

Sez. VI, 18 gennaio 2011, Pres. Serpico, Rel. Fidelbo, P.M. Riello (concl. conf.); Ric. Aurora s.r.l.

(1) Massima pienamente condivisibile sulla quale non risultano precedenti negli stessi termini.

**206. Ricettazione - Acquisto di sostanze medicinali spacciate in frode ad un valido brevetto - Concorso nel delitto di frode brevettuale - Esclusione - Ricettazione - Configurabilità** (Cod. pen. art. 648; R.D. 29 giugno 1939, n. 1127, art. 88; d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30, art. 127).

Commette il delitto di ricettazione il farmacista che riceve sostanze medicinali prodotte in frode ad un valido brevetto, dovendosi escludere che per il solo fatto di aver acquistato le suddette sostanze egli possa essere ritenuto concorrente nel reato presupposto di frode brevettuale (1).

Sez. II, 7 gennaio 2011, Pres. Esposito, Rel. Gallo, P.M. Delehaje (concl. conf.); Ric. Conticini e altri.

(1) Non risultano precedenti negli stessi termini.

**207. Ricettazione - Circostanze attenuanti speciali di particolare tenuità - Elementi previsti dall'art. 133, Cod. pen. compresa la capacità a delinquere - Obbligo di valutazione - Sussistenza** (Cod. pen. artt. 648, secondo comma, 133).

In tema di ricettazione, ai fini della configurabilità dell'ipotesi attenuata, non rileva esclusivamente il valore della cosa ricettata, ma devono considerarsi anche tutti gli elementi previsti dall'art. 133 Cod. pen., ivi compresa la capacità a delinquere dell'imputato (1).

Sez. VI, 2 febbraio 2011, Pres. De Roberto, Rel. Matera, P.M. Salvi (concl. conf.); Ric. Marfè.

(1) Giurisprudenza costante.

*Ex plurimis*, v. Cass., Sez. II, 8 gennaio 2009, ric. Galli, in questa Rivista 2009, II, 655, 231, con indicazione di altri precedenti, secondo cui in tema di ricettazione, ai fini della configurabilità dell'ipotesi attenuata, non rileva esclusivamente il valore della cosa ricettata, ma si deve avere riguardo anche agli elementi previsti dall'art. 133 Cod. pen., ivi compresi i precedenti penali.

## DIBATTITI

### I delitti di bancarotta alla luce del nuovo art. 217 bis l. fall.: qualcosa è cambiato?

SOMMARIO: - 1. Le origini remote della introduzione dell'art. 217 bis l. fall. - 1.1. I problemi preesistenti: la 'depenalizzazione occulta' e la sfasatura tra gli immutati reati fallimentari e la novellata disciplina delle procedure concorsuali. - 2. L'occasione persa: il d.d.l. n. 1741-C. - 3. La conversione del d.l. n. 78/2010 in l. n. 122/2010 e l'inserimento dell'art. 217 bis nella legge fallimentare. - 4. La *ratio* 'artificiale' di questa nuova ipotesi di non punibilità. - 5. I problemi sollevati. - 5.1. L'insolita denominazione "Esenzione dai reati" e le incertezze circa la natura giuridica. - 5.2. Gli indizi ricavabili dal processo. - 6. Gli elementi costitutivi dell'art. 217 bis l. fall. - 6.1. Il discusso significato della clausola "in esecuzione". - 7. La controversa applicabilità dell'art. 217 bis l. fall. alla bancarotta societaria. - 8. I problemi sorti in materia di azione revocatoria: a) l'eccessiva indeterminazione dei requisiti del piano di risanamento. - 8.1. (Segue ...) b) il rinvio tassativo unicamente all'art. 67, comma 3, lett. d) l. fall. - 9. I problemi in

materia di concordato preventivo. - 10. (Segue ...) e quelli in materia di accordi di ristrutturazione del debito.

1. *Le origini remote della introduzione dell'art. 217 bis l. fall.* - Con la legge 30 luglio 2010 n. 122 il legislatore è intervenuto per l'ennesima volta sulla disciplina del diritto fallimentare, modificando il Titolo VI del r.d. 267/1942 sulle *Disposizioni penali* attraverso l'introduzione di una nuova norma, l'art. 217 bis, con cui ha inteso espressamente rimodulare il perimetro applicativo delle fattispecie incriminatrici in materia di bancarotta preferenziale e semplice disciplinate dai due articoli precedenti.

Prima, però, di procedere alla esegesi critica di questa disposizione è opportuno ricostruire le ragioni e le strade che hanno condotto alla sua emanazione, poiché solo così è possibile comprendere come essa, piuttosto che dipanare i problemi interpretativi che era stata chiamata a risolvere, in realtà, ha finito per sollevarne di nuovi a causa della sua poco meditata ed imprecisa formulazione.

Com'è noto, le recenti riforme degli ultimi anni che, dopo una lunga attesa ed un travagliato percorso (1), hanno rinnovato in maniera profonda il diritto fallimentare (il d.lgs. n. 5/2006, attuativo della legge delega n. 80/2005, ed il d.lgs. n. 169/2007 c.d. 'correttivo') sono state contrassegnate dalle medesime tare: la *settorialità* del raggio di intervento (tutte hanno inciso unicamente sulla parte civilistica del r.d. n. 267/1942 relativa alla descrizione ed alla regolamentazione delle procedure concorsuali, senza toccare quella sanzionatoria); l'*assenza di ogni coordinamento* dei nuovi istituti da esse introdotti con le preesistenti ed immutate disposizioni penali di cui agli artt. 216 e ss. l. fall. (2).

In tutte queste occasioni il legislatore, pur consapevole della obsolescenza giuridica e della imperfezione, oltre che degli ultrasessantenni istituti del diritto fallimentare, anche delle correlate norme incriminatrici forgiate in un *humus* giuridico ed economico radicalmente diverso dall'odierno (3), ha proceduto a rimodernare unicamente i primi.

L'anomalia di questo *modus operandi* è apparsa subito evidente: siccome tutte le fattispecie che compongono l'area del diritto penale fallimentare erano (e continuano ad essere) intrise di *elementi normativi*, inevitabilmente ogni modifica apportata a questi ultimi non poteva non incidere anche su di esse, alterandone la morfologia.

Le ragioni di questa scelta all'apparenza poco comprensibile possono essere agevolmente rinvenute volgendo lo sguardo al passato ed analizzando il tortuoso *iter legis* seguito dai summenzionati decreti.

La Commissione ministeriale Trevisanato, nominata nel 2001 presso il Ministero di Giustizia per procedere alla integrale riforma della disciplina delle procedure concorsuali, era in principio perfettamente consapevole del profilo della interdisciplinarietà della materia fallimentare e della conseguente opportunità di coordinare le modifiche inerenti alla sua parte precettiva con le norme costituenti il comparto penalistico, sicché aveva presentato nel 2003 un analitico disegno di legge (in realtà in due versioni leggermente diverse (4)) sud-

(1) Una radicale modifica della disciplina legislativa della crisi di impresa era auspicata da tempo dalla dottrina, risultando oramai datata ed inadeguata quella preesistente a causa dell'eccessiva lunghezza delle procedure, dei costi elevati, dell'incapacità di preservare i valori aziendali e di garantire rimborsi soddisfacenti per i creditori. In argomento, tra i tanti, si vedano A. Jorio-S. Fortunato, *La riforma delle procedure concorsuali*, Milano, 2004; B. Libonati, *Prospettive di riforma sulla crisi dell'impresa*, in *Giur. comm.*, 2001, II, 327 ss.

(2) Sul punto si veda, *ex multis*, G. Casaroli, *Disposizioni penali*, in *Commentario breve alla legge fallimentare*, a cura di A. Maffei Alberti, 5ª ed., Padova, 2009, 1177; F. Mucciarelli, *Stato di crisi, piano attestato, accordi di ristrutturazione, concordato preventivo e fattispecie penali*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2009, 825 ss.; G.G. Sandrelli, *Introduzione artt. 216-241*, in *Codice commentato del fallimento*, a cura di G. Lo Cascio, Milano, 2008, 1761.

(3) F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, II, 12ª ed., a cura di C.F. Grosso, 2008, 16 ss.

(4) Sui due diversi progetti presentati dalla Commissione Trevisanato, cfr. A. Alessandri, *Profili penalistici delle innovazioni in tema di soluzioni concordate delle crisi di impresa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 112.

diviso in circa duecentocinquanta articoli e destinato a rimodellare l'intera disciplina del diritto fallimentare anche, ovviamente, quella relativa alle norme incriminatrici (5).

Al momento della stesura del testo definitivo della legge delega n. 81/2005, però, mancando una unanimità di vedute sulle linee politico-criminali da seguire relativamente ai c.d. (con una ormai condivisa espressione ellittica) reati fallimentari, soprattutto in riferimento ad alcune soluzioni eccessivamente indulgenti e poco ragionevoli prospettate in materia di bancarotta impropria in un parallelo e 'scoordinato' disegno di legge, la stessa Commissione optò per la soluzione più agevole (anche se sicuramente più illogica) di *stralciare* ed archiviare l'intera parte del testo che li riguardava e di conferire mandato al Governo esclusivamente per la redazione di un decreto legislativo attinente la disciplina delle procedure concorsuali (6).

L'esito di questo strabico intervento di ortopedia giuridica è stato quello di ridisegnare l'attuale normativa della crisi d'impresa in maniera *asimmetrica*, prescindendo dal rapporto osmotico esistente tra le sue parti a causa della cospicua presenza in quella penalistica di elementi normativi ricavabili da quella civilistica.

Le preesistenti fattispecie incriminatrici – peraltro già ritenute, a causa dell'eccessivo e dispersivo impiego della tecnica analitico-casistica e dei rinvii a cascata, inadeguate e bisognose di un significativo *restyling* prima del 2005 (7) – non

(5) Il testo originario, naturalmente, comprendeva anche disposizioni volte ad allineare le fattispecie incriminatrici alle novità previste in materia di procedure concorsuali. Per una valutazione critica delle modifiche in quella sede immaginate per i reati fallimentari si rinvia alle analitiche considerazioni formulate da G. G. Sandrelli, *Le norme penali e processuali nel testo della Commissione Trevisanato*, in <http://appinter.csm.it/incontri/relaz/11601.pdf>.

(6) In effetti, un contributo determinante al naufragio di questo progetto di riforma è stato fornito dall'improvvida decisione del Governo dell'epoca di stilare un d.d.l. alternativo di modifica dei reati fallimentari (il d.d.l. n. 2342) lungo direttrici ben diverse da quelle tracciate nella progettazione della Commissione Trevisanato e decisamente più irragionevoli. Il 'fiore all'occhiello' di questo tentativo 'alternativo' di riforma era rappresentato, infatti, dall'abbattimento dei limiti edittali delle pene per i principali reati fallimentari e dalla differenziazione della risposta punitiva della bancarotta individuale – punita con la pena fino a sei anni – da quella della bancarotta societaria, punita (*sic!*) più lievemente con una pena fino a quattro anni agevolmente estinguibile per il decorrere dei termini di prescrizione. In argomento cfr. A. Alessandri, *Profili penalistici*, cit., 111; A. Manna, *Dalla riforma dei reati societari alla progettata riforma dei reati fallimentari*, in *Diritto e impresa: un rapporto controverso*, Milano, 2005, 186; G. Perdonò, *I reati fallimentari*, in *Corso di diritto penale dell'impresa*, a cura di A. Manna, Padova, 2010, 433.

(7) È noto che, per tali ragioni, già più volte nel recente passato si è cercato di attuare una radicale riforma della obsoleta disciplina dei reati fallimentari, senza però mai riuscirci. Circoscrivendo lo sguardo agli ultimi venti anni, la prima interessante proposta di riforma è stata elaborata nel 1992 dalla Commissione Pagliaro all'interno del ben più ampio ed ambizioso progetto di ricodificazione della materia penale, finalizzato a recuperare nel nostro sistema penale la sempre più logora idea della "centralità del codice". Nello Schema di delega legislativa per l'emanazione di un nuovo codice penale venne, infatti, previsto l'assorbimento di queste fattispecie incriminatrici all'interno della Parte speciale del codice, segnatamente nell'ambito di un autonomo titolo destinato a raccogliere tutti i reati contro l'economia.

Altre due proposte di riforma sono state, invece, infruttuosamente presentate durante la XIII legislatura: una, la n. 7458, il 24 novembre 2000, nell'ambito di un disegno di legge di iniziativa governativa a firma dell'allora Ministro di Giustizia Fassino recante "*Delega al Governo per la riforma delle procedure relative alle imprese in crisi*"; l'altra, la n. 7497, pressoché contestualmente, il 14 dicembre 2000, su iniziativa dell'onorevole Veltroni e di altri deputati, all'interno di un altro disegno di legge recante "*Delega al Governo per la riforma delle procedure delle imprese in crisi*". Entrambi i progetti di riforma appena citati sono pubblicati in *Nuove regole per le crisi di impresa*, a cura di A. Jorio, Milano, 2001, 345 ss.; per dei commenti cfr. F. Sgubbi, *Le nuove regole penali*, ivi, 135 ss.; L. Foffani, *Crisi d'impresa e intervento penale: le linee di una riforma possibile*, in *Crisi d'impresa e riforma della legge fallimentare*, a cura di C. Piccininni-M. Santaroni, Roma, 2002, 320; A. Manna, *Dalla riforma dei reati societari*, cit., 174. Per una ricostruzione della cronologia e dei contenuti salienti di tutti i

sono state neanche minimamente adeguate alle importanti modifiche realizzate sul versante civilistico, dando così vita all'interno della legge fallimentare ad un assurdo *bicefalismo* come testimonia la mancata 'sintonizzazione' dei reati di bancarotta di cui agli artt. 216 e ss. 1. fall. con le possibili condotte penalmente rilevanti implicate dagli istituti di nuovo conio, quali i piani di risanamento di cui all'art. 67, comma 3, lett. d) ed il concordato preventivo di cui all'art. 160 l. fall. e gli accordi di ristrutturazione del debito di cui all'art. 182 bis l. fall. (8).

Nella disciplina attualmente vigente della crisi di impresa *convivono* così, da un lato nozioni, regole e *procedure* ispirate ad una logica marcatamente *privatistica e conservativa* – orientate peraltro a ridurre la sfera di azione dell'autorità giudiziaria nei momenti patologici delle aziende tramite soluzioni concordate tra creditori e debitore in vista della sopravvivenza dell'impresa – e, dall'altro, *fattispecie incriminatrici* ispirate ad una ben diversa ottica *pubblicistica, punitiva e liquidatoria*, tipica del periodo storico in cui hanno visto la luce, che, partendo dalla concezione della declaratoria fallimentare come evento dei suddetti reati, aprivano in maniera pressoché automatica le porte delle imprese fallite al giudice penale ed alla scure della sanzione criminale (9).

L'improprietà di questa '*riforma dimezzata*' è ulteriormente acuita dal raffronto con analoghi, recenti, interventi novellistici che hanno coinvolto altri due importanti settori del diritto penale dell'economia e, precisamente, quello del diritto penale societario e quello della tutela penale del risparmio (10).

Sia nel 2002 in occasione della riforma del primo, sia nel 2005 in occasione della riforma del secondo, il legislatore ha giustamente ritenuto che una modifica degli aspetti nevalgici di ciascuno di questi comparti di disciplina dovesse necessariamente passare attraverso un parallelo adattamento delle norme penali che le coinvolgevano, anche se collocate al di fuori del rispettivo e circoscritto campo di materia e, dunque, nel diritto fallimentare. In entrambe le circostanze, oltre a riscrivere le disposizioni (anche sanzionatorie) relative al diritto societario ed alla gestione del risparmio, si è proceduto all'aggiornamento di quelle '*collegate*' situate nella legge fallimentare: con l'art. 4 del d.lgs. n. 61/2002 si è provveduto alla riforma della c.d. bancarotta societaria di cui all'art. 223, comma 1 l. fall.; mentre con la legge n. 262/2005 si è realizzato un *restyling* delle fattispecie incriminatrici di cui agli artt. 218-225 l. fall. poste a tutela del risparmio.

Una simile comparazione rivela un singolare paradosso: le uniche innovazioni significative al Titolo VI delle *Disposizioni penali* della legge fallimentare sono state apportate attraverso interventi settoriali ed episodici finalizzati ad adattare alcune vecchie fattispecie incriminatrici alle nuove regole dettate per il diritto societario e per il risparmio gestito, e non – come sarebbe stato legittimo attendersi – nell'ambito della riforma organica delle procedure concorsuali.

1.1. *I problemi preesistenti: la 'depenalizzazione occulta' e la sfasatura tra gli immutati reati fallimentari e la novellata disciplina delle procedure concorsuali.* – In ogni caso – al di là del raffronto con altre omologhe novelle nel campo del diritto commerciale e finanziario – il comportamento del legislatore, oltre a destare perplessità per la sua scarsa coerenza rispetto ai criteri orientativi indicati dalla troppo spesso trascurata '*scienza della legislazione*' (11), ha soprattutto deter-

progetti di riforma ora elencati si rinvia a G. Perdonò, *I reati fallimentari*, cit., 430 ss.; A. Conz, *I criteri interpretativi ed i progetti di riforma dell'art. 216 comma 1 n. del r.d. n. 267 del 1942: l'esempio della bancarotta patrimoniale fraudolenta per distrazione*, in *Ind. pen.*, 2007, 599 ss.

(8) Cfr. A. Mangione, *Riflessioni penalistiche sulla riforma delle procedure concorsuali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 891.

(9) Sul punto cfr. L. G. Bruno, *Le responsabilità civili e penali degli organi amministrativi e di controllo nella gestione della crisi d'impresa e nell'insolvenza*, in *Fall.*, 2008, 1130 s.

(10) In tal senso si rinvia ad A. Alessandri, *Profili penalistici*, cit., 111.

(11) Per un manifesto della scienza della legislazione penale ancora oggi attuale, sebbene immaginato per affrontare temi diversi da quello

minato problemi di non poco momento sul piano applicativo.

Ed infatti trattandosi, come si è detto poc'anzi, di una materia in cui il contenuto delle fattispecie incriminatrici è sostanzialmente definito dalle norme civilistiche cui sono indissolubilmente avvinte, le modifiche apportate a queste ultime hanno indirettamente riverberato effetti devastanti anche sulle prime.

Il diritto penale fallimentare, cioè, pur non essendo stato espressamente toccato dalla riforma degli anni Duemila, ha finito con l'essere anch'esso *involontario (?) protagonista* della stessa sotto due diversi profili.

Per un verso, la novella della parte civilistica della legge fallimentare ha dato vita ad una vera e propria *'depenalizzazione occulta'* dei reati fallimentari, dal momento che ha causato una sensibile, seppur *'silenziosa'*, riduzione del loro campo di applicazione. Pur non sancendo espressamente alcun declassamento dei reati di bancarotta, ha indirettamente inciso sulla loro configurabilità astratta, producendo effetti deflativi sui carichi di lavoro della autorità giudiziaria penale molto più incisivi di quelli generati da espliciti interventi legislativi di depenalizzazione che in passato hanno riguardato fattispecie incriminatrici desuete di scarsa o nulla applicazione (12).

In particolare, attraverso quattro diversi tipi di interventi che hanno modificato i tratti salienti del diritto fallimentare, si è creato un vero e proprio imbuto extra-processuale che ha reso molto più difficile l'inizio di un procedimento penale per fatti di bancarotta, nonché per tutti gli altri reati commessi nell'ambito delle procedure concorsuali. Le novelle civilistiche hanno, infatti, drasticamente ridotto la possibilità di pervenire alla declaratoria fallimentare e, dunque – dal momento che il fallimento costituisce pur sempre una imprescindibile condizione obiettiva di punibilità della quasi totalità degli stessi – hanno nettamente ridimensionato, in modo direttamente proporzionale, anche il numero di processi penali per reati fallimentari.

Ci si riferisce, specificamente, alla ridefinizione nell'art. 1 l. fall. dei *requisiti di fallibilità dell'imprenditore* e, quindi, anche – per quel che in questa sede interessa – dei potenziali autori di reati fallimentari; all'eliminazione nell'art. 6 l. fall. della *dichiarabilità d'ufficio del fallimento* da parte del Tribunale ed alla sua sottoposizione obbligatoria al ricorso di uno o più creditori od alla richiesta del p.m. (ricorso peraltro dal quale il creditore può anche desistere, riducendo ancor di più il numero dei fallimenti e, quindi dei correlati reati fallimentari) (13); alla introduzione di una causa di esenzione dal fallimento tramite la fissazione di uno *sbarramento quantitativo* ai sensi dell'art. 15, comma 7, l. fall. che impedisce di pronunciare una sentenza di fallimento se l'ammontare dei debiti scaduti e non pagati risultanti dagli atti dell'istruttoria prefallimentare sia complessivamente inferiore a euro trentamila (14); alla previsione negli articoli 67, 160 e 182 *bis* l. fall., già citati in precedenza, di istituti finalizzati ad evitare il fallimento attraverso il ricorso alla *composizione privata ed anticipata* dello stato di crisi dell'impresa.

Per altro verso essa, avendo rimodulato indirettamente alcuni elementi costitutivi essenziali dei reati fallimentari, ha ingenerato notevoli *contrastanti interpretativi* nella giurisprudenza e nella dottrina relativamente (per ora, ma non è escluso che in seguito ne emergano altri di analoga complessità) ai seguenti rilevanti aspetti di diritto intertemporale: la perdurante rilevanza penale dei fatti commessi prima del 2005 da imprenditori non più considerabili oggi fallibili e, dunque, potenziali soggetti attivi dei delitti di bancarotta propria in seguito all'aggiornamento nell'art. 1 l. fall. della nozione di piccolo imprenditore e delle relative *'soglie di fallibilità'*; la

oggetto di questa trattazione, si veda G. Filangieri, *La scienza della legislazione*, Napoli, 1785, ristampa anastatica, Napoli, 2003, 7 ss.

(12) In generale, per approfondimenti sulle depenalizzazioni si rinvia per tutti a C.E. Paliero, *Depenalizzazione*, in *Dig. disc. pen.*, III, Torino, 1990, 430 ss.

(13) Sul punto, nella ormai vasta produzione scientifica, si rinvia anche per ulteriori indicazioni bibliografiche a M. Faccioli-A. Zaccaria, *Sub art. 6*, in *Commentario breve alla legge fallimentare*, cit., 30.

(14) Cfr. ancora M. Faccioli-A. Zaccaria, *Sub art. 6*, cit., 69.

persistente operatività della fattispecie di cui all'art. 237 l. fall. in materia di reati commessi durante l'amministrazione controllata, in seguito alla esplicita abrogazione di tale procedura concorsuale; l'applicabilità al liquidatore del nuovo concordato preventivo delle disposizioni incriminatrici dettate per le persone diverse dal fallito nell'art. 236 l. fall.

Il grado di disorientamento generato da questa incompleta riforma del diritto fallimentare tanto tra i pubblici ministeri chiamati a formulare i capi di imputazione, quanto tra i giudici chiamati a valutare la loro tenuta e gli avvocati chiamati a garantire l'effettivo e pieno esercizio del diritto di difesa dei propri assistiti, è testimoniato dal fatto che per la soluzione di tutti i quesiti appena menzionati è stato necessario ricorrere ogni volta all'*intervento chiarificatore* (anche se non sempre condivisibile) delle *Sezioni unite penali* della Suprema Corte.

Per quel che concerne il problema del *piccolo imprenditore non fallibile* e non punibile ai sensi degli artt. 216 e ss. l. fall., con una prima pronuncia del 2008 è stato affermato (in maniera davvero poco comprensibile e, peraltro, poco coerente con le premesse teoriche contenute nella medesima sentenza) che i reati commessi sotto la vigenza della vecchia disciplina da chi, dopo la fissazione dei nuovi e più selettivi requisiti dell'art. 1 l. fall., può essere oggi considerato *'piccolo imprenditore'* e, dunque, soggetto escluso dalla applicabilità dei reati fallimentari, continuano ancora ad essere punibili, non essendosi verificata alcuna modifica mediata di leggi penali, tenuto conto che la novella dell'art. 1 non ha inciso sull'ambito di operatività soggettivo dei delitti di bancarotta fraudolenta propria e che la nozione di imprenditore costituisce un mero presupposto soggettivo per la dichiarazione di fallimento come tale non sindacabile nuovamente dal giudice penale durante il processo (15).

Per quanto riguarda, invece, la *querelle* sulla sopravvivenza del reato di cui all'art. 237 l. fall. alla esplicita abrogazione dell'istituto *dell'amministrazione controllata*, con una sentenza del 2009 le Sezioni Unite hanno affermato che la sua abolizione unitamente "alla soppressione di ogni riferimento ad esso contenuto nella legge fallimentare ad opera dell'art. 147 d. lgs. n. 5/2006 ha determinato l'abolizione del reato di bancarotta societaria connessa alla suddetta procedura concorsuale di cui all'art. 236, comma secondo, r.d. n. 267/1942, con conseguente operatività della regola di cui al secondo comma dell'art. 2 c.p. e, nel caso sia intervenuta condanna definitiva per tale reato, della disciplina di cui all'art. 673 c.p.p., ai fini della revoca della relativa statuizione. Il testo vigente dell'art. 236, comma 2, n. 1 r.d. n. 267/1942 descrive un "fatto" diverso da quello indicato nel precedente testo; circoscrive, invero, l'area di punibilità alle sole ipotesi di bancarotta così detta concordataria e toglie rilevanza penale a quelle connesse all'amministrazione controllata" (16).

Infine, per quel che attiene al problema circa l'applicabilità al *liquidatore del nuovo concordato preventivo* della fattispecie di cui all'art. 236 l. fall., con la recentissima decisione del 2010 delle Sezioni unite è stato chiarito che "il liqui-

(15) Per approfondimenti su questa importante e controversa decisione delle Sez. Un., 15 maggio 2008, n. 19601, pubblicata in *Dir. pen. proc.*, 2008, 848 ss., si rinvia a A. Scarcella, *Reati di bancarotta e (in)sindacabilità in sede penale della sentenza dichiarativa di fallimento*, *ivi*, 2009, 488 ss.; E.M. Ambrosetti, *I riflessi penalistici derivanti dalla modifica della nozione di piccolo imprenditore nella legge fallimentare al vaglio delle Sezioni unite*, in *Cass. pen.*, 2008, 3608 ss.; F. Antolisei, *Manuale*, cit., 70 ss.; V. Cardone-F. Pontieri, *Le Sezioni Unite chiariscono gli effetti della riforma della legge fallimentare sul reato di bancarotta*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2008, 267 ss.; G. Gambogi, *La sentenza delle Sezioni unite n. 19601/08 in tema di bancarotta fraudolenta: una vera strage delle (fondate) illusioni*, *ivi*, 282; G. Gatta, *Abolition criminis e successione di norme "integratrici": teoria e prassi*, Milano, 2008, 919 ss.; M. Gambardella, *L'abrogazione delle norma incriminatrice*, Napoli, 2008, 276 ss.

(16) Così Sez. Un., 26 febbraio 2009, n. 24468; in argomento cfr. M. Gambardella, *L'abolizione del delitto di bancarotta impropria commesso nell'ambito di società in amministrazione controllata (art. 236, cpv. n. 1 l. fall.)*, in *Cass. pen.*, 2009, 4124 ss.; G. Gatta, *Abolizione dell'amministrazione controllata e abolition criminis della bancarotta impropria ex art. 236, comma 2, n. 1 legge fallimentare* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 900 ss.

datore dei beni del concordato preventivo di cui all'art. 182 legge fall. non può essere soggetto attivo dei reati di bancarotta di cui agli artt. 223 e 224, richiamati nell'art. 236, comma secondo, n. 1, stessa legge, in quanto non espressamente menzionato tra gli autori propri dei suddetti reati, per come indicati dalla disposizione da ultima citata, né può essere ricompreso nella categoria dei "liquidatori di società" menzionata dalla stessa disposizione" (17).

Tuttavia, nonostante tali vuoti normativi siano stati colmati dai menzionati interventi delle Sezioni Unite della Suprema Corte – sebbene, come si è appena visto, non sempre in maniera condivisibile –, l'incompleta riforma della legge fallimentare ha continuato a porre un *altro problema* (almeno all'apparenza) di difficile soluzione, vale a dire quello relativo alla punibilità o meno ai sensi delle fattispecie di bancarotta fraudolenta e semplice, propria ed impropria, di cui agli artt. 216, 217, 223 e 224 l. fall., dei fatti commessi in esecuzione di un piano di risanamento di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), di un concordato preventivo di cui all'articolo 160, di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato ai sensi dell'articolo 182-bis l. fall.

Con la riforma del diritto fallimentare, infatti, si è riconosciuta all'imprenditore in difficoltà che si prodighi per evitare il fallimento ricorrendo ad una di queste 'procedure alternative' la possibilità di realizzare comportamenti *in teoria penalmente rilevanti* ai sensi delle menzionate fattispecie di bancarotta.

In particolare, in questo senso hanno inciso:

a) la previsione nell'art. 67 lett. d) dell'esclusione dall'ambito di operatività *dell'azione revocatoria* de "gli atti, i pagamenti e le garanzie concesse su beni del debitore purché posti in essere in esecuzione di un piano che appaia idoneo a consentire il risanamento della esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria e la cui ragionevolezza sia attestata da un professionista iscritto nel registro dei revisori contabili e che abbia i requisiti previsti dall'art. 28, lettere a) e b) ai sensi dell'art. 2501-bis, quarto comma, del codice civile";

b) la fissazione nell'art. 160 di rinnovate e più ampie condizioni e modalità di accesso al *concordato preventivo* per l'imprenditore che si trova in stato di crisi;

c) ed, infine, la previsione nell'art. 182 bis l. fall. della facoltà per l'imprenditore in stato di crisi di domandare "l'omologazione di un *accordo di ristrutturazione dei debiti* stipulato con i creditori rappresentanti almeno il sessanta per cento dei crediti, unitamente ad una relazione redatta da un professionista in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d) sull'attuabilità dell'accordo stesso, con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei".

In assenza di un preciso *dictum* normativo ci si è interrogati sulla possibilità che le operazioni compiute in attuazione di questi strumenti privatistici di superamento della crisi d'impresa (e cioè: il piano di risanamento *ex art. 67, lett. d)*, il concordato preventivo *ex art. 160 e ss.* e l'accordo di ristrutturazione dei debiti *ex art. 182 bis*) potessero integrare alcuna delle modalità realizzative dei delitti di bancarotta preferenziale o semplice di cui agli artt. 216, comma 3 e 217 l. fall., nell'ipotesi in cui tali piani di salvataggio non fossero approdati ad esiti fausti e fossero sfociati, al contrario, nella declaratoria fallimentare (18).

Questi istituti, infatti, rispondono a quella logica privatistico-conservativa a cui si faceva riferimento in precedenza e, dunque, sembrano trovarsi in aperta frizione con le norme incriminatrici della legge fallimentare, soprattutto in materia di bancarotta preferenziale, dal momento che introducono una molteplicità di possibilità per l'impresa in difficoltà ed i suoi debitori di evitare il fallimento attraverso il ricorso ad accor-

(17) In tal senso si veda Sez. Un., 7 dicembre 2010, n. 43428, con breve commento di G. Leo, in *www.penalecontemporaneo.it*.

(18) Ricostruisce questo pregresso stato di incertezza relativo alla rilevanza penale delle operazioni finanziarie compiute nell'ambito di tali procedure F. Mucciarelli, *Stato di crisi*, cit., 825 ss.; sinteticamente anche R. Bricchetti-L. Pistorelli, *Bancarotta, le operazioni escluse dall'incriminazione*, in *Guida dir.*, 2010, n. 37, 94 ss.

di consensuali o programmi unilaterali (omologati dal tribunale) potenzialmente antitetici con l'interesse della *par condicio creditorum* tutelato incondizionatamente dagli artt. 216, comma 3, e 217 l. fall.

Per capire l'entità del problema ed i suoi significativi riflessi pratici è sufficiente un esempio icastico: un imprenditore in difficoltà potrebbe decidere di accedere all'accordo di ristrutturazione dei debiti di cui all'art. 182 bis l. fall. presentando al tribunale un progetto di estinzione dei propri debiti concordato solo con il sessanta per cento dei creditori; in seguito, però, all'esito infruttuoso di questo tentativo potrebbe essere ugualmente dichiarato fallito, sicché il giudice sarebbe costretto ad interrogarsi circa l'eventuale rilevanza penale di queste operazioni evidentemente lesive della *par condicio* ai sensi del delitto di bancarotta preferenziale.

2. *L'occasione persa: il d.d.l. n. 1741-C.* – Alla luce di quanto detto, è evidente come sin da subito sia apparsa improcrastinabile la necessità di un intervento legislativo finalizzato alla riparazione di questa sfasatura normativa creatasi tra le due parti della legge fallimentare in seguito alle riforme delle disposizioni civilistiche degli anni 2005-2007.

Un'occasione importante per compiere un passo in avanti in questa direzione è stata rappresentata dalla scelta del legislatore nel 2008 di procedere all'ammodernamento delle disposizioni incriminatrici del r.d. n. 267/1942, in maniera tale da plasmarle (alla stessa stregua delle norme di disciplina) anziché sulla base dell'ormai superata concezione "liquidatoria" dell'impresa in crisi, su quella nuova di impronta "recuperatoria" (19).

In quest'ottica il 2 ottobre 2008 è stato presentato il Disegno di legge delega n. 1741-C a firma del Ministro dello sviluppo economico Scajola, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze (Tremonti), con il Ministro della giustizia (Alfano), con il Ministro del lavoro, della salute e delle politiche sociali (Sacconi) e con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti (Matteoli), intitolato "*Delega al Governo per il rioridino della legislazione in materia di gestione delle crisi aziendali*" e recante nell'art. 2 la "*Delega al Governo per la riforma della disciplina penale fallimentare*" (20).

Tale d.d.l., dopo essere stato ripreso in seguito ad un periodo di "quiescenza" dalla Commissione Giustizia della Camera nel febbraio del 2010 al fine di valutarne gli eventuali difetti ed i possibili correttivi, è stato nuovamente collocato nel limbo dove galleggiava in precedenza con poche probabilità di tornare a rivedere la luce, a causa del brusco cambiamento delle priorità nell'agenda politica del nostro legislatore.

In realtà, questo progetto di riforma *non toccava* assolutamente il problema in questione, omettendo di tratteggiare alcuna disposizione finalizzata a risolverlo ed a garantire un adeguato coordinamento tra il comparto civilistico e quello penalistico della legge fallimentare.

Una attenta lettura del d.d.l. e della sua relativa Relazione di accompagnamento lascia emergere la superficialità con cui in quella sede tale aspetto è stato trattato ed, anzi, alimenta ulteriori dubbi sulla sensatezza della riforma progettata che si affiancano ai tanti altri già evidenziati dalla dottrina e che in questa sede non è possibile, né utile ai fini dell'economia del presente discorso, neanche accennare (21).

L'unica norma che contiene un riferimento all'aspetto delle esigenze di coordinamento delle riforme prospettate in materia penale ed i nuovi istituti introdotti con le riforme del 2006 e 2007 è costituita dall'art. 2, lett. h), disposizione che,

(19) Il cambio di paradigma operato nella legge fallimentare unicamente per le discipline civilistiche è stato evidenziato da G. Insolera, *Riflessi penalistici della nuova disciplina del concordato preventivo e delle composizioni extragiudiziali della crisi dell'impresa*, in *Giur. comm.*, 2006, 459 s.

(20) E. Scopesi, *Il disegno di legge delega di riforma delle disposizioni penali in materia di procedure concorsuali*, in *Dir. fall. soc. comm.*, 2009, 22.

(21) In argomento si rinvia al volume curato da N. Pisani, *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, Torino, 2011 ed in particolare, sia consentito, al nostro contributo *La riforma dei reati fallimentari nel disegno di legge delega n. 1741-C*, 201 ss.

però, non affronta in alcun modo gli argomenti critici evidenziati in precedenza relativi alla applicabilità delle fattispecie di bancarotta alle operazioni realizzate in esecuzione delle nuove procedure concorsuali.

In questo articolo il d.d.l. si limita a dettare una delega al Governo per l'introduzione nella legge fallimentare di un'ennesima (ed in concreto poco utile) disposizione speciale in materia di falso, stabilendo che esso deve "prevedere il delitto di falsa esposizione di dati o di informazioni o altri comportamenti fraudolenti, consistente: 1) nell'esposizione di informazioni false o nell'omissione di informazioni imposte dalla legge per l'apertura delle procedure di concordato preventivo al fine di potervi accedere, ovvero per ottenere l'omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'articolo 182-bis del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, e successive modificazioni, l'ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria di cui al decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270, e al decreto legge 23 dicembre 2003, n. 347, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 febbraio 2004, n. 39, ovvero per ottenere l'approvazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti da parte del Ministero dello sviluppo economico; prevedere altresì la punibilità delle condotte fraudolente commesse nel corso di tali procedure. (...)".

Semmai il legislatore dovesse decidere di riprendere la discussione del suddetto progetto di riforma, sarebbe allora auspicabile che in quella sede si soffermasse attentamente su questo trascurato problema.

3. *La l. n. 122/2010 e l'inserimento dell'art. 217 bis nella legge fallimentare.* – La miopia di tale progetto di legge delega rispetto alla questione dell'applicabilità in queste ipotesi delle fattispecie di bancarotta, unitamente all'assenza nell'odierna legislatura di altri progetti alternativi finalizzati al compimento della agognata riforma organica delle norme incriminatrici della legge fallimentare, hanno fatto sì che la sua soluzione sia stata affidata – come oramai, ultimamente, troppo spesso accade – ad una disposizione *ad hoc* inserita 'estemporaneamente' (anziché in una dedicata e ragionata legge settoriale fallimentare) in uno dei tanti *melting-pot* normativi (il decreto legge 31 maggio 2010, n. 78, intitolato "*Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica*", poi convertito in legge con modificazioni dalla legge 30 luglio 2010, n. 122) con cui il legislatore, con cadenze periodiche, corregge (*recte*: vorrebbe correggere) le più diverse imperfezioni ed incongruenze che si creano nei vari comparti del nostro ordinamento giuridico (22).

Ed infatti l'art. 217 bis l. fall., lungi dall'essere il prodotto di un ponderato progetto di riforma del diritto fallimentare di ampio respiro, costituisce l'esito di una di queste novelle *omnibus*, peraltro, realizzata questa volta attraverso il discutibile ricorso alla *decretazione d'urgenza* (23).

In particolare, il comma 2 bis dell'art. 48, della l. n. 122/2010, rubricato *Disposizioni in materia di procedure concorsuali*, che ha introdotto questo articolo ed ha affrontato (sebbene, come si vedrà più avanti, in modo forse pletorico e sicuramente poco ordinato) il problema del *deficit* di coordinamento dei reati di bancarotta con i novellati istituti del concordato preventivo, dell'azione revocatoria e degli

(22) Sulla genesi e sulle caratteristiche del nuovo art. 217 bis l. fall., si vedano F. Mucciarelli, *L'esenzione dai reati di bancarotta*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 1474 ss.; F. D'Alessandro, *Il nuovo art. 217 bis l. fall.*, in *Soc.*, 2011, 201 ss.; R. Lottini, *Modifica della legge fallimentare*, in *Fall.*, 2010, 1366 ss.; G. Cocco, *Art. 217 bis. Esenzione dai reati di bancarotta*, in corso di pubblicazione in *Leg. pen.*, 2011.

(23) Per una approfondita disamina critica delle ragioni che dovrebbero ostare all'utilizzo del decreto legge come fonte normativa del diritto penale si rinvia a G. Marinucci-E. Dolcini, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, 43 s.; G. De Vero, *La riserva di legge penale*, in *La legge penale, il reato, il reo, la persona offesa*, a cura di G. De Vero, Torino, 2010, 12; G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale, parte generale*, IV<sup>a</sup> ed., Bologna, 2007, 54; V. Maiello, *Riserva di codice e decreto legge in materia penale: un (apparente) passo avanti ed uno indietro sulla via del recupero della centralità del codice*, in AA.VV., *La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul Progetto Grosso*, a cura di A.M. Stile, Napoli, 2003, 157 ss.

accordi di ristrutturazione del debito, non figurava neanche nella versione originaria del d.l. n. 78/2010, ma è stato inserito solamente in sede di conversione, in recepimento di un emendamento presentato dal Sen. Latronico del Pdl nella seduta del 2 luglio 2010 della Commissione bilancio ed in attuazione di quanto auspicato dalla dottrina (24).

Ciò significa che la gestazione di questa norma è stata oltremodo celere e che la sua formulazione non è stata valutata ed analizzata con l'attenzione che avrebbe meritato.

A nulla vale osservare contro simili critiche che la scelta del decreto legge in tale circostanza è stata giustificata dal fatto che la disposizione in esame non costituiva una novità assoluta nell'ambito del diritto fallimentare, bensì rappresentava semplicemente lo sviluppo di quanto già abbozzato nel disegno di legge presentato dalla Commissione Trevisanato, nel cui art. 17, comma 10, lett. a) era stato già previsto l'inserimento nella modificanda disciplina delle procedure concorsuali di una fattispecie volta ad escludere espressamente dal raggio di operatività dei delitti di bancarotta i fatti commessi in attuazione di un piano per la composizione concordata della crisi omologata dal tribunale (25).

In quella occasione, a causa del prematuro stralcio delle disposizioni penali dal d.d.l., nessun approfondimento era stato fatto su tale norma, rimasta così cristallizzata nella sua versione embrionale dello schema di disegno di legge delega; sicché essa per il legislatore del 2010 non aveva rappresentato altro che una approssimativa traccia di riferimento cui ispirarsi, ma non certamente un ben ragionato testo semplicemente da mutuare.

Le perplessità aumentano ancora se si tiene conto del fatto che l'art. 217 bis l. fall. è stato *innestato* nel decreto legge non in principio, al tempo della sua originaria redazione, ma solo in una seconda fase *al momento della sua conversione in legge*.

In un intervallo cronologico così circoscritto non è stato oggettivamente possibile per il legislatore concentrarsi adeguatamente sulla sua stesura e, quindi, di riflesso, precisarne compiutamente i requisiti ed i limiti di operatività e valutarne attentamente tutte le possibili interferenze con le preesistenti disposizioni della legge fallimentare.

Solo così si può spiegare perché questo nuovo articolo, rubricato "*Esenzione dai reati di bancarotta*", in base al quale è previsto che "le disposizioni di cui agli artt. 216, terzo comma, e 217 l. fall. 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)" presenti una formulazione normativa approssimativa che solleva non pochi problemi interpretativi (26).

4. *La ratio 'artificiale' di questa nuova ipotesi di non punibilità.* – Prima di passare ad analizzare il contenuto di questa nuova norma che è andata ad ingrossare le fila delle disposizioni penali della legge fallimentare, è necessario soffermarsi per qualche attimo sulla sua *ratio* per verificare le ragioni reali che hanno indotto il legislatore alla sua introduzione e

(24) Sul punto si veda R. Lottini, *Modifica*, cit., 1367.

(25) L'art. 16, comma 10 lett. a) d.d.l. invitava il Governo a "Prevedere che non costituiscono reato ai sensi del comma 1, lett. a) e c), gli atti non fraudolenti posti in essere dopo l'apertura della procedura di composizione concordata della crisi e in esecuzione del piano omologato". Sul punto si veda il parere positivo espresso all'epoca nei confronti di tale opzione politico-criminale da G.G. Sandrelli, *Le norme penali e processuali nel testo della Commissione Trevisanato*, cit.

(26) In alternativa al testo prescelto dal legislatore erano stati prospettati altri tre emendamenti che prevedevano l'esclusione della punibilità per i reati di bancarotta preferenziale e semplice in caso di operazioni o pagamenti effettuati in esecuzione di una soluzione concordata diretta ad evitare il fallimento, ma precisavano espressamente che, affinché potesse operare la clausola di esonero, era necessario che detti pagamenti non fossero "frutto di condotte fraudolente" oppure che non venissero "accertati i fatti previsti dall'articolo 173 ovvero condotte fraudolente nell'elaborazione e nell'attuazione dei piani o accordi". Sul punto cfr. R. Lottini, *Modifica della legge fallimentare*, cit., 1366.

dimostrarne, così, la natura di mera norma di 'interpretazione autentica'.

A ben vedere, la funzione perseguita dall'art. 217 bis 1. fall. non è quella che in apparenza si sarebbe portati ad attribuirle, vale a dire di completamento penalistico della innovativa disciplina civilistica dettata in materia di soluzioni concordate della crisi di impresa negli anni passati, nonché di sutura di una lacuna normativa realmente capace di generare disorientamenti interpretativi; bensì è quella di chiarimento della stessa disciplina civilistica.

Il suo obiettivo reale è quello di aumentare l'*appeal* di quest'ultima per i suoi potenziali fruitori, *sgomberando* il campo da *possibili equivoci* circa l'eventuale rilevanza penale dei comportamenti da essa descritti e di porre un argine sicuro nei confronti di una giurisprudenza troppo spesso incline a privilegiare in materia fallimentare soluzioni esegetiche eccessivamente rigorose, talvolta anche in palese contrasto con il tenore letterale delle fattispecie incriminatrici (si pensi per tutte alla già citata presa di posizione circa la perdurante rilevanza penale dei fatti di bancarotta commessi da un soggetto che in seguito alla riforma non è più annoverabile tra i soggetti attivi del reato).

Ed invero, senza una norma volta ad escludere *expressis verbis* la punibilità delle operazioni compiute in esecuzione degli accordi o dei progetti stilati dall'imprenditore per cercare di risanare l'azienda e scongiurare il fallimento si rischiava di frustrare gli scopi di deflazione delle procedure concorsuali e di conservazione delle realtà economiche esistenti che con la creazione di questi istituti privatistici il legislatore aveva inteso raggiungere. Gli imprenditori, i consulenti e, soprattutto, gli esponenti del mondo bancario, in casi di crisi di impresa, difficilmente optavano per una delle nuove soluzioni di uscita dalle difficoltà economiche offerte dalla novellata legge fallimentare, dal momento che intravedevano sullo sfondo il rischio della applicazione in un secondo momento (*i.e.* nell'ipotesi di loro esito infruttuoso seguito dalla declaratoria di fallimento) delle disposizioni incriminatrici in materia di bancarotta preferenziale o semplice (27).

In primo luogo, il fattore che esercitava la maggiore *vis* dissuasiva era costituito proprio dallo spettro della prima e più grave figura di *bancarotta*, quella *preferenziale*, aleggiante sia per l'imprenditore in qualità di soggetto attivo, sia per il consulente e per il creditore (soprattutto nel caso di banca che aveva concesso un mutuo fondiario in garanzia all'impresa in difficoltà) in qualità di concorrenti eventuali (28), sulle opera-

(27) Il rischio di paralizzare il ricorso a questi istituti generato dal timore di veder pendere sul capo dell'imprenditore la spada di Damocle costituita dall'eventuale rilevanza *ex post* di condotte *ex ante* considerate lecite e non assoggettabili a revocatoria era stato evidenziato da A. Mangione, *Riflessioni penalistiche sulla riforma delle procedure concorsuali*, cit., 892; R. Lottini, *Modifica della legge fallimentare*, cit., 1367. Riconduce prevalentemente alle pressioni del mondo bancario l'introduzione di questa nuova fattispecie G. Cocco, *Art. 217 bis, cit.*, 3.

(28) Sotto la disciplina previgente era, infatti, pacifico in giurisprudenza che, pur costituendo la bancarotta preferenziale un reato plurisoggettivo improprio potesse risponderne, ai sensi del combinato disposto dell'art. 110 c.p. con l'art. 216, comma 3, 1. fall., anche il creditore nel caso in cui avesse fornito un contributo causale e consapevole al pagamento privilegiato ed, in particolare, la banca che avesse finanziato l'impresa in crisi. In tal senso cfr. G. Cocco, *I rapporti tra banca e impresa in crisi: problemi di responsabilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 549 ss.; G. Flora, *Mutui fondiari e concorso in bancarotta preferenziale*, in *Fall.*, 1997, 931 ss.; E. Amati-N. Mazzacuva, *Diritto penale dell'economia*, Padova, 2010, 313; G. Casaroli, *Disposizioni penali*, cit., 1196; G. Cocco, *La bancarotta preferenziale*, Napoli, 1987, 271 s.; C. Pedrazzi, *Reati fallimentari*, in AA.VV., *Manuale di diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2000, 157; E.M. Ambrosetti, *I reati fallimentari*, in E.M. Ambrosetti-E. Mezzetti-M. Ronco, *Diritto penale dell'impresa*, 2<sup>a</sup> ed., Bologna, 2009, 275. In giurisprudenza, si esprime in maniera ancora più incondizionata a favore della punibilità anche del concorrente Cass. 16 agosto 2005, n. 16957, in *Guida al dir.*, 2005, n. 41, 71 ss., dove si afferma che la "la natura di reato proprio del delitto di bancarotta preferenziale non esclude che in esso possano concorrere anche altri soggetti: sia il terzo, che sia partecipe dello scopo di favorire o abbia sollecitato l'illecita preferenza, sia lo stesso creditore favorito, che abbia agito con lo stesso elemento soggettivo (favorire taluno dei

zioni realizzate in attuazione dei nuovi istituti, dal momento che le medesime – introducendo delle deroghe significative alla regola della *par condicio creditorum* (si pensi per tutte a quella già menzionata in precedenza descritta dall'art. 182 bis relativa alla possibilità di raggiungere un accordo solo con il sessanta per cento dei creditori) – potevano essere considerate penalmente rilevanti ai sensi dell'art. 216, comma 3 1. fall. che, com'è noto, incrimina i pagamenti eseguiti "a scopo di favorire, a danno dei creditori, taluno di essi". (29).

In secondo luogo, a render poco appetibile il ricorso alle nuove soluzioni privatistiche delle situazioni di dissesto economico delle aziende contribuiva il timore (sempre, naturalmente, nell'eventualità di esito negativo delle stesse seguita dalla declaratoria fallimentare) di incappare nelle maglie meno severe, ma ancor più 'lasche', della *bancarotta semplice* di cui all'art. 217 1.fall. Si aveva paura che operazioni *ex ante* considerate lecite ai sensi della disciplina civilistica della legge fallimentare (ad esempio un accordo di ristrutturazione dei debiti o un piano di risanamento) potessero essere valutate *ex post* penalmente rilevanti o ai sensi dell'art. 217, primo comma, n. 3, perché riconducibili nel novero degli espedienti imprudenti posti in essere per rinviare il dissesto, ovvero ai sensi dell'art. 217, primo comma, n. 4, perché suscettibili nella nozione di condotta dilatoria e, quindi, aggravatrice della situazione di insolvenza (30).

La scelta della non sussumibilità nelle fattispecie di cui agli artt. 216, comma 3, e 217 1. fall. delle operazioni e dei pagamenti compiuti in esecuzione di una delle tre procedure di risoluzione della crisi d'impresa espressamente citate si prefigge, dunque, l'obiettivo di fugare queste preoccupazioni e di impedire che i nuovi istituti conati per scongiurare il fallimento e per preservare le imprese e l'economia pubblica restino relegati solo sulla carta (31).

La *ratio* dell'art. 217 bis 1. fall. può, quindi, essere rinvenuta in esigenze che si potrebbero definire 'artificiali' o di carattere 'emotivo', non sussistendo a ben vedere, da un punto di vista oggettivo, alcun argomento idoneo ad imporre al legislatore una simile scelta normativa.

Si tratta in sostanza di una disposizione che risolve un *faux probleme*, poiché, diversamente da quanto appare, è priva di una autonoma funzione scriminante e non innova alcunché nel quadro del diritto penale fallimentare, limitandosi altresì a ricalcare quanto già proiettato a guisa di un'ombra sullo stesso dalle nitide sagome dei nuovi istituti civilistici.

Essa, difatti, solo formalmente contribuisce a demarcare i confini dei reati di bancarotta, dal momento che questi erano ricavabili anche in precedenza, nonostante la sua assenza.

Com'è stato ben rilevato, fin da prima dell'innesto nella legge fallimentare dell'art. 217 bis non poteva trovare accoglimento quell'indirizzo interpretativo che riteneva potenzialmente riconducibili nelle fattispecie di bancarotta, in specie di bancarotta preferenziale, le operazioni espressamente facoltizzate dagli artt. 67, comma 3 lett. d), 160 e 182 bis 1. fall., laddove fosse successivamente intervenuta la dichiarazione di fallimento (32).

creditori a danno degli altri). In particolare, pertanto, è possibile configurare anche il concorso nel reato degli amministratori della società controllante, che figurino come creditrice della società controllata e fallita, con gli amministratori di quest'ultima". In senso analogo si veda anche Cass. pen., sez. V, 2 marzo 2004, in *Foro it.*, 2005, II, c. 32 ss.

(29) Individua nella bancarotta preferenziale la vera insidia annidata dietro tutte le soluzioni privatistiche o concordate della crisi d'impresa A. Alessandri, *Profili penalistici*, cit., 129.

(30) Sul punto, molto chiaramente, R. Lottini, *Modifica della legge fallimentare*, cit., 1369; analoghi timori di attrazione penalistica delle condotte poste in esecuzione di accordi stragiudiziali infruttuosi seguiti dall'apertura della procedura fallimentare sono espressi da S. Ambrosini, *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, Padova, 2008, 184.

(31) F. D'Alessandro, *Il nuovo art. 217 bis, cit.*, 203.

(32) Prima dell'entrata in vigore dell'art. 217 bis 1. fall. erano di questo avviso E. Frascaroli Santi, *Sub art. 182 bis*, in A. Maffei Alberti, *Commentario breve*, cit., 1084; G.G. Sandrelli, *Prime considerazioni sui riflessi della legge 80/05 sul comparto penale della legge fallimentare*, in *Fall.*, 2005, 1218; G. Insolera, *Riflessi penalistici della nuova disciplina del concordato preventivo*, cit., 468. Ad avviso di questi

Già allora, sulla base del principio *qui iure suo utitur neminem laedit*, si riteneva non avallabile l'idea che il legislatore, da un lato, nella parte civilistica della legge fallimentare, avesse ritenuto lecito, facoltizzandolo, il compimento di una serie di operazioni o pagamenti in attuazione di un piano di risanamento, di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione del debito; e, dall'altro, nella parte penalistica lo avesse reputato *ex post*, all'esito di una nuova valutazione, penalmente rilevante nel caso di eventuale fallimento (33).

Era, dunque, il principio di non contraddizione e di unità dell'ordinamento giuridico (34) ad imporre questa soluzione e ad escludere l'evidente antinomia generata dall'eventuale attribuzione di rilevanza penale a queste operazioni ai sensi delle fattispecie di bancarotta preferenziale (35): a prescindere dalla esplicita presa di posizione o meno del legislatore, uno stesso atto non può nel medesimo contesto giuridico essere considerato, per un verso, attraverso una puntuale statuizione normativa, civilmente lecito, e per altro verso, in via interpretativa, penalmente rilevante.

Alla base di una simile lettura sottostava una regola non scritta (ed ancor oggi valida) che connota storicamente il nostro ordinamento giuridico: ciò che è lecito per il diritto civile a maggior ragione è sempre lecito per il diritto penale (36).

Anche perché altrimenti, a ragionare diversamente, si finirebbe con il demolire un altro principio fondante del diritto penale, quello della *extrema ratio* in forza del quale l'impiego della sanzione criminale deve rappresentare per il legislatore l'ultima alternativa punitiva cui ricorrere dopo aver esperito la inefficacia di tutte le altre.

Se, al contrario, si riconosce la possibilità di utilizzare il diritto penale addirittura per punire dei fatti che sono considerati leciti dal diritto civile essendo espressamente previsti dalla legge come facoltà o diritti per i suoi esecutori, si finisce per contraddire il suddetto principio di sussidiarietà e per trasformare la natura stessa del diritto penale, da ultima, a prima *ratio* di tutela, facendolo divenire mezzo punitivo capace di colpire

Autori l'omologazione del tribunale (salvo i casi di frode) escludeva sia la sussumibilità delle operazioni in caso di insuccesso dei concordati stragiudiziali ai sensi della bancarotta semplice, sia ai sensi della bancarotta preferenziale.

(33) In tal senso cfr. G.G. Sandrelli, *Prime considerazioni*, cit., 1218 ss.

(34) Com'è ben chiarito da F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, 6ª ed., Padova, 2009, 235, il principio di non contraddizione è quello per cui "uno stesso ordinamento non può, nella sua 'unitarietà', imporre o consentire e, ad un tempo, vietare il medesimo fatto senza rinnegare se stesso e la sua pratica possibilità di attuazione".

(35) Sul principio dell'unità dell'ordinamento giuridico e sulla sua relazione con la categoria dell'antigiuridicità si veda C. Roxin, *Antigiuridicità e cause di giustificazione*, tr. it. a cura di S. Moccia, Napoli, 1996, 40 ss., il quale osserva che "vi sarebbe un intollerabile contraddizione tra valutazioni ed anche un contrasto con la sussidiarietà del diritto penale, quale strumento estremo della politica sociale, se una condotta consentita in qualsiasi altro settore del diritto fosse, nondimeno, penalmente sanzionata"; F. Schiaffo, *Le situazioni "quasi scriminanti" nella sistematica teleologica del reato*, Napoli, 1998, 80 ss.

(36) Sottolineano l'insostenibilità di questa ipotesi, A. Alessandri, *Profili penalistici*, cit., 129; F. Viganò, *Stato di necessità e conflitto di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Milano, 2000, 340 ss., il quale rileva come "in ogni ordinamento che voglia evitare di presentarsi come 'tirannico', non è pensabile che una medesima condotta possa essere comandata, poniamo, dal diritto civile, e al tempo stesso vietata dal diritto penale: l'imprenditore sull'orlo del fallimento deve sapere, ad esempio, se sia suo dovere pagare il proprio creditore rischiando di compromettere la residua garanzia nei confronti degli altri creditori, o se all'opposto sia suo dovere astenersi da un tale pagamento". D'altronde, come osserva G. Marinucci, *Fatto e scriminanti*, in *Il diritto penale in trasformazione*, a cura di E. Dolcini-G. Marinucci, Milano, 1985, 213, nel caso di contrasto tra una norma incriminatrice ed una scriminante prevarrà sempre "la norma, dovunque situata, che attribuisce la facoltà o impone il dovere di realizzare il fatto e il cui scopo giuridico legitimerà il sacrificio del bene tutelato dalla norma penale soccombente"; quando "si delinea in concreto un apparente conflitto di norme, perché una stessa e identica vicenda è sussumibile sotto i connotati del fatto e sotto quelli del di una scriminante, il fatto sarà 'conforme all'intero ordinamento giuridico', e in questo senso lecito".

anche fatti che non solo non sono sanzionati o tutelati con adeguate misure punitive dagli altri rami dell'ordinamento giuridico, ma addirittura sono da questi esplicitamente autorizzati (37).

Ed allora, una volta svelata l'assenza di concrete esigenze politico-criminali sottostanti all'introduzione dell'art. 217 bis l. fall., appare forse più evidente la sua funzione di norma dal contenuto meramente interpretativo, vale a dire di disposizione priva di una autonoma e concreta funzione scriminante, e dotata unicamente di una funzione di 'interpretazione autentica' della volontà del legislatore manifestata fino a quel momento solo in forma implicita nella disciplina di aspetti di natura civilistica (38). E risulta ancor più chiaro che la sola conseguenza effettiva da essa generata nella prassi applicativa è stata rappresentata dal trasferimento della non punibilità dall'area della giustificazione-antigiuridicità e, quindi, dall'area delle valutazioni generali dell'ordinamento giuridico, all'area della tipicità e, quindi, delle valutazioni proprie del diritto penale fallimentare.

Si capisce, così, quanto si accennava in apertura del presente lavoro e, cioè, che questo nuovo articolo, a conti fatti, più che risolvere i problemi per i quali era stato emanato, ha finito con il sollevarne di nuovi a causa di una approssimativa formulazione letterale ed (ancora una volta, *sic!*) un imperfetto coordinamento con le preesistenti disposizioni del diritto fallimentare (39).

5. I problemi sollevati. – Mentre in precedenza, prima della entrata in vigore della nuova norma, il dubbio che sorgeva nell'interprete (peraltro a causa di una lettura poco attenta di tutta la legge fallimentare nel suo complesso) era unicamente quello relativo alla rilevanza penale o meno delle operazioni realizzate in esecuzione delle nuove misure alternative al fallimento; ora, invece, i quesiti sollevati dall'art. 217 bis l. fall. – che avrebbe dovuto fare chiarezza su tale aspetto –, sono decisamente molto più numerosi e, forse, anche ben più complessi.

A causa del suo non proprio felice tenore letterale l'interprete è chiamato a rispondere alle seguenti domande: qual è la natura giuridica della clausola di esenzione di cui all'art. 217 bis l. fall.?

In quale contesto processuale può essere rilevata ed applicata?

Qual è il suo ambito di operatività: i soli fatti di bancarotta propria o anche quelli di bancarotta societaria?

Quale il ruolo del giudice penale rispetto alle soluzioni concordate di crisi d'impresa sfociate in un fallimento?

Quale la sorte delle operazioni non espressamente menzionate all'interno della nuova previsione?

In questa sede si cercherà allora di fornire le risposte a tali domande, seguendo l'ordine appena esposto e, dunque, partendo proprio dal primo quesito, quello relativo alla natura giuridica della nuova causa di esclusione della punibilità.

5.1. *L'insolita denominazione "Esenzione dai reati" e le incertezze circa la natura giuridica.* – L'art. 217 bis l. fall., intervenendo espressamente sul problema della non punibilità dei fatti compiuti in esecuzione delle soluzioni concordate di fuoriuscita dalla crisi d'impresa seguite dalla declaratoria fallimentare, ha inciso profondamente su tale aspetto, ovviamente in passato non preso in grande considerazione a causa dell'assenza di una norma *ad hoc*.

Prima della sua introduzione, quando ci si interrogava *nel silenzio della legge* sulla punibilità o meno di tali comportamenti si tendeva a fornire una analoga risposta negativa sulla base, però, di argomentazioni giuridiche sensibilmente diverse e, per lo più, incentrate sul versante dell'*assenza di antigiuridicità* (40).

Si riteneva che nel momento in cui il legislatore aveva riconosciuto all'imprenditore in crisi la facoltà di realizzare atti ed

(37) F. Giunta, *Revocatoria e concordato preventivo: tutela penale*, in *Dir. prat. fall.*, 2006, 35; F. D'Alessandro, *Il nuovo art. 217 bis*, cit., 205.

(38) In questi termini si esprime ancora F. D'Alessandro, *Il nuovo art. 217 bis*, cit., 203.

(39) R. Lottini, *Modifica della legge fallimentare*, cit., 1367.

operazioni finanziarie nell'ambito di piani di risanamento, o di un concordato preventivo, o di un accordo di ristrutturazione del debito altrimenti penalmente valutabili, aveva anche inevitabilmente prodotto un effetto indiretto sul versante del diritto penale: quello della non punibilità di tutti questi comportamenti nel caso di fallimento dei suddetti progetti e di avvio di una procedura concorsuale nei confronti dell'imprenditore.

Muovendo da questa prospettiva, la non punibilità di tali condotte veniva desunta dalla scriminante dell'*esercizio di un diritto* di cui all'art. 51 c.p. e veniva fondata sulla base del principio di non contraddizione dell'ordinamento giuridico, osservandosi che il legislatore non poteva assolutamente considerare penalmente rilevante ciò che aveva previsto come un diritto o una facoltà in altra disposizione normativa (41).

Una parte della dottrina, arrivava alla medesima conclusione della non punibilità delle operazioni per mancanza di anti-giuridicità passando per un percorso argomentativo leggermente diverso. Ad avviso dei sostenitori di questo distinto orientamento la giustificazione si fondava sul *consenso* legittimamente prestato dai creditori al compimento di tali atti e, quindi, sulla scriminante di cui all'art. 50 c.p. (42). Solo nel caso di operazioni poste in essere in esecuzione di istituti che prescindevano dal consenso dei creditori aventi diritto (come ad esempio i piani di risanamento che possono essere costituiti anche da progetti unilaterali dell'imprenditore in crisi che comportano ulteriori incrementi patrimoniali tramite il conferimento di nuovi beni ecc.), la non punibilità veniva dedotta dalla scriminante dell'art. 51 c.p., ritenendo che in tali casi l'imprenditore che optava per il ricorso ad essi non faceva altro che esercitare una facoltà espressamente riconosciutagli dalla legge e, dunque, non poteva certamente essere sanzionato penalmente se, in un secondo momento, non andato in porto il tentativo di salvare l'impresa, fosse stato dichiarato fallito (43).

Già in passato, sotto la vecchia 'non disciplina', non era mancato chi aveva ritenuto che la non punibilità di queste condotte fosse da spiegare sul piano del *fatto tipico*, anziché su quello dell'anti-giuridicità. Ad avviso di questa parte della dottrina nelle disposizioni civilistiche in materia di soluzioni alternative al fallimento si poteva "cogliere un chiaro canone ermeneutico immediatamente utilizzabile dall'interprete delle norme penali per ridisegnare i contorni della fattispecie di bancarotta preferenziale ed escludere a tale titolo la rilevanza penale delle operazioni non revocabili già sul piano della tipicità: l'innovazione intervenuta in materia di azione revocatoria pon[e] le premesse per una interpretazione dell'art. 216, comma 3 ispirata al criterio politico criminale della sussidiarietà della tutela penale" (44).

(40) F. Giunta, *Revocatoria e concordato preventivo*, cit., 34; A. Alessandri, *Profili penalistici*, cit., 111; F. Mucciarelli, *Stato di crisi*, cit., 825; L. Cassani, *La riforma del concordato preventivo: effetti penali*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, 773; R. Bricchetti-F. Mucciarelli-G.G. Sandrelli, *Sub artt. 216-241*, in *Il nuovo diritto fallimentare. Novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma*, diretto da A. Jorio-M. Fabiani, Bologna, 2010, 1292.

(41) In questo senso sembrava implicitamente esprimersi anche A. Alessandri, *Profili penalistici*, cit., 129 s. Da ultimo, più in generale, sulle potenzialità applicative della scriminante di cui all'art. 51 c.p. e sulla sua riconducibilità al principio di non contraddizione quale espressione dei principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato a cui il legislatore rinvia allorché vi sia una controversia relativa all'applicazione della legge ai sensi dell'a. 12 disp. prel. cod. civ., si rinvia a P. Semeraro, *L'esercizio di un diritto*, Milano, 2009, spec. 3 ss.

(42) Di questo ordine di idee è G. Insolera, *Riflessi penalistici della nuova disciplina*, cit., 468, il quale osserva che il fatto in queste ipotesi non sarà comunque "punibile (anche in caso di esito fallimentare), se il piano per la fuoriuscita dalla crisi (sia relativo al concordato preventivo, sia agli accordi di ristrutturazione) sia stato approvato dai creditori ed omologato dal tribunale, sulla base di un'informazione fedele e completa. (...) Se carenti questi requisiti, se viziato il consenso prestato, verrà meno la situazione scriminante con ogni conseguenza sul piano penale-fallimentare".

(43) Secondo una parte della dottrina in questi casi, la non punibilità sarebbe invece giustificata dalla mancanza del dolo specifico di bancarotta L.G. Bruno, *Le responsabilità civili e penali*, cit., 1139.

(44) Così R. Lottini, *Modifica della legge fallimentare*, cit., 1368. Analogamente F. Giunta, *Riflessi penali della nuova disciplina del fal-*

Diversamente, una volta dettata dal legislatore una norma del tenore dell'art. 217 bis l. fall. rubricata "*Esenzione dai reati di bancarotta*" le cose sono sensibilmente cambiate e l'interprete è stato chiamato a decifrare la natura giuridica di questo *novum* legislativo attenendosi non solo a questa sua originale denominazione ma, soprattutto, alla sua peculiare formulazione linguistica.

A rendere ancor meno agevole tale operazione euristica ha contribuito l'opzione del legislatore di non fare ricorso in questa circostanza alle consuete (e comunque generiche ed ambigue) locuzioni '*non è punibile*' o '*esclude la punibilità*' che contrassegnano le cause di esclusione della tipicità descritte negli artt. 45 e ss. del codice penale, nonché tutte le altre cause di esclusione della punibilità diverse dalle cause estintive del reato e della pena (45); bensì di utilizzare (insieme alla già inconsueta rubrica '*Esenzione dei reati*') la originale locuzione "*le disposizioni di cui agli artt. 216, terzo comma, e 217 l. fall. non si applicano*".

Proprio l'impiego di una simile insolita terminologia allo scopo di sancire la non punibilità delle operazioni economiche e dei pagamenti effettuati in esecuzione di una delle tre procedure di risoluzione preventiva della crisi d'impresa espressamente menzionate dall'articolo ha confuso ulteriormente le carte ed ha reso meno agevole l'inquadramento dommatico dell'art. 217 bis l. fall.

Sia l'espressione '*Esenzione dai reati*' che campeggia nella rubrica, sia la locuzione '*non si applicano*' che caratterizza il precetto primario, sono entrambe formule linguistiche estranee alla tradizione semantica del diritto penale (46), sebbene – almeno la seconda – non rappresenti un *unicum* nel panorama normativo italiano, essendo già stata impiegata in altre rare occasioni con finalità (il più delle volte) leggermente diverse e, cioè, o per circoscrivere e delimitare i campi di azione di alcune cause speciali di non punibilità o per introdurre una deroga rispetto alla disciplina dettata per alcuni istituti di parte generale del codice penale.

Il ricorso ad espressioni analoghe nel primo senso figura, ad esempio, nell'art. 54, comma 2, c.p. dove è sancito che "questa disposizione *non si applica* a chi ha un particolare dovere di esporsi al pericolo"; e nell'art. 649 c.p. dove è sancito che "Le disposizioni di questo articolo – relative alla non punibilità a querela della persona offesa di taluni reati contro il patrimonio commessi a danno di congiunti – *non si applicano* ai delitti preveduti dagli articoli 628, 629 e 630 e ad ogni altro delitto contro il patrimonio che sia commesso con violenza alle persone".

L'impiego di clausole di questo genere, invece, nel secondo senso caratterizza, ad esempio, l'art. 2, comma 6 c.p. dove è stabilito che "se si tratta di leggi eccezionali o temporanee, *non si applicano* le disposizioni dei capoversi precedenti" in materia di efficacia della legge penale nel tempo; e nell'art. 84 c.p. dove è disposto, in deroga alla disciplina generale in materia di concorso di reati, che "Le disposizioni degli articoli precedenti *non si applicano* quando la legge considera come elementi costitutivi o come circostanze aggravanti di un solo reato, fatti che costituirebbero, per sé stessi, reato".

Nella parte speciale del codice penale solo in una circostanza si è fatto ricorso in passato ad una formula di questo tipo e, precisamente, negli artt. 361, comma 4, c.p. e 362, comma 2, c.p. dove è previsto che "Le disposizioni precedenti – relative,

*limento e delle procedure concorsuali*, in AA.VV., *La riforma della legge fallimentare*, a cura di A. Nigro-M. Sandulli, Torino, 2006, II, 1216 s.; G.G. Sandrelli, *Prime considerazioni*, cit., 1128 ss.; Id., *La riforma della legge fallimentare: i riflessi penali*, in *Cass. pen.*, 2006, 1300. Diversamente, ritiene che in questo caso non si configuri la bancarotta preferenziale per difetto di tipicità dovuto ad assenza di dolo G. Lo Cascio, *La nuova legge fallimentare: dal progetto di legge delega alla miniriforma per decreto legge*, in *Fall.*, 2005, 362.

(45) Sul punto, per una più approfondita disamina della differente terminologia utilizzata dal legislatore per definire le molteplici ipotesi di non punibilità che costellano il nostro sistema penale, sia consentito rinviare ai nostri *La ritrattazione e la ricerca della verità*, Torino, 2006, 173 ss.; e *Le ipotesi estintive delle contravvenzioni in materia di sicurezza sul lavoro*, Napoli, 2008, 23 ss.

(46) Mette in luce l'originalità di questa scelta linguistica F. Mucciarelli, *L'esenzione*, cit., 1475.



rispettivamente al delitto di omessa denuncia di reato da parte di pubblico ufficiale e da parte di incaricato di pubblico servizio – *non si applicano* se si tratta di delitto punibile a querela della persona offesa; e nel successivo art. 365, c.p. dove in materia di delitto di omissione di referto è stabilito che questa norma incriminatrice “*non si applica* quando il referto esporrebbe la persona assistita a procedimento penale”.

Tuttavia, proprio di recente, questa clausola di ‘non applicabilità’ delle norme incriminatrici è stata utilizzata dal legislatore per ben due volte secondo modalità leggermente diverse da quella ora elencate ed, almeno in un caso, molto più simili a quelle impiegate nella legge fallimentare.

La prima quando è stato introdotto nel codice penale nel 2004 il titolo IX bis in materia di *Delitti contro il sentimento per gli animali*. L’art. 19 ter disp. coord. cod. pen., concepito per agevolare l’innesto nel nostro sistema penale di questo complesso di norme incriminatrici, prevede, difatti, che “Le disposizioni del titolo IX bis del libro II del c.p. *non si applicano* ai casi previsti dalle leggi speciali in materia di caccia, di pesca, di allevamento, di trasporto, di macellazione degli animali, di sperimentazione scientifica sugli stessi, di attività circense, di giardini zoologici, nonché dalle altre leggi speciali in materia di animali. Le disposizioni del titolo IX bis ... *non si applicano* altresì alle manifestazioni storiche e culturali autorizzate dalla regione competente”.

La seconda volta quando con la l. 15 luglio 2009, n. 94, meglio nota come ‘*Pacchetto sicurezza*’, è stata inserita tra le tante disordinate disposizioni che hanno modificato il diritto penale sollevando sovente aspre critiche (si pensi per tutti a quelle destinate dal reato di immigrazione clandestina culminate nella sentenza della Corte costituzionale 8 luglio 2010, n. 249 che ne ha dichiarato l’illegittimità costituzionale (47)) una scriminante speciale per il delitto di oltraggio al pubblico ufficiale di cui all’art. 341 bis c.p.

Nel nuovo art. 393-bis c.p., rubricato genericamente “*Causa di non punibilità*”, e coniato per sostituire il pressoché identico art. 4 d.l.l. 14 settembre 1944, n. 288 erroneamente (?) abrogato nel 2008, è stato previsto che “*non si applicano* le disposizioni degli articoli 336, 337, 338, 339, 341-bis, 342 e 343 quando il pubblico ufficiale o l’incaricato di un pubblico servizio ovvero il pubblico impiegato abbia dato causa al fatto preveduto negli stessi articoli, eccedendo con atti arbitrari i limiti delle sue attribuzioni”.

Orbene, per quel che riguarda la maggior parte di queste disposizioni non si riscontra alcuna netta presa di posizione, né alcuna mera indicazione, circa la natura giuridica della clausola di ‘non applicazione’, fatta eccezione per quella contenuta nell’art. 361 c.p. considerata una causa di esclusione del tipo (48); solo per quest’ultima, quella relativa all’oltraggio al p.u., la dottrina sembra essersi interessata della questione orientandosi sin dal 1944 quando è stata introdotta l’identica espressione nella omologa disposizione dell’art. 4 d.l.l. 288/1944 nel senso della *causa di giustificazione in senso stretto* esclusiva dell’antigiuridicità (49).

(47) Su tale specifico aspetto si rinvia a F. Bailo, *L’immigrazione clandestina al vaglio della Corte costituzionale: illegittima l’aggravante comune ma non anche la fattispecie di reato*, in *Giur. it.*, 2010, 2504 ss.; F. Nuzzo, *Appunti sulla illegittimità costituzionale dell’art. 61, n. II-bis*, in *Cass. pen.*, 2010, 3748 ss.

(48) Di questo avviso è M. Romano, *Teoria del reato, punibilità, soglie espresse di offensività (e cause di esclusione del tipo)*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini-C.E. Paliero, Milano, 2006, II, 1736, il quale arriva a tale conclusione osservando che “accade a volte che una figura di reato, introdotta nell’ordinamento con una sua peculiare struttura, subisca subito dopo una riduzione ad opera di apposita precisazione normativa. Denominate talora limiti esegetici, restrizioni del genere (introdotte da espressioni come “la disposizione non si applica...”, “non si considera”, ma anche “non è punibile...”) sembrano meglio sistematizzate quali cause di esclusione del tipo, poiché la puntualizzazione normativa sopravviene appunto ad escludere il tipo “originario”, delimitando l’ampiezza”.

(49) La dottrina, sotto la vigenza di questa precedente norma dal contenuto pressoché uguale, era unanimemente orientata a considerarla causa di giustificazione. In tal senso S. Vinciguerra, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Padova, 2008, 132; G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, 4<sup>a</sup> ed., Bologna, 2007, 305; M.

La *ratio* della non punibilità della reazione all’oltraggio al p.u. si fonderebbe, difatti, sul classico giudizio di bilanciamento di interessi sotteso a tutte le cause di giustificazione<sup>50</sup>. Le fattispecie ivi richiamate non si dovrebbero applicare quando il soggetto che le ha realizzate è stato determinato ad agire per reagire ad un comportamento del p.u. eccedente, con atti arbitrari, i limiti delle sue attribuzioni, vale a dire quando è stato costretto a difendere un diritto proprio da un’aggressione ingiusta alla stregua, più o meno, di quanto accade nella legittima difesa (51).

Nessuna chiara presa di posizione è stata assunta, invece, in relazione all’unica fattispecie più simile all’art. 217 bis l. fall., l’art. 19 ter disp. coord. cod. pen. inerente ai delitti contro il sentimento per gli animali (52). Nonostante ciò, sembra potersi affermare che questa disposizione, lungi dal prevedere la non punibilità per un’ipotesi in cui la tutela di un interesse ritenuto prevalente dall’ordinamento passa necessariamente attraverso la commissione di un reato, delimiti proprio *ex ante* l’ambito di operatività delle norme incriminatrici da essa richiamate, precisando che non vi rientrano, in quanto prive dei requisiti di *tipicità*, tutta una serie di condotte autorizzate da disposizioni speciali (53).

Per quanto concerne la causa di non punibilità ora in esame, invece, i primi commentatori della riforma del penale fallimentare hanno soffermato fin dal principio la loro attenzione sulla sua natura giuridica, rilevando che la locuzione ‘*non si applicano*’ in essa impiegata impone di classificarla nell’alveo delle *cause di esclusione della tipicità* e, precisamente, di quelle ipotesi in cui “il legislatore, dopo aver descritto compiutamente il fatto, ne ‘elimina’ una parte, riducendo la portata del tipo legale” autocorreggendosi poiché “il reato, se mantenesse la ‘primitiva’ estensione, risulterebbe troppo ampio” (54).

Questo articolo, infatti, sembra contribuire alla ridefinizione del raggio di azione delle norme incriminatrici da esso richiamate in materia di bancarotta, lasciando fuori *expressis verbis* le condotte potenzialmente in queste sussumibili ma concretamente realizzate in esecuzione di un’azione di risanamento dell’impresa in crisi.

Il *dictum* dell’art. 217 bis l. fall. assurgerebbe, quindi, al

Spasari, *Osservazioni sull’eccesso arbitrario del p.u. e sulla liceità del comportamento reattivo del privato*, in *Studi Antolisei*, vol. III, Milano, 1965, 343; A. Crespi, *L’atto arbitrario del p.u. quale causa di liceità della reazione del privato*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1948, 301.

(50) Questa tesi è oggi sostenuta anche in relazione al nuovo art. 393 bis c.p. da A. Cisterna, *Oltraggio a pubblico ufficiale, danneggiamento e armi nel “pacchetto sicurezza”*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 1453; R. Pasella, *Reazione agli atti arbitrari del pubblico ufficiale e dell’incaricato di pubblico servizio*, in *Sistema penale e sicurezza pubblica. Le riforme del 2009*, a cura di S. Corbetta, A. Della Bella, G. Gatta, Milano, 2009, 69 ss.

(51) Evidenzia le analogie tra questa scriminante e la legittima difesa R. Bartoli, *Reazione oltraggiosa agli atti arbitrari e provocazione: verso la parificazione della tutela dei soggetti pubblici e privati*, in *Cass. pen.*, 1998, 2825 ss.

(52) Per un commento sulle originali caratteristiche di tale nuova ipotesi di non punibilità, prescindente però dalla valutazione della sua natura giuridica, si veda T. Giacometti, *La tutela degli animali*, in *Diritto penale. Parte speciale. La tutela penale della persona*, a cura di D. Pulitanò, Torino, 2011, 203; A. Natalini, *La tutela penale degli animali*, in *Dir. giust.*, 2004, n. 40, 65 ss.; G. Gatta, *Sub art. 544 bis*, in *Codice penale commentato*, a cura di E. Dolcini-G. Marinucci, Milano, 2006, 3681.

(53) Sul contributo fornito alla definizione del campo di operatività dell’art. 544 ter c.p. dalla sua lettura in combinato disposto con l’art. 19 ter disp. coord. cod. pen., si veda Cass. 21 dicembre 2005, n. 46784 dove è stato affermato che, pur prescrivendo tale articolo che “le disposizioni di cui al Titolo IX bis del libro II cod. pen. non si applicano ai casi previsti dalla legge speciale sulla caccia, tale norma non impedisce l’applicazione delle disposizioni dell’art. 544 ter cod. pen. quando la condotta, pur non essendo vietata esplicitamente dalla legge speciale, non rientra neppure tra quelle consentite”.

(54) Così M. Romano, *Teoria del reato*, cit., 1737, il quale, sebbene con prevalente riferimento alle soglie di punibilità quantitative delle fattispecie di cui all’art. 2621 e 2622 c.c. in materia di false comunicazioni sociali, afferma chiaramente che “le cause di esclusione del tipo muovono dalla descrizione legale e ne restringono la portata, rendendo atipica una parte del tipo ‘originario’”.

rango di vero e proprio elemento negativo delle fattispecie incriminatrici di bancarotta, contribuendo a rimodularne, attraverso una lettura in combinato disposto, il novero dei fatti tipici e, quindi, il perimetro applicativo (55).

La diversa collocazione sistematica non rappresenta unicamente un problema di ordine dommatico, bensì produce effetti sullo statuto di disciplina applicabile (56). Basti pensare per tutti al fatto che se la si qualifica come causa di esclusione dell'antigiuridicità essa potrebbe essere applicata analogicamente anche a casi non espressamente menzionati nell'art. 217 bis l. fall., valendo il divieto di analogia unicamente per le leggi penali in senso stretto (57).

5.2. *Le conferme ricavabili dal processo.* – Ad avvalorare la tesi che individua nell'art. 217 bis l. fall. una causa di esclusione della tipicità contribuiscono anche degli argomenti di natura processuale che sono ricavabili dalla risposta fornita al secondo interrogativo sollevato da questa causa di esenzione dei reati di bancarotta.

Ed invero l'art. 217 bis l. fall. (già prima del processo penale) potrebbe trovare margini applicativi anche nel processo civile relativo alla declaratoria fallimentare. In astratto, lo stesso Tribunale che dichiara con sentenza il fallimento potrebbe precisare le motivazioni per le quali non invia gli atti alla procura competente e, dunque, specificare che non si richiede l'esercizio dell'azione penale (o almeno nel caso di pluralità di fatti) per i pagamenti eseguiti in attuazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti, di un piano di risanamento o di un concordato preventivo perché è espressamente escluso dall'art. 217 bis l. fall. Ma si tratta di ipotesi quasi di scuola, in quanto, salvo che i reati emergano in modo evidente, in procura la declaratoria di fallimento comunicata dal Tribunale viene solitamente iscritta nel registro a "modello 45", vale a dire in un registro contenente le informative non costituenti notizia di reato, del tutto autonomo e non assimilabile all'attuale registro generale delle notizie *crimines*.

Più verosimilmente, il primo contatto significativo con le maglie della giustizia penale può avvenire con la relazione ex art. 33 l. fall., secondo cui "il curatore, entro sessanta giorni dalla dichiarazione di fallimento, deve presentare al giudice delegato una relazione particolareggiata sulle cause e circostanze del fallimento, sulla diligenza spiegata dal fallito nell'esercizio dell'impresa, sulla responsabilità del fallito o di altri e su quanto può interessare anche ai fini dell'istruttoria penale" (...) "copia della relazione, nel suo testo integrale, è trasmessa al pubblico ministero", che, ove imposto dalla legge, trasforma l'iscrizione a modello 45 in iscrizione nel registro generale delle notizie di reato.

Ora, pare questa la prima sede utile nella quale il giudice possa dare atto del limite di tipicità ex art. 217 bis l. fall., specie nelle ipotesi in cui manchi la trasmissione della relazione al p.m.

Ma il contesto privilegiato di applicazione della clausola in esame è quello dell'analisi delle relazioni semestrali che pervengono al giudice ai sensi del quinto comma dell'art. 33 l. fall., in base al quale il curatore "ogni sei mesi successivi alla presentazione della relazione di cui al primo comma, redige altresì un rapporto riepilogativo delle attività svolte, con indicazione di tutte le informazioni raccolte dopo la prima relazione, accompagnato dal conto della sua gestione. Copia del rapporto è trasmessa al comitato dei creditori, unitamente agli estratti conto dei depositi postali o bancari relativi al periodo. Il comitato dei creditori o ciascuno dei suoi componenti possono formulare osservazioni scritte. Altra copia del rapporto è trasmessa, assieme alle eventuali osservazioni, per via telematica all'ufficio del registro delle imprese, nei quindici giorni successivi alla sca-

(55) F. Mucciarelli, *L'esenzione*, cit., 1475. Di diverso avviso è G. Cocco, *Art. 217 bis*, cit., 5.

(56) In generale, sulle differenze derivanti dalla diversa collocazione di una ipotesi di non punibilità nel novero delle cause di esclusione della tipicità o in quello attinguo, ma ben distinto, delle cause di esclusione dell'antigiuridicità, si rinvia per tutti a G. Marinucci, *Fatto e scriminanti*, cit., 177 ss.

(57) Tali diversi riflessi applicativi sono sottolineati da F. Mucciarelli, *L'esenzione*, cit., 1475.

denza del termine per il deposito delle osservazioni nella cancelleria del tribunale".

Ebbene, è verosimile che proprio nell'analisi di una di queste relazioni emergano fatti costituenti reati fallimentari e, qualora sussistano le condizioni di applicabilità dell'art. 217 bis l. fall., il giudice potrebbe adottare decreto con cui si dà atto che non si richiede l'esercizio dell'azione penale per i pagamenti eseguiti in attuazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti, di un piano di risanamento o di un concordato preventivo perché è espressamente escluso dall'art. 217 bis l. fall.

Nel caso in cui non dovesse essere prontamente rilevata nei modi suesposti l'irrelevanza penale di tali comportamenti, allora vi sarebbe l'obbligo, *in primis*, del p.m. di chiedere una archiviazione e, qualora questa non vi fosse, il giudice penale dovrebbe procedere all'applicazione di questo articolo, pronunciando, nella prima fase processuale utile, una sentenza di proscioglimento che utilizzi la formula "perché il fatto sussiste" impiegata, per l'appunto, in presenza della constatazione della sussistenza di cause di esclusione del fatto tipico.

6. *Gli elementi costitutivi dell'art. 217 bis l. fall.* – L'art. 217 bis l. fall. presenta una struttura estremamente semplice, in apparenza aporetica. Esso opera, infatti, una *actio finium regundorum* delle figure di bancarotta espressamente richiamate, limitandosi a specificare che "le disposizioni di cui agli artt. 216, comma 3 e 217 l. fall. non si applicano alle operazioni compiute in esecuzione di un concordato preventivo, di un accordo di ristrutturazione di cui all'art. 182-bis e di un piano di risanamento ex art. 67, terzo comma, lett. d)".

Unico elemento indispensabile per escludere la sussistenza dei reati di bancarotta preferenziale e semplice sembra essere quello "modale" dell'effettuazione dei pagamenti e delle operazioni "in esecuzione" delle procedure descritte dalle disposizioni che regolano le summenzionate soluzioni privatistiche della crisi di impresa. Ciò significa che se i pagamenti sono realizzati violando taluna di queste norme, o sulla scorta di dati falsi, essi continueranno ad essere sussumibili, a seconda dei casi, sotto le fattispecie di bancarotta preferenziale e semplice, o sotto altre fattispecie di diverso genere (58).

È evidente, che pur nel silenzio della norma sul punto, la sintetica clausola "in esecuzione" contiene in sé anche l'attributo "regolare". Prescindendo da tale requisito implicito si finirebbe altrimenti con il dilatare inopinatamente ed irragionevolmente il novero dei fatti penalmente irrilevanti in palese contrasto con la *ratio* dell'art. 217 bis l. fall., facendovi rientrare anche quelli che in realtà sono frutto di condotte fraudolente.

Non sarebbe stato allora un errore esplicitare (sebbene possa apparire come una mera superfetazione) che rientrano nell'alveo dei fatti non punibili solo quelle operazioni compiute "in regolare esecuzione" delle menzionate procedure.

6.1. *Il discusso significato della clausola "in esecuzione"*. – In ogni caso, nonostante l'apparente chiarezza della struttura semantica e concettuale della norma in esame, è ugualmente sorto qualche dubbio circa il significato da attribuire proprio a tale clausola "in esecuzione".

Una parte della dottrina ha sostenuto che essa debba essere interpretata in un'accezione "strumentale", anziché in un'accezione "cronologica". Vale a dire che la si dovrebbe intendere come descrittiva non di un rapporto di stretta consequenzialità logico-temporale tra il decreto di omologa del tribunale e gli atti compiuti dall'imprenditore in sua esecuzione, bensì in un rapporto più elastico di "strumentalità" tra gli atti ed i progetti di salvataggio. In questa prospettiva si potrebbe pervenire alla conclusione di considerare come compiuti in esecuzione dei piani di risanamento di un'impresa in crisi anche quegli atti prodromici rispetto alla loro approvazione o ratifica da parte del tribunale (59).

Altra parte della dottrina, criticando questa tesi, ha invece reputato più congruo conferire alla espressione "in esecuzione" un significato "cronologico", osservando che esso è l'unico in sin-

(58) Analoghe considerazioni sono svolte da R. Lottini, *Modifica della legge fallimentare*, cit., 1370.

(59) In tal senso F. Mucciarelli, *L'esenzione*, cit., 1478 ss.

tonia con la natura penalistica dell'art. 217 bis l. fall. che la contiene.

Ed infatti questo articolo, nel momento in cui contribuisce a definire in negativo l'ambito di operatività delle fattispecie di bancarotta in esso tassativamente richiamate assume la natura di norma penale in senso stretto e come tale deve essere interpretata ed applicata.

Ciò significa che, nonostante l'identità di *ratio* intercorrente tra le operazioni prodromiche ad un tentativo di salvataggio di un'impresa in crisi e quelle attuative di un ben preciso piano corredato dalla formale omologazione del tribunale (entrambe, infatti, possono essere funzionali ad evitare il fallimento dell'impresa), il divieto di applicazione analogica delle leggi penali (anche se favorevoli, salvo il caso eccezionale, e comunque dibattuto, delle cause di giustificazione in senso stretto che escludono l'antigiuridicità) non consente di dilatare in via ermeneutica il concetto "in esecuzione" fino a farvi rientrare anche le prime. A ragionare diversamente, e ad avallare una lettura strumentale di questa locuzione si finirebbe con il legittimare una palese *applicazione analogica* dell'art. 217 bis l. fall., com'è noto, espressamente vietata nel nostro ordinamento giuridico sia dall'art. 14 delle disp. prel. cod. civ. sia, implicitamente, dall'art. 25, comma 2 Cost. (60). Senza considerare, poi, che l'opposta opinione comporterebbe il rischio di avallare applicazioni incontrollate e fraudolente delle disposizioni in tema di soluzioni concordate delle crisi di impresa.

Pertanto, a sostegno di questa lettura restrittiva della nozione della clausola "in esecuzione" contenuta nell'art. 217 bis l. fall. milita anche l'interpretazione fornita nel corso di questi anni dalla dottrina civilistica relativamente alla *identica espressione* impiegata dal legislatore della riforma del 2006 nell'art. 67, comma 3, lett. d) l. fall. per individuare le ipotesi di esenzione dall'azione revocatoria fallimentare.

È opinione dominante che in quella circostanza essa debba essere intesa come una diretta *proiezione logica e cronologica del piano attestato di risanamento* e, quindi, come una clausola che assorbe al suo interno unicamente le operazioni compiute dall'imprenditore previamente menzionate in modo esplicito nel piano, o comunque chiaramente riconducibili al novero degli atti previsti per darvi attuazione. Ciò significa che presupposto implicito di questa interpretazione della clausola "in esecuzione" è la *preliminare redazione* di un piano di risanamento sufficientemente dettagliato, seguita dalla specificazione, al momento del compimento delle operazioni ivi indicate, del loro rapporto di strumentalità rispetto al piano medesimo (61).

Ed allora, siccome l'art. 217 bis l. fall., nonostante specifici autonomamente la clausola in esecuzione tra i suoi elementi costitutivi, contiene in realtà null'altro che un *rinvio* (anche) all'art. 67, comma 3, lett. d) l. fall. ed alla sua clausola "in esecuzione" (questo articolo dispone infatti l'esenzione dalla revocatoria degli atti e dei pagamenti "posti in essere in esecuzione di un piano che appaia idoneo a consentire il risanamento della esposizione debitoria"), sembra opportuno considerare una *superfetazione* ridondante la sua ulteriore previsione nella nuova causa di esenzione dai reati di bancarotta. Al contrario, appare ragionevole ritenere che conti unicamente la clausola descritta dalla disposizione in materia di revocatoria fallimentare, il cui significato è già stato ben chiarito dalla dottrina civilistica ed è tranquillamente esportabile per ragioni di eguaglianza sostanziale anche alle altre soluzioni alternative al fallimento indicate dall'art. 217 bis l. fall.: il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione del debito.

Infine, riguardo ai presupposti applicativi di questa causa di esclusione della tipicità va fatta un'ulteriore precisazione.

In base al tenore letterale dell'art. 217 bis l. fall. ed alla sua generica affermazione di non applicabilità delle fattispecie di bancarotta preferenziale e semplice, si sarebbe indotti a pensare *prima facie* che, *indistintamente, tutte le ipotesi di bancarotta* descritte dagli artt. 216, comma 3 e 217 l. fall. non potrebbero

(60) Di questo ordine di idee è F. D'Alessandro, *Il nuovo art. 217 bis l. fall.*, cit., 212.

(61) G. Guerrieri, *Sub art. 67*, in A. Maffei Alberti, *Commentario breve*, cit., 352.; P. Pajardi-A. Paluchowsky, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008, 432.

mai configurarsi relativamente ad operazioni compiute dall'imprenditore in esecuzione delle tre suddette procedure alternative al fallimento.

In realtà, le cose stanno diversamente poiché la *specificazione* da parte del legislatore della non punibilità ai sensi dei suddetti artt. 216, comma 3 e 217, l. fall. unicamente dei "pagamenti" e delle "operazioni" compiuti "in esecuzione" dei piani di salvataggio dell'impresa in difficoltà, implicitamente ne *circoscrive l'ambito di applicazione*.

L'impiego di questa locuzione induce ad escludere che possano essere considerati tali alcuni comportamenti realizzati dall'imprenditore e descritti dalle norme tassativamente richiamate dall'art. 217 bis l. fall., dal momento che, per le loro caratteristiche, non potrebbero mai essere compiuti nella prospettiva della soluzione della crisi dell'impresa, essendo per vocazione *sempre strumentali all'aggravio* della situazione preesistente di dissesto (62).

Certamente, per quel che concerne la *bancarotta preferenziale* presenta queste caratteristiche e non ricade, quindi, nell'ambito di operatività dell'art. 217 bis l. fall. la condotta descritta dall'art. 216, comma 3 l. fall. in materia di bancarotta preferenziale della "simulazione di crediti privilegiati": la creazione artificiale, tramite la simulazione, di un credito privilegiato è per sua stessa natura operazione antitetica rispetto al salvataggio dell'impresa in crisi, contribuendo al contrario ad amplificarne il dissesto.

Analogamente, per quel che concerne la *bancarotta semplice* si collocano al di fuori del campo di incidenza della causa di esenzione della responsabilità penale in esame, nonostante il generico richiamo in essa contenuto all'intero testo dell'art. 217 l. fall., sia le "spese personali o per la famiglia eccessive rispetto alla condizione economica dell'imprenditore" elencate al comma 1, n. 1, sia "l'inadempimento delle obbligazioni assunte in un precedente concordato preventivo o fallimentare" descritto dal comma 1, n. 5.

Com'è stato ben rilevato, anche queste situazioni "si connotano come del tutto eccentriche rispetto a qualsivoglia finalità di soluzione della crisi d'impresa e, pertanto, non possono essere in alcun modo 'coperte' dall'esenzione disciplinata nell'art. 217 bis l. fall." (63).

*7. La controversa applicabilità dell'art. 217 bis l. fall. alla bancarotta societaria.* – Un altro dubbio che la formulazione dell'art. 217 bis l. fall. genera, nonostante l'apparente precisione della sua formulazione letterale, è relativo al suo campo di operatività.

Non è chiaro se questa scriminante debba trovare applicazione per le sole ipotesi di bancarotta in essa tassativamente indicate, e cioè quelle di cui agli artt. 216, comma 3, e 217 l. fall., oppure possa valere anche per le ipotesi di bancarotta societaria di cui agli artt. 223 e 224 l. fall. non espressamente menzionate.

In ossequio al principio di precisione e determinatezza, ed in applicazione della regola dell'*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*, si potrebbe essere indotti a ritenere che avendo l'elenco delle fattispecie natura tassativa e non essendo esplicitamente annoverate in esso le fattispecie di bancarotta impropria, queste non potrebbero essere attratte nel suo raggio di azione se non avallando una illegittima applicazione analogica.

A ben vedere, però, una simile affermazione risulta viziata sia nelle *conclusioni* cui approda, sia nei *percorsi argomentativi* su cui si fonda.

Sotto il primo profilo, infatti, non sembra corretta l'esclusione dall'ambito di applicazione della nuova causa di non punibilità dei fatti di bancarotta impropria: una simile opzione ermeneutica risulta invero palesemente *irragionevole* al punto da poter condurre ad una probabile declaratoria di illegittimità costituzionale per violazione dell'art. 3 Cost. dell'art. 217 bis l. fall. a causa della previsione al suo interno di una eclatante *disparità di trattamento* tra imprenditore individuale ed impresa societaria di fronte a condotte identiche, quali per l'appunto

(62) F. Mucciarelli, *L'esenzione*, cit., 1477; F. D'Alessandro, *Il nuovo art. 217 bis l. fall.*, cit., 212.

(63) Così F. D'Alessandro, *Il nuovo art. 217 bis l. fall.*, cit., 212.

le operazioni ed i pagamenti compiuti in esecuzione di una soluzione preventiva della crisi d'impresa.

Sotto il secondo profilo, quello argomentativo, appare invece *improprio* il richiamo al principio di tassatività-determinatezza poiché, da una attenta lettura in combinato disposto delle norme in materia di bancarotta sia propria che impropria, si evince, al contrario, che proprio questo principio induce a conclusioni opposte: da tale interpretazione combinata delle disposizioni in esame emerge che è la legge stessa a prevedere con precisione la possibilità di includere anche le ipotesi di bancarotta societaria nell'elenco tassativo dell'art. 217 *bis* l. fall.

Le fattispecie di cui agli artt. 223 e 224 l. fall., difatti, sono costruite per rinvio proprio alle fattispecie di bancarotta fraudolenta e semplice descritte dagli artt. 216 e 217 l. fall., a loro volta espressamente richiamate dalla nuova clausola di esenzione della bancarotta. Nel momento in cui gli artt. 223 e 224 rinviano allora agli artt. 216 e 217 l. fall. stabilendo, rispettivamente, che agli amministratori, ai direttori generali, ai sindaci e ai liquidatori di società dichiarate fallite che hanno commesso alcuno dei fatti previsti nei suddetti articoli "si applicano le pene" da essi stabilite, *implicitamente* essi rinviano oggi anche all'art. 217 *bis* l. fall. Questo nuovo articolo, come si è visto, contribuisce a definire in negativo il novero dei fatti penalmente rilevanti indicati dalle due fattispecie base di bancarotta alla stregua dei c.d. elementi negativi del fatto tipico, con l'unica eccezione di trovare una collocazione sistematica insolita: vale a dire non nella stessa norma incriminatrice, bensì in una disposizione autonoma di chiusura (64).

Dopo l'entrata in vigore di questa nuova norma, gli articoli 216 e 217 l. fall. hanno assunto in generale una diversa e più circoscritta fisionomia, non rientrando più nel loro raggio d'azione - in quanto privi di tipicità - tutti i fatti in essa espressamente descritti; sicché, anche quando sono richiamate tassativamente solo queste due fattispecie incriminatrici, senza un esplicito rinvio anche alla neo-istituita causa di esenzione della punibilità di cui all'art. 217 *bis* l. fall., si deve ritenere ugualmente richiamata anche quest'ultima, dal momento che ne è divenuta *componente integrante* imprescindibile.

8. *I problemi sorti in materia di azione revocatoria:* a) *l'eccessiva indeterminazione dei requisiti del piano di risanamento.* - Altri problemi generati dalla imprecisione della formulazione letterale della norma concernono l'azione revocatoria. L'art. 217 *bis* l. fall. nel momento in cui rinvia recettivamente all'art. 67 lett. d) per definire il suo campo di applicazione finisce con aprire le porte del diritto penale a dei *concetti* eccessivamente *vaghi* ed *indeterminati* che possono condizionarne la regolare applicazione e conferire al giudice penale un eccessivo potere discrezionale.

Dalla lettura in combinato disposto di queste due norme discende che la esenzione della bancarotta in questo caso opera solo quando le operazioni compiute dall'imprenditore in difficoltà presentino gli evanescenti requisiti indicati nell'art. 67 lett. d) e, cioè, rientrino in un piano di risanamento che appaia "*idoneo*" e sia valutato "*ragionevole*" da un professionista "iscritto nel registro dei revisori contabili e che abbia i requisiti previsti dall'art. 28, lettere a) e b) ai sensi dell'art. 2501-*bis*, quarto comma, del codice civile" (65).

Questa singolare opzione politico-criminale finisce con il far dipendere il giudizio sulla sussistenza della rilevanza penale dei comportamenti tenuti dall'imprenditore in difficoltà dal rispetto dei criteri elastici fissati in materia di atti non assoggettabili alla revocatoria fallimentare presta il fianco a due ordini di rilievi critici a causa dei *vulnera* che apre nei principi di legalità e di uguaglianza.

In primo luogo, nell'ipotesi in cui il piano, pur attuato, non abbia avuto successo e sia intervenuta la dichiarazione di fal-

(64) Dello stesso ordine di idee è R. Lottini, *Modifica della legge fallimentare*, cit., 1371.

(65) In questo senso F. D'Alessandro, *Il nuovo art. 217 bis l. fall.*, cit., 206 s. In particolare, sul ruolo assolto dal professionista dotato di tali requisiti nelle diverse nuove procedure concorsuali e sui connessi "rischi penali", si veda G. Schiavano, *Il professionista "attestatore" nelle soluzioni concordate delle crisi di impresa: la sua qualifica penalistica*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2010, 271 ss.

limento alla quale abbia fatto seguito, successivamente, l'avvio di un procedimento per bancarotta preferenziale, e compete quindi al giudice penale la valutazione della rilevanza penale, si introducono nel processo penale concetti e nozioni eccessivamente vaghi ed indeterminati difficilmente compatibili con i principi costituzionali di precisione e determinatezza, che possono portare ad applicazioni estremamente disomogenee da parte della giurisprudenza del *novum* normativo rispetto a situazioni pressoché identiche.

In tali circostanze la sussumibilità dei pagamenti eseguiti dall'imprenditore nelle fattispecie di bancarotta dipenderà, oltre che dall'esistenza di una attestazione di ragionevolezza stilata da un professionista qualificato (altro requisito problematico su cui si tornerà tra breve), da una valutazione del giudice penale eccessivamente discrezionale, per non dire ai limiti dell'arbitrio. Sarà infatti un giudizio prognostico *ex ante*, effettuato secondo lo schema logico della prognosi postuma, relativo all'apparente *idoneità* del piano di ristrutturazione per il risanamento dell'impresa, ad orientare la scelta circa la qualificazione giuridica dei comportamenti compiuti in sua attuazione come tipici o come atipici ai sensi dell'art. 217 *bis* l. fall.

L'ulteriore (e forse più grave) rischio di ancorare il discrimine tra il penalmente rilevante ed il penalmente irrilevante a giudizi prognostici di questo tipo, oltre a quello della ipoteticità ed aleatorietà degli stessi, è quello di rendere tale valutazione puramente formale, come ad esempio sta accadendo in materia di responsabilità da reato degli enti collettivi relativamente alla valutazione imposta dall'art. 6 d.lgs. n. 231/2001 circa l'effettiva idoneità del Modello di organizzazione e gestione ad impedire il reato verificatosi nell'interesse o nel vantaggio dell'ente.

È possibile, cioè, che tutte le volte in cui il piano non vada a buon fine il giudice si lasci condizionare nella valutazione relativa alla sua "apparente" idoneità *ex ante* e, utilizzando lo schema logico inverso *post hoc, propter hoc*, addivenga in modo quasi automatico alla conclusione della sua inidoneità ed irragionevolezza e, quindi, della rilevanza penale dei pagamenti compiuti in sua attuazione.

Insomma, il rinvio ricettivo all'art. 67, comma 3, lett. d) l. fall., invece di consentire di definire in maniera precisa il raggio d'azione della nuova causa di non punibilità, finisce al contrario per alimentare ulteriori dubbi rimettendo al giudice penale l'onere di svolgere accertamenti e valutazioni che gli conferiscono un *eccessivo margine di discrezionalità*.

In secondo luogo, un altro aspetto che genera ancor maggiori perplessità, anche perché potenzialmente introduttivo di situazioni di conflitto di interessi tra i soggetti coinvolti, è quello della remissione operata dall'art. 217 *bis* l. fall. (sempre a causa di questo rinvio cieco all'art. 67, comma 3, lett. d)) della valutazione di uno dei due requisiti indispensabili per la regolare esecuzione del pagamento ad un privato, *id est* il professionista qualificato indicato da tale disposizione, chiamato ad attestare la ragionevolezza del piano (66).

È evidente come sia singolare che un elemento dirimente della rilevanza penale di un comportamento di un imprenditore in difficoltà sia costituito dal *contributo* di un soggetto tutt'altro che neutrale e terzo, vale a dire il *privato scelto e retribuito* da lui medesimo (67).

Tuttavia a tal proposito va operato un distinguo tra l'ipotesi in cui il professionista abbia apprezzato la ragionevolezza del piano di concerto con l'imprenditore in maniera compiacente e parziale, da quella in cui il professionista abbia espresso tale giudizio di ragionevolezza per ottenere l'incarico e la relativa retribuzione, ma senza subire incitamenti o richieste da parte dell'imprenditore.

Nella prima circostanza non sembra potersi considerare il fatto penalmente irrilevante e ritenere che rispetto ad esso ci sia un "vuoto assoluto di disciplina". In un caso del genere sembra potersi ravvisare, accanto ovviamente ad una responsabilità disciplinare, una vera e propria responsabilità penale a carico del professionista a titolo di concorso eventuale nei delitti di

(66) F. D'Alessandro, *Il nuovo art. 217 bis l. fall.*, cit., 208.

(67) Analogamente F. D'Alessandro, *Il nuovo art. 217 bis l. fall.*, cit., 208.

bancarotta fraudolenta compiuti dall'imprenditore (68). Com'è stato rilevato "l'irragionevolezza intrinseca del piano preclude l'operare dell'esenzione dalla revocabilità e dalla preferenzialità, mentre l'*animus* fraudolento dell'imprenditore e del professionista integra l'elemento soggettivo del reato di bancarotta preferenziale" (69).

Le cose stanno diversamente, invece, nella seconda circostanza; in questo caso l'imprenditore potrebbe non essere considerato punibile poiché si è limitato ad ottemperare ad un piano redatto da un professionista qualificato e, quindi, potrebbe eccipere la totale assenza di dolo, o la mancanza di colpevolezza, essendosi venuto a trovare in una situazione di errore sul fatto scriminata ex art. 47 c.p. o in una situazione di errore su una causa di non punibilità (l'art. 217 bis l. fall.) scriminata ex art. 59, comma 4 c.p.

Al più, in una circostanza simile, si potrebbe discutere circa l'eventuale punibilità del solo professionista che ha approvato il piano di risanamento in qualità di autore mediato ai sensi dell'art. 48 c.p., dal momento che con la sua consulenza mendace ha indotto in errore il fallito facendogli realizzare operazioni potenzialmente rilevanti ai sensi dell'art. 216 l. fall.

Va detto però che questa soluzione sembra in concreto difficilmente praticabile, dal momento che è arduo sia dimostrare l'effettiva induzione in errore dell'imprenditore in difficoltà, sia, soprattutto, provare la sussistenza in capo ad un consulente spregiudicato del dolo, soprattutto nella forma del dolo specifico e, quindi, della piena rappresentazione e volizione dei pagamenti preferenziali unita allo scopo di avvantaggiare taluni creditori a danno di altri (70).

8.1. (Segue...) b) il rinvio tassativo unicamente all'art. 67, comma 3, lett. d) l. fall. – Che la imperfetta formulazione dell'art. 217 bis l. fall. abbia alimentato più problemi di quanti ne volesse risolvere è ulteriormente confermato da un altro dubbio che essa ingenera nell'interprete in materia di revocatoria fallimentare.

Ci si riferisce alla scelta di elencare tra le operazioni che non integrano i delitti di bancarotta unicamente quelle poste in esecuzione del piano di cui al comma 3, lett. d) dell'art. 67 l. fall. Il mancato richiamo da parte del legislatore in questa sede delle lettere a), b), c), f), g) di tale articolo che descrivono tutte le altre operazioni non assoggettabili alla revocatoria fallimentare ingenera più di una perplessità circa la loro sorte (71).

Non pone invece problemi l'omesso rinvio alla lettera e), poiché questa disposizione riguarda operazioni e pagamenti effettuati in esecuzione del concordato preventivo o dell'accordo ex art. 182-bis l. fall., vale a dire degli altri due istituti espressamente richiamati dall'art. 217-bis l. fall. (72).

In passato, nel silenzio legislativo sul punto, era pacificamente riconosciuta la irrilevanza penale di tutte le operazioni tassativamente escluse dall'art. 67, comma 3 l. fall. dall'ambito

(68) Rileva la mancanza di un'esplicita disciplina penalistica per simili giudizi compiuti di 'ragionevolezza' degli accordi da parte del professionista F. D'Alessandro, *Il nuovo art. 217 bis l. fall.*, cit., 208. Relativamente all'analogo problema sorto per il concordato preventivo, invece, nega la configurabilità di una responsabilità del professionista che redige la relazione ex art. 161 l.f. Trib. Torino, IV Sez. Pen., in *Fall.*, 2010, 1439, con nota critica di M. Lanzì, *Il professionista incaricato della relazione per l'ammissione al concordato preventivo non è pubblico ufficiale*, *ivi*, 1440 ss. Sostiene che in tal caso possa ugualmente essere contestato al professionista il reato di cui all'art. 236, comma 1, l. fall. che punisce, con la reclusione da uno a cinque anni, l'imprenditore che, al solo scopo di essere ammesso alla procedura, si sia attribuito attività inesistenti oppure che, al fine di influire sulla formazione delle maggioranze, abbia indicato crediti in tutto o in parte inesistenti o abbia omesso l'indicazione di debiti esistenti, Trib. Milano, Sez. II, 19 dicembre 2006; dello stesso avviso è Trib. Brescia, Sez. I, 7 dicembre 2006, in *Riv. dott. comm.*, con nota di L. Troyer, *Le responsabilità penali relative alle soluzioni concordate delle crisi d'impresa*, *ivi*, 2008, 111 ss.

(69) Così F. D'Alessandro, *Il nuovo art. 217 bis l. fall.*, cit., 207; F. Mucciarelli, *Stato di crisi*, cit., 847.

(70) Prospetta una soluzione di questo tipo F. D'Alessandro, *Il nuovo art. 217 bis l. fall.*, cit., 208.

(71) F. D'Alessandro, *Il nuovo art. 217 bis l. fall.*, cit., 209.

(72) In tal senso F. Mucciarelli, *L'esenzione*, cit., 1476 s.

di operatività dell'azione revocatoria. Ora la esplicita (e decisamente poco ragionevole) limitazione operata nell'art. 217 bis l. fall. alle sole operazioni di cui alla lettera d) crea un evidente disorientamento.

Attenendosi ad una lettura formalistica della nuova disposizione in ossequioso rispetto del divieto di analogia costituzionalmente presidiato dall'art. 25, comma 2 Cost., ed avvalendosi anche questa volta del canone ermeneutico dell'*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*, si dovrebbe essere portati a concludere che simili operazioni possono essere considerate penalmente rilevanti e sussumibili in una delle diverse fattispecie di bancarotta di cui agli artt. 216 e ss. l. fall. (73).

In realtà, una tale soluzione non sembra condivisibile perché condurrebbe ad *approdi* assolutamente *irragionevoli*, aprendo le porte ad una probabile declaratoria di illegittimità costituzionale del *novum* legislativo per manifesta violazione del principio di *uguaglianza-ragionevolezza* sancito nell'art. 3 Cost. a causa della diversa valenza giuridica conferita a situazioni sostanzialmente identiche (74).

Il canone teleologico dell'interpretazione costituzionalmente conforme impone allora di considerare ugualmente non punibili anche tali altre operazioni.

In ogni caso, per evitare in radice i dubbi circa la eventuale violazione da parte di una simile opzione ermeneutica del principio di legalità, *sub specie* divieto di analogia, la via più ragionevole da percorrere potrebbe essere quella di far derivare l'irrelevanza penale di tali comportamenti dal principio di unitarietà e non contraddizione dell'ordinamento giuridico così come già si faceva in precedenza prima dell'entrata in vigore dell'art. 217 bis l. fall., facendo leva sulla già menzionata regola non scritta che ciò che è lecito per il diritto civile non può mai essere considerato illecito per il diritto penale e desumendo la non punibilità dalla causa di giustificazione dell'esercizio di un diritto di cui all'art. 51 c.p. (75).

9. I problemi in materia di concordato preventivo. – Un altro dubbio che la nuova ipotesi normativa di delimitazione della tipicità dei fatti di bancarotta solleva è relativo alle operazioni compiute in esecuzione del nuovo concordato preventivo nell'ipotesi in cui questo sia revocato e sia seguito dalla declaratoria fallimentare.

A tal proposito ci si interroga sulla possibilità per il *giudice penale*, una volta naufragato il concordato e dichiarato il fallimento dell'imprenditore, di *sindacare ex post* i presupposti del concordato già valutati dal tribunale civile al momento della emanazione del decreto di ammissione allo stesso (peraltro non soggetto a reclamo) ai sensi dell'art. 163 l. fall. (76).

La risposta a tale quesito muta a seconda di come si intenda il provvedimento del giudice civile di ammissione della richiesta di concordato presentato dall'imprenditore accompagnato dalla certificazione di un professionista qualificato che presenti i medesimi requisiti richiesti dall'art. 67, comma 3, l. fall. per la valutazione della ragionevolezza del piano di risanamento.

Se si tende a riconoscere al giudizio di omologazione del tribunale un carattere '*sostanziale*' di vero e proprio giudizio di

(73) Sembrano avallare implicitamente tale soluzione ermeneutica estremamente rigorosa R. Bricchetti-L. Pistorelli, *Bancarotta, le operazioni escluse dall'incriminazione*, in *Guida dir.*, 2010, n. 37, 98.

(74) Il potenziale contrasto tra l'art. 217 bis l. fall. e l'art. 3 Cost. è stato evidenziato anche da F. Mucciarelli, *L'esenzione*, cit., 1475; nonché da R. Lottini, *Modifica della legge fallimentare*, cit., 1372.

(75) A conclusioni simili perviene F. D'Alessandro, *Il nuovo art. 217 bis l. fall.*, cit., 209.

(76) Sul nuovo concordato preventivo cfr. tra i tanti G. Lo Cascio, *Concordato preventivo*, Milano, 2008; G. Guerrieri, *Sub art. 160*, in A. Maffei Alberti, *Commentario breve*, cit., 912 ss. Sul ruolo svolto dal Tribunale civile v. S. Patti, *Il sindacato dell'autorità giudiziaria nella fase di ammissione*, in *Fall.*, 2006, 1019 ss. Mette in luce un aspetto che potrebbe rivelarsi determinante in sede di approvazione del concordato da parte dei creditori G. Bersani, *Responsabilità degli enti e concordato preventivo*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2011, 144 s., il quale rileva come, nell'ipotesi in cui la società che propone il concordato sia indagata per un reato previsto nel catalogo del d.lgs. n. 231/2001, il Tribunale al momento dell'approvazione dovrà attentamente valutare anche se essa ha tenuto conto nel piano concordatario degli accantonamenti necessari per pagare l'eventuale sanzione irrogata in caso di condanna.

cognizione nel merito, la risposta sarà senz'altro negativa dal momento che il giudice ha già avuto modo di verificare concretamente la sussistenza e la veridicità di tutti i requisiti per l'accesso al concordato preventivo elencati dagli artt. 160 e 161 l. fall. sicchè non si può sostenere che egli sia stato tratto in errore dall'imprenditore che abbia fornito notizie mendaci sulla sua situazione patrimoniale. Viceversa, se si propende per una sua considerazione puramente *formale*, di tipo quasi notarile e, dunque, si nega la possibilità per lo stesso di valutare nel merito la veridicità dei presupposti del concordato, potrebbe ipotizzarsi una rispostapositiva, poiché il giudice potrebbe essere stato tratto in inganno dalle dichiarazioni dell'imprenditore e potrebbe avere acconsentito alla esecuzione di un concordato viziato *ab origine* e, quindi, certamente destinato a fallire; sicchè sarebbe possibile per il giudice penale rivalutare i presupposti di accesso al concordato e ritenere non applicabile la causa di esenzione della responsabilità penale prevista dall'art. 217 bis l. fall. Al riguardo va, però, considerato che il Tribunale durante la procedura concordataria ha oramai poteri amplissimi, come quello di convocare il proponente ed il professionista abilitato per chiedere chiarimenti circa la veridicità dei dati attestati e la fattibilità del piano di risanamento, sicchè sono decisamente circoscritti (per non dire praticamente inesistenti) i margini per un secondo e diverso scrutinio del concordato ad opera del giudice penale.

In ogni caso, giusto per inciso, è opportuno rilevare che non esiste una unanimità di vedute sul punto nella dottrina civilistica, dal momento che c'è chi ritiene il giudizio di omologazione un giudizio di natura ibrida che può tanto essere formale, quanto cognitivo e fa dipendere la risposta circa la sua natura dalla presentazione o meno da parte dei creditori di opposizioni al piano presentato dall'imprenditore per accedere al concordato preventivo. Nell'ipotesi in cui non venga presentato alcun reclamo, si ritiene che il tribunale civile si limiterà in sede di omologa a svolgere una mera ratifica della volontà formalizzata dall'imprenditore con l'aiuto del professionista qualificato nel piano di risanamento; diversamente, nell'ipotesi in cui siano presentati reclami al piano, il tribunale civile sarà chiamato a compiere un vero e proprio giudizio di cognizione sul merito ed a verificare i contenuti e la 'fattibilità' del piano (77).

Al contrario, altra parte della dottrina, invece, facendo leva sull'art. 173 l. fall. che riconosce la verificabilità *in itinere* del concordato seppure tramite il commissario giudiziale, reputa il giudizio di omologazione alla stregua di un vero e proprio procedimento cognitivo che consente sempre al tribunale civile di scandagliare nel merito i presupposti per il concordato (78).

Sembrerebbe allora doversi ritenere che la soluzione che conferisce *valore cognitivo* al giudizio di omologa del tribunale civile e nega la possibilità per il giudice penale di sindacare in un secondo momento nel processo penale il decreto di ammissione al concordato preventivo sia da preferire e che, quindi, ogni operazione compiuta in esecuzione di un concordato omologato dal giudice civile non possa mai integrare un fatto penalmente rilevante ai sensi dell'art. 217 bis l. fall., poiché in questa norma il legislatore non ha posto condizioni circa la sua applicabilità, limitandosi a specificare che non integrano fatti di bancarotta i comportamenti tenuti in esecuzione di un concordato preventivo.

In effetti, una lettura attenta di tutte le disposizioni in materia di concordato preventivo sembra fare ulteriore luce sul punto ed aiutare a pervenire ad una soluzione più ragionevole, dal momento che quella della *impunità assoluta* di ogni operazione compiuta in esecuzione di un concordato anche quando si sia rivelato peregrino sembra introdurre un *eccesso di benevolenza* nei confronti dell'imprenditore in difficoltà, soprattutto quando

(77) Questa duplice possibile valutazione del ruolo del Tribunale civile è ben descritta da R. Lottini, *Modifica della legge fallimentare*, cit., 1370; a sostegno di questa tesi che fa dipendere la possibilità del sindacato di merito dall'esistenza o meno di opposizioni si esprime G. Lo Cascio, *Le nuove procedure di crisi: natura negoziale o pubblicistica*, in *Fall.*, 2008, 996 ss.

(78) Di questo diverso avviso sono R. Lottini, *Modifica della legge fallimentare*, cit., 1369; I. Pagni, *Il controllo del tribunale e la tutela dei creditori nel concordato preventivo*, in *Fall.*, 2008, 1095.

il suo atteggiamento sia stato spregiudicato e la decisione di ricorrere al beneficio del concordato sia stata il frutto di una manovra speculativa e dilatoria finalizzata (nella consapevolezza dell'impunità delle operazioni compiute in sua esecuzione) unicamente a sottrarsi alle spire delle norme incriminatrici in materia di bancarotta.

L'art. 173 l. fall. riconosce, infatti, al commissario giudiziale nominato dal giudice con il decreto non reclamabile di ammissione al concordato il potere di effettuare (in una fase pre-fallimentare) una verifica nel merito delle operazioni realizzate e del piano omologato allo scopo di valutarne la frodolenza.

Nell'ipotesi in cui il commissario riscontri che "il debitore ha occultato o dissimulato parte dell'attivo, dolosamente omesso di denunciare uno o più crediti, esposto passività insussistenti o commesso altri atti di frode, deve riferirne immediatamente al tribunale, il quale apre d'ufficio il procedimento per la revoca dell'ammissione al concordato, dandone comunicazione al pubblico ministero e ai creditori.

All'esito del procedimento, che si svolge nelle forme di cui all'articolo 15, il tribunale provvede con decreto e, su istanza del creditore o su richiesta del pubblico ministero, accertati i presupposti di cui agli articoli 1 e 5, dichiara il fallimento del debitore con contestuale sentenza, reclamabile a norma dell'articolo 18".

È evidente che alla luce di questa disposizione è la stessa legge fallimentare a riconoscere al giudice civile e non a quello penale il potere di verificare *in itinere* l'oggettiva esistenza dei presupposti del concordato e di emanare un decreto di revoca dell'ammissione al concordato e, contestualmente, ove ne sussistano i presupposti e ci sia l'istanza di un creditore o la richiesta del p.m., di pronunciare una sentenza declaratoria di fallimento.

La previsione di tale possibilità finisce allora con l'incidere anche sulla clausola di esenzione dei reati di bancarotta di cui all'art. 217 bis l. fall., riducendone indirettamente l'ambito di operatività in maniera sensibile.

Alla luce della lettura in combinato disposto degli artt. 173 e 217 bis l. fall. sembra doversi ritenere che il rinvio contenuto in quest'ultimo alle operazioni compiute in esecuzione di un concordato preventivo, non ricomprenda naturalmente tutte quelle fraudolente che possono tranquillamente essere considerate penalmente rilevanti.

Se la legge ammette la possibilità di effettuare un sindacato sui dati in base ai quali è stato concesso il concordato attraverso la *longa manus* del commissario giudiziale, non si vede perché allora nell'ipotesi in cui il concordato non sia andato in porto e sia stata pronunciata sentenza di fallimento, il giudice penale chiamato a verificare la configurabilità o meno di reati fallimentari non possa compiere un analogo giudizio. Non sembra irragionevole ammettere che questi possa ritenere non scriminate dall'art. 217 bis l. fall. quelle operazioni compiute in esecuzione di un concordato preventivo concesso sulla base di dati mendaci e, quindi, attivato dall'imprenditore e dal professionista con l'esplicito obiettivo di ritardare il fallimento e di aggravare ulteriormente il proprio stato di dissesto economico (79).

A ragionare diversamente, la disciplina dell'art. 217 bis l. fall. risulterebbe altrimenti *eccessivamente favorevole all'imprenditore* in difficoltà consentendogli di produrre documenti e notizie false per accedere al concordato senza rischiare eventuali ripercussioni sul piano penale (80).

In ogni caso, se una simile interpretazione dovesse essere rigettata perché reputata in contrasto con il tenore letterale dell'art. 217 bis l. fall., si potrebbe ugualmente ritenere censurabi-

(79) In tal senso cfr. F. D'Alessandro, *Il nuovo art. 217 bis l. fall.*, cit., 210; nonché R. Lottini, *Modifica della legge fallimentare*, cit., 1369, il quale mette in evidenza come nel caso in cui l'imprenditore abbia agito nel rispetto della legge nella convinzione della bontà del concordato preventivo senza la rappresentazione e la volontà dei fatti commessi non possono ritenersi integrati i delitti di bancarotta di cui agli artt. 216 e 217 l. fall.

(80) Evidenzia questa aporia F. D'Alessandro, *Il nuovo art. 217 bis l. fall.*, cit., 210.

le da parte del giudice penale il comportamento dell'imprenditore e del consulente ricorrendo ad altre fattispecie incriminatrici come, ad esempio, l'art. 236, comma 1 l. fall. (81) o quelle in materia di delitti contro la fede pubblica, contro il patrimonio o in materia di reati societari. In questo modo si aggirerebbero gli ostacoli formalmente posti dalla causa di non punibilità dei reati di bancarotta, senza però arrivare all'eccesso opposto di garantire l'assoluta impunità dell'imprenditore.

È controverso se possa essere considerato come un argomento ulteriore a sostegno della tesi negativa la recente pronuncia delle Sezioni Unite della Suprema Corte relativa all'analogo quesito posto in merito alla *sindacabilità* o meno da parte del giudice penale della *sentenza di fallimento* emessa dal tribunale civile.

Secondo una parte della dottrina la risposta sarebbe negativa, poiché in quella occasione la insindacabilità in sede penale della declaratoria fallimentare emessa dal tribunale civile è stata desunta dal fatto che nei reati di bancarotta "la dichiarazione di fallimento assume rilevanza nella sua natura di provvedimento giurisdizionale e non per i fatti con essa accertati" (82). Nel caso del concordato, invece, si discute esattamente del contrario e cioè della sindacabilità da parte del giudice penale proprio dei fatti già accertati con il decreto di ammissione al concordato emesso dal tribunale civile.

Diversamente, ad avviso di altra parte della dottrina la risposta sarebbe positiva, dal momento che l'esistenza di un accordo omologato o di un concordato è un "mero dato di fatto o un rapporto di precedenza necessaria di diritto sostanziale, pertanto del tutto esclusa dal dibattito è la questione delle pregiudiziali, né viene messo in discussione l'art. 2, comma 1 c.p.p." (83).

10. (*Segue...*) e quelli in materia di accordi di ristrutturazione del debito. – Infine, l'ultimo problema sollevato dall'innesto dell'art. 217 bis nella legge fallimentare è quello relativo ai suoi rapporti con la terza ed ultima soluzione alternativa al fallimento: l'accordo di ristrutturazione dei debiti disciplinato dall'art. 182 bis l. fall., ai sensi del quale l'imprenditore in difficoltà può chiedere al tribunale l'omologazione di un accordo privato di ristrutturazione dei debiti, condiviso dai creditori che rappresentano almeno il sessanta per cento dell'intero passivo (84).

Le incertezze interpretative riguardano anche in questo caso la *sindacabilità da parte del giudice penale* (nell'eventualità di esito infruttuoso e di successivo fallimento) del provvedimento del giudice civile di ratifica dell'accordo negoziale stipulato dalle parti e corredato da una relazione (anche questa volta) di un professionista qualificato sulla sua attuabilità ed idoneità, accordo con il quale il sessanta per cento dei creditori accetta la soluzione proposta dal creditore, "acconsentendo ad un ridimensionamento delle proprie aspettative economiche" (85).

Anche questa volta la risposta dipende dalla natura del giudizio svolto in sede di ratifica dal tribunale civile sull'accordo a sua volta "certificato" dalla relazione del professionista. Se gli si attribuisce *natura cognitiva*, riconoscendo al giudice fallimentare un potere di controllo sull'accordo e sulla relazione del professionista, allora sembra doversi escludere la possibilità per il giudice penale di compiere in caso di successivo fallimento un secondo scrutinio sulla fattibilità dell'accordo. Al contrario, se gli si riconosce unicamente una *natura formale* e si ritiene che il tribunale con esso si limiti a ratificare un accordo già concluso tra le parti senza potersi pronunciare sul merito, allora sembra potersi ammettere l'eventualità per il giudice penale di un nuovo vaglio sui suoi presupposti (86).

(81) Sul punto si rinvia alla bibliografia già citata *ante* nella nota n. 67.

(82) In tal senso Cass. pen., sez. un., 28 febbraio 2008, n. 19601, cit. Analoghe considerazioni sono svolte da R. Lottini, *Modifica della legge fallimentare*, cit., 1369.

(83) Così G. Cocco, *Art. 217 bis*, cit., 12.

(84) Su tale istituto e sulle recenti modifiche ad esso apportate con la medesima l. n. 122/2010 introduttiva dell'art. 217 bis l. fall., cfr. A. Didone, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Il dir. fall. soc. comm.*, 2011, 8 ss.

(85) F. D'Alessandro, *Il nuovo art. 217 bis l. fall.*, cit., 210; E. Frascaroli Santi, *Sub art. 182-bis*, cit., 1056.

(86) Sul punto R. Bricchetti-L. Pistorelli, *Bancarotta*, cit., 99.

Ora, sebbene in tale circostanza il tribunale civile sembri svolgere rispetto agli accordi di ristrutturazione del debito unicamente una attività di ratifica della volontà delle parti interessate, in realtà esso con tale giudizio di omologazione persegue proprio l'obiettivo di "blindare" gli atti commessi in sua esecuzione, per evitare che in un secondo momento possano essere nuovamente valutati in maniera diametralmente opposta. Se allora lo scopo principale è quello di voler garantire stabilità al patto, si comprende come non debba essere oggetto il patto stesso (*recte*: i suoi presupposti) di una nuova valutazione da parte del giudice penale, perché la sua funzione precipua è proprio quella di impedire il verificarsi di una simile eventualità (87).

Ciò significa che in caso di un accordo di ristrutturazione sfociato in fallimento a cui è seguito l'inizio di un procedimento penale, relativamente ai fatti compiuti in sua esecuzione il giudice sarà sempre tenuto a ritenerli scriminati ai sensi dell'art. 217 bis l. fall. perché non potrà compiere un nuovo giudizio sugli stessi.

L'unico limite di operatività dell'art. 217 bis l. fall. anche in questo caso è rappresentato dal requisito della completezza e regolarità della procedura, sicché esso non potrà trovare applicazione nell'ipotesi in cui non si pervenga alla omologazione dell'accordo da parte del tribunale civile, ad esempio, per le fondate opposizioni di taluni creditori e si dimostri che il tempo e gli sforzi profusi per cercare di pervenire ad esso hanno finito per generare un aggravamento della crisi dell'azienda prevedibile da parte dello stesso debitore (88).

Naturalmente nell'ipotesi in cui dovesse essere accertato in sede penale che il consenso dei creditori è stato ottenuto tramite l'inganno e, cioè, tramite la presentazione agli stessi di un accordo stilato dall'imprenditore con il compiacente aiuto del professionista su dati, notizie e prognosi palesemente falsi, per entrambi questi soggetti saranno configurabili eventuali responsabilità penali per altri titoli di reato diversi da quelli menzionati nell'art. 217 bis l. fall.

Non sembra quindi necessario, come invece sottolineato da una parte della dottrina (89), inserire nella legge fallimentare altre fattispecie volte a garantire una esplicita tutela penalistica degli accordi di ristrutturazione del debito sia nella loro fase "genetica", che in quella "esecutiva"; le norme incriminatrici già oggi esistenti in materia di delitti contro la fede pubblica e contro il patrimonio risultano essere invero già sufficienti a garantire una adeguata tutela degli interessi dei soggetti coinvolti.

Concludendo: paiono davvero troppi i dubbi suscitati dalla infelice formulazione letterale di questa nuova ipotesi di non punibilità dei delitti di bancarotta per poter esprimere un apprezzamento ampiamente positivo sulla sua introduzione.

Come ormai sovente accade nei casi di norme penali redatte in maniera imprecisa dal legislatore, anche in questa circostanza si dovranno allora attendere le prime decisioni giudiziarie per valutarne l'effettivo impatto; nelle more si può solo confidare che la giurisprudenza orienti le proprie pronunce in maniera razionale e conforme alla legge, magari più di quanto abbia fatto di recente quando è stata chiamata a risolvere in materia di reati fallimentari il problema della qualifica di piccolo imprenditore posto dalla ridefinizione dell'art. 1, l. fall. e quello della pluralità di fatti di bancarotta sollevato dall'art. 219, comma 2 l. fall. (90).

GIUSEPPE AMARELLI

(87) In tal senso F. D'Alessandro, *Il nuovo art. 217 bis l. fall.*, cit., 211.

(88) F. D'Alessandro, *Il nuovo art. 217 bis l. fall.*, cit., 211.

(89) Auspica una soluzione di questo genere F. D'Alessandro, *Il nuovo art. 217 bis l. fall.*, cit., 211.

(90) Ci si riferisce alla sentenza delle Sez. Un., 27 gennaio 2011, ancora in attesa di deposito, che ha ravvisato nell'aggravamento di pena previsto dall'art. 219, comma 2 l. fall. per la commissione di una pluralità di condotte descritte dalle fattispecie di bancarotta di cui agli artt. 216 e 217 l. fall. una deroga alla disciplina in materia di reato continuato, anziché una circostanza aggravante in senso tecnico e, quindi, non ha riscontrato alcuna preclusione nel principio del *ne bis in idem* al successivo perseguimento di fatti inizialmente non considerati.