cit.*, p.441, la sola attestazione del professionista non possa vincolare il sindacato del giudice.

¹⁸⁷ Si veda G. MEO, *I piani "di risanamento" previsti dall'art. 67. L. fall.*, in *Giur. Comm.*, 2011, 01, p.30; G. GUERRIERI, *Il controllo giudiziale sui piani attestati*, in *Giur. comm.*, 2012, 03, p.385.

¹⁸⁸ P.G. DEMARCHI – C. GIACOMAZZI, *I piani attestati ex art.67 l. fall.*, in O. CAGNASSO E L. PANZANI (diretto da), *op. cit.*, p.3210 ss.

Capitolo II

I nuovi strumenti e le responsabilità penali nelle procedure di risanamento

Sommario: **1.** Luci e ombre delle riforme: i riflessi penali – **2.** L'azione revocatoria: inquadramento generale – **2.1.** Le esenzioni ex art. 67, 3° comma, l.f. – **2.2.** I mutati rapporti tra revocatoria e bancarotta: dottrina e giurisprudenza a confronto – **3.** L'art. 217 *bis* Legge Fallimentare – **3.1.** La natura giuridica della norma – **3.2.** I presupposti di operatività della norma – **3.2.1.** I pagamenti e le operazioni esentate – **3.2.2.** Le fattispecie penali esentate – **3.2.3.** La (eventuale) rilevanza della componente dimensionale – **3.3.** Le operazioni non revocabili ex art 67, 3° comma, l.f., ma non esenti dal reato di bancarotta ex art. 217 *bis*, l.f. – **3.4.** Le altre fattispecie penalmente rilevanti ma non esentate – **3.5.** Il sindacato del giudice penale e i riflessi sull'art. 217 *bis*, l.f.– **3.5.1.** Le tre tesi dottrinali: i possibili risvolti penali – **3.5.2.** Le conseguenze di una eventuale rivalutazione da parte del giudice penale – **4.** La "nuova" figura del professionista-attestatore: l'art. 236 *bis*, l.f. – **4.1.** La natura pubblicistica o privatistica dell'attestatore: le tesi elaborate dalla dottrina *ante* "Decreto sviluppo" – **4.2.** Il nuovo statuto del professionista-attestatore: le novità del "Decreto sviluppo" 2012 – **4.3.** Il delitto di "Falso in attestazioni e relazioni" ex art. 236 *bis*, l.f. – **4.3.1.** I problemi interpretativi in merito alla condotta.

1. Luci e ombre delle riforme: riflessi penali

L'evoluzione normativa della disciplina fallimentare, tracciata, seppur a grandi linee, nelle pagine precedenti, con specifico riguardo alle soluzioni alternative concepite per il superamento della crisi d'impresa, denotano uno "stravolgimento" di prospettiva e di approccio alla crisi stessa, che, nella speranza del legislatore, avrebbero dovuto favorirne l'utilizzo.

Già dopo la prima serie di riforme, un'indagine¹ evidenziò che le nuove soluzioni alternative non avevano ottenuto il grado di attrazione sperato. Il solo

¹ ASSONIME, *Osservatorio della riforma delle procedure concorsuali. Il primo anno di riforma- rapporto di sintesi. Roma settembre 2007*, in www.ilfallimento.it, 2007.

riconoscimento giuridico di tali soluzioni non era ritenuto sufficiente da parte degli imprenditori in stato di crisi.

Le questioni lasciate aperte avevano creato notevoli problemi applicativi ed interpretativi della disciplina, tra cui, ad esempio, ricordiamo i presupposti ed i poteri del tribunale in sede di omologa.

Con gli interventi succedutisi dal 2012 in poi, si tentò di colmare queste lacune, riuscendovi solo in parte, come risulta da un secondo studio², il quale, pur rilevando un maggior ricorso a tali procedure ne evidenziò la diversa finalità rispetto a quella auspicata dal legislatore, giacché il concordato veniva utilizzato più con finalità liquidatorie che per la salvaguardia della continuità aziendale.

Tuttora, comunque, i poteri del tribunale, all'interno di tale procedura, sono ancora forti, creando una sorta di trattativa tra debitore e organi della procedura, piuttosto che con i creditori. Così anche all'interno dell'accordo di ristrutturazione, in sede di omologa, il controllo continua ad essere sulla fattibilità del piano anziché meramente formale.

Ulteriore fattore, non di poco conto, che limitava la crescita ed il successo di questi nuovi strumenti è la mancanza di una coordinata, organica e completa disciplina penale in materia. Essa, infatti, risulta inadeguata a dare protezione ai nuovi strumenti e agli interessi ad essi connessi; vi è una palese divergenza tra la normativa civilistica della legge fallimentare, completamente rivisitata, e quella penalistica, rimasta sostanzialmente inalterata.

Mutando i fattori in gioco, appare logico che la tutela accordata agli stessi deve cambiare, non solo per ovviare ai problemi di coordinamento tra i comparti civilistico e penale, ma soprattutto per evitare che quest'ultimo perda di effettività.

La dottrina, all'unanimità, ha molto criticato la decisione del legislatore di non revisionare più di tanto la parte penalistica della disciplina fallimentare. Essa, infatti, ritiene che il diritto penale dell'economia sanziona condotte rinvenibili in istituti autonomi, atti a regolare l'attività economico-giuridica in un dato momento, comportando perciò che il cambio dell'una avrà necessariamente degli effetti

² ASSONIME, *Rapporto sull'attuazione della riforma della legge fallimentare e sulle più recenti modifiche*, Roma, aprile 2012, in <https://webstat.giustizia.it/>, 2012.

sull'altra; e, in questo caso, le novità introdotte in tema di soluzioni concordate hanno mutato gli elementi costitutivi della disciplina penalistica³.

L'incombenza del rischio penale rimane quindi un ostacolo all'utilizzo dei nuovi strumenti e svisciva la portata applicativa degli stessi⁴.

Tuttavia, è bene ricordare che nei vari progetti di riforma erano previste modifiche anche all'impianto penale della legge fallimentare ma, le stesse, si sono perse, come anche l'idea di una riforma organica, a seguito degli interventi d'urgenza e "a cascata"⁵.

Si è venuto così a creare un "assurdo bicefalismo"⁶: da un lato, vi è la parte civilistica animata da una nuova filosofia, incentrata su interessi privatistici e finalizzata alla conservazione dell'impresa; dall'altro, si trova il comparto penale, ancorato a finalità punitive e presupposti liquidatori.

Vediamo, ora, quanto fatto dal legislatore per armonizzare le norme relative alle operazioni compiute in esecuzione dei nuovi strumenti, evitando che le condotte, lecite ed incoraggiate dalla norma civilistica, vengano, poi, screditate dal precetto penale.

³ "...tutto il diritto sanzionatorio dell'impresa assume oggetti di tutela che non si rinvergono in rerum natura, ma sono determinati, creati, forgiati dalla disciplina civilistica...Ne segue che ogni modifica di quest'ultima parte...si riverbera fatalmente su quella penalistica, perché ne muta silenziosamente gli elementi costitutivi". Così A. ALESSANDRI, *Profili penalistici delle innovazioni in tema di soluzioni concordate della crisi di impresa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc.1, 2006, p.115; in senso conforme A. MANGIONE, *Riflessi penalistici sulla riforma delle procedure concorsuali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc.3, 2006, p.892. Con riguardo ai rapporti tra diritto penale dell'economia e norma extra-penale si veda C. PEDRAZZI, *La disciplina delle società commerciali*, in *Diritto penale. Scritti di diritto penale dell'economia*, III, Milano, 2003, p.293 ss; A. ALESSANDRI, *Attività d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, *passim*.

⁴ Critici sul mancato intervento dell'impianto penalistico, *ex multis* A. ALESSANDRI, *Profili penalistici delle innovazioni in tema di soluzioni concordate della crisi di impresa*, *cit.*, p.111 ss; R. BRICCHETTI – F. MUCCIARELLI – G.G. SANDRELLI, *Le responsabilità penali*, in A. JORIO – M. FABIANI (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare. Commentario sistematico*, Bologna, 2010, p.1269 ss; G.G. SANDRELLI, *La riforma della legge fallimentare: i riflessi penali*, in *Cass. pen.*, 2006, p.1449 ss; G. INSOLERA, *Riflessi penalistici della nuova disciplina del concordato preventivo e delle composizioni stragiudiziali della crisi di impresa*, in *Giur. comm.*, 2006, p.459 ss; F. MUCCIARELLI, *Stato di crisi, piano attestato, accordi di ristrutturazione, concordato preventivo e fattispecie penali*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2009, p.825 ss; A. MANGIONE, *op. cit.*, p.891 ss; G. FLORA, *Verso una "nuova stagione" del diritto penale fallimentare?*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2012, p.892.

⁵ Sul punto si veda N. GIANESINI, *op. cit.*, p.48 ss.

⁶ Così G. AMARELLI, *I delitti di bancarotta alla luce del nuovo 217-bis l.f.: qualcosa è cambiato?*, in *Giust. pen.*, 2011, p.550.

Ci si riferisce, soprattutto, ai mutati rapporti tra revocatoria e bancarotta (preferenziale), alle esenzioni introdotte con l'art. 217-*bis* e alla "nuova" responsabilità del professionista attestatore di cui all'art. 236-*bis*.

2. L'azione revocatoria: inquadramento generale

Uno dei rischi a cui è soggetta un'impresa è senza dubbio quello "reputazionale" o di credibilità. Esso aumenta notevolmente al manifestarsi dello stato di crisi. In tale situazione, infatti, le possibilità di ottenere nuovo credito tendono a ridursi notevolmente⁷, se non addirittura ad azzerarsi, a causa dei rischi che derivano dal possibile sopraggiungere del fallimento.

Fuori dal fallimento, il legislatore ha previsto una serie di strumenti, volti tutti a tutelare il creditore da eventuali azioni dispositive poste in essere dal debitore in suo danno. Tra questi ricordiamo l'azione revocatoria ordinaria di cui agli artt. 2901 ss c.c.

Nel fallimento, oltre alle azioni di inefficacia ex artt. 64 e 65, l.f., sono previste le azioni revocatorie: ordinaria, ex art. 66; fallimentare, ex art. 67 l.f.

Accanto, quindi, all'azione revocatoria ordinaria – del tutto simile a quella prevista dal codice civile, tranne che la legittimazione ad agire compete al curatore, oltre che la competenza funzionale è del tribunale fallimentare, come anche diverso è il termine prescrizione – è prevista un'azione revocatoria tipica della procedura fallimentare.

La previsione di quest'ultimo strumento di tutela dei creditori ha fatto nascere un acceso dibattito in dottrina, non ancora sopito, riguardo al suo inquadramento giuridico.

Una prima teoria (c.d. *anti-indennitaria*)⁸, che vede nella *par condicio creditorum* il bene giuridico protetto, riconosce all'azione revocatoria fallimentare natura autonoma rispetto a quella ordinaria. Mentre in quest'ultima, tra i presupposti richiesti per la sua attivazione, vi deve essere un nesso di causalità immediata e diretta tra l'atto e il danno subito dal creditore (*eventus damni*), riconoscendole, pertanto, una funzione

⁷ Crescono le difficoltà di accesso non solo al credito bancario ma anche a quello commerciale. Cfr. S. BONFATTI, *Le procedure di composizione negoziata della crisi d'impresa: opportunità e responsabilità* (Convegno Nazionale di Reggio Emilia, 8 ottobre 2010), *www.ilcaso.it*, II, 214/2010.

⁸ G. COCCO, *Il ruolo delle procedure concorsuali e l'evento dannoso nella bancarotta*, in *Riv. it. di dir. e proc. penale*, n. 1/2014, p.67.

indennitaria, ovvero di tutela della garanzia patrimoniale; nella revocatoria fallimentare, questa condizione non è necessaria, giacché la sua funzione è di riportare tutti i creditori sullo stesso piano (*par condicio creditorum*, appunto) mediante la redistribuzione del rischio d'impresa o, meglio, dell'insolvenza del debitore tra tutti i creditori concorrenti.

L'altra tesi dottrinale⁹, invece, respinge tale diversità ontologica fra i due istituti, evidenziando come le recenti modifiche in materia abbiano portato al superamento della teoria *anti-indennitaria*. In tale ottica, risulta inconcepibile che, in un sistema indirizzato al ridimensionamento della *par condicio*, quest'ultima sia un principio posto a fondamento dell'istituto in questione. Il bene giuridico tutelato dalla revocatoria fallimentare va, dunque, identificato nella funzione di garanzia patrimoniale che quei beni, passibili di revocatoria, assolvono.

Oltretutto, – affermano i sostenitori della tesi indennitaria – la previsione nello stesso art. 67 dei casi di esclusione da revocatoria mal si concilia con il principio della *par condicio*, il quale potrà sì rappresentare uno dei risultati ottenuti grazie all'esperimento (positivo) dell'azione revocatoria fallimentare, ma ciò non vuol dire che esso sia il bene giuridico tutelato dall'istituto.

La disciplina della revocatoria fallimentare è stata modificata per la prima volta dal d.l. 14 marzo 2005, n.35¹⁰. L'istituto ha la finalità di rendere inefficaci quegli atti, posti in essere in un periodo precedente alla dichiarazione di fallimento, che hanno intaccato il patrimonio del fallito¹¹.

Con tale riforma, la prima novità è sicuramente rappresentata dalla riduzione del

⁹ F. CORSI, *L'azione revocatoria*, in AA.VV., *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, Torino, 2014.

¹⁰ La materia, è stata poi modificata dal d.lgs. 9 gennaio 2006, n.5, con l'introduzione dei termini di decadenza (art. 69-*bis* l.f.); dal d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169, che ha apportato modifiche al regime degli effetti della revocatoria (art. 70 l.f.); e, infine, dal d.l. 22 giugno 2012, n. 83 (conv. in l. 7 agosto 2012, n. 134), con l'individuazione individuazione del *dies a quo* del periodo sospetto in caso di consecuzione di procedure (art. 69-*bis*, comma 2, l.f.).

¹¹ Il curatore per poter agire in revocatoria deve provare la sussistenza di determinati presupposti, quali il carattere «normale» o «anormale» dell'atto, il suo compimento nel c.d. *periodo sospetto*, la conoscenza dello stato di insolvenza nel soggetto che ne beneficia e, infine, il pregiudizio che tale atto arrechi alle ragioni creditorie. Per un approfondimento sulla revocatoria si rinvia a B. QUATRARO – M. GIORGETTI – A. FUMAGALLI, *Revocatoria ordinaria e fallimentare*, 2° ed., I, Milano, 2009, p.640 ss; P. PAJARDI – A. PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, VII ed., Milano, 2008, p.367 ss.

periodo sospetto, di cui ai commi 1° e 2° dell'art. 67, l.f.¹²; oggi, dimezzato rispetto alla sua formulazione originaria, che ha determinato una riduzione quantitativa dell'area di operatività della norma.

2.1. Le esenzioni ex art. 67, 3° comma, l.f.

L'azione revocatoria fallimentare, così come scritta dal legislatore del 1942, tesa alla tutela della *par condicio*, aveva una funzione preventiva-dissuasiva, in quanto esponeva al rischio di subirla sia l'imprenditore che i terzi che trattavano con lui prima del fallimento.

La mutata visione riguardo al valore economico e sociale dell'impresa, indussero il legislatore ad attenuare la funzione sopra citata, prevedendo i casi di esclusione dall'azione revocatoria.

Divenne, dunque, fondamentale stabilire condizioni a tutela dei nuovi creditori, così da incentivarli a sostenere l'imprenditore in difficoltà.

Le esenzioni dall'azione revocatoria costituiscono un importante strumento diretto a promuovere l'adozione di meccanismi di gestione concordata della crisi¹³.

La legge, prima della riforma, prevedeva l'esonero da revocatoria per alcuni soggetti, quali l'istituto di emissione, gli istituti autorizzati ad operazioni di credito su pegno e quelli di credito fondiario; mentre non erano contemplate esenzioni di tipo oggettivo.

Nel 2005, invece, è stata introdotta una precisa casistica di esenzioni, rinvenibile al 3° comma dell'art. 67 l.f.¹⁴, le c.d. *esenzioni causali da revocatoria*¹⁵, che derivano da considerazioni aprioristiche ed oggettive di legittimità dell'atto depauperatorio, qualora lo stesso abbia un determinato fine e di conseguenza sia meritevole di tutela al pari della *par condicio creditorum*.

Possono essere distinte due macro tipologie di esenzioni: quelle rivolte a proteggere alcune tipologie di atti, quali ad esempio il pagamento degli stipendi o dei fornitori

¹² Per un approfondimento sul tema si veda B. QUATRARO – M. GIORGETTI – A. FUMAGALLI, *Revocatoria ordinaria e fallimentare*, cit., p.8 ss.

¹³ Cfr. S. BONFATTI, *Le misure di incentivazione delle procedure di composizione negoziata delle crisi d'impresa*, *www.ilcaso.it*, II, 251/2011.

¹⁴ Mentre il precedente comma 3, seppur in parte riscritto, è divenuto il 4° comma del suddetto articolo.

¹⁵ Così P. PAJARDI – A. PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., p.412.

strategici; e quelle finalizzate ad incentivare l'uso degli strumenti alternativi di composizione della crisi, ossia funzionali al risanamento. In entrambi i casi si può parlare di esclusione della valenza pregiudizievole dell'atto, ovvero di introduzione di *inscientia decoctionis* presunta *iure et de jure*¹⁶.

Alle fattispecie previste dal 3° comma dell'art. 67, l.f., inoltre, si aggiungono quella prevista dall'art.70, l.f., con riguardo soprattutto agli istituti di credito, e quelle previste dal 4° comma dell'art. 67, che, infine, fa «*salve le disposizioni delle leggi speciali*»¹⁷.

Con tali modifiche è chiara la volontà del legislatore di "depotenziare" la revocatoria, relegandola, ad un ruolo di ipotesi d'eccezione, a differenza del passato, dove l'impostazione era molto più rigida e meno permissiva¹⁸.

Le fattispecie esonerative, in funzione della loro finalità, possono essere ricondotte a tre tipologie: quelle finalizzate a favorire la continuità aziendale [lett. a), b), f)]; quelle funzionali al superamento della crisi [lett. d), e), g)]; quelle atte a tutelare talune categorie di soggetti [lett. c)], pertanto estranea, a differenze delle precedenti categorie, alle ragioni dell'impresa¹⁹.

Con riferimento agli istituti pre-fallimentari, si rileva che le esenzioni da revocatoria, nel concordato preventivo, rappresentano uno degli strumenti di favore per i creditori; negli accordi di ristrutturazione, invece, hanno rappresentato, per diverso tempo, l'unico elemento di favore previsto dalla legge, considerato che, solo a seguito delle successive riforme, furono introdotti la sospensione delle azioni esecutive e cautelari, il riconoscimento della prededuzione e l'esenzione di cui all'art.

¹⁶ Così P. BOSTICCO, *Esenzione da revocatoria*, in *www.ilfallimentarista.it*, 2016, p.1, ove si legge che la presunzione assoluta di *inscientia* è legata più che altro ad una volontà protettiva, mentre in alcuni casi si tratta di esclusione *ex lege* dell'*eventus damni*, anche se D. GALLETTI, *Le nuove esenzioni da revocatoria fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2007, I, p.163 ss., sostiene che tale elemento dovrebbe essere oggetto di un'espressa previsione.

¹⁷ Per l'analisi dettagliata di tali esenzioni, non oggetto del presente lavoro, si rimanda a B. QUATRARO – M. GIORGETTI – A. FUMAGALLI, *op. cit.*, p.14 ss; P. PAJARDI – A. PALUCHOWSKI, *op. cit.*, p.441 ss e p.447 ss.

¹⁸ Sul punto R. AMATORE, *Il regime normativo delle esenzioni nelle revocatorie*, in *Fall.*, 2014, p.745; P. PAJARDI – A. PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, *cit.*, p.413.

¹⁹ *Id.*, *Ibid.*; in senso conforme L. GHIA – C. PICCININNI – F. SEVERINI, *Trattato delle procedure concorsuali*, II, Milanofiori, 2010, p.203. Sono comunque operabili anche altri tipi di suddivisione cfr. G. LO CASCIO, *Codice commentato del fallimento*, Milano, 2008, p.543; G.B. NARDECCHIA, *Le nuove esenzioni del terzo comma dell'art. 67 l. fall.*, in *Fall.*, 2009, p.14 ss, che ad esempio riporta la ipotesi della lett. f) insieme a quella della lett. d) sotto la ratio della posizione soggettiva del destinatario dell'atto.

217-*bis*.

Inoltre, la disciplina non ha la stessa connotazione nelle diverse procedure²⁰. Se nel concordato ha quale finalità la “rassicurazione” dei creditori, negli accordi e nei piani attestati, per la loro struttura giuridica, l’esenzione assume valenza di elemento costitutivo. Infatti, partendo dall’assunto che si tratti di atti contrari al principio della *par condicio*, se non fossero esentati, in caso di successivo fallimento, sarebbero destinati ad una caducazione automatica.

Giova, anche, ricordare che, per incentivare l’utilizzo delle procedure di composizione della crisi, il legislatore, con il c.d. «Decreto sviluppo», nel 2015, ha inserito l’art. 182-*quinquies*, che prevede ulteriori fattispecie di esenzione da revocatoria in caso di concordato o di accordo di ristrutturazione²¹.

Comunque, a prescindere dalle ragioni sistematiche di tali esenzioni, si tratta di scelte legislative innovative ed eccezionali che – è bene precisarlo – operano solo per gli atti compiuti successivamente all’entrata in vigore della nuova disciplina²².

²⁰ L. PANZANI – G. TARZIA, *Gli effetti del piano attestato e dell’accordo di ristrutturazione dei debiti sugli atti pregiudizievoli*, in *Fall.*, n. 10/2014, p.1063.

²¹ L’art. 182-*quinquies* ultimo comma, l.f. prevede che: “*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*”. Tuttavia va notato che l’articolo fa riferimento soli ai pagamenti e non anche ad atti e garanzie; così se per i primi l’esenzione da revocatoria opera indipendentemente dall’omologa dell’accordo, evidentemente per atti e garanzie continua ad applicarsi l’art. 67 l.f., che invece richiede l’omologa.

²² Cass., Sez. I, 8 marzo 2007, n.5346, in *Giust. civ.*; Cass., Sez. I, 8 giugno 2012, n.9375, *Ibid.*; Cass., Sez. VI, 18 febbraio 2016, n.3237, *Ibid.*

2.2. I mutati rapporti tra revocatoria e bancarotta: dottrina e giurisprudenza a confronto

Fin dall'inizio, l'azione revocatoria e la bancarotta preferenziale (art. 216, 3° comma, l.f.), seppur in differenti prospettive, furono concepite a tutela della *par condicio creditorum*²³.

L'azione revocatoria, infatti, comporta l'inefficacia degli atti posti in essere dall'imprenditore nel periodo antecedente al fallimento (c.d. *periodo sospetto*), a condizione, però, che il terzo beneficiario sia a conoscenza dello stato di insolvenza dell'imprenditore, poiché, in tale situazione, si pone un vincolo di indisponibilità sul patrimonio a carico del debitore insolvente – c.d. *spossessamento* – onde evitare che uno o più creditori si avvantaggino a danno di tutti gli altri²⁴.

La disciplina sulla bancarotta preferenziale, nell'ambito penale del *corpus* normativo fallimentare, considera la *par condicio* quale vero e proprio bene giuridico da tutelare²⁵. Infatti, è punito "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"²⁶.

²³ G.G. SANDRELLI, *La riforma della legge fallimentare: i riflessi penali*, *Ibidem*.

²⁴ Art. 67 ante riforma: "Sono revocati, salvo che l'altra parte provi che non conosceva lo stato di insolvenza del debitore: 1) gli atti a titolo oneroso compiuti nei due anni anteriori alla dichiarazione di fallimento, in cui le prestazioni eseguite o le obbligazioni assunte dal fallito sorpassano notevolmente 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 nei due anni anteriori alla dichiarazione di fallimento; 3) i pegni, le anticresi e le ipoteche volontarie costituiti nei due anni anteriori alla dichiarazione di fallimento per debiti preesistenti non scaduti; 4) I pegni, le anticresi e le ipoteche giudiziali o volontarie costituiti entro l'anno anteriore 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 contestualmente creati, se compiuti entro l'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento".

²⁵ P. NUVOLONE, voce "Il fallimento (reati)", in *Enciclopedia del diritto*, XVI, Milano, 1967, p.484, secondo il quale "il legislatore tende a rafforzare il principio di *par condicio creditorum* che sta alla base anche delle disposizioni in tema di revocatoria". Si vedano anche C. PEDRAZZI, Sub art. 216, in C. PEDRAZZI – F. SGUBBI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, F. GALGANO (a cura di) - art.216-227, in *Commentario Scialoja Branca*, Bologna- Roma, 1995; E.M. Ambrosetti, *I reati fallimentari*, in E.M. AMBROSETTI – E. MEZZETTI – A. RONCO (a cura di), *Diritto penale dell'impresa*, Bologna, III ed., 2012, p.298; G. COCCO, *La bancarotta preferenziale*, Napoli, 1987, p.87; L. PUCETTI, Sub art 216, in A. GAITO E M. RONCO (a cura di), *Leggi penali complementari commentate*, Milano, 2009, p.2707.

²⁶ Viene anche chiamata, semplicisticamente, "favoreggiamento dei creditori"; così G. ANDREAZZA, Sub art. 216-241, in M. FERRO (a cura di), *La legge fallimentare. commentario teorico- pratico*, III ed.,

Per tale loro affinità, le due norme, pur mancando uno specifico e diretto rimando tra di esse, sono sempre state viste dalla dottrina, *ante* riforma, come complementari²⁷.

La graduazione delle tutele, civilistica e penale, della *par condicio* garantita dalla complementarietà delle due discipline, viene meno con la riforma dell'azione revocatoria²⁸, a cui non fece seguito la riforma della disciplina penale, che, appunto, è rimasta immutata.

Per molti autori, infatti, si era persa la razionale continuità tra la tutela civilistica, propria dell'azione revocatoria, che rende inefficaci quegli atti posti in essere in danno della *par condicio creditorum*, e la risposta penale, che comminava sanzioni penali a carico dei protagonisti della vicenda preferenziale²⁹.

Non è tanto la riduzione del c.d. «periodo sospetto» a creare problemi³⁰, quanto piuttosto il nuovo testo del 3° comma dell'art. 67, l.f., ove il legislatore ha elencato

Padova, 2014, p.2908; nonché C. PEDRAZZI, *Notarelle comparatistiche di diritto penale commerciale*, in *Ind. Pen.*, 1970, p.42.

²⁷ A. ZAMBUSI, *La bancarotta preferenziale dopo la riforma dell'azione revocatoria fallimentare: riflessi problematici*, in *Ind. Pen.*, 2009, p.536, secondo il quale il rimedio civilistico non "esclude" nulla circa la configurazione della fattispecie penale. Sul punto si veda anche Cass. pen., 27 novembre 1985, in *Giur. it.*, 1987, II, p.18, ove si evidenzia come le norme civili fissino dei limiti temporali anteriori al fallimento e, di conseguenza, non posso svolgere la stessa funzione selettiva della norma penale; oltre a rilevare che gli atti presi in considerazione dalla revocatoria sono maggiori rispetto a quelli "colpiti" dalla fattispecie penale.

²⁸ Cui si rimanda al paragrafo precedente.

²⁹ Gran parte della dottrina, infatti, sosteneva che con il "vecchio" testo della norma sulla revocatoria era possibile un rimando all'art.67 per rivenire i tratti delle condotte preferenziali che nell'art. 216, 3° comma, l.f., erano semplicemente definite con il termine "pagamenti". Così G.G. SANDRELLI, *La riforma della legge fallimentare: i riflessi penali*, cit., p.1443; F. GIUNTA, *Revocatoria e concordato preventivo: tutela penale*, in *Dir. prat. Fall.*, 2006, n.1, p.34; R. BRICCHETTI, *Profili penali*, in S. AMBROSINI (a cura di), *Le nuove procedure concorsuali*, Bologna, 2010, p.639 ss; A. ZAMBUSI, *La bancarotta preferenziale dopo la riforma dell'azione revocatoria fallimentare: riflessi problematici*, cit., p.540; R. BRICCHETTI – F. MUCCIARELLI – G.G. SANDRELLI, *Sub art. 216- 241*, in A. JORIO (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare: r.d. 16 marzo 1942, n.267 (agg. al d.l. 35/2005 e al d.lg. 5/2006)*, II, Bologna, 2007, p.2739; A. MANGIONE, *Riflessi penalistici sulla riforma delle procedure concorsuali*, cit., p.906.

³⁰ Sebbene la mancanza di un riferimento temporale nella norma penale, "se non in termini di anteriorità o contemporaneità rispetto alla procedura fallimentare- nonché di un diretto collegamento normativo tra questa norma e l'azione revocatoria" rende difficile capire quale sia l'effettivo grado di interazione tra le due norme, se non in via interpretativa. Così N. GIANESINI, *op. cit.*, p.59. Inoltre, F. GIUNTA, *Revocatoria e concordato preventivo: tutela penale*, cit., p.37, evidenzia che la riduzione del periodo sospetto rende lecito l'atto in quanto prevale, rispetto alla *par condicio*, l'interesse del creditore, senza possibilità di incorrere nella sanzione penale; ciò in coerenza al principio di sussidiarietà. Tuttavia tale soluzione desta qualche perplessità, in quanto, sebbene l'ordinamento privilegi le ragioni del singolo creditore, l'immutata fattispecie penalistica non aiuta a rilevare una riduzione della sua operatività. Si potrebbe arrivare ad un diverso esito, partendo dalla liceità civile

una serie di atti (solutori o di concessione di garanzie), esentandoli da revocatoria fallimentare³¹.

La domanda, a questo punto, è se, in tale contesto parzialmente mutato, per un atto civilmente lecito, in quanto esente da revocatoria, si possa incorrere ugualmente nel reato di bancarotta preferenziale.

Una risposta positiva contrasterebbe, prima di tutto, con la logica del principio di non contraddizione ed, in secondo luogo, – in termini di legittimità giuridica – condurrebbe ad una chiara sovversione della progressione della tutela, confliggendo con il ruolo sussidiario attribuito alla tutela penalistica³². Da ciò, maggiore è la convinzione che la novella dell'art. 67 elimini, dall'area penale, gli atti sottratti alla revocatoria fallimentare; restringendosi, quindi, l'ambito del reato di bancarotta preferenziale, di cui all'art. 216 comma 3, l.f.³³.

La dottrina, seppure unanime sull'irrilevanza penale di tali atti per la mancanza di anti giuridicità del fatto materiale, appare divisa sulle motivazioni giuridiche.

Alcuni rilevano la mancanza di anti giuridicità con la presenza di una causa di giustificazione. Ad esempio, riguardo alle esclusioni di cui alla lett. e), il consenso dei creditori previsto per l'approvazione del concordato preventivo e dell'accordo di ristrutturazione, rappresenta la causa di giustificazione, ex art. 50 c.p.; così anche, in merito alle fattispecie indicate alla lett. d), gli accordi individuali con i vari creditori, su cui si basa il piano attestato di risanamento, farebbero venir meno il dolo richiesto dalla bancarotta preferenziale³⁴.

della condotta e ragionando sulle conseguenze che ciò comporta in merito alla punibilità del fatto. Infine, altra parte della dottrina rinviene possibile una sfasatura tra le due tutele, primeggiando quella penale rispetto alla civile; così R. BRICCHETTI – F. MUCCIARELLI – G.G. SANDRELLI, *Le responsabilità penali*, in A. JORIO (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare. Commentario sistematico*, Bologna, 2010, p.1289; A. ZAMBUSTI, *La bancarotta preferenziale dopo la riforma dell'azione revocatoria fallimentare: riflessi problematici*, cit., p.547; nonché G. SCHIAVANO, *Riforma della legge fallimentare: implicazioni penalistiche*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, p.964.

³¹ Sul punto si veda G.G. SANDRELLI, *op. cit.*

³² G.G. SANDRELLI, *op. cit.*, sostiene che se così fosse il curatore potrebbe costituirsi parte civile nel processo penale, chiedendo ciò che il giudice fallimentare non è più legittimato a fare (ovvero la revocatoria di quegli atti ex art.67, 3° c., l.f. Si veda anche la seconda parte della nota n.8 Capitolo I del presente lavoro.

³³ G.G. SANDRELLI, *op. cit.*, p.443

³⁴ G. INSOLERA, *Riflessi penalistici della nuova disciplina del concordato preventivo e delle composizioni extragiudiziali della crisi di impresa*, in *Giur. comm.*, 2006, p.467-469; nonché C. CASSANI, *La riforma del concordato preventivo: effetti penali*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, p.775. Questa

Altri, invece, sostengono che gli atti di cui dall'art. 67 comma 3, esulino ormai dalla sfera oggettiva dell'art. 216, 3° comma, l.f., in quanto non idonei a pregiudicare, sotto il profilo civilistico, la *par condicio* e, quindi, non lesivi del bene giuridico tutelato dalla norma penale³⁵.

Quest'ultima impostazione non elimina del tutto il rischio che l'atto, o più in generale l'operazione, venga poi sottoposto al vaglio del giudice penale, considerato che il dettato letterale della norma lascia ampi spazi interpretativi³⁶. Inoltre, così ragionando, si rischia di non cogliere il vero problema, che è la sfasatura delle tutele poste dalle due norme in questione: il legislatore ha esentato dette operazioni non in quanto non ledono la *par condicio*, ma piuttosto per tutelare altri interessi, quali la continuità ed il risanamento aziendale, che hanno ispirato il moto riformatore degli anni 2000³⁷. È in questa prospettiva che va letta la modifica della norma sull'azione revocatoria³⁸.

impostazione riprende l'autorevole dottrina di C. PEDRAZZI, *Sub art. 216, op. cit.*, p.127, il quale rinveniva il limite della punibilità del fatto di bancarotta preferenziale proprio nel consenso dei creditori. Tuttavia, così si rischia di "individualizzare" la *par condicio*, considerando che in queste soluzioni alternative non tutti i creditori vengono soddisfatti. In sostanza, come rileva R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari. Dottrina e giurisprudenza a confronto*, Milano, 2011, p.154, è innegabile che tali soluzioni contengano "il germe della preferenzialità penalmente rilevante".

Interessante, sempre nell'ambito delle cause di giustificazione, è il pensiero di A. MANGIONE, *op. cit.*, p.909, che propone l'utilizzo della scriminante dell'esercizio del diritto; mentre non appare condivisibile la soluzione alternativa (ed opposta), dello stesso autore, che reputa i patti nulli per contrasto all'art. 1418 c.c., vanificando così lo spirito riformatore dell'art.67.

³⁵ Sul punto si veda G.G. SANDRELLI, *op. cit.*, p.1149; R. BRICCHETTI – F. MUCCIARELLI – G.G. SANDRELLI, *Sub art. 261-241, cit.*, p.2741; F. GIUNTA, *Revocatoria e concordato preventivo: tutela penale, cit.*, p.34. Sempre in merito alla mancanza di offensività, altra dottrina ritrova la non punibilità dell'atto nell'art. 49, 2° comma, c.p., per l'inidoneità dell'azione a ledere il bene giuridico tutelato (così G. SCHIAVANO, *Riforma della legge fallimentare: implicazioni penalistiche, cit.*, p.946).

³⁶ Quali ad esempio le dubbie nozioni di "termini d'uso" di cui alla lett. a), gli aggettivi "considerevole e durevole" in merito alle rimesse di conto corrente di cui alla lett. b), o anche il "giusto prezzo" previsto dalla lett. c). L'argomento verrà ripreso nel Capitolo III.

³⁷ Sia consentito qui un rimando al Capitolo I, in particolare § 5.

³⁸ In altre parole potrebbe definirsi un incentivo; infatti, come nota V. GIORGI, *Le esenzioni dalla revocatoria fallimentare per favorire la normale prosecuzione dell'impresa (art. 67, comma 3, lettere a ed f, legge fallimentare)*, in *Dir. fall.*, 2008, p.393, si vuole "evitare che intorno al debitore insolvente si formi un cordone sanitario per il timore che chiunque si astenga dal porre in essere atti, anche relativi alle più ordinarie esigenze dell'impresa, per il rischio di incorrere nella revocatoria, con ciò precludendo al debitore l'accesso a qualunque forma di soluzione della crisi ". Sull'irriducibilità della nuova revocatoria alla sola tutela della *par condicio*, si veda anche A. ZAMBUSTI, *op. cit.*, p.569; A. MANGIONE, *op. cit.*, p.910.

Infine, vi è chi sostiene che in tali atti manchi l'elemento soggettivo³⁹ richiesto dalla norma penale, in quanto non integrerebbero più "lo scopo di favorire a danno dei creditori taluno di essi". L'antigiuridicità di favorire un creditore in danno alla restante massa svisciva di fronte al nuovo e diverso fine del risanamento d'impresa⁴⁰.

In relazione a tale ultima tesi, si registra un atteggiamento rigorista della giurisprudenza penale secondo cui la mera accettazione del rischio di arrecare pregiudizio alla massa creditoria sia condizione sufficiente ad integrare il dolo specifico, a prescindere dalle ulteriori finalità perseguite dall'imprenditore, prima fra tutte quella di evitare il fallimento⁴¹. Numerose sono, infatti, le pronunce secondo le quali la volontà di risanamento dell'imprenditore non implica automaticamente –

³⁹ La questione della mancanza dell'elemento soggettivo non è pacifica. Secondo la maggioranza della dottrina si tratterebbe di dolo specifico e quindi sarebbe sufficiente il c.d. *animus favendi*, cioè la volontà di far ottenere a un creditore un indebito vantaggio, poiché, a differenza delle altre fattispecie di bancarotta, il fine di arrecare pregiudizio agli altri creditori, non è previsto per l'art.216, 3° comma (così R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari. Dottrina e giurisprudenza a confronto*, cit., p.150; A. ROSSI, *Reati fallimentari*, in F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale: leggi complementari. I reati fallimentari, tributari, ambientali e dell'urbanistica*, Milano, 2008, p.158; L. CONTI, *Diritto penale commerciale, I reati fallimentari*, II ed., Torino, 1991, p.192; P. MANGANO, *Disciplina penale nel fallimento*, III ed., Milano, 2003, p.82). Peraltro, Pedrazzi rileva che la volontà di favorire un creditore ha già in sé l'ineluttabile volontà di arrecare agli altri un danno, essendo il "rovescio della stessa medaglia" (ID., *Sub art. 216, op. cit.*, p.124). Impostazione seguita anche dalla maggioranza della giurisprudenza, la quale considera sufficiente anche il dolo eventuale per ciò che attiene il danno al resto del ceto creditorio. Inoltre, dai più, questa impostazione del dolo è vista come capace di delimitare l'area di rischio penale (così F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale: leggi complementari*, cit., p.89 ss; critico su tale capacità selettiva A. ALESSANDRI, *Profili penalistici delle innovazioni in tema di soluzioni concordate della crisi d'impresa*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, p.128). Per altri autori, invece, la norma postulerebbe, non solo l'accettazione del rischio penale, bensì la certezza del pregiudizio arrecato agli altri creditori (così V. NAPOLEONI, *Frammenti d'una indagine sul dolo della bancarotta preferenziale*, in *Cass. pen.*, 1987, p.389 ss.; nonché P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, 1955, p.242; G. DE SIMONE, *Brevi note a margine della c.d. bancarotta preferenziale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1994, p.165 ss). Infine, diversa dottrina sostiene si tratti di dolo generico, rilevando che la volontà del soggetto che agisce cadrebbe fuori dalla fattispecie tipica, cosicché si tratterebbe di un dolo generico misto o composto, ovvero intenzionale per ciò che attiene il vantaggio ed eventuale in merito al danno (così GIULIANI BALESTRINO U., *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, p.474 ss.; G. COCCO, *La bancarotta preferenziale*, cit., p.231 ss.).

⁴⁰ In tal senso E.M. AMBROSETTI, *I reati fallimentari*, cit., p.300; M.R. GROSSI, *La riforma della legge fallimentare. Commento e formule della nuova disciplina delle procedure concorsuali*, II ed., Milano, 2008, p.1754; A. ROSSI, *Reati fallimentari*, cit., p.154; A. MANGIONE, *op. cit.*, p.910; A. ZAMBUSI, *op. cit.*, p.566; A. LANZI, *Osservazioni su taluni riflessi penalistici della riforma della legge fallimentare*, in *Fall.*, 2006, p.144; G.G. SANDRELLI, *op. cit.*, p.1454

⁴¹ Così Cass. pen., Sez. V, 26 giugno 2009, n.31894, in *Cass. pen.*, 2009; Cass. pen., Sez. V, 24 febbraio 1998, n.4427, in *Cass. pen.*, 2001; Cass. pen., Sez. V, 21 novembre 2013, n.673, in *Cass. pen.*, 2014; sia consentito anche un rimando alla nota 17.

soprattutto se le speranze di riuscita erano labili – l'esclusione del dolo⁴². In pratica, soltanto la concreta possibilità di risanamento, che alimentava la convinzione personale dell'imprenditore di poter superare lo stato di insolvenza, comportava un livello sufficiente di sicurezza per il debitore, sul quale, altrimenti, incombeva la sanzione penale, poiché aveva accettato il rischio della preferenzialità⁴³.

Di contro, altra parte della giurisprudenza evidenzia l'incompatibilità tra questi atteggiamenti psicologici, nel momento in cui il debitore agisce con la convinzione di riuscire nel risanamento⁴⁴.

Per concludere, appare utile riportare lo stralcio di una recente pronuncia della Cassazione che sembra riconsiderare i rapporti tra i motivi psicologici dell'imprenditore che agisce con l'intento di risanare la propria situazione di crisi finanziaria: *"In tema di bancarotta preferenziale, punita dall'art. 216 comma 3, l.f., occorre – quanto all'oggetto del reato – dimostrare la violazione della c.d. par condicio creditorum nella procedura fallimentare e, in relazione all'elemento psicologico, provare 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 gli altri. Questa finalità deve risultare come primario interesse perseguito dal debitore, onde la strategia di alleggerire la pressione dei debitori, in vista di un ragionevolmente presumibile riequilibrio finanziario e patrimoniale, si appalesa incompatibile con la norma, soprattutto alla luce della riforma (portata dal già citato d.L.vo 269/07) dell'azione revocatoria e specialmente dell'art. 67 comma 3, l.f."*⁴⁵.

Rappresentato, così, il dibattito giurisprudenziale e dottrinale in merito ai mutati rapporti tra le due norme, appare chiaro, dal numero e dalla fragilità delle soluzioni elaborate, che era quanto mai urgente e necessario un intervento legislativo⁴⁶, così da reintegrare l'equilibrio e la continuità normativa, soprattutto tenendo conto che il

⁴² Così Cass. pen., Sez. V, 27 settembre 1984, n.23, Rv.167256; Cass. pen., Sez. V, 3 gennaio 1985, n.23, in *Cass. pen.*, 1986, p.597; Cass. pen., Sez. V, 28 febbraio 2014, n.32725, in *Quotidiano giuridico*, 2014.

⁴³ Così R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari. Dottrina e giurisprudenza a confronto, cit.*, p.153.

⁴⁴ Cass. pen., sez. V, 15 aprile 1992, n.7248, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1993; Cass. pen., sez. V, 12 giugno 1985, n.9400, in *Cass. pen.*, 1987, p.397 con nota di V. NAPOLEONI.

⁴⁵ Così Cass. pen., sez. V, 20 maggio 2009, n.31168, in *Fall.*, 2010, p.495.

⁴⁶ Intervento di cui si dirà nel § 3.

rischio penale crea un effetto intimidatorio all'adozione delle nuove soluzioni della crisi previste dall'ordinamento.

3. L'art. 217 bis Legge Fallimentare

In risposta alle varie proposte *de iure condendo* di dottrina e giurisprudenza⁴⁷, il legislatore, nel tentativo di ripristinare l'equilibrio tra disciplina civilistica e penale, perso con la riforma dell'azione revocatoria, è intervenuto nel 2010⁴⁸ introducendo l'art. 217-bis, l.f., rubricato «*Esenzioni dai reati di bancarotta*».

Nella versione originaria l'esenzione riguardava le operazioni e i pagamenti in esecuzione dei piani, degli accordi omologati e dei concordati preventivi.

Successivamente, con l'intervento normativo del 2012, c.d. "Decreto sviluppo"⁴⁹, la norma ricomprende anche i pagamenti dei crediti pregressi e i finanziamenti autorizzati dal giudice ex art. 182-*quinquies* e quelli posti in essere in esecuzione di "di un accordo di composizione della crisi omologato ai sensi dell'art. 12 della legge 27 gennaio 2003"⁵⁰.

Il legislatore, poi, è di nuovo intervenuto in materia con l'art. 2, comma 7, d.l. 5 gennaio 2015, n.1, convertito con modificazioni, dalla l. 4 marzo 2015, n.20, estendendo la fattispecie delle esenzioni anche alle operazioni di finanziamento effettuate ai sensi dell'art. 22-*quater*, comma 1, del d.l. 24 giugno 2014, n.91⁵¹, nonché ai pagamenti ed alle operazioni compiuti, per le finalità di cui alla medesima disposizione, con impiego delle somme provenienti da tali finanziamenti.

Il vigente art. 217-bis prevede 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*

⁴⁷ Delineate nel § 2.1.

⁴⁸ D.l. 31 maggio 2010, n.78, convertito con modificazioni in l. 30 luglio 2010, n.78. Per cui si rimanda al Capitolo I, § 2.2.

⁴⁹ Per un approfondimento in merito alla riforma del 2012 si rinvia sempre al Capitolo I, § 2.2.

⁵⁰ Si tratta del c.d. "Decreto sviluppo bis", d.l. 18 ottobre 2012, n.179, convertito in l. 17 dicembre 2012.

⁵¹ Art. 22 quater: Misure a favore del credito per le imprese sottoposte a commissariamento straordinario e per la realizzazione del piano delle misure e delle attività di tutela ambientale e sanitaria.

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”.

Prima di procedere all'analisi della norma in commento, bisogna precisare che, sebbene svolga una “funzione di raccordo”⁵² tra la disciplina civile e quella penale della legge fallimentare, la stessa ha una lettura poco agevole, dovuta anche ai diversi rinvii ad altre norme.

3.1. La natura giuridica della norma

Innanzitutto, bisogna collocare la norma nell'ambito della teoria del reato; questione che ha decisamente occupato la dottrina.

Il dato letterale è abbastanza scarno; gli unici elementi linguistici che denotano un'interazione giuridica tra la fattispecie penale e quella civile sono il termine «esenzione»⁵³, rinvenibile nella rubrica dell'articolo; e la locuzione «non si applicano», utilizzata nel testo della norma. Dunque, è possibile notare l'*atecnicismo* già nella rubrica – sebbene questo non abbia carattere vincolante sul versante esegetico – che non si risolve neanche nel dettame normativo⁵⁴.

L'utilizzo di una terminologia non propriamente giuridica ha destato molte perplessità in dottrina⁵⁵ ma, affinché la norma raggiunga il suo scopo, è necessario

⁵² N. MAZZACUVA – E. AMATI, *Diritto penale dell'economia*, III ed., Padova, p.218.

⁵³ Termine la cui interpretazione ha una forte incidenza sull'efficacia temporale dell'art. 217-bis, e da cui deriva l'estensione o meno dell'applicabilità della norma ad atti non propriamente citati dalla norma. Su tale problematica ci si soffermerà meglio nel Capitolo III.

⁵⁴ A. ALESSANDRI, *Profili penali delle procedure concorsuali*, op. cit., p.60, parla di “*sprovvedutezza tecnica*”.

⁵⁵ F. MUCCIARELLI, *L'esclusione dai reati di bancarotta*, in *Dir. pen. proc.*, 12/2010, p.1475; ed anche F. DONELLI, *I continui esperimenti sul diritto penale del fallimento: l'art. 217-bis l.f. prima e dopo il "Decreto sviluppo"*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 3/2012, passim; F. VITALE, *Nuovi profili penali della crisi di impresa: l'esenzione dai reati di bancarotta e la responsabilità del professionista attestatore*, in *www.archiviopenale.it*, 2014, n.1, p.10; G. AMARELLI, *I delitti di bancarotta alla luce del nuovo 217-bis l.f.: qualcosa è cambiato?*, cit., p.562, che analizza soprattutto la frequenza di simili espressioni nella nostra legislazione penale; A. ALESSANDRI, *Profili penali delle procedure concorsuali*, cit., p.60.

comprendere il suo significato penalistico⁵⁶; ovvero, collocare la norma all'interno di categorie penalistiche riconosciute. E ciò non tanto per l'esigenza di catalogazione, che di per sé è irrilevante; quanto piuttosto perché ad ogni diversa qualificazione corrispondono, sul piano applicativo, conseguenze differenti (e alquanto rilevanti)⁵⁷. Le possibili soluzioni interpretative ricadono nell'area della «cause di esclusione della pena», ovvero: cause di giustificazione, di esclusione della colpevolezza e cause di non punibilità in senso stretto. Ognuna di esse ha fondamento e conseguenze differenti, collegate dal solo fatto che la loro sussistenza ne esclude la punibilità⁵⁸. Le cause di giustificazione, dette anche *scriminanti*, rendono lecito, alla luce di un bilanciamento degli interessi in gioco, un comportamento penalmente rilevante⁵⁹. In tale prospettiva, si evidenzia che se, da una parte, è indubbio che la disposizione in commento enunci una prevalenza tra due classi di norme, dall'altra, è innegabile la diversità dello schema su cui si basa il meccanismo giustificativo. La norma, infatti, non si rifà alla forma tipica delle scriminanti e, piuttosto che attraverso l'affermazione della superiorità di un interesse rispetto alla meritevolezza della pena, opera in un momento antecedente ovvero quello della tipicità normativa. I due interessi contrapposti, quindi, non sono bilanciati, bensì uno erode e "si sostituisce" all'altro⁶⁰.

⁵⁶ «"Collocare" la figura giuridica di nuovo conio all'interno di riconosciute categorie penalistiche risponde non già a un altrimenti inutile bisogno di catalogazione, ma piuttosto alla cogente ragion pratica che alle diverse plausibili qualificazioni...corrispondono conseguenze significativamente diverse sul piano applicativo» così F. MUCCIARELLI, *L'esclusione dai reati di bancarotta*, cit. p.1475; E. BASILE, *Art. 217-bis l- fall. e gruppi di società*, in *Banca borse tit. cred.*, 2/2013, p.203 ss.

⁵⁷ Ad esempio, se si ritenesse l'articolo *de quo* una causa di giustificazione, allora la norma si dovrebbe applicare anche a fattispecie concrete non espressamente richiamate; cosa che, invece, non può dirsi nel caso in cui il medesimo venga inteso quale causa di esclusione della punibilità in senso stretto.

⁵⁸ Per un approfondimento sulle differenze ontologiche e le relative conseguenze applicative si rimanda a M. ROMANO, *Pre-art. 50*, in *Commentario sistematico del codice penale*, I, art.1-84, Milano, 1987, p.444 ss.

⁵⁹ G.G. SANDRELLI, *La riforma della legge fallimentare*, loc. cit.; G. INSOLERA, *Riflessi penalistici della nuova disciplina del concordato preventivo e delle composizioni extragiudiziali della crisi d'impresa*, in *Giur. comm.*, 2006, p. 462.

⁶⁰ In tal senso R. LOTTINI, *Modifica della legge fallimentare*, in *Fall.*, 2010, p.1362; F. DONELLI, *I continui esperimenti sul diritto penale del fallimento: l'art. 217-bis l.f. prima e dopo il "Decreto sviluppo"*, cit., nota n.20, p.791. A favore della natura di causa di giustificazione "speciale" si rimanda a M. SCOLETTA, *La "specialità" della causa di esenzione dai reati di bancarotta*, in R. BORSARI (a cura di), *Crisi dell'impresa, procedure concorsuali e diritto penale dell'insolvenza. Aspetti problematici*, Padova, 2015, p.401. Contra la soluzione che ne ravvisa una causa di giustificazione A. ALESSANDRI, *op. cit.*, p.61 ss.

Valutare l'esistenza del piano come un'esimente oggettiva significherebbe che il legislatore ha ritenuto che l'interesse dell'impresa alla pianificazione della fase liquidatoria o risanatoria prevalga sulla tutela della *par condicio creditorum*; ma ciò non è corretto, in quanto il "salvataggio" dell'impresa viene posto in essere proprio allo scopo di evitare la liquidazione, non sacrificando totalmente l'interesse dei creditori⁶¹.

Le cause di non punibilità in senso stretto, invece, rendono non punibile un fatto tipico, antiggiuridico e colpevole; laddove, le cause di esclusione della colpevolezza rendono un fatto tipico, antiggiuridico, non colpevole⁶². Tali ultime soluzioni però non sono accettate dalla dottrina maggioritaria in quanto, l'articolo non sembrerebbe legato a nessuna ragione di opportunità politico-criminale – data la liceità del comportamento in ambito civilistico – né lo stesso introdurrebbe elementi idonei ad incidere sulla rimproverabilità del fatto⁶³.

La dottrina maggioritaria⁶⁴, così, è concorde ad inquadrare il ruolo dell'art. 217-*bis* nella causa di esclusione del tipo, ovvero ragionando sul piano della tipicità dei reati interessati e attraverso l'introduzione di "elementi negativi del fatto"⁶⁵.

La norma esimente, peraltro, pur essendo stata introdotta successivamente rispetto alla fattispecie incriminatrice, ne rappresenta un "limite esegetico"⁶⁶.

L'intento del legislatore era non solo di evitare la condanna all'imprenditore, quanto piuttosto di scongiurarne qualunque forma di risvolto penalistico, orientando a priori la valutazione di tipicità del fatto, che è sottintesa all'avvio di un'indagine penale⁶⁷.

L'articolo, infatti, seleziona *a priori* dei comportamenti ormai idonei a ledere la *par condicio creditorum*, in quanto esecutivi di piani o accordi finalizzati al risanamento

⁶¹ F. DONELLI, *I continui esperimenti sul diritto penale del fallimento: l'art. 217-bis l.f. prima e dopo il «decreto sviluppo»*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, n. 3/2012, p.787.

⁶² M. ROMANO, *Teoria del reato, punibilità, soglie espresse di offensività (e cause di esclusione del tipo)*, in E. DOLCINI – C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, II, p.1736.

⁶³ M. ZINCANI, *Il nuovo art. 217- bis l.f.: la ridefinizione dei reati di bancarotta*, in *Fall.*, 2011, p.520

⁶⁴ F. MUCCIARELLI, *L'esclusione dai reati di bancarotta*, *cit.*, p.1479; R. BRICCHETTI – F. MUCCIARELLI – G.G. SANDRELLI, *Sub art. 216- 241, op. cit.*, p.2738; G. AMARELLI, *I delitti di bancarotta alla luce del nuovo 217- bis l.f.; cit.*, p.562; M. ZINCANI, *Il nuovo 217-bis l.f.: la ridefinizione dei reati di bancarotta*, in *cit.*, p.521.

⁶⁵ F. MUCCIARELLI, *op. cit.*, p.1482.

⁶⁶ Così F. MUCCIARELLI, *op. cit.*, p.1474 ss.

⁶⁷ A. FIORELLA- M. MASUCCI, *Gestione dell'impresa e reati fallimentari*, Torino, 2014.

dell'impresa, tutelando la stessa quale bene giuridico, economico e sociale⁶⁸. Ecco allora che detti comportamenti rientrano nell'ambito di operatività della norma solo se posti in essere in una condizione dettata dalla stessa legge, ovvero «*in esecuzione*» di una delle procedure di risanamento *de quo*. La "*nota di specializzazione*" – l'essere *in esecuzione di* (...) – modifica in senso limitativo, sul versante della tipicità, il perimetro e il contenuto dei delitti citati dal medesimo 217-*bis*, l.f.⁶⁹.

La natura oggettiva dell'operazione – funzionale al risanamento – esenta la stessa dai reati di cui agli artt. 216, 3° comma, e 217, l.f., poiché esclude non solo la punibilità ma l'esistenza stessa del reato⁷⁰.

L'estremo modale potrebbe quindi essere inteso come elemento costitutivo negativo del fatto, dato che esso comporta l'estromissione di detti comportamenti dall'insieme dei fatti tipici di bancarotta preferenziale e semplice⁷¹.

La peculiarità delle ipotesi ex art. 217-*bis* è rinvenibile nel fatto che l'imprenditore accetta i rischi dell'operazione, non nell'intento di sottrarre, con dolo o colpa, la garanzia patrimoniale dei creditori, quanto piuttosto di risanare la propria impresa. È questo il senso della definizione della norma come causa di esclusione della tipicità.

Secondo una diversa tesi, invece, la tipicità materiale sarebbe già stata ridelimitata con le modifiche apportate all'art. 67, l.f., cosicché l'art. 217-*bis* non introdurrebbe nulla di nuovo: si tratterebbe di una norma meramente esplicativa di concetti già presenti nella legge fallimentare⁷². In tale prospettiva, l'articolo in commento, potrebbe al più considerarsi una norma di interpretazione autentica, volta a mettere chiaramente ed espressamente in evidenza l'operatività dell'esenzione prevista dal comparto civile rispetto alle fattispecie penali⁷³.

⁶⁸ N. GIANESINI, *op. cit.*, p.68

⁶⁹ Si veda, F. MUCCIARELLI, *op. cit.*, p.1474 ss.

⁷⁰ R. LOTTINI, *Il nuovo art. 217-bis, una riforma che tradisce le aspettative*, in *Il fallimento*, 12/2010, p.1366.

⁷¹ Si veda, F. MUCCIARELLI, *op. cit.*, p.1474 ss.

⁷² G. COCCO, *Esenzioni dai reati di bancarotta nel nuovo art. 217 bis della legge fallimentare*, in *Leg. Pen.*, n. 1/2011, p.5; G. FLORA, *Verso una nuova stagione del diritto penale fallimentare?* In *Riv. trim. dir. pen. econ.*, n. 4/2012, p. 891.

⁷³ Così G. COCCO, *Esenzione dai reati di bancarotta nel "nuovo" art. 217-bis della legge fallimentare*, *cit.*, p.5 ss; in tal senso anche M. SCOLETTA, *La "specialità" della causa di esenzione dai reati di*

Nonostante la (apparente) logicità dell'interpretazione maggioritaria, che rinviene nell'art. 217-*bis* una causa di esclusione del tipo, le criticità applicative⁷⁴ hanno indotto altra parte della dottrina a riconsiderare l'art. 217-*bis* come clausola concernente la non meritevolezza di pena per quei fatti di bancarotta ex art. 216, comma 3, e 217, l.f., commessi in esecuzione di una delle "nuove" soluzioni concordate della crisi⁷⁵.

A sostegno della stessa, vengono evidenziate alcune carenze argomentative della dottrina maggioritaria. Innanzitutto, la norma *de qua* è collocata al di fuori delle fattispecie incriminatrici di cui limita la portata applicativa; il che, da un punto di vista formale, farebbe propendere per una causa di non punibilità ed il sintagma «*non si applicano*» non può essere di per sé un fattore determinante⁷⁶.

L'elemento davvero rilevante, sul piano sostanziale, è la c.d. *materia del divieto*. Ed infatti, soltanto qualora "un fattore è concepito e collocato come ultroneo rispetto alla significatività di disvalore"⁷⁷ si potrà considerare una norma come espressione di un principio politico-criminale di mera opportunità dell'intervento sanzionatorio⁷⁸. Tuttavia, nell'art. 217-*bis* tale profilo rimane controverso⁷⁹ e, per uscire dall'*impasse* creatosi, sembra opportuno riconsiderare la norma in un'ottica sistematica. Ovvero, valutare la natura e l'applicabilità della stessa in accordo con i principi generali del diritto penale delle procedure concorsuali, oltre che con la natura e il ruolo della dichiarazione giudiziale di insolvenza rispetto ai fatti di bancarotta pre-fallimentare⁸⁰. Collocare, quindi, la declaratoria di fallimento fuori dal fatto tipico, incide

bancarotta, in R. BORSARI (a cura di), *Crisi dell'impresa, procedure concorsuali e diritto penale dell'insolvenza. Aspetti problematici*, Padova, 2015, p.399.

⁷⁴ Quale il continuo ricorso all'analogia al fine di circoscrivere il perimetro operativo della norma, sia in merito agli eventuali concorrenti che all'efficacia temporale della stessa; cfr. Capitolo III, § 2. ss.

⁷⁵ In tal senso si rinvia a E. BASILE, *op. cit.*, p.203 ss.

⁷⁶ ID.; nonché per un confronto in merito alle clausole concomitanti o coincidenti alla dizione in commento, contenute nella legislazione penale, si veda G. Amarelli, *I delitti di bancarotta alla luce del nuovo art. 217 bis, l. fall.: qualcosa è cambiato?*, *op.cit.*, p.547 ss, il quale tuttavia non riscontra esiti univoci sul versante dogmatico.

⁷⁷ M. ROMANO, Sub Art. 44, in Commentario sistematico al codice penale, I, Milano, 2004, p.476 ss.

⁷⁸ E. BASILE, *op. cit.*, p.203 ss; sul punto cfr. M. ROMANO, «Meritevolezza di pena», «bisogno di pena» e teoria del reato, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p.39

⁷⁹ E. BASILE, *op. cit.*, p.203 ss.

⁸⁰ Argomento in cui si registra una netta divaricazione tra dottrina e giurisprudenza, per cui si rinvia al § 4. del Capitolo I.

sull'opportunità di punire⁸¹ e, dunque, la stessa, può tornare utile al fine di inquadrare la norma *de qua* quale limite non rispetto alla tipicità della condotta, quanto piuttosto nel considerarla la manifestazione degli effetti di una condizione obiettiva di punibilità che deve ancora verificarsi (*i.e.* la dichiarazione di fallimento), ovvero si verifica in concomitanza (il provvedimento di ammissione al concordato preventivo di cui all'art. 236, cpv. n.1, l.f.)⁸².

Ebbene, così opinando, sul piano dell'elemento soggettivo non vi sarebbero ostacoli, in quanto è pacifico che le cause di non punibilità, indipendentemente se originarie o sopravvenute, escludono la colpevolezza, giacché "*operano a favore dell'agente se obiettivamente esistenti...*", viceversa, se non esistono, "*a nulla varrà che l'agente abbia erroneamente supposto che fossero presenti nel caso concreto*"⁸³, non potendosi in tal caso ricorrere né all'applicazione dell'art. 59, cpv. 2, c.p.⁸⁴ né tanto meno all'analogia.

Con riferimento agli eventuali concorrenti, accedendo a tale ultima esegesi, la norma non avrebbe carattere personale, riferendosi non all'agente quanto piuttosto alle condotte «*pagamenti*» e «*operazioni*», potendo così trovare applicazione il secondo comma dell'art. 119 c.p.⁸⁵.

Concludendo, dunque, è importante sottolineare che, a seconda dell'etichetta dogmatica assegnata all'esenzione, la sua applicabilità potrebbe aversi (o meno) anche alle fasi prodromiche all'adozione di una delle soluzioni finalizzate al risanamento, il che, come vedremo, porta con sé conseguenze decisamente diverse in merito all'area di rischio penale delle stesse.⁸⁶

⁸¹ Cfr. C. PEDRAZZI, Sub art. 216, in C. PEDRAZZI – F. SGUBBI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, F. GALGANO (a cura di) - art.216-227, in *Commentario Scialoja Branca*, Bologna- Roma, 1995, p.16 ss; L. MARINUCCI- E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, 4, Milano, 2012, p.376ss; nonché E. BASILE, *op. cit.*, p207 ss, in particolare v. nota n. 52.

⁸² In tale chiave di lettura, come si vedrà, la problematica delle condotte strumentali o, comunque, prodromiche viene "facilmente" risolta valutando la norma ora quale causa concomitante ora quale causa sopravvenuta di esclusione della punibilità; così E. BASILE, *op. cit.*, p.203 ss.

⁸³ L. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale.*, *cit.*, p.378.

⁸⁴ *Ibidem*; conf. F. MUCCIARELLI, *L'esenzione dai reati di bancarotta*, *cit.*, p.1475; E. BASILE, *op. cit.*, p.207.

⁸⁵ "*Le circostanze oggettive che escludono la pena hanno effetto per tutti coloro che sono concorsi nel reato*". Sul punto cfr. M. ROMANO, *Cause di giustificazioni, cause scusanti, cause di non punibilità*, in *Riv. trim. dir. proc. pen.*, 1990, p.68 ss; nonché L. MARINUCCI – E. DOLCINI, *ibid.*

⁸⁶ Tematica che verrà ampiamente affrontata nel corso del Capitolo III.

3.2. I presupposti di operatività della norma

Ovviamente, l'art. 217-*bis* opera nel momento in cui, nel tentativo di risanamento, la soluzione adottata non giunge all'esito sperato e, di conseguenza, sopraggiunge il fallimento.

Occorre, allora, tentare di chiarire quale sia il perimetro di operatività della norma.

3.2.1. I pagamenti e le operazioni esentate

L'art. 217-*bis* elimina il paventato rischio di bancarotta per i «pagamenti» e le «operazioni» effettuate in esecuzione di una delle alternative previste dall'ordinamento per la composizione della crisi d'impresa, che sono espressamente menzionate dalla norma.

Con il termine «*pagamenti*» si intende qualunque modalità solutoria di un debito pregresso, introducendo così un parallelismo con la fattispecie preferenziale; mentre, con l'espressione «*operazioni*» si delinea un concetto più ampio, capace di comprendere tutti quegli atti e negozi giuridici funzionali ad un piano ideato al fine di superare il dissesto⁸⁷.

Tali pagamenti ed esenzioni, dunque, trovano una chiara delimitazione nello stesso contesto in cui sono poste, ovvero le "nuove" soluzioni alternative.

Alle esimenti di cui sopra – ovvero «*pagamenti*» od «*operazioni*» posti in essere in costanza di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione o di un piano attestato di risanamento⁸⁸ – se ne sono aggiunti altri, a seguito dei vari interventi legislativi, quali: i finanziamenti prededucibili ex art. 111 l.f.; il pagamento dei crediti anteriori per la prestazione di beni e servizi, di cui all'art. 182-*quinquies*; l'accordo di composizione della crisi da sovraindebitamento (omologato); le operazioni di finanziamento di cui all'art. 22-*quater*, comma 1, d.l. 24 giugno 2014, n.91⁸⁹.

⁸⁷ In tal senso F. MUCCIARELLI, *L'art. 217- bis l.f. e la disciplina delle procedure di soluzioni della crisi d'impresa*, in F. BONELLI (a cura di), *Crisi di impresa: casi e materiali*, Milano, 2011, pp.283- 284; *Id.*, *L'esenzione dai reati di bancarotta*, in *Dir. pen. e proc.*, p.1476; F. D'ALESSANDRO, *Il nuovo articolo 217 bis l. fall.*, in *Le Società*, 2011, p.212 ss.

⁸⁸ Per le cui caratteristiche si rinvia al Capitolo I, § 5.1., 5.2. e 5.3.

⁸⁹ Questi ultimi temi qui non affrontanti. Si tratta della L. 27 gennaio 2012 n.3 "Disposizioni in materia di usura e di estorsione, nonché di composizione delle crisi da sovraindebitamento" (per un

Le caratteristiche comuni a tali strumenti, come noto⁹⁰, riflettono il nuovo approccio alla crisi e le sue possibili soluzioni. Queste, nell'art. 217-*bis*, l.f., vengono "connesse" ai «pagamenti» e alle «operazioni» dal sintagma «in esecuzione», la cui interpretazione, come già accennato, è stato al centro di un dibattito dottrinale, ovvero: se esso sia da intendere in *stricto sensu* ("cronologico") o in senso "strumentale"⁹¹.

3.2.2. Le fattispecie penali esentate

L'articolo 217-*bis* fa genericamente riferimento agli artt. 216, 3° comma, e 217, l.f., che trattano, rispettivamente, della bancarotta preferenziale e semplice, le quali si pongono in netta contrapposizione, sia logica che giuridica, con le finalità di risanamento più volte richiamate.

La prima cosa da osservare è che non tutte le condotte descritte dai suddetti articoli sono riconducibili ai «pagamenti» e alle «operazioni» cui fa cenno la norma. Infatti, la fattispecie di bancarotta preferenziale sanziona non solo chi esegue pagamenti pregiudizievoli ai creditori, ma anche colui che "simula titoli di prelazione". Quest'ultima condotta, nell'accezione strettamente civilistica (ex art. 1414 ss, c.c.), consisterebbe nell'affermare titoli non veri, simulando l'esistenza di un negozio giuridico che, per effetto dell'accordo simulatorio, non ha valore tra le parti o ne nasconde uno diverso da quello dichiarato⁹². In questa prospettiva – accolta dalla dottrina – è evidente che la condotta in oggetto non potrà ricadere nel campo di esenzione, in quanto, ai fini del risanamento e, quindi, in esecuzione di un piano, la creazione artificiale di un titolo di prelazione non ha motivo di esistere⁹³.

approfondimento si veda N. GIANESINI, *op. cit.*, p.28 ss) e della L. 11 agosto 2014, n.91 "Misure a favore del credito per le imprese sottoposte a commissariamento straordinario e per la realizzazione del piano delle misure e delle attività di tutela ambientale e sanitaria", legge adottata con specifico riferimento all'Ilva di Taranto.

⁹⁰ Si veda Capitolo I, § 5.

⁹¹ Per un approfondimento sul dibattito dottrinale e sulle conseguenze giurisprudenziali di tale incertezza interpretativa si rimanda al Capitolo III.

⁹² Interpretazione maggioritaria in dottrina. Sul punto si veda A. ROSSI, *Reati fallimentari, op. cit.*, p.146; P. MANGANO, *Disciplina penale del fallimento*, III ed., Milano, 2003, p.72.

⁹³ Viceversa, qualora la costituzione del titolo sia effettiva, tal discorso non vale più, anche perché tale operazione rientrerebbe tra quelli "naturali" degli accordi di risanamento; così F. D'ALESSANDRO, *Il nuovo art.217- bis l.f., cit.*, p.207; F. MUCCIARELLI, *L'esenzione dai reati di bancarotta, cit.*, p.1477; *Id.*,

La giurisprudenza⁹⁴, partendo da un'interpretazione complessiva della disposizione – che rispecchia la finalità di tutela della *par condicio* – ne ricava un'accezione "penalistica", comprendendovi anche quelle condotte che, in effetti, trasformano un chirografario in privilegiato, al fine di una soddisfazione maggiore nella successiva procedura concorsuale. Infatti, la Cassazione sostiene che *"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 di una garanzia in presenza dello stato di insolvenza, posto che entrambe conducono al medesimo risultato di alterazione della par condicio creditorum"*⁹⁵.

Pertanto, in detta accezione penalistica di "simulazione", anche tali condotte godrebbero dell'esimente di cui all'art. 217-bis, l.f.⁹⁶.

La dottrina autorevole è, invece, contraria a tale estensione del concetto di simulazione, giacché introdurrebbe un'analogia in *malam partem*⁹⁷. Per verificare la sussistenza della simulazione si deve necessariamente passare attraverso la ricostruzione della concreta volontà delle parti, che, in tema di bancarotta preferenziale, deve rappresentare l'intento di arrecare un pregiudizio ai creditori, a vantaggio di uno solo di essi. Di conseguenza, sono ricomprese nella fattispecie

L'art. 217-bis e la disciplina penale delle procedure di soluzione della crisi d'impresa, in F. BONELLI (a cura di), *op. cit.*, p.281.

⁹⁴ Cass., sez. V, 1 dicembre 1999, *Giur. it.*, 2002, p.1259; Cass., sez. V, 23 febbraio 2000, n.2136, in *Dir. prat. soc.*, 2000, p.91; Cass. pen., sez. V, 2 marzo 2004, n.16688, in *Foro.it*, p.32. Contra, in dottrina: F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, leggi complementari. I reati fallimentari, tributari, ambientali e dell'urbanistica*, vol. II, XI ed., L. CONTI (a cura di), Milano, 2001, p.89 ss; G. COCCO, *La bancarotta preferenziale*, *cit.*, p.215; F. SGUBBI, *Profili evolutivi della bancarotta preferenziale*, in AA.VV., *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, N. PISANI (a cura di), Torino, 2010, p.65.

⁹⁵ Cass. pen., sez. V, 2 marzo 2004, n.16688, in *Foro.it*, 2005, p.781; ed infatti la stessa stabilisce che *"In tema di bancarotta preferenziale, integra gli estremi della <simulazione di prelazione> di cui all'art. 216, comma terzo, parte seconda, della legge fallimentare, la condotta di una impresa in situazione di decozione, che consegua da una banca creditrice mutui fondiari garantiti da ipoteca immobiliare utilizzati per il ripianamento dei saldi negativi dei conti correnti intrattenuti con la stessa Banca, così trasformandosi il credito vantato da quest'ultima verso l'impresa da chirografario in privilegiato e, quindi, costituendosi un titolo di prelazione in danno di ogni creditore"*.

⁹⁶ Così R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari. Dottrina e giurisprudenza a confronto*, *cit.*, p.158.

⁹⁷ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, leggi complementari*, vol. II, G. GROSSO (a cura di), Milano, 2014, p.148 ss; in senso conforme A. ALESSANDRI, *Profili penali delle procedure concorsuali*, *op. cit.*, p.64.

preferenziale solo le ipotesi di effettiva simulazione attuate a questo scopo⁹⁸. Viceversa, anche in assenza della previsione di esenzione di cui all'art. 217-*bis*, non si può parlare di bancarotta, qualora il titolo sia stato predisposto per l'ottenimento di nuova finanza, in esecuzione del piano di risanamento. Il privilegio, quindi, trova la sua ragion d'essere nella funzione di riequilibrio economico e finanziario dell'impresa⁹⁹.

L'incoerenza sistematica, poi, è ancora più marcata con riferimento al generico richiamo all'art. 217, l.f.¹⁰⁰. Infatti, il difficile coordinamento logico-giuridico tra le condotte e la norma esimente, fa sì che alcune delle fattispecie elencate potrebbero ritenersi escluse, quali: le condotte di cui al 2° comma dell'art. 217 – omessa o irregolare tenuta dei libri e delle altre scritture contabili prescritti dalla legge nei tre anni antecedenti alla dichiarazione di fallimento ovvero dall'inizio dell'impresa –; quelle del 1° comma n.1) – *“spese personali o per la famiglia eccessive rispetto alla sua condizione economica”* – in quanto si tratterebbe di spese totalmente estranee al fine tutelato dall'esenzione; e quelle al n.5) – *“non ha soddisfatto le obbligazioni assunte in un precedente concordato preventivo o fallimentare”* – per la logica in esse immanente¹⁰¹.

Più articolata, invece, è la questione in riferimento al n.2) del 1° comma dell'articolo in commento, il quale ricomprende la consumazione di *“una notevole parte del patrimonio in operazioni di pura sorte o manifestamente imprudenti”*.

Va notato che tali condotte sono maggiormente coerenti con l'humus della crisi d'impresa e, astrattamente, potrebbero rientrare nel perimetro dell'esenzione dell'art. 217-*bis*. Allo stesso tempo, però, tra queste operazioni ed i piani di risanamento pare esserci un'incompatibilità logica, poiché un comportamento erosivo della consistenza

⁹⁸ M. ZINCANI, *Il nuovo art.217- bis, cit.*, p.521.

⁹⁹ F. D'ALESSANDRO, *Il nuovo art. 217-bis l.f., cit.*, p.212; A. FIORELLA – M. MASUCCI, *Gestione dell'impresa e reati fallimentari, cit.*, p.116.

¹⁰⁰ F. VITALE, *Nuovi profili penali della crisi di impresa: l'esenzione dai reati di bancarotta e la responsabilità del professionista attestatore, cit.*, p.13 parla di *“indifferenziato richiamo all'art.217”*; R. BRICCHETTI, *Intervento*, in AA.VV., *Le soluzioni concordate della crisi di impresa*, a cura di A. JORIO, Milano, 2012, p.143, il quale rileva che prima del 2010, ovvero prima dell'introduzione dell'art. 217-*bis*, non vi erano problemi di interferenza con la fattispecie di bancarotta semplice.

¹⁰¹ F. MUCCIARELLI, *L'esenzione dai reati di bancarotta, cit.*, p.1477 ss; F. D'ALESSANDRO, *Il nuovo art.217- bis l.f., cit.*, p.212; in senso contrario, A. ALESSANDRI, *Profili penali delle procedure concorsuali, op. cit.*, p.65; A. FIORELLA – M. MASUCCI, *Gestione dell'impresa e reati fallimentari, cit.*, p.117, ritenendo che in tal caso non vi è un effettivo depauperamento del patrimonio

patrimoniale contrasta con la logica dei piani o degli accordi di superamento della crisi¹⁰², basati su scelte non casuali e responsabili, la cui veridicità e fattibilità è attestata da un terzo soggetto qualificato ed indipendente.

È pacifica, invece, l'inclusione delle condotte di cui al 1° comma, dell'art. 217, n.3) e n.4), le quali, rispettivamente, sanzionano chi abbia compiuto "*operazioni di grave imprudenza per ritardare il fallimento*" oppure aggravato il dissesto, non richiedendo il proprio fallimento o con altra colpa grave, in quanto tali comportamenti, qualora posti in essere in una delle procedure *de qua*, diventano non sussumibili sotto le suddette incriminazioni¹⁰³.

3.2.3. La (eventuale) rilevanza della componente dimensionale

L'art. 217-*bis* non fa alcuna menzione ad eventuali valutazioni da svolgere in merito alla componente dimensionale, per la sua applicazione.

A ben vedere, infatti, il riferimento a «*pagamenti*» e «*operazioni*» è privo di qualunque caratterizzazione, al di fuori della loro strumentalità all'esecuzione di una delle soluzioni di risanamento menzionate dallo stesso articolo.

Tuttavia, sebbene da tali considerazioni si debba ricavare la *non* rilevanza del requisito dimensionale, da altra prospettiva, lo stesso, potrebbe riflettere un diverso valore¹⁰⁴. Ebbene, il profilo dimensionale potrebbe tornare utile circa la possibile inidoneità del piano. Ad esempio, come rilevato da autorevole dottrina¹⁰⁵, nel caso in cui un finanziatore richiede, a fronte dell'erogazione, garanzie nettamente sovrabbondanti, qualora il piano così finanziato non andasse a buon fine e intervenisse il fallimento, la anzidetta sproporzione porterebbe a dedurre l'esistenza di un alto rischio. In altre parole, la sproporzione fra l'entità del finanziamento e la garanzia prestata, potrebbe essere assunta quale indice sia circa il giudizio di

¹⁰² Infatti il piano attestato, ex art.67, 3° comma, lett. d) si connota in termini di idoneità "a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria e ad assicurare il riequilibrio dell'esposizione debitoria"; così come si parla di "*attuabilità dell'accordo*" negli accordi di ristrutturazione ex art. 182-*bis*, o "*fattibilità*" del piano di concordato. F. MUCCIARELLI, *op. loc. cit.*; M. ZINCANI, *Il nuovo art.217- bis, op. cit.*, p.522; R. BRICCHETTI, *Le esenzioni dai reati di bancarotta, op. cit.*, p.376.

¹⁰³ In questo senso R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *op.cit.*; F. MUCCIARELLI, *L'esenzione dai reati di bancarotta, cit.*, p.1477.

¹⁰⁴ F. MUCCIARELLI, *L'esenzione dai reati di bancarotta, cit.*, p.1477 ss.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

idoneità *ex ante* del piano, sia circa la consapevolezza del finanziatore della probabile inidoneità dello stesso¹⁰⁶.

Ovviamente si pone il problema di capire quando si possa parlare di "eccessività".

La stessa dipenderà dall'ambito di applicazione, in cui occorrerà appunto rifarsi alla prassi seguita, tenendo comunque conto del "*fisiologico dislivello che si può riscontrare tra le valutazioni del bene (es. compendio immobiliare) costituente la garanzia e le concrete possibilità di realizzo in un contesto macro e micro-economico dato*"¹⁰⁷.

Inoltre, va notato che anche qualora non si rinvenga una eccessiva¹⁰⁸ sproporzione quantitativa tra il finanziamento e la garanzia, comunque non sarebbe condizione sufficiente ad escludere tutti i dubbi circa l'applicabilità dell'art. 217-*bis*. Ed infatti, basti pensare al caso in cui oltre ai creditori assistiti da tali garanzie, ve ne siano altri senza tale beneficio (*i.e.* i creditori non aderenti all'accordo di ristrutturazione ex art.182-*bis*). In tale ipotesi, dunque, sebbene si possa dire che la "eccessività relativa" della garanzia sia in qualche misura connaturale al piano o all'accordo, si rileva come le ragioni dei creditori non aderenti vengono ingiustificatamente compromesse, si suggerisce – magari in attesa di posizioni dottrinali e giurisprudenziali – di adottare un criterio di proporzionalità quantitativa che tenga conto anche del rapporto fra i creditori che beneficeranno della garanzia e quelli invece esclusi¹⁰⁹.

3.3. Le operazioni non revocabili ex art. 67, 3° comma, l.f., ma non esenti dal reato di bancarotta ex art. 217 *bis*

L'analisi dell'art. 217-*bis* non può prescindere dal raffronto con l'art. 67, 3° comma, l.f., in quanto rappresenta un ulteriore profilo problematico, evidenziando, ancora una volta e se mai ce ne fosse stato bisogno, la disomogeneità tra le due tutele, civile e penale, apprestate dall'ordinamento.

¹⁰⁶ Ovvero, la garanzia eccessiva sembrerebbe esser indice della sua consapevolezza circa il rischio del piano e del suo difficile buon esito, nonché, quindi, della inidoneità dello stesso.

¹⁰⁷ Così F. MUCCIARELLI, *L'esonazione dai reati di bancarotta*, cit., p.1478.

¹⁰⁸ "Eccessiva" nel senso anzidetto.

¹⁰⁹ Sul punto, F. MUCCIARELLI, *op. cit.*, *ibid.*

L'articolo esimente menziona solo la condotta di cui alla lett. d) dell'art. 67, 3° comma, l.f., escludendo, quindi, dall'esenzione penale, le operazioni di cui alle lettere a), b), c), e) ed f) della medesima norma¹¹⁰.

Per quanto attiene alla fattispecie della lett. e), appare ragionevole ritenerla esente dai reati di bancarotta (preferenziale e semplice), come si evince dallo stesso tenore letterale della norma¹¹¹, i cui effetti ricadrebbero, comunque e per via diretta, nell'esenzione di cui all'art. 217-bis, l.f.

Diversamente, non si comprenderebbe il motivo di una differenza tra la disciplina civile e quella penale, considerato che i pagamenti e le operazioni citati nella prima parte dell'art. 217-bis, quali atti esenti dai reati di bancarotta, sono del tutto simili a quelli elencati nella lettera e) del 3° comma dell'art. 67, l.f.

La mancata menzione di tale lettera potrebbe ravvisarsi nell'intento del legislatore di evitare un'inutile ripetizione.

Un'interpretazione analogica in riferimento alle altre lettere del 3° comma, dell'art. 67, l.f., non è altrettanto semplice. Qualora si accedesse alla tesi di natura eccezionale della norma, tale estensione non potrebbe aversi e il dettame dell'art. 217-bis andrebbe interpretato *stricto sensu*. Molto più semplicemente, poiché il legislatore ha esplicitamente richiamato solo una delle diverse ipotesi previste dall'art. 67, 3° comma, ciò significa che non esiste una lacuna da colmare¹¹².

Vale il celebre brocardo latino: *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*¹¹³.

¹¹⁰ Si veda il § 3., ove è riportato anche il testo della norma.

¹¹¹ Lett. 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". In tal senso si veda G. Amarelli, *I delitti di bancarotta alla luce del nuovo 217-bis l.f.: qualcosa è cambiato?*, cit., p.572

¹¹² F. MUCCIARELLI, *L'esenzione dai reati di bancarotta*, cit., p.1476; F. D'ALESSANDRO, *Il nuovo art. 217-bis l.f.*, cit., p.208, invece, pur prospettando tale soluzione, dubita che tale "disparità" di trattamento sia finalizzata a creare una diversificazione penale tra tali atti; piuttosto, secondo l'Autore, essa ha quale ratio la circostanza che le ipotesi circoscrivibili all'interno dell'esenzione – ovvero lett. d) ed e) – hanno un vaglio di ponderazione a valle, che sia del professionista attestatore o da parte del tribunale stesso, mentre le altre sono frutto di una libera scelta da parte dell'imprenditore- debitore. In tal senso anche R. LOTTINI, *Modifica della legge fallimentare*, cit., p.1375.

¹¹³ Ed infatti, F. MUCCIARELLI, *L'art. 217-bis l. fall. e la disciplina penale delle procedure di soluzione della crisi d'impresa*, in AA.Vv., *Crisi di imprese. Casi e Materiali*, F. BONELLI (a cura di), Milano, 2011, pp.278-279: "la natura di elemento descrittivo del fatto tipico impone di considerare l'elenco delle procedure in modo tassativo, sicché operazioni o pagamenti effettuati al di fuori delle ipotesi

D'altra parte, al fine di evitare il paventato rischio di incostituzionalità della norma, ove prevede un trattamento differenziato per fattispecie analoghe¹¹⁴, occorre trovare un'interpretazione che legittimi tale discrepanza.

Ebbene, con riferimento alla bancarotta preferenziale, la soluzione non può che essere la stessa utilizzata, prima dell'entrata in vigore dell'esenzione di cui all'art. 217-*bis*, per spiegare il controverso rapporto tra le esenzioni da revocatoria e la bancarotta preferenziale¹¹⁵.

Sulla specifica questione del mancato richiamo delle altre lettere del 67, 3° comma, nel 217-*bis*, vale la pena precisare che le diverse posizioni dogmatiche sono più omogenee rispetto a quelle formulate *ante* 2010. Molto sinteticamente: alcuni ragionano in termini di causa giustificazione ex art. 51 c.p.¹¹⁶; altri rinvergono la soluzione nella mancanza del dolo richiesto¹¹⁷; altri ancora giustificano l'assenza di illiceità sul piano oggettivo, partendo dall'assunto che se questi atti, in ambito civilistico – a norma dell'art. 67, 3° comma – non ledono la *par condicio*, allora gli stessi non potranno violarla neanche in ambito penalistico¹¹⁸.

Diversamente, quanto alla possibile intersezione con la fattispecie di cui all'art. 217, appare difficile che gli atti esenti da revocatoria, possano integrare la "grave imprudenza per ritardare il fallimento" o la "...altra colpa grave", richieste dai numeri 3) e 4) della norma¹¹⁹, giacché, in ogni caso, sarebbero privi dell'antigiuridicità del fatto, essendo frutto dell'esercizio di un diritto, ai sensi dell'art. 51 c.p.

nominativamente elencate dall'art. 217 bis l. fall., quand'anche finalizzati al superamento della crisi d'impresa, non sembrano poter essere compresi nell'ambito di applicabilità del citato art. 217-bis".

¹¹⁴ Su tale rischio si veda L. PISTORELLI, *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*, Rel. n. III/09/2010, n.12

¹¹⁵ Per cui si rimanda al § 2.1.

¹¹⁶ G. AMARELLI, *I delitti di bancarotta alla luce del nuovo 217- bis l.f.: qualcosa è cambiato?*, cit., p.572.

¹¹⁷ R. BRICCHETTI – F. MUCCIARELLI – G.G. SANDRELLI, *Le responsabilità penali*, cit., p.1294.

¹¹⁸ G. COCCO, *Esenzione dai reati di bancarotta nel "nuovo" art. 217- bis della legge fallimentare*, cit., p.5 ss; nonché R. BRICCHETTI, *Le esenzioni dai reati di bancarotta. L'art. 217- bis l.f.*, cit. p.381; G. CARUSO, *In ordine ai potenziali riflessi penalistici della preveducibilità del credito del professionista nella procedura concordataria ex art. 161, comma 6, l.f.*, in *fallimentoesocietà.it*, 2014, p.25, il quale tende ad interpretare lo scarno contenuto dell'art.217 bis in termini di esclusione della rilevanza penale di tutte le ipotesi dell'art. 67, 3° comma, l.f.

¹¹⁹ Peraltro, alcune delle esenzioni sono tipizzate alla luce di un corretto comportamento gestorio dell'impresa; come ad esempio i connotati dei "termini d'uso" di cui alla lett. a), o anche il "giusto prezzo" di cui alla lett. c).

Infine, non bisogna dimenticare che vi è la possibilità di un'esenzione "diretta", quando uno di questi atti sia effettivamente compiuto in esecuzione di un piano o accordo, come richiamato dall'art. 217-bis¹²⁰.

3.4. Le altre fattispecie penalmente rilevanti ma non esentate

Da sempre, nel "settore" fallimentare, le criticità penalistiche ruotano intorno alla bancarotta preferenziale, data l'omogeneità di condotte e beni giuridici della medesima con la revocatoria fallimentare.

Oggi, essa è espressamente richiamata nell'esenzione di cui all'art. 217-bis, alla quale si affianca anche la fattispecie di bancarotta semplice che, invece, in tal contesto non era mai stata vagliata¹²¹.

Con riferimento alle altre fattispecie di bancarotta, ci si chiede se il legislatore del 2010 (anno dell'introduzione del 217-bis) se ne sia dimenticato, dato che in esecuzione di una delle procedure di risoluzione della crisi potrebbero commettersi anche queste altre ipotesi di reato.

Il mancato richiamo dell'art. 216, comma 1, l.f., potrebbe interpretarsi come manifestazione della volontà di lasciare sanzionata l'ipotesi "più grave", sgravando di responsabilità le ipotesi "minori"; sebbene tale esegesi risulta un po' paradossale¹²².

Nondimeno, tale omissione sembra piuttosto dovuta alla prospettiva del legislatore storico, ovvero esentare quelle fattispecie con maggiori rischi applicativi¹²³, dando per scontato che in tali situazioni di risanamento non si possano verificare condotte di bancarotta patrimoniale; in quanto, le stesse, si configurano esclusivamente in rapporto ad operazione incompatibili con la gestione dell'impresa e supportate da un determinato elemento psicologico, ovvero dalla volontarietà del soggetto agente di diminuire il patrimonio "per scopi del tutto estranei all'impresa"¹²⁴ e, quindi, contrarie alla logica del risanamento.

¹²⁰ F. MUCCIARELLI, *L'esenzione dai reati di bancarotta*, cit., p.1476; concorde anche R. BRICCHETTI, *Le esenzioni dai reati di bancarotta. L'art. 217- bis l.f.*, cit., p.381.

¹²¹ La considerazione è di R. BRICCHETTI, *Intervento*, in AA.VV., *Le soluzioni concordate della crisi di impresa*, cit., p.143.

¹²² A. FIORELLA – M. MASUCCI, *Gestione dell'impresa e reati fallimentari*, Torino, 2014, p.118 ss.

¹²³ Appunto quelli di bancarotta semplice e preferenziale, *Ibidem*.

¹²⁴ Cass. pen., sez. V, 23 ottobre 2002, n. 38835, in *Riv. Pen.*, 2004, p. 470, "L'ipotesi di bancarotta fraudolenta per dissipazione si differenzia dalla fattispecie della consumazione di una notevole parte

È pacifica l'inclusione nel campo di applicazione del 217-*bis* delle fattispecie di cui agli artt. 223 e 224 nella parte in cui richiamano le prescrizioni della suddetta norma, ossia il 1° comma dell'art. 223 e il n.1) del 224, l.f.¹²⁵.

Quanto alle altre fattispecie è utile specificare che alcune di esse, come ad esempio nel caso di cui all'art. 223, comma 2, n.2) hanno caratteristiche materiali e psicologiche che difficilmente risultano compatibili con le condotte, di solito non fraudolenti, poste in essere in esecuzione di una soluzione di risanamento. La c.d. *causazione dolosa*, o per effetto di operazioni dolose, del fallimento¹²⁶, indicata nella norma si pone in direzione diametralmente opposta alla finalità di salvataggio¹²⁷.

Ancora più problematica si presenta l'esegesi dell'art. 224, 1° comma, n.2), il quale prevede la causazione colposa del dissesto. Alcuni autori ritengono che tale condotta possa, automaticamente, rientrare nel campo di applicabilità dell'art. 217-*bis*, essendo riconducibile alla fattispecie di cui all'art. 217, 1° comma, n.4)¹²⁸. Questa impostazione, però, sembra non considerare la colpa specifica richiesta per i soggetti

del patrimonio dell'imprenditore per effetto di operazioni manifestamente imprudenti, punita a titolo di bancarotta semplice, sia sul piano soggettivo, in quanto esige la coscienza e la volontà dell'agente di diminuire detto patrimonio per scopi del tutto estranei all'impresa, sia sul piano oggettivo, in quanto l'operazione fraudolenta è priva del pur minimo profilo di coerenza con le esigenze dell'impresa stessa. Ne consegue che il giudice può ritenere integrata a fortiori l'ipotesi di bancarotta semplice, qualora non sia raggiunta la prova del dolo tipico della dissipazione, anche nel caso di atti di gestione del tutto estranei alle esigenze di conduzione dell'impresa". Cfr. anche Cass. pen. Sez. V, 21-09-2007, n. 39043, in Giur. It., 2008, 3, p.713 con nota di MANTOVANI, secondo cui "non può integrare fatto punibile come bancarotta per distrazione un comportamento, pure doloso o assertivamente fraudolento, la cui portata pregiudizievole risulti annullata per effetto di un atto o di un'attività di segno inverso, capace di reintegrare il patrimonio della fallita prima della soglia cronologica costituita dall'apertura della procedura o, quantomeno, prima dell'insorgenza della situazione di dissesto produttiva del fallimento".

¹²⁵ Cfr. F. MUCCIARELLI, *L'esenzione dai reati di bancarotta*, cit., p.1476; F. D'ALESSANDRO, *Il nuovo art. 217-bis l.f.*, cit., p.204 ss, il quale presta particolare attenzione all'antigiuridicità delle condotte; R. BRICCHETTI – F. MUCCIARELLI – G.G. SANDRELLI, *Le responsabilità penali*, cit., p.1295; R. LOTTINI, *Modifica della legge fallimentare*, cit., p.1374; G. AMARELLI, *I delitti di bancarotta alla luce del nuovo 217- bis l.f.: qualcosa è cambiato?*, cit., p.569; E. BASILE, *Art. 217- bis L. Fall. e gruppi di società*, cit., p.203.

¹²⁶ O anche di ricorso abusivo al credito, ex art. 218 l.f., anche se non è oggetto del presente lavoro. Sul punto si veda N. GIANESINI, *op. cit.*, p.112.

¹²⁷ R. BRICCHETTI, *Le esenzioni dai reati di bancarotta. L'art. 217- bis l.f.*, cit. p.376; S. AMBROSINI, *Profili civili e penali delle soluzioni negoziate nella L. n.122/2010*, in *Fall.*, 2011, p.649; F. MUCCIARELLI, *L'art. 217- bis l.f. e la disciplina penale delle procedure di soluzioni della crisi d'impresa*, cit., p.290. Viceversa, qualora il piano sia predisposto al fine di dissimulare il dissesto, si dovrebbe giungere a soluzione opposta, come sottolinea R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *Bancarotta, le operazioni escluse dall'incriminazione*, in *Guida dir.*, n.37/2010, p.100.

¹²⁸ Così R. BRICCHETTI, *Le esenzioni dai reati di bancarotta. L'art. 217- bis l.f.*, cit. p.376

attivi della bancarotta societaria: sia perché parificare le due ipotesi vanificherebbe l'inserimento nell'ordinamento della fattispecie di cui al n.2 dell'art. 224¹²⁹; e sia perché, così opinando, non viene percepito il maggior rigore sanzionatorio della condotta di cui all'art. 224, n.2) – punita a titolo di colpa specifica ma di qualunque grado – rispetto all'art. 217, n.4), che richiede, come elemento psicologico più intenso, la colpa *grave*¹³⁰.

Piuttosto l'analisi dovrebbe incentrarsi sulla locuzione "*obblighi imposti dalla legge*"¹³¹; e spiegare se la stessa possa riferirsi anche alle norme che impongono la corretta l'esposizione della situazione economico-patrimoniale, la cui errata applicazione potrebbe delineare la condotta sanzionata dall'art. 224, n.2), l.f. Innanzitutto, bisogna capire se tali imposizioni possano o meno qualificarsi come obblighi di legge. Da una parte, si potrebbe sostenere che l'operazione di risanamento (e, quindi, tutti gli atti consequenziali e finalizzati allo stesso) è una libera scelta dell'imprenditore, non imposta da alcuna norma¹³². Dall'altra, invece, si potrebbe obiettare che, una volta optato per una soluzione di risanamento, l'ordinamento impone determinati adempimenti anche in riferimento all'esposizione dei dati aziendali. Ciò, pur non essendo direttamente rinvenibile in alcun articolo, è comunque insito nella logica del risanamento. Tutto questo, nonché gli obblighi di diligenza e correttezza richiesti ai soggetti che operano all'interno dell'azienda,

¹²⁹ Il "ruolo" di chiusura della norma, può essere paragonato a quello della fattispecie fraudolenta ex art. 223, 2° comma, n.2; così viene oltrepassata la frammentarietà dell'art. 217, 1° comma, ed inoltre viene garantito un sindacato del giudice più ampio in riferimento alla diligenza richiesta all'amministrazione della società; così C. PEDRAZZI, *Sub art. 222*, in C. Pedrazzi – F. Sgubbi, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, cit., p.334; G. CASAROLI, *Sub art. 224*, in A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, cit., p.1545; A. FERRATO, *Sub art.224*, in A. GAITO E M. RONCO (a cura di), *Commentario breve alla legge fallimentare*, cit., p.1545.

¹³⁰ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, cit., p.140; F. ANTONINI, *La bancarotta semplice*, Napoli, 1962, p.257; L. CONTI, *Diritto penale commerciale. I reati fallimentari*, cit., p.287; peraltro, C. PEDRAZZI, *Reati fallimentari*, cit., p.176, evidenzia un'altra differenza, sul piano oggettivo, rilevando che l'art. 224, 2° comma, prevede anche l'ipotesi di causazione, e quindi in un momento in cui ancora non sussista uno stato di crisi.

¹³¹ Art. 224, n.2: "...hanno concorso a cagionare od aggravare il dissesto della società con inosservanza degli obblighi ad essi imposti dalla legge".

¹³² Si veda anche il dato letterale delle norme di riferimento (artt. 160, 182- bis...), le quali utilizzano termini che denotano una facoltà per l'imprenditore, (quali ad esempio "può", "è consentito") non imponendogli alcun obbligo ad attivare una delle soluzioni di risanamento.

potrebbero rappresentare "l'appiglio" normativo idoneo ad integrare il reato di cui al n. 2) dell'art. 224 l.f.¹³³.

Ad ogni modo, il "nuovo" ruolo attribuito al professionista attestatore¹³⁴ e alla sua relazione – e, in alcuni casi, anche il *placet* espresso dal Tribunale¹³⁵ – appaiono sufficienti ad elidere la colpa in questione¹³⁶.

Per completezza, una breve riflessione sulla fattispecie di cui all'art. 236¹³⁷. Senza soffermarsi sulle criticità della norma, accresciute sia dalle numerose modifiche introdotte, che dall'inefficace presidio penale apprestato ai nuovi strumenti di soluzione della crisi, è evidente che tale disposizione non può rilevare per le circostanze qui esaminate. Con riferimento al 1° comma, basti notare che l'estraneità della fattispecie è dovuta sia alla condotta decettiva dell'imprenditore che al dolo specifico richiesto dalla norma stessa, laddove, invece, viene richiesta veridicità e correttezza nell'esposizione della situazione economico, patrimoniale e finanziaria dell'azienda. Alla medesima conclusione si può giungere con riguardo al 2° comma¹³⁸.

3.5. Il sindacato del giudice penale e i riflessi sull'art. 217 bis, l.f.

¹³³ Sul punto N. GIANESINI, *op. cit.*, p.113 ss.

¹³⁴ Di cui si avrà modo di approfondire al § 4 ss.

¹³⁵ In quest'ultimo caso fa eccezione, come noto, il piano attestato ex art.67, approfondito nel Capitolo I, § 5.3.

¹³⁶ L'argomento verrà approfondito nel Capitolo III.

¹³⁷ "E' punito con la reclusione da uno a cinque anni l'imprenditore, che, al solo scopo di essere ammesso alla procedura di concordato preventivo o di ottenere l'omologazione di un accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari o il consenso degli intermediari finanziari alla sottoscrizione della convenzione di moratoria di amministrazione controllata, si sia attribuito attività inesistenti, ovvero, per influire sulla formazione delle maggioranze, abbia simulato crediti in tutto o in parte inesistenti.

Nel caso di concordato preventivo o di amministrazione controllata, 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 o dell'amministrazione controllata;*
- 4) *le disposizioni degli artt. 232 e 233 ai creditori.*

Nel caso di accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari o di convenzione di moratoria, si applicano le disposizioni previste dal secondo comma, numeri 1), 2) e 4)".

¹³⁸ Sul punto N. GIANESINI, *op. cit.*, pp. 114-115.

Ai fini di un'esaustiva analisi dell'art. 217-*bis* e della sua efficacia – ovvero quale sia, effettivamente, la sua portata applicativa e se essa, realmente, ponga al riparo dal rischio di bancarotta l'imprenditore che adotta una procedura di risanamento – è necessario ripercorrere, seppur a grandi linee, i confini del sindacato penale all'interno di tali procedure concordate¹³⁹, qualora le stesse non vadano a buon fine, sfociando nel fallimento.

Il lemma "*non si applicano*", utilizzato dal legislatore nell'art. 217-*bis*, sembrerebbe eliminare *tout court* il problema, inducendo ad una sorta di automatica "assoluzione" rispetto alle fattispecie di bancarotta menzionate dalla norma stessa.

Tuttavia, si noti che la certezza della buona riuscita del piano o accordo di risanamento può aversi soltanto al termine dello stesso. Tant'è che il legislatore utilizza espressioni di tipo prognostico – quali "*fattibilità*", "*attuabilità*" – anche perché richiedere la certezza di successo del piano comporterebbe un indiretto sbarramento a tali soluzioni, contrastando con lo spirito stesso delle riforme.

Per contemperare le valutazioni prospettive, il legislatore ha, comunque, prescritto che le stesse debbano basarsi su dati ed elementi, la cui veridicità, completezza e correttezza, siano attestati, responsabilmente, da un soggetto terzo, indipendente e professionalmente qualificato¹⁴⁰. Va, comunque, rilevato che la limitazione del controllo giurisdizionale in tali "nuove" soluzioni della crisi potrebbe implicare una minore certezza dell'adempimento dei parametri richiesti dalla legge. È, dunque, incombente il rischio che ad un arretramento della cognizione del giudice, in sede civile, possa corrispondere un avanzamento dello stesso, in sede penale. Ci si chiede, infatti, se, in caso di insuccesso del piano, l'esenzione di cui all'art. 217-*bis* operi automaticamente o se la stessa norma consenta un successivo sindacato del giudice penale sul rispetto delle prescrizioni di legge previste per l'attuazione del piano, oltre che, ovviamente, sulla relazione del professionista-attestatore; ovvero, se egli debba limitarsi a verificare gli adempimenti formali oppure gli sia consentito di operare una nuova valutazione dell'attitudine del piano al risanamento, ovviamente,

¹³⁹ Argomento cui si è fatto cenno già nel Capitolo I, all'interno dei singoli paragrafi in cui si delineavano le caratteristiche di tali soluzioni c.d. *alternative* (v. § 5.1., 5.2., 5.3.).

¹⁴⁰ Si tratta della figura del professionista di cui al § 3 ss

anche in questo caso, in una prospettiva *ex ante*¹⁴¹, onde evitare, come segnalato dalla dottrina, il rischio, di un automatico giudizio negativo qualora lo stesso non abbia sortito il suo scopo¹⁴².

È interessante sapere cosa succede nel caso in cui il tribunale, verificata la sussistenza dei presupposti richiesti dalla legge per l'omologa, abbia ritenuto il piano idoneo al risanamento, ma alla fine non si siano raggiunti i risultati auspicati.

In merito, il dibattito dottrinale è alquanto vario. Una prima precisazione da fare è che vi è una notevole differenza tra le procedure concordate che prevedono, anche se in momenti diversi, un controllo del giudice civile e quelle che invece sono totalmente rimesse all'autonomia privata.

Per quest'ultime¹⁴³, come nel caso di revocatoria, non si può negare al giudice di verificare la conformità del piano ai parametri di legge e ciò proprio in ragione del fatto che, solo qualora questa verifica dia esito positivo, la condotta potrà ricadere nel campo di esenzione del 217-*bis*¹⁴⁴. Altrimenti, si arriverebbe alla conclusione, paradossale, che un atto di autonomia privata sarebbe capace di "paralizzare" l'operatività di norme penali, le quali, invece, hanno valenza pubblicistica¹⁴⁵.

A differenza dei piani attestati, ex art. 67, 3° comma, l.f., le altre ipotesi esentate ex art. 217-*bis*, hanno un *quid pluris*, rappresentato dal controllo – sebbene "dai

¹⁴¹ L. PISTORELLI, *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, cit.*, p.11, tale interrogativo viene posto già all'indomani dell'introduzione dell'art.217- *bis*.

¹⁴² R. BRICCHETTI, *Soluzioni concordate della crisi d'impresa e rischio penale dell'imprenditore*, p.689; F. D'ALESSANDRO, *Il nuovo articolo 217 bis l. fall., cit.*, p. 207, il quale paragona tale rischio a quello che si annida nei delitti colposi d'evento, in caso di omesso impedimenti dei reati da parte dei soggetti dell'organo collegiale e della valutazione d'idoneità dei modelli organizzativi ex d.lgs 231/2001.

¹⁴³ Sul punto rinvia al Capitolo I, § 5.3.

¹⁴⁴ Stesso discorso infatti valeva ante riforma per la revocatoria. Sul punto F. MUCCIARELLI, *Stato di crisi, piano attestato, accordi di ristrutturazione, concordato preventivo e fattispecie penali*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2009, p.845. Per i commenti post riforma si veda R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari. Dottrina e giurisprudenza a confronto, cit.*, p.162; R. BRICCHETTI – F. MUCCIARELLI – G.G. SANDRELLI, *Le responsabilità penali, cit.*, p.1296; R. LOTTINI, *Modifica della legge fallimentare, cit.*, p.1373; M. ZINCANI, *Il nuovo art.217- bis, cit.*, p.524; G. SCHIAVANO, *I reati fallimentari: oggi*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 3/2011, p.706.

¹⁴⁵ F. MUCCIARELLI, *L'art. 217-bis l.f. e la disciplina penale delle procedure di soluzione della crisi d'impresa, cit.*, p. 293; in tal senso anche R. BRICCHETTI – F. MUCCIARELLI – G.G. SANDRELLI, *Le responsabilità penali, cit.*, p.1296, il quale sostiene infatti che l'esenzione "non potrebbe certo dipendere da un'incontrollata scelta lasciata all'autonomia privata".

contorni non definiti¹⁴⁶ – dell'organo giudiziario, il cui *placet* è condizione necessaria affinché l'accordo stesso possa raggiungere il grado di stabilità previsto dalla relativa normativa.

In questi casi la questione si fa più complessa. Se si ammettesse la possibilità di una rivalutazione in sede penale si avrebbe sia un controllo privato (ovvero quello del professionista-attestatore), sia pubblico. In tal caso si paventerebbe una dissonanza tra l'esito dei controlli in sede di accesso alla procedura e la successiva, possibile, rivalutazione da parte del giudice penale a fallimento già intervenuto, mettendo così in crisi l'intero assetto dei nuovi strumenti di risanamento e vanificando l'introduzione dell'art. 217-*bis* che non avrebbe saputo mitigare la disarmonia dei due comparti della legge fallimentare. In merito, la dottrina ha prospettato tre possibili soluzioni.

3.5.1. Le tre tesi dottrinali: i possibili risvolti penali

Un primo orientamento, la c.d. tesi della "integrazione", ritiene che al giudice penale sia accordata la possibilità di eseguire i controlli e gli accertamenti non svolti in sede civile, attinenti alle carenze procedurali in concreto attuate¹⁴⁷.

Secondo questa tesi, la degiurisdizionalizzazione delle procedure, cui più volte si è fatto cenno¹⁴⁸, legittimerebbe un "avanzamento" dei controlli in sede penale, la cui ampiezza ed incisività deriverebbero dallo spessore di quelli già svolti in sede civile. In altre parole, il potere d'indagine dell'organo penale andrebbe ad "integrare" il controllo del giudice civile.

In prospettiva diametralmente opposta, altra dottrina sostiene che, basandosi su una complessiva considerazione delle riforme attuate e dei "nuovi equilibri" che le stesse volevano delineare, al giudice penale non sia consentito di rivalutare i presupposti dei piani o accordi di risanamento¹⁴⁹.

¹⁴⁶ Sul punto si rimanda ai § 5.1. e .5.2 del Capitolo I.

¹⁴⁷ Tesi di F. MUCCIARELLI, *L'esenzione dai reati di bancarotta*, cit., p.1482 ss.

¹⁴⁸ V. Capitolo I, *passim*.

¹⁴⁹ In tal senso, G. COCCO, *Esenzione dai reati di bancarotta nel "nuovo" art. 217- bis della legge fallimentare*, cit., p.11 ss; G. SCHIAVANO, *I reati fallimentari: oggi*, cit., p.704.

Questa tesi, richiamando l'orientamento delle Sezioni Unite in tema di sindacabilità della sentenza dichiarativa di fallimento¹⁵⁰ e applicandolo anche ai provvedimenti di omologa o, comunque, di assenso da parte del tribunale, ritiene che la sussistenza di questi ultimi rappresenti "un mero dato di fatto o, se si preferisce, ... un rapporto di antecedenza necessaria di diritto sostanziale"¹⁵¹. Se si permettesse un'integrazione dei controlli, si svilirebbe l'intervento legislativo, il cui intento era di ridurre il controllo pregnante del tribunale in sede civile, che, altrimenti, sarebbe "recuperato" in sede penale.

In merito, alcuni autori ritengono che, nonostante si tratti di una soluzione rispettabile in termini di razionalità e coerenza giuridica dell'assetto complessivo della legge fallimentare, essa, analogamente alla pronuncia delle Sezioni Unite del 2008, non tiene in debito conto quanto prescritto nel codice di rito ex art. 2. In tale prospettiva, quindi, così come la qualifica di imprenditore rappresenta un requisito esplicitamente richiesto dalla norma¹⁵², anche per quanto previsto dall'art. 217-bis, affinché si possa affermare la corrispondenza tra la fattispecie astratta e quella concreta, i requisiti del dettame di legge devono essere oggetto di autonoma cognizione da parte del giudice penale, ex art. 2, c.p.p.¹⁵³.

In senso favorevole alla piena sindacabilità del giudice penale, vi è un'altra tesi, le cui argomentazioni giuridiche a supporto sono diverse da quella appena sopra esposta.

¹⁵⁰ Cass. pen., sez. V, 8 gennaio 2008, n. 9279, Rv. 243160, in *Cass. pen.*, 2009, 11, p.4418. Per un approfondimento circa il dibattito sulla efficacia della sentenza dichiarativa di fallimento nel processo penale, culminato appunto nella sentenza c.d. Niccoli, rimanda a N. GIANESINI, *op. cit.*, pp.80-93.

¹⁵¹ G. Cocco, *Esenzione dai reati di bancarotta nel "nuovo" art. 217-bis della legge fallimentare, cit.*, p.14 ss; il quale giunge a delineare la rilevanza "penalistica" dei nuovi strumenti di risanamento; così per il concordato preventivo e per gli accordi di ristrutturazione scarta il possibile sindacato degli stessi da parte del giudice penale, coerentemente con quanto stabilito dalla Cassazione del 2008; per il piano attestato, invece, sull'assunto della sua assoluta privatizzazione, ammette una rivalutazione circa la ragionevolezza dello stesso in sede penale, in quanto in tal caso sarebbe un passaggio obbligatorio ai fini della verifica circa la sussistenza degli elementi costitutivi dei reati di bancarotta semplice o preferenziale.

¹⁵² "È punito con la reclusione da tra a dieci anni, se è dichiarato fallito, l'imprenditore che...", art. 216 l.f.; "È punito con la reclusione da sei mesi a due anni, se è dichiarato fallito, l'imprenditore che...", art. 217 l.f.

¹⁵³ Pertanto, in tale prospettiva non sono applicabili le restrizioni previste dall'art. 3 c.p.p. in tema di questioni pregiudiziali. Sul punto N. GIANESINI, *op. cit.*, p.101; inoltre, R. BRICCHETTI, *Le esenzioni dai reati di bancarotta, op. cit.*, p.380 ss, sostiene che l'art. 2 c.p.p. impone al giudice di verificare i requisiti descritti dalla norma anche a rischio di avere un esito difforme da quello ottenuto in sede civile.

Secondo tale impostazione, è proprio la mancanza di un esplicito riconoscimento dell'efficacia vincolante dell'omologazione avvenuta in sede civile a deporre in tal senso. Inoltre, una diversa soluzione farebbe venir meno le ragioni garantiste del giusto processo che hanno ispirato la riforma del 1988¹⁵⁴, oltre che si avrebbe, quale conseguenza, l'efficacia *erga omnes* di un giudizio, il quale, soprattutto a seguito delle ultime riforme, si basa su valutazioni di carattere privatistico, ovvero: sulla convenienza da parte dei creditori e sull'attestazione di idoneità da parte del professionista (figura comunque di carattere privato).

3.5.2. Le conseguenze di una eventuale rivalutazione da parte del giudice penale

Sebbene quest'ultima tesi favorevole alla rivalutazione del giudice penale risulti più coerente sotto il profilo giuridico, essa è, comunque, in contrasto con l'*intentio legis* di esonerare e, quindi, proteggere talune condotte, specificatamente individuate, dal rischio di bancarotta.

Se questo era il fine perseguito con l'introduzione della suddetta norma, allora, forse, non lo si è raggiunto completamente e, di riflesso, anche lo scopo di rendere più attrattive le nuove soluzioni di risanamento¹⁵⁵.

Di conseguenza, si ritiene che, soprattutto, le operazioni poste in essere in esecuzione dei piani ex art. 67, 3° comma, lett. *d*), l.f., e degli accordi ex art. 182-*bis*, non possono ritenersi, automaticamente, al riparo dal rischio di una loro rivalutazione in sede penale. In tale ottica, al giudice penale è attribuito il compito di valutare gli elementi strutturali del piano e che gli stessi siano coerenti al paradigma della norma; e solo se il vaglio darà esito positivo, allora rientrerebbero nell'esenzione di cui all'art. 217-*bis*.

In pratica, il giudice deve rivalutare i giudizi prognostici effettuati, ponendosi, però, sempre in un'ottica *ex ante* e capire se il piano era effettivamente idoneo allo scopo. Attività questa non facile e abbastanza complessa che sconta numerose e diverse

¹⁵⁴ V. SPINOSA, *Giudizio civile per la dichiarazione di fallimento e processo per bancarotta: un nuovo banco di prova per l'autonomia del diritto penale fallimentare*, in *Ind. pen.*, 1/2 2015, p.71.

¹⁵⁵ Sul punto R. BRICCHETTI, *Le esenzioni dai reati di bancarotta*, *op. cit.*, p.381; concorde A. ALESSANDRI, *Intervento*, in AA. VV., *Le soluzioni concordate delle crisi di impresa*, *cit.*, p.147.

difficoltà, prima tra tutte quella del linguaggio economico–aziendale¹⁵⁶. Inoltre, questa rivalutazione non deve tenere conto dell'infruttuosità finale, quanto piuttosto basarsi sulla razionalità della valutazione e del metodo con cui si è formato il giudizio in sede civile, non rilevando, in alcun modo, quei fattori che, all'epoca era difficile considerare o che sono stati ignorati, perché estranei all'oggetto del giudizio¹⁵⁷.

È chiaro che in questo modo si svilisce la *ratio* dell'esenzione, giacché la norma non riesce effettivamente a garantire, *ex ante*, coloro i quali optano per una delle soluzioni "a rischio", dovendo scontare l'ulteriore e definitivo vaglio del giudice penale, i cui parametri di riferimento restano alquanto opinabili¹⁵⁸.

Tuttavia vale la pena sottolineare che, pur in caso di rivalutazione del piano con esito negativo, non è detto che si proceda ineluttabilmente all'incriminazione. Infatti, sebbene la condotta non rientri nel perimetro dell'esenzione in questione, pare non potersi comunque rinvenire l'elemento soggettivo richiesto dalla fattispecie penale, quanto meno con riguardo all'ipotesi preferenziale presa in considerazione dal 217-*bis*¹⁵⁹. Ad esempio, nell'ipotesi di bancarotta preferenziale è richiesto il dolo specifico,

¹⁵⁶ Ed infatti si tratta di una rivalutazione che dovrebbe tener conto non solo del profilo giuridico, ma porsi anche in un'ottica "commercialistica", apprezzando gli obiettivi del piano sotto entrambi i profili. Ad esempio, nei piani attestati, per "*risanamento dell'esposizione debitoria*", in termini "economici, si intende il riequilibrio delle posizioni debitorie, mentre per "*riequilibrio della situazione finanziaria*" il riassetto dei flussi di entrata e uscita dell'impresa. La situazione è poi complicata dal giudizio prognostico che deve effettuare il professionista – di cui si dirà meglio in seguito – il quale lascia un evidente spazio all'opinabilità dello stesso. In tale prospettiva quindi è chiaro che la valutazione non possa dispensarsi dal considerare tutte le componenti aziendali, finanziarie ed economiche che possono influire sul buon esito del piano, quali ad esempio l'andamento di quel settore e del mercato in generale, la situazione dei competitors, i tempi e costi dei progetti ect... Tali considerazioni, ovviamente, poi devono essere specificatamente declinate in base alle diversità degli strumenti che qui vengono presi in considerazione. Sul punto F. MUCCIARELLI, *Stato di crisi, piano attestato, accordi di ristrutturazione, concordato preventivo e fattispecie penali*, cit., p.849; M. FERRO, *Sub art 67, 3° comma, lett. d)*, cit., p.902 ss; F. DONELLI, *I continui esperimenti sul diritto penale del fallimento: l'art.217- bis l.f. prima e dopo il "Decreto sviluppo"*, cit., p.804 ss; A. AUDINO, *Sub art 161*, in A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, VI ed., Padova, 2013, p.1081.

¹⁵⁷ A riguardo si cita ad esempio la distinzione tra lo statuto dell'idoneità ex artt. 56 c.p. e la c.d. base totale nella valutazione del tentativo, operata da F. MUCCIARELLI, *Stato di crisi, piano attestato, accordi di ristrutturazione, concordato preventivo e fattispecie penali*, cit., p.848.

¹⁵⁸ G. AMARELLI, *I delitti di bancarotta alla luce del nuovo 217- bis l.f.: qualcosa è cambiato?*, cit., p.570, il quale parla di "*eccessivo margine discrezionale*".

¹⁵⁹ In tal senso R. BRICCHETTI, *Le esenzioni dai reati di bancarotta*, op. cit., p.380; G. COCCO, *Esenzione dai reati di bancarotta nel "nuovo" art. 217- bis della legge fallimentare*, cit., p.12. Il dato decisivo, al fine di evitare la sanzione penale, potrebbe essere rappresentato dalla soggettiva convinzione, seppur errata, della buona riuscita del risanamento (cfr. § 2.2.). Oppure, si potrebbe "utilizzare" la disciplina dell'errore ex art. 47 c.p., tanto più se la convinzione dell'imprenditore fosse avallata dall'attestazione

ovvero l'intento dell'imprenditore di avvantaggiare un creditore a danno degli altri. Non sembra quindi che il comportamento colposo dell'imprenditore – nell'esposizione dei dati aziendali – o l'imperizia del professionista attestatore – tra l'altro soggetto già di per sé a sanzioni penali ex art 236-bis, l.f. – siano elementi sufficienti per l'incriminazione di bancarotta preferenziale.

Più problematico, invece, è il tema della bancarotta semplice, dato che le ipotesi esentate sono qualificate da un elemento soggettivo che pare conciliarsi con condotte inadeguate sia sotto l'aspetto procedimentale che sotto quello valutativo.

Non vi sono dubbi che, nel caso di manifesta superficialità valutativa da parte dell'imprenditore, potrebbe configurarsi l'ipotesi di "*altra colpa grave*", di cui all'art. 217, 1° comma n.4), allorché l'esecuzione del piano, inidoneo già *ab origine*, abbia provocato l'aggravamento del dissesto e il conseguente fallimento¹⁶⁰.

Nell'ipotesi sub n.3), la soluzione potrà essere differente in base alla qualificazione dell'elemento soggettivo in termini di compatibilità o meno con la sola colpa. Sul punto, in dottrina, vi sono posizioni alquanto diverse¹⁶¹.

La difficoltà dell'indagine risiede nella circostanza che sebbene l'elemento soggettivo sia strutturato secondo connotati finalistici – "*operazioni di grave imprudenza per ritardare il fallimento*" –, che richiamano un dolo specifico, la sua connotazione

del professionista (così M. SCOLETTA, *La "specialità" della causa di esenzione dai reati di bancarotta*, cit., p.422, il quale richiama l'art. 59, 4° comma c.p., collocando l'art. 217-bis nella categoria dogmatica delle cause di giustificazione; si veda il § 3.1.). Diversamente F. D'ALESSANDRO, *Il nuovo articolo 217 bis l. fall.*, cit., p. 208, richiama la disciplina dell'art. 48 c.p., la quale, però, per poter operare, richiede la prova della rappresentazione e volizione della lesione alla par condicio, e lo stesso Autore è consapevole della difficoltà di tale onere probatorio (critico a riguardo G. AMARELLI, *I delitti di bancarotta alla luce del nuovo 217-bis l.f.: qualcosa è cambiato?*, cit., p.571), sebbene tale soluzione potrebbe prospettarsi alla luce della compatibilità del 3° comma dell'art. 216 con il dolo eventuale.

¹⁶⁰ L'aggravamento del dissesto non deve essere voluto, bensì cagionato da un atto gravemente colposo P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, cit., p.78; C. PEDRAZZI, *Reati fallimentari*, cit., p.135; M. LA MONICA, *Manuale di diritto penale commerciale*, cit., p.381; contra G. FORNASARI, *I criteri di imputazione soggettiva del delitto di bancarotta semplice*, in *Giur. comm.*, 1988, I, p.692, il quale interpreta il lemma "*colpa grave*" come fatto consapevolmente imprudente.

¹⁶¹ Per una disamina delle varieguate soluzioni adottate si rimanda a E.M. AMBROSETTI, *I reati fallimentari*, cit., p. 316 ss. Ai fini che qui interessano, basti ricordare che per l'individuazione di tale elemento bisogna tener conto, in primo luogo, della vicinanza delle condotte descritte dalla norma a quelle ex art. 216, i cui confini sono regolati dalla clausola di riserva contenuta nell'art. 217 ("*...fuori dai casi preveduti nell'articolo precedente*"), e, in secondo luogo, se le espressioni utilizzate per delineare le condotte punibili dell'imprenditore ("*manifestamente imprudenti*", "*grave imprudenza*", "*altra colpa grave*") possano far sì che sia sufficiente la sola colpa.

rievoca piuttosto la colpa. In dottrina prevale l'opinione secondo cui ad integrare la fattispecie occorre il dolo specifico¹⁶²: così la "grave imprudenza" si connota della consapevolezza della finalità meramente dilatoria dell'atto.

Di contro, altri Autori, ritengono che il fine specifico di ritardare il fallimento non intacchi la componente eminentemente colposa della fattispecie¹⁶³.

La giurisprudenza consolidata, invece, considera punibili le varie ipotesi, di cui all'art. 217, l.f., indistintamente, a titolo di dolo o colpa¹⁶⁴. A tal proposito, si ritiene molto utile citare un'interessante pronuncia del 2003¹⁶⁵ che, nel valutare l'ipotesi di bancarotta semplice di cui al n.3) dell'art. 217, ha sancito che vi deve essere dolo e non semplice colpa, tracciando la differenza tra tale ipotesi e quella di cui al n.2), punibile, invece, a titolo di colpa. Tale pronuncia, in pratica, sostiene che la "grave imprudenza", richiamata, appunto, al n.3), travalichi i limiti della colpa, trattandosi di *"operazioni finalisticamente orientate a ritardare il fallimento, ma ad un tempo caratterizzate da grave avventatezza o spregiudicatezza, che superino i limiti della ordinaria "imprudenza", che, secondo la comune logica imprenditoriale, può a volte giustificare il ricorso, da parte dell'imprenditore che versi in situazione di difficoltà economica, ad iniziative "coraggiose", da "extrema ratio", ma ragionevolmente dotate di probabilità di successo al fine di scongiurare il fallimento"*.

I confini tra le varie ipotesi dell'art. 217, sono, pertanto, alquanto labili; eppure la qualificazione, in termini di elemento soggettivo, nell'uno (dolo) o nell'altro senso (colpa), comporta conseguenze rilevanti, con riguardo all'esenzione. Ad esempio, seguendo il ragionamento della Corte, il comportamento dell'imprenditore che valuti (*ex ante*) idoneo un piano attestato, poi fallito, potrebbe essere valutato come

¹⁶² A. PAGLIARO, *Il delitto di bancarotta*, Palermo, 1957, p.126; P. MANGANO, *Disciplina penale del fallimento*, cit., p.87; L. CONTI, *Diritto penale commerciale, I reati fallimentare*, cit., p.276; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, cit., p.113; G. FORNASARI, *I criteri di imputazione soggettiva del delitto di bancarotta semplice*, cit., p.689.

¹⁶³ P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, cit., p.79, il quale parla di *"sintesi di colpa e di dolo"*; C. PEDRAZZI, *Sub art. 217*, in C. PEDRAZZI e F. Sgubbi, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, cit., p. 144.

¹⁶⁴ *Ex multis*, Cass. pen., sez. V, 4 febbraio 2004, n.27515, in *Dir. e prat. soc.*, 2004, 18, p.64 (con nota di Bricchetti); Cass. pen., sez. V, 20 dicembre 2005, n.9572, in *CED Cassazione penale 2006*; Cass. pen., sez. V, 6 ottobre 2011, n.48523 in *Cass. pen.*, 2012, 10, p.3550.

¹⁶⁵ Cass. pen., sez. V, 20 marzo 2003, in *Cass. pen.*, 2005, p.3101 ss.

imprudenza "grave" o "ordinaria" a seconda dello scostamento del giudizio prognostico rispetto a quello "corretto" (ma successivo) del giudice penale.

Si delinea, così, un altro fattore di incertezza, che sicuramente non era nell'intenzione del legislatore.

Queste insidiose conseguenze relative alle ipotesi di bancarotta semplice, devono, però, essere rivisitate alla luce del "nuovo" ruolo del professionista attestatore, specialmente con riguardo alla sua responsabilità penale in tema di "Falso in attestazioni e relazioni", delineata dall'art. 236-*bis*¹⁶⁶.

Senza entrare nel dettaglio di questa "nuova" fattispecie penale-fallimentare, basti sottolineare che le implicazioni penalistiche di una errata valutazione dei dati aziendali, di cui all'art. 217 nn. 3) e 4), appaiono, oggi, assorbite dal ruolo ricoperto dal professionista, il quale si assume l'onere e la responsabilità delle proprie attestazioni¹⁶⁷. La punibilità, allora, si riverbera non più sull'imprenditore ma sul professionista, al quale l'imprenditore si rivolge per valutare l'idoneità dello strumento da adottare per il risanamento dell'impresa e per attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano stesso¹⁶⁸.

Giova, ancora, evidenziare che, ove la soluzione di risanamento adottata lo preveda, il giudizio espresso dal tribunale sul il piano stesso¹⁶⁹, sgrava, ulteriormente, l'imprenditore di una parte di responsabilità. Cosicché, nel caso egli abbia avuto il *placet* sia del tribunale che del professionista-attestatore – entrambe figure terze all'imprenditore – sembra difficile che possano, ancora, residuare profili colposi per eventi che potrebbero verificarsi in esecuzione degli stessi, soprattutto con riferimento alla colpa, particolarmente intensa, prevista dai nn. 3) e 4) dell'art. 217.

Pertanto, in tale ottica, si rimuove anche il rischio di rivalutazione da parte del giudice penale sui comportamenti dell'imprenditore.

Appare chiaro che questo risultato è frutto di un corretto inquadramento dei ruoli e delle responsabilità dei vari soggetti che intervengono nell'operazione di risanamento dell'impresa – con ovvie ripercussioni sull'elemento soggettivo richiesto in ambito

¹⁶⁶ Per cui si rinvia al § 4 ss.

¹⁶⁷ N. GIANESINI, *op. cit.*, p.108 ss.

¹⁶⁸ Così F. MUCCIARELLI, *L'esonazione dai reati di bancarotta*, cit., p.1486. In ogni caso anche l'effettività di questa "nuova" fattispecie penale (art. 236-*bis*) presenta dei profili critici di cui si dirà in seguito.

¹⁶⁹ «Piano» inteso quale progetto attraverso cui attuare il risanamento, e non propriamente il piano attestato ex art. 67 3° comma, l.f.

penalistico – e non, come invece era nell'intento del legislatore, della diretta esenzione di cui al citato articolo.

4. La "nuova" figura del professionista attestatore: l'art. 236 bis, l.f.

La necessità di accelerare le tempistiche nel campo della risoluzione della crisi, rispetto a quelle del giudizio civile, aveva portato ad una riduzione del controllo pubblico. Di contro, però, il legislatore, consapevole della delicatezza e l'importanza dei valori in gioco, non auspicava un'eliminazione *tout court* dei controlli.

È in tale contesto che assume un ruolo permeante la figura del professionista¹⁷⁰, il quale, fin dalla sua introduzione, *ante* 236-bis¹⁷¹, è stato al centro di un dibattito dottrinale sui profili della sua responsabilità in caso di eventuali condotte fraudolente¹⁷².

Il comportamento penalmente rilevante può affiorare nel risvolto patologico delle varie procedure, attraverso quelle condotte materiali che rientrano nel ruolo del professionista, consistente nel garantire e "certificare" la veridicità dei dati e la fattibilità del piano rispetto alla funzione che lo stesso è chiamato a svolgere¹⁷³.

Così ragionando il penalista riconduce le condotte fraudolente in questione a quelle di *falsità ideologica*; a meno che, il falso, non sia soltanto un mezzo per la

¹⁷⁰ N. GIANESINI, *op. cit.*, p.138, il quale richiama la metafora dei vasi comunicanti per spiegare il trasferimento di competenze tra i soggetti a cui spetta il compito di svolgere un controllo. Peraltro, sottolinea che, il controllo attuato dal professionista, sconta il rischio di un giudizio non adeguato, partendo dall'assunto che le "pareti" di tale controllo siano più labili rispetto a quelle del controllo svolto dal Tribunale, anche in relazione all'evidente differenza di ruoli e interessi di quest'ultimo.

¹⁷¹ Vedi Capitolo I, § 5 ss.

¹⁷² Si potrebbe ipotizzare che il mancato coordinamento del Titolo IV l.f., anche dopo tale "innovazione", fosse supportato da un duplice ordine di motivi: anzitutto in base alla valutazione del ruolo che il professionista svolge sia per i creditori – in quanto deve esprimere il proprio consenso sul progetto di risanamento – sia per il Tribunale – che deve valutare non soltanto l'esistenza "materiale" delle valutazioni prescritte ai fini dell'omologa, ma anche, secondo quanto sancito dalla pronuncia delle Sezioni Unite, n.1521/2013 sul concordato preventivo, che lo stesso sia adeguato per la attuare il risanamento; secondariamente, vi sono comunque una pluralità di fattispecie penali che, anche se in modo indiretto, riescono ad intercettare le sue condotte fraudolente. N. GIANESINI, *op. cit.*, pp.138-139. Contra A. JORIO – S. FORTUNATO, *Introduzione*, in *La riforma delle procedure concorsuali, I progetti, cit.*, p.31, ove si legge che già nella riforma della Commissione Trevisanato era stata sottolineata la necessità di introdurre uno specifico presidio.

¹⁷³ Ruolo che, come noto, ha poi delle diverse declinazioni linguistiche all'interno delle varie procedure cui prende parte.

realizzazione individuale della condotta dell'imprenditore, ad esempio, come nel caso di cui all'art. 236, 1° comma o altra bancarotta, ove, tutt'al più, si può riconoscere un'ipotesi concorsuale con l'imprenditore, dato che tale situazione rievoca altri casi in tema di responsabilità del professionista (in veste di consulente) nella fattispecie di bancarotta dell'imprenditore¹⁷⁴.

Escluso che il semplice concorso possa portare a risultati soddisfacenti e riprendendo in esame la fattispecie di falso, bisogna, anzitutto, precisare che, in tal caso, è richiesta una concreta individuazione della qualificazione – pubblica o privata – del soggetto agente, nonché dell'atto che lo stesso è chiamato a redigere.

Per far ciò, è necessario iniziare l'indagine dalla lettera dell'art. 67, 3° comma, lett. d), in cui sono delineati i requisiti del professionista-attestatore, richiamati sia nel concordato preventivo (art. 161, 3° comma, l.f.) che nell'accordo di ristrutturazione (art. 182- bis).

Anteriormente al citato "Decreto sviluppo", la normativa prevedeva soltanto che il professionista fosse iscritto all'albo dei revisori contabili e che avesse "*i requisiti previsti dall'art. 28, lettera a) e b)*". La caratterizzazione della figura si basava, quindi, su connotati soggettivi, che assicurassero un determinato standard di professionalità e competenze. A queste si aggiungano, in forza del richiamo all'art. 28, anche requisiti di ordine deontologico e morale, propri degli iscritti ad un Ordine professionale¹⁷⁵.

¹⁷⁴ Si tratta di una questione già affrontata dalla giurisprudenza, con particolare riferimento alla figura dell'avvocato o del commercialista. La linea di demarcazione tra la lecita assistenza e le condotte penalmente rilevanti si basa sul quantum di contributo prestato dal professionista rispetto alla causazione dell'illecito. La tesi maggioritaria sostiene che non sussiste concorso laddove il professionista si sia limitato alla semplice illustrazione di quali possano essere gli strumenti giuridici o economici che potrebbero integrare condotte penalmente sanzionabili, senza però rafforzare il proposito dell'imprenditore ad attuarle (v. Cass. pen., sez. III, 17 ottobre 1958, in *Giust. pen.*, 1959, II, p.191), né tanto meno aiutandolo nell'esecuzione di negozi giuridici volti ad intenti fraudolenti (Cass. pen., sez. V, 4 ottobre 1978, in *Cass. pen.*, 1980, p.920). Invece, sussiste un concorso, e quindi la relativa responsabilità del professionista, qualora quest'ultimo assuma un comportamento attivo nell'ideazione e nell'esecuzione della condotta fraudolenta, come ad esempio nel caso egli ponga in essere negozi giuridici simulati o comunque atti necessari alla realizzazione di negozi giuridici che hanno uno scopo fraudolento (in Cass. pen., sez. V, 7 novembre 1985, in *Foro.it*, 1986, II, p.477). Sul tema si rimanda a R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari. Dottrina e giurisprudenza a confronto*, cit., p.24; R. TETI, *La responsabilità penale del professionista nei procedimenti fallimentari*, in *Ind. pen.*, 2/2011, p.625.

¹⁷⁵ Art. 28, «Requisiti per la nomina a curatore»: "*Possono essere chiamati a svolgere le funzioni di curatore: a) avvocati, dottori commercialisti, ragionieri e ragionieri commercialisti; b) studi*

Quanto all'attestazione, invece, era fatto esplicito rinvio all'art. 2501-*bis*, 4° comma, c.c.¹⁷⁶.

Come si nota, nella versione precedente, mancava un esplicito riferimento al requisito dell'indipendenza di tale soggetto, a cui la dottrina sopperì considerando applicabili all'attestatore le cause di ineleggibilità previste dall'art. 28 per il curatore fallimentare¹⁷⁷.

In merito, si sollevò il problema se l'indipendenza del professionista potesse ritenersi compromessa dal fatto che egli, in precedenza, avesse prestato la propria attività a favore dell'imprenditore; e si giunse alla conclusione che, stante i richiami effettuati, ciò non minasse la sua terzietà¹⁷⁸.

Buona parte della dottrina riteneva che, qualora il professionista fosse privo di detti requisiti, il relativo contratto di mandato, conferitogli dall'imprenditore, doveva considerarsi nullo, perché contrario a norme imperative e, di conseguenza, la nullità processuale della relazione poteva essere rilevata anche d'ufficio¹⁷⁹.

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...".

¹⁷⁶ Si tratta della relazione richiesta in tema di "Fusione a seguito di acquisizione con indebitamento", il quale, al 4° comma, prevede: "La relazione degli esperti di cui all'articolo 2501-sexies, attesta la ragionevolezza delle indicazioni contenute nel progetto di fusione ai sensi del precedente secondo comma", mentre al 3° comma recita: "La relazione di cui all'articolo 2501 quinquies deve indicare le ragioni che giustificano l'operazione e contenere un piano economico e finanziario con indicazione della fonte delle risorse finanziarie e la descrizione degli obiettivi che si intendono raggiungere".

¹⁷⁷ Così P. PAJARDI – A. PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare, op. cit.*, p.827; R. TETI, *La responsabilità penale del professionista nei procedimenti fallimentari, cit.*, p.628; M. FERRO – R. ROVERONI, *Sub art. 161, in M. FERRO (a cura di), La legge fallimentare. Decreto legislativo 12 settembre 2007, n.169. disposizioni integrative e correttive. Commentario teorico- pratico*, Padova, 2008, p.304; L. PICA, *Il concordato preventivo*, in P. CELENTANO – E. FORGILLO (a cura di), *Fallimento e concordati. Le soluzioni giudiziali e negoziate delle crisi d'impresa dopo le riforme*, Torino, 2008, p.1102.

¹⁷⁸ Cass. civ., sez. I, 4 febbraio 2009, n.2706, in *Foro.it* 2009, 9, I, p.2370, per la quale "le modifiche apportate dal d.lg. n. 169 del 2007 esplicano una efficacia sanante sulle procedure di concordato preventivo pendenti, con la conseguenza che il professionista può avere ricoperto l'incarico di consulente dell'impresa concordataria"; ed anche Cass. civ., sez. I, 29 ottobre 2009, n.22927, in *Fall.*, 2010, p.822, la quale sottolinea tra la figura del curatore e la "nuova" del professionista attestatore: "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 effettua una prestazione professionale per conto di un imprenditore non ancora sottoposto ad alcuna procedura concorsuale". Contra P. CELENTANO, *I requisiti del professionista che attesta i piani concordati, cit.*, p.824.

¹⁷⁹ Così P. CELENTANO, *I requisiti del professionista che attesta i piani concordati*, in *Fall.*, 2010, p.827; contra E. STASI, *Terzietà dell'attestatore*, in *Nuovo dir. soc.*, 2013, p.121, il quale opera una differenza:

L'originaria architettura della figura in questione non aveva pure delineato il perimetro della sua responsabilità civile. La dottrina, in merito, sosteneva che, i vari richiami ad altre norme ma soprattutto all'art. 2501-*bis*, c.c., consentissero un collegamento all'art. 64 c.p.c., in materia di responsabilità del c.t.u.¹⁸⁰. Anche se, come vedremo, con le modifiche introdotte nel 2012, il richiamo al 2501-*bis* è stato eliminato ma, tuttavia, il dibattito dottrinale sulla responsabilità civile del professionista non si è ancora sopito.

4.1. La natura pubblicistica o privatistica dell'attestatore: le tesi elaborate dalla dottrina ante "Decreto sviluppo"

La configurazione concreta della fattispecie penale dipende dalla valutazione della natura, pubblica o privata, della figura del professionista e, di conseguenza, della sua attività¹⁸¹.

Una prima soluzione, proposta dalla dottrina, qualifica il professionista-attestatore quale "pubblico ufficiale", con la conseguenza che possono trovare applicazione o la fattispecie ex art. 479 c.p. – "*Falsità ideologica commessa dal pubblico ufficiale in atti pubblici*" – oppure ex art. 480 c.p. – "*Falsità ideologica commessa dal pubblico ufficiale in certificati o autorizzazioni amministrative*".

Partendo dalle novità del concordato preventivo e dalla constatazione della generale privatizzazione delle procedure, con riguardo all'attività svolta dal professionista, anche in sede di ammissione, la soluzione preferibile sarebbe quella di rifarsi a quanto prescritto dall'art.479 c.p.¹⁸²; anche perché la nozione di "certificati", di cui

mentre nel caso di piani e accordi di ristrutturazione dei debiti si verificherebbe una ipotesi di annullabilità, in quanto il dolo inficerebbe il consenso dei creditori, nel caso di concordato preventivo, tale vizio, comporterebbe l'invalidità della domanda, o qualora emerga successivamente, dovrebbe procedersi a norma dell'art. 173 l.f.

¹⁸⁰ Consulenti tecnici d'ufficio; Così F. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo il "Decreto sviluppo"*, Milano, 2012, p.18.

¹⁸¹ Valutazione non facile, anche considerando che in questo settore si è verificato, a più riprese, un'attribuzione di responsabilità a soggetti privati, polarizzandosi più che altro sul rilievo economico e sociale della funzione svolta. Così F. CONSULICH, *Nolo conoscere. Il diritto penale dell'economia tra nuovi responsabili e antiche forme di responsabilità "paracolpevole": spunti a partire dal nuovo art. 236- bis l.f.*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2012, p.621.

¹⁸² Così C. CASSANI, *La riforma del concordato preventivo: effetti penali*, cit., p.769; G.G. SANDRELLI, *Prime considerazioni sui riflessi della legge 80/05 sul comparto penale della legge fallimentare*, cit., p.1221, il quale però non prende posizione in merito alla specifica fattispecie configurabile.

all'art. 480 c.p. – che secondo la Cassazione si qualifica per *"il contenuto meramente dichiarativo di atti pubblici preesistenti o di fatti non conosciuti direttamente dal pubblico ufficiale per non essersi verificati alla sua presenza, laddove l'atto pubblico è un documento originale, avente valore costitutivo, diretto a provare l'attività compiuta dal pubblico ufficiale che l'ha redatto"* – non sembra attinente alla funzione svolta dal professionista¹⁸³.

Tale impostazione, basata sul precetto dell'art. 357 c.p.¹⁸⁴, è stata decisamente contestata dalla maggioranza degli Autori¹⁸⁵, i quali, pur riconoscendo che la funzione certificativa del professionista potrebbe essere astrattamente riconducibile a quelle pubblicistiche¹⁸⁶, tuttavia evidenziano come la medesima sia priva di alcuni dei requisiti necessari, come anche rilevato dalla giurisprudenza.

Così, la prima pronuncia¹⁸⁷ in merito alla responsabilità del professionista, ha escluso che si potesse trattare di falsità di cui all'art. 479 c.p. in base a un duplice ordine di motivi. Innanzitutto, viene rilevato che seppur egli svolga la propria attività in posizione di terzietà rispetto agli altri soggetti – debitore, giudice e commissario – è altrettanto vero che tra il medesimo e il debitore che lo ha designato vi sia un rapporto di fiducia, in quanto l'imprenditore, per citare le parole della Corte, *"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"*¹⁸⁸; in secondo luogo, viene messa in risalto

¹⁸³ Così Cass. pen., sez. V, 17 novembre 1993, n.11506, ass. Pen. Cass., 1994, fasc.4, p.93; in dottrina, per la differenza tra certificato e atto pubblico, si rimanda a G. CATELANI, *I delitti di falso*, II ed., Milano, 1989, p.222.

¹⁸⁴ Delinea i requisiti richiesti ai fini della qualifica di "pubblico ufficiale".

¹⁸⁵ A. MANGIONE, *Riflessi penalistici sulla riforma delle procedure concorsuali*, cit., p.924; F. GIUNTA, *Revocatoria e concordato preventivo: tutela penale*, cit., p.38; G. INSOLERA, *Riflessi penalistici della nuova disciplina del concordato preventivo e delle composizioni extragiudiziali della crisi di impresa*, cit., p.470; G. SCHIAVANO, *Riforma della legge fallimentare: implicazioni penalistiche*, cit., p.957; R. BRICCHETTI – F. MUCCIARELLI – G.G. SANDRELLI, *Sub art. 216- 241, op. cit.*, p.2750, ove si fa riferimento anche alla figura del revisore societario, con il quale si possono riscontrare rilevanti affinità sia in merito all'attività svolta che ai requisiti di professionalità e onorabilità e, proseguendo, affermano che, in tal caso, *"nessuno dubita che questo professionista rivesta natura privata, senza che possa inferirsi dal suo ruolo una responsabilità qualificabile in termini pubblicistici"*.

¹⁸⁶ R. BRICCHETTI, *Profili penali*, cit., p.652

¹⁸⁷ Trib. Torino, sez. IV, 31 marzo 2010, in *Fall.*, 2010, p.1439.

¹⁸⁸ Si noti che qui non viene messo in dubbio, pur in assenza di uno specifico riferimento, che il professionista venga nominato dall'imprenditore, anzi da ciò ne ricava un'ulteriore evidenza, ovvero il rapporto di fiducia che ne deriva.

la diversità tra la figura del curatore fallimentare e del professionista, con particolare riguardo ai rispettivi regimi di incompatibilità e requisiti richiesti, dalla quale deriverebbe la volontà legislativa di non attribuire al secondo una funzione di tutela di interessi pubblicistici¹⁸⁹.

Sebbene l'esito a cui è arrivata la Corte sia condivisibile, le argomentazioni a sostegno non lo sono altrettanto. Infatti, correttamente, si è osservato¹⁹⁰ che il giudice sembra non tener conto della riforma 86/1990, intervenuta sulla figura del pubblico ufficiale e del fatto che *"ai fini della nozione di pubblico ufficiale, non rileva il rapporto di dipendenza del soggetto rispetto allo Stato o ad altro ente pubblico, ma è richiesto soltanto l'esercizio effettivo di una pubblica funzione"*¹⁹¹.

A sostegno di questa tesi, si osserva che tutte le norme relative ai requisiti e alla funzione del pubblico ufficiale sono da annoverare tra quelle di diritto pubblico, cosa che, invece, non si può affermare per il professionista, la cui attività, difficilmente, può essere qualificata come certificativa ai sensi dell'art. 357 c.p. Tant'è che la sua attestazione non gode di un'automatica efficacia probatoria, quanto piuttosto rappresenta un elemento necessario per l'accesso alla procedura e per beneficiare dei conseguenti effetti giuridici, comunque sottoposta ad un controllo, quantomeno formale, da parte del tribunale¹⁹².

Esclusa la sua funzione pubblico-amministrativa, ci si chiede se possa rientrare in una funzione pubblico-giudiziaria, considerato che la giurisprudenza predilige un'interpretazione ampia, non circoscrivendola alla funzione solo dei giudici o dei p.m., ma estendendola anche a coloro che svolgono un'attività ausiliare ad essi¹⁹³. Ma anche in questo caso c'è da obiettare. Con la sentenza del 2013¹⁹⁴, per le Sezioni Unite il professionista sembra piuttosto assolvere ad una funzione d'ausilio per la

¹⁸⁹ Per un maggiore approfondimento a riguardo, si rimanda a M. LANZI, *Il professionista incaricato della relazione per l'ammissione al concordato preventivo non è pubblico ufficiale*, in *Fall.*, 2012, p.1441 ss, in commento la pronuncia del Tribunale di Torino (nota n. 17).

¹⁹⁰ *Id.*, p.1442.

¹⁹¹ Così, ex multis, Cass. pen., sez. V, 16 gennaio 1997, n.2036, in *Cass. pen.*, 1998, p.1642.

¹⁹² N. GIANESINI, *op. cit.*, p.150.

¹⁹³ Cass. pen., sez. V, 11 novembre 1994, in *Cass. pen.*, 1996, p.1446; Cass. pen., sez. VI, 13 marzo 1996, n. 2675, in *Riv. pen.*, 1996, p.1105; Cass. pen., sez. VI, 7 gennaio 1999, in *Giust. pen.*, 2000, II, p.350; Cass. pen., sez. VI, 9 ottobre 2006, n.36306, in *Riv. pen.*, 2007, p.410; in dottrina M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei privati. Le qualifiche soggettive*, III ed., Milano, 2008, p.288.

¹⁹⁴ Vedi nota n.173 del presente capitolo.

formazione del consenso della massa creditoria e soltanto indirettamente la sua attività può essere rilevante anche per la funzione giudiziaria (nel senso di cui sopra)¹⁹⁵.

In altre parole, la funzione del professionista-attestatore non è tanto verificare l'attendibilità dei dati aziendali, quanto piuttosto dotare i creditori di adeguate e sufficienti informazioni, per esprimere il loro consenso, la cui veridicità e correttezza rappresenta l'antecedente logico e non il fine.

Deve quindi escludersi la natura pubblicistica del professionista.

Più consenso ha, invece, trovato la tesi che qualifica il professionista "*persona esercente un servizio di pubblica necessità*", e, di conseguenza, considera applicabile la fattispecie ex art. 481 c.p. – "*Falsità ideologica in certificati commessa da persone esercenti un servizio di pubblica necessità*".

In tale prospettiva, però, bisogna innanzitutto accertare la qualifica soggettiva di cui all'art. 359 c.p.¹⁹⁶ e, poi, dimostrare che l'attestazione del professionista sia suscettibile quale certificato rilevante ex art. 481 c.p.

Quanto alla prima condizione, si potrebbe considerare l'attività del professionista, necessaria all'imprenditore che intende avvalersi di una delle soluzioni di risanamento, un "*servizio di pubblica necessità in funzione della corretta informazione e tutela dei creditori*"¹⁹⁷. Più complicato è, invece, la questione in merito all'oggetto, poiché, come già detto¹⁹⁸, il certificato e l'attestazione hanno contenuto diverso¹⁹⁹, come anche differente è il valore probatorio²⁰⁰. Pur volendo

¹⁹⁵ Cfr. M. LANZI, *Il professionista incaricato della relazione per l'ammissione al concordato preventivo non è pubblico ufficiale*, cit., p.1444

¹⁹⁶ Art. 359 c.p.: "*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*".

¹⁹⁷ Trib. Rovereto, 12 gennaio 2012, in *Fall.*, 2012, p.834 ss, che a sua volta cita diverse pronunce di merito; in dottrina TETTO F., *Le false e fraudolente attestazioni del professionista ex art. 161, comma 3 l.f.: alla ricerca di un'evanescente tipicità penalmente rilevante*, in *Fall.*, 2012, p.845 (in commento alla pronuncia sopracitata); cfr. M. ZINCANI, *Il nuovo art. 217- bis l.f.: la ridefinizione dei reati di bancarotta*, cit., p.527; più dubbioso R. BRICCHETTI, *Profili penali*, cit., p.652.

¹⁹⁸ Vedi anche nota n.184 del presente capitolo

¹⁹⁹ Sul punto cfr. G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, I, 2° ed., Bologna, 1997, p.591; A. MANNA, *Falsità ideologica in certificati commessa da persone esercenti un servizio di pubblica*

accettare il ragionamento di alcune pronunce di merito,²⁰¹ che considerano il ruolo dell'attestatore composto da una doppia "anima", certificativa e valutativa, rimane il problema se quest'ultima funzione possa ricondursi lo stesso alla nozione di "certificato" di cui all'art. 481 c.p.²⁰²

La giurisprudenza è alquanto contraria a ricomprendere in tale nozione anche le attestazioni, che si sostanziano di valutazioni soggettive²⁰³; ma, ciò nonostante, vi sono alcune pronunce in cui si asserisce che anche una valutazione potrebbe essere ideologicamente falsa²⁰⁴, specialmente in assenza di determinati parametri di legge²⁰⁵. Così facendo, però, si amplia la nozione di certificato oltre la semplice e diretta trasposizione di mere osservazioni di circostanze di fatto²⁰⁶.

Altri autori²⁰⁷, invece, seppure a favore della falsità ideologica, optano per il richiamo della fattispecie di cui all'art. 483 c.p., ovvero della "*Falsità ideologica commessa dal privato in atto pubblico*". Tuttavia, la stessa sconta alcuni dei problemi finora rilevati. Primo fra tutti, le remore in merito alla funzione certificativa della veridicità dei dati aziendali²⁰⁸ (piuttosto che quale mezzo dei creditori per esprimere un giudizio informato circa la convenienza della proposta), in quanto la falsità ideologica in questione rilevarebbe solo se le attestazioni private venissero successivamente

necessità (Art.481), in A. CADOPPI – S. CANESTRARI – A. MANNA – M. PAPA, *Trattato di diritto penale. Parte speciale, V, I delitti contro la fede pubblica e l'economia pubblica*, Torino, 2010, p.352.

²⁰⁰ V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, 5° ed., VI, Torino, 2012, p.2335.

²⁰¹ Vedi nota n.198 del presente capitolo

²⁰² In dottrina prospettano l'applicabilità dell'art.481 c.p. G. COCCO, *Esenzione dai reati di bancarotta nel "nuovo" art. 217- bis della legge fallimentare*, cit., p.17; M. ZINCANI, *Il nuovo art. 217-bis l.f.: la ridefinizione dei reati di bancarotta*, cit., p.527; nonché L. TROYER, *Le responsabilità penali relative alle soluzioni concordate della crisi d'impresa*, in *Riv. dott. comm.*, 2008, p.121.

²⁰³ *Ex plurimis*, Cass. pen., sez. II, 12 dicembre 2006, in *Cass. pen.*, 2008, p.20.

²⁰⁴ In quanto essa si basa su parametri di cui si può, e si deve, sempre accertare la correttezza. *Ex multis*, Cass. pen., sez. V, 7 dicembre 2007, n.2895, in *Resp. civ. prev.*, 2009, p.1119 ss, con nota di F. PONTIS, *Falso e abuso edilizio*, *ivi*, p.1122.

²⁰⁵ Cass. pen., sez. V, 13 gennaio 2006, n.13249, in *Riv. pen.*, 2007, p.325, secondo la quale, in tal caso, il ruolo istituzione o le qualifiche professionali del soggetto agente comporterebbero una ragionevole affidabilità dell'atto.

²⁰⁶ E ciò, come si vedrà più avanti, potrebbe essere un aspetto alquanto rilevante in relazione alla fattispecie di cui all'art.236- bis, l.f.

²⁰⁷ G.G. SANDRELLI, *La riforma della legge fallimentare: i riflessi penali*, cit., p.443; R. BRICCHETTI, *Profili penali*, cit., p.652; R. BRICCHETTI – F. MUCCIARELLI – G.G. SANDRELLI, *Le responsabilità penali*, cit., p.1302.

²⁰⁸ Sul punto R. BRICCHETTI – F. MUCCIARELLI – G.G. SANDRELLI, *Le responsabilità penali*, cit., p.1302.

trasfusa in atti pubblici²⁰⁹. Ma questo non può affermarsi in merito all'attività svolta dal professionista, dato che la sua attestazione è funzionale alla richiesta di accesso alle procedure²¹⁰. Tutt'al più, può dirsi poi assorbita dal giudizio del tribunale in sede di ammissione, il quale ha, comunque, seppur minimo, un potere valutativo e, pertanto, non si rileva alcun automatismo.

Infine, vi è altra parte della dottrina che, abbandonando la "via" del falso ideologico e partendo dall'analisi dei requisiti di professionalità e indipendenza, assegna al professionista un ruolo di garanzia, rilevante ex art. 40, 2° comma, c.p., non solo con riferimento alle condotte dell'imprenditore, ma anche di tutti i soggetti che partecipano all'elaborazione del piano²¹¹. Secondo tale impostazione, la fonte dell'obbligo è rinvenibile nel mandato professionale conferitogli dall'imprenditore e, d'altro canto, in capo al professionista dovrebbe aversi un potere impeditivo – necessario per qualificare il ruolo in termini di garanzia ex art 40 cpv 1, c.p. – e non soltanto un dovere di sorveglianza.

Sebbene la tesi in commento sembri, più delle altre, conforme allo scopo dell'attestazione, la stessa però non è pienamente fedele al dettame di legge in riferimento alla responsabilità da posizione di garanzia. Infatti, appare difficilmente conciliabile con il principio di tassatività del diritto penale, la circostanza che dal contratto di mandato – tra imprenditore e professionista – derivi anche un autonomo potere di impedimento del secondo. Ciò nonostante, pur acconsentendo a tale critica, non si può non rilevare che il potere di impedimento è implicito, posto che il professionista, una volta assunto l'incarico di attestare la veridicità dei dati aziendali e la relativa responsabilità²¹², qualora avesse dubbi o ritenesse insufficienti le

²⁰⁹ Sul punto G. COCCO, *Falso ideologico del privato in atto pubblico (483)*, in *Id.* (a cura di), *I reati contro i beni economici*, Padova, 2010, p.488.

²¹⁰ Proprio per tale motivazione escludono l'applicabilità dell'art.483 c.p. F. GIUNTA, *Revocatoria e concordato preventivo: tutela penale*, cit., p.38; critico anche A. ALESSANDRI, *Profili penalistici delle innovazioni in tema di soluzioni concordate della crisi d'impresa*, cit., p.126; M. ZINCANI, *Il nuovo art. 217-bis l.f.: la ridefinizione dei reati di bancarotta*, cit., p.527; nonché L. TROYER, *Le responsabilità penali relative alle soluzioni concordate della crisi d'impresa*, cit., p.123.

²¹¹ Secondo G. SCHIAVANO, *Il professionista "attentatore" nelle soluzioni concordate della crisi di impresa: la sua qualifica penalistica*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1-2, 2012, p.275 ss, si tratta di un obbligo giuridico volto ad impedire atti fraudolenti, tanto nel momento di redazione del piano, quanto in relazione ad altri fatti "connessi ai suoi compiti", quali ad esempio falsi materiali, ideologici, o ipotesi di bancarotta.

²¹² Ad oggi, con il 236- bis, anche penale.

informazioni dategli dall'imprenditore, potrebbe, anzi dovrebbe, rifiutarsi di redigere la relativa attestazione²¹³.

4.2. Il nuovo statuto del professionista-attestatore: le novità del "Decreto sviluppo" 2012

Le diverse e contrastanti soluzioni elaborate dalla dottrina evidenziano la necessità di un intervento legislativo anche in tale ambito²¹⁴.

Nel 2012, con il d.l. n.83²¹⁵, oltre ad inserire una fattispecie penale autonoma, a seguito dell'introduzione del nuovo art. 236-*bis*, rubricato "*Falso in attestazioni e relazioni*", con la novella della lett. *d*) del 3° comma dell'art. 67, vengono ridefinite le funzioni ed i requisiti del professionista-attestatore, introducendo quello dell'indipendenza²¹⁶.

Si aumentano, infatti, i suoi compiti all'interno della gestione della crisi: prima, "limitati" alla ragionevolezza del piano; ora, "estesi" alla veridicità dei dati e alla fattibilità del piano. Ma si tratta comunque di funzioni di tipo "accertativo", le quali ormai sembrano rappresentare lo "*snodo decisionale della patologia aziendale*"²¹⁷; ed è proprio in tale prospettiva che vanno letti i nuovi compiti assegnati al professionista negli artt. 182-*quinquies*, 182-*septies* e 186-*bis*, l.f.²¹⁸.

²¹³ Peraltro questo sembra anche l'atteggiamento assunto dalla giurisprudenza di merito, secondo cui il professionista non può esclusivamente prendere atto dei dati forniti dall'imprenditore, ma deve esaminare tutti gli elementi su sui si fonda il piano, siano essi di natura contabile che extracontabile. Così N. GIANESINI, *op. cit.*, p.157. In giurisprudenza, *ex multis*, Trib. Benevento, 23 aprile 2013, in *Fall.*, 2013, p.1373.

²¹⁴ Così R. BRICCHETTI, *Profili penali, cit.*, p.652; G. INSOLERA, *Riflessi penalistici della nuova disciplina del concordato preventivo e delle composizioni extragiudiziali della crisi di impresa, cit.*, p.471; A. MANGIONE, *Riflessi penalistici sulla riforma delle procedure concorsuali, cit.*, p.925; contra G. COCCO, *Esenzione dai reati di bancarotta nel "nuovo" art. 217-bis della legge fallimentare, cit.*, p.18, ritenendo che "*l'equilibrio normativo raggiunto sia sufficiente a garanzia di serietà ed efficienza del sistema*".

²¹⁵ C.d. "Decreto sviluppo"; vedi Capitolo I, § 2.2.

²¹⁶ Per un approfondimento dell'art. si rimanda a N. MAZZACUVA – E. AMATI, *Diritto penale dell'economia, cit.*, p.253 ss.

²¹⁷ Così N. GIANESINI, *op. cit.*, p.159.

²¹⁸ Il primo dei sopracitati articoli riguarda la domanda di ammissione alle procedure con autorizzazione a contrarre finanziamenti prededucibili (ex art. 111 l.f.), o quella di concordato con continuità aziendale (4° comma). Per quanto riguarda l'art. 182- *septies*, introdotto con il d.l. n. 83/2015, si è incaricato il professionista di redigere un'attestazione circa "*l'omogeneità della posizione giuridica e degli interessi economici fra i creditori interessati...*" anche nell'ambito della moratoria [da notare che in questo caso il dettame di legge parla di «omogeneità», la quale si basa su dati esistenti, e non su valutazioni prognostiche, il che rende meno problematico l'applicazione dell'art. 236- *bis*; sul

A fronte di tale ampliamento di funzioni divenne, a giusta ragione, necessario delineare meglio tale figura, onde evitare che le incertezze normative costituissero un deterrente ad assumere l'incarico per le responsabilità che avrebbe comportato.

Si è meglio precisata la disciplina dell'art. 67, 3° comma, lett. d), che, ora, contiene un vero e proprio statuto per il professionista²¹⁹.

Viene, quindi, specificato – sebbene non fosse questione controversa in dottrina – che il professionista è nominato dal debitore, ma viene anche, espressamente, scritto che deve trattarsi di un soggetto indipendente²²⁰.

Nella nuova versione della norma in commento, rimangono inalterati i requisiti dell'iscrizione nel registro dei revisori contabili e quelli di cui alle lett. a) e b) dell'art. 28; viene eliminato il richiamo all'art. 2501-*bis*, 4° comma, nella considerazione che all'attestatore, come già detto, non è più richiesto un giudizio sulla ragionevolezza; ma soprattutto si dà una puntuale definizione di "indipendenza". Infatti, viene, opportunamente, precisato che *"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"*.

Tutto ciò assume particolare rilevanza per due ordini di motivi: primo, perché, nell'intenzione del legislatore, vengono eliminati eventuali dubbi sulla figura del professionista, soprattutto con riguardo ai suoi rapporti personali e professionali con tutti soggetti interessati al risanamento; e secondo, perché tale precisazione

punto F. LAMANNA, *La miniriforma (anche) del diritto concorsuale secondo il decreto "Contendibilità e soluzioni finanziarie" n.83 del 2015: un primo commento*. Parte IV: *le nuove figure dell'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e della convenzione moratoria*, cit., p.13]. Infine, il 186-*bis*, ovvero il concordato con continuità aziendale, nel quale al professionista spetta l'attestazione circa la prosecuzione dell'attività d'impresa prevista nel piano quale funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori.

²¹⁹ Sul punto N. GIANESINI, *op. cit.*, p.158 ss. Parte della dottrina considera questa solo una delle tappe di un processo legislativo iniziato nel 2005, così M. TERENGI, *I piani di risanamento dopo le modifiche: hanno ancora un futuro?*, cit., p.1.

²²⁰ Si vedano gli artt. 161, 182-*bis* e 186 *bis* l.f.

(sull'indipendenza) dimostra, con chiarezza, la volontà del legislatore di bilanciare la nomina di natura privatistica del professionista – figura essenziale nel processo di privatizzazione delle procedure – con la necessità di tutelare tutti gli interessi in gioco. Quindi, oltre ai requisiti di alta professionalità, al professionista si richiede un ulteriore requisito non professionale, che, forse sarebbe meglio definire "condizione": l'indipendenza verso tutti i soggetti interessati²²¹.

Nella prima parte della norma l'indipendenza è delineata in negativo, poi in positivo, con il richiamo dell'art. 2399 c.c. – ovvero le cause di ineleggibilità e di decadenza dei sindaci – rafforzato, con la previsione di un periodo di tempo più lungo (ultimi 5 anni), per quanto riguarda i rapporti di lavoro con il debitore²²².

Nonostante la ricercata puntualità del legislatore, permangono dubbi sulle conseguenze che derivano dalla mancanza di indipendenza. Quanto alla responsabilità professionale, si osservi che, almeno indirettamente, il precedente richiamo all'art. 2501-*bis* permetteva che si potesse far riferimento al paradigma di responsabilità in esso delineato. Ma, a dire il vero, tuttora, non sembra si possa negare l'obbligo, per il professionista, a risarcire il danno cagionato (sia all'imprenditore che ai creditori) in caso di situazione di incompatibilità²²³.

²²¹ Sul punto I.L. NOCERA, *Speciale decreto sviluppo – I "nuovi" accordi di ristrutturazione dei debiti: ruolo del professionista e trattamento dei creditori estranei*, cit., p.4; contra V. Lenoci, *Ruolo e responsabilità dell'esperto. L'indipendenza e il richiamo alla disciplina dei sindaci*, in *www.ilfallimentarista.it*, 2012, p.5, il quale invece ritiene che tali requisiti sarebbero maggiormente garantiti con una designazione "pubblicistica".

²²² Quasi come se l'indipendenza fosse delineata su due diversi livelli, così Consiglio Nazionale dei Dottori commercialisti e degli esperti contabili, *Il ruolo del professionista attestatore nella composizione negoziale della crisi: requisiti di professionalità e indipendenza e contenuto delle relazioni*, Circ. n. 30/IR, 11 febbraio 2013. Altri, invece, pensano che la chiave di lettura della norma vada rintracciata nel "conflitto di interessi", in cui le varie ipotesi non sono altro che un elenco esemplificativo, così F. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo il "Decreto sviluppo"*, in *Il civilista*, n.7, 2013, p.17.

Critico sulla strutturazione dei vari richiami all'interno della norma *de qua*, F. MUCCIARELLI, *Il delitto di falso in attestazioni e relazioni: il professionista- attestatore e le valutazioni*, in *Ind. pen.*, 2014, p.133, il quale lo definisce un "circolo ermeneutico privo di valenza euristica".

²²³ Così F. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo il "Decreto sviluppo"*, cit., p.19; ed anche Consiglio Nazionale dei Dottori commercialisti e degli esperti contabili, *Il ruolo del professionista attestatore nella composizione negoziale della crisi*, cit., p.10

Più problematico appare, invece, individuare le conseguenze giuridiche della relativa attestazione²²⁴.

4.3. Il delitto di "Falso in attestazioni e relazioni" ex art. 236 bis, l.f.

Come già detto, al c.d. "Decreto sviluppo" si deve anche l'introduzione dell'art. 236-bis, ove viene previsto un reato proprio del professionista-attestatore²²⁵, il quale punisce "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"²²⁶ con la reclusione da due a cinque anni e con la multa da 50.000 a 100.000 euro.

Al 2° e 3° comma vengono previste due aggravanti: la prima, "se il fatto è commesso al fine di conseguire un ingiusto profitto per sé o per altri, la pena è aumentata"; la seconda, ad effetto speciale, "se dal fatto consegue un danno per i creditori la pena è aumentata fino alla metà".

L'introduzione di questa autonoma fattispecie delittuosa, da una parte, consente l'abbandono del ricorso alla "concorsualità" per punire le condotte fraudolente del professionista²²⁷; dall'altra, non risolve il dibattito circa la qualificazione pubblicistica o privatista della figura *de qua*, sebbene non si può non notare che il rafforzamento del requisito d'indipendenza sembra far propendere per la tesi della sua natura privata.

²²⁴ Il CONSIGLIO NAZIONALE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI ESPERTI CONTABILI, *Il ruolo del professionista attestatore nella composizione negoziale della crisi*, cit., *ibid.*, propone una soluzione, data l'inattendibilità dell'attestazione, che preveda una graduazione dell'effetto della patologia; F. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo il "Decreto sviluppo"*, cit., *ibid.*, sottolinea, dall'altro lato, che tale patologia dovrebbe essere già rilevata d'ufficio dal giudice, data l'opinabile attendibilità e utilizzabilità della stessa. Più rigorista è G. GUERRIERI, Sub art. 67, A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, 6° ed., Padova, 2013, p.437, sostenendo che la mancanza di presupposti comporti l'inoperatività della norma stessa, ed anche di quelle che direttamente o indirettamente da essa traggono ragione, come ad esempio l'art. 217- bis.

²²⁵ Per un maggiore approfondimento sul soggetto attivo si rimanda a N. MAZZACUVA – E. AMATI, *op. cit.*, p.261 ss; critico sulla formulazione normativa F. 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.f.*, cit., p.622.

²²⁶ Per un approfondimento sull'oggetto materia del reato si veda N. MAZZACUVA – E. AMATI, *op. cit.*, p.258 ss.

²²⁷ Vedi § 4 del presente capitolo. Cfr. F. 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.f.*, cit., p.616.

Posto che, ai fini che qui interessano, bisogna capire quale sia il presidio penale all'interno delle soluzioni *alternative* in modo da poter analizzare le relative zone d'ombra, è bene indagare sugli effetti di questa "nuova" fattispecie, al di là della semplice analisi manualistica della figura, interrogandosi sull'efficacia della norma a tutelare effettivamente tutti gli interessi in gioco²²⁸.

Sebbene sia pacifico che si tratti di un delitto proprio del professionista-attestatore, può dirsi *tipica* la contestazione concorsuale dell'imprenditore, nel caso in cui tra i due ci fosse un accordo fraudolento per l'esposizione della falsità²²⁹.

L'elemento psicologico richiesto è il dolo generico²³⁰, che diventa specifico nell'ipotesi del 2° comma, coerentemente con la natura stessa della fattispecie e del corrispondente contesto rilevante²³¹.

Prevedere il profitto o il danno ai creditori²³² soltanto in termini di aggravanti, denota l'*intentio iuris* di punire, già di per sé, il mendacio, a prescindere dalle conseguenze della condotta²³³.

Si tratta, perciò, di un reato di *mera condotta* che si perfeziona con il deposito dell'attestazione²³⁴.

²²⁸ Questione ampiamente dibattuta in dottrina prima dell'introduzione dell'art. 236- *bis*. Si veda § 4.1 del presente capitolo.

²²⁹ È infatti impensabile che il professionista diffonda false informazioni di sua sponte.

²³⁰ Sul dolo cfr. G. MINNITI, *La "nuova" responsabilità del professionista attestatore*, in *Ifallimentarista.it*, 2012, p.5, il quale prospetta anche un'ipotesi eventuale, qualora nonostante rediga l'attestazione, in capo al professionista residuino dubbi circa la veridicità dei dati aziendali.

²³¹ F. MUCCIARELLI, *Il ruolo dell'attestatore e la nuova fattispecie penale di "Falso in attestazioni e relazioni"*, in *www.ilfallimentarista.it*, 2012, p.5; F. D'ALESSANDRO, *Il delitto di falso in attestazioni e relazioni*, in R. BORSARI (a cura di), *Crisi dell'impresa, procedure concorsuali e diritto penale dell'insolvenza. Aspetti problematici*, Padova, 2015, p.560; R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *Operazioni di risanamento, professionisti nel mirino*, in *Guida dir.*, 2012, n.29, p.45.

²³² F. MUCCIARELLI, *Il ruolo dell'attestatore e la nuova fattispecie penale di "Falso in attestazioni e relazioni"*, in *www.ilfallimentarista.it*, 2012, p.5, evidenzia che può ritenersi che il danno assuma una connotazione patrimoniale determinabile soltanto in seguito alla dichiarazione dello stato d'insolvenza; mentre non rilevano gli altri ed eventuali danni causati da altri soggetti, ad esempio dall'imprenditore inconsapevole del mendacio del professionista; così P.G. 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, p.15.

²³³ G. CASAROLI, *Sub art. 236-bis*, in A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, cit., p.1587.

²³⁴ R. BORSARI, *Il nuovo reato di falso in attestazioni e relazioni del professionista nell'ambito delle soluzioni concordate della crisi di impresa. Una primissima lettura*, in *dir. pen. contemp.*, 2013, n.1, p.15, il quale però sottolinea che nel caso di piano attestato, vista l'autonomia privata di cui gode, non essendo previsti passaggi giurisdizionali, il momento in cui si perfeziona la fattispecie deve essere

Inoltre, l'elencazione delle attestazioni con cui è possibile integrare la condotta delittuosa, concorre a delineare ancora meglio il soggetto attivo e, di conseguenza, le procedure in cui la stessa può rilevare²³⁵.

La ricostruzione in termini di fattispecie di mera condotta, comporta che la protezione del bene giuridico scatti già con la semplice produzione del documento, a prescindere dal risultato della procedura²³⁶; e, conseguentemente, che si possa affermare, anche, il suo carattere potenzialmente plurioffensivo²³⁷: alla lesione della fede pubblica si aggiunge quella degli interessi patrimoniali dei creditori (ex art. 236-bis 3° comma, l.f.)²³⁸.

Peraltro, vi sono numerose critiche in dottrina²³⁹ in merito all'autonomia del bene giuridico della fede pubblica, in quanto, la formula utilizzata, sarebbe inadatta ad esprimere dei beni concreti da tutelare penalmente.

anticipato alla fuoriuscita della relazione dalla sfera di disponibilità del medesimo professionista. Contra T. GUERINI, *La responsabilità penale del professionista attestatore nell'ambito delle soluzioni concordate per la crisi d'impresa*, in *dir. pen. contemp.*, 2013, n.2, p.79, il quale lo definisce un reato di pericolo concreto "in quanto non è richiesto che le falsità producano alcun evento di danno nei confronti dei creditori, caso in cui opera l'aggravante di cui al terzo comma".

²³⁵ F. MUCCIARELLI, *Il ruolo dell'attestatore e la nuova fattispecie penale di "Falso in attestazioni e relazioni"*, cit., p.2

²³⁶ Cfr. F. 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.f.*, cit., p.623; V. SPINOSA, *Il c.d. decreto sviluppo nel sistema della legge fallimentare: i rapporti tra nuove procedure concorsuali e profili di responsabilità penale*, in *dir. pen. contemp.*, 2013, n.2, p.19

²³⁷ Cfr. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, II, 15° ed., C.F. Grosso (a cura di), Milano, 2008, p.69 ss; contrari allo "sdoppiamento" dell'offensività della fattispecie G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p.585; G. COCCO, *Il falso bene giuridico della fede pubblica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p.73

²³⁸ Così R. BORSARI, *Il nuovo reato di falso in attestazioni e relazioni del professionista nell'ambito delle soluzioni concordate della crisi di impresa. Una primissima lettura*, cit., p.23; R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *Operazioni di risanamento, professionisti nel mirino*, cit., p.45; V. SPINOSA, *Il c.d. decreto sviluppo nel sistema della legge fallimentare: i rapporti tra nuove procedure concorsuali e profili di responsabilità penale*, cit., p.16. Cfr. T. GUERINI, *La responsabilità penale del professionista attestatore nell'ambito delle soluzioni concordate per la crisi d'impresa*, in *dir. pen. contemp.*, 2013, n.2, p.78. Diversamente P.G. DEMARCHI ALBENGO, *La fattispecie incriminatrice di cui al nuovo articolo 236-bis della legge fall.; la responsabilità penale dell'attestatore*, cit., p.2, secondo cui la ricostruzione della tutela andrebbe fatta sulla base dell'affidamento di cui devono godere tali attestazioni, nonché sullo specifico ruolo informativo delle stesse.

²³⁹ Per un esaustivo approfondimento circa l'evoluzione del dibattito *de quo*, si rimanda a G. COCCO, *Il falso bene giuridico della fede pubblica*, cit., p.66 ss; I. GIACONA, *Introduzione ai reati contro la fede pubblica*, in A. CADOPPI – S. CANESTRARI – A. MANNA – M. PAPA, *Trattato di diritto penale, parte speciale*, V, *I delitti contro la fede pubblica e l'economia pubblica*, cit., p.3 ss.

Nonostante ciò, sulla scorta della constatazione che le attestazioni in argomento sono caratterizzate da un'inderogabile esigenza di veridicità e correttezza – che caratterizza anche le fattispecie del Titolo IV del codice penale – non si può negare che l'art. 236-*bis* vada annoverato tra le norme extra-codicistiche poste a tutela della fede pubblica; anche perché, sebbene le stesse non abbiano forza di prova legale, dato il giudizio prognostico sulle quali si basano, non vi è dubbio che i creditori, comunque, vi debbano poter fare affidamento. Se così non fosse, verrebbe meno il fulcro centrale di tutto il nuovo assetto concorsuale²⁴⁰.

Inoltre, qualora si aderisse alla tesi dottrinale che tende a concretizzare il bene giuridico della fede pubblica con specifici beni reali, *rectius*, dotati di una pregnanza valoristica²⁴¹, risulterebbe meglio evidente, in relazione alla soluzione dello stato di crisi, il cambio di visione del legislatore da un'ottica meramente liquidatoria ad una che tenga conto delle possibilità di risanamento²⁴². In questa prospettiva, superando la dimensione astratta della norma e considerando il suo scopo a protezione dell'impresa in crisi, la garanzia del patrimonio per i creditori verrebbe, inizialmente, nella fattispecie base, solo messa in pericolo, mentre sarebbe lesa nell'ipotesi del 3° comma dell'art. 236-*bis*.

Si tratta di un ragionamento che, effettivamente, riesce ad illustrare lo spostamento di valori all'interno dei nuovi istituti, ove è l'impresa ad essere considerata bene giuridico – anche in ragione della presenza di diverse componenti al suo interno che necessitano di protezione – e, in quanto tale, degna di tutela civile ed, oggi, anche penale, prevenendo uno specifico reato per colui che ha la funzione di controllo e di garanzia in merito alla validità dello strumento scelto ai fini del risanamento²⁴³.

²⁴⁰ N. GIANESINI, *op. cit.*, pp.168-171.

²⁴¹ Tesi prospettata in particolare da G. COCCO, *Il falso bene giuridico della fede pubblica, cit.*, p.74; F. MANTOVANI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 6° ed., Padova, 2009, p.196.

²⁴² Argomento ampiamente affrontato nel Capitolo I.

²⁴³ Sul punto cfr. F. MUCCIARELLI, *Il delitto di falso in attestazioni e relazioni: il professionista-attestatore e le valutazioni, cit.*, pp. 129-130, il quale rileva che, sebbene vi sia stato uno spostamento di interessi dalla tutela della par condicio a quella dell'impresa, va sottolineata la fiducia che “*propri tali meccanismi possano in concreto assicurare una migliore tutela del ceto creditorio*”.

4.3.1. I problemi interpretativi in merito alla condotta

Il professionista è sanzionato nel momento in cui *“espone informazioni false ovvero omette di riferire informazioni rilevanti”*. La condotta, quindi, viene tipizzata e descritta attraverso due modalità alternative: una, attiva; l'altra, omissiva²⁴⁴.

Ad una prima lettura, la norma non sembra porre particolari problemi. Tuttavia, nella pratica, l'utilizzo del termine *«informazioni»* – con riferimento al contenuto dell'attestazione – e dell'aggettivo *«rilevanti»* – con riferimento alla condotta omissiva – comportano alcuni nodi interpretativi che, incidendo sulla fisionomia dell'articolo *de quo*, necessitano di essere analizzati.

Bisogna ammettere che il legislatore poteva adoperare altre espressioni per riferirsi al contenuto dell'attestazione, come, ad esempio, *«valutazioni»*, termine di certo più consono. Il termine *«informazioni»* sembra doversi concludere in termini di verità o falsità con riferimento a valori o fatti di natura oggettiva, che non richiedono valutazioni. In tal senso, allora, la fattispecie sembra riferirsi (e limitarsi) ai soli dati economici, patrimoniali e finanziari dell'azienda che, in fondo, devono già essere autonomamente predisposti dal debitore in sede di proposta ai creditori²⁴⁵; al più, potrebbe ricomprendere anche quei dati economici necessari a collocare il piano nella realtà in cui dovrà attuarsi, ma soltanto qualora anche questi dati, di carattere *“contestuale”*²⁴⁶, non richiedano una valutazione ulteriore²⁴⁷.

²⁴⁴ P.G. DEMARCHI ALBENGO, *La fattispecie incriminatrice di cui al nuovo articolo 236-bis della legge fall.; la responsabilità penale dell'attestatore*, cit., p.4, osserva: *“Si tratta, peraltro, di due facce della stessa medaglia: se consideriamo il singolo elemento, allora è diverso esporre un dato falso rispetto alla mancata contemplazione di un dato vero. Ma se si considera la relazione nel suo complesso, allora l'effetto non cambia: non esporre un dato esistente e rilevante configura, infatti, sempre una falsa rappresentazione della realtà, giacché il risultato complessivo della relazione ne risulterà inquinato”*. Sul punto cfr. anche F. VITALE, *Nuovi profili penali della crisi di impresa: l'esenzione dai reati di bancarotta e la responsabilità del professionista attestatore*, in *archiviopenale.it*, 2014, p.4.

²⁴⁵ Ad esempio, nel concordato preventivo, l'art. 161, 2° comma, l.f., elenca dettagliatamente i documenti richiesti ai fini della proposta, i quali possono essere ricompresi nei documenti cui fa riferimento l'art. 236-bis nel richiedere al professionista l'attestazione della *“veridicità dei dati aziendali”* con riferimento anche agli altri strumenti di risoluzione.

²⁴⁶ Espressione ripresa da N. GIANESINI, *op. cit.*, p.174.

²⁴⁷ F. MUCCIARELLI, *Il ruolo dell'attestatore e la nuova fattispecie penale di “Falso in attestazioni e relazioni”*, cit., p.3; G. MINNITI, *La “nuova” responsabilità del professionista attestatore*, cit., p.3; R. BORSARI, *Il nuovo reato di falso in attestazioni e relazioni del professionista nell'ambito delle soluzioni concordate della crisi di impresa. Una primissima lettura*, cit., p.16; G. CASAROLI, *Sub art. 236-bis*, *op. cit.*, p.1588.

Tuttavia questa soluzione, forse un po' troppo minimale, sembra svuotare la portata della norma, non tenendo conto della funzione assegnata all'attestazione del professionista.

Come già detto, la mansione del professionista si compone essenzialmente di due diverse attività, inevitabilmente legate tra di loro. Il giudizio di carattere prospettico non potrebbe formularsi, senza l'espletamento di una prima attività, di carattere essenzialmente "informativo"; così come, viceversa, "fotografare" la situazione aziendale non avrebbe grande valore se poi non venisse utilizzata ai fini del risanamento²⁴⁸. Perciò, riferire la nozione di «*informazioni*» ai soli dati oggettivi limiterebbe la fattispecie del 236-*bis* soltanto al primo momento, escludendo quello valutativo²⁴⁹. Il che non sarebbe coerente con l'intento del legislatore di privatizzare le procedure, trasferendo sul professionista il controllo delle stesse e nel quale il giudizio prognostico rappresenta un elemento insopprimibile, ove possono ben insidiarsi pericolosi profili di falsità, altrettanto meritevoli di sanzione.

Utilizzare un canone ermeneutico letterale, volto ad escludere gli aspetti valutativi, sarebbe, quindi, in contrapposizione con il nuovo assetto della normativa fallimentare; d'altra parte, nell'adattare la nozione di «*informazioni*» alla componente valutativa bisogna evitare l'abuso dell'interpretazione analogica.

Sebbene non sia questa la sede per illustrare il corposo dibattito, è comunque imprescindibile il richiamo – senza pretese di esaustività – alla dottrina sviluppatasi intorno alla fattispecie di false comunicazioni sociali e al c.d. «*falso valutativo*», già prima della riforma del 2015²⁵⁰.

In breve, l'interrogativo era (ed è) se nell'ambito dei reati societari vi rientrassero o meno le valutazioni. Partendo dall'assunto che le voci di bilancio sono anche frutto di valutazioni o stime²⁵¹ (tant'è che sia il legislatore civile che la dottrina contabile si

²⁴⁸ Post "Decreto sviluppo" il legame dei due momenti ("veridicità dei dati" e, poi, "fattibilità del piano" o "attuabilità dell'accordo") è ancora più enfatizzato dal dettame normativo. Sul punto N. GIANESINI, *op. cit.*, p.175

²⁴⁹ Che differentemente dai dati oggettivi, non sono suscettibili di essere qualificati come veri o falsi.

²⁵⁰ Sul punto N. GIANESINI, *op. cit.*, p.173 ss; cfr. E. MEZZETTI, *I reati societari*, in E.M. AMBROSETTI – E. MEZZETTI – A. RONCO. *Diritto penale dell'impresa*, 3° ed., Bologna, 2012, p.133 ss.

Per una panoramica del problema si veda N. MAZZACUVA – E. AMATI, *op. cit.*, p.63 ss.

²⁵¹ E. MUSCO, *Diritto penale societario*, Milano, 1999, p.90, il quale in merito alle poste di bilancio sostiene che esse sono "il frutto di apprezzamenti, di valutazioni, di stime effettuabili e realmente effettuate sulla base di criteri esterni, e cioè sulla base dei procedimenti valutativi mediante i quali si

sono preoccupati di dettarne i criteri di valutazione, anche con riferimento alla finalità del bilancio stesso), il problema riguarda l'identificazione dell'*an* della falsificazione. La breve rassegna delle tesi sviluppatesi sulla questione, è utile anche al fine di sciogliere l'interrogativo sull'attinenza dell'art. 236-*bis* alle valutazioni.

Secondo una prima tesi, denominata del c.d. "vero legale", il giudizio di verità o falsità della valutazione dipende dalla mancata corrispondenza tra la stessa e i criteri fissati dalla legge, specialmente quelli rinvenibili nelle norme del codice civile in merito al metodo da adottare nella redazione del bilancio²⁵².

Un altro filone dottrinale, confutando l'eccessiva rigidità della tesi appena esposta, ricorre al concetto di "ragionevolezza", che tiene conto anche della naturale discrezionalità di cui gode il soggetto agente. Così, l'eventuale "irragionevolezza" rappresenta la violazione del "vero relativo", inteso come "*adeguamento dei giudizi di valore alle norme tecniche... tenuti presenti il tipo del bilancio e lo scopo che presiede alla compilazione del bilancio*"²⁵³.

Infine, l'ultima tesi – più coerente anche al canone della tipicità penale – indaga la veridicità delle valutazioni nello scostamento tra i criteri, *rectius*, i metodi che lo stesso soggetto agente dichiara di utilizzare e quelli effettivamente utilizzati²⁵⁴.

Si noti che la riforma del 2015²⁵⁵ ha eliminato l'inciso «*ancorché oggetto di valutazioni*», fornendo, a prima vista, ulteriori motivazioni per ritenere che le componenti valutative siano, per *voluntas legis*, escluse dal perimetro delle false comunicazioni sociali. Tuttavia la questione, sia in dottrina che in giurisprudenza, non è così semplice e lineare.

Alcuni, infatti, rilevano che, in realtà, la novella del 2015 non estromette le "valutazioni" dall'area penale, ciò nella considerazione che la precedente formulazione, del 2002 – "*fatti materiali...ancorché oggetto di valutazioni*" – nulla

manifesta in termini quantitativi una situazione di fatto". Sebbene si tratti di una considerazione antecedente al 2002, si può considerare valida anche *post* riforma.

²⁵² Tesi elaborata da G. ZUCALÀ, *Il delitto di false comunicazioni sociali*, Padova, 1954, p.56 ss.

²⁵³ Tesi di L. CONTI, *Diritto penale commerciale, I reati fallimentari*, 2° ed., Torino, 1991, p. 226 ss; cfr. V. NAPOLEONI, *I reati societari*, III, *Falsità nelle comunicazioni sociali e aggio societario*, Milano, 1996, p.204 ss.

²⁵⁴ In tal senso A. BARTULLI, *Tecniche di redazione del bilancio e norme incriminatrici*, in *Tre studi sulle falsità in bilancio e altri scritti di diritto penale societario*, Milano, 1980, p.122 ss; nonché E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, III° ed., Milano, 2007, p.97.

²⁵⁵ L. 27 maggio 2015, n.69

aveva innovato rispetto a quella originaria, che parlava semplicemente di “*fatti non rispondenti al vero*”. In entrambe le formule era pacifico che potessero rientrare anche rappresentazioni di carattere valutativo, rimanendo escluse soltanto le opinioni soggettive, prognostiche e le previsioni²⁵⁶.

Comunque, la questione rimane aperta e ancora ampiamente dibattuta.

Ma quello che, ai nostri fini, interessa è la verifica se l'utilizzo di uno o più dei diversi criteri elaborati, *ante* 2015, rapportati all'art. 236-*bis*, consentano di ritenere che il termine «*informazioni*» ricomprenda anche quei dati e quelle componenti che necessitano di una valutazione; e ciò sia sulla base della conformità di tale interpretazione con l'*intentio iuris*, sia in quanto l'espressione «*informazioni*», rispetto al termine «*fatti*», sembra in ogni caso essere onnicomprensiva di fatti materiali e oggettivi e di valutazioni, i quali (entrambi) devono essere comunicati ai creditori per renderli informati sull'effettiva situazione dell'impresa²⁵⁷. Non si tratta di un abuso dell'analogia, quanto piuttosto di un'interpretazione estensiva in chiave sistematica.

Si ritiene, quindi, utile verificare se, sulla scorta delle soluzioni prospettate dalla dottrina in tema di reati societari (soprattutto in tema di falso in bilancio), si possano far rientrare nell'alveo dell'art. 236-*bis* le “valutazioni” esposte dal professionista nella propria attestazione.

Ebbene, sicuramente, la prima via proposta (della c.d. “verità legale”) è da escludere con riguardo all'articolo *de quo*, in quanto non esistono parametri normativi in merito a giudizi prognostici.

Per quanto riguarda invece il canone della “ragionevolezza”, esso appare come più pertinente alla prospettiva in cui deve porsi l'attività del professionista. Si pensi, ad esempio, al fatto che i suoi giudizi sono espressi sempre e tutti in termini di possibilità e mai di certezza. Egli, infatti, è chiamato ad attestare la “fattibilità” o “attuabilità” del piano o dell'accordo e non che lo stesso arrivi all'esito desiderato.

²⁵⁶ In tal senso F. MUCCIARELLI, “*Ancorché*” *superfluo, ancora un commento sparso sulle nuove false comunicazioni sociali*, in *penalecontemporaneo.it*, 2015, p.2 ss; cfr. anche *Id.*, “*Le “nuove” false comunicazioni sociali: note in ordine sparso*”, in *penalecontemporaneo.it*, 2015, p.23.

²⁵⁷ È curioso osservare che, infatti, in alcuni progetti di riforma delle false comunicazioni sociali, poi messi da parte a favore dell'attuale formulazione, si era proposto di delineare l'oggetto delle comunicazioni proprio con il termine «*informazioni*»; opzione che, come sottolineato dalla dottrina, aveva indubbiamente una capacità semantica meno problematica e in grado di comprendere senz'altro anche gli elementi di natura valutativa; così, sul punto, M. SCOLETTA, “*Tutela dell'informazione societaria e vincoli di legalità nei nuovi delitti di false comunicazioni sociali*”, in *Soc.*, 2015, p.1304.

Tuttavia, anche con riferimento all'art. 236-bis, la dottrina rileva che tale tesi interpretativa, da sola, appare normativamente debole rispetto al canone della tipicità penale²⁵⁸ e propone una sorta di combinazione di questo criterio con il terzo elaborato in tema di false comunicazioni sociali – ovvero quello della mancata corrispondenza tra il metodo scelto e quello poi effettivamente utilizzato –, insistendo soprattutto sull'utilizzo di "metodi di valutazione non riconosciuti e non accettati dalle regole dell'arte"²⁵⁹, i quali, tra l'altro, consentono di fornire ai creditori parametri razionali su cui basare la propria decisione sull'adesione o meno al piano di risanamento.

In effetti, questa interpretazione "simbiotica" sembra la più forte giuridicamente e la più corretta, in quanto tiene conto del ruolo complessivo del professionista all'interno delle procedure, ovvero: sia come "certificatore" della veridicità delle informazioni, che come "valutatore" dell'adeguatezza – in termini di logica e razionalità procedimentale – del piano. E, con riguardo a questo secondo aspetto, il giudice sarà chiamato a pronunciarsi in merito alla coerenza giuridica e metodologica della valutazione del professionista per stabilire sulle conseguenze normative previste²⁶⁰.

²⁵⁸ Critica avanzata alla tesi già in tema di reati societari da A. BARTULLI, *Tecniche di redazione del bilancio e norme incriminatrici*, in *Tre studi sulle falsità in bilancio e altri scritti di diritto penale societario*, cit., p.122 ss; nonché E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit., p.97.

²⁵⁹ F. MUCCIARELLI, *Il ruolo dell'attestatore e la nuova fattispecie penale di "Falso in attestazioni e relazioni"*, cit., p.3; il giudizio quindi riguarderebbe il metodo utilizzato per pervenire a quella determinata valutazione. Inoltre, secondo l'Autore, bisognerebbe effettuare tale giudizio, in termini di falsità, solo per quella valutazione relativa a dati che comportino uno significativo scostamento, qualitativo o quantitativo, rispetto alla valutazione "veritiera".

²⁶⁰ Sebbene sul punto la dottrina sia abbastanza concorde, non mancano sfumature. C'è chi parla di "ragionevolezza e coerenza rispetto alle premesse metodologiche esplicate", così F. 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.f.*, cit., p.627; chi altri, invece, di "occulta disapplicazione dei criteri dichiarati", così R. BORSARI, *Il nuovo reato di falso in attestazioni e relazioni del professionista nell'ambito delle soluzioni concordate della crisi di impresa. Una primissima lettura*, cit., p.17, la quale, peraltro, richiama la giurisprudenza che, in tema di falso ideologico in atti pubblici, riconosce la falsità al giudizio che "contraddica criteri indiscussi o indiscutibili e sia fondata su premesse contenenti false attestazioni" (Cass. pen., sez. V, 24 gennaio 2007, citata dallo stesso autore); in senso conforme V. SPINOSA, *Il c.d. decreto sviluppo nel sistema della legge fallimentare: i rapporti tra nuove procedure concorsuali e profili di responsabilità penale*, cit., p.18.

Contra T. GUERINI, *La responsabilità penale del professionista attestatore nell'ambito delle soluzioni concordate per la crisi d'impresa*, cit., p.16, che invece evidenzia come in assenza di un documento analogo alla nota integrativa, in modo da fungere da *tertium comparationis* (quale chiarificazione delle modalità adottate), dovrebbe propendersi per il canone della ragionevolezza.

Va da sé che il giudizio valutativo sull'attestazione non potrà che basarsi sui principi della scienza economica e aziendalistica, con la, già nota²⁶¹, precisazione che un'eventuale rivalutazione da parte del giudice penale, circa il contenuto dell'attestazione, deve comunque essere svolta sulla base di una prognosi *ex ante*²⁶². In ogni caso, con il rischio di risultare lapalissiani, occorre sottolineare che, al contrario, della correttezza delle valutazioni, nei termini anzidetti, il giudizio sulla fattibilità (*sic et simpliciter*) del piano non può rientrare nel perimetro dell'art. 236-bis. Il parere sull'esito positivo del piano è caratterizzato da un'intrinseca componente prognostica, basata sì sui dati esposti ma proiettata nel futuro e, perciò, non passibile di declinazione in termini di verità o falsità. Altrimenti, si rischierebbe di attribuire al professionista responsabilità che, in fondo, potrebbero essere totalmente slegate dal suo giudizio e controllo. La fattibilità, infatti, è cosa ben diversa dalla concreta buona riuscita del piano, in quanto quest'ultima sconta il presentarsi di eventi imprevedibili *ex ante*, che esulano dalla possibilità prospettica dell'attestatore²⁶³.

Un'interpretazione contraria a tale soluzione, graverebbe, eccessivamente, sul profilo di responsabilità del professionista, finendo per divenire un deterrente all'assunzione del ruolo, oltre che a dilatare, notevolmente, i tempi del giudizio, il quale, a questo punto, dovrebbe tener conto di una serie infinita di ipotesi e valutazioni.

In tal senso può anche collocarsi la prima pronuncia di condanna, in tema di falso in attestazioni e relazioni²⁶⁴, in cui al professionista viene contestata la falsità della sua prognosi sulla buona riuscita del piano, non tanto con riferimento alle informazioni attinenti la situazione economico-finanziaria dell'azienda, quanto, invece, secondo il Gip di Torino, perché basata su impegni la cui inconsistenza poteva essere facilmente rilevata.

Di particolare interesse sono, anche, i "Principi di attestazione dei piani attestati di risanamento" (ai quali, in concreto, l'attestatore si richiama), elaborati dal Consiglio

²⁶¹ Cfr. § 3.5.

²⁶² F. MUCCIARELLI, *Il delitto di falso in attestazioni e relazioni: il professionista- attestatore e le valutazioni*, cit., p. 135, che così come nel caso di 217-bis, evidenzia il rischio di facili giudizi *ex post*, proprio in considerazione del fatto che si tratti di progetti di risanamento non andati a buon fine.

²⁶³ Sul punto si veda nota precedente; il rischio che si paventa è sempre quello di rivalutazione con le lenti del "senno del poi"; cfr. anche R. BORSARI, *Il nuovo reato di falso in attestazioni e relazioni del professionista nell'ambito delle soluzioni concordate della crisi di impresa. Una primissima lettura*, cit., p.18.

²⁶⁴ Gip Torino, ord. 16 luglio 2014, in *Cass. pen.*, 2015, p.2422 ss.

Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili allo scopo di fornire uno "standard di relazione di attestazione che possa indicare modalità operative e costituire modelli virtuosi di comportamento"²⁶⁵, ed i suoi principi "assumono utilità anche in quei casi in cui l'operato dell'attestatore debba essere oggetto di una valutazione ex post nell'ambito di un eventuale procedimento aperto a suo carico ex art. 236-bis o per risarcimento dei danni".

L'elaborazione di principi che possono effettivamente concretizzare il criterio della corrispondenza, deve essere visto con favore, soprattutto dal momento che essi potrebbero rappresentare un utile ausilio per il professionista nell'elaborazione dell'attestazione, oltre che aiutare il giudice ad evitare giudizi con il "senno del poi" nel caso di rivalutazione della stessa²⁶⁶.

Ultimo aspetto interessante, su cui è bene soffermarsi, riguarda la differenza tra la condotta attiva e quella omissiva. Mentre la prima è caratterizzata dall'esposizione di «informazioni false»; la seconda qualifica le informazioni come «rilevanti», producendo così un'asimmetria all'interno della fattispecie²⁶⁷.

Un'interpretazione letterale della norma, porterebbe, da una parte, a sanzionare l'esposizione di qualunque tipo di informazione falsa; e, dall'altra, a limitare l'omissione soltanto a quelle dotate di una certa capacità decettiva per i creditori, ovvero per coloro ai quali l'informazione stessa è destinata²⁶⁸.

²⁶⁵ Così PRINCIPI DI ATTESTAZIONE DEI PIANI ATTESTATI DI RISANAMENTO, 6 giugno 2014; documento rinvenibile su www.cndcec.it/Portal/Documenti/Dettaglio.aspx?id=eb601f2e-d9d4-40c3-8181-4efcccc87430, p.7, ove viene altresì precisato che i modelli predisposti devono poi essere declinati in funzione della specificità del caso concreto.

²⁶⁶ Per un maggiore approfondimento sui Principi *de quo* si rimanda a F. BAFFI, *Attestare stanca*, in *penalecontemporaneo.it*, 2015, p.12 ss, il quale sottolinea il pericolo di un eventuale automatismo circa la sussistenza del dolo, nel caso in cui non siano rispettate le linee guida.

²⁶⁷ R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *Operazioni di risanamento, professionisti nel mirino*, cit., p.49; cfr. D. PIVA, *Vecchie soluzioni per nuovi problemi nella falsa attestazione del professionista*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2014, p.7, il quale rileva una maggiore carica offensiva nella condotta attiva, sottolineando che anche in altri ambiti la condotta attiva è sanzionata quale figura delittuosa, quella omissiva è punita a titolo di illecito amministrativo (come ad esempio nei casi di illeciti bancari relativi alla partecipazione al capitale di banche o società finanziarie).

²⁶⁸ La capacità decettiva dell'informazione omessa andrebbe relazionata alla conseguenza che essa produrrebbe qualora fosse stata correttamente esposta, ovvero se la sua corretta esposizione avrebbe comportato un diverso giudizio sia da parte dei creditori che da parte del giudice dell'omologa. Sul punto F. MUCCIARELLI, *Il ruolo dell'attestatore e la nuova fattispecie penale di "Falso in attestazioni e relazioni"*, cit., p.4; F. 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*

Ma questa interpretazione sembra porsi in contrasto con il principio di offensività. Vale, perciò, che, se il bene giuridico tutelato dalla norma è la fede pubblica, allora, anche in merito alla condotta attiva, si deve dedurre che l'unica via interpretativa, costituzionalmente legittima, è quella che tenga conto della portata decettiva dell'informazione esposta²⁶⁹.

Ne consegue quindi che, in entrambe le ipotesi, attiva od omissiva, la condotta deve connotarsi di una certa carica decettiva idonea a trarre in inganno i soggetti a cui l'informazione è destinata²⁷⁰.

La soluzione non spiega il perché di tale "sdoppiamento"²⁷¹ nella caratterizzazione della qualificazione. Forse il legislatore temeva che, laddove nella prima condotta la capacità decettiva della norma è espressa attraverso l'utilizzo dell'aggettivo «*false*», nella condotta omissiva, in assenza del termine «*rilevanti*», si sarebbe corso il rischio di un'interpretazione omnicomprensiva, sanzionando qualunque omissione al di là della sua potenzialità decettiva²⁷².

Nel caso di falso, qualora la rilevanza dell'informazione non sia riscontrata, sembra attinente il richiamo, operato in letteratura, alla categoria del c.d. *falso innocuo*²⁷³.

l.f., cit., p.624; V. SPINOSA, *Il c.d. decreto sviluppo nel sistema della legge fallimentare: i rapporti tra nuove procedure concorsuali e profili di responsabilità penale, cit.*, p.17.

²⁶⁹ F. MUCCIARELLI, *Il ruolo dell'attestatore e la nuova fattispecie penale di "Falso in attestazioni e relazioni"*, *cit.*, p.4; R. BORSARI, *Il nuovo reato di falso in attestazioni e relazioni del professionista nell'ambito delle soluzioni concordate della crisi di impresa. Una primissima lettura, cit.*, p.19, il quale richiama il dibattito, in tema di false comunicazioni sociali, in merito alla "alterazione in maniera sensibile" della realtà economica e patrimoniale dell'impresa rispetto, appunto, al principio di offensività e alle soglie 2002. Viceversa, F. TETTO, *La (ritrovata) indipendenza del professionista attestatore nelle soluzioni concordate dalla crisi d'impresa*, in *Fall.*, 2013, p. 681; G. CASAROLI, *Sub art. 236- bis*, in A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare, cit.*, p.1588, propendono per un'interpretazione che valorizzi il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost.

²⁷⁰ L'analisi, quindi, dovrebbe svolgersi, caso per caso, sia sul contenuto dell'informazione sia sulla capacità della stessa ad alterare non solo il buon andamento della procedura ma anche, e soprattutto, gli interessi del ceto creditorio. Sul punto, D. PIVA, *Vecchie soluzioni per nuovi problemi nella falsa attestazione del professionista, cit.*, p.8; nonché G.G. SANDRELLI, *Le esenzioni dai reati di bancarotta e il reato di falso in attestazioni e relazioni*, in *Fall.*, 2013, p.801.

²⁷¹ Espressione ripresa da N. GIANESINI, *op. cit.*, p.191.

²⁷² Sebbene, anche in tal caso, un'interpretazione conforme ai canoni di necessaria offensività della condotta avrebbe evitato il suddetto pericolo.

²⁷³ Cioè l'incapacità di ledere o porre in pericolo il bene giuridico protetto; R. BORSARI, *Il nuovo reato di falso in attestazioni e relazioni del professionista nell'ambito delle soluzioni concordate della crisi di impresa. Una primissima lettura, cit.*, p.20. Come evidenziato da R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *Operazioni di risanamento, professionisti nel mirino, cit.*, p.49, essendo un reato contro la fede pubblica, e aderendo a tale interpretazione, "l'innalzamento del coefficiente di offensività appare più

Nel caso di omissione, alcuni autori hanno riscontrato che non vi è alcun dato a cui agganciare la rilevanza dell'omessa informazione, ponendosi, così, l'ulteriore interrogativo se ricorrere ad una prospettiva soggettiva – quale la variabilità della valutazione effettuata dai creditori – oppure oggettiva, fondata su valutazioni economico-aziendali²⁷⁴.

Questa seconda prospettiva sembra essere quella più "corretta", in quanto maggiormente capace di assicurare un canone di tassatività alla fisionomia della norma. Cosa che, invece, sarebbe del tutto impossibile nel caso si optasse per una prospettiva soggettiva. Infatti, in quest'ultimo caso, il percorso ricostruttivo, ai fini dell'incriminazione di cui all'art. 236-bis, dovrebbe indagare il mutamento della valutazione dei singoli creditori e il conseguente interesse ad aderire al risanamento, determinata dall'omissione dell'informazione. Il che non è, assolutamente, semplice, come potrebbe apparire, dovendosi scontare tutta una serie di problematiche in tale analisi: prima fra tutte la variabilità delle valutazioni da un creditore ad un altro.

Tutto ciò, dunque, fa propendere per una valutazione in termini oggettivi dell'aggettivo "rilevanti" delle informazioni²⁷⁵.

apparente che reale". Tuttavia, pur non essendo questa la sede, giova ricordare le problematiche relative all'intreccio tra bene giuridico in tema di fede pubblica e relativi profili attinenti all'offensività, cfr. § 4.3; nonché I. GIACONA, *Introduzione ai reati contro la fede pubblica*, cit., p.3 ss.

²⁷⁴ Rileva il problema G. BERSANI, *La responsabilità penale del professionista attestatore ai sensi dell'art. 236-bis l.f.*, in *Ind. pen.*, 2014, p.119.

²⁷⁵ Soluzione prospettata dallo stesso Autore che rileva il problema.

Capitolo III

La rilevanza delle c.d. "operazioni prodromiche"

Sommario: **1.** Il finanziamento all'impresa in crisi – **1.1.** Il ruolo e la tutela della "nuova finanza" – **1.1.1.** I finanziamenti "in esecuzione" – **1.1.2.** I finanziamenti "in funzione" – **1.1.3.** I finanziamenti "funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori" – **2.** Le operazioni prodromiche all'ammissione della procedura e il rischio di bancarotta – **2.1.** L'efficacia temporale dell'art. 217-bis – **2.1.1.** L'interpretazione *strictu sensu* – **2.1.2.** L'interpretazione "funzionale" – **2.2.** Le ricadute sistematiche della "nuova" figura del professionista-attestatore sul rischio penale dell'imprenditore – **2.2.1.** L'incidenza della condotta del professionista-attestatore – **2.2.** La condotta colposa del professionista e l'art. 217-bis – **3.** Considerazioni sulla rilevanza delle operazioni prodromiche alla luce delle ultime riforme – **4.** Un "nuovo" ruolo per il diritto penale-fallimentare?

1. Il finanziamento all'impresa in crisi

Nel momento in cui sopraggiunge una crisi è quasi naturale che la via del risanamento passi attraverso la ricerca di nuove risorse finanziarie, necessarie ed utili ad accrescere notevolmente le possibilità di successo della ristrutturazione.

Sebbene i processi di turnaround non siano tutti gli stessi, ma si realizzino in base alla specificità di quella determinata crisi, essi genericamente si compongono di due momenti: il primo, per porre termine alle cause che hanno portato alla crisi dell'azienda; il secondo, volto al recupero della redditività.

Il supporto finanziario dell'impresa configura uno degli aspetti più delicati e al contempo decisivi dei processi di ristrutturazione. Basti pensare che nella patria dei risanamenti aziendali, gli Stati Uniti, l'architrave del *Reorganization Plan* è il c.d. *debtor in possession financing*, senza il quale il recupero dell'equilibrio economico-finanziario sembra frustrare già in partenza¹.

¹ S. AMBROSINI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi*, Bologna, 2012, p.136.

Le difficoltà delle imprese ad accedere alla nuova finanza sono causate, di sicuro, dalla "miopia" del legislatore ma, anche e soprattutto, da una cultura della gestione della crisi scarsamente efficiente²: gli operatori specializzati sono carenti e, così, i principali attori del risanamento restano gli istituti bancari.

Gli ostacoli normativi, che oppongono resistenza al reperimento di nuove risorse, rendono il mercato inefficiente. Una legislazione che promuova finanziamenti alle imprese in crisi, rappresenta un'agevolazione per tutto il sistema economico generale del paese: se, da un lato, le imprese che sono in situazioni di dissesto conclamato ed irreversibile devono essere "eliminate" dal mercato, evitando che distruggano ricchezza; dall'altro, si deve favorire il salvataggio di quelle aziende che ancora potrebbero creare valore³.

In virtù di dette considerazioni, il legislatore ha introdotto specifiche disposizioni volte a favorire ed incentivare la concessione di nuove risorse finanziarie all'interno dei processi di risanamento, considerato che la mancanza di tutele a riguardo, per il finanziatore, rappresentava – e, per alcune criticità più volte evidenziate, rappresenta tutt'oggi – una "spada di Damocle".

Nel quadro normativo vigente, il meccanismo di incentivi si fonda su tre pilastri: l'esenzione da revocatoria; il contenimento del rischio penale; il riconoscimento della prededuzione.

Tuttavia, nella considerazione che l'adozione di tali strumenti può avvenire in situazioni di crisi "già al limite", in cui, spesso, non si fa altro che mantenere in vita un'impresa ormai decotta, ove lo strumento risanatorio diventa "l'ultima spiaggia" per evitare la procedura fallimentare, il legislatore ha dovuto ben ponderare l'esigenza di tutela per quei finanziamenti di cui si suppone la "meritevolezza" ai fini risanatori, temperando, al contempo, il rischio di abuso e commissione di condotte fraudolente che non possono rimanere impunte, perché, appunto, integrerebbero le fattispecie di bancarotta.

² L. STANGHELLINI, *Il ruolo dei finanziatori nella crisi d'impresa: nuove regole e opportunità di mercato*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2008, 9, p.1075.

³ P. VALENSISE, *Convegno conclusivo del progetto PRIN 2010-11, Rapporto sull'attività di ricerca, Il finanziamento dell'impresa in crisi. Disciplina, problemi e prospettive*, in www.regolazioneedemercati.it, sostiene che il finanziamento dell'impresa in crisi costituisce un imprescindibile sostegno per un sistema volto al salvataggio e non alla liquidazione.

1.1. Il ruolo e la tutela della "nuova finanza"⁴

La crisi aziendale più che rappresentare un momento patologico, può essere considerato un momento fisiologico dell'esercizio dell'attività d'impresa. In tale prospettiva, allora, si è indotti a privilegiare i meccanismi utili al risanamento, piuttosto che alla liquidazione dell'azienda. Il legislatore, così, in tale chiave di lettura della crisi, ha preso atto che, la sola riorganizzazione aziendale o ristrutturazione finanziaria, senza l'apporto di nuova finanza, non avrebbe portato ad alcun risultato soddisfacente, ma a semplici "palliativi"⁵.

A conferma di ciò, è bene osservare come il legislatore sembri aver voluto creare un micro-sistema, all'interno della legge fallimentare, specialmente nel comparto civilistico, volto a favorire i rapporti con i finanziatori, facilitando così l'ottenimento di nuova finanza, certamente nella prospettiva di risanamento⁶. Ad esempio, il beneficio della prededuzione viene accordato a un pagamento che, in teoria, potrebbe essere sì preferenziale ma, nella pratica, utile ad estinguere un'obbligazione contratta nell'interesse della massa creditoria, quindi, funzionale al risanamento e, dunque, meritevole di tutela⁷.

Originariamente, i crediti *prededucibili* erano soltanto quelli sorti dopo la declaratoria fallimentare; tale qualifica fu, poi, estesa, da dottrina e giurisprudenza, anche all'amministrazione controllata e al concordato preventivo⁸.

A seguito di quella che abbiamo definito la "riforma organica" della legge fallimentare⁹, la principale forma di tutela della c.d. *nuova finanza* è stata l'esenzione da revocatoria fallimentare, laddove, invece, la possibilità che gli stessi atti esenti da revocatoria fossero, anche, considerati, in caso di fallimento, come prededucibili dipendeva dall'interpretazione del 2° comma dell'art. 111, come modificato dal d.lgs.

⁴ Il termine "nuova finanza", nel prosieguo, verrà usato genericamente per indicare la concessione di finanziamenti funzionali al superamento della crisi, sia con riferimento alla fase iniziale, sia a quella più propriamente esecutiva della procedura di risanamento prescelta.

⁵ Si noti infatti che qualunque piano, finalizzato al risanamento e ad evitare il fallimento, passa inevitabilmente dal coinvolgimento di soggetti terzi per reperire nuove risorse finanziarie.

⁶ La visione del legislatore appare coerente anche con quella europea, in materia di risoluzione della crisi, rinvenibile all'interno della Raccomandazione n.214/135/UE, in www.eur-lex.europa.eu, in cui la natura liquidatoria delle procedure diviene secondaria rispetto alla finalità di continuità aziendale.

⁷ D. CALÒ – E. VIRGINTINO, *I crediti prededucibili*, in (a cura di), A. CAIAFA, *Le procedure concorsuali*, Padova, 2011.

⁸ Con riferimento alle spese utili alla massa creditoria.

⁹ Ovvero le riforme del 2005- 2007; si veda Capitolo I § 2.1.

5/2006, il quale prevede che: "sono considerati crediti prededucibili quelli così qualificati da una specifica disposizione di legge, e quelli sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali di cui alla presente legge; tali debiti sono soddisfatti con preferenza ai sensi del primo comma n. 1)".

Il legislatore, per la prima volta, definisce prededucibili anche i crediti sorti in occasione od in funzione delle c.d. procedure concorsuali. Tuttavia, la disposizione, pur recependo l'orientamento consolidatosi prima dell'entrata in vigore del citato d.lgs., è stata oggetto di critiche da parte degli interpreti¹⁰, che ne hanno censurato la genericità della formulazione. La norma, infatti, pur richiamando espressamente le procedure a cui si applica, crea dubbi riguardo ai concetti di "in occasione" e "in funzione".

Per parte della dottrina¹¹, il primo termine si riferisce ai crediti sorti dopo l'inizio della procedura; il secondo, invece, esprime un concetto di natura teleologica, riferendosi a quei crediti strumentali alla presentazione di ammissione alla procedura o alla sua omologazione e, dunque, anteriormente all'apertura della procedura vera e propria. Secondo l'orientamento maggioritario, il nesso di funzionalità «è rappresentato dalla diretta strumentalità ai fini dell'avvio della procedura alternativa»¹².

Così, in siffatto contesto normativo, chi decideva di prendere parte al risanamento, concedendo "nuova finanza", al di fuori dell'ipotesi di erogazione "in esecuzione" di

¹⁰ In tal senso C. MIELE, Sub art. 111 l. fall., in M. FERRO (a cura di), *La Legge Fallimentare*, 2, Padova, 2011, p.1319; A. PEZZANO, Sub art. 111 l. fall., in M. FERRO (a cura di), *La Legge Fallimentare*, 3, Padova, 2014, p. 1542; A. SILVESTRINI, Sub art. 111 l. fall., in A. NIGRO – M. SANDULLI – V. SANTORO (a cura di), *La legge fallimentare dopo la riforma*, Torino, 2010, p.1551 ss.

¹¹ S. AMBROSINI, *Il fallimento*, in (a cura di) G. COTTIMO, *op. cit.*,

¹² A. COPPOLA, Sub art. 111 l. fall., in A. MAFFEI ALBERTI (a cura di), *Commentario breve alla legge fallimentare*, 6, I, Padova, 2013, p. 779. In tal senso anche Trib. Prato, 14 giugno 2012, in www.ilcaso.it: «Il criterio dell'"occasionalità" di cui all'art. 111, comma 2, legge fallimentare, pur afferendo l'aspetto temporale dell'atto potenzialmente prededucibile, deve in ogni caso interpretarsi in senso restrittivo: deve cioè trattarsi di atto comunque inerente in modo necessario, funzionale alla procedura, nel senso di comportare un'utilità per la procedura stessa e quindi, quantomeno indirettamente, per tutti i creditori concorsuali»; Cass., 10 maggio 2012, n. 7166, *ivi*: «non deve essere ammesso al passivo del fallimento il credito per prestazioni professionali di assistenza al debitore nell'ambito della procedura di concordato preventivo qualora le prestazioni si siano rivelate di nessuna utilità per la massa dei creditori e che, sin dall'inizio, non consentivano di individuare alcun plausibile vantaggio per l'impresa destinata, invece, al fallimento»; Cass., 6 agosto 2010, n. 18437, in *Giur. comm.*, 2011, II, p. 873 ss., con nota di G. CIERVO. In dottrina si veda la nota n.4.

Contra G. CIERVO, *Crediti sorti in funzione della procedura concorsuale: solo quelli dell'attestatore sono prededucibili*, in *Giur. comm.*, n.1/2013, p.81.

un piano attestato o di un accordo di ristrutturazione omologato oppure di una procedura di concordato preventivo, avrebbe corso enormi rischi: a partire dal possibile mancato rimborso delle somme erogate; a quello della revocatoria dei pagamenti ricevuti; fino ai profili di responsabilità civile nonché penale, connessa alle eventuali ipotesi di aggravamento del dissesto oppure di pagamenti preferenziali o, ancora, di concessione abusiva di credito¹³.

Le esigenze manifestate dalla prassi e la necessità di ottenere una migliore regolamentazione delle forme di accesso alla "nuova finanza", portarono il legislatore ad introdurre, con la novella del 2010¹⁴, l'art. 182-*quater*, l.f., il quale, al comma 1, chiarisce che i crediti derivanti da finanziamenti effettuati *in esecuzione* del concordato preventivo e accordo di ristrutturazione omologato sono prededucibili ex art. 111, l.f.

La norma in commento, in origine, accordava la prededuzione ai crediti derivanti solo dai finanziamenti effettuati da banche, intermediari finanziari e soci sia "*in esecuzione*" di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione omologato che a quelli effettuati "*in funzione*" (ex comma 2, del citato articolo) della presentazione della domanda di ammissione a tali procedure, a condizione che i detti finanziamenti fossero previsti dal piano di concordato o dall'accordo e la prededucibilità fosse disposta nel provvedimento giudiziale di accoglimento del ricorso di concordato, ovvero l'accordo fosse omologato¹⁵.

Proprio su tale ultimo aspetto, va evidenziato che, in maniera alquanto singolare, benché la novella del 2010 consentisse al debitore di anticipare gli effetti connessi alla presentazione di una domanda per l'omologa di un accordo di ristrutturazione anche alla fase prodromica, sulla base di semplici trattative in corso di negoziazione¹⁶, la garanzia del beneficio della prededucibilità ex art. 182-*quater*, comma 2, l.f. ai finanziamenti erogati *in funzione* della presentazione di tale ricorso

¹³ P. BELTRAMI, *La disciplina dei finanziamenti alle imprese in crisi nelle operazioni di ristrutturazione dei debiti*, in *Banca Borsa tit. cred.*, 1, 2015, p.43 ss.

¹⁴ D.l. 78/2010 convertito in l. 122/2010

¹⁵ Si evidenzia, inoltre, come post riforma, pur volendo accogliere la tesi contraria, che qualifica come prededucibili soltanto i crediti sorti dopo l'inizio della procedura, ovvero "esecutivi" in senso stretto, la prededucibilità deve comunque essere riconosciuta a quei crediti ex art. 182- *quater* l.f., che sebbene non rientranti nella definizione di cui all'art. 111 l.f., possono essere parificati ad essi.

¹⁶ V. Capitolo I § 2.2.

anticipato non era certa, soprattutto tenuto conto che il tenore letterale della norma delimitava – e delimita ancora, visto che è rimasta invariata anche a seguito della riforma del 2012 — l'operatività del citato articolo ai soli «*crediti derivanti da finanziamenti erogati in funzione della presentazione [...] della domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti*», sottoposti alle anzidette condizioni: previsione dei finanziamenti nel piano e previsione della prededucibilità nel provvedimento di omologa della procedura.

A ciò si aggiunga, la critica della dottrina per la circostanza che la concessione del beneficio della prededuzione ancora oggi viene subordinata ad un evento incerto e successivo alla presentazione del ricorso di accesso alla procedura¹⁷: ovvero l'emissione di un provvedimento giudiziale, quale l'ammissione del concordato preventivo o l'omologa dell'accordo di ristrutturazione.

Così facendo, il legislatore ha finito per rendere alquanto dubbia e aleatoria la possibilità di godere di tale beneficio, non convincendo i potenziali finanziatori a concedere nuova finanza anteriormente all'emissione di uno dei suddetti provvedimenti.

Di fatto, quindi, l'istituto della c.d. "*finanza-ponte*"¹⁸ risulta, tutt'ora, scarsamente utilizzato, anche alla luce dei possibili risvolti penali che potrebbero delinearsi.

Pertanto, probabilmente anche a seguito dei diversi e critici rilievi dottrinali, nel 2012¹⁹, il legislatore è di nuovo intervenuto sull'argomento²⁰, modificando l'art. 182-*quater*²¹ e introducendo il 182-*quinquies*, l.f.

¹⁷ S. AMBROSINI, *Profili civili e penali delle novità introdotte dalla l. 30 luglio 2010, n. 122, in materia di soluzioni negoziate delle crisi d'impresa*, in F. BONELLI (a cura di), *Crisi di impresa: casi e materiali*, Milano, 2011, p. 195, nt. 25; *Id.*, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in A. JORIO – M. FABIANI (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare*, Bologna, 2007, p. 1173.

¹⁸ Da taluni è chiamata anche "*finanza-interinale*"; si veda C. COSTA, *Procedure di salvataggio delle imprese, azione revocatoria e prededuzione nelle recenti evoluzioni normative*, in S. FORTUNATO – G. GIANNELLI – F. GUERRERA – M. PERRINO (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, Milano, 2011, p.29 ss.

¹⁹ D.l. 83/2012 convertito in l. 134/2012

²⁰ Per una panoramica complessiva delle riforme 2010-2015 si rinvia al Capitolo I § 2.2.

²¹ La modifica è consistita nell'abrogazione del comma concernente il credito del professionista-attestatore, considerato limitativo di essa; questo, infatti, non riguardava i professionisti chiamati a predisporre il piano e la domanda, a meno che non si accedesse ad un'interpretazione estensiva della norma; la quale, peraltro, era avallata dall'esenzione da revocatoria (v. art 67 comma 3 lett. g) l.f.). Se dunque il legislatore tutela il professionista che ha ottenuto l'immediato pagamento, a maggior

L'attuale panorama normativo prevede tre diverse tipologie di c.d. "nuova finanza": a) i finanziamenti concessi "in esecuzione" di una delle procedure atte al risanamento; b) i finanziamenti "in funzione" dell'accesso alla procedura, ovvero erogati anteriormente all'apertura della procedura stessa; c) i finanziamenti "funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori"²², ovvero erogati nel corso della procedura²³.

1.1.1. I finanziamenti "in esecuzione"

Le ipotesi di erogazione di nuova finanza e la tutela accordata alla stessa sono maggiori con riferimento alla fase esecutiva delle varie procedure risanatorie.

Infatti, oltre all'esenzione da revocatoria, ex art. 67, 3° comma, l.f., i crediti derivanti da finanziamenti erogati nella fase esecutiva di un concordato o di un accordo di ristrutturazione dei debiti, possono essere considerati, a determinate condizioni, prededucibili in caso di intervento del fallimento²⁴.

La ratio, ovviamente, non può che essere quella di favorire il risanamento²⁵.

ragione dovrebbe tutelare il professionista che ancora non lo ha ottenuto, riconoscendo così la prededucibilità del suo credito.

²² Parte della dottrina (M. ARATO, *Il finanziamento dell'impresa negli accordi di ristrutturazione e nel concordato: profili giuridici*, in *Nuove regole in tema di crisi di impresa, Atti del Convegno Paradigma*, 19-21 settembre 2012, p.4) ritiene che i finanziamenti ex art. 182-*quinquies* l.f. possano essere utilizzati sia come nuova finanza, che come finanza-ponte. A favore di questa tesi potrebbe deporre la circostanza per cui l'autorizzazione prevista dall'art. 182-*quinquies* l.f. potrebbe interessare anche finanziamenti identificati solo per tipologia ed entità, e non ancora oggetto di trattative, lasciando così intendere che la definizione del contratto di finanziamento possa avvenire anche in una fase successiva, quale ad esempio quella esecutiva. Tuttavia, la norma *de qua*, impone all'esperto di verificare il complessivo fabbisogno finanziario dell'impresa fino all'omologa, imponendo così, implicitamente, una limitazione funzionale dello strumento in esame e la cui utilità viene ad essere circoscritta alla sola finanza erogata in corso di procedura e fino all'omologa; viceversa è all'art. 182-*quater*, 1° comma, l.f., che spetta la regolamentazione della finanza erogata successivamente all'omologa. Sul tema v. G. CARMELLINO, *Primi spunti sulla prededucibilità ex art. 182-quinquies, 1° comma, negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Fallimento*, 2013, p.864 ss.

²³ "Classificazione" ripresa da P. BELTRAMI, *La disciplina dei finanziamenti alle imprese in crisi nelle operazioni di ristrutturazione dei debiti*, cit., p.45.

²⁴ Sul punto si veda P. BELTRAMI, *op. cit.*, p. 45, in particolare nota n.14.

²⁵ Alcuni autori ritengono che la prededuzione e la stabilità degli atti assicurata dalla esenzione dal rischio revocatorio (prevista dall'art. 161, 7° comma, l.f.) siano dirette a soddisfare, da un lato, l'esigenza di incentivare i terzi a non interrompere i rapporti con l'impresa in crisi e, dall'altro, gli investitori "nuovi" a finanziarla in vista della ristrutturazione. Si veda R. D'AMORA, *La prededuzione nell'anno di grazia 2013*, in *www.osservatorio-oci.org*, 2013, p.3; S. LEUZZI, *Preconcordato "abortito" e prededuzione dei crediti*, in *www.ilfallimentarista.it*, 20 febbraio 2014.

Al fine, però, di circoscriverne la portata ed evitarne l'abuso, è stato sottolineato dalla dottrina²⁶ che il finanziamento debba essere previsto dal concordato o dall'accordo²⁷, in quanto lo stesso deve essere strettamente funzionale allo svolgimento e all'esecuzione del piano sottostante la procedura scelta.

Un primo quesito affrontato riguarda il fatto se il beneficio della prededuzione abbia efficacia solo nel caso di successivo fallimento²⁸ o se esso sia destinato a produrre i suoi effetti già nell'ambito della procedura prescelta per il risanamento²⁹. Parte della dottrina³⁰, pur riconoscendo l'anomalia di un eventuale utilizzo di tale beneficio al di

²⁶ S. AMBROSINI, *Accordi, Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi*, Bologna, 2012, p.139 ss.; M. ARATO, *op. cit.*, p.16, il quale «ritiene che l'esenzione operi solo con riferimento agli atti (tipicamente, pagamenti, garanzie, ma anche dismissioni di asset) che siano stati specificamente previsti nel piano ex art. 161 l. fall., ivi compresi i pagamenti ai creditori non aderenti all'accordo, in quanto comunque compiuti in esecuzione dell'accordo di ristrutturazione»; G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, VIII, Milano, 2011, p. 391 ss.

²⁷ È dibattuto se possa godere della prededuzione ex art. 182-quater, 1° comma, anche il finanziamento "in esecuzione" erogato prima dell'omologa (sempre che poi l'omologazione intervenga effettivamente) o solo quello concesso successivamente a tale momento. A sostegno della prima tesi depone la circostanza che la norma, almeno con riferimento al concordato preventivo, non sembra richiedere che il concordato sia omologato [così S. AMBROSINI, *Accordi, op.cit.*, p.139]. Viceversa, altri, optando per la seconda soluzione, obiettando alla prima il fatto che, ammettendo la possibilità di riconoscere la prededucibilità ad un finanziamento erogato prima dell'omologa si realizzerebbe un'ingiustificata deroga alla regola che subordina all'autorizzazione del giudice delegato tutti gli atti di straordinaria amministrazione ante-omologa [G. NARDECCHIA, *Sub art. 67 l. fall.*, in C. CAVALLINI (diretto da), *Commentario alla legge fallimentare*, Milano, 2010, p.265; A. NIGRO, *Sub art. 67 l. fall.*, in A. NIGRO – M. SANDULLI – V. SANTORO (a cura di), *La legge fallimentare dopo la riforma, op. cit.*, p.939; P. PAJARDI – A. PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare, op. cit.*, p.436].

²⁸ E, quindi, seguendo questa impostazione, stabilire se la prededuzione operi in qualunque ipotesi di fallimento conseguente ad una delle procedure, oppure soltanto quando il fallimento intervenga in "consecuzione", ovvero a seguito della risoluzione/annullamento dell'accordo o della proposta concordataria omologate (scoraggiando così l'apporto di nuova finanza).

²⁹ E, in tal caso, occorrerà capire anche secondo quali modalità.

³⁰ Cfr. S. AMBROSINI, *Accordi, op. cit.*, p.136 ss., sebbene lo stesso Autore osservi come «*attingere a un istituto proprio della disciplina fallimentare può tuttavia destare qualche problema al di fuori del suo ambito "naturale", specie al cospetto di una rubrica — quella dell'art. 182 quater — che continua impropriamente a parlare di prededucibilità (oltre che nel concordato preventivo) "negli accordi di ristrutturazione", laddove è ben noto che in essi i creditori estranei vanno pagati per intero [...] e quelle aderenti secondo le modalità e i tempi pattuiti, a prescindere dalla regola della par condicio*»; A. COPPOLA, *op. cit.*, p.782; L. STANGHELLINI, *Finanziamenti-ponte e finanziamenti alla ristrutturazione*, in *Fallimento*, 2010, p.1335. Cfr. anche Cass., 25 luglio 2007, n. 16426, in *www.dejure.giuffre.it*, secondo la quale, ancorché in *obiter dictum*, «*la prededuzione, ammissibile anche nel concordato preventivo, deve corrispondere ai debiti della massa, contratti cioè per le spese e dunque a causa dello svolgimento e della gestione della procedura, nell'interesse dei creditori*». Contra, optando per la "limitazione" della prededuzione al solo successivo fallimento: G. INZITARI, *Gli accordi di ristrutturazione ex art. 182-bis l. fall.: natura, profili funzionali e limiti dell'opposizione degli estranei e dei terzi*, in *www.ilcaso.it*, II, 12 settembre 2011, n. 263/11 p.32 ss. Con riferimento al solo pre-

fuori del fallimento, che possiamo definire la sua sede "tradizionale" e pur ricordando che l'art. 169, sul concordato preventivo, non richiami affatto l'art. 111, l.f., ha, comunque, sostenuto la tesi che riconosce efficacia immediata alla prededuzione.

Le argomentazioni giuridiche a sostegno possono così sintetizzarsi.

Innanzitutto, si fa leva sul tenore letterale dei primi due commi, sulla rubrica dell'art. 182-*quater* e, infine, sulla constatazione che il richiamo all'art. 111, l.f. è operato "tout court", senza alcun riferimento al successivo fallimento. Peraltro, la regola contenuta nel nuovo 4° comma dell'art. 182-*quater* l.f. — che esclude dal voto, nel concordato preventivo, e dal computo delle maggioranze, negli accordi di ristrutturazione, tutti i crediti derivanti da finanziamenti-ponte — si spiega soltanto qualora si riconosca alla prededuzione un "suo valore" già nella procedura di risanamento. Sarebbe contraddittorio, infatti, sostenere che proprio quei finanziamenti attraverso cui si è potuto accedere alla procedura, successivamente omologata, non godano, già in sede di esecuzione della stessa, del beneficio della prededucibilità.

Peraltro, negando l'immediata operatività alla prededuzione prima o, comunque, al di fuori del fallimento, si finirebbe per trattare tali finanziamenti, finalizzati proprio all'esecuzione di una procedura concordata, in modo peggiore che nel caso di fallimento. In altre parole, nel caso in cui la nuova finanza sia stata erogata in relazione ad un accordo di ristrutturazione, che però, sia poi sfociato in una procedura di concordato preventivo, il finanziatore sarebbe incentivato a votare contro la proposta concordataria in favore del fallimento, così da poter attivare il beneficio della prededuzione che altrimenti non gli verrebbe riconosciuto nell'esecuzione del concordato.

Altra importante novità del 2012 è rappresentata dall'eliminazione del vincolo di carattere "soggettivo" presente nella norma. Originariamente, infatti, il beneficio della prededuzione era riconosciuto ai soli crediti derivanti da finanziamenti effettuati

concordato, Trib. Vicenza, 11 marzo 2013, in www.ilcaso.it, secondo cui «*la prededuzione nel preconcordato può venire in rilievo solo nel caso del mancato pagamento, e quindi solo nel momento del riparto (concordatario o fallimentare), sicché nel preconcordato si deve lasciare l'imprenditore libero di pagare chi vuole, salvo poi chiedere in restituzione al creditore ciò che gli è stato pagato in eccesso rispetto alla percentuale di soddisfazione che risulterà a lui effettivamente spettante nel riparto*».

da una banca o da un intermediario iscritto negli elenchi previsti dal T.u.b.³¹. Ora, invece, tale beneficio può assistere i finanziamenti da chiunque erogati in quanto la norma parla genericamente di "*finanziamenti in qualsiasi forma effettuati*"³², senza più alcuna specificazione sul soggetto erogatore.

1.1.2. I finanziamenti "in funzione"

Con l'espressione "*finanza-ponte*" si è soliti riferirsi a quei finanziamenti, necessari a garantire la continuità aziendale, erogati, in funzione della presentazione della domanda (di concordato preventivo o di omologa di un accordo di ristrutturazione dei debiti) nelle more del deposito di quest'ultima, evitando così un "degenero" della crisi.

Il legislatore, nel disciplinare l'ipotesi di finanziamento pre-procedura, ha adottato un lessico alquanto simile a quello dell'art. 111, l.f. In entrambe le disposizioni, infatti, si rinviene l'espressione "*in funzione*", anche se, nell'art. 182-*quater*, la funzionalità è ricollegata alla "*presentazione della domanda*"; laddove, nell'ipotesi di cui all'art. 111, riguarda genericamente le "*procedure concorsuali*". Questa circostanza ha portato, inevitabilmente, la dottrina ad interrogarsi su quale rapporto sussista tra le due norme.

Una prima tesi riconosce all'art. 182-*quater* la valenza di norma eccezionale rispetto all'art. 111, l.f., giacché accorderebbe il beneficio della prededuzione anche ad alcuni crediti sorti prima dell'apertura della procedura³³. Un argomento a favore di tale

³¹ In dottrina, peraltro, era stata prospettata una possibile incostituzionalità della norma; sul punto cfr. G. TERRANOVA, *La prededuzione dei finanziamenti bancari nell'art. 182 quater l. fall.*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 2011, p.490 ss.

³² Dunque è incluso anche il soggetto estraneo alla compagine azionaria al momento della erogazione, il quale però acquista la qualità di socio in esecuzione dell'accordo o del concordato omologati. Qualora, invece, il finanziatore sia già un socio, questi resta escluso dalle procedure di voto e dal computo delle maggioranze per l'approvazione. Fermo restando che, ove trattasi di socio finanziatore (ma non anche di finanziatore destinato a diventare socio solo a seguito dell'omologa ed in esecuzione della procedura), la prededuzione non investirà l'intero ammontare del credito, ma soltanto il suo 80% (v. Capitolo I § 2.2.). Sul punto cfr. P. BELTRAMI, *op. cit.*, in particolare nota n.24.

³³ G. BOZZA, in A. JORIO (a cura di), *Atti del Convegno, Torino 8-9 aprile 2011, Le soluzioni concordate delle crisi d'impresa*, Milano, 2012, p.44 ss., secondo cui (prima del 2012) andava respinta la prededuzione di tutti quei i crediti anteriori diversi da quelli contemplati dall'art. 182-*quater* l. fall., ancorché sorti in funzione della procedura concorsuale, basandosi sulla considerazione che, se la norma si limita a stabilire che i creditori ivi indicati «*sono parificati ai prededucibili*», si deve dedurre che i crediti pre-procedura non erano di per sé prededucibili. In tal senso, ancor prima della novella

interpretazione potrebbe rinvenirsi nella circostanza che il 2° comma dell'art.182-*quater*, l.f. non riconosce carattere prededucibile *tout court* ai finanziamenti-ponte "funzionali", ma precisa che essi sono «*parificati ai crediti erogati in esecuzione di una procedura*» ai sensi del comma 1 dello stesso articolo³⁴.

Altri autori, invece, sostengono che il concetto di crediti sorti «*in funzione della procedura concorsuale*» ex art. 111, l.f., comprenderebbe (anche) quelli sorti *ante apertura* della procedura, cosicché l'art. 182-*quater*, l.f. non sarebbe altro che una mera conferma di tale regola³⁵, almeno per quanto concerne il concordato preventivo; mentre, nella parte in cui consente di estendere la prededuzione anche a crediti sorti in funzione della richiesta di omologa di un accordo di ristrutturazione, una norma innovativa.

Comunque, a prescindere dal rapporto sistematico delle due norme, il requisito della "funzionalità" comporta, inevitabilmente, che la prededucibilità non discende dal credito in quanto tale, ma dallo scopo del finanziamento³⁶.

Tale circostanza, allora, ha indotto la dottrina ad indagare le finalità realmente tutelate dalla norma. Così, in questa "nuova" chiave di lettura, sarebbero da qualificare come prededucibili tutti quei crediti sorti allo scopo di evitare il fallimento,

2012, M. FERRO – F.P. FILOCAMO, Sub art. 182-*quater* l. fall., in *La Legge Fallimentare*, II, (a cura di) M. FERRO, Padova, Milano, 2011, p.2187 ss, che attribuivano al termine "*parificati*" la funzione di qualificare la norma come *eccezionale*, rendendola, quindi, non applicabile per analogia ai finanziamenti- ponte erogati da soggetti diversi da banche e intermediari finanziari (requisito soggettivo poi eliminato).

³⁴ Sul punto G. BOZZA, *op. cit.*, p. 49, secondo cui «*la parificazione di questi finanziamenti ponte ai crediti prededucibili fa capire che questi, in quanto crediti sorti anteriormente alla presentazione della domanda di concordato, non sono per loro natura prededucibili, ma vengono considerati tali per espressa previsione di legge*».

³⁵ A sostegno della tesi che vede nell'art. 182-*quater* una forma di applicazione della regola dell'art.111 l.f., potrebbe sottolinearsi la circostanza che originariamente la norma affermava che «*sono parificati ai prededucibili ai sensi e per gli effetti dell'articolo 111*»; invece, oggi la parificazione è fatta tra i finanziamenti-ponte funzionali alla presentazione di una domanda giudiziale di accesso ad una procedura e i finanziamenti erogati in esecuzione della stessa. Ciò, dunque, contribuisce a dubitare ancor di più che l'art. 182-*quater* l.f. possa essere considerato quale mera conferma dell'art. 111 l.f., specialmente in quanto l'art. 182-*quater* l.f. subordina la prededuzione ad duplice condizione (apertura della procedura ed espresso riconoscimento di tale beneficio nel decreto di apertura), laddove l'art. 111 l.f. sembra subordinare la prededuzione alla sola apertura della procedura: cfr. Trib. Terni, 13 giugno 2011, in *Fallimento*, 2011, 1139 ss.

³⁶ P. BELTRAMI, *La disciplina dei finanziamenti alle imprese in crisi, op. cit.*, p.47.

ovvero di garantire la continuità aziendale³⁷.

È stato, inoltre, specificato che la prededucibilità interesserebbe i finanziamenti finalizzati³⁸ a consentire al debitore di disporre delle somme necessarie per il deposito delle spese della procedura nonché a pagare i professionisti che hanno assistito l'imprenditore³⁹ nella scelta e predisposizione del piano, ma non i crediti strumentali all'esecuzione anticipata del piano⁴⁰ o per estinguere passività anteriori⁴¹.

Il carattere funzionale non rappresenta l'unica condizione. Invero, il finanziamento deve essere anche espressamente previsto dal piano o dall'accordo.

L'espressione non è così immediata. In particolare, con riferimento agli accordi di ristrutturazione, bisogna stabilire se sia sufficiente che il finanziamento sia previsto

³⁷ S. AMBROSINI, *Accordi*, op. cit., p. 141; G. CARMELLINO, op. cit., p.863. Ma, di recente, Cass., 17 aprile 2014, n. 8958, per la quale va riconosciuta la natura prededucibile al «credito del professionista per prestazioni rese in giudizi già pendenti al momento della domanda di ammissione al concordato preventivo in virtù di incarichi precedentemente conferiti e riguardante crediti poi fatti valere nei confronti della società fallita, [...] ove ne emerga, nell'ambito dell'accertamento previsto dall'art. 111 bis legge fall., l'adeguatezza funzionale agli interessi della massa» e ciò in quanto «l'art. 111, secondo comma, legge fall. allo scopo di incentivare il ricorso alle procedure concorsuali alternative al fallimento, attribuisce il carattere della prededucibilità a tutti i crediti per i quali sussiste il necessario collegamento occasionale o funzionale con la procedura concorsuale, da intendersi non soltanto con riferimento al nesso tra l'insorgere del credito e gli scopi della procedura, ma anche con riguardo alla circostanza che il pagamento del credito, ancorché avente natura concorsuale, risponda agli scopi della procedura stessa, per i vantaggi che reca in termini di accrescimento dell'attivo o di salvaguardia della sua integrità, indipendentemente dalla presenza o meno di una preventiva autorizzazione degli organi della procedura».

³⁸ P. BELTRAMI, op. cit., nota n.29.

³⁹ Resta ancora dibattuto, soprattutto a seguito dell'abrogazione del comma 4° dell'art. 182- quater l.f., se il compenso dell'esperto e degli altri professionisti sia o meno prededucibile. Per la soluzione negativa, v.: Trib. Padova, 11 febbraio 2013, in *www.ilcaso.it*; prima della novella del 2012, Trib. Pistoia, 24 ottobre 2011, *ivi*. Prima della novella del 2012, in senso favorevole alla prededucazione, Trib. Firenze, 9 maggio 2012, *ivi*; nonché Trib. Milano, 1° marzo 2012, in *IlFallimentarista.it* che subordina la prededucazione ad una «valutazione rigorosa dell'idoneità dell'attività svolta dal professionista rispetto alla funzione attribuita dal legislatore e dunque dell'utilità che detta attività ha avuto per i creditori concorsuali, oltre che per il debitore».

⁴⁰ Cfr. S. AMBROSINI, op. cit., p.141 ss.; S. BONFATTI, *I concordati preventivi di risanamento*, in *Ilcaso.it*, II, 228/2012, p.6 ss.; M. FERRO – F.P. FILOCAMO, Sub art. 182-quater l. fall., op. cit., p.2606 ss.; L. STANGHELLINI, op. cit., p.1354; G. BOZZA, *La fattibilità nel concordato preventivo è giudizio che spetta ai creditori. Per la chiarezza delle idee su proposta, piano e domanda di concordato preventivo e riflessi sulla fattibilità*, in *Fallimento*, 2011, p.195. Contra M. Fabiani, *L'ulteriore up-grade degli accordi di ristrutturazione e l'incentivo ai finanziamenti nelle soluzioni concordate*, in *Fallimento*, 2010, p.905; P. VALENSISE, Sub art. 182- quater l. fall., in *La legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di A. NIGRO – M. SANDULLI – V. SANTORO, Torino, 2010, p.2340 ss.

⁴¹ S. AMBROSINI, op. cit., p.142; L. STANGHELLINI, op. cit., p.1355.

nel piano allegato allo stesso⁴² o se, invece, esso debba essere obbligatoriamente inserito anche nell'accordo.

Come testimoniato dalla prassi, l'incertezza che caratterizza la fruibilità del beneficio della prededuzione dissuade gli eventuali finanziatori dall'assumersi il rischio di concedere la nuova finanza anteriormente alla presentazione del ricorso⁴³.

Altra questione degna di nota si riferisce alla prededucibilità, ex art. 182-*quater*, comma 2, l.f., anche per i finanziamenti concessi in funzione della presentazione delle domande di cui agli artt. 161, 6° comma, 182-*bis*, 6° comma, l.f., aventi carattere c.d. "anticipatorio", ovvero che tendono a conseguire gli effetti protettivi tradizionalmente connessi all'ammissione alla procedura ma non si concludono con la "formale" apertura della medesima⁴⁴.

Per quanto attiene all'istituto del c.d. "pre-concordato", bisogna prioritariamente verificare se il ricorso di cui al 6° comma, ancorché non definitivo (*rectius*, incompleto) possa di per sé qualificarsi quale "tipo" di domanda di accesso al concordato, oppure se si tratti di una procedura *sui generis*, temporanea e destinata a concludersi successivamente ora in un concordato preventivo, ora in un accordo di ristrutturazione⁴⁵ (oppure, ricorrendone i presupposti, in un fallimento, e qui di nuovo, si anniderebbe il rischio di rivalutazione degli atti e, con molte probabilità, quello penale di bancarotta).

La comparazione, più che altro letterale, del comma 1 e 6 dell'art. 161, l.f., parrebbe deporre nel senso di qualificare il ricorso di cui sopra già come domanda di ammissione alla procedura. A sostegno di tale tesi, la dottrina è ricorsa, anche, al principio di consecuzione delle procedure, ex art. 69-*bis*, l.f., affermando che il *dies a quo* debba essere individuato nella data di pubblicazione nel Registro delle Imprese del ricorso di cui all'art. 161, prescindendo dal fatto che esso sia stato presentato ex

⁴² Cfr. M. FERRO – F.P. FILOCAMO, Sub art. 182-*quater* l. fall., op. cit., p.2607, per i quali la funzionalità del piano «non dipende dal successo del piano [...]. Essa, tuttavia, deve caratterizzare oggettivamente il finanziamento, sicché non è necessario, ma neanche sufficiente, che trovi menzione in clausole contrattuali, mentre forma necessariamente oggetto della relazione del professionista attestatore, il quale (anche ai fini del successivo controllo giudiziale) deve esaminare ed esporre il ruolo svolto dal finanziamento nel periodo che ha preceduto la presentazione della domanda»; in tal senso anche S. AMBROSINI, op. cit., p.142.

⁴³ Sul punto G. LA CROCE, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Giur. it.*, 2010, p.2460 ss.

⁴⁴ Sul punto P. BELTRAMI, op. cit., p.44 ss.

⁴⁵ *Ibidem*.

comma 1 o comma 6 della norma⁴⁶; anche perché, in fondo, gli effetti del deposito del ricorso, ai sensi di uno dei suddetti commi, sono essenzialmente i medesimi.

In soccorso, anche la giurisprudenza prevalente sostiene che, in caso di concordato preventivo che segua ad un "pre-concordato", si sia in presenza di un'unica procedura⁴⁷.

Tuttavia, la questione risulta più teorica che pratica, sia per le ragioni in precedenza illustrate che, di fatto, privano di effettività l'istituto della c.d. "*finanza-ponte*", ma anche perché, come la prassi evidenzia, la mancanza della (completa) documentazione concordataria — piano, proposta e relazione — contribuisce ulteriormente a dissuadere il soggetto terzo, potenziale finanziatore, dall'erogare nuove risorse. Ed infatti, pur volendo mettere da parte il problema della prededucibilità, la mancanza di tali documenti non rende possibile, né al giudice e né al terzo, valutare l'effettiva funzionalità e utilità del finanziamento alla procedura, il che potrebbe, un domani, configurare una condotta anche penalmente illecita.

Le cose si complicano ancora di più, nel caso del 6° comma dell'art. 182-*bis*, l.f.

Ad un primo sguardo, la norma non parla di "deposito della domanda" né al 6°, né al 7° comma: il primo, si limita a richiedere il deposito di una "*istanza di sospensione*", lasciando intendere che la domanda di omologa sarà presentata successivamente ai sensi del 1° comma; nel comma 7, invece, sembra richiesto il deposito dell'accordo soltanto al completamento della documentazione già prodotta ex art. 182-*bis*, l.f., presupponendo così che la domanda di omologa sia già stata depositata⁴⁸.

Lo snodo della questione, quindi, consiste nello stabilire se la domanda di omologa dell'accordo *de quo* debba essere formulata già al momento di ricorso "pre-accordo"

⁴⁶ R. GUERRINI, Sub art. 69-*bis* l. fall., in A. MAFFEI ALBERTI (a cura di), *Commentario breve alla legge fallimentare*, VI, Padova, 2013, p.450 ss; G. NARDECCHIA, Sub art. 69-*bis* l. fall., in G. LO CASCIO (diretto da), *Codice commentato del fallimento*, II, Milano, 2013, p.803 ss.

⁴⁷ Trib. Ravenna, 6 marzo 2013, in www.ilcaso.it, secondo cui «la pubblicazione del ricorso iniziale a cura della cancelleria, ex art. 161 co. 5 l.f., ha quindi un valore "prenotativo" degli effetti...oltre ad ancorare ad un dato temporale certo ed invariabile la decorrenza del c.d. periodo sospetto in caso di consecutio fra procedure concorsuali». Contra Trib. Pistoia, 30 ottobre 2012, *ivi*. Si noti inoltre che, a seguito delle modifiche del d.l. 21 giugno 2013, n.169 (conv. in l. 9 agosto 2013, n. 98), la tesi secondo cui il pre-concordato rappresenta già una parte di concordato preventivo risulta rafforzata; in particolare alla luce dell'eventualità di nominare già in questa fase il commissario giudiziale. Sul punto v. P. VELLA, *Le nuove prededuzioni nel concordato con riserva e in continuità. I crediti dei professionisti*, in *Fallimento*, 2013, p.1148 ss.

⁴⁸ P. BELTRAMI, op. cit., p.45 ss.

o successivamente, con il deposito dell'accordo medesimo (sottoscritto). In ogni caso, coerentemente con quanto affermato in tema di "pre-concordato", anche in tale ipotesi sembra che si possa concludere a favore della prededucibilità, considerato che anche in questo caso il beneficio non è automatico, bensì rimesso alla successiva verifica delle condizioni di legge. Se così non fosse, l'istituto della "finanza-ponte" non potrebbe mai essere utilizzato nel caso in cui si optasse per concordati o accordi c.d. "prenotativi". Peraltro, si noti che tali finanziamenti sono soggetti alla disciplina di cui all'art. 182-*quinquies* l.f., subordinando gli stessi all'autorizzazione del tribunale⁴⁹.

Va rilevato che tra la finanza-ponte destinata ad una domanda di concordato e quella in funzione di un ricorso per l'omologa di un accordo di ristrutturazione vi sono alcune differenze. Prima fra tutte la circostanza che nel primo caso, sebbene la prededucazione prescindere dall'omologa del concordato, la stessa, comunque, deve essere espressamente disposta dal decreto di ammissione alla procedura⁵⁰; laddove, invece, negli accordi di ristrutturazione essa sarebbe automatica al ricorrere del decreto di omologa⁵¹, senza che in quest'ultimo se ne debba fare menzione⁵².

Nonostante l'intervento del 2012, sull'art. 182-*quater*, l.f., al fine di incentivarne l'utilizzo⁵³, molte delle suddette criticità persistono.

⁴⁹ Un'ipotesi di finanziamento senza autorizzazione del tribunale potrebbe verificarsi, ad esempio, quando il finanziamento sia erogato da un socio che accetti la postergazione (v. Trib. Busto Arsizio, 11 febbraio 2013, in *www.ilcaso.it*). Contra, ritenendo, invece, necessaria anche in questo caso l'autorizzazione giudiziale A. DIDONE, *La prededucazione dopo la L. n. 134 del 2012 (prededucazione "ai sensi" e prededucazione "ai sensi e per gli effetti"?)*, in *Fallimento*, 2013, p.916. Il punto è, tuttavia, molto discusso, per cui si rimanda a P. BELTRAMI, *op. cit.*, p.44 ss, in particolare v. nota n.40.

⁵⁰ S. AMBROSINI, *op. cit.*, p.141 ss.

⁵¹ M. FERRO – F.P. FILOCAMO, *Sub art. 182-quater l. fall., op. cit.*, p.2608; M. Fabiani, *L'ulteriore upgrade, op.cit.*, p.905; Presti, *Finanziamenti bancari alle imprese in crisi fra prededucazione e subordinazione - Considerazioni conclusive*, in *Dir. banc. fin.*, 2011, I, p.532 ss.; contra P. VALENSISE, *op. cit.*, p.2340; A. DIDONE, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182bis legge fallim.)*, in *Dir. fall.*, 2011, I, p.14. Si veda anche Trib. Piacenza, 17 maggio 2013, in *www.ilcaso.it*.

⁵² La tesi minoritaria, invece, ritiene che la prededucazione dovrebbe essere esplicitamente disposta anche nel decreto di omologa dell'accordo di ristrutturazione; cfr. A. DI MAJO, *Gli accordi di ristrutturazione e i piani attestati di risanamento*, L. GHIA – C. PICCININNI – F. SEVERINI (diretto da), *Trattato delle procedure concorsuali*, IV, Torino, 2011, p.679; P. VALENSISE, *Sub art. 182-quater l. fall., op. cit.*, p.2340. In giurisprudenza cfr. Trib. Terni, 13 giugno 2011, *cit.*

⁵³ Si pensi all'eliminazione del carattere soggettivo della norma, sebbene le innovazioni in tema di finanza-ponte erogata dai soci siano state alquanto marginali.

Non essendo questa la sede adatta per un'esposizione esaustiva della materia⁵⁴, basti rilevare che tale riforma non ha apportato alcuna modifica alle norme in tema di esenzione da revocatoria. Così, i finanziamenti c.d. "ponte" continuano a correre il rischio di revocatoria (cfr. art. 67, l.f.), non tanto relativamente all'atto di erogazione in sé per sé (in quanto compiuti da un terzo e non dal debitore), quanto piuttosto rispetto al rimborso di tale debito⁵⁵.

Analoghe criticità permangono anche sotto il profilo della responsabilità, civile e/o penale, giacché l'art. 217-*bis* l.f. esonera dai reati di bancarotta semplice e preferenziale soltanto i pagamenti e le operazioni posti *in esecuzione* di un accordo di ristrutturazione omologato o di un concordato preventivo e quelli autorizzati dal tribunale ex art. 182-*quinquies* l.f.⁵⁶.

1.1.3. I finanziamenti "funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori"

Con la riforma del 2012, il legislatore è intervenuto disciplinando anche le erogazioni di nuova finanzia nella fase c.d. "interinale"; ovvero, nel periodo che intercorre tra la presentazione della domanda e l'emissione del decreto di omologazione della procedura.

La norma, ancorché innovativa nell'ambito degli accordi di ristrutturazione, non risulta "audace" nel caso di concordato preventivo, giacché dal combinato disposto dell'autorizzazione⁵⁷, di cui all'art. 167, l.f., e della norma sulla prededuzione ex art.

⁵⁴ P. BELTRAMI, *op. cit.*, p.49 ss.

⁵⁵ L'unica novità consiste nel fatto che il perimetro di applicabilità dell'esenzione da revocatoria fallimentare è stata ampliata fino a ricomprendere tutti gli atti, i pagamenti e le garanzie legalmente posti in essere dopo il deposito del ricorso ex art. 161 l.f.; cfr. P. BELTRAMI, *op. cit.*, p.50.

⁵⁶ Sebbene non sembri del tutto infondato ritenere che il soggetto finanziatore possa beneficiare della protezione da tali rischi qualora il professionista attestatore verifichi che la finanzia-ponte sia effettivamente finalizzata a garantire la continuità aziendale, copra il periodo necessario al perfezionamento dell'accordo o del concordato, consiste nella concessione o nel mantenimento di linee di credito autoliquidanti e non comporti il rilascio di nuove garanzie da parte dell'impresa, oltre a dover essere subordinata ad un piano in corso di elaborazione; sul punto cfr. LE LINEE-GUIDA PER IL FINANZIAMENTO ALLE IMPRESE IN CRISI, a cura dell'Università degli Studi di Firenze, prima edizione 2010, in www.cndec.it, ancorché precedenti all'introduzione dell'art. 182-quater l. fall.

⁵⁷ *Ex multis* v. Trib. Catania, 18 marzo 2013, in www.ilcaso.it: «Non è di ostacolo all'ammissione alla procedura di concordato preventivo la circostanza che la società istante abbia effettuato, in data successiva al deposito della proposta di concordato, pagamenti di crediti concorsuali non autorizzati

111 l.f., era già possibile, per l'imprenditore, ottenere "aiuti" finanziari durante questa fase transitoria ed antecedente all'esecuzione⁵⁸.

Lo stesso, invece, non poteva dirsi nel caso di un accordo di ristrutturazione⁵⁹.

Il "nuovo" art. 182-*quinquies*, l.f. risulta quindi colmare questa "lacuna" e, nel contempo, precisa anche le condizioni in presenza delle quali il tribunale è tenuto a rilasciare l'autorizzazione⁶⁰, durante la procedura, a nuovi finanziamenti, assistiti da prededucibilità. Ed anche qui, di nuovo, sembrerebbe fondamentale il ruolo del professionista (ex art. 67, comma 3°, lett. d), l.f.), il quale dovrà attestare la

*dal Tribunale ai sensi dell'art. 182-quinquies, comma 4, l. fall., quante volte la descritta condotta esuli, per le concrete modalità di esecuzione e per la qualità soggettiva dei beneficiari, da profili di manifesta frode nei confronti degli altri creditori concorsuali. [...] L'assenza di una autorizzazione giudiziale, pure imposta dal richiamato art. 182-quinquies, comma 4, l. fall., non è equiparabile, quanto agli effetti negativi sulla sorte della procedura concordataria, a quella prevista per gli atti di straordinaria amministrazione, ex art. 167, comma 2, l. fall., restando peraltro ancora controverso in giurisprudenza se il pagamento di crediti anteriori al concordato costituisca atto di straordinaria amministrazione (come mostra di ritenere, sia pure a determinate condizioni, Cass., 12 Gennaio 2007, n. 578), ovvero possa essere senz'altro ricondotto nell'ambito dell'ordinaria amministrazione (così Cass., 29 novembre 2005, n. 26036). [...] Il prescritto provvedimento del tribunale ex art. 182-quinquies l. fall., nelle intenzioni del legislatore della novella del 2012 (per effetto del combinato disposto dei novellati artt. 67, comma 3, lett. e), e 217-bis l. fall.), sembra teso, nell'ambito del concordato preventivo, esclusivamente ad assicurare, da un lato, che i pagamenti autorizzati siano esentati — in caso di successivo fallimento — da una revocatoria fallimentare e, dall'altro, che i soggetti coinvolti restino esonerati da responsabilità per il reato di bancarotta preferenziale, senza quindi mostrare sicure refluenze sui presupposti di ammissibilità della medesima procedura concorsuale». In dottrina si veda P. VELLA, *Autorizzazioni, finanziamenti e prededucazione nel nuovo concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2013, p.657 ss.*

⁵⁸ V. S AMBROSINI, *Accordi*, *op. cit.*, p.146, che considerava l'autorizzazione necessaria, a meno che nel piano vi fosse espressa menzione di tale nuova finanzia e il concordato preventivo venisse poi omologato. Nonché per una panoramica sulle posizioni dottrinali ante 2012 v. M. FERRO – F.P. FILOCAMO, *Sub art. 182-quater l.f.*, *op. cit.*, p.2194.

⁵⁹ In dottrina L. STANGHELLINI, *op. cit.*, p.1348 sostiene che non c'è spazio per la finanzia "interinale" nell'ambito degli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-*bis* l.f.; per i quali, invece, può aversi solo finanzia erogata prima o dopo l'omologa (regolata rispettivamente dai commi 2° e 1° dell'art. 182-*quater* l.f. *Contra* v. Trib. Milano, 23 febbraio 2013, in *Fallimento*, 2013, p.859 ss., che qualifica espressamente come finanzia "interinale" ex art. 182-*quinquies* l.f. il finanziamento erogato dopo la presentazione del ricorso ma prima della omologazione; *conf.* G. CARMellino, *op. cit.*, p.86.

⁶⁰ Ciò che ha indotto parte della dottrina a ritenere che l'autorizzazione del tribunale può riguardare anche finanziamenti erogati dopo l'omologazione è il dettame del 2° comma dell'art. 182-*quinquies*, il quale precisa che tali finanziamenti possano essere individuati solo per tipologia ed entità e non ancora oggetto di trattative (sul punto v. M. ARATO, *op. cit.*, p.9]. L'opinione più condivisibile è, però, nel senso di circoscrivere l'ambito operativo della norma *de qua* ai soli finanziamenti "interinali", poiché quelli erogati dopo l'omologazione possono essere assoggettati alla disciplina di cui all'art. 182-*quater*, comma 1, l.f. (così A. MAFFEI ALBERTI, *op. cit.*, p.1290; G. NARDECCHIA, *Sub art. 182-quinquies l. fall.*, in G. LO CASCIO (diretto da), *Codice commentato del fallimento*, VI, Milano, 2013, p.2231).

funzionalità di tali finanziamenti alla migliore soddisfazione dei creditori in relazione al complessivo fabbisogno finanziario dell'impresa sino all'omologazione⁶¹. Fermo restando, comunque, che il piano, del concordato o dell'accordo ex 182-*bis* che sia, debba prevedere anche il rimborso di tale nuova finanza⁶².

Inoltre, va evidenziato che, secondo la letteratura prevalente, non risulta possibile avanzare istanze per le suddette autorizzazioni nell'ambito di un ricorso di concordato preventivo "in bianco" o di "pre-accordo" di ristrutturazione; e ciò proprio sulla considerazione che in questa fase, ancora, non si dispone del background necessario all'esperto per attestare la convenienza dell'operazione e la funzionalità della nuova finanza.

Se così fosse, allora, l'art. 182-*quinquies*, l.f. avrebbe un ambito di operatività alquanto ristretto (in pratica, sarebbe limitato alla sola ipotesi di istanza formulata in pendenza dell'omologa dell'accordo)⁶³. Viceversa, se ci si accontentasse di una "bozza" del piano per accogliere l'istanza *de qua*, l'istituto allora recupererebbe una sua utilità⁶⁴.

Tuttavia, permane il rischio che il debitore presenti una bozza di piano *ab origine* non attuabile, al solo scopo di ottenere l'autorizzazione, non continuando poi la procedura

⁶¹ Per un approfondimento sul punto si rinvia a M. ARATO, *op. cit.*, p.11 ss. nonché P. BELTRAMI, *op. cit.*, in particolare nota n.59.

Nondimeno, andrebbe chiarito il reale significato dell'espressione "*migliore soddisfacimento dei creditori*" e, soprattutto, rispetto a quali alternative. Per alcuni autori, l'erogazione dei finanziamenti in commento e la loro prevedibilità deve portare ad un risultato vantaggioso per i creditori rispetto all'ipotesi alternativa i medesimi non siano erogati [v. L. QUATTROCCHIO – R. RANALLI, *Concordato in continuità e ruolo dell'attestatore: poteri divinatori o applicazione di principi di best practice*, in *www.ilfallimentarista.it*, 2012, p.13 ss.]. Per altri, appare necessario che l'operazione sia migliorativa della posizione dei creditori (v. M. ARATO, *op. cit.*, p.10 ss.; S. AMBROSINI, *I finanziamenti bancari alle imprese in crisi nei nuovi articoli 182-quater e 182-quinquies l.f.*, in *www.ilfallimentarista.it*, 2012). Per una prima applicazione giurisprudenziale dell'istituto v. Trib. Terni, 16 gennaio 2013, in *Fallimento*, 2013, p.1463 ss., per il quale: «*l'attestazione della funzionalità dei finanziamenti alla migliore soddisfazione dei creditori non può limitarsi ad una generica dichiarazione che una liquidazione a stralcio dei beni successiva alla cessione dell'attività determinerebbe una riduzione del valore di trasferimento dell'azienda, ma deve, invece, contenere una proiezione, anche numerica, degli scenari praticabili, con indicazione del fatto che nell'ipotesi alternativa a quella voluta dal debitore i creditori riceverebbero una soddisfazione inferiore*».

⁶² Ovvero, in difetto, essere modifica nei termini; così Nocera, *L'attestazione del professionista e la veridicità dei dati aziendali*, in *Fallimento*, 2013, p.1466.

⁶³ Per un'analisi più esaustiva si veda P. Beltrami, *op. cit.*, p.51.

⁶⁴ Sul punto v. P. BELTRAMI, *Il pre-concordato "in" continuità*, Milano, 2013, p.115 ss; *Id.*, *La disciplina dei finanziamenti alle imprese in crisi*, *op. cit.*, p. 51ss; S. AMBROSINI, *Accordi*, *op. cit.*, p. 149.

o, comunque, cambiando le carte in gioco. D'altra parte, negare in via di principio l'utilizzabilità (o, forse meglio, la "disponibilità") dello strumento, non sembra essere la miglior via per sanzionare tali comportamenti, che, invece, qualora risultassero effettivamente colposi o fraudolenti, rileverebbero anche in sede penale.

2. Le operazioni prodromiche all'ammissione della procedura e il rischio di bancarotta

Esposte le possibili tipologie di finanziamento rinvenibili nelle varie fasi di una procedura di risoluzione della crisi e come le stesse siano disciplinate e/o autorizzate dal comparto civilistico della legge fallimentare, è utile, ora, analizzare quale sia, effettivamente, il loro rapporto con il rischio penale di bancarotta nonché il loro coordinamento rispetto all'esimente di cui all'art. 217-*bis*.

Nel caso in cui si tratti di finanziamenti erogati "in esecuzione" del piano⁶⁵, il problema non sussiste. Tralasciando di riprendere questioni più propriamente civilistiche⁶⁶, sul piano penale, basti rilevare che l'esimente di cui all'art. 217-*bis* cita espressamente i pagamenti e le operazioni compiuti *in esecuzione* di un concordato preventivo, di un accordo di ristrutturazione o di un piano attestato ex art. 67, 3° comma, lett. *d*), l.f.

Le stesse considerazioni valgono, alla luce delle ultime riforme, anche per la finanza c.d. interinale, ovvero per i pagamenti e le operazioni di finanziamento autorizzate dal giudice ex art. 182-*quinquies*, l.f.⁶⁷

Dunque, l'ipotesi che pone maggiori problematicità rimane quella relativa all'erogazione di finanziamenti nella fase "preparatoria" delle procedure di risanamento, *rectius*, in funzione della predisposizione del piano o della negoziazione

⁶⁵ Art. 182-*quater*, comma 1, l.f.

⁶⁶ Si veda § 1.1.1.

⁶⁷ Cfr. § 1.1.3. Ed infatti, anche in tal caso, l'art. 217 *bis* prevede espressamente tale ipotesi; nonché a seguito della riforma del 2015 (d.l. 5 gennaio 2015, n.1, conv. in L. 4 marzo 2015, n.20), l'esimente richiama anche le "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", il quale è rubricato «Misure a favore del credito per le imprese sottoposte a commissariamento straordinario e per la realizzazione del piano delle misure e delle attività di tutela ambientale e sanitaria».

degli accordi, ovvero quelle che da qui in avanti chiameremo *operazioni prodromiche* all'ammissione della procedura.

Non si può non tener conto che l'adozione di una soluzione negoziale della crisi richiede una fase, per così dire, di "allestimento", in cui sono poste in essere tutte quelle azioni (*rectius*, operazioni) necessarie ai fini della richiesta stessa all'ammissione della procedura, che sia essa un concordato, un accordo o un piano attestato ex art. 67, comma 3, lett. d), l.f.

I tempi per l'ideazione di un piano di risanamento, indipendentemente dalla procedura in cui è destinato ad operare, non sono immediati; perciò è fuor di dubbio che, nella realtà, vi sia bisogno di azioni urgenti, volte ad "arrestare" la crisi, evitando che, nelle more dell'adozione dello strumento prescelto e dell'omologazione dello stesso, degeneri al punto che l'impresa sia ormai decotta e "senza speranze", destinata a fallire.

Dunque, è abbastanza realistica la situazione in cui, nella prospettiva di accesso alla procedura, si compiano operazioni che, sebbene lecite nella prospettiva di risanamento, qualora lo stesso non abbia esito positivo, potrebbero rilevare sul piano penale.

In altre parole, nel momento in cui l'imprenditore opta per l'adozione di uno strumento risolutorio, al fine di integrare tutti i requisiti richiesti dalle rispettive norme (artt. 160, 182-*bis*, 67, 3° comma, lett. d) l.f.), dovrà attuare delle strategie economico-finanziarie: innanzitutto, per evitare l'aggravio della crisi; e, secondariamente ma non meno importante, per garantire la continuità aziendale.

Ad esempio, data l'evidente necessità di finanziamenti, l'impresa potrebbe decidere di "autofinanziarsi" optando per un'operazione di "sale and lease back", che consiste nel vendere un bene di proprietà (appunto, sale) e, contemporaneamente, nel sottoscrivere un contratto di leasing (lease back) in forza del quale il bene rimane nella disponibilità e nel godimento dell'imprenditore medesimo; oppure, richiedere una moratoria ed arrestare così, sebbene temporaneamente, la fuoriuscita di denaro; oppure ancora, richiedere la concessione di nuove linee di credito autoliquidanti. Queste operazioni rappresentano, di sicuro, alcune delle diverse e molteplici tipologie di finanziamento che possono ben rientrare nella locuzione "*finanziamenti in qualsiasi forma effettuati*", di cui al comma 1 dell'art. 182-*quater*, l.f.

In tali situazioni, come noto⁶⁸, l'art. 182-*quater*, comma 2, l.f. considera prededucibili i finanziamenti erogati *in funzione* della presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo (anche con riserva) o di accordo, al ricorrere, ovviamente, di determinare le condizioni⁶⁹; ma, come già detto, sebbene questi siano leciti in ambito civilistico, potrebbe sorgere qualche problema in ambito penale, qualora l'esecuzione del piano non giunga ad un esito positivo ed intervenga il fallimento.

Infatti, l'ipotesi *de qua* non è menzionata dall'art. 217-*bis* e perciò sta all'interprete stabilire, mediante l'utilizzo di valide argomentazioni giuridiche, se, in caso di sopraggiunto fallimento, la finanza-ponte possa ritenersi esente dai reati di bancarotta; oppure, se tutte queste operazioni prodromiche integrino eventuali condotte preferenziali.

Partendo dall'assunto che l'intento legislativo è favorire l'adozione di tali strumenti – intento ampiamente comprovato dal reparto civilistico della legge fallimentare – bisogna verificare se, di fatto, il legislatore abbia dato agli stessi certezza e stabilità normativa, sia con riferimento all'imprenditore che a tutti coloro i quali prendono parte (e investono) nel risanamento d'impresa.

Pertanto occorrerà indagare l'ambito di operatività della citata norma esimente; ovvero l'efficacia temporale del lemma "*in esecuzione*", alla luce delle sopra dette considerazioni in merito alla natura giuridica della norma; rivisitando il tutto alla luce del "nuovo" reato di "falso in attestazioni e relazioni" e degli ultimi interventi in materia, in un'ottica sistematica oltre che meramente giuridica.

Con l'obiettivo di ricercare e capire le motivazioni di dette scelte legislative, si proverà a far luce su queste "zona d'ombra", ricordando – ancora una volta – che i continui interventi, spesso operati attraverso la legislazione d'urgenza in luogo di un unico intervento complessivo e sistematico, hanno (probabilmente) "favorito" l'espandersi delle zone di rischio all'interno delle procedure negoziate della crisi, con una chiara e lampante distonia tra la disciplina civilistica e quella penale: la prima fortemente

⁶⁸ v. § 1.1.2.

⁶⁹ Ovvero, il carattere funzionale del finanziamento e la previsione del medesimo all'interno del piano o dell'accordo.

orientata al recupero e risanamento dell'impresa; l'altra decisamente "arretrata", o comunque poco attenta alla realtà economico-sociale odierna⁷⁰.

2.1. L'efficacia temporale dell'art. 217-bis

L'estensione dell'efficacia temporale dell'art. 217-bis passa, necessariamente, dall'interpretazione del sintagma «*in esecuzione*», rinvenibile all'interno della stessa norma⁷¹.

Assunto che il legislatore abbia utilizzato i termini *pagamenti* e *operazioni* in funzione descrittiva, occorre ora definire il significato della formula *de qua*, la quale, peraltro, costituisce una modalità condizionante la stessa applicabilità dell'esimente⁷². Ed infatti, la nota di congiunzione di pagamenti e operazioni al risanamento (risultato prefigurato dal legislatore) viene espressa proprio dal lemma «*in esecuzione*».

A riguardo, in dottrina, si sono sviluppati due orientamenti: per il primo, il dettame di legge dovrebbe interpretarsi *strictu sensu*, ovvero in un'accezione cronologico-consequenziale rispetto al piano ideato ai fini del risanamento; il secondo, invece, in ottica sistematica, rinviene nella locuzione *de qua* una valenza "strumentale" al risanamento, ovvero una stretta funzionalità tra gli atti compiuti e l'esecuzione del piano.

2.1.1. L'interpretazione *strictu sensu*

Coloro che propendono per un'interpretazione in senso cronologico, rilevano, in primo luogo, che, da un punto di vista lessicale, il lemma "*in esecuzione*", in chiave giuridica, evoca un atto attuativo o comunque consequenziale ad uno precedente⁷³.

In secondo luogo, i sostenitori di questa esegesi⁷⁴, evidenziano che, nonostante l'interpretazione "strumentale" sia consentita dall'art. 12 disp. prel. c.c.⁷⁵ e pur anche

⁷⁰ Si pensi ad esempio alla lacuna circa il fenomeno dei "gruppi", di cui il legislatore non fa alcuna menzione all'interno della disciplina dell'insolvenza.

⁷¹ "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...".

⁷² Per tutti si veda F. MUCCIARELLI, *L'esenzione dai reati di bancarotta*, in *Dir. pen. proc.*, 12/2010, p.1474 ss.

⁷³ Così come ad esempio un contratto si esegue dopo la stipulazione dell'accordo, ove entrambe le parti esprimono il consenso di vincolarsi.

teleologicamente orientata al fine ultimo del risanamento d'impresa, essa comunque travalicherebbe sia il significato delle parole che l'*intentio legis*.

Infatti, per detti Autori, l'*intentio legis* pare esprimere piuttosto un nesso di consequenzialità, soprattutto cronologica, tra le condotte potenzialmente rilevanti in ambito penale e la definitiva attuazione dei diversi strumenti di soluzione della crisi.

Optando per un'interpretazione strumentale e sistematica dell'esenzione ex art. 217-*bis*⁷⁶, peraltro, non si terrebbe conto del divieto di analogia di cui all'art. 14 disp. att. c.c.⁷⁷. L'articolo *de quo*, infatti, deve essere annoverato tra le leggi penali⁷⁸, *rectius*, tra le cause di esclusione della tipicità e perciò, al pari delle altre norme che concorrono a circoscrivere il perimetro delle condotte penalmente rilevanti, non è passibile di interpretazione analogica, cosa che, invece, accadrebbe qualora si propendesse per una soluzione estensiva della fattispecie esimente. A ciò si aggiunga che la stessa ha natura eccezionale rispetto alla disciplina penale di quelle condotte.

Pur procedendo in via sistematica – sempre secondo tale dottrina – l'intenzione del legislatore rimane, prevedendone espressamente l'esenzione dai reati di bancarotta, la tutela solo di quelle condotte poste in attuazione dei nuovi strumenti di risoluzione della crisi, giacché, essendo gli stessi sottoposti a determinati requisiti di legge prescritti dalle diverse procedure, non è consentito andare oltre tali confini esimenti⁷⁹.

Peraltro, l'intervento del 2012 e l'introduzione all'interno dell'esenzione di cui all'art. 217-*bis* dei pagamenti e delle operazioni di finanziamento ex art. 182-*quinquies*, l.f. appaiono un ulteriore conferma dell'ambito di operatività della norma, in quanto,

⁷⁴ V. F. D'ALESSANDRO, *Il nuovo art. 217 bis l.f.*, in *Le Società*, 2011, p.212, p.201 ss.

⁷⁵ Tale articolo vieta all'interprete di attribuire alla legge un senso diverso da quello che si palesa dal significato proprio delle parole (c.d. interpretazione letterale) e dall'intenzione del legislatore (c.d. interpretazione funzionale o teleologica), quest'ultima intesa non come volontà psicologica bensì con riguardo agli obiettivi perseguiti dal legislatore.

⁷⁶ v. § 2.1.2.

⁷⁷ "Le leggi penali e quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati (Cost. 25; Cod. Pen. 2)".

⁷⁸ Cfr. F. D'ALESSANDRO, *Il nuovo art. 217 bis l.f.*, cit., 201 ss; il quale sostiene che, essendo norma penale, è insuscettibile di analogia; tuttavia, va evidenziato che in tal caso si tratterebbe di un'interpretazione analogica concessa dall'art. 14 disp. att. c.c. in quanto *in bonam partem*, assunto che essa comporterebbe l'esclusione della punibilità di ulteriori condotte rispetto ad un'interpretazione *strictu sensu*. Sul punto, per tutti, v. G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 6° ed., Bologna, 2007, p.107.

⁷⁹ Cfr. F. D'ALESSANDRO, *Il nuovo art. 217 bis l.f.*, cit., p.201 ss.

nuovamente, non vengono menzionati i c.d. finanziamenti-ponte di cui all'art. 182-*quater*, comma 2, l.f. Al contrario, si rischierebbe un'interpretazione *contra legem*.

In poche parole, interpretando la norma *strictu sensu*, tra i finanziamenti "in esecuzione" di cui al comma 1 dell'art. 182-*quater*, l.f., e quelli del comma 2, pare non vi sia eguale protezione penale, seppur entrambi prededucibili ex art. 111 l.f.⁸⁰.

Pur riaffermando che il moto riformatore sia orientato a lasciare la soluzione della crisi in mano all'autonomia privata, la tesi in oggetto ritiene che non si possa comunque censurare la scelta del legislatore di introdurre l'esenzione soltanto qualora le condotte rimproverabili ex artt. 216, 3° comma, e 217 l.f. si siano verificate nel contesto di un piano "di cui sia già stata effettuata la validazione"⁸¹.

Per completezza dell'argomento, si segnala che, secondo alcuni autori, il dolo richiesto dalla bancarotta preferenziale sia già di per sé sufficiente ad escludere che dette operazioni prodromiche abbiano, per l'imprenditore, rilevanza penale; ovviamente, alla condizione che siano effettivamente funzionali al risanamento e siano logicamente e razionalmente anteriori alla richiesta di accesso alla procedura, mancando, in tal caso, l'elemento psicologico richiesto dalla norma incriminatrice⁸².

2.1.2. L'interpretazione "funzionale"

In opposizione alla tesi appena esposta, parte della dottrina, invece, dà all'espressione "in esecuzione" un'accezione più ampia rispetto alla mera

⁸⁰ Cfr. § 1.1.1. e 1.1.2.

Diversamente V. 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*, 2012, p.11, secondo cui se la legge riconosce il medesimo trattamento, di tali finanziamenti, in tema di prededucibilità, sarebbe irragionevole differenziarne il trattamento in ambito penale. Cfr. anche F. DONELLI, *I continui esperimenti sul diritto penale del fallimento: l'art. 217-bis l.f., prima e dopo il "Decreto sviluppo"*, cit., p. 787 ss, il quale prospetta una soluzione interessante, ovvero: considerare il momento in cui si inizia a ricorrere alla c.d. finanza-ponte in vista di accesso ad una procedura di risanamento, come l'inizio stesso della procedura; posto che l'omologazione da parte del Tribunale, ancorché successiva, attribuisce protezione ai finanziamenti *de qua* anche sull'assunto che essi siano "attestati" da un professionista, il quale, appunto, giustifica anche la necessità di dette operazioni prodromiche (attestazione quindi che dovrebbe "assicurare" un certo grado di certezza alla loro funzionalità).

⁸¹ Così F. D'ALESSANDRO, *Il nuovo art. 217 bis l.f., cit.*, 201 ss

⁸² F. MUCCIARELLI, *L'art. 217-bis l.f. e la disciplina penale delle procedure di soluzione della crisi d'impresa*, in AA.VV., *Crisi di imprese. Casi e Materiali*, F. BONELLI (a cura di), Milano, 2011, p.288 ss. Stessa considerazione può essere fatta rispetto alla mancanza dei requisiti oggettivi di cui ai nn. 3-4 dell'art.217 l.f. (cfr. Capitolo II § 3.2.2.)

interpretazione letterale, proprio in virtù della funzionalità degli atti compiuti al progetto di risanamento stesso.

In tale chiave di lettura, allora, potranno certamente ricomprendersi nell'essenzione di cui all'art. 217-*bis* anche gli atti e i pagamenti prodromici alla realizzazione, *rectius*, redazione del piano o dell'accordo, purché, appunto, strumentali (e necessari) a essi⁸³. Il lemma non esprimerebbe nient'altro che "*la polarizzazione dei pagamenti e delle operazioni al perseguimento del risultato prefigurato dal legislatore (la realizzazione delle procedure per la soluzione della crisi d'impresa)*"⁸⁴.

Sebbene il dato letterale pare riferirsi ad atti già compiutamente definiti, sembra essere preferibile un'esegesi sistematica della norma, sia con riferimento al fine perseguito (nel complesso) dalla disciplina della crisi d'impresa – ovvero il *favor* legislativo verso le procedure risanatorie – e sia tenendo conto della strumentalità, di dette operazioni prodromiche, al risanamento.

In questa accezione funzionale il finanziamento-ponte – così come altre operazioni quali, ad esempio, il lease-back o la moratoria⁸⁵ – viene valutato ed esentato in base alla sua inerenza, necessità e strumentalità allo scopo ultimo della procedura prescelta, sia essa un accordo o un concordato.

Ed infatti, partendo dalla, già evidenziata,⁸⁶ constatazione che, soprattutto in tali frangenti di crisi, si abbisogna di risorse finanziarie non solo ai fini dell'esecuzione del piano ma anche (e forse soprattutto, se si vuole garantire la continuità aziendale) nella fase antecedente l'ammissione alla procedura stessa, non si può optare per il senso letterale della norma, altrimenti si finirebbe per escludere dall'ambito di operatività dell'esimente (ex art. 217-*bis*) condotte sicuramente necessarie al fine di presentare domanda di concordato preventivo, un piano attestato o un accordo di ristrutturazione.

⁸³ Così F. MUCCIARELLI, *L'art. 217-bis l.f. e la disciplina penale delle procedure di soluzione della crisi d'impresa, cit.*, p.284., il quale perviene a tale soluzione anche in un'ottica sistematica della norma e delle finalità da essa perseguite.

Per un'interpretazione restrittiva M. ZINCAMI, *Il nuovo art. 217-bis l. fall.: la ridefinizione dei reati di bancarotta*, in *Fall.*, 2011, p. 522, il quale però fa salvi i finanziamenti ex art. 182-*quater*, 2° comma, l.f.

⁸⁴ Così F. MUCCIARELLI, *L'esenzione dai reati di bancarotta, cit.*, p.1477.

⁸⁵ v. § 2.

⁸⁶ v. § 1. e 2.

Dunque, nell'attuazione concreta della fattispecie astratta, contenuta nella norma, e, di conseguenza, nell'interpretazione della stessa, bisogna tener conto che nessuna delle suddette procedure può attuarsi istantaneamente. Tutte, in un modo o nell'altro, hanno bisogno di una fase di "allestimento".

Invero, già prima dell'entrata in vigore dell'art. 217-*bis*, la dottrina⁸⁷ aveva ipotizzato la liceità penale di dette operazioni, a patto che le stesse fossero poi effettivamente finalizzate (nonché funzionali) all'accesso ad una procedura, oltre che previste da un piano astrattamente idoneo.

La norma, però, non fa menzione di tale ipotesi neanche a seguito delle ultime riforme. Anzi, a ben vedere, la modifica dell'art. 182-*bis*, intervenuta nel 2012, sembrerebbe far propendere per un'interpretazione opposta, anche in ottica sistematica. Infatti, soprattutto con riguardo ai commi 5 ss, il legislatore, pur intervenendo a disciplinare una fase anteriore alla richiesta di omologa dell'accordo, non fa alcun accenno ai possibili effetti penali, né tanto meno la disposizione in commento viene citata dall'articolo esimente⁸⁸.

Pertanto, la valutazione circa le condizioni che legittimano il ricorso ai finanziamenti-ponte dovrà essere particolarmente rigorosa. Si dovranno considerare leciti esclusivamente quelle operazioni prodromiche che siano funzionali *solamente* alla presentazione del piano e strutturalmente coerenti con la successiva richiesta di accesso alla soluzione negoziata della crisi ritenuta più idonea⁸⁹, salvo che sia palese l'impossibilità di qualunque tipo di risanamento.

Di conseguenza, comprovato ciò, appare piuttosto difficile che possa rinvenirsi – quanto meno con riferimento all'elemento soggettivo – l'illeceità di tali atti o un qualche profilo responsabilità per i soggetti agenti⁹⁰.

⁸⁷ Cfr. F. MUCCIARELLI, *Stato di crisi, piano attestato, accordi di ristrutturazione, concordato preventivo e fattispecie penali*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2009, p.825 ss.

⁸⁸ F. MUCCIARELLI, *L'esenzione dai reati di bancarotta*, cit., p.1478.

⁸⁹ A tal fine "Dovranno essere così considerati tutti gli elementi che confortino un giudizio positivo in ordine alla effettività dell'attività di redazione del piano (ad es: esistenza di un mandato di advisor, notizie in ordine alla concreta attività di quest'ultimo e alle sue qualità professionali, esistenza di concrete prospettive di risanamento, il tutto accompagnato da una rigorosa rappresentazione della situazione economica, patrimoniale e finanziaria dell'impresa)...", così F. MUCCIARELLI, *L'esenzione dai reati di bancarotta*, cit., p.1478; nonché ID., *Stato di crisi, op. cit.*, p.825 ss.

⁹⁰ In merito a quest'ultimo profilo, secondo tale impostazione dottrinale, infatti, la norma non pare creare distinzioni a seconda che le operazioni siano compiute da debitore, creditori o eventuali nuovi

Vale la pena ricordare, però, che i fautori dell'interpretazione "funzionale" della norma, seppur unanimemente concordi per l'inclusione nell'esonazione delle operazioni prodromiche, rimangono divisi sulla natura dogmatica della norma⁹¹. Pertanto, chi considera l'art. 217-*bis* una causa di (non) meritevolezza della pena – diversamente dalla dottrina maggioritaria che rinviene nella norma una causa di esclusione della tipicità – risolve la problematica dell'efficacia temporale valutando la norma *de qua* come causa *sopravvenuta* di non punibilità, qualora a tali operazioni prodromiche consegua, poi, l'effettivo avvio di una delle procedure menzionate dalla norma di favore⁹².

Il comportamento penalmente illecito diventa *non* meritevole di pena a seguito dell'accesso alla procedura di risanamento, che rappresenta il fine ultimo voluto e tutelato dal legislatore. Quindi, secondo tale esegesi, la clausola *de qua* non darebbe luogo ad alcuna forma di analogia; a differenza, invece, di quanto accade nel caso in cui si consideri la norma una causa di esclusione del tipo, la quale, pur essendo una analogia *in bonam partem*, sarebbe comunque vietata proprio a causa della sua collocazione dogmatica nel campo della tipicità⁹³.

Comunque, a prescindere dalla categoria dogmatica alla quale si aderisce, l'interpretazione teleologica qui esposta incontra sempre, quale limite – anche al fine di evitare eventuali abusi –, la sussistenza di due ulteriori condizioni, in aggiunta alla funzionalità, ovvero: tali operazioni devono essere previste espressamente dalla procedura, *rectius*, dal piano (il quale, intervenendo *ex post* costituisce una sorta di ratifica); e, di conseguenza, devono, anche, essere tenuti in considerazione da parte dell'esperto nella sua attestazione sulla fattibilità del piano stesso.

2.2. Le ricadute sistematiche della "nuova" figura del professionista-attestatore sul rischio penale dell'imprenditore

finanziatori; il lemma *de quo* rileva solo in senso funzionale, sicché l'esimente è genericamente riferito ad operazioni, da chiunque poste in essere (sebbene alle citate condizioni); cfr. F. MUCCIARELLI, *L'esonazione dai reati di bancarotta*, cit., p.1478.

⁹¹ v. § 3.1.

⁹² Cfr. E. BASILE, *Art. 217- bis l. fall. e gruppi di società*, in *Banca borse e tit. cred.*, 2/2013, p.203 ss; interpretazione del tutto coerente e compatibile con l'interpretazione strumentale in commento.

⁹³ Cfr. F. D'ALESSANDRO, *Il nuovo art. 217 bis l.f.*, cit., p.201 ss.

Prima di esprimere un giudizio complessivo sull'intervento legislativo rispetto alle zone di rischio penale all'interno delle procedure concordate della crisi di impresa, nonché sulla tutela dei soggetti che prendono parte al risanamento, è opportuno rivisitare le considerazioni fatte fin qui⁹⁴, alla luce della "nuova" figura del professionista attestatore e del suo ruolo, abbastanza rilevante, all'interno degli strumenti risanatori⁹⁵.

Non volendo essere ripetitivi e cercando di concentrarci solo sulle zone di rischio di bancarotta, si constata che la figura del professionista-attestatore, oltre a garantire una corretta, completa e veritiera informazione ai creditori, consentendo loro, in piena coscienza, di aderire o meno al piano di risanamento, ha assunto un'ulteriore ed importante valenza sotto un altro profilo: la responsabilità penale dell'imprenditore.

Infatti, l'intervento legislativo del 2012 ha inserito, all'intero del comparto penale della legge fallimentare, l'art. 236-*bis*, che ha previsto una nuova ed autonoma fattispecie di reato a carico del professionista incaricato a redigere l'attestazione⁹⁶.

L'introduzione di tale norma, oltre a consentire l'abbandono del ricorso alla "concorsualità", per punire le (eventuali) condotte fraudolente del professionista, ha sgravato l'imprenditore di una buona parte delle sue responsabilità penali, *rectius*: dal rischio di commettere qualcuno dei reati di bancarotta, previsti dall'ordinamento.

2.2.1. L'incidenza della condotta del professionista-attestatore

All'atto pratico, appare evidente che una falsa attestazione non è mai solo fine a sé stessa, quanto piuttosto un mezzo per raggiungere uno scopo diverso.

Innanzitutto, basti notare che con l'introduzione del delitto di cui all'art. 236-*bis* si è inteso sanzionare le condotte dolose di "*compartecipazione criminosa falsificatoria*" del professionista-attestatore; laddove, invece, i reati di bancarotta e lo statuto di responsabilità penale ex art. 236, l.f., erano limitati esclusivamente all'imprenditore

⁹⁴ Cfr. § 2., 2.1., 2.2.

⁹⁵ È obbligatorio a riguardo un generico richiamo al Capitolo II § 4 ss.

⁹⁶ Cfr. Capitolo II § 4.2 e 4.3.

individuale e, con riferimento alle procedure concordate, al concordato preventivo, non tenendo conto dei nuovi strumenti di risanamento⁹⁷.

Partendo dall'assunto che la falsità è dotata di una propria carica offensiva, indipendente dall'esito della procedura, ne consegue che la sua punibilità non verrà meno neanche qualora il piano avesse esito positivo.

Vediamo, ora, quale sia il rapporto con le altre fattispecie di reato, che possono commettersi in conseguenza della falsificazione; *rectius*, nel momento in cui interviene il fallimento, è interessante capire quale possa essere il rapporto tra l'art. 236-*bis* e i reati di bancarotta, i quali, se fondati su una attestazione "inidonea" – sia essa falsa o incompleta, perché priva di informazioni rilevanti – possono essere contestati in concorso anche al professionista, quale soggetto *extraneus*. Si precisa che, su questo argomento, la dottrina non si è intrattenuta molto⁹⁸.

Per quanto riguarda la bancarotta semplice, almeno con riferimento alle ipotesi di cui ai nn. 3-4 dell'art. 217, rilevano le medesime considerazioni fatte precedentemente sulla mancanza dell'elemento soggettivo richiesto dalla norma in capo all'imprenditore⁹⁹. Pertanto, se mancano i presupposti di incriminazione dell'imprenditore, di conseguenza nessun concorso di reato può attribuirsi al professionista.

Di contro, con riferimento alla bancarotta preferenziale, va rilevato che l'art. 236-*bis* non contiene né una clausola di sussidiarietà espressa né altri riferimenti normativi volti ad escludere un possibile concorso dell'attestatore.

Partendo dallo stretto legame che intercorre tra gli artt. 216, comma 3, 217-*bis* e 236-*bis*, prima di tutto, occorre interrogarsi se il delitto di falso in attestazioni e relazioni rappresenti una norma speciale rispetto all'ipotesi di concorso e, in tal caso, lo si esclude; oppure, se si tratti di una fattispecie destinata ad operare solo in assenza di fallimento¹⁰⁰.

Come noto, in caso di fallimento di un soggetto che, in precedenza, si sia avvalso di una delle soluzioni risanatorie, tutti i pagamenti effettuati in esecuzione della stessa,

⁹⁷ Così R. MARINO, *Il professionista attestatore negli accordi di ristrutturazione dei debiti. Ruolo e responsabilità*, in *Pubblicazioni della scuola di specializzazione in diritto civile dell'università di Camerino*, P. PERLINGIERI (a cura di), Napoli, 2013, p.277.

⁹⁸ N. GIANESINI, *Il rischio penale nella gestione della crisi d'impresa*, Torino, 2016, p.200 ss.

⁹⁹ Cfr. Capitolo II § 3.2.2.

¹⁰⁰ N. MAZZACUVA – E. AMATI, *Diritto penale dell'economia*, III ed., Padova, 2016, p.264 ss.

in assenza dell'esimente di cui all'art. 217-*bis*, sarebbero qualificati come preferenziali, in quanto effettuati in spregio della *par condicio creditorum*. Ciò significa che l'esimente in questione ha la "funzione di operare una precisazione normativa"¹⁰¹, circoscrivendone così la tipicità e qualora la suddetta esimente non potesse operare, per mancanza dei requisiti richiesti, rimarrà inalterato il tipo originario.

Di conseguenza, il fatto non sarà punibile solo se i piani, richiamati negli artt. 217-*bis* e 236-*bis*, siano stati approvati ed omologati sulla base di un'attestazione idonea, ovvero veritiera e completa; viceversa, "se carenti quei requisiti, se viziato il consenso prestato, verrà meno la situazione scriminante con ogni conseguenza penale-fallimentare"¹⁰².

A questo punto, ci si interroga su cosa accada al professionista che abbia attestato il falso.

In teoria, non è possibile escludere la contestazione del concorso in bancarotta preferenziale, nonostante le differenze tra falso in attestazioni e relazioni e bancarotta preferenziale non siano poche: diversi sono i beni giuridici tutelati, come anche differenti sono le finalità perseguite dal legislatore e il disvalore stesso delle condotte¹⁰³.

La bancarotta *de qua*, sotto il profilo oggettivo, svolge una funzione prevalente rispetto al falso di cui all'art. 236-*bis*, operando così in via esclusiva: è come se ne "assorbisse" il disvalore. Ne consegue che, per capire se nel caso concreto debba applicarsi l'art. 236-*bis* oppure l'ipotesi concorsuale della bancarotta preferenziale, bisognerà indagare l'elemento psicologico del professionista e, solo nel caso venisse provata l'esistenza di un suo accordo con l'imprenditore, in virtù del quale ha effettuato un'attestazione inidonea, con l'intento di consentire condotte preferenziali in frode, potrà contestarsi un concorso di bancarotta preferenziale con l'imprenditore¹⁰⁴.

¹⁰¹ *Id.*, *ibid.*

¹⁰² G. INSOLERA, *Riflessi penalistici della nuova disciplina del concordato preventivo e delle composizioni extragiudiziali della crisi d'impresa*, in *Giur. comm.*, III, 2006, p.468.

¹⁰³ N. MAZZACUVA – E. AMATI, *Diritto penale dell'economia*, cit., p.265.

¹⁰⁴ T. GUERINI, *Le responsabilità del professionista attestatore nell'ambito delle soluzioni concordate per le crisi d'impresa*, in *Dir. pen. cont. Riv. rim.*, 2, p.86; conforme N. Mazzacuva- E. Amati, *Diritto penale dell'economia*, cit., p.265.

Secondo parte della dottrina, tuttavia, questa non pare essere una soluzione ottimale¹⁰⁵, anche in virtù della tendenza del diritto penale-economico a svilire il ruolo del dolo¹⁰⁶.

2.2.2. La condotta colposa del professionista e l'art. 217-bis

Un ultimo aspetto sul quale è interessante soffermarsi, riguarda le ricadute sistematiche, in relazione all'art. 217-bis, del mancato richiamo della condotta colposa del professionista, nel citato art. 236-bis.

Le particolarità del sistema, oggi vigente, nel settore delle soluzioni di risanamento della crisi, permettono di evidenziare alcune criticità che emergono per tale assenza. Innanzitutto, è bene ricordare che la declinazione in termini colposi della condotta delle "false informazioni", comporterebbe problemi di non facile soluzione quanto a determinatezza, i quali, inoltre, andrebbero a innestarsi a quelli di compatibilità del prodotto dell'attestazione con la propria infedeltà contenutistica.

Tuttavia, questa considerazione non può giustificare la mancanza.

D'altra parte, va rilevato che la scelta del legislatore di non fare alcun riferimento alla condotta colposa del professionista, non sembra essere dissonante rispetto alle altre fattispecie di falso, ove il regime di punibilità si fonda solo sul dolo¹⁰⁷.

Senza soffermarci, ulteriormente, su considerazioni già fatte, in tema di compatibilità delle fattispecie di bancarotta di natura colposa con la condotta dell'imprenditore che si sia affidato a un piano poi non andato a buon fine, basti ricordare che, sebbene l'esenzione di cui all'art. 217-bis non ha un'efficacia automatica, le implicazioni penalistiche di un'errata valutazione dei dati aziendali, di cui all'art. 217 nn. 3) e 4), appaiono oggi assorbite dal ruolo ricoperto dal professionista, il quale si assume

¹⁰⁵ F. CONSULICH, Nolo conoscere. *Il diritto penale dell'economia tra nuovi responsabili e antiche forme di responsabilità «paracolpevole»: spunti a partire dal nuovo art. 236 bis l.f.*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2012, p.631 ss.

¹⁰⁶ N. MAZZACUVA – E. AMATI, *Diritto penale dell'economia*, cit., p.265; cfr. C. PEDRAZZI, *Tramonto del dolo?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p.1266 ss.

¹⁰⁷ Si pensi in generale ai delitti del Titolo VII del codice penale, ovvero quelli contro la fede pubblica; oppure all'ipotesi ex art. 373 c.p., "Falsa perizia o interpretazione", o anche alla fattispecie di "Falsità nelle relazioni o nelle comunicazioni dei responsabili della revisione legale", prevista dall'art. 27, d.lgs. 39/2010, la quale addirittura "arricchisce" l'elemento psicologico richiedendo espressamente che il soggetto agisca non solo "al fine di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto" ma anche che lo stesso agisca "con la consapevolezza della falsità e l'intenzione di ingannare i destinatari della comunicazione". Sul punto si veda N. GIANESINI, *op. cit.*, p.194, in particolare la nota n.134.

l'onere e la responsabilità delle proprie attestazioni¹⁰⁸. Ed infatti, la circostanza che il legislatore abbia affidato, ad un soggetto terzo, qualificato ed indipendente, quale è (o dovrebbe essere) il professionista-attestatore, il compito di controllare la documentazione inerente alla situazione aziendale, induce a riflettere sulla residuale responsabilità penale dell'imprenditore.

Considerato che il professionista è, anche, onerato di rilevare eventuali rappresentazioni difformi dalla realtà economica¹⁰⁹ – giacché questo suo dovere rappresenta un passaggio prodromico all'attestazione finale – pare doversi concludere che l'eventuale imperizia dell'imprenditore, nell'esposizione dei dati aziendali, perderà la sua offensività, proprio in virtù della presenza di tale soggetto, professionale e indipendente, chiamato ad attestarne la veridicità e validità ai fini del risanamento. Ciò vale con riferimento alle condotte di cui ai nn. 3-4 dell'art. 217, nelle quali, addirittura, la colpa si caratterizza per un significativo livello di qualità, ovvero "*grave impudenza*" (n.3) o "*altra colpa grave*" (n.4), atteggiamenti che appaiono inconciliabili con la circostanza che un altro soggetto esamini la veridicità di quanto rappresentato¹¹⁰.

Tale impostazione lascia comunque scoperta l'ipotesi in cui la valutazione, più che falsa, sia errata.

In altre parole, nel momento in cui si sgrava l'imprenditore dai profili di colpa, potenzialmente rilevanti, in considerazione del fatto che egli si affidi ad un soggetto, delineato dallo stesso legislatore, è solo su questa figura che potrebbero (*rectius*: dovrebbero) ricadere gli eventuali profili colposi dell'attività di esposizione e

¹⁰⁸ Cfr. Capitolo II § 3.5.2.

¹⁰⁹ G.G. SANDRELLI, *Le esenzioni dai reati di bancarotta e il reato di falso in attestazioni e relazioni*, in *Fall.*, 2013, p.789.

Inoltre, a ben vedere ciò sembra confermato da una pluralità di elementi già evidenziati *passim* in questo elaborato; ad esempio la caratterizzazione del professionista, in termini sia di professionalità che con riguardo all'indipendenza e terzietà; oppure, ancor più, la positivizzazione dei suoi compiti, come ad esempio nell'attestare la veridicità dei dati aziendali, ove è implicito il dovere di controllare il contenuto dei dati esposti dall'imprenditore.

¹¹⁰ Dubbiosi su tale esito R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *Operazioni di risanamento, professionisti nel mirino*, cit., p.50, i quali affermano che "*Il giudizio positivo fornito da un professionista indipendente e tecnicamente qualificato può sempre valere – anche in presenza di un piano oggettivamente azzardato – a escludere, in capo all'imprenditore in buona fede, il dolo della bancarotta preferenziale (magari non, però, la colpa della bancarotta semplice)*".

attestazione, senza, peraltro, che possano intravedersi gli estremi per una posizione di garanzia in relazione alla norma in questione¹¹¹.

Tuttavia, come detto, l'art. 236-*bis* prevede una responsabilità per solo dolo, lasciando così una sorta di "zona grigia"¹¹² in ambito penale-fallimentare, in cui la condotta colposa del professionista sembra non rilevare.

Tale circostanza potrebbe essere il frutto di una scelta politica da parte del legislatore. Ovvero, evitare che l'aggravare eccessivamente il professionista (soggetto estremamente importante e necessario all'interno delle procedure) del rischio penale, potesse diventare un ostacolo all'accettazione dell'incarico, *rectius*, un elemento dissuasivo nel caso di incarichi "pericolosi"¹¹³.

Il permanere di questa "zona grigia", potrebbe, inoltre, comportare il pericolo che l'interprete ricorra all'uso (o, forse meglio, abuso), del dolo eventuale, considerata, peraltro, la difficile coniugazione della dimostrazione della consapevolezza della decettività dell'informazione falsa o di quella omessa, con le valutazioni prospettiche oggetto di attestazione.

In sede di accertamento, nonostante non vi siano dubbi circa la diversità delle condotte, è facile scivolare da un'ipotesi falsa a quella di omissione. Nella prima, l'attestazione, infatti, è errata se non si confà a quei principi e canoni (professionali) che l'attestatore dovrebbe seguire nell'espletamento dell'attività, il quale, tra l'altro,

¹¹¹ Non deve trarre in inganno l'affermazione di F. MUCCIARELLI, *Il ruolo dell'attestatore e la nuova fattispecie penale di "Falso in attestazioni e relazioni"*, in *www.ilfallimentarista.it*, 2012, p.4, quando rileva che "l'obbligo giuridico che fonda il dovere di agire consiste qui nello stesso precetto della norma incriminatrice, che costituisce il professionista attestatore in una posizione di garanzia tutte le volte che sia chiamato a redigere una attestazione o una relazione..", dato che essa è espressa con riferimento alla condotta omissiva della norma, per cui la posizione di garanzia *de qua* sembra piuttosto riferirsi direttamente agli interessi dei creditori alla tutela della correttezza della formazione delle informazioni circa la situazione dell'impresa. Inoltre, sempre F. MUCCIARELLI, in un altro scritto (*Id.*, *Il delitto di falso in attestazioni e relazioni: il professionista- attestatore e le valutazioni*, in *Ind. pen.*, 2014, p.131), evidenzia l'impossibilità di riscontrare una posizione di garanzia autonoma, giuridicamente apprezzabile, ex art. 40, 2° comma, c.p., in quanto ciò osterebbe la natura di reato a condotta vincolata e l'assenza di un evento nella descrizione della norma. In senso conforme G. G. SANDRELLI, *L'esonazione dai reati di bancarotta e il reato di falso in attestazioni e relazioni*, *cit.*, p.797; F. CONSULICH, *Nolo conoscere. Il diritto penale dell'economia tra nuovi responsabili e antiche forme di responsabilità «paracolpevole»: spunti a partire dal nuovo art. 236 bis l.f.*, *cit.*, p.633.

¹¹² Espressione ripresa da N. GIANESINI, *op. cit.*, p.197.

¹¹³ Pericolo sottolineato da D. PIVA, *Vecchie soluzioni per nuovi problemi nella falsa attestazione del professionista*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2014, p.14.

non si rende conto dell'errore valutativo. Nella seconda ipotesi, invece, il dubbio di errore sorge, ma viene risolto in maniera "errata" dal professionista.

Tutto ciò, inoltre, è "aggravato" dal rigore della giurisprudenza con riferimento all'elemento soggettivo che deve rinvenirsi nelle diverse ipotesi di falsità all'interno del codice penale¹¹⁴.

Per di più, oggi, il rischio di sconfinare nell'uso di parametri presuntivi viene agevolato oltre che dai c.d. *segnali d'allarme*, utilizzati in tema di responsabilità di amministratori privi di delega o dei sindaci¹¹⁵, anche, da formule presuntive della conoscenza basate esclusivamente sulla "elevata" professionalità¹¹⁶ dell'attestatore, che portano il giudice a sostenere: "*non poteva non sapere*".

Ad ogni modo, nonostante le siffatte considerazioni, non pare possano residuare dubbi in merito alla necessità di rispettare gli specifici contenuti dei diversi elementi psicologici, evitando di lasciarsi attrarre da deduzioni di difficile concretezza probatoria e, dunque, riconoscendo l'irrilevanza penale della condotta colposa del professionista tutte le volte in cui non si riesca, di fatto, a dimostrare la sussistenza del dolo eventuale, ovvero che il professionista abbia accettato il rischio del pregiudizio¹¹⁷; tutt'al più, in tali casi, potrà configurarsi una responsabilità civile¹¹⁸.

¹¹⁴ Mentre la dottrina per ravvisare la sussistenza del dolo richiede anche la consapevolezza della decettività della falsificazione, in termini se non di danno, quanto meno di pericolo (F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale, cit.*, p.78; A. MALINVERNI, *Teoria del falso documentale*, Milano, 1958, pp.320-321, nota 2), la giurisprudenza, invece, ritiene sufficiente la semplice consapevolezza e volontà di alterare la verità, a prescindere dalla necessità dell'*animus nocendi vel decipiendi*" (Cass. pen. sez. V, 13 gennaio 1999, in *Giust. Pen.*, 2000, II, p.18 ss; Cass. pen., sez. V, 18 maggio 2004, n. 27770, in *Riv. Pen.*, 2005, p. 620 ss; Cass. pen., sez. V, 15 marzo 2005, n.15255, in *Riv. Pen.*, 2006, 9, p.981 ss) e allo stesso tempo, comunque, precisando di dover evitare ricostruzioni ove il dolo sia *in re ipsa*.

¹¹⁵ Critico all'uso dei segnali dall'allarme in tal contesto F. CONSULICH, *Nolo conoscere. Il diritto penale dell'economia tra nuovi responsabili e antiche forme di responsabilità «paracolpevole»: spunti a partire dal nuovo art. 236 bis l.f., cit.*, p.633 ss, secondo cui utilizzare tale via è "*la manifestazione parossistica del processo penale, più che di questa o quella norma incriminatrice, ad aprirsi alla concreta struttura del controllo della gestione aziendale, e più in genere ai flussi di informazioni circolanti nelle organizzazioni complesse*".

¹¹⁶ Pericolo denunciato da G. CASAROLI, *Sub art. 236-bis, cit.*, p.1588; F. D'ALESSANDRO, *Il delitto di falso in attestazioni e relazioni, cit.*, p.561.

¹¹⁷ Cfr. Capitolo II § 4.3.1., in particolare quanto affermato dal Gip di Torino. Per un approfondimento sul rischio di un eccessivo ricorso al dolo eventuale e del *dolus in re ipsa*, si rimanda a F. BAFFI, *Attestare stanca*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2015, p.15 ss.

L'elisione della rilevanza penale della condotta colposa, probabilmente, non rispecchia l'importanza e la permeanza della figura del professionista né del suo ruolo all'interno delle procedure di composizione della crisi, tuttavia non sembrano potersi delineare altre valide soluzioni ermeneutiche.

3. Considerazioni sulla rilevanza delle operazioni prodromiche alla luce delle ultime riforme

Appare utile, ora, rivedere le considerazioni fatte relativamente al rapporto tra l'esenzione di cui all'art. 217-*bis* e le operazioni prodromiche all'accesso ad una delle procedure di soluzione della crisi, tenuto conto di quanto detto nelle pagine precedenti.

Se il giudizio positivo sulla fattibilità fornito dal professionista, dotato dei requisiti richiesti dalla legge, può incidere – anche in presenza di un piano oggettivamente azzardato – sull'opportunità di punire per bancarotta l'imprenditore in buona fede, allora, di contro, non si può negare che la sua attestazione assuma valenza anche in merito al giudizio dell'effettiva necessità e strumentalità dell'atto prodromico o, in particolare, della c.d. finanza-ponte.

Come già detto, la tesi che riconosce all'espressione «*in esecuzione*», di cui all'art. 217-*bis*, una valenza funzionale al risanamento, ricomprende le suddette operazioni di finanza nel perimetro di applicabilità della norma, subordinandole, comunque, ad una duplice condizione, che il legislatore civilistico detta in tema di prededucibilità: devono essere ricomprese nel piano (seppur *ex post*); e devono essere, espressamente, valutate dal professionista. Ecco allora che la loro liceità ha come ulteriore garanzia l'attestazione del professionista. Quest'ultimo, dunque, sarà chiamato a valutare ed esprimersi in merito alla loro funzionalità rispetto alla successiva apertura della procedura risanatoria, garantendo, o meglio, attestando che si tratti di operazioni indispensabili e necessarie a tal fine¹¹⁹.

Ponendosi, dunque, in un'ottica sistematica – ovvero considerando la legge fallimentare nel suo complesso – e tenendo conto delle modifiche intervenute nel

¹¹⁸ G.G. SANDRELLI, *Le esenzioni dai reati di bancarotta e il reato di falso in attestazioni e relazioni*, cit., p.800. Cfr. Capitolo II § 4.2., per qualche considerazione sulla responsabilità civile, sebbene non oggetto della nostra indagine.

¹¹⁹ Soltanto a tal fine.

comparto civile della disciplina, il tutto potrebbe essere letto a favore della tesi estensiva: abbandonata la visione liquidatoria e punitiva di antica memoria, il chiaro ed esplicito *favor* legislativo verso le procedure di risanamento deve traslarsi anche al comparto penale, interpretando "positivamente" i piccoli passi intervenuti anche in tale ambito, seppur (forse) tardivamente, con poca accuratezza e mal coordinamento.

Come si è già visto in precedenza, la c.d. tesi "estensiva" si divide sulla discussione relativa all'effettiva natura giuridica della norma: causa di esclusione del tipo o causa di (non) meritevolezza della pena?

Pur correndo il rischio di ripetersi, necessita richiamare la questione¹²⁰. Qualora si consideri la norma di cui all'art. 217-*bis* una causa di esclusione del tipo, si incorre in una (intrinseca) contraddizione: la collocazione dogmatica in questione sembra essere soggetta al divieto ex art 14 disp. att. c.c. che, per l'appunto, vieta l'applicazione dell'analogia nell'interpretazione delle leggi penali e di quelle che fanno eccezione alle regole generali. Ed infatti, estendendo l'esenzione *de qua* anche alle operazioni prodromiche, non espressamente richiamate, si opererebbe un'analogia¹²¹.

Viceversa, se si considera la norma una causa di *non* meritevolezza della pena non si darebbe luogo ad alcuna analogia, giacché le operazioni prodromiche, pur potenzialmente illecite, incorrerebbero in una causa *sopravvenuta* di non punibilità, nel caso diano effettivamente "avvio" ad una delle procedure di risanamento citate dalla stessa norma esimente.

E fin qui *nulla quaestio*.

Dall'altro canto, però, la modifica intervenuta nel 2012, in relazione proprio all'art. 217-*bis*, impone ulteriore riflessione. Il legislatore ha modificato l'articolo *de quo*, estendendo il beneficio dell'esenzione anche alla c.d. *finanza interinale*, mediante l'esplicito richiamo ai pagamenti e alle operazioni di finanziamento autorizzati dal giudice ex art. 182-*quinquies*¹²², trascurando quelli di cui all'art. 182-*quater*, 2°

¹²⁰ Cfr. § 2.2.2.

¹²¹ Seppur in *bonam partem*. Sul punto si rinvia anche al § 2.1.1.

¹²² Cfr. Capitolo II § 3.

Si noti anche che il comma 3, dell'art. 182-*quinquies*, parla di autorizzazione per finanziamenti (urgenti) nel caso di domanda c.d. "prenotativa". Non si confonda questa ipotesi con la finanza

comma. Quindi ci si chiede: si tratta di una lacuna da colmare o di una scelta (selettiva) consapevole del legislatore?

Tralasciando eventuali valutazioni sulle possibili ragioni politico-criminali – ed evitando di finire nell'impasse di "giudizi" in merito alla "inesperienza" del legislatore in ambito penale (*i.e.* un lessico *atecnico*), oltre che ai continui interventi, per così dire "a tappe", in luogo di una riforma organica – è importante notare la (enorme) disarmonia legislativa in materia di finanziamenti: da un punto di vista sistematico le ultime novità legislative, con specifico riguardo al comparto civilistico, nonché all'art. 182-*quater* e 182-*quinquies*, militano a conferma di un evidente *favor* legislativo alla risoluzione negoziata della crisi¹²³; dal punto di vista letterale, invece, il combinato disposto delle due sopracitate norme e dell'art. 217-*bis* sembrerebbe far propendere per un'interpretazione restrittiva, eliminando la possibilità di applicare estensivamente la norma, sull'assunto che *ubi lex dixit voluit, ubi tacuit noluit*¹²⁴.

Per "recuperare" l'estensibilità della norma e ricomprendere nell'esimente anche le operazioni prodromiche, in considerazione della necessità delle stesse ai fini dell'accesso alla procedura¹²⁵, occorre rivisitare quanto finora detto in un senso costituzionalmente orientato.

Qualora si opti per la tesi restrittiva, escludendo così dal campo di esenzione dell'art. 217-*bis* gli atti prodromici, si rischia di incorrere in problemi di legittimità costituzionale della norma: la legge tratterebbe in maniera diversa fattispecie analoghe.

Né vale a scongiurare tale rischio di incostituzionalità, il fatto che esista, come alcuni autori¹²⁶ sostengono, una netta differenza tra la c.d. finanza-ponte e le altre due

funzione alla domanda di ammissione alla procedura. È stato detto, infatti, nel § 1.1.2., che la domanda prenotativa è equiparata (in tema di prededucibilità) a quella vera e propria di accesso alla procedura; quindi, anche tale ipotesi si tratta di finanza interinale e non quella di cui qui si discute, rinvenibile invece nell'art. 182-*quater*, comma 2°, l.f.

¹²³ Tali articoli "confermano la sussistenza di ragioni di opportunità in virtù delle quali escludere la meritevolezza di pena per i fatti contemplati dall'art. 217-*bis* r.d. n.267/1942, qualificabile come causa (anche) sopravvenuta di esclusione della punibilità", così E. BASILE, *op. cit.*, p.207.

¹²⁴ Il legislatore menziona altri tipi di finanziamenti, ovvero ex art. 182-*quinquies*, se avesse voluto, allora, avrebbe richiamato anche quelli di cui all'art. 182-*quater*.

¹²⁵ E, quindi, sulla considerazione che probabilmente senza di esse non si sarebbe neanche riuscito a ipotizzare un piano o comunque il ricorso alla procedura risanatoria.

¹²⁶ Cfr. P.D. BELTRAMI, *op. cit.*, p. 43 ss.

forme di nuova finanza¹²⁷, poiché, mentre queste ultime nascono *ab origine* come prededucibili, i crediti derivanti dalla "finanza-ponte" (ai sensi dell'art. 182-*quater*, comma 2°, l.f.) scontano molteplici rischi: *id est* che il piano di concordato o l'accordo di ristrutturazione non vengano poi presentati, oppure che vengano presentati senza, però, prevedere espressamente anche i suddetti debiti. Ma tutto questo, nell'ottica penalistica che qui interessa, non può rilevare.

Il problema non riguarda il caso in cui non si arrivi neanche all'omologa, dell'accordo o concordato che sia, quanto piuttosto quello in cui il piano, ormai esecutivo, non riesca a giungere all'esito positivo. È in tali situazioni che, allora, ci si interroga sulla valenza penale di quegli atti che sono stati necessari ad avviare la procedura stessa: sono esenti ex art. 217-*bis* oppure rilevano quali eventuali condotte di bancarotta?

A ben vedere, l'art. 182-*quater*, cpv n.1, si riferisce espressamente alla c.d. *finanza-ponte*¹²⁸, disponendone un trattamento di favore (la prededucibilità), anche se subordinato ad una duplice condizione, ovvero: "*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*".

L'art. 182-*quinquies*, invece, estende il beneficio della prededucibilità anche a quella che, comunemente, viene definita *finanza interinale*, ossia a quei finanziamenti successivi alle domande di concordato preventivo o accordo ex art. 182-*bis*, autorizzati dal tribunale a condizione che "(...) *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.*"¹²⁹.

Come si può facilmente constatare, sebbene il combinato disposto letterale delle tre norme indurrebbe ad una interpretazione restrittiva, ovverosia che trattasi di due differenti tipologie di finanziamento e, pertanto, di una scelta volontaria del

¹²⁷ Ovvero quella "in esecuzione" ex art. 182-*quater*, comma 1, e quella interinale.

¹²⁸ "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 (...)".

¹²⁹ Comma così modificato dall'art. 1, comma 1, lett. a), d.l. 27 giugno 2015, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla l. 6 agosto 2015, n. 132. Sul punto cfr. § 1.1.2. e 1.1.3.

legislatore di escludere i c.d. prestiti-ponte dall'esimente ex art. 217-bis; in realtà, non si può non notare come entrambe le tipologie di finanziamento assicurano la medesima garanzia circa la loro funzionalità al risanamento, riconducendo il tutto alla figura del professionista-attestatore laddove, in un caso (finanziamenti-ponte), ne attesta la strumentalità all'avvio della procedura; nell'altro (finanziamenti interinali), l'utilità alla migliore soddisfazione dei creditori.

Inoltre, sotto il profilo dogmatico, è bene notare come con la riforma del 2015 è stato introdotto un nuovo comma all'art. 182-*quinquies* il quale prevede la possibilità per il debitore che presenta domanda di ammissione al concordato preventivo ex art. 161, comma 6, l.f., di richiedere al tribunale l'autorizzazione a contrarre finanziamenti, prededucibili ai sensi dell'art. 111, anche in assenza del piano, purché gli stessi siano *"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"*¹³⁰.

In tale ipotesi, dunque, il piano potrebbe non venir proprio ad esistenza¹³¹ ma, comunque, il finanziamento *de quo* rientrare nell'esenzione di cui all'art. 217-*bis*, dato il generico richiamo operato da tale articolo ai finanziamenti ex art. 182-*quinquies*. Partendo da tale assunto, allora, sembra ragionevole far rientrare nel perimetro di applicazione della norma scriminante anche (*rectius*, ancor più) la

¹³⁰ Art. 182-*quinquies*, comma 3: *"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"*. Comma inserito dall'art. 1, comma 1, lett. b), D.L. 27 giugno 2015, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla L. 6 agosto 2015, n. 132; per l'applicazione di tale disposizione vedi l'art. 23, comma 1, del medesimo D.L. n. 83/2015.

¹³¹ Ovvero potrebbe trattarsi di operazioni "esplorative" circa la possibilità di attuare un (eventuale) risanamento.

finanzia-ponte che, per quanto prodromica all'ammissione della procedura e quindi intervenuta anch'essa in assenza del piano, dovrà essere, per espressa previsione di legge, prevista dal successivo piano, trovando proprio in quest'ultimo la sua legittimazione.

Così ragionando, data l'evidente analogia, optando per un'interpretazione *strictu sensu* si paventerebbe il rischio di incostituzionalità ex art. 3 Cost.; laddove, invece, aderendo ad un'interpretazione estensiva-sistematica, si "riporta" la norma ad un senso ed una valenza costituzionalmente orientata, in cui il filo conduttore è rappresentato dal generale *favor* della legge fallimentare, *tout court*, al risanamento d'impresa e, pertanto, le disposizioni civilistiche predisposte a tal fine avranno senz'altro il loro riflesso nel comparto penale, ovverosia nell'art. 217-*bis*.

4. Un "nuovo" ruolo per il diritto penale-fallimentare?

Alla luce dello scenario delineato nel presente lavoro, ci si chiede, dunque, quale debba essere lo spazio riconosciuto al diritto penale-fallimentare.

La disciplina penale del fallimento, costituisce, accanto a quella delle società, il fulcro del diritto penale dell'economia, quale settore "speciale". In questa prospettiva, allora, si affermava che la tutela dovesse avere ad oggetto interessi di natura patrimoniale, piuttosto che economica¹³².

L'inquadramento dei reati fallimentari all'interno del diritto penale economico, dunque, troverebbe la sua giustificazione non tanto rispetto al bene giuridico, quanto piuttosto grazie ad un mero, e forse anche logico, collegamento criminologico: entrambi si manifestano nell'ambito dell'attività d'impresa¹³³.

I c.d. *white collar crimes* rappresentano il simbolo dell'abbandono della concezione «criminocentrica» del diritto penale¹³⁴. A ben vedere, oggi, il confine tra atto lecito ed atto illecito appare sempre più labile. Molte delle condotte (che qui rilevano) si

¹³² In altre parole, i delitti *de quo* non rientravano nel novero dei reati contro l'economia pubblica, ovvero posti a protezione della ricchezza in senso "dinamico", cioè rispetto alle generali e complessive potenzialità di crescita. Sul punto v. C. PEDRAZZI, *Economia pubblica, industria e commercio (delitti contro la)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIV, 1965.

¹³³ F. GIUNTA, *Lineamenti di diritto penale dell'economia*, I, collana *Trittico giuridico*, Torino, 2004

¹³⁴ G. L. PERDONÒ, La causa di non punibilità di cui all' art. 217 bis l.f.: una novità in materia di reati di bancarotta, in *Digesto*,

verificano all'interno di contesti di per sé leciti in cui, tuttavia, essendoci comprovati margini di rischio di illiceità, necessitano di adeguate tutele.

Dunque, nel quadro così delineato, il presidio penale ha bisogno di richiamare e rinviare alla normativa extra-penale, le cui regole contribuiscono a definirne e circoscriverne la rilevanza¹³⁵.

E' interessante notare come la crisi economica degli ultimi anni ha, in un certo senso, ridefinito i confini del diritto penale dell'economia, in maniera apparentemente contrastante: da una parte, ha portato ad un arretramento del diritto penale (si pensi *in primis* agli strumenti e agli istituti extra-penali di risanamento, ove in fondo si vanno a "salvare" fattispecie e condotte altrimenti penalmente rilevanti)¹³⁶; dall'altra, è stata "causa" di un aumento esponenziale di casi giurisprudenziali in tale ambito, sommandosi a ciò che la dottrina ha definito "vittimizzazione di massa"¹³⁷.

Il diritto penale dell'economia viene (erroneamente) visto come il mezzo per "modificare" quel sistema per la cui tutela esso stesso era stato creato.

Le problematiche poste all'attenzione degli operatori penali sono molteplici e non facili da ragguagliare, ad esempio: si va dall'esigenza di vigilare sul corretto comportamento degli intermediari finanziari, soggetti alquanto importanti nell'economia odierna; alla constatazione che, paradossalmente, le maggiori irregolarità si riscontrano nell'ordinaria gestione dell'attività d'impresa, piuttosto che nella fase di crisi¹³⁸. È proprio da tale ultima osservazione, che bisogna accogliere la

¹³⁵ Nel caso del diritto fallimentare, ad esempio, si rinvia alla normativa civilistica.

¹³⁶ E qui sia consentito un *memo* circa il problema dei rapporti tra la giurisdizione penale e i soggetti che gestiscono e prendo parte a tali "nuove" soluzioni alla crisi d'impresa. Cfr. Capitolo I § 5; nonché Capitolo II § 3.5.

¹³⁷ L. FOFFANI, *Economia e diritto penale nel tempo della crisi: una nouvelle vague dell'intervento giudiziario?*, Relazione al convegno "Economia e diritto penale nel tempo della crisi", Palermo, 15/16 Novembre 2013, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 57, n.2, 2014, p. 754-766. L'espressione è usata con riferimento all'ingente numero di 75000 denunce presentate dai risparmiatori nel caso Parmalat.

¹³⁸ A. ALESSANDRI, *Evoluzioni e prospettive del diritto penale economico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 57, n.2, 2014, p. 582-626.

Inoltre si note anche che le cause della crisi d'impresa, così come del fallimento, sono sempre "nuove": si pensi ad esempio alla banca Lehman Brothers, fatta fallire come "monito", o al caso Ilva, in cui l'impresa è stata commissariata a causa di una crisi dovuta ai sequestri disposti dalla magistratura; sul punto cfr. F. SGUBBI, *Crisi d'impresa, procedure di salvataggio e reati fallimentari*, *ibid.*, p. 665-671.

nuova concezione di crisi d'impresa, appunto e per come si è visto, meno *oppressiva*¹³⁹.

Il primo quesito che ci si deve porre verte sulla capacità del diritto penale di essere un efficace strumento di regolazione del mercato e, di conseguenza, su quale debba essere la sua portata.

Se si opera un rapido raffronto tra gli ordinamenti penali mondiali e sulla "risposta" che ciascuno di essi ha dato rispetto ai casi di reati d'impresa che hanno caratterizzato gli anni della crisi, si nota, in particolare, che nel Paese ove la crisi economica è iniziata¹⁴⁰ si è reagito con un inasprimento dell'intervento penale, sia in termini di severità di condanne inflitte che di fattispecie rilevanti; laddove, invece, in Italia si è assistito ad una riduzione della repressione¹⁴¹. Ne deriva, dunque, un'ovvia conclusione: sebbene non si possa negare l'idoneità del diritto penale ad essere un mezzo "*eticizzante*" per il mercato, pensare, però, che lo stesso possa costituire un valido strumento di regolazione del mercato stesso non è nient'altro che una "*illusione*"¹⁴².

Oggi, inoltre, nel diritto penale fallimentare, alla luce del cambiamento del suo ruolo nel corso degli anni, più che di reati fallimentari sembra più corretto parlare di reati concorsuali, o, più in generale, di reati d'impresa¹⁴³: cioè, di fattispecie connesse ad un ciclo di attività dell'impresa, non necessariamente liquidatorio, e con la funzione di strumento di controllo, sebbene *a posteriori*, di una corretta gestione.

A ben vedere, la salvaguardia dei diritti dei creditori cessa di essere l'unico scopo della procedura concorsuale ma continua ad essere l'oggetto della tutela penale. Ecco che proprio da tale "disarmonia" deriva lo squilibrio tra la disciplina penale e

¹³⁹ Sebbene non mancano in dottrina Autori "preoccupati" di un'impostazione del genere; basti ricordare le remore rispetto all'ipotesi di concordato "in bianco", laddove (secondo alcuni) risiede il paventato rischio che nel tempo concesso al debitore per la redazione del piano, costui si serva di tale periodo per mettere in atto condotte fraudolente in danno ai creditori. Cfr. N. ROSSI, *L'esperienza giurisprudenziale del diritto penale economico nel tempo della crisi*, *ibid.*, pp. 627-643

¹⁴⁰ Gli Stati Uniti.

¹⁴¹ Si pensi all'esenzione del 217-bis, oppure alla disciplina del falso in bilancio.

¹⁴² A. DI AMATO, *Il diritto penale come strumento di regolazione del mercato*, in *Rivista di diritto dell'impresa*, 2012, n. 3, Edizioni scientifiche italiane, p. 3.

¹⁴³ F. SGUBBI, *I reati fallimentari e la procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, in *Giur. Comm.*, n. 6/1983, p. 856.

quella extra-penale¹⁴⁴ e la (conseguente) necessità di introdurre strumenti di bilanciamento tra i diversi valori della legge fallimentare, *id est* l'esenzione di cui all'art. 217-*bis*, l.f.

Si è ritenuto che, a tutela dei creditori, il diritto penale dovesse intervenire solo quando l'impresa fosse in una situazione patologica d'insolvenza, evitando così di interferire con la libertà di attività economica su cui si fonda il nostro ordinamento. Tuttavia, oggi, tale affermazione, benché continui ad essere vera, necessita di una precisazione: il campo di rilevanza penale delle condotte viene delimitato dalla natura riconosciuta alle stesse sul piano extra-penale, come, ad esempio, nel caso di condotte idonee alla continuazione ed al risanamento dell'impresa.

Diversamente, altra dottrina, svislisce la portata della riforma sotto il profilo del bene giuridico tutelato, evidenziando la circostanza che essa, pur avendo ampliato la valorizzazione degli interessi in gioco e, *in primis*, quelli dei creditori, non implica che il bene giuridico dei reati *de quo*, ovvero l'incolumità dell'economia, sia stato accantonato¹⁴⁵.

Altra domanda che sorge, allora, è: il ruolo dell'impresa è cambiato? Può essere ancora definita quale attività economica dell'imprenditore? La risposta è (ancora) positiva a patto però che si tenga presente il ruolo che l'impresa ha assunto nell'economia odierna e che fa sì che le conseguenze di un'eventuale crisi non riguardino soltanto l'imprenditore ma investano anche altri interessi, *id est* nel diritto fallimentare, l'interesse dei creditori.

Si tratta di interessi spesso contrapposti ma che trovano un ordine proprio nell'impresa e nell'interesse dell'impresa.

Ebbene, parte della dottrina individua in tale interesse il bene giuridico leso dalla bancarotta¹⁴⁶. La rilevanza penale, dunque, nasce nel momento in cui la condotta dell'imprenditore non lede esclusivamente l'interesse di uno dei creditori – altrimenti ogni pagamento sarebbe preferenziale in presenza di più creditori – ma l'interesse

¹⁴⁴ Cui più volte si è fatto cenno nell'ambito del seguente lavoro.

¹⁴⁵ A. DI AMATO, *Diritto penale dell'impresa*, Milano, 2006

A testimonianza di ciò, si pensi al fatto che non opera, rispetto a tali reati, la scriminante del consenso dell'avente diritto né esiste alcun reato fallimentare perseguibile a querela, a differenza di quanto avviene, *post* riforma, rispetto ai reati societari.

¹⁴⁶ P. MANGANO, *L'impresa come bene giuridico nei reati di bancarotta*, Padova, 1998

dell'impresa nel suo complesso. In altre parole, quando la condotta, prima che all'esterno, crei un pregiudizio all'interno dell'impresa stessa.

La bancarotta assume la valenza di reato "funzionale"¹⁴⁷, in cui elemento essenziale è l'abuso di poteri ovvero la violazione di quei doveri connessi all'esercizio di un'attività d'impresa¹⁴⁸. Non a caso i reati fallimentari non sono reati propri del debitore, ma dell'imprenditore.

Tornando all'esenzione ex art. 217-*bis* l.f., ed evitando di scendere in dettagli qui fuorvianti, si noti soltanto come la tendenza del legislatore sia quella di ampliarne la portata applicativa – al fine di incentivare il ricorso a procedure risanatorie – anche al di là della stessa legge fallimentare: si pensi, ad esempio, alla disciplina, introdotta dalla legge n.221 del 2012, per cui sono esentati i pagamenti e le operazioni posti in essere "in esecuzione" di un piano omologato di composizione della crisi per soggetti non fallibili ex legge n. 3 del 2012¹⁴⁹. Questo denota il superamento della tradizionale convinzione¹⁵⁰ secondo la quale il fallimento riguardi esclusivamente l'imprenditore commerciale, in quanto solamente dalle sue inadempienze deriva un danno su vasta scala¹⁵¹.

Concludendo, quindi, avuto riguardo delle diverse riforme, se, da una parte, è apprezzabile l'intento del legislatore di favorire il risanamento dell'impresa; dall'altra parte, non si possono non accogliere le critiche mosse dalla dottrina, prima fra tutte, alla formulazione dell'art. 217-*bis* l.f., le quali devono rappresentare un monito per il legislatore penale a "fare meglio". A partire dall'introduzione di norme più chiare (*i.e.* sotto il profilo terminologico), evitando convulsi "aggiustamenti" dettati dalla sola urgenza di adeguamento del comparto penale alle riforme civilistiche; fino ad una più precisa e puntuale definizione dei rapporti tra autonomia privata e controllo del

¹⁴⁷ A. FIORELLA – M. MASUCCI, *Gestione dell'impresa e reati fallimentari*, Torino, 2014, p.13 ss.

¹⁴⁸ *Id est* la conduzione di dell'impresa nella consapevolezza che questa possa fallire.

¹⁴⁹ Ovvero ai soggetti privati che al momento dell'omologazione del piano non rientravano nella nozione di imprenditore fallibile ex art.1 l.f., ma che abbiano superato le soglie in corso di procedura, essendo poi sopraggiunto il fallimento.

Si noti che, pur non avendo trattato la procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento è bene qui citarla per comprendere il ruolo generale del diritto penale fallimentare e i cambi di prospettiva all'interno dello stesso.

¹⁵⁰ Cfr. Corte Cost., 23 marzo 1970, n.43, in *CED Cassazione*, 1970.

¹⁵¹ Laddove, viceversa, l'inadempimento di un soggetto non avente la qualifica di imprenditore commerciale, si ripercuote esclusivamente sul rapporto con i creditori.

giudice, avendo cognizione del fatto che non si può avere come obiettivo quello di ridurre l'intervento dell'autorità giudiziaria e, allo stesso tempo, far sì che la nebulosità dei parametri utilizzati nelle norme penali, in oltraggio al principio di tassatività¹⁵², lo rendano inevitabile e aleatorio.

Pertanto, ci si affianca alla riflessione della dottrina nell'auspicare un complessivo ripensamento sulla tutela della gestione della crisi d'impresa, nei termini della certezza e dell'autonomia del presidio penalistico¹⁵³, così da sciogliere i nodi interpretativi illustrati nel presente lavoro e, conseguentemente, far luce sulle zone d'ombra, circoscrivendo, con chiarezza, l'area di rischio di bancarotta nelle soluzioni concordate della crisi d'impresa.

¹⁵² A. ALESSANDRI, *Le soluzioni concordate delle crisi d'impresa*, Atti del convegno Le soluzioni concordate delle crisi d'impresa, Torino, 8 e 9 aprile 2011, (a cura di) A. JORIO, *op. cit.*

¹⁵³ F. DONELLI, *I continui esperimenti sul diritto penale del fallimento: l'art. 217 bis l.f. prima e dopo il "Decreto sviluppo"*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, n. 3/2012, p.787

Conclusioni

A conclusione dell'analisi che, come detto in premessa, aveva quale obiettivo la "circoscrizione" dell'area di rischio di bancarotta, per l'imprenditore, nelle procedure di risanamento, si fornisce una sintesi delle considerazioni che se ne sono tratte, in modo da *tirare le somme* di quanto detto in queste pagine.

Durante la ricerca ci si è resi conto che si trattava di dover ricomporre alcuni "pezzi" non sempre coerenti tra di loro: le norme che disciplinano la crisi e quelle che ne tutelano gli interessi, nonché i soggetti che prendono parte al risanamento, seppur all'interno dello stesso *corpus* normativo, sembrano riflettere filosofie differenti.

Da un punto di vista letterale, infatti, è innegabile che il comparto civilistico e quello penale esprimono due modi diversi di concepire la crisi d'impresa.

L'insieme degli interventi legislativi che ha delineato un chiaro *favor* verso il risanamento, a discapito della mera liquidazione, non ha trovato un riflesso nelle fattispecie penali, ove gli interventi, invece, sono stati poco accurati, oltre che tardivi. Lo squilibrio venutosi a creare con quella che è stata definita la riforma "organica" della legge fallimentare è, principalmente, il frutto della miopia del legislatore di non riuscire ad avere una visione generale della crisi d'impresa; di non cogliere il problema nel suo insieme.

Il legislatore sembra affrontare il problema da un punto di vista esclusivamente teorico ed astratto, non tenendo conto del profilo pratico, nonché delle ricadute sistematiche degli interventi.

I percorsi argomentativi delineati nel presente lavoro, testimoniamo le difficoltà di delineare una nitida risposta penalistica all'interno delle soluzioni risanatorie della crisi d'impresa.

I diversi interessi in gioco, spesso contrapposti tra di loro, rilevano la complessità del problema, giungendo alla conclusione che pensare di risolvere l'incongruenza sistematica della normativa attraverso l'introduzione di qualche "*bis*" rappresenta una vana illusione.

Alle carenze della normativa penale-fallimentare ha cercato di sopperirvi la dottrina, fornendo esegesi con solide basi argomentative ma che, comunque, rischiano di non essere sufficienti ad offrire una garanzia certa all'imprenditore.

Pertanto, anche a seguito delle riforme nel comparto penale, lo sfasamento normativo (ancora) non può dirsi risolto. Il comparto civile è attualizzato alla realtà odierna, consapevole degli strumenti giuridici necessari al risanamento; quello penale rimane ancorato alla sua tradizionale conformazione, oggi non più attuale.

Nell'attesa di risposte giurisprudenziali su tali rilievi critici e nell'auspicio di un intervento legislativo complessivo ed unitario che renda la normativa più chiara ed elimini le zone di rischio, rilevate nel presente lavoro, non resta che ribadire l'inattualità dell'assetto vigente, evidenziando come la necessità di ricorrere ad interpretazioni ermeneutiche non faccia altro che manifestare l'esigenza di un ripensamento della risposta penale al problema della crisi d'impresa.

Concludendo: cambiato l'assetto e la finalità della legge fallimentare, le fattispecie penali dovranno conformarsi al nuovo impianto; altrimenti, il paventato rischio di bancarotta, nonché della sanzione penale, qualora le cose non vadano come auspicato, finisce per disincentivare ciò alla cui tutela è posta.

Bibliografia

- ALESSANDRI A., *Attività d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p.534 ss
- ALESSANDRI A., *Profili penalistici delle innovazioni in tema di soluzioni concordate della crisi di impresa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2006, p.115 ss
- ALESSANDRI A., *Intervento*, in Aa. Vv., *Le soluzioni concordate delle crisi di impresa*, A. JORIO (a cura di), Milano, Giuffrè, 2012
- ALESSANDRI A., *Evoluzioni e prospettive del diritto penale economico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2014, p.582 ss
- ALESSANDRI A., *Profili penale delle procedure concorsuali*, Giuffrè, Milano, 2016
- AMARELLI G., *I delitti di bancarotta alla luce del nuovo 217-bis l.f.: qualcosa è cambiato?*, in *Giust. pen.*, 2011, p.550 ss
- AMATORE R., *Il regime normativo delle esenzioni nelle revocatorie*, in *Fall.*, 2014, p.745
- AMBROSETTI E.M., *I reati fallimentari*, in E.M. AMBROSETTI, E. MEZZETTI E A. RONCO (a cura di), *Diritto penale dell'impresa*, III ed., Bologna, Zanichelli, III 2012
- AMBROSINI S. – DEMARCHI P.G., *Il nuovo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, Giuffrè, 2005
- AMBROSINI S., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella nuova legge fallimentare: prime riflessioni*, in *Fall.*, 2005, p.1451 ss
- AMBROSINI S., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in A. JORIO E M. FABIANI (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare*, Bologna, Zanichelli, 2007
- AMBROSINI S., *Profili civili e penali delle novità introdotte dalla l. 30 luglio 2010, n. 122, in materia di soluzioni negoziate delle crisi d'impresa*, in F. BONELLI (a cura di), *Crisi di imprese: casi e materiali*, Milano, Giuffrè, 2011
- AMBROSINI S., *Profili civili e penali delle soluzioni negoziate nella L. n.122/2010*, in *Fall.*, 2011, p.649 ss
- AMBROSINI S., *Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi*, Bologna, Zanichelli, 2012
- AMBROSINI S., *I finanziamenti bancari alle imprese in crisi nei nuovi articoli 182-quater e 182-quinquies l.f.*, in www.ilfallimentarista.it, 2012

- AMBROSINI S., *Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla "miniriforma" del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n.134*, Bologna, Zanichelli, 2012
- AMBROSINI S., *La disciplina della domanda di concordato preventivo nella "miniriforma" del 2015*, www.ilcaso.it, 2015
- AMBROSINI S., *Il nuovo diritto della crisi d'impresa: l.132/15 e prossima riforma organica*, Bologna, Zanichelli, 2016
- AMBROSINI S. – DEMARCHI P.G. – VITIELLO M., *Il concordato preventivo e la transazione fiscale*, Bologna, Zanichelli, 2009
- ANDREAZZA G., Sub art. 216, in M. FERRO (a cura di), *La legge fallimentare. commentario teorico- pratico*, III ed., Padova, Cedam, 2014, p.2908 ss
- ANDRIOLI V., voce "*Fallimento (diritto privato e processuale)*", in *Enciclopedia del diritto*, XVI, Milano, Giuffrè, 1967
- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, vol. 2, VIII ed., aggiornata e integrata la L. CONTI, Milano, 1993
- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, leggi complementari. I reati fallimentari, tributari, ambientali e dell'urbanistica*, vol. II, XI ed. agg. da L. CONTI, Milano, Giuffrè, 2001
- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, II, 15° ed., C.F. GROSSO (a cura di), Milano, Giuffrè, 2008
- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, leggi complementari*, vol. II, C. F. GROSSO (a cura di), Milano, Giuffrè, 2014
- ANTONINI F., *La bancarotta semplice*, Napoli, Jovene, 1962
- APPIO C.L., *Prime riflessioni in tema di accordi di ristrutturazione del debito ex art. 182 septies fra ragioni creditorie e principio consensualistico*, in www.ilcaso.it, 2015
- ARATO M., *Il concordato preventivo con continuazione dell'attività d'impresa*, in F. BONELLI, *Crisi di imprese: casi e materiali*, Milano, Giuffrè, 2011
- ARATO M., *La domanda di concordato preventivo*, Sez. IV, in O. CAGNASSO E L. PANZANI (diretto da), *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, III, Torino, Utet, 2015

- ARATO M., *La domanda concordato e la soddisfazione dei creditori concorsuali*, in O. CAGNASSO E L. PANZANI (diretto da), *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, III, Torino, Utet, 2015
- ARATO M., *Il concordato preventivo con riserva*, in O. CAGNASSO E L. PANZANI (diretto da), *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, III, Torino, Utet, 2015
- ASSONIME, *Osservatorio della riforma delle procedure concorsuali. Il primo anno di riforma- rapporto di sintesi. Roma settembre 2007*, in www.ilfallimento.it, 2007
- ASSONIME, *Rapporto sull'attuazione della riforma della legge fallimentare e sulle più recenti modifiche*, Roma, aprile 2012, in <https://webstat.giustizia.it/>, 2012
- AUDINO A., Sub art. 161, in A. Maffei Alberti, *Commentario breve alla legge fallimentare*, VI ed., Padova, Cedam, 2013 p.1081 ss
- BAFFI F., *Attestare stanca*, in www.penalecontemporaneo.it, 2015
- BALESTRA L., *I finanziamenti all'impresa in crisi nel c.d. Decreto sviluppo*, in *Fall.*, 2012 p.1401 ss
- BASILE E., *Art. 217- bis l. fall. e gruppi di società*, in *Banca borse e tit. cred.*, 2/2013, p.203 ss
- BELTRAMI P., *La disciplina dei finanziamenti alle imprese in crisi nelle operazioni di ristrutturazione dei debiti*, in *Banca Borsa tit. cred.*, 1/2015, p.43 ss
- BENVENUTO G., *Le modifiche apportate dalla procedura di concordato quale espressione dell'ottimismo della volontà*, in www.ilfallimentarista.it, 2015
- BERSANI G., *La responsabilità penale del professionista attestatore ai sensi dell'art. 236-bis l.f.*, in *Ind. pen.*, 2014, p.119 ss
- BOMBARDELLI A., sub Art. 182-septies, *Accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria*, in AA.VV., *La nuova riforma del diritto concorsuale. Commento operativo sul d.l. 83/2015 conv. in l. 132/2015*, Torino, Giappichelli, 2015
- BONELLI G., *Del fallimento*, in E. Bensa, G. Bonelli, A. Brunetti et al., *Commentario al codice di commercio*, Milano, Vallardi, 1936, 1939
- BONFATTI S. – FALCONE G. (a cura di), *La legislazione concorsuale in Europa. Esperienze a confronto*, Milano, Giuffrè, 2004
- BONFATTI S.– CENSONI P.F., *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, Cedam, III ed., 2009

- BONFATTI S., *Le procedure di composizione negoziale della crisi d'impresa: opportunità e responsabilità (Convegno Nazionale di Reggio Emilia, 8 ottobre 2010)*, www.ilcaso.it, II, 214/2010
- BONFATTI S., *Le misure di incentivazione delle procedure di composizione negoziale delle crisi d'impresa*, www.ilcaso.it, II, 251/2011
- BORSARI R., *Il nuovo reato di falso in attestazioni e relazioni del professionista nell'ambito delle soluzioni concordate della crisi di impresa. Una primissima lettura*, in *dir. pen. contemp.*, 1/2013, n.1, p.15 ss
- BOSTICCO P., *Esenzione da revocatoria*, in www.ilfallimentarista.it, 2016
- BOTTAI L.A., *Revisione della legge fallimentare per favorire la continuità aziendale*, in *Fall.*, 2012, p.924 ss
- BOTTAI L.A., *Speciale decreto "Contendibilità e soluzioni finanziarie" n.83 del 2015: i finanziamenti interinali*, in www.ilfallimentarista.it, 2015
- BOTTAI L.A., sub Art. 182-quinquies, *Disposizioni in tema di finanziamento e di continuità aziendale nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in AA. VV., *La nuova riforma del diritto concorsuale. Commento operativo sul d.l. 83/2015 conv. in l. 132/2015*, Torino, Giappichelli, 2015
- BOTTAI L.A., *Concordato con continuità aziendale*, www.ilfallimentarista.it, 2016
- BOZZA G., *Le condizioni soggettive ed oggettive del concordato*, in *Fall.*, 2005, p.954
- BOZZA G., *L'organo deputato alla verifica della maggioranza nel nuovo concordato*, *Il Fall.*, 2005, p.804 ss
- BOZZA G., *La fattibilità nel concordato preventivo è giudizio che spetta ai creditori. Per la chiarezza delle idee su proposta, piano e domanda di concordato preventivo e riflessi sulla fattibilità*, in *Fall.*, 2011, p.195 ss
- BOZZA G., *Il sindacato del tribunale sulla fattibilità del concordato preventivo*, in *Fall.*, 2011, p.182 ss
- BOZZA G., *Brevi considerazioni su alcune norme dell'ultima riforma*, in www.fallimentiesocietà.it, 2015
- BOZZA G., *Le proposte e le offerte concorrenti*, in www.fallimentiesocietà.it, 2015
- BRAY C., *La cassazione sul caso Parmalat- Capitalia (e sul ruolo del fallimento del delitto di bancarotta)*, in www.penalecontemporano.it, 2015

- BRICCHETTI R., *Profili penali*, in S. AMBROSINI (a cura di), *Le nuove procedure concorsuali*, Bologna, Zanichelli, 2010
- BRICCHETTI R., *Intervento*, in AA. VV., *Le soluzioni concordate della crisi di impresa*, A. JORIO (a cura di), Milano, Giuffrè, 2012
- BRICCHETTI R., *Soluzioni concordate della crisi d'impresa e rischio penale dell'imprenditore*, in *Soc.*, 2013, p.689 ss
- BRICCHETTI R. – MUCCIARELLI F. – SANDRELLI G., *Sub art. 216- 241*, in A. JORIO (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare: r.d. 16 marzo 1942, n.267 (agg. al d.l. 35/2005 e al d.lg. 5/2006)*, II, Bologna, Zanichelli, 2007
- BRICCHETTI R. – MUCCIARELLI F. – SANDRELLI G., *Le responsabilità penali*, in A. JORIO e M. FABIANI (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare. Commentario sistematico*, Bologna, Zanichelli, 2010
- BRICCHETTI R. – PISTORELLI L., *Bancarotta, le operazioni escluse dall'incriminazione*, in *Guida dir.*, n.37/2010 p.100 ss
- BRICCHETTI R. – PISTORELLI L., *La bancarotta e gli altri reati fallimentari. Dottrina e giurisprudenza a confronto*, Milano, Giuffrè, 2011
- BRICCHETTI R.– PISTORELLI L., *Operazioni di risanamento, professionisti nel mirino*, in *Guida dir.*, 29/2012, p.45 ss
- CAIAFA A., *Nuovo diritto delle procedure concorsuali*, Padova, Cedam, 2006
- CAIAFA A., *Accordi di ristrutturazione dei debiti: natura giuridica e giudizio di omologazione*, in *Dir. fall.*, 2/2006, p.536 ss
- CALÒ D. – VIRGINTINO E., *I crediti prededucibili*, in (a cura di), A. CAIAFA, *Le procedure concorsuali*, Padova, Cedam, 2011
- CANDIAN A., *Il processo di concordato preventivo*, Padova, Cedam, 1937
- CARMELLINO G., *Primi spunti sulla prededucibilità ex art. 182- quinquies, 1° comma, negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Fall.*, 2013, p.864 ss
- CARUSO G., *In ordine ai potenziali riflessi penalistici della prededucibilità del credito del professionista nella procedura preconcordataria ex art. 161, comma 6, l.f.*, in www.fallimentoesocietà.it, 2014
- CASAROLI G., *Sub art. 216, art. 217, art. 217-bis, art. 224, art., 236-bis*, in A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, VI ed., Padova, Cedam, 2013

- CASSANI C., *La riforma del concordato preventivo: effetti penali*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, p.769 ss
- CATELANI G., *I delitti di falso*, II ed., Milano, Giuffrè, 1989
- CAVALLI G., *La dichiarazione di fallimento. Presupposti e procedimento*, in S. AMBROSINI (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, Bologna, Zanichelli, 2006
- CAVALLI G., *I presupposti del fallimento*, in S. AMBROSINI, G. CAVALLI, A. JORIO, *Il Fallimento*, in G. Cottimo, *Trattato di diritto commerciale*, XI, 2, Padova, Cedam, 2009
- CELENTANO P., *I requisiti del professionista che attesta i piani concordati*, in *Fall.*, 2010, p.827 ss
- CHIMENTI S., *Condizioni per l'ammissione al concordato preventivo*, in L. GHIA – C. PICCININNI – F. SEVERINI, *Trattato delle procedure concorsuali*, 6, *I reati nelle procedure concorsuali. Gli adempimenti fiscali*, Torino, Utet, 2012
- CIERVO G., *Crediti sorti in funzione della procedura concorsuale: solo quelli dell'attestatore sono prededucibili*, in *Giur. comm.*, n.1/2013, p.81 ss
- COCCO G., *La bancarotta preferenziale*, Napoli, Jovene, 1987
- COCCO G., *Falso ideologico del privato in atto pubblico (483)*, in G. Cocco (a cura di), *Trattato breve di Diritto Penale. Parte speciale. I reati contro i beni economici*, II, Padova, Cedam, 2010
- COCCO G., *Il falso bene giuridico della fede pubblica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p.66 ss
- COCCO G., *Esenzioni dai reati di bancarotta nel nuovo art. 217 bis della legge fallimentare*, in *Leg. pen.*, n. 1/2011, p.5 ss
- COCCO G., *Il ruolo delle procedure concorsuali e l'evento dannoso nella bancarotta*, in www.penalecontemporaneo.it, 1/2014
- COLOMBO G.E., *L'esenzione dalle procedure concorsuali per ragioni dimensionali*, in *Fall*, 2008, p.625 ss
- CONTI L., *Diritto penale commerciale. I reati fallimentari*, II ed., Torino, Utet, 1991
- CONSULICH F., *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.f.*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2012, p.621ss

- COPPOLA A., *L'accordo di ristrutturazione dei debiti*, in AA.VV., *Il nuovo concordato preventivo, dallo stato di crisi agli accordi di ristrutturazione*, Milano, 2005
- COPPOLA A., *Sub art. 111 l. fall.*, in A. MAFFEI ALBERTI (a cura di), *Commentario breve alla legge fallimentare*, 6, I, Padova, Cedam, 2013, p.779 ss
- CORAPI D. – PIERFELICI V., voce "*Procedure concorsuali II) diritto comparato e straniero*", in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1988
- CORSI F., *L'azione revocatoria*, in AA.VV., *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, Torino, Giappichelli, 2014.
- COSTA C., *Procedure di salvataggio delle imprese, azione revocatoria e prededuzione nelle recenti evoluzioni normative*, in S. FORTUNATO – G. GIANNELLI – F. GUERRERA – M. PERRINO (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, Milano, Giuffrè, 2011
- D'ALESSANDRO F., *Interesse pubblico alla conservazione dell'impresa e diritti privati sul patrimonio dell'imprenditore*, in *Giur. comm.* 1984, I, p.66 ss
- D'ALESSANDRO F., *La crisi delle procedure concorsuali e le linee della riforma: profili generali*, in *Crisi dell'impresa e riforme delle procedure concorsuali*, Milano, Giuffrè, 2006
- D'ALESSANDRO F., *Il nuovo articolo 217 bis l. fall.*, in *Le Società*, 2011, p.212 ss
- D'ALESSANDRO F., *Reati di bancarotta e ruolo della sentenza dichiarativa del fallimento: la Suprema Corte avvia una revisione critica delle posizioni tradizionali?*, *Commento a Cass. Pen., Sez. V*, 24 settembre 2012 (dep. 6 dicembre 2012), n. 47502, Pres. Zecca, Rel. Demarchi Albengo, in www.penalecontemporaneo.it, 2012
- D'ALESSANDRO F., *Il delitto di falso in attestazioni e relazioni*, in R. BORSARI (a cura di), *Crisi dell'impresa, procedure concorsuali e diritto penale dell'insolvenza. Aspetti problematici*, Padova, Cedam, 2015
- D'AMBROSIO C., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in AA.VV., *Fallimento e altre procedure concorsuali*, G. FAUCEGLIA E L. PANZANI (diretto da), III, Torino, Utet, 2009
- D'AMORA S., *Note esegetiche sul nuovo concordato preventivo e le procedure di ristrutturazione dei debiti*, in *studi e ricerche*, Tribunaledimilano.it, 2005
- D'ANGELO F., *I piani attestati ex art. 67, terzo comma, lett. d., l. fall.: luci e ombre a seguito del decreto sviluppo*, in *Giur. comm.*, 2014, I, p.74 ss

- D'ESPINOSA B., *Bilancio della legge fallimentare*, in AA.VV., *Esecuzione individuale e fallimentare. Bilancio della legge fallimentare*, Milano, Giuffrè 1961
- DE CRESCIENZO U. – PANZANI L., *Il nuovo diritto fallimentare*, Milano, Ipsoa, 2005
- DE ROSA L. – RUSSO A. – ARTONI L. – DI STASIO G., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, Il Sole 24 Ore, 2014
- DE SIMONE G., *Brevi note a margine della c.d. bancarotta preferenziale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1994, p.165 ss
- DELITALIA G., *Diritto penale*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1976
- DEMARCHI ALBENGO P.G., *La fattispecie incriminatrice di cui al nuovo articolo 236- bis della legge fall.; la responsabilità penale dell'attestatore*, in *www.ilcaso.it*, 2012
- DEMARCHI P.G. – GIACOMAZZI C., *I piani attestati ex art.67 l. fall.*, in O. CAGNASSO E L. PANZANI (diretto da), *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, III, Torino, Utet, 2015
- DI AMATO A., *Diritto penale dell'impresa*, Milano, Giuffrè, 2006
- DI AMATO A., *Il diritto penale come strumento di regolazione del mercato*, in *Riv. dir. dell'impresa*, 3/2012, Edizioni scientifiche italiane, p.3 ss
- DI MAJO A., *Gli accordi di ristrutturazione e i piani attestati di risanamento*, in L. GHIA – C. PICCININNI – F. SEVERINI (diretto da), *Trattato delle procedure concorsuali*, IV, Torino, Utet, 2011
- DI MARZO F., *Le soluzioni concordate della crisi d'impresa*, *www.ilcaso.it*, 2007
- DIDONE A., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182bis legge fallim.)*, in *Dir. fall.*, 1/2011, p.14 ss
- DIDONE A., *La prededuzione dopo la L. n. 134 del 2012 (prededuzione "ai sensi" e prededuzione "ai sensi e per gli effetti"?)*, in *Fall.*, 2013, p.916 ss
- DONELLI F., *I continui esperimenti sul diritto penale del fallimento: l'art.217- bis l.f. prima e dopo il "Decreto sviluppo"*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 3/2012, p.787 ss
- M. FABIANI, *L'incerta via alla "reorganization"*, in *Foro It.*, 1/2006, p.263 ss
- FABIANI M., *Il regolare pagamento dei creditori estranei negli accordi di cui all'art.182 bis legge fallim.*, in *Foro.it*, 9/2006, p.2564 ss
- FABIANI M., *L'ulteriore up-grade degli accordi di ristrutturazione e l'incentivo ai finanziamenti nelle soluzioni concordate*, in *Fall.*, 2010, p.905 ss
- FABIANI M., *Diritto Fallimentare. Un profilo organico*, Bologna, Zanichelli, 2011

- FABIANI M., *Art. 2221. Fallimento e concordato preventivo*, II, Bologna, Zanichelli, 2014
- FABIANI M., *L'ipertrofica legislazione concorsuale fra nostalgie e incerte contaminazioni ideologiche*, in *www.ilcaso.it*, 2015
- FAUCEGLIA G., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella l. n. 80/2005*, in *Fall.*, 2005, p.1451 ss
- FAUCEGLIA G., *Condizioni soggettive e oggettive di fallibilità: la nuova nozione di piccolo imprenditore. La piccola società commerciale. La crisi e l'insolvenza*, in *Dir. Fall.*, 2006, I, p.1039 ss
- FAUCEGLIA G. – PANZANI L. (diretto da), *Il fallimento e altre procedure concorsuali*, Torino, Utet, 2009
- FAUCEGLIA G. – ROCCO DI TORREPADULA N., *Diritto dell'impresa in crisi*, Bologna, Zanichelli, 2010
- FERRARA F.(JR.) – A. BORGIOI, *Il fallimento*, Milano, Giuffrè 1995
- FERRO M. – ROVERONI R., Sub *art. 161*, in M. FERRO (a cura di), *La legge fallimentare. Decreto legislativo 12 settembre 2007, n.169. disposizioni integrative e correttive. Commentario teorico- pratico*, Padova, Cedam, 2008, p.304 ss
- FERRO M. – BASTIA P. – NONNO G.M., *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione – La soluzione negoziata della crisi di impresa: dalla domanda al piano all'attuazione operativa. I progetti aziendali e le scelte processuali*, Milano, Ipsoa, 2013
- FERRO M., Sub *art. 182-bis l. fall.*, in M. FERRO (a cura di), *La legge fallimentare. Commentario teorico- pratico*, 2° ed., Padova, Cedam, 2013, p.2111 ss
- FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale*, I, 2° ed., Bologna, 1997
- FILOCAMO F.S., *Commento sub art. 180 l. fall.*, in M. FERRO (a cura di), *La legge fallimentare*, II ed., Padova, Cedam, 2014
- FIORELLA A., *I reati fallimentari*, in AA. VV., *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, A. FIORELLA (a cura di), Torino, Giappichelli, 2013
- FIORELLA A. – MASUCCI M., *Gestione dell'impresa e reati fallimentari*, Torino, Giappichelli, 2014
- FERRO M., *Art. 182-bis, la nuova ristrutturazione dei debiti*, in *Nuovo dir. soc.*, 2005, p.61 ss

- FERRO M. – FILOCAMO F.P., *Sub art. 182-quater l. fall.*, in M. FERRO (a cura di), *La Legge Fallimentare*, II, Padova, Cedam, 2011, p.2187 ss
- FLORA G., *Verso una "nuova stagione" del diritto penale fallimentare?*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 4/2012, p.825 ss
- FOFFANI L., *Economia e diritto penale nel tempo della crisi: una nouvelle vague dell'intervento giudiziario?*, Relazione al convegno "Economia e diritto penale nel tempo della crisi", Palermo, 15/16 Novembre 2013, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 57, n.2, 2014, p.754 ss
- FORTUNATO S., *sub art.1*, in A. JORIO (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare: r.d. 16 marzo 1942, n.267 (agg. al d.l. 35/2005 e al d.lg. 5/2006)*, II, Bologna, Zanichelli, 2007
- FRANZI C., *L'azione revocatoria nella nuova legge fallimentare. L'intervento riformatore e sua applicabilità*, in *Riv. commercialisti*, 6/2008, p.1238 ss
- FRASCAROLI SANTI E., *Gli accordi di ristrutturazione*, Padova, Cedam, 2009
- FRASCAROLI SANTI E., *Sub art. 182-bis*, in A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, Cedam, 2013
- FORNASARI G., *I criteri di imputazione soggettiva del delitto di bancarotta semplice*, in *Giur. comm.*, 1988, I, p.692 ss
- FORTUNATO S., *L'incerta riforma della legge fallimentare*, in *Corriere giur.*, 2005, p.600
- GABRIELLI E., *Contratto, mercato e procedure concorsuali*, Torino, Giappichelli, 2006
- GALLETTI D., *I piani di risanamento e di ristrutturazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 4/2006, p.1195 ss
- GALLETTI D., *Le nuove esenzioni da revocatoria fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2007, I, p.163 ss
- GAMBINO A., *Profili dell'esercizio delle imprese nelle procedure concorsuali alla luce della disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese*, in *Giur. comm.*, 1980, I, p.564 ss
- GASPARONI G., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Pratica fiscale professionale*, 12/2006, p.36 ss
- GIACONA I., *Introduzione ai reati contro la fede pubblica*, in A. CADOPPI – S. CANESTRARI – A. MANNA – M. PAPA, *Trattato di diritto penale, parte speciale, V, I delitti contro la fede pubblica e l'economia pubblica*, Torino, Utet, 2010

- GIANESINI N., *Il rischio penale nella gestione della crisi d'impresa*, Torino, Giappichelli, 2016
- GIANNELLI G., *Concordato preventivo, accordi di ristrutturazione dei debiti, piani di risanamento dell'impresa nella riforma delle procedure concorsuali. Prime riflessioni in diritto*, in *Dir. fall.*, 1/2005, p.1156 ss
- GIORGI V., *Le esenzioni dalla revocatoria fallimentare per favorire la normale prosecuzione dell'impresa (art. 67, comma 3, lettere a ed f, legge fallimentare)*, in *Dir. fall.*, 2008, p.393 ss
- GIULIANI BALESTRINO U., *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, V ed., Milano, Giuffrè, 2006
- GIUNTA F., *Lineamenti di diritto penale dell'economia*, I, collana *Trittico giuridico*, Torino, Giappichelli, 2004
- GIUNTA F., *Revocatoria e concordato preventivo: tutela penale*, in *Dir. prat. fall.*, 1/2006
- GRAZIANI A., *L'impresa e l'imprenditore*, Napoli, Morano, 1959
- GROSSI M.R., *La riforma della legge fallimentare. Commento e formule della nuova disciplina delle procedure concorsuali*, II ed., Milano, Giuffrè, 2008
- GUGLIELMUCCI L., *Diritto fallimentare*, Torino, Giappichelli, III ed., 2008
- GUGLIELMUCCI L., *Diritto Fallimentare*, Torino, Giappichelli, VII ed., 2015
- GUERRIERI G., *Il controllo giudiziale sui piani attestati*, in *Giur. comm.*, 2012, III, p.385
- GUERRIERI G., *Sub art. 67*, A. Maffei Alberti, *Commentario breve alla legge fallimentare*, 6° ed., Padova, Cedam, 2013, p.437 ss
- GUERINI T., *La responsabilità penale del professionista attestatore nell'ambito delle soluzioni concordate per la crisi d'impresa*, in *dir. pen. contemp.*, 2/2013, p.78 ss
- INSOLERA G., *Riflessi penalistici della nuova disciplina del concordato preventivo e delle composizioni stragiudiziali della crisi di impresa*, in *Giur. comm.*, 2006, III, p.468 ss
- INZITARI B., *Gli accordi di ristrutturazione ex art. 182-bis l. fall.: natura, profili funzionali e limiti dell'opposizione degli estranei e dei terzi*, in *www.ilcaso.it*, 2011
- INZITARI B., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in O. CAGNASSO E L. PANZANI (diretto da), *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, III, Torino, Utet, 2015

- JORIO A., *Le crisi d'impresa. Il fallimento*, in Trattato Iudica- Zatti, Milano, Giuffrè, 2000
- JORIO A., *Introduzione*, in A. JORIO (diretto da) e M. FABIANI (coordinato da), *Il nuovo diritto fallimentare*, I, Bologna, Zanichelli, 2006
- JORIO A., *Gli accordi di ristrutturazione e i piani di risanamento*, in AA. Vv., *Le soluzioni concordate della crisi d'impresa*, Torino, Giappichelli, 2007
- JORIO A., *I piani di risanamento: chi nomina l'esperto?*, in *Giur. comm.*, 2009, I, p.174
- JORIO A., *Introduzione*, in G. COTTIMO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, XI, 2, S. AMBROSINI - S. CAVALLI - A. JORIO, *Il fallimento*, Padova, Cedam, 2009
- JORIO A. – S. FORTUNATO S. (a cura di), *La riforma delle procedure concorsuali. I progetti*, Milano, Giuffrè, 2004
- LA CROCE G., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Giur. it.*, 2010, p.2460 ss
- LA MONICA M., *I reati fallimentari*, ed. aggiornata da A.L. MACCARI, Milano, Ipsoa, 1999
- LAMANNA F., *La legge fallimentare dopo il "Decreto sviluppo"*, Milano, Giuffrè, 2012
- LAMANNA F., *La legge fallimentare dopo il "Decreto sviluppo"*, in *Il civilista*, 7/2013, p.17 ss
- LAMANNA F., *La miniriforma (anche) del diritto concorsuale secondo il decreto "Contendibilità e soluzioni finanziarie" n.83 del 2015: un primo commento. Parte IV: le nuove figure dell'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e della convenzione moratoria*, in www.ilfallimentarista.it, 2015
- LANZI A., *Osservazioni su taluni riflessi penalistici della riforma della legge fallimentare*, in *Fall.*, 2006, p.144 ss
- LANZI M., *Il professionista incaricato della relazione per l'ammissione al concordato preventivo non è pubblico ufficiale*, in *Fall.*, 2012, p.1441 ss
- LENOCI V., *Ruolo e responsabilità dell'esperto. L'indipendenza e il richiamo alla disciplina dei sindaci*, in www.ilfallimentarista.it, 2012
- LEUZZI S., *Preconcordato "abortito" e prededuzione dei crediti*, in www.ilfallimentarista.it, 2014
- LO CASCIO G., *Il CONCORDATO preventivo*, VIII ed., Milano, Giuffrè, 2011
- LO CASCIO G., *Crisi delle imprese, attualità normative e tramonto della tutela concorsuale*, in *Fall.*, 1/2013, p.5 ss

- LOMBARDI G. – BELTRAMI P.D., *I criteri di selezione della procedura più adatta al risanamento di un'impresa in crisi*, in *Giur. comm.*, 2011, V, p.713 ss
- LOTTINI R., *Modifica della legge fallimentare. Il nuovo art. 217- bis l.fall.: una riforma che tradisce le aspettative*, in *Fall.*, 12/2010, p.1362 ss
- MAFFEI ALBERTI A., *Sub art. 182-quinquies*, in A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, VI ed., Padova, Cedam, 2013
- MAISANO A., voce "Il concordato preventivo", in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1961
- MANDRIOLI L., *Struttura e contenuti dei piani di risanamento e dei progetti di ristrutturazione nel concordato preventivo e negli accordi di composizione stragiudiziale delle situazioni di crisi*, in S. BONFATTI- G. FALCONE (a cura di), *Le nuove procedure concorsuali per la prevenzione e la sistemazione delle crisi di impresa*, Milano, Giuffrè, 2005
- MANDRIOLI C., *Concordato preventivo: la verifica del tribunale in ordine alla relazione del professionista*, in *Fall.*, 2007, p.1223 ss
- MANDRIOLI C., *Il concordato preventivo e la transazione fiscale*, in S. BONFATTI – L. PANZANI (a cura di), *La riforma organica delle procedure concorsuali*, Milano, Ipsoa, 2008
- MANGANO P., *L'impresa come bene giuridico nei reati di bancarotta*, Padova, Cedam, 1998
- MANGANO P., *Disciplina penale nel fallimento*, III ed., Milano, Giuffrè, 2003
- MANGIONE A., *Riflessi penalistici sulla riforma delle procedure concorsuali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2006, p.892 ss
- MANNA A., *Falsità ideologica in certificati commessa da persone esercenti un servizio di pubblica necessità (Art.481)*, in A. CADOPPI – S. CANESTRARI – A. MANNA. – M. PAPA, *Trattato di diritto penale. Parte speciale, V, I delitti contro la fede pubblica e l'economia pubblica*, Torino, Utet, 2010
- MANTOVANI F., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 6° ed., Padova, Cedam, 2009
- MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, 5° ed., VI, Torino, Utet, 2012

- MARINO R., *Il professionista attestatore negli accordi di ristrutturazione dei debiti. Ruolo e responsabilità*, in P. PERLINGIERI (a cura di), *Pubblicazioni della scuola di specializzazione in diritto civile dell'università di Camerino*, Napoli, 2013
- MARINUCCI L. – DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, IV ed., Milano, Giuffrè, 2012
- MARROBBIO M., *Revocatoria fallimentare e disciplina delle nuove esenzioni*, in A. CAIAFA (a cura di), *Le procedure concorsuali nel nuovo diritto fallimentare*, Torino, Utet, 2009
- MAZZACUVA N. – AMATI E., *Diritto penale dell'economia*, III ed., Padova, Cedam, 2016
- MEO G., *I piani "di risanamento" previsti dall'art. 67. L. fall.*, in *Giur. Comm.*, 2011, I, p.30 ss
- MEZZETTI E., *I reati societari*, in E.M. AMBROSETTI – E. MEZZETTI – A. RONCO. *Diritto penale dell'impresa*, 3° ed., Bologna, 2012
- MIELE C., *Sub art. 111 l. fall.*, in M. Ferro (a cura di), *La Legge Fallimentare*, 2, Padova, 2011, p.1319 ss
- MINNITI G., *La "nuova" responsabilità del professionista attestatore*, in www.ilfallimentarista.it, 2012
- MONTALENTI P., *Struttura e contenuti dei piani di risanamento e dei progetti di ristrutturazione nel concordato preventivo e negli accordi di composizione stragiudiziale delle situazioni di crisi*, in S. BONFATTI – G. FALCONE (a cura di), *Le nuove procedure concorsuali per la prevenzione e la sistemazione delle crisi di impresa*, Milano, Giuffrè, 2006
- MUCCIARELLI F., *Stato di crisi, piano attestato, accordi di ristrutturazione, concordato preventivo e fattispecie penali*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2009, p.825 ss
- MUCCIARELLI F., *L'esenzione dai reati di bancarotta*, in *Dir. pen. proc.*, 12/2010, p.1474 ss.
- MUCCIARELLI F., *L'art. 217-bis l.f. e la disciplina delle procedure di soluzioni della crisi d'impresa*, in AA. Vv., *Crisi di imprese. Casi e Materiali*, F. BONELLI (a cura di), Milano, Giuffrè, 2011
- MUCCIARELLI F., *Il ruolo dell'attestatore e la nuova fattispecie penale di "Falso in attestazioni e relazioni"*, in www.ilfallimentarista.it, 2012

- MUCCIARELLI F., *La bancarotta distrattiva è reato di evento?*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p.446 ss
- MUCCIARELLI F., *Il delitto di falso in attestazioni e relazioni: il professionista-attestatore e le valutazioni*, in *Ind. pen.*, 2014, p.133 ss
- MUCCIARELLI F., *Sentenza dichiarativa di fallimento e bancarotta: davvero incolmabile il divario fra teoria e prassi?*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2015
- MUSCO E., *Diritto penale societario*, Milano, Giuffrè, 1999
- MUSCO E., *I nuovi reati societari*, III° ed., Milano, Giuffrè, 2007, p.97.
- MUSSAFIA G., *Natura del processo di concordato preventivo*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1/1938, p.235 ss
- NAPOLEONI V., *Frammenti d'una indagine sul dolo della bancarotta preferenziale*, in *Cass. pen.*, 1987, p.389 ss
- NARDECCHIA G.B., *Le nuove esenzioni del terzo comma dell'art. 67 l. fall.*, in *Fall.*, 2009, p.14 ss
- NARDECCHIA G., *Sub art. 67 l. fall.*, in C. CAVALLINI (diretto da), *Commentario alla legge fallimentare*, Milano, Egea, 2010, p.265 ss
- NARDECCHIA G.B., *Nuova proposta di concordato, istanza di fallimento, e poteri del tribunale in sede di ammissione*, in *Fall.*, 2011, p.1457 ss
- NARDECCHIA G., *Sub art. 182-quinquies l. fall.*, in G. LO CASCIO (diretto da), *Codice commentato del fallimento*, VI, Milano, Ipsoa, 2013, p.2231 ss
- NIGRO A., *Sub art. 67 l. fall.*, in A. NIGRO - M. SANDULLI - V. SANTORO (a cura di), *La legge fallimentare dopo la riforma*, I, Torino, Giappichelli, 2010, p.939 ss
- NIGRO A. – VATTERMOLI D., *Diritto della crisi delle imprese: le procedure concorsuali*, Bologna, Zanichelli, 2009
- NIGRO A. – VATTERMOLI D., *Diritto della crisi delle imprese: le procedure concorsuali*, Bologna, Zanichelli, 2012
- NOCERA I.L., *Speciale decreto sviluppo – I "nuovi" accordi di ristrutturazione dei debiti: ruolo del professionista e trattamento dei creditori estranei*, in *www.ilfallimentarista.it*, 2012
- NOCERA I.L., *L'attestazione del professionista e la veridicità dei dati aziendali*, in *Fallimento*, 2013, p.1466 ss
- NORELLI E., *Il giudizio di omologazione nel concordato preventivo*, in *Trattato di diritto*

- delle procedure concorsuali*, diretto e coordinato da U. APICE, III, *Le altre procedure concorsuali. Reati fallimentari. Problematiche comunitarie e trasversali. Fallimento e fisco*, Torino, Giappichelli, 2008
- NUVOLONE P., *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, Giuffrè, 1955
- NUVOLONE P., voce "*Il fallimento (reati)*", in *Enciclopedia del diritto*, XVI, Milano, Giuffrè, 1967
- PAGLIARO A., *Il delitto di bancarotta*, Palermo, G. Priulla, 1957
- PAGNI I., *Contratto e processo nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti: analogie e differenze*, in V. BUONOCORE – G. BASSI (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare*, Padova, Cedam, 2010
- PAJARDI P. – PALUCHOWSKI A., *Manuale di diritto fallimentare*, VII ed., Milano, Giuffrè, 2008
- PANZANI L., *Il D.Lgs 35/2005 e la riforma del diritto fallimentare*, in *fallimento.ipsoa.it*, 2005
- PANZANI L., *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Torino, II ed., 2012
- PANZANI L. – TARZIA G., *Gli effetti del piano attestato e dell'accordo di ristrutturazione dei debiti sugli atti pregiudizievoli*, in *Il Fallimento*, n. 10/2014, p.1063 ss
- PANZANI L., *Osservazioni al disegno di legge n.3201 di conversione in legge del decreto- legge 27 giugno 2015, n.83, recante misure urgenti in materia fallimentare, civile e processuale civile e di organizzazione e funzionamento dell'amministrazione giudiziaria*, in *Nuovo dir. e soc.*, 2015, p.53 ss
- PANZANI L., *Le alternative al fallimento. Il concordato e gli accordi di ristrutturazione dopo il d.l. n.83/2015*, in O. CAGNASSO E L. PANZANI (diretto da), *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, III, Torino, Utet, 2015
- PACCHI S., *Il nuovo concordato preventivo*, Milano, Ipsoa, 2005
- PATTI A., *Crisi d'impresa e ruolo del giudice*, Milano, Ipsoa, 2009
- PECORELLA C. – GUALAZZINI U., voce "*Fallimento (premessa storica)*", in *Enciclopedia del diritto*, XVI, Milano, Giuffrè, 1967
- PEDRAZZI C., *Economia pubblica, industria e commercio (delitti contro la)*, in *Enciclopedia del diritto*, XIV, Milano, Giuffrè, 1965

- PEDRAZZI C., *Notarelle comparatistiche di diritto penale commerciale*, in *Ind. Pen.*, 1970
- PEDRAZZI C., *Art. 216.*, in C. PEDRAZZI – F. SGUBBI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, (a cura di) F. GALGANO - Art. 216-227, in *Commentario Scialoja Branca*, Bologna, Zanichelli, 1995, p.16 ss
- PEDRAZZI C., *Diritto penale. Scritti di diritto penale dell'economia: problemi generali, diritto penale societario*, III, Milano, Giuffrè, 2003
- PEDRAZZI C., *Reati fallimentari*, in C. PEDRAZZI – A. ALESSANDRI – L. FOFFANI – S. SEMINARA – G. SPAGNOLO, *Manuale di diritto penale dell'impresa. Parte generale*, Bologna, Zanichelli, 2003
- PELLEGRINO G., *La riforma della legge fallimentare*, in *Dir. fall.*, 2006, p.335 ss
- PERRINO A.M., *Sub art. 165*, in G. LO CASCIO (diretto da), *Codice commentato del fallimento*, Milano, Ipsoa, 2008
- PEZZANO A., *Sub art. 111 l. fall.*, in (a cura di) M. Ferro, *La Legge Fallimentare*, 3, Padova, Cedam, 2014, p.1542 ss
- PICA L., *Il concordato*, in P. CELENTANO – E. FORGILLO (a cura di), *Fallimento e concordati. Le soluzioni giudiziali e negoziate delle crisi d'impresa dopo le riforme*, Torino, Utet, 2008, 2009
- PIRISI F.G.G., *L'omologazione del concordato preventivo*, in O. CAGNASSO E L. PANZANI (diretto da), *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, III, Torino, Utet, 2015
- PISTORELLI L., *Novità legislative: l. 27 gennaio 2012, n.3*, Rel. n. III/3/2012, 2
- PISTORELLI L., *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*, Rel. n. III/09/2010, n.12
- PIVA D., *Vecchie soluzioni per nuovi problemi nella falsa attestazione del professionista*, in www.penalecontemporaneo.it, 2014
- POTITO L.– SANDULLI M., *Sub art. 1*, in A. NIGRO – M. SANDULLI – V. SANTORO (a cura di), *La legge fallimentare dopo la riforma*, I, Torino, Giappichelli, 2010, p.6 ss
- PRENNA G., *Commento alla sentenza del tribunale di Monza n. 212 del 17.10.2015*, *dir. pratica soc.*, 22/2005, p.70 ss
- PRESTI G., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in S. AMBROSINI (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, Bologna, Zanichelli, 2006

- PRESTI G., *Finanziamenti bancari alle imprese in crisi fra prededuzione e subordinazione - Considerazioni conclusive*, in *Dir. banc. fin.*, 1/2011, p.532 ss
- PROTO C., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Fall.*, 2006, p.138 ss
- PROVINCIALI R., voce "Fallimento", in *Novissimo digesto italiano*, III, Torino, Utet, 1957
- PROVINCIALI R., voce "Concordato preventivo", in *Novissimo digesto italiano*, III, Torino, Utet, 1957
- PROVINCIALI R., *Trattato di diritto fallimentare*, IV ed., Milano, Giuffrè, 1974
- PUCETTI L., sub *Art 216*, in A. GAITO E M. RONCO (a cura di), *Leggi penali complementari commentate*, Torino, Utet, 2009, p.2707 ss
- QUATRARO B. – GIORGETTI M. – FUMAGALLI A., *Revocatoria ordinaria e fallimentare*, 2° ed., I, Milano, Giuffrè, 2009
- QUATTROCCHIO L. – RANALLI R., *Speciale Decreto Sviluppo- Concordato in continuità e ruolo dell'attestatore: poteri divinatori o applicazione dei principi di best practice*, www.ilfallimentarista.it, 2012
- QUATTROCCHIO L., *L'accordo di ristrutturazione dei debiti e la convenzione moratoria: la disciplina*, in www.ildirittodegliaffari.it, 2015
- RANALLI R., *Speciale decreto "Contendibilità e soluzioni finanziarie" n.83/2015: gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari. Alcune considerazioni critiche*, in www.ilfallimentarista.it, 2015
- RATTI M., sub *Art.163*, *Ammissione alla procedura e proposte concorrenti*, in AA. Vv., *La nuova riforma del diritto concorsuale. Commento operativo sul d.l. 83/2015 conv. in l. 132/2015*, Torino, Giappichelli, 2015
- ROCCO A., *Il fallimento. Teoria generale ed indagine storica*, Torino, 1917
- ROCCO DI TORREPADULA N., voce «*Il concordato preventivo*», in *Digesto/comm.*, III, Torino, Utet, 1988
- ROMANO M., *Cause di giustificazioni, cause scusanti, cause di non punibilità*, in *Riv. trim. dir. proc. pen.*, 1990, p.68 ss
- ROMANO M., «*Meritevolezza di pena*», «*bisogno di pena*» e *teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p.39 ss

- ROMANO M., *Teoria del reato, punibilità, soglie espresse di offensività (e cause di esclusione del tipo)*, in E. DOLCINI- C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, Giuffrè, 2006
- ROPPO V., *Profili strutturali e funzionali dei contratti di «salvataggio» (o di ristrutturazione dei debiti d'impresa)*, in *Dir. fall.*, 1/2008, p.386 ss
- ROSSI A., *Reati fallimentari*, in F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale: leggi complementari. I reati fallimentari, tributari, ambientali e dell'urbanistica*, Milano, Giuffrè, 2008
- ROSSI N., *L'esperienza giurisprudenziale del diritto penale economico nel tempo della crisi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2014, p.627 ss
- SANDULLI M., *sub art. 5*, in A. JORIO (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare: r.d. 16 marzo 1942, n.267 (agg. al d.l. 35/2005 e al d.lg. 5/2006)*, II, Bologna, Zanichelli, 2007
- SANDULLI M., *La crisi dell'impresa. Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Torino, Giappichelli, 2009
- SANDRELLI G.G., *La riforma della legge fallimentare: i riflessi penali*, in *Cass. pen.*, 2006, p.459 ss
- SANDRELLI G.G., *Le esenzioni dai reati di bancarotta e il reato di falso in attestazioni e relazioni*, in *Fall.*, 2013, p.801 ss
- SANZO S., *Il piano di risanamento attestato*, in *Giur. it.*, 2010, p.2478
- SATTA S., *Diritto fallimentare*, III ed. aggiornata e ampliata da R. VACCARELLA – F.P. LUISO, Padova, Cedam, 1996
- SCARAFONI S., *La riforma del concordato preventivo*, *Dir. Fall.*, 5/2005, p.834 ss
- SCARAFONI S., *Il giudizio d'ammissione al concordato preventivo: riflessioni sul decreto legge correttivo della legge fallimentare*, *Dir. Fall.*, 6/2007 p.5 ss
- SCHIAVANO G., *Riforma della legge fallimentare: implicazioni penalistiche*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, p.964 ss
- SCHIAVANO G., *I reati fallimentari: oggi*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 3/2011, p.706 ss
- SCHIAVANO G., *Il professionista "attentatore" nelle soluzioni concordate della crisi di impresa: la sua qualifica penalistica*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1-2, 2012, p.275 ss

- SCOLETTA M., *La "specialità" della causa di esenzione dai reati di bancarotta*, in R. BORSARI (a cura di), *Crisi dell'impresa, procedure concorsuali e diritto penale dell'insolvenza. Aspetti problematici*, Padova, Cedam, 2015
- SGUBBI F., *I reati fallimentari e la procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, in *Giur. Comm.*, n. 6/1983, p.856 ss
- SGUBBI F., *Profili evolutivi della bancarotta preferenziale*, in AA. VV., *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, N. PISANI (a cura di), Torino, Giappichelli, 2010
- SGUBBI F., *Crisi 'impresa, procedure di salvataggio e reati fallimentari*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2014, p.665 ss
- SILVESTRINI A., *Sub art. 111 l. fall.*, in (a cura di) A. NIGRO – M. SANDULLI – V. SANTORO, *La legge fallimentare dopo la riforma*, Torino, Giappichelli, 2010, p.1551 ss
- SPINOSA V., *Il c.d. decreto sviluppo nel sistema della legge fallimentare: i rapporti tra nuove procedure concorsuali e profili di responsabilità penale*, in *dir. pen. contemp.*, 2/2013, p.19 ss
- SPINOSA V., *Giudizio civile per la dichiarazione di fallimento e processo per bancarotta: un nuovo banco di prova per l'autonomia del diritto penale fallimentare*, in *Ind. pen.*, 1/2, 2015, p.71 ss
- STANGHELLINI L., *Il ruolo dei finanziatori nella crisi d'impresa: nuove regole e opportunità di mercato*, in *Il Fall.* 9/2008, p.1075 ss
- STANGHELLINI L., *Finanziamenti-ponte e finanziamenti alla ristrutturazione*, in *Fall.*, 2010, p.1335 ss
- STASI E., *Terzietà dell'attestatore*, in *Nuovo dir. soc.*, 2013, p.121 ss
- TEDESCHI G.U., *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, Padova, Cedam, 2006
- TERENGI M., *I piani di risanamento dopo le modifiche: hanno ancora un futuro?*, in www.ilfallimentarista.it, 2012
- TERRANOVA G., *Lo stato di insolvenza*, in G. COSTA - G. RAGUSA MAGGIORE (diretto da), *Le procedure concorsuali. Il fallimento*, Torino, Utet, 1997
- TERRANOVA G., *La prededuzione dei finanziamenti bancari nell'art. 182 quater l. fall.*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 2011, p.490 ss
- TETI R., *La responsabilità penale del professionista nei procedimenti fallimentari*, in *Ind. pen.*, 2/2011, p.625 ss

- TETTO F., *Le false e fraudolente attestazioni del professionista ex art. 161, comma 3 l.f.: alla ricerca di un'evanescente tipicità penalmente rilevante*, in *Fall.*, 2012, p.845 ss
- TETTO F., *La (ritrovata) indipendenza del professionista attestatore nelle soluzioni concordate dalla crisi d'impresa*, in *Fall.*, 2013, p. 68 ss
- TROYER L., *Le responsabilità penali relative alle soluzioni concordate della crisi d'impresa*, in *Riv. dott. comm.*, 2008, p.121 ss
- VALENSISE P., *Accordi di ristrutturazione dei debiti*, in A. NIGRO E – M. SANDULLI (a cura di), *La Riforma della Legge Fallimentare*, Torino, Giappichelli, 2006
- VALENSISE P., *Sub art. 182- quater l. fall.*, in A. NIGRO – M. SANDULLI – V. SANTORO (a cura di), *La legge fallimentare dopo la riforma*, Torino, Giappichelli, 2010, p.2340 ss
- VALENSISE P., *Convegno conclusivo del progetto PRIN 2010-11, Rapporto sull'attività di ricerca, Il finanziamento dell'impresa in crisi. Disciplina, problemi e prospettive*, in *www.regolazioneideimercati.it*, 2016
- VALENTE C., *La corporate reorganization: elementi di comparazione e di prospettiva a seguito della recente riforma della disciplina concorsuale italiana*, in *Dir. Fall.*, 1/2008, p.470 ss
- VAROTTI L., *Appunti veloci sulla riforma 2015 della legge fallimentare*, in *www.ilcaso.it*, 2015
- VASELLI M., voce "Concordato preventivo", in *Enciclopedia del diritto*, VIII, Milano, Giuffrè, 1961
- VASSALLI F., *Diritto fallimentare*, I, Torino, Giappichelli, 1994
- VELLA P., *Autorizzazioni, finanziamenti e prededuzione nel nuovo concordato preventivo*, in *Fall.*, 2013, p.657 ss
- VELLA P., *Le nuove prededuzioni nel concordato con riserva e in continuità. I crediti dei professionisti*, in *Fall.*, 2013, p.1148 ss
- VERNA G., *Sugli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis L.Fall.*, in *Dir. fall.*, 1/2005, p.865 ss
- VITALE V., *Nuovi profili penali della crisi di impresa: l'esenzione dai reati di bancarotta e la responsabilità del professionista attestatore*, in *www.archiviopenale.it*, 1/2014

- ZACCARIA A., Sub art. 1, in A. Maffei Alberti, *Commentario breve alla legge fallimentare*, VI ed., Padova, Cedam, 2013
- ZAMBUSI A., *La bancarotta preferenziale dopo la riforma dell'azione revocatoria fallimentare: riflessi problematici*, in *Ind. Pen.*, 2009, p.536 ss
- ZANCHETTI M., *Diritto penale fallimentare*, in AA.Vv., *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, *Tutela penale del patrimonio*, D. PULITANÒ (a cura di), Torino, Giappichelli, 2013
- ZANCHETTI M., *Incostituzionali le fattispecie di bancarotta? Vecchi quesiti e nuove risposte (o magari viceversa), alla luce della giurisprudenza di legittimità sul ruolo del fallimento nella bancarotta fraudolenta prefallimentare*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2014, p.141 aa
- ZINCANI M., *Il nuovo art. 217- bis l.f.: la ridefinizione dei reati di bancarotta*, in *Fall.*, 2011 p.522 ss
- ZORZI A., *Il finanziamento alle imprese in crisi e le soluzioni stragiudiziali*, in *Giur. comm.*, 6/2009, p.1236 ss

Giurisprudenza

- Corte Cost., 23 marzo 1970, n.43, in CED Cassazione, 1970
- Corte Cost. 22 dicembre 1989, n.570, in *Giur. it.*, 1990, I
- Cass., S.U., 25 gennaio 1958, n.2, in *Giust. pen.*, 1958, II, p.513 ss
- Cass. pen., sez. III, 17 ottobre 1958, in *Giust. pen.*, 1959, II, p.191 ss
- Cass., 14 marzo 1978, n. 1274, in *Dir. Fall.*, 1978, II, p.376 ss
- Cass. pen., sez. V, 4 ottobre 1978, in *Cass. pen.*, 1980, p.920 ss
- Cass. pen., Sez. V, 3 gennaio 1985, n.23, in *Cass. pen.*, 1986, p.597 ss
- Cass. pen., sez. V, 12 giugno 1985, n.9400, in *Cass. pen.*, 1987, p.397
- Cass. pen., sez. V, 7 novembre 1985, in *Foro.it*, 1986, II, p.477
- Cass. pen., 27 novembre 1985, in *Giur. it.*, 1987, II, p.18 ss
- Cass. pen., sez. V, 15 aprile 1992, n.7248, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1993
- Cass. pen., sez. V, 17 novembre 1993, n.11506, ass. Pen. Cass., 1994, IV
- Cass. pen., sez. V, 11 novembre 1994, in *Cass. pen.*, 1996, p.1446 ss

Cass. pen., sez. VI, 13 marzo 1996, n. 2675, in *Riv. pen.*, 1996, p.1105 ss
Cass. pen., sez. V, 16 gennaio 1997, n.2036, in *Cass. pen.*, 1998, p.1642 ss
Cass. pen., Sez. V, 24 febbraio 1998, n.4427, in *Cass. pen.*, 2001
Cass. pen., sez. VI, 7 gennaio 1999, in *Giust. pen.*, 2000, II, p.350 ss
Cass. pen. sez. V, 13 gennaio 1999, in *Giust. Pen.*, 2000, II, p.18 ss
Cass., sez. V, 1 dicembre 1999, *Giur. it.*, 2002, p.1259 ss
Cass., sez. V, 23 febbraio 2000, n.2136, in *Dir. prat. soc.*, 2000, p.91 ss
Cass., S.U., 20 giugno 2000, n.8374, In *Fall.*, 2001, p.699 ss
Cass., S.U., 13 marzo 2001, n.115, in *Fall.*, 2002, p.375 ss
Cass. pen., sez. V, 23 ottobre 2002, n. 38835, in *Riv. Pen.*, 2004, p. 470 ss
Cass. pen., sez. V, 20 marzo 2003, in *Cass. pen.*, 2005, p.3101 ss.
Cass. pen., sez. V, 4 febbraio 2004, n.27515, in *Dir. e prat. soc.*, 2004, 18, p.64
Cass. pen., sez. V, 2 marzo 2004, n.16688, in *Foro.it*, 2005, p.781 ss
Cass. pen., sez. V, 18 maggio 2004, n. 27770, in *Riv. Pen.*, 2005, p. 620 ss
Cass. pen., sez. V, 15 marzo 2005, n.15255, in *Riv. Pen.*, 2006, 9, p.981 ss
Cass. pen., sez. V, 20 dicembre 2005, n.9572, in *CED Cassazione penale*, 2006
Cass. pen., sez. V, 13 gennaio 2006, n.13249, in *Riv. pen.*, 2007
Cass. pen., sez. VI, 9 ottobre 2006, n.36306, in *Riv. pen.*, 2007, p.410 ss
Cass. pen., sez. II, 12 dicembre 2006, in *Cass. pen.*, 2008, p.20 ss
Cass., Sez. I, 8 marzo 2007, n.5346, in *Giust. civ.*
Cass. pen. Sez. V, 21 settembre 2007, n. 39043, in *Giur. It.*, 2008, III, p.713 ss
Cass. pen., sez. V, 7 dicembre 2007, n.2895, in *Resp. civ. prev.*, 2009, p.1119 ss
Cass. pen., sez. V, 8 gennaio 2008, n. 9279, Rv. 243160, in *Cass. pen.*, 2009, 11, p.4418 ss
Cass. civ., sez. I, 4 febbraio 2009, n.2706, in *Foro.it* 2009, 9, I, p.2370.
Cass. pen., sez. V, 20 maggio 2009, n..31168, in *Fall.*, 2010, p.495 ss
Cass. pen., Sez. V, 26 giugno 2009, n.31894, in *Cass. pen.*, 2009
Cass. civ., sez. I, 29 ottobre 2009, n.22927, in *Fall.*, 2010, p.822
Cass., 6 agosto 2010, n. 18437, in *Giur. comm.*, 2011, II, p. 873 ss
Cass., S.U., 26 maggio 2011, n.21039, in *Le società*, 2011, p.1196 ss
Cass. pen., sez. V, 6 ottobre 2011, n.48523 in *Cass. pen.*, 2012, 10, p.3550.
Cass., Sez. I, 8 giugno 2012, n.9375, *Giust. civ.*, 2013

Cass., Sez. V, 24 settembre 2012, n.47502, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p.437 ss
Cass. pen., Sez. V, 21 novembre 2013, n.673, in *Cass. pen.*, 2014
Cass. pen., Sez. V, 28 febbraio 2014, n.32725, in *Quotidiano giuridico*, 2014.
Cass., Sez. V, 5 dicembre 2014, n.15613, in *www.penalecontemporano.it*, 2014
Cass., Sez. VI, 18 febbraio 2016, n.3237, *Giust. civ*

Trib. Roma, 18 aprile 1956, in *Dir. fall.*, 1956, II, p.364 ss
Trib. Pisa, 6 aprile 2000, in *Fall.*, 2001, p.585 ss
App. Brescia 18 novembre 2003, in *Fall.*, 2004, p. 221 ss
Trib. Salerno 3 giugno 2005, in *Fall.*, 2006, 1, p.1297 ss
Trib. Sulmona, 6 giugno 2005, in *Fall.*, 2005, p.793 ss
Trib. Monza, 16 ottobre 2005, in *Fall.*, 2006, I, p.62 ss
Trib. Bari 21 novembre 2005, in *Fall.*, 2005, p.169 ss
Trib. Milano, decr., 23 gennaio 2007, in *Fall.*, 2007, p.701 ss
Trib. Roma, 30 giugno 2008, in *www.ilcaso.it*
Trib. Piacenza, 1.07.2008, *Giur. merito*, 2009, I, p.149 ss
Trib. Milano, 16 luglio 2008, in *Giur. comm.*, 2009, p.174 ss
Trib. Brescia, 3 agosto 2008, in *Riv. commercialisti*, 2008, 6, p.1237 ss
Trib. Roma, 24 dicembre 2008, in *Fall.*, 2009, p.1205 ss
Trib. Milano, 18 luglio 2009, in *Dir. Fall.*, 2011, II, p.158 ss
Trib. Milano, 10 novembre 2009, in *Foro. it.*
Trib. Torino, sez. IV, 31 marzo 2010, in *Fall.*, 2010, p.1439 ss
Trib. Terni, 13 giugno 2011, in *Fall.*, 2011, p.1139 ss.
Trib. Pistoia, 24 ottobre 2011, *www.ilcaso.it*
Trib. Rovereto, 12 gennaio 2012, in *Fall.*, 2012, p.834 ss
Trib. Milano, 1 marzo 2012, in *www.ilfallimentarista.it*
Trib. Prato, 14 giugno 2012, in *www.ilcaso.it*
Trib. Pistoia, 30 ottobre 2012, in *www.ilcaso.it*
Trib. Terni, 16 gennaio 2013, in *Fallimento*, 2013, p.1463 ss.
Trib. Busto Arsizio, 11 febbraio 2013, in *www.ilcaso.it*
Trib. Padova, 11 febbraio 2013, in *www.ilcaso.it*
Trib. Milano, 23 febbraio 2013, in *Fall.*, 2013, p.859 ss.

Trib. Ravenna, 6 marzo 2013, in *www.ilcaso.it*

Trib. Vicenza, 11 marzo 2013, in *www.ilcaso.it*

Trib. Benevento, 23 aprile 2013, in *Fall.*, 2013, p.1373 ss