

Il c.d. decreto sviluppo nel sistema della legge fallimentare: i rapporti tra nuove procedure concorsuali e profili di responsabilità penale

Sommario

1. PREMessa. – 2. CAUSE DI ESCLUSIONE DELL'AZIONE REVOCATORIA FALLIMENTARE ED EFFETTI SUI REATI DI BANCAROTTA. – 2.1. IL DIBATTITO PRECEDENTE SUI RAPPORTI FRA ESENZIONE DA REVOCATORIA FALLIMENTARE E RESPONSABILITÀ PENALE. – 2.2. LA NUOVA “ESENZIONE DA REATO”. TEORIE SULLA NATURA GIURIDICA DELL'ART. 217 *BIS* L.F. – 2.3. I POSSIBILI EFFETTI SUL DIRITTO DELLA CRISI D'IMPRESA DOPO LE ESTENSIONI DEL CD. DECRETO SVILUPPO E DEL CD. DECRETO SVILUPPO “*BIS*”. – 3. LE FATTISPECIE INCRIMINATRICI DELL'ATTESTATORE DEL PIANO. – 3.1. LO STATUTO PENALE DEL PROFESSIONISTA PRIMA DEL 2012. – 3.2. IL REATO PROPRIO DELL'ATTESTATORE NEL RECENTE ART. 236 *BIS* L.F. – 3.3. CONSEGUENZE SISTEMICHE DEL REATO DI FALSE OD OMESSE ATTESTAZIONI NELLE SOLUZIONI CONCORDATE ALLE CRISI D'IMPRESA. – 4. OSSERVAZIONI CONCLUSIVE.

1 PREMESSA

Nel breve arco di un triennio il diritto penale fallimentare ha richiamato l'attenzione del legislatore in più occasioni che negli ultimi settant'anni¹. Le due novelle dell'art. 217 *bis* l.f. (introdotto dalla l. 122/2010) e dell'art. 236 *bis* l.f. (inserito dalla l. 134/2012) hanno difatti inciso significativamente sul sistema dei reati fallimentari, adeguando finalmente la componente sanzionatoria alle innovazioni civilistiche.

In particolare, mentre le procedure concorsuali erano interessate da un radicale processo di modernizzazione e liberalizzazione ad opera della l. 80/2005, la sezione della l.f. concernente le disposizioni penali rimaneva pressoché inalterata, con conseguenti e delicate questioni di coordinamento sistematico.

La l. 80/2005 (di conversione del d.l. 35/2005) ha creato nuovi strumenti di soluzione della crisi d'impresa, in funzione preventiva o sostitutiva del fallimento, accomunati dall'attribuzione di un consistente potere negoziale al debitore nei rapporti con i creditori, a fronte di una ridotta attività di controllo da parte del giudice. Si tratta degli accordi di ristrutturazione dei debiti, previsti dall'art. 182 *bis* l.f., e dei piani attestati, di cui all'art. 67 comma 3 lett. d) l.f.

Altrettanto significative sono state le modifiche apportate tra il 2005 e il 2010 al preesistente concordato preventivo (artt. 160 e ss. l.f.), il quale ha perduto l'originaria natura premiale e giurisdizionale, assumendo una forma ibrida, a metà tra l'accordo privatistico e la procedura concorsuale *stricto sensu*².

1. Dal 1942, anno di entrata in vigore della legge fallimentare (d'ora in avanti l.f.), le disposizioni penali del Titolo VI sono state modificate solamente in due occasioni, peraltro non molto lontane: l'art. 223 l.f. è stato riformato dalla l. 61/2002 sui reati societari e l'art. 218 l.f. dalla l. 262/2005 a tutela del risparmio.

2. DI MARZIO, *Le soluzioni concordate alla crisi d'impresa*, doc. 84/2007 sul sito www.ilcaso.it; FABIANI, *Nuovi incentivi per la regolazione concordata della*

Scopo comune ai tre istituti è quello di rendere rapida ed efficace la gestione dell'insolvenza, tramite una marcata privatizzazione del concordato³ e il rilievo attribuito a mezzi contrattuali di composizione della crisi.

Le soluzioni alternative al fallimento si fondano su un medesimo schema, sul quale si innestano i profili caratterizzanti ciascuna procedura: 1) il debitore redige un piano di risanamento oppure di liquidazione; 2) un professionista incaricato ne attesta veridicità e fattibilità; 3) se si tratta di un accordo o di un concordato, i creditori esprimono la loro volontà negoziale; 4) il Tribunale si limita alla verifica delle condizioni di legalità della proposta e della presenza del consenso informato in capo ai creditori aderenti.

I profondi mutamenti delle procedure concorsuali introdotti dal d.l. 35/2005 non hanno portato, tuttavia, a un contestuale adeguamento dei reati fallimentari, con il rischio (paventato ma ridimensionato dalla dottrina penalistica)⁴, che in caso di esito negativo delle opzioni alternative al fallimento (e, dunque, di causazione dello stato di insolvenza), il debitore e i creditori aderenti al piano di recupero potessero essere chiamati a rispondere *ex post* a titolo di bancarotta fraudolenta e preferenziale⁵.

Il primo intervento sulla disciplina penalistica in seno alla l.f. si registra con il d.l. 31.5.2010 n. 78 (convertito nella l. 30.7.2010 n. 122), che aveva introdotto l'art. 217 *bis* l.f., rubricato "esenzione da reato". La disposizione regola i delicati rapporti tra i reati fallimentari e i nuovi meccanismi di superamento della crisi imprenditoriale, in modo da escludere *ex lege* la responsabilità penale derivante dall'infruttuosa esecuzione dei piani redatti in situazioni di pre-insolvenza.

In seguito, con il c.d. decreto sviluppo (d.l. 22.6.2012 n. 83) e la relativa l. di conversione 7.8.2012 n. 134, la sezione penalistica della l.f. è stata innovata grazie all'inserimento dell'art. 236 *bis* l.f., che prevede un reato proprio del professionista attestatore del piano di recupero; inoltre, il d.l. 83/2012 ha esteso l'art. 217 *bis* l.f. a due inediti benefici di legge nell'ambito della gestione della crisi d'impresa⁶, aumentando l'appetibilità delle soluzioni negoziali alternative alla dichiarazione di fallimento.

Da ultimo, l'art. 217 *bis* l.f. è stato oggetto di una nuova modifica ad opera della l. 17.12.2012, n. 221, di conversione del d.l. 18.10.2012, n. 179, noto anche come "decreto sviluppo *bis*" (o "cresci Italia due"), che ha esteso la fattispecie di favore ai piani omologati nella procedura di composizione del sovraindebitamento.

Scopo della presente indagine è quello di analizzare gli effetti delle recenti novelle legislative nel sistema del diritto penale fallimentare: dopo aver accennato al dibattito dottrinale precedente all'inserimento dell'art. 217 *bis* l.f., sarà presa in considerazione questa inedita "esenzione da reato", tenendo conto delle modificazioni apportate dai due "decreti sviluppo" del 2012. L'analisi avrà ad oggetto anche l'art. 236 *bis* l.f. nel contesto della disciplina della crisi d'impresa; infine, si redigerà un bilancio preventivo sulla riforma dei reati fallimentari dell'ultimo triennio, in attesa che dalla prassi applicativa e dalla dottrina emergano ulteriori chiarimenti.

crisi d'impresa, in *Corr. Giur.*, 2012, 1269; ZORZI, *Il finanziamento alle imprese in crisi e le soluzioni stragiudiziali (piani attestati e accordi di ristrutturazione)*, in *Giur. Comm.*, 2009, 1242.

3. Le modifiche hanno trasformato il concordato preventivo, sempre più distante dall'originario istituto del 1942, allora legato a requisiti di meritevolezza soggettiva dell'imprenditore insolvente e oggi, al contrario, svincolato da qualsiasi logica premiale ed esteso, invece, al generico stato di crisi, dunque anche a situazioni di difficoltà anteriori all'insolvenza vera e propria. In particolare, la riforma del decreto sviluppo del 2012 ha introdotto una specifica disciplina per il concordato preventivo con continuità dell'attività d'impresa (art. 186 *bis* l.f.).

4. ALESSANDRI, *Profili penalistici delle innovazioni in tema di soluzioni concordate delle crisi d'impresa*, in *Diritto penale dell'impresa*, Torino, 2007, 463; INSOLERA, *Riflessi penalistici della nuova disciplina del concordato preventivo e delle composizioni extragiudiziali della crisi dell'impresa*, in *Giur. Comm.*, 2006, 461; SANDRELLI, *La riforma della legge fallimentare: i riflessi penali*, in *Cass. Pen.*, 2006, 1300.

5. Naturalmente, la parte sanzionatoria e quella commercial-processualistica della l.f. entrano in contatto tra loro sol quando il concordato preventivo, l'accordo di ristrutturazione o il piano attestato hanno un esito sfavorevole e, portando all'insolvenza del debitore, danno luogo a una dichiarazione di fallimento. In ogni caso, tra esito negativo della gestione della crisi e dichiarazione di fallimento non sussiste alcun automatismo, dovendo comunque prodursi lo stato di insolvenza, che consente la domanda del debitore, del creditore o del pubblico ministero (artt. 6-7 l.f.). Il d.lgs. 5/2006 ha, infatti, abolito ogni ipotesi di dichiarazione di fallimento d'ufficio, pure in caso di concordato preventivo non adempiuto o revocato.

6. I due nuovi istituti incentivanti, inseriti nel testo dell'art. 217 *bis* l.f., sono il pagamento dei crediti pregressi e l'accesso al finanziamento in esecuzione del piano (art. 182 *quinquies* l.f.).

2

CAUSE DI ESCLUSIONE DELL'AZIONE REVOCATORIA FALLIMENTARE ED EFFETTI SUI REATI DI BANCAROTTA

2.1

IL DIBATTITO PRECEDENTE SUI RAPPORTI FRA ESENZIONE DA REVOCATORIA FALLIMENTARE E RESPONSABILITÀ PENALE

Fino all'introduzione dell'art. 217 *bis* l.f., avvenuta grazie alla l. 30.7.2010 n. 122, di conversione del d.l. 31.5.2010 n. 78, non esisteva alcuna norma di raccordo tra i tradizionali reati di bancarotta e le recenti innovazioni delle procedure concorsuali e delle soluzioni negoziali.

A fronte di atteggiamenti rigoristici in giurisprudenza⁷, era lasciata all'elaborazione della dottrina⁸ la fissazione di criteri e di limiti circa la sfera di applicazione delle fattispecie penali, con non poche difficoltà interpretative. Invero, le condotte tenute dal debitore nel corso dell'esecuzione del piano erano oggettivamente qualificabili come penalmente illecite, per lo meno alla stregua delle fattispecie di bancarotta preferenziale (art. 216 co. 3 l.f.) oppure di bancarotta semplice per aggravamento del dissesto (art. 217 n. 4 l.f.).

La dottrina penalistica successiva alle riforme avviate con il d.l. 30/2005 proponeva soluzioni interpretative variegate, allo scopo di escludere la rilevanza penale delle operazioni derivanti da accordi o piani stragiudiziali, qualora essi avessero avuto esito negativo e fosse stato dichiarato il fallimento del debitore.

L'innovazione civilistica che più influiva sull'assetto dei reati fallimentari era costituita senza dubbio dall'introduzione – nell'art. 67 co. 3 l.f. – di una serie di esenzioni dall'azione revocatoria fallimentare; tra queste esenzioni, rientravano (e rientrano tuttora) gli atti esecutivi dei piani di risanamento (lett. d), degli accordi di ristrutturazione e dei concordati preventivi (lett. e).

Nelle cause di esclusione della revocatoria sono individuabili degli elementi ricorrenti, primo fra tutti il *favor legis* per la scelta di una gestione conservativa e non meramente liquidatoria del valore aziendale. Gli atti irrevocabili, infatti, vanno inquadrati entro il normale esercizio dell'impresa, incentivato dalla l.f. anche in periodi di squilibrio patrimoniale o finanziario.

Con la previsione di esenzioni dell'azione revocatoria si vuole evitare che i creditori abbandonino l'imprenditore a se stesso davanti ai primi segnali di incapacità a rispettare i normali pagamenti: se fornitori, collaboratori ed istituti creditizi concedono tempo e fiducia al debitore in crisi, evitando di interrompere i rapporti contrattuali in corso, aumentano le *chances* dell'impresa di superare il periodo di difficoltà. Qualora, al contrario, l'insolvenza si verifichi comunque e sia dichiarato il fallimento, quanto i creditori otterranno *medio tempore* non sarà oggetto di revoche fallimentari *ex post*.

Non si può negare, tuttavia, che le operazioni irrevocabili di cui all'art. 67 co. 3 l.f., singolarmente considerate, comportano maggiori uscite di bilancio e, di conseguenza, un aumento dell'indebitamento dell'impresa, con un automatico pregiudizio, almeno potenziale, alla globalità dei creditori, che vedono diminuire la garanzia patrimoniale generica costituita da tutti i beni presenti e futuri del debitore (art. 2740 c.c.).

Consapevole di ciò, il legislatore del 2005 aveva tracciato una nuova area di liceità civilistica, entro la quale qualsiasi operazione del debitore, seppure di per sé lesiva della *par condicio creditorum*, fosse efficace nei confronti dei creditori concorsuali.

La questione si spostava alla correlata area di illiceità penale: tradizionalmente, infatti, la revocatoria fallimentare e la bancarotta preferenziale rappresentavano rispettivamente lo strumento civilistico e quello penalistico per la tutela del pari trattamento all'interno del ceto creditorio. Prima del 2005, invero, gli atti revocabili *ex art.* 67 l.f. tracciavano il confine dei comportamenti penalmente illeciti; entro tale ambito, venivano selezionati i fatti integranti la bancarotta preferenziale (art. 216 co. 3 l.f.), in forza dell'elemento specializzante del dolo specifico di favorire, a danno dei creditori, taluno di essi⁹.

7. Cass. Pen., sez. V, 2 marzo 2004, in *Foro It.*, 2005, II, 32; Cass. Pen., sez. V, 1 dicembre 1999, in *Giur. It.*, 2002, 1259.

8. BRICCHETTI-MUCCIARELLI-SANDRELLI, *Commento agli artt. 216-241 r. d. 16 marzo 1942 n. 267*, in JORIO (a cura di), *Il nuovo diritto fallimentare*, Bologna, 2007, 2729; ALESSANDRI, *Profili penalistici delle innovazioni in tema di soluzioni concordate delle crisi d'impresa*, op. cit., 463; INSOLERA, *Riflessi penalistici della nuova disciplina del concordato preventivo*, cit., 461; SANDRELLI, *La riforma della legge fallimentare*, loc. cit.

9. BRUNO, *Le responsabilità civili e penali degli organi amministrativi e di controllo nella gestione della crisi d'impresa e nell'insolvenza*, in *Fall.*, 2008, 1134; INSOLERA, *Riflessi penalistici della nuova disciplina del concordato preventivo*, cit., 462.

Il d.l. 30/2005, con la netta riduzione degli atti oggetto di revocatoria fallimentare (e il dimezzamento del c.d. periodo sospetto) e, soprattutto, con l'ingresso di un numero consistente di esenzioni legali, aveva sovvertito e neutralizzato il rapporto di parte a tutto tra la bancarotta preferenziale e gli atti oggetto di revocatoria fallimentare. Si poneva così il problema di ridisegnare la tutela penale della *par condicio creditorum*, verificando se le operazioni non revocabili potessero essere altresì considerate estranee alla bancarotta preferenziale.

L'opinione concorde della dottrina penalistica affermava che, in presenza di una causa di esenzione dalla revocatoria di cui all'art. 67 co. 3 l.f., il legislatore avesse fornito un'indicazione univoca della liceità dell'operazione, a prescindere dalle potenziali lesioni della *par condicio*¹⁰. Se pressoché condivisa era la tesi dell'esclusione di responsabilità per bancarotta preferenziale, maggiori divergenze si riscontravano in ordine al fondamento giuridico dell'irresponsabilità.

Una prima tesi, sostenuta dalla maggioranza degli Autori¹¹, individuava il difetto di anti-giuridicità obiettiva nelle condotte esenti da revocatoria: vi era chi invocava la scriminante del consenso dell'avente diritto¹², poiché i creditori avevano votato o approvato la proposta di ristrutturazione dei debiti e quindi avevano in tal sede consentito alle violazioni del principio di pari trattamento previste nel piano di risanamento. Argomentando sulla base dell'art. 50 c.p., diveniva cruciale il tema dell'informazione corretta e completa prima della prestazione del consenso dei creditori: se il piano o la proposta si basavano su dati falsi o lacunosi, la causa di giustificazione non era più integrabile e il fatto era obiettivamente illecito.

Tuttavia, l'esclusione della scriminante non implicava la realizzazione della bancarotta preferenziale, in quanto rimaneva da accertare il dolo specifico della fattispecie, di solito assente nel debitore che intraprenda un *iter* concordato e pianificato per l'uscita dalla crisi¹³. La scriminante dell'art. 50 c.p. non poteva neppure applicarsi ai piani attestati ai sensi dell'art. 67 co. 3 lett. d) l.f., non essendo quest'ultimi soggetti al consenso dei creditori; ne conseguiva che riguardo agli atti esecutivi dei piani si poteva tutt'al più invocare l'assenza del dolo specifico di danno ai creditori per favorire uno di essi.

Attraverso un'esegesi parzialmente difforme, si affermava che le operazioni non revocabili fossero sì prive di anti-giuridicità obiettiva, ma in base all'art. 51 c.p., poiché l'art. 67 co. 3 l.f. fisserebbe le condizioni di liceità per l'esercizio del diritto di credito e per l'adempimento dell'obbligazione¹⁴. Questa ricostruzione mirava a includere nell'ambito della causa di giustificazione le soluzioni stragiudiziali non concordate con i creditori, cioè i piani di risanamento, per definizione proposti ed attuati dal debitore unilateralmente.

A parere di altri Autori¹⁵, infine, l'influenza delle esenzioni *sub* art. 67 l.f. sulla bancarotta preferenziale non si svolgeva sul piano dell'anti-giuridicità obiettiva, bensì su quello della tipicità, sottraendo i negozi non revocabili dai comportamenti oggetto del fatto tipico dell'art. 216 co. 3 l.f.

10. La giurisprudenza di legittimità successiva alla riforma del 2005 ha prontamente puntualizzato la corrispondenza biunivoca tra irrevocabilità dell'atto ai fini civilistici in forza del riformato art. 67 l.f. e irrilevanza penale dello stesso comportamento, come si può leggere nella massima che si riporta: "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.Lgs. n. 269 del 2007) dell'azione revocatoria e specialmente della L. Fall., art. 67, comma 3." La citazione è tratta da Cass. Pen., sez. V, 20 maggio-28 luglio 2009, n. 31168, su *dejure.it*.

11. SANDRELLI, *La riforma della legge fallimentare*, loc. cit.; INSOLERA, *Riflessi penalistici della nuova disciplina del concordato preventivo*, cit., 462; BRUNO, *Le responsabilità civili e penali degli organi amministrativi*, cit., 1134; MANGIONE, *Riflessioni penalistiche sulla riforma delle procedure concorsuali*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2006, 897; MUCCIARELLI, *Stato di crisi, piano attestato, accordi di ristrutturazione, concordato preventivo e fattispecie penali*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2009, 825.

12. INSOLERA, cit., 465; BRUNO, cit., 1139;

13. INSOLERA, loc. ult. cit.;

14. MANGIONE, cit., 902.

15. ALESSANDRI, *Profili penalistici delle innovazioni in tema di soluzioni concordate delle crisi d'impresa*, op. cit., 466; COCCO, *sub* art. 216, *Fallimento*, in PALAZZO-PALIERO (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, 2007, 1198.

2.2

LA NUOVA “ESENZIONE DA REATO”.
TEORIE SULLA NATURA GIURIDICA
DELL’ART. 217 BIS L.F.

A tutto ciò si aggiungeva la considerazione dei profili di responsabilità penale del debitore in crisi per bancarotta semplice da aggravamento del dissesto (art. 217 n. 4 l.f.), dato che l’apertura di una procedura negoziata comporta un rinvio della dichiarazione di fallimento, con il potenziale aggravarsi dello squilibrio finanziario dell’impresa. A tal proposito, si è ritenuto necessario accertare il nesso causale tra l’esecuzione del piano di recupero e l’aggravamento del dissesto¹⁶. Una simile soluzione pareva insoddisfacente ai fini pratici, non essendo chiaro il concetto di “dissesto”, né in cosa consistesse la causazione di un peggioramento economico. Il problema era acuito dalla responsabilità dei creditori aderenti alla proposta del debitore a titolo di concorso nella bancarotta semplice, ravvisata in giurisprudenza, ad esempio, per i dipendenti degli istituti di credito finanziatori del piano¹⁷.

Su un aspetto conveniva tutta la dottrina anteriore all’art. 217 bis l.f.: sarebbe stata opportuna una disposizione che escludesse *expressis verbis* la bancarotta preferenziale e semplice per gli atti esenti da revocatoria fallimentare¹⁸.

Con l’art. 217 bis l.f., introdotto dal d.l. 78/2010, il legislatore ha dato ascolto alle proposte *de jure condendo* avanzate dalla dottrina, introducendo un’inedita “esenzione da reato” per le operazioni e i pagamenti in esecuzione di un concordato preventivo, di un accordo di ristrutturazione omologato o di un piano attestato, sulla falsariga delle esenzioni da revocatoria fallimentare previste dall’art. 67 co. 3 l.f.

La fattispecie di “esenzione da reato” ha il pregio indiscusso di porre alcuni punti fermi circa l’incidenza delle esenzioni da revocatoria sui reati di bancarotta preferenziale e semplice.

Innanzitutto, i delitti di cui è esclusa l’integrazione sono quelli di bancarotta preferenziale (art. 216 co. 3 l.f.) e di bancarotta semplice (art. 217 l.f.), ossia i due “convitati di pietra” per chi avesse voluto intraprendere percorsi di gestione della crisi in prevenzione del fallimento: se l’insolvenza si verificava comunque ed era dichiarato il fallimento, tutta la precedente messa in atto del piano rischiava di ritorcersi contro il debitore e i suoi finanziatori, per aver aggravato il dissesto (art. 217 n. 4 l.f.) o per aver effettuato pagamenti ad alcuni creditori in danno di altri (art. 216 co. 3 l.f.).

Nella versione originaria dell’art. 217 bis l.f., oggetto di “esenzione”, sul piano del diritto penale, erano le operazioni e i pagamenti esecutivi dei piani, degli accordi omologati e dei concordati preventivi¹⁹. A seguito del “decreto sviluppo” del 22.6.2012, l’art. 217 bis l.f. interessa anche i pagamenti dei crediti pregressi e i finanziamenti autorizzati dal giudice ai sensi dell’art. 182 *quinquies* l.f. Da ultimo, la l. 17.12.2012, n. 221, di conversione del d.l. 179/2012 (“decreto sviluppo bis”) ha esteso l’ambito oggettivo dell’art. 217 bis l.f. alle operazioni in esecuzione di un piano presentato nella procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento²⁰.

L’introduzione dell’art. 217 bis l.f. ha ricevuto il consenso del mondo imprenditoriale²¹ e della dottrina penalistica²², che da tempo chiedeva l’introduzione di una disciplina

16. ALESSANDRI, cit., 461.

17. Cass. Pen., sez. V, 7 maggio 2004, n. 26647, in *Guida dir.*, 2004, fasc. 29, 81; INSOLERA, *La responsabilità penale della banca per concessione abusiva di credito all’impresa in crisi*, in *Giur. Comm.*, 2008, 845

18. *Ex multis*, ricordiamo BRICCHETTI-MUCCIARELLI-SANDRELLI, *Commento agli artt. 216-241 r. d. 16 marzo 1942 n. 267*, op. cit., 2731;

19. Per facilità di consultazione, si riporta quanto l’art. 217 bis l.f. prevede nella versione originaria del d.l. 78/2010: “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 ovvero del piano di cui all’articolo 67, terzo comma, lettera d)”.

20. Ragione esclusiva dell’ultima modifica pare quella di evitare lacune di tutela repressiva nel caso di successiva apertura del fallimento di chi sia stato ritenuto erroneamente soggetto alla nuova procedura di sovraindebitamento di cui alla l. 3/2012

21. *Circolare ABI-Serie Legale n. 19*, 23 agosto 2010, 5.

22. AMARELLI, *I delitti di bancarotta alla luce del nuovo art. 217 bis l. fall.: qualcosa è cambiato?*, in *Giust. Pen.*, 2011, 547; COCCO, *Esenzioni dai reati di bancarotta nel “nuovo” art. 217-bis della legge fallimentare*, in *Legislaz. Pen.*, 2011, 9; D’ALESSANDRO, *Il nuovo art. 217 bis l. fall.*, in *Le soc.*, 2011, 203; MUCCIARELLI, *L’esenzione dai reati di bancarotta*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2010, 1474; ZINCANI, *Il nuovo art. 217 bis l. fall.: la ridefinizione dei reati di bancarotta*, in

ad hoc per la responsabilità dei soggetti coinvolti nella gestione della crisi imprenditoriale. A beneficiare della novella sono soprattutto gli operatori degli istituti di credito, sui quali pendeva la spada di Damocle del concorso in bancarotta preferenziale (o semplice per aggravamento del dissesto), per aver concesso nuovi crediti o costituito titoli di prelazione in esecuzione di un piano di rientro del cliente debitore.

L'art. 217 *bis* l.f. è sicuramente frutto di un approccio pragmatico al fascio di problemi del diritto penale fallimentare: esso stabilisce una generica "esenzione" per i reati più ricorrenti nei casi di esito infruttuoso delle soluzioni concordate della crisi di impresa, senza chiarire la natura e la definizione giuridica di tale "esenzione".

Se la rubrica dell'articolo parla di "esenzione da reato", con un lessico mutuato dalle esenzioni da azione revocatoria *ex art. 67 co. 3 l.f.*, ma tutto ignoto alla terminologia penalistica²³, il testo prevede semplicemente che i reati di bancarotta preferenziale (art. 216 co. 3 l.f.) e bancarotta semplice (art. 217 l.f.) "non si applicano" ai pagamenti e alle operazioni in esecuzione di uno dei tre strumenti negoziali di gestione della crisi – qualora essi portino all'insolvenza del debitore e il Tribunale, su richiesta di parte, ne dichiari il fallimento.

Tuttavia, il legislatore penale può stabilire di "non applicare" una fattispecie incriminatrice attraverso una varietà di opzioni dogmatiche: in primo luogo, egli può introdurre una causa di non punibilità in senso stretto, se ritiene non opportuno perseguire un particolare comportamento tipico ed antigiuridico.

Un'alternativa è rappresentata dalle cause di giustificazione, che scriminano il comportamento penalmente rilevante alla luce di un bilanciamento tra interessi contrapposti, in modo da rendere obiettivamente lecita la condotta tipica²⁴. Un terzo significato possibile della "non applicazione" dei reati fallimentari consiste nell'esclusione della tipicità penale²⁵ dei fatti descritti dall'art. 217 *bis* l.f.; la disposizione modificherebbe la descrizione dei fatti di bancarotta preferenziale e di bancarotta semplice, sottraendovi i pagamenti e le operazioni in esecuzione dei piani di risanamento.

La dottrina assolutamente prevalente²⁶ ha adottato una diversa teoria circa la natura giuridica della "esenzione da reato", secondo la quale il ruolo dell'art. 217 *bis* l.f. si apprezzerebbe sul piano della tipicità dei reati fallimentari interessati, attraverso l'inserimento di "elementi negativi del fatto"²⁷. Da ciò deriva la necessità di interpretare tassativamente non solo le fattispecie incriminatrici, ma anche la previsione dell'art. 217 *bis* l.f., poiché è dalla lettura congiunta di entrambe le norme che emerge il confine tra lecito e illecito penale.

L'art. 217 *bis* l.f. seleziona i comportamenti considerati *a priori* dalla riforma del 2010 inidonei ad offendere la *par condicio creditorum*, in quanto esecutivi di un piano omologato dal giudice o di un accordo approvato dai creditori stessi; per questo tali condotte non possono essere tipiche ai sensi dell'art. 216 co. 3 l.f., perché la bancarotta preferenziale richiede la lesione attuale o potenziale del principio di pari trattamento delle ragioni creditorie. Un discorso analogo vale per l'esclusione della tipicità della bancarotta semplice *ex art. 217 l.f.*, soprattutto con riferimento alle ipotesi ai n. 3) e 4) della disposizione, che incriminano le operazioni di grave imprudenza per ritardare l'apertura del fallimento e l'aggravamento del dissesto per omessa richiesta di fallimento o con altra grave colpa.

Non possono essere considerati rovinosi e negligenti i comportamenti attuativi di un piano autorizzato dal giudice, attestato da un professionista e votato dai creditori

Fall., 2011, 518.

23. AMARELLI, *I delitti di bancarotta alla luce del nuovo art. 217 bis*, cit., 551.

24. SANDRELLI, *La riforma della legge fallimentare*, loc. cit.; INSOLERA, *Riflessi penalistici della nuova disciplina del concordato preventivo*, cit., 462. BRUNO, *Le responsabilità civili e penali degli organi amministrativi*, cit., 1134.

25. ROMANO, *Teoria del reato, punibilità, soglie espresse di offensività (e cause di esclusione del tipo)*, in DOLCINI-PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, II, 1736.

26. MUCCIARELLI, *L'esenzione dai reati di bancarotta*, cit., 1479; BRICCHETTI-MUCCIARELLI-SANDRELLI, *Commento agli artt. 216-241 r. d. 16 marzo 1942 n. 267*, op. cit., 2738; D'ALESSANDRO, *Il nuovo art. 217 bis l. fall.*, cit., 205; AMARELLI, *I delitti di bancarotta alla luce del nuovo art. 217 bis*, cit., 562; LOTTINI, *Il nuovo art. 217 bis l. fall.: una riforma che tradisce le aspettative*, in Fall., 2010, 1369; PISTORELLI, *Novità legislative: d.l. 31 maggio 2010, n. 78, Rel. n. III/9/10, 3 agosto 2010, 9*, sul sito www.cortedicassazione.it; ZINCANI M., *Il nuovo art. 217 bis l. fall.*, cit., 521.

27. MUCCIARELLI, cit., 1482.

aderenti; qualora nelle circostanze concrete essi provochino l'aggravamento del dissesto e il ritardo del fallimento ciò è considerato penalmente atipico, con la conseguente assoluzione "perché il fatto non sussiste" in caso di processo per bancarotta semplice²⁸.

Si tratta dell'interpretazione dell'art. 217 *bis* l.f. più razionale: se è vero che i commentatori delle riforme tra il 2005 e il 2010 avevano escluso la punibilità degli atti esenti da revocatoria senza bisogno di una norma *ad hoc*, è altrettanto vero che non vi era consenso circa il fondamento e i limiti della loro liceità penale.

Per questa ragione l'art. 217 *bis* l.f. sicuramente cambia il volto del diritto penale fallimentare, ponendo limiti esegetici espressi ai reati di bancarotta preferenziale e di bancarotta semplice, con l'effetto di ritagliare all'interno del fatto tipico degli spazi di irrilevanza. Spetterà agli operatori del diritto chiarire il significato e la funzione di ogni termine dell'art. 217 *bis* l.f., per determinare quali condotte rientrino e quali invece restino fuori dal perimetro della nuova clausola di esclusione del tipo criminoso.

2.3

I POSSIBILI EFFETTI SUL DIRITTO DELLA CRISI D'IMPRESA DOPO LE ESTENSIONI DEL CD. DECRETO SVILUPPO E DEL CD. DECRETO SVILUPPO "BIS"

L'aspetto più critico posto dalla nuova disposizione di 'esenzione' non concerne tanto la determinazione della natura giuridica, quanto la determinazione della disciplina applicabile nelle ipotesi non contemplate esplicitamente dalla norma. Il vero problema, a nostro avviso, risiede nell'efficacia della clausola di esclusione del tipo, poiché anche sulla base di una sommaria lettura della l.f. riformata è possibile notare che le operazioni realizzabili durante le procedure negoziate per il superamento della crisi sono decisamente più numerose e complesse di quelle schematicamente richiamate dall'art. 217 *bis* l.f.

Le recenti estensioni dell'art. 217 *bis* l.f. ad altri meccanismi di gestione della crisi²⁹ non riescono ad attenuare le perplessità; persistono infatti seri problemi di coordinamento sistematico dell'esenzione "da incriminazione" *ex art.* 217 *bis* l.f. con la correlata *esenzione da azione revocatoria* di cui all'art. 67 co. 3 l.f.: quest'ultima presenta un ambito oggettivo nettamente più ampio della causa di esclusione della responsabilità penale.

In un certo senso, l'art. 217 *bis* l.f. potrebbe comportare un indebolimento della tutela del debitore e dei soggetti interessati alla procedura di risanamento: prima del 2010 si è visto che in dottrina andava affermandosi l'indirizzo secondo il quale tutte le operazioni esonerate dalla revocatoria *ex art.* 67 co. 3 l.f. non erano vietate dal diritto penale, perché atipiche o lecite.

Con la previsione dell'esenzione espressa soltanto per determinati atti, sorge il sospetto che il legislatore abbia voluto adottare un atteggiamento più severo degli interpreti della l.f. previgente: si potrebbe sostenere che le operazioni non revocabili estranee all'area dell'art. 217 *bis* l.f. siano obiettivamente lesive del bene giuridico del patrimonio e dunque suscettibili sotto le fattispecie di bancarotta preferenziale e semplice, quando ne sia individuabile l'elemento psicologico.

I punti di attrito dell'art. 217 *bis* l.f. con le recenti riforme del diritto della crisi d'impresa non si esauriscono nel difetto di sovrapposibilità alle cause di esenzione dell'azione revocatoria *ex art.* 67 co. 3 l.f.; ulteriori incertezze riguardano la sorte delle operazioni antecedenti alla fase attuativa del piano, le quali, stando ad un'esegesi letterale dell'art. 217 *bis* l.f., sarebbero tuttora perseguibili penalmente, dato che la disposizione attribuisce l'esenzione ai soli atti "in esecuzione". Vi è, cioè, il timore che i c.d. *finanziamenti*

28. Va comunque dato conto di una tesi minoritaria che critica la teoria della clausola di esenzione del tipo, affermando al contrario che l'art. 217 *bis* l.f. nulla innova nel diritto penale fallimentare rispetto a quanto precedentemente elaborato dalla dottrina sui rapporti tra area di liceità civilistica e area di liceità penale; la nuova disposizione avrebbe il mero compito di fornire un'interpretazione autentica della l.f.: v. COCCO, *Esenzioni dai reati di bancarotta*, cit., 9, secondo il quale l'atipicità delle condotte contemplate dall'art. 217 *bis* l.f. rispetto alla fattispecie di bancarotta preferenziale era già ricavabile argomentando sulla base dell'assenza di offesa al bene della *par condicio*, concetto normativo i cui contorni sono delineati dall'art. 67 l.f.; passando al versante della bancarotta semplice, la responsabilità era esclusa grazie all'insussistenza dell'elemento psicologico della colpa grave ogni volta che l'agente avesse compiuto atti esecutivi del piano da altri controllato e approvato.

29. Si rammenta che la disposizione dell'art. 217 *bis* l.f., introdotta nel 2010, è stata ampliata da entrambi i cd. decreti sviluppo del 2012, dapprima con la l. 134/2012, poi con la l. 221/2012: nel primo caso, l'esenzione da reato è stata riferita alle operazioni autorizzate per il pagamento dei crediti pregressi e per l'assunzione di nuove obbligazioni con finanziatori esterni; nel secondo, agli atti esecutivi di un piano per la composizione della crisi da sovraindebitamento, presumibilmente qualora si scopra *a posteriori* che il debitore era soggetto a fallimento e, con esso, alle fattispecie penali fallimentari della l.f.

ponte (anteriori alla presentazione del piano), pur essendo esclusi dall'ambito della revocatoria fallimentare³⁰ e garantiti dal privilegio della prededuzione dall'art. 182 *quater* l.f., siano astrattamente sussumibili sotto le fattispecie di reato degli artt. 216 e 217 l.f.

Un interrogativo analogo si pone con riguardo ai negozi ed alle prestazioni del debitore non previsti nel testo del piano, ma *successivamente* divenuti opportuni con il cambiamento delle condizioni economiche dell'impresa: si pensi, ad es., alla dazione di ulteriori garanzie personali o reali, oppure all'aumento degli interessi di un mutuo.

In questo senso, una soluzione ragionevole pare quella di interpretare la clausola "in esecuzione" in chiave teleologica e non cronologica, onde ricomprendervi le operazioni funzionalmente destinate all'efficace attuazione del piano, a prescindere dalla loro collocazione temporale prima o dopo l'inizio dell'adempimento³¹. La disciplina civilistica fornisce a tal riguardo un'interessante indicazione: l'art. 182 *quater* l.f., in materia di prededuzione, antepone la soddisfazione dei crediti "derivanti da finanziamenti in qualsiasi forma effettuati in esecuzione di un concordato preventivo ovvero di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato"; lo stesso privilegio legale spetta inoltre ai crediti sorti dai cd. finanziamenti-ponte, purché questi finanziamenti preventivi figurino nel piano e la loro prededuzione sia espressamente disposta dal Tribunale nel provvedimento di accoglimento del ricorso.

La dottrina commercialistica³² ha prospettato una lettura suggestiva dell'art. 182 *quater* l.f.: i finanziamenti anteriori al piano devono essere previsti espressamente dalla proposta per motivi probatori, mentre tale requisito formale non varrebbe per il credito erogato "in esecuzione" del piano. Il motivo risiede nel concetto "dinamico" di esecuzione del piano, legata da un nesso funzionalistico alle dinamiche aziendali e alle variabili condizioni del credito (e non già alle clausole dell'accordo con i creditori).

Se la norma sulla prededuzione dei crediti equipara il trattamento dei finanziamenti in esecuzione del piano a quelli ad esso antecedenti, perché comunque funzionali al progetto di gestione della crisi aziendale, non si vede perché l'art. 217 *bis* l.f. non debba basarsi sulla stessa concezione flessibile di gestione della crisi e, dunque, escludere la tipicità penale dei comportamenti comunque finalizzati all'esecuzione del piano, a nulla rilevando la collocazione temporale degli atti. Di conseguenza, anche un pagamento effettuato fuori dalle previsioni del piano, se giustificato dalle esigenze di una miglior gestione dell'attivo e di una più ampia soddisfazione dei creditori, rientra nell'esenzione dell'art. 217 *bis* l.f., senza che per questo si ricorra ad estensioni esegetiche in violazione del principio di tassatività penale³³.

3

LE FATTISPECIE INCRIMINATRICI DELL'ATTESTATORE DEL PIANO

3.1

LO STATUTO PENALE DEL PROFESSIONISTA PRIMA DEL 2012

Mentre l'art. 217 *bis* l.f. mira a infondere certezza negli operatori economici circa la liceità penale dei comportamenti tenuti in sede stragiudiziale prima dello stato di insolvenza, l'art. 236 *bis* l.f. sembra muoversi nella direzione opposta, ponendo nuove incriminazioni a carico di determinati soggetti coinvolti nella redazione e nella presentazione dei progetti di recupero, i c.d. professionisti attestatori³⁴.

A ben vedere il contrasto con la *ratio* dell'art. 217 *bis* l.f. è apparente: sin dall'ingresso delle soluzioni negoziali nell'ordinamento si lamentava la carente risposta punitiva in ordine alle false attestazioni dei piani; pur non criticandosi la politica legislativa volta a

30. In forza della previsione della lett. e) dell'art. 67 co. 3 l.f., come modificato dal cd. decreto sviluppo.

31. MUCCIARELLI, *L'esenzione dai reati di bancarotta*, cit., 1486.

32. AMBROSINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti dopo la riforma del 2012*, in *Fall.*, 2012, 1138.

33. MUCCIARELLI, *L'esenzione dai reati di bancarotta*, cit., 1484.

34. A livello procedurale, il vaglio del piano nel merito, ovvero sia sotto il profilo della convenienza e della fattibilità, non è più attribuito al Tribunale in sede di ammissione della domanda, bensì affidato a un soggetto professionalmente qualificato e incaricato dall'imprenditore stesso. In particolare, il legislatore è intervenuto nel 2007 e ancor di più nel 2012 per precisare i requisiti di professionalità e d'indipendenza richiesti all'esperto attestatore del piano dall'art. 67 co. 3 lett. d) l.f.; allo stato, la norma di cui si discorre è divenuta la disposizione fondamentale per definire la figura del professionista in tutti i casi in cui sia richiesto il suo supporto nella crisi d'impresa, dunque non solo per il piano di cui all'art. 67 l.f., ma anche per la domanda di ammissione al concordato preventivo (con o senza continuità d'azienda *sub* art. 186 *bis* l.f.) e di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, eventualmente accompagnate dall'istanza di autorizzazione al ricorso al finanziamento e al pagamento dei crediti pregressi (art. 182 *quinquies* l.f.), che richiede un'attestazione aggiuntiva del professionista.

“privatizzare” il diritto fallimentare, si denunciava il difetto di una norma che punisse le false dichiarazioni del debitore e dell’attestatore nelle soluzioni negoziali della crisi. Nulla, infatti, prevedeva la l. 80/2005 (né le riforme susseguitesi fino al 2012) sullo statuto penale del professionista che attesta la veridicità dei dati di bilancio forniti dall’imprenditore e la ragionevolezza del piano da lui predisposto: è stato il “decreto sviluppo” a prevedere, con l’art. 236 *bis* l.f., un’apposita incriminazione in tal senso.

Prima di entrare nel merito del dibattito dottrinale che ha preceduto l’introduzione dell’art. 236 *bis* l.f. nel tessuto del diritto penale fallimentare, è bene ricordare che nessuno ha mai dubitato della responsabilità del professionista in concorso con il debitore in rapporto ai reati di bancarotta fraudolenta e documentale, secondo lo schema del concorso dell’*extraneus* (il professionista) nel reato proprio dell’imprenditore³⁵.

Secondo alcuni Autori³⁶, poi, egli sarebbe gravato da una posizione di garanzia, rilevante *ex art.* 40 cpv. c.p., in base alla quale il professionista avrebbe l’obbligo di impedire la commissione di reati di falso e di bancarotta da parte dell’imprenditore e, dunque, potrebbe essere responsabile nel concorso con il debitore a titolo omissivo.

La questione riguardava soprattutto l’ammissibilità di una responsabilità penale autonoma dell’attestatore, a prescindere dal verificarsi dello stato di insolvenza e dal concorso con il debitore. Le fattispecie incriminatrici da considerare erano prevalentemente quelle previste dal c.p. in materia di falso: per tale motivo era essenziale stabilire se l’attestatore svolgeva un pubblico ufficio o un pubblico servizio, oppure un servizio di pubblica necessità o, infine, un incarico di natura puramente privatistica.

Secondo una prima tesi³⁷, rimasta isolata in dottrina, il professionista svolge, quanto all’attestazione di veridicità dei dati contabili a supporto del piano, una funzione certificativa assimilabile a una pubblica funzione; perciò nell’attestazione di veridicità il professionista dovrebbe essere ritenuto un pubblico ufficiale, al pari del curatore (art. 30 l.f.) e del commissario giudiziale (art. 165 l.f.), con la conseguente applicabilità del reato di falsità ideologica commessa dal p.u. in certificati, ai sensi dell’art. 480 c.p. Quanto alla valutazione di fattibilità del piano, invece, non potevano ravvedersi poteri certificativi, dato che non si trattava di una dichiarazione di scienza, bensì di un giudizio prognostico. Tale tesi è stata criticata da più parti³⁸: si è evidenziato il fatto che il professionista attestatore era privo di un’investitura pubblica e di poteri certificativi in senso stretto, come quelli richiesti dalla nozione generale dell’art. 357 c.p. Ugualmente da escludere era la qualifica di incaricato di pubblico servizio, *sub art.* 358 c.p., poiché mancava qualsiasi legame funzionale e gerarchico tra attestatore e Pubblica Amministrazione.

L’orientamento dominante in dottrina, pertanto, affermava la qualifica privatistica dell’attestatore della veridicità dei dati e della fattibilità del piano. Le posizioni si differenziavano, però, sul punto dell’esercizio o meno di un servizio di pubblica necessità; in caso di risposta affermativa, il professionista avrebbe dovuto rispondere delle falsità in forza dell’art. 481 c.p. (falso ideologico in certificati commesso da e.s.p.n.).

I fautori della tesi negativa³⁹ sottolineavano l’essenziale natura privatistica della funzione di attestazione del piano di composizione della crisi, sulla base di un ragionamento *a contrario*, dato che la l.f., quando aveva voluto assegnare a un soggetto una pubblica funzione, lo aveva fatto esplicitamente, come si evince dalle disposizioni sul curatore e sul

35. INSOLERA, *Il concorso di persone nei reati fallimentari*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2002, 817; nella giurisprudenza di legittimità sul punto, si veda Cass. pen., sez. V, 29 aprile 2010, n. 16579, in *Fall.*, 2011, 118.

36. SCHIAVANO, *Il professionista “attestatore” nelle soluzioni concordate della crisi d’impresa: la sua qualifica penalistica*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 2010, 276; MUCCIARELLI, *L’esonero dai reati di bancarotta*, cit., 1484.

37. ANDRELLI, *La riforma della legge fallimentare*, cit., 1299; CASSANI, *La riforma del concordato preventivo: effetti penali*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 2006, 769.

38. MUCCIARELLI, *Stato di crisi, piano attestato*, cit., 832; ALESSANDRI, *Profili penalistici delle innovazioni in tema di soluzioni concordate delle crisi d’impresa*, op. cit., 457.

39. ALESSANDRI, loc. ult. cit.; INSOLERA, *Riflessi penalistici della nuova disciplina del concordato preventivo*, cit., 469; D’ALESSANDRO, *Il nuovo art. 217 bis l. fall.*, cit., 204.

commissario. Non era questo il caso dell'attestatore: *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*.

L'attestatore, di conseguenza, non poteva rispondere del proprio falso, non essendo penalmente perseguibile la falsità ideologica in scrittura privata⁴⁰; del tutto inadeguato si riteneva, inoltre, il richiamo all'art. 483 c.p. (falso in atto pubblico realizzato dal soggetto privato), poiché l'attestazione del professionista è difficilmente definibile come un atto pubblico⁴¹.

Al più, il professionista avrebbe potuto concorrere con l'imprenditore individuale nel reato previsto dall'art. 236 l.f., riguardante l'esposizione di attività inesistenti e la simulazione di crediti al fine dell'ammissione al concordato preventivo⁴². Oltre gli angusti limiti dell'art. 236 l.f., le false od omesse dichiarazioni dell'attestatore erano irrilevanti per il diritto penale, a meno che queste integrassero tutti gli elementi della truffa (art. 640 c.p.), se del caso con l'aggravante del danno patrimoniale di rilevante gravità (art. 61 n. 7 c.p.)⁴³.

Per cercare di colmare le lacune di tutela derivanti dalla qualifica meramente privatistica dell'attestatore, altra parte della dottrina⁴⁴ sosteneva la qualifica di esercente un servizio di pubblica necessità, reputando soddisfatti i requisiti dell'art. 359 c.p. In effetti, il professionista svolge un'attività per cui è obbligatoria l'iscrizione a un albo (albo dei revisori e ordine degli avvocati o dei dottori commercialisti) e la sua opera di attestazione è posta come necessaria dalla l.f. allo scopo di accedere al concordato preventivo, al piano di risanamento e all'accordo di ristrutturazione⁴⁵.

La fattispecie di cui all'art. 481 c.p. appariva applicabile al professionista per un duplice ordine di considerazioni: da un lato, l'attestazione poteva essere ricondotta alla categoria dei certificati, poiché è destinata per legge a provare la verità dei fatti in essa contenuti; dall'altro lato, pur ammettendosi ai fini dell'art. 481 c.p. una falsità parziale, ovvero concernente i dati fattuali, non era da escludere una responsabilità derivante dal falso valutativo nel giudizio prognostico di fattibilità del piano⁴⁶, riprendendo la giurisprudenza in tema di false comunicazioni sociali e di false certificazioni edilizie⁴⁷.

Le prime decisioni circa la qualifica dell'attestatore a seguito del d.l. 80/2005 provengono dai giudici civili, i quali hanno assimilato i crediti a lui spettanti a quelli del consulente tecnico d'ufficio⁴⁸ o del commissario giudiziale⁴⁹. Nonostante ciò, una volta affermata la competenza della nomina del professionista, dopo un iniziale contrasto interpretativo⁵⁰, nella giurisprudenza civile di merito e di legittimità è prevalsa la natura puramente privatistica dell'incarico di attestatore⁵¹.

Dopo una pronuncia assoluta per il reato di falso di cui all'art. 479 c.p., che escludeva recisamente la possibilità di definire il professionista un pubblico ufficiale⁵², in am-

40. Come sostenuto da INSOLERA, loc. ult. cit., allo stesso modo non si poteva applicare al falso del professionista né il reato di cui all'art. 485 c.p., che punisce un'ipotesi di falso materiale e non ideologico, né quello dell'art. 373 c.p., in cui è necessaria la nomina del soggetto da parte dell'autorità giudiziaria.

41. Sebbene la norma dell'art. 483 c.p. sia impiegata dalla giurisprudenza per punire le false dichiarazioni del tecnico incaricato di attestare una determinata attività edilizia (cfr. Cass. Pen., sez. III, 24 gennaio 2003, n. 9527, in *Riv. Pen.*, 2003, 502), il ragionamento non è importabile nella materia fallimentare, in quanto l'attestazione del piano non ha ad oggetto esclusivo la veridicità di fatti, essendo al contrario preponderante la componente valutativa. In tal senso ALESSANDRI, *Profili penalistici delle innovazioni in tema di soluzioni concordate delle crisi d'impresa*, op. cit., 459.

42. INSOLERA, cit., 468; D'ALESSANDRO, loc. ult. cit.

43. D'ALESSANDRO, loc. ult. cit.; MANGIONE, *Riflessioni penalistiche sulla riforma delle procedure concorsuali*, cit., 900;

44. COCCO, *Esenzioni dai reati di bancarotta*, cit., 16; BRUNO, *Le responsabilità civili e penali degli organi amministrativi*, cit., 1142; GIUNTA, *Revocatoria e concordato preventivo: tutela penale*, in *Dir. Prat. Fall.*, 2006, 37.

45. GIUNTA, cit., 38.

46. COCCO, *Esenzioni dai reati di bancarotta*, cit., 17.

47. Si vedano *ex multis* Cass. Pen., sez. III, 7 dicembre 2007, in *Resp. Civi. Prev.*, 2009, 1119; Cass. Pen., sez. III, 13 gennaio 2006, in *Riv. Pen.*, 2007, 325.

48. Trib. Terni, 13 giugno 2011, su www.ilcaso.it.

49. Trib. Milano, 26 maggio 2011, su www.ilcaso.it.

50. Per il primo orientamento, che assegnava al Tribunale la competenza della nomina dell'attestatore: Trib. Bari, 14 agosto 2008, in *Fall.*, 2009, 467; Trib. Treviso, 20 aprile 2009. Per l'opposto indirizzo, poi prevalso e recepito dalla l. 134/2012: Trib. Roma, 23 febbraio 2011, su www.ilcaso.it; Trib. Mantova 31 marzo 2007; Trib. Brescia, 2 agosto 2007, su www.ilcaso.it; Trib. Milano, 16 luglio 2008, in *Fall.* 2009, 75; Trib. Vicenza, 4 giugno 2009.

51. Cass. Civ., sez. I, 29 ottobre 2009, n. 22927, su www.ilcaso.it.

52. Trib. Torino, 31 marzo 2010, in *Fall.*, 2010, 1439.

3.2

IL REATO PROPRIO
DELL'ATTESTATORE NEL RECENTE
ART. 236 BIS L.F.

bito penale si registra un precedente di merito assai significativo⁵³: il professionista era stato condannato per falso in certificato ai sensi dell'art. 481 c.p., sul presupposto che egli rivestisse la qualifica di esperto esercente un servizio di pubblica utilità, rappresentato dall'obbligatoria attestazione della veridicità dei dati a sostegno del concordato preventivo.

Se è vero che il provvedimento di condanna si iscrive entro l'indirizzo dottrinale favorevole alla qualifica di e.s.p.n. in capo all'attestatore e alla sua responsabilità per falso in certificato, è altrettanto vero che non sono mancate le critiche di diversi Autori⁵⁴, i quali hanno individuato nel percorso argomentativo del giudice di merito un'estensione analogica della nozione di "certificato" nell'art. 481 c.p., indotta dall'esigenza di coprire i vuoti di tutela creati dalle riforme della l.f.

Con l'art. 33 co. 1 lett. l) del d.l. 83/2012 è stato introdotto l'art. 236 *bis* l.f., che conia una fattispecie di falso propria del professionista attestatore, volta a colmare le lacune sottolineate da larga parte della dottrina penalistica⁵⁵. La norma, tuttavia, non stabilisce espressamente se il predetto soggetto svolga un incarico di natura privatistica o pubblicistica⁵⁶.

La parte maggioritaria della dottrina continua a sostenere la qualifica privatistica del soggetto: se si fosse trattato di pubblico ufficiale o di esercente un servizio di pubblica necessità, il legislatore non avrebbe sentito la necessità di aggiungere nella l.f. un reato di falso proprio dell'attestatore, ben potendosi applicare rispettivamente l'art. 480 oppure l'art. 481 c.p.⁵⁷.

Se il ragionamento è convincente con riferimento alla qualità di p.u., esso tuttavia, ad avviso di chi scrive, prova troppo rispetto alla teoria sull'esercizio di un servizio di pubblica necessità da parte del professionista, poiché la fattispecie di cui all'art. 236 *bis* l.f. potrebbe risolvere la diversa questione della mancata funzione certificativa dell'attestazione del piano, che avrebbe impedito secondo una parte della dottrina l'applicazione dell'art. 481 c.p. a tale figura particolare di e.s.p.n.

La *ratio* della fattispecie è quella di garantire l'attendibilità dell'attestazione dell'esperto nominato dal debitore; la veridicità della relazione rileva di per sé, a prescindere dal futuro esito della soluzione concordata della crisi e anche dalla produzione di un danno ai creditori, che è richiesta solo nella forma aggravata.

Per quanto riguarda il bene giuridico tutelato, il reato sembra oscillare tra due poli: da una parte, l'affidamento sulla veridicità del documento rimanda al bene della fede pubblica⁵⁸; dall'altra parte, si pone la tutela, per lo meno in via mediata, dell'interesse

53. Trib. Rovereto, 12 gennaio 2012, in *Fall.*, 2012, 834; ivi si legge che "la relazione dell'esperto, oltre ad un contenuto valutativo, è caratterizzata da un contenuto certificativo - dal quale discende uno specifico valore probatorio - appare evidente l'astratta configurabilità dei reati di falso, ed in particolare del reato di falso ideologico commesso da persone esercenti un servizio di pubblica necessità".

54. BORSARI, *Il nuovo reato di falso in attestazioni e relazioni del professionista nell'ambito delle soluzioni concordate alle crisi d'impresa. Una primissima lettura*, in questa Rivista, 2013, n. 1, pp. 84 ss.; TETTO, *Le false o fraudolente attestazioni del professionista ex art. 161, comma, 3 l. fall.: alla ricerca di un'evanescente tipicità penalmente rilevante*, in *Fall.*, 2012, 845; MUCCIARELLI, *Il ruolo dell'attestatore e la nuova fattispecie penale di "Falso in attestazioni e relazioni"*, pubblicato il 3 agosto 2012 sul sito www.iffallimentarista.it.

55. Vedi *retro* nel sottoparagrafo 3.1.

56. Ciò che invece ha fatto il decreto sviluppo è stato di precisare i requisiti di autonomia e di indipendenza dell'attestatore, intervenendo sul testo dell'art. 67 co. 3 lett. d) l.f.; in primo luogo, il cd. decreto sviluppo ha recepito gli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali prevalenti sul fatto che l'attestatore possa essere scelto e remunerato dall'imprenditore stesso, anzi è questa la competenza ordinaria della nomina secondo l'impianto della l.f. riformata. In secondo luogo, il d.l. 83/2012 stabilisce *expressis verbis* per la prima volta i requisiti necessari di indipendenza dell'attestatore: il professionista, seppur da lui nominato, non deve essere legato al soggetto in difficoltà economiche da pregressi rapporti personali o lavorativi. Ad esempio, l'attestatore non deve aver prestato negli ultimi cinque anni consulenze o attività in favore del debitore, né aver rivestito ruoli amministrativi o di controllo nella sua impresa. Non pare neppure ammissibile che la stessa persona fisica prima supporti l'imprenditore nella redazione del piano e poi ne attesti la veridicità e la convenienza, data la situazione di conflitto di interessi. È pur vero che il debitore potrebbe incaricare uno studio di professionisti di entrambe le prestazioni e allora l'incompatibilità assume sfumature incerte.

57. MUCCIARELLI, *Il ruolo dell'attestatore e la nuova fattispecie penale*, cit., 4.

58. PISTORELLI, *Novità legislative: d.l. 22 giugno 2012, n. 83, Rel. n. III/7/12, 13 luglio 2012*, www.cortedicassazione.it; BRICCHETTI-PISTORELLI, *Operazioni di risanamento, professionisti nel mirino*, in *Guida Dir.*, 14 luglio 2012, fasc. 29, 49. I due Autori esprimono perplessità sulla determinatezza della fattispecie,

patrimoniale dei creditori⁵⁹. In altri termini, l'art. 236 *bis* l.f. fornisce un presidio penalistico all'interesse dei creditori alla corretta informazione che, a propria volta, è il presupposto per una consapevole adesione al piano presentato dall'imprenditore.

In dottrina è stato sostenuto che, poiché la lesione effettiva delle ragioni creditorie comporta l'aggravamento di pena di cui al terzo comma, ai fini della fattispecie base del primo comma non si può prescindere dal pericolo per gli interessi patrimoniali dei soggetti interessati dal piano⁶⁰, potendosi anzi, a parere di alcuni⁶¹, riconoscere a questi ultimi la qualità di persone offese dal reato.

La condotta tipica dell'art. 236 *bis* l.f. si articola in due modalità alternative, una commissiva e una omissiva: l'esposizione di informazioni false e l'omissione di informazioni "rilevanti" in tutte le ipotesi di attestazione del piano della l.f.⁶²; le due condotte ricordano altre fattispecie di falso ideologico del privato, *in primis* il reato di false comunicazioni sociali degli artt. 2621-2622 c.c.⁶³.

Secondo autorevole dottrina⁶⁴, il requisito della rilevanza delle informazioni non può essere ristretto all'ambito della condotta omissiva, dovendosi comunque accertare, anche nella modalità attiva, che le informazioni falsificate siano "significative". In entrambi i casi, il criterio di rilevanza/significatività andrebbe riferito al giudizio finale di fattibilità del piano (vale a dire, il fatto che le informazioni omesse o alterate avrebbero potuto modificare la valutazione dell'attestatore sulle prospettive di riuscita del piano).

Il falso del professionista commesso per profitto proprio o altrui (si può immaginare del debitore in crisi o di un creditore forte) è punito con un'aggravante a effetto comune, mentre si prevede un'aggravante a effetto speciale (aumento fino alla metà) quando dal fatto deriva causalmente un danno ai creditori, secondo lo schema del delitto aggravato dall'evento.

Il principale problema posto dall'art. 236 *bis* l.f. riguarda l'estensione dell'oggetto materiale della condotta incriminata, ossia le "informazioni": ci si chiede se esse includano esclusivamente i dati contabili⁶⁵ oppure anche le valutazioni e i giudizi⁶⁶.

L'attestatore del piano, invero, ha l'obbligo di compiere due attività distinte: in primo luogo, egli deve controllare che i dati presentati dal debitore siano veritieri, confrontandoli con le scritture contabili messe a sua disposizione; in secondo luogo, l'attestatore ha l'obbligo di prevedere in modo ragionevole quanto sia sostenibile il piano di liquidazione o di conservazione dell'impresa, facendo una stima delle future probabilità di successo dell'accordo con i creditori.

Lo stesso soggetto, in sostanza, deve operare una diagnosi del bilancio e una prognosi sulle aspettative del debitore. Della prognosi di fattibilità del piano è arduo predicare la falsità nel senso di non rispondenza al vero; del resto, pure la diagnosi di veridicità dei

a causa della genericità del concetto di informazioni rilevanti e dell'attitudine espansiva del bene della fede pubblica in funzione esecutivo-applicativa.

59. BORSARI, *Il nuovo reato di falso in attestazioni*, cit., 23.

60. DEMARCHI ALBENGO, *La fattispecie incriminatrice di cui al nuovo articolo 236-bis della legge fall.; la responsabilità penale dell'attestatore*, doc. n. 325/2012, pubblicato il 10 novembre 2012 sul sito www.ilcaso.it.

61. BORSARI, *Il nuovo reato di falso in attestazioni*, cit., 26.

62. Sono elencate nel testo dell'art. 236 *bis* l.f. tutte le ipotesi di attestazione del piano: per la domanda di ammissione al concordato preventivo (compresa la nuova *species* con continuazione dell'attività), per l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione, per il piano di risanamento e, altresì, per il piano a fondamento di una richiesta di autorizzazione al finanziamento e al pagamento dei crediti pregressi, una delle novità del cd. decreto sviluppo.

63. Parla, infatti, di falso commissivo e falso omissivo nell'art. 236 *bis* l.f. DEMARCHI ALBENGO, cit., 8.

64. MUCCIARELLI, *Il ruolo dell'attestatore*, cit., 5.

65. Dal d.l. 83/2012 il compito del professionista di attestare la veridicità dei dati è stato esteso dall'originaria sede del concordato preventivo anche all'accordo di ristrutturazione e al piano di risanamento, mentre prima per questi era demandata all'esperto solo la valutazione della fattibilità.

66. Secondo la dottrina anteriore al d.l. 83/2012, era ammessa la punibilità del cd. falso valutativo nella relazione del professionista, qualora l'attestatore avesse consapevolmente disatteso i metodi delle scienze economiche nella stima delle voci di bilancio. Vi era invece un certo scetticismo rispetto alla falsità della valutazione di fattibilità, ossia di un giudizio prognostico: solo nei casi limite di assoluta irragionevolezza o abnormalità della previsione poteva applicarsi un reato di falso (art. 479 o art. 481 c.p. a seconda della ritenuta qualifica soggettiva del professionista). Su questo dibattito precedente all'art. 236 *bis* l.f. ma tuttora attuale rimandiamo a BRUNO, *Le responsabilità civili e penali degli organi amministrativi*, cit., 1140; ALESSANDRI, *Profili penalistici delle innovazioni in tema di soluzioni concordate delle crisi d'impresa*, op. cit., 462; INSOLERA, *Riflessi penalistici della nuova disciplina del concordato preventivo*, cit., 475.

dati non è priva di componenti valutative, come insegnano le discipline aziendalistiche sulla revisione dei conti (ad es., la stima dell'esigibilità di un credito) e come segnala da tempo il dibattito dottrinale circa i confini del c.d. falso valutativo nei reati di false comunicazioni sociali (artt. 2621-2622 c.c.) e di falsa attestazione dei revisori contabili (oggi *sub* art. 27 d.lgs. 39/2010).

La falsa attestazione di cui all'art. 236 *bis* l.f., può essere efficacemente inquadrata nella tematica del falso in valutazione, per lo meno qualora la verifica sulla veridicità dei dati aziendali posti a supporto del piano di risanamento richieda un vaglio approfondito della situazione economica e finanziaria del debitore, con apprezzabili margini di opinabilità o per lo meno di oscillazione. Per affermare la "falsità" del giudizio dell'attestatore, allora, bisogna guardare non tanto al suo esito conclusivo, quanto ai metodi e alle tecniche da lui impiegati. Qualora il risultato dell'attività valutativa non derivi dall'applicazione coerente e ragionevole delle "regole dell'arte"⁶⁷ oppure dei metodi previamente riportati dall'esperto, si determina l'ipotesi di falso penalmente perseguibile.

Dalla ricostruzione dell'art. 236 *bis* l.f. secondo lo schema del falso valutativo discende, inoltre, che non è necessaria la falsità del dato contabile fornito dal debitore, essendo sufficiente che l'attività discrezionale del professionista segua metodi errati o non riconoscibili *a posteriori* in maniera trasparente, oppure non compia le operazioni prescritte dalle scienze economiche.

A questo punto, si può compiere un passo ulteriore: essendo considerata "falsa" la valutazione del dato contabile che violi le regole di discrezionalità tecnica, non si vede perché si debba escludere dall'ambito di tipicità penale anche l'irragionevole previsione sulla fattibilità del piano, sia pur con una doverosa precisazione. La prognosi di fattibilità impedisce di formulare un qualsiasi giudizio di veridicità, dovendosi piuttosto parlare di un giudizio *ex ante* sulla probabilità di successo della proposta di ristrutturazione aziendale. Perciò, ammettendo il c.d. falso valutativo anche rispetto al giudizio di fattibilità del piano, occorre adottare il medesimo criterio metodologico appena menzionato, con particolare attenzione alla razionalità e alla verificabilità dei parametri di previsione adottati dal professionista⁶⁸.

Con tali correttivi interpretativi, dunque, è possibile includere nello spettro di tutela dell'art. 236 *bis* l.f. l'intera attività richiesta dalla l.f. all'attestatore: sia la mera revisione, sia la valutazione retrospettiva e prospettica, purché siano oggetto di accertamento la correttezza e la razionalità dell'informazione (*rectius*, della valutazione), non la corrispondenza delle previsioni del professionista agli eventi successivamente verificatisi.

L'interpretazione della nozione di "informazione" rilevante ai fini dell'art. 236 *bis* l.f. estesa ai giudizi del professionista è corroborata da alcuni indici normativi: in primo luogo, la disposizione non limita l'oggetto del falso o dell'omissione ai dati contabili, bensì si riferisce in maniera omnicomprensiva all'attività di attestazione. Una seconda conferma dell'intenzione del legislatore di punire il falso in valutazione si ricava dalla previsione espressa anche delle particolari attestazioni *sub* art. 182 *quinquies* e art. 186 *bis* l.f.⁶⁹, in cui l'esperto deve esprimere esclusivamente un giudizio di "funzionalità" della proposta del debitore alla miglior soddisfazione dei creditori⁷⁰, senza dover attestare la corrispondenza al vero delle informazioni su cui si fonda la richiesta.

67. MUCCIARELLI F., *Il ruolo dell'attestatore*, cit., 5.

68. BORSARI, *Il nuovo reato di falso in attestazioni*, cit., 24; MUCCIARELLI, loc. ult. cit.

69. Le due norme, introdotte dal cd. decreto sviluppo del 2012, concernono rispettivamente la richiesta di autorizzazione al giudice di sottoscrivere nuovi finanziamenti o di pagare crediti pregressi (art. 182 *quinquies* l.f.) e la domanda di concordato preventivo con prosecuzione dell'attività aziendale, cessione dell'azienda in esercizio ovvero conferimento dell'azienda in esercizio in una società (art. 186 *bis* l.f.).

70. DEMARCHI ALBENGO, *La fattispecie incriminatrice di cui al nuovo articolo 236-bis*, cit., 12.

3.3

CONSEGUENZE SISTEMICHE DEL REATO DI FALSE OD OMESSE ATTESTAZIONI NELLE SOLUZIONI CONCORDATE ALLE CRISI D'IMPRESA

Avuto riguardo al significato complessivo della previsione dell'art. 236 *bis* l.f., all'interno della l.f. riformata, si può osservare che la predetta disposizione (e con essa l'art. 19 l. 3/2012 in tema di sovraindebitamento dei debitori non fallibili, di cui parleremo avanti) può essere letta come indice di un'innovativa prospettiva teleologica nel diritto penale della crisi. Viene messo in secondo piano il bene della garanzia patrimoniale generica (perché ancora ci si muove in un contesto di liquidità dell'impresa e dunque di possibile soddisfazione delle ragioni creditorie), per lasciare il posto alla tutela della veridicità documentale e dell'affidamento nella relazione del tecnico.

Nell'ambito della riforma delle procedure concorsuali, non si tratta soltanto della previsione di un ulteriore reato o di un'altra categoria di soggetti destinatari del precetto penale: con l'art. 236 *bis* l.f. è finalmente assicurata una protezione penalistica alle soluzioni negoziali in sé e per sé considerate, a prescindere dal loro risultato positivo o negativo per i creditori.

Da ciò non si può peraltro dedurre che la nuova responsabilità dell'attestatore porterà di sicuro a un aumento dei ricorsi agli istituti negoziali in prevenzione dell'insolvenza; la fattispecie in discorso potrebbe al contrario produrre effetti distorsivi nell'applicazione pratica. Difatti, essendo presumibile che molte imputazioni del reato *sub* art. 236 *bis* l.f. faranno seguito allo stato di insolvenza del debitore, è probabile che la giurisprudenza adotti un orientamento rigoroso nei confronti del professionista: quando l'impresa è in crisi irreversibile sorgono *a posteriori* numerosi dubbi sulla credibilità della proposta del debitore e, di riflesso, sulla fondatezza dei modelli predittivi elaborati dall'esperto.

Un rimedio utile sul piano esegetico potrebbe essere quello di riferire la stima di fattibilità del piano alle informazioni conosciute e conoscibili dall'attestatore al momento dell'incarico e di controllare se, al progressivo peggiorare delle condizioni dell'impresa, il professionista avesse rivisto la propria previsione oppure avesse continuato a sostenerla, in modo da distinguere sul piano della colpevolezza tra assenza di errore, errore colposo ed errore doloso di valutazione.

Non basta, infatti, riscontrare una violazione delle prescrizioni tecniche in materia di giudizi sulla fattibilità del piano, secondo lo schema del falso valutativo, ma occorre che al discostamento dalle *leges artis* si accompagni l'elemento soggettivo della fattispecie, ossia il dolo generico. Per parte della dottrina⁷¹, poi, non è da escludere il dolo eventuale per il reato di cui all'art. 236 *bis* l.f., qualora l'esperto incaricato compia una verifica incompleta della veridicità dei dati contabili, con accettazione del rischio di attestare informazioni false⁷².

Altrettanto centrale nell'interpretazione dell'art. 236 *bis* l.f. è determinare quali siano i confini degli obblighi di revisione e previsione imposti al professionista dalla l.f.: si tratta infatti di comportamenti doverosi a contenuto variabile, che mutano a seconda della funzione attribuita per legge al documento oggetto di attestazione.

Occorre, cioè, individuare la specifica finalità del piano (esenzione da revocatoria, omologazione dell'accordo stragiudiziale di ristrutturazione dei debiti, ammissione al concordato, continuazione dell'esercizio dell'impresa, autorizzazione all'indebitamento o al pagamento dei crediti essenziali per l'attività); dai dati normativi emerge un'ampia gamma di proposte presentabili dal debitore e, di conseguenza, di valutazioni tecniche demandate al professionista⁷³.

Mentre l'esperto possiede certamente le competenze e i poteri consentanei alla stima sulla veridicità dei dati, pur dovendo prendere in esame una mole di dati contabili

71. DEMARCHI ALBENGO, loc. ult. cit.

72. Si può immaginare il caso non del tutto ipotetico di un attestatore che si limiti a ratificare un documento interamente predisposto da altri, omettendo in tutto o in parte i controlli a lui imposti dagli artt. 67, 161 e 182 *bis* l.f.

73. Resta sullo sfondo il potenziale contrasto tra il criterio della "sostenibilità" del piano (cioè sulle possibilità di integrale esecuzione) e quello della "convenienza" per i creditori (relativo invece al loro soddisfacimento rapido ed effettivo); un progetto può essere poco fattibile ma destinato alla totale soddisfazione dei creditori, oppure meno conveniente in termini temporali e quantitativi, ma sostenibile per la prosecuzione dell'attività e per il mantenimento dei livelli occupazionali e produttivi. Davanti a simili alternative bisogna capire cosa sia obbligato ad attestare il professionista e quali informazioni debbano essere messe in risalto.

in breve tempo, pare eccedere dai limiti dell'esigibile l'attestazione sulle previsioni di fattibilità del piano, che dipendono in larga misura da valutazioni personali e capacità progettuali proprie più dell'imprenditore che del consulente tecnico⁷⁴.

È dunque pressoché inevitabile che nella prassi giurisprudenziale l'art. 236 *bis* l.f. vada incontro a oscillazioni interpretative, a causa sia dell'elasticità della nozione di "informazioni rilevanti", sia dello stesso parametro di rilevanza, indicato dalla l.f. con clausole generali quali quella di "fattibilità" del piano o di "funzionalità" della proposta al miglior soddisfacimento dei creditori. Sebbene non fosse questo l'intento della riforma del 2012, si perviene così a un risultato contraddittorio nel sistema della l.f., per cui il giudizio penale sulla violazione dell'art. 236 *bis* l.f. rivela un'estensione assai più ampia di quella propria del giudizio civilistico del Tribunale in sede prefallimentare.

Il primo, infatti, potrebbe invadere la sfera di discrezionalità tecnica dell'attestatore, per accertare se le informazioni da lui omesse siano "rilevanti" oppure se le previsioni non avveratesi siano da considerarsi "false"; viceversa, il giudizio di omologazione dell'accordo o di ammissione al concordato, in base all'indirizzo prevalente della Cassazione civile⁷⁵, si limita a una verifica di legittimità formale del piano e dell'allegata attestazione del professionista, rigettando le sole relazioni che appaiano *ictu oculi* manifestamente illogiche o irragionevoli⁷⁶.

Non è difficile prevedere che i piani attestati, che pur abbiano ottenuto un giudizio favorevole in sede di omologazione dell'accordo di ristrutturazione o di ammissione al concordato preventivo, possano essere "travolti" dal processo penale, con conseguente ascrizione della responsabilità ai sensi dell'art. 236 *bis* l.f. a carico del professionista che li abbia attestati⁷⁷.

Per queste ragioni, alcuni Autori⁷⁸ hanno sottolineato il rischio di un pervasivo giudizio *a posteriori* in sede penale sull'operato del professionista, con il pericolo di un fenomeno di "selezione avversa" nella platea degli attestatori dei piani e perciò di stesura di relazioni tecniche scarsamente attendibili per i creditori e per il giudice⁷⁹.

Se così dovesse essere, si perderebbero i vantaggi perseguiti con l'introduzione dell'attestazione dell'esperto incaricato dal debitore: il Tribunale nominerebbe sempre un perito al fine di disporre di una valutazione affidabile del piano dell'imprenditore in crisi, ma la procedura subirebbe cospicui rallentamenti e duplicherebbe l'attività attestatrice, attribuendola in sequenza a due diversi soggetti⁸⁰.

Peraltro, non si può escludere che l'attestatore nominato dall'imprenditore possa incorrere in ulteriori imputazioni: si può configurare per esempio, almeno a livello astratto, il concorso del delitto di cui all'art. 236 *bis* l.f. con il reato di falso in certificato dell'art. 481 c.p., qualora si ritenesse l'attestatore un e.s.p.n. e l'attestazione un atto fidefacente.

74. Forse all'attestatore vien chiesto troppo, soprattutto tenendo conto del fatto che il suo intervento segue scadenze stringenti, dovendosi evitare l'avvio della procedura fallimentare o il pignoramento dei beni a titolo di esecuzione forzata del singolo creditore.

75. Sulla questione dell'ammissibilità dell'intervento del giudice nel merito per valutare la fattibilità del piano in sede di ammissione del concordato si attende la decisione dirimente delle Sezioni Unite Civili, a seguito dell'ordinanza di rimessione della Prima Sezione in data 15 dicembre 2011, n. 27063.

76. Si vedano Cass. Civ. n. 21860/10; Cass. Civ. n. 3274/11; Cass. Civ. n. 3586/11; Cass. Civ. n. 13817/11; Cass. Civ. n. 18987/11, tutte disponibili nell'archivio del sito dejure.it.

77. Tutto ciò in controtendenza con i più recenti indirizzi civilistici, che ridimensionano l'area degli "atti in frode" ai creditori, necessari ai fini della revoca del concordato *ex art.* 173 l.f. Mentre con la "frode" in termini civilistici si indicano le attività decettive rivolte ai creditori per influenzarne il voto in sede di adunanza, la fattispecie penale dell'art. 236 *bis* l.f. rivela potenzialità espansive, potendo addirittura prescindere dalla idoneità ingannatoria nei confronti dei creditori. Di conseguenza, atti che non potrebbero dar luogo alla sanzione civilistica della revoca del concordato ben potrebbero essere il presupposto di sanzioni penali a carico del professionista e del debitore concorrente nel reato di falso. Sulla nozione "evolutiva" di atti in frode ai creditori *ex art.* 173 l.f. rimandiamo ad AMBROSINI, *Il sindacato in itinere sulla fattibilità del piano concordatario nel dialogo tra dottrina e giurisprudenza*, in *Fall.*, 2011, 947.

78. MUCCIARELLI, *Il magistrato penale può rivalutare piani di ristrutturazione, accordi omologati e concordati preventivi?*, pubblicato in data 11 novembre 2012 sul sito www.ilfallimentarista.it.

79. RIVA, *Il rischio di selezione avversa sul "mercato" degli attestatori e i fattori necessari per limitarlo*, pubblicato il 28 settembre 2012 sul sito www.ilfallimentarista.it.

80. JORIO, *Pregi e carenze delle nuove norme*, Relazione al Convegno "Il diritto dell'impresa in crisi fra contratto, società e procedure concorsuali", tenutosi a Pisa il 12 ottobre 2012, inedita; concorde ZANICHELLI, *Attestazioni professionali e controlli giudiziari*, *ibidem*.

Inoltre, la norma lascia impregiudicata la responsabilità dell'attestatore a titolo di concorso nel reato del debitore, così che il professionista potrebbe concorrere nel reato di cui all'art. 236 l.f. o nei reati di bancarotta. Nell'ipotesi di concorso in bancarotta, del resto, si dovrà applicare all'attestatore la nuova esenzione *sub* art. 217 *bis* l.f., che senza dubbio si estende ai concorrenti, trattandosi di una causa di esclusione del fatto tipico. Occorre ricordare, però, che la recente "esenzione da reato" non è suscettibile di comprendere tutte le operazioni economiche e i negozi giuridici collegati al piano, cosicché i suoi angusti limiti operativi si ripercuoteranno sul professionista.

Specularmente, è pacificamente ammissibile il concorso del debitore quale *extraneus* nel reato proprio dell'attestatore *sub* art. 236 *bis* l.f., qualora contribuisca consapevolmente alla falsa esposizione di informazioni o all'omissione di dati rilevanti nella relazione che attesta il piano di risanamento⁸¹.

4

OSSERVAZIONI CONCLUSIVE

È giunto il momento di trarre un bilancio provvisorio circa gli effetti del decreto sviluppo nel sistema della l.f., in attesa che nella prassi si consolidino i contenuti applicativi delle novelle penali fallimentari del 2012.

I principi ispiratori delle riforme civilistiche avviate nel 2005 mal si conciliano con la *ratio* che sorregge le fattispecie incriminatrici originarie del 1942: le procedure vigenti, infatti, prendono le mosse da un approccio utilitaristico al superamento della crisi, tanto da dare spazio ad accordi privati in deroga alle regole generali del c.c. e della l.f., prime fra tutte la garanzia patrimoniale dell'art. 2740 c.c. e la *par condicio creditorum* dell'art. 2741 c.c.

La nuova tendenza liberalizzatrice si scontra con la severità immutata dei reati fallimentari, sia sotto il profilo della tipizzazione delle ipotesi di bancarotta, foriera di frequenti dilatazioni applicative, sia sotto il profilo delle pene edittali, di draconiano rigore. Nonostante i numerosi e cospicui benefici privatistici della l.f., le soluzioni negoziali della crisi rischiano di ricevere scarsa attenzione dal mercato, poiché non è stato allontanato lo spettro della futura insolvenza e delle responsabilità penali da questa discendenti.

Nell'ottica di favorire le soluzioni stragiudiziali dei conflitti tra debitore e creditori, nel 2012 è stata introdotta una procedura destinata ai soggetti non fallibili e denominata "composizione della crisi da sovraindebitamento" (l. 27.1.2012, n. 3)⁸².

La l. 3/2012, anteriore al decreto sviluppo, si segnala per aver previsto, per la prima volta, una responsabilità penale del professionista attestatore del piano di recupero, ai sensi dell'art. 19 co. 2. La Relazione di accompagnamento al d.l. 83/2012 dà conto di tale fondamentale innovazione nel sistema del "diritto della crisi" e spiega che per motivi di simmetria sanzionatoria e di rispetto del principio di uguaglianza (art. 3 Cost.) si imponeva l'inserimento nella l.f. di un'analogha incriminazione dell'esperto incaricato di attestare il piano dell'imprenditore soggetto a fallimento⁸³, avvenuto con l'art. 236 *bis* l.f.

Da un rapido confronto tra le due disposizioni penali, a dire il vero, nonostante una innegabile somiglianza lessicale, emerge il *deficit* di determinatezza dell'art. 236 *bis* l.f. *In primis*, mentre nell'ambito del sovraindebitamento il professionista è punito per la "falsa attestazione", che riguarda sia i dati sia i giudizi, la norma fallimentare si riferisce alla sola "falsa esposizione di informazioni", dando adito a incertezze sulla rilevanza del falso valutativo.

81. DEMARCHI ALBENGO, *La fattispecie incriminatrice di cui al nuovo articolo 236-bis della legge fall.*, cit., 19.

82. La procedura per il sovraindebitamento e gli strumenti negoziali alternativi al fallimento hanno numerosi elementi in comune, come la priorità assegnata alla via della pianificazione e della contrattazione assieme ai creditori, preferita a quella, tipica del fallimento, dello spossessamento e della liquidazione coattiva del patrimonio del debitore; inoltre, l'affidabilità del piano è riscontrata tramite il controllo tecnico di un professionista qualificato, che verifica soprattutto se il progetto sia sostenibile e idoneo a garantire il regolare pagamento dei creditori.

83. *Relazione illustrativa al d.l. 22 giugno 2012, n. 83, sub art. 33*, 154.

La condotta omissiva dell'art. 19 co. 2 l. 3/2012 si arricchisce di elementi ulteriori, che selezionano i comportamenti dotati di attitudine lesiva: è richiesto l'evento di danno ai creditori, cagionato dall'omissione o dal rifiuto "senza giustificato motivo" di un atto del professionista incaricato; all'opposto, l'art. 236 *bis* co. 1 l.f. prevede l'omissione di informazioni rilevanti, riservando all'aggravante del terzo comma l'evento di danno ai creditori.

Il reato inserito dal decreto sviluppo, quindi, appare insoddisfacente dal punto di vista del principio di determinatezza e tassatività⁸⁴; il rischio di applicazioni oltremodo estensive della norma aumenterebbe se al giudice penale fosse consentito il giudizio nel merito sul piano, con la facile conclusione *ex post* che l'offerta del debitore non poteva essere attestata perché "manifestamente irragionevole" oppure "assolutamente non fattibile".

A tal riguardo non si può che accogliere con favore l'introduzione nella disciplina della crisi debitoria dell'art. 236 *bis* l.f. e dell'art. 19 co. 2 l. 3/2012. L'attestatore, infatti, riveste un ruolo baricentrico rispetto ai piani del consumatore⁸⁵ e dell'imprenditore, sia esso fallibile o non fallibile; la responsabilità penale per le false attestazioni in tutte queste procedure dovrebbe incentivare il ricorso ai nuovi strumenti negoziali, poiché essa rafforza il potere persuasivo del piano di risanamento e, indirettamente, aumenta il tasso di adesione dei creditori all'accordo.

Tali novità sono il chiaro segno di un mutamento di paradigma della *ratio puniendi*, a favore della tutela anticipata al momento della presentazione della domanda di accordo, senza attendere la produzione di una lesione effettiva degli interessi patrimoniali dei creditori.

Le riforme del 2012, peraltro, hanno disegnato nuovi contorni dell'area di atipicità penale tracciata dall'art. 217 *bis* l.f., estendendola al pagamento di crediti pregressi e all'assunzione di nuove obbligazioni, purché attestati dal professionista e autorizzati dal giudice (d.l. 83/2012), nonché all'esecuzione di un piano per il sovraindebitamento (l. 221/2012).

L'estensione operata dal decreto sviluppo elimina alla radice qualsiasi problema di coordinamento tra l'art. 217 *bis* l.f. e i benefici riconosciuti dall'art. 182 *quinquies* l.f. Dato il principio di stretta interpretazione degli elementi del fatto, anche di quelli a carattere negativo, la modifica è senz'altro opportuna, non potendosi allargare i confini dell'art. 217 *bis* l.f. in via esegetica. D'altronde, i due istituti dell'art. 182 *quinquies* l.f. costituiscono chiare eccezioni alla *par condicio creditorum* e sarebbero stati difficilmente esclusi dall'ambito della bancarotta preferenziale senza una parallela integrazione dell'art. 217 *bis* l.f.

Lascia invece scettici l'aggiunta dei piani di composizione del sovraindebitamento al testo dell'art. 217 *bis* l.f., avvenuta con la conversione del decreto sviluppo *bis*. La previsione si occupa di una situazione marginale: quella di un soggetto erroneamente ammesso alla procedura di sovraindebitamento, che dia attuazione al piano senza successo, con il risultato di una crisi irreversibile; in seguito uno dei soggetti legittimati dall'art. 6 l.f. potrebbe proporre domanda di fallimento e il Tribunale, accertata la fallibilità del debitore, ne potrebbe dichiarare l'insolvenza. Grazie alla modifica del dicembre 2012, adesso gli atti compiuti da questo ipotetico debitore non integrano le ipotesi di bancarotta semplice e preferenziale.

A ben vedere, le sorti dell'art. 236 *bis* l.f. e dell'art. 217 *bis* l.f. dipenderanno dalla soluzione di un'unica questione: l'estensione dei poteri del giudice penale nel merito della valutazione di fattibilità del piano.

Nel reato di falso dell'attestatore *sub* art. 236 *bis* l.f., i dubbi interpretativi non verteranno sulle mendaci dichiarazioni delle voci di bilancio, bensì sui criteri di giudizio

84. BRICCHETTI-PISTORELLI, *Operazioni di risanamento, professionisti nel mirino*, cit., 47.

85. Annotiamo la recente introduzione con il cd. decreto sviluppo *bis* (d.l. 179/2012, convertito in l. 221/2012) di una procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento destinata specificamente al consumatore; le composizioni stragiudiziali della crisi quindi sono maggiormente differenziate e adattate alle caratteristiche del debitore: da una parte l'impresa fallibile con gli istituti della l.f., dall'altra quella non fallibile, tenuta a sua volta distinta dal consumatore dalla l. 3/2012 riformata.

da impiegare per il falso valutativo in questo settore, ossia per la “falsa” attestazione di fattibilità. I parametri di ragionevolezza e di correttezza metodologica, difatti, sono armi a doppio taglio: essi delimitano la responsabilità penale del professionista se ancorati saldamente alle regole tecniche delle scienze aziendalistiche; allo stesso tempo, essi possono estendere la fattispecie di falso *ad libitum*, se intesi nell’accezione di “intrinseca logicità” o “evidente razionalità”, con ampio ricorso a valutazioni discrezionali del giudice circa la loro ricorrenza.

Per la causa di esclusione della tipicità di cui all’art. 217 *bis* l.f., l’importanza del giudizio penale nel merito del piano è fatta palese dalla lettera della disposizione, ove si condiziona “l’esonero da reato” all’omologa del concordato preventivo o dell’accordo di ristrutturazione. In futuro la giurisprudenza dovrà sicuramente occuparsi della sindacabilità da parte del giudice penale del provvedimento di omologazione in sede civile.

A nostro avviso, sarebbe preferibile seguire l’orientamento espresso dalle Sezioni Unite⁸⁶ sull’insindacabilità penale della sentenza dichiarativa di fallimento quanto ai presupposti di fallibilità (art. 1 e art. 5 l.f.). A ragionar altrimenti, il vaglio positivo del piano da parte del Tribunale in fase prefallimentare potrebbe essere vanificato *a posteriori* dal giudice penale e, con ciò, verrebbe meno l’operatività dell’art. 217 *bis* l.f., con la riviviscenza delle passate problematiche riguardanti l’applicabilità dei reati di bancarotta ai piani stragiudiziali non riconosciuti dall’ordinamento.

In conclusione, nel tentativo di offrire nuove soluzioni a tradizionali questioni del diritto penale fallimentare, il decreto sviluppo potrebbe al contrario rivitalizzarne lo spessore problematico, chiamando la dottrina a un delicato compito di coordinamento sistematico.

86. Cass. Pen., Sez. un., 28 febbraio 2008, n. 19601, ric. Niccoli, CED Cass. n. 239398, in *Cass. Pen.*, 2008, 3602.