

**IN ORDINE AI POTENZIALI RIFLESSI PENALISTICI DELLA
PREDEDUCIBILITÀ DEL CREDITO DEL PROFESSIONISTA
NELLA PROCEDURA PRE-CONCORDATARIA
EX ART. 161, CO. 6, L.F.**
di
Giovanni Caruso
(Università degli Studi di Padova)

SOMMARIO: 1. I pagamenti dell'imprenditore pre-concordatario ai professionisti: tra prededucibilità e bancarotta preferenziale – 2. La prededuzione, ex ante, dei crediti professionali, tra esenzioni alla revocatoria fallimentare e giudizio di 'utilità', ex post, del piano concordatario – 3. Le opzioni ermeneutiche della dottrina penalistica: tra gestione della crisi d'impresa ante fallimento e reati fallimentari. Per una consapevole configurazione della 'tipicità' criminosa della bancarotta preferenziale – 4. Un 'oggetto misterioso' nell'universo penalistico: l'«esenzione» da reato di cui all'art. 217 bis L.F. I 'passi indietro' del legislatore rispetto all'interpretazione dottrinale (continua) – 5. (segue) (a) L'«esenzione» da reato, l'«ircocervo» del penalista (continua) – 6. (segue) (b) Una norma oscura sul piano dell'applicazione pratica e circa i poteri di sindacato del giudice penale (continua) – 7. (segue) (c) L'inquadramento dogmatico della formula di esenzione dell'art. 217bis L.F.: il rinnovato volto della tipicità dei delitti previsti dagli artt. 216, co. 3 e 217 L.F. Per un'interpretazione costituzionalmente orientata (continua) – 8. Conclusione: in ordine all'irrelevanza penale della prededuzione dei compensi dei professionisti ex artt. 67, co. 3, lett. g) e 11, co. 2 L.F.

1. I PAGAMENTI DELL'IMPRENDITORE PRE-CONCORDATARIO AI PROFESSIONISTI: TRA PREDEDUCIBILITÀ E BANCAROTTA PREFERENZIALE

Con un recente decreto dd. 11 marzo 2014, il Tribunale di Vicenza ha preso espressa posizione in ordine all'estensione e ai limiti alla preducibilità dei crediti per prestazioni di assistenza professionale destinati al perfezionamento di un concordato preventivo, attivato nelle forme pre-concordatarie *ex art. 161, co. 6 L.F.*¹ Con altro provvedimento di merito del 12 dicembre 2013, il Tribunale di Rovigo sembra aver adottato una soluzione più promiscua e ambivalente, distinguendo, a proposito del fondamento e del titolo della prededucibilità delle competenze dei professionisti, a seconda delle più specifiche cause di mancato raggiungimento dell'omologazione giudiziale²: qualora il procedimento di concordato preventivo non si concluda favorevolmente, dovrebbe tracciarsi una netta distinzione tra due distinte situazioni: quella in cui la procedura non giunga a perfezionarsi in ragione di una scelta dei creditori da quella in cui il procedimento si arresti con una pronuncia del tribunale che dichiari l'inammissibilità del concordato.

Nonostante i due provvedimenti di merito non si consegnino alla posterità sul piano della riflessione giuridica, nondimeno essi costituiscono un'occasione propizia - non ultimo per il disorientamento che provocano nell'interprete - per riprendere criticamente alcuni temi

¹ Tribunale di Vicenza, 11 marzo 2014, reperibile in questa *Rivista*.

² Tribunale di Rovigo, 12 dicembre 2013, reperibile in *www.ilcaso.it*: "I costi dei professionisti incaricati di predisporre la proposta di concordato preventivo rientrano nella fattispecie di cui all'art. 111, comma 2 L.F. esclusivamente quando l'attività dagli stessi prestata abbia portato alla ammissione del concordato preventivo. Solo in tal modo, infatti, può dirsi rispettato il criterio finalistico richiesto dalla norma del collegamento tra attività professionale e procedura concordataria e della soddisfazione dell'interesse dei creditori ad accedere alla procedura concorsuale alternativa al fallimento. Va tuttavia precisato che, nell'ipotesi in cui la mancata omologazione del concordato, con consecuzione della procedura fallimentare, quanto meno sotto il profilo logico-giuridico, sia la conseguenza di una libera scelta dei creditori, il riconoscimento della prededuzione non richiede la funzionalità della prestazione professionale né la sua utilità nei termini specificati, requisiti, questi, ancora una volta richiesti qualora la mancata omologazione sia la conseguenza di una negativa valutazione, nei limiti consentiti al tribunale, della fattibilità giuridica o economica della proposta".

di saliente e ragguardevole risalto nel panorama contemporaneo del diritto penale fallimentare.

Considerando l'incertezza interpretativa che ormai sembra governare l'argomento - unitamente a una recentissima, quanto infelice, presa di posizione di asserita 'interpretazione autentica del legislatore'³ -, non è inutile soffermarsi sui profili più sensibili della questione, specificamente rivenienti dalla valutazione dei potenziali titoli di responsabilità penale ai quali potrebbe essere esposto, sul versante del diritto penale fallimentare - e cioè per aver accettato il pagamento di quanto a lui dovutogli per lo svolgimento della propria professione -, l'avvocato d'impresa.

Il provvedimento del tribunale di Vicenza dd. 13 marzo 2014, al di là delle considerazioni di carattere tecnico-giuridico sui limiti e l'ambito di operatività dell'istituto previsto dall'art. 111, co. 2, L.F. - il quale, come noto, considera "*crediti prededucibili quelli così qualificati da una specifica disposizione di legge, e quelli sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali di cui alla presente legge*", tanto da essere "*soddisfatti con preferenza ai sensi del primo comma*"⁴ -, stimola alcune riflessioni di carattere penalistico, alla luce di una più corale considerazione dell'alluvionale serie di interventi e interpolazioni normative che nel corso degli ultimi due lustri hanno tanto preoccupato, quanto affaticato, il Legislatore italiano nel risagomare le soluzioni delle crisi nelle attività d'impresa⁵.

³ Trattasi, come si vedrà, dell'art. 11, comma 3 *quater*, L. 21 febbraio 2014, n. 9 (in vigore dal 22 febbraio 2014), che recita: "La disposizione di cui all'art. 111, secondo comma, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, e successive modificazioni, *si interpreta nel senso che i crediti sorti in occasione o in funzione della procedura di concordato preventivo aperta ai sensi dell'art. 161, sesto comma, del medesimo regio decreto n. 267 del 1942, e successive modificazioni, sono prededucibili alla condizione che la proposta, il piano e la documentazione di cui ai commi secondo e terzo siano presentati entro il termine, eventualmente prorogato, fissato dal giudice e che la procedura sia aperta ai sensi dell'art. 163 del medesimo regio decreto, e successive modificazioni, senza soluzione di continuità rispetto alla presentazione della domanda ai sensi del citato articolo 161, sesto comma*".

⁴ Cfr. art. 111, co. 1, lett. a), L.F.: "Le somme ricavate dalla liquidazione dell'attivo sono erogate nel seguente ordine: [...] 1) per il pagamento dei crediti prededucibili". Sull'interpretazione autentica della predetta disposizione, per effetto del già menzionato art. 11, comma 3 *quater*, L. 21 febbraio 2014, n. 9, cfr., in senso severamente critico, VELLA P., *L'interpretazione autentica dell'art. 111, co. 2, L. Fall. e i nuovi orizzonti della prededuzione pre-concordataria*, in *Crisi d'impresa e fallimento*, 18 marzo 2014, spec. 11 ss. del dattiloscritto.

⁵ Sul punto, ormai la bibliografia è sterminata. Sul piano legislativo, salve omissioni, dopo il d.l. n.

Il tema considerato dal tribunale attiene alla legittimità del pagamento delle prestazioni professionali erogate a favore dell'imprenditore in 'prededuzione', e cioè non solo per l'intero del credito, purché liquido ed esigibile, ma anche in costanza della richiesta di concordato 'con riserva', prima di ogni altro adempimento procedurale previsto dagli artt. 161 e ss. L.F.; e ciò non diversamente da quanto dovrebbe avvenire per ogni altro creditore in prededuzione - dai fornitori di luce e gas, fino a ogni altro tipo di prestazione necessaria per la prosecuzione dell'attività aziendale, ivi incluso il compimento di pagamenti costituenti esercizio di ordinaria amministrazione⁶ -.

5/2005, si sono infatti susseguiti, come noto, il d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 (Riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali a norma dell'articolo 1, comma 5, della legge 14 maggio 2005, n. 80), il d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169 (Disposizioni integrative e correttive al regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, nonché al decreto legislativo 9 gennaio 2006, n. 5, in materia di disciplina del fallimento, del concordato preventivo e della liquidazione coatta amministrativa, ai sensi dell'articolo 1, commi 5, 5-bis e 6, della legge 14 maggio 2005, n. 80), e il d.l. 31 maggio 2010, n. 78, (Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica), convertito con modificazioni nella l. 30 luglio 2010, n. 122, che ha introdotto l'art. 217 *bis* L.F., in relazione all'esenzione da punibilità per fatti specifici 'potenzialmente' rilevanti sul piano penalistico posti in essere, *lato sensu*, nel corso della 'gestione' della crisi d'impresa; il c.d. primo decreto 'sviluppo' (d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito con l. 7 agosto 2012, n. 134, ha introdotto, come noto, il nuovo titolo di reato di cui all'art. 236 *bis* L.F. (*Falso in attestazioni e relazioni*), unitamente all'estensione dell'ambito di applicazione dell'art. 217 *bis* L.F.; il d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 – 'decreto sviluppo *bis*' -, convertito con l. 17 dicembre 2012, n. 221; fino alla recentissima L. 21 febbraio 2014, n. 9 (in vigore dal 22 febbraio 2014), che, come visto, vorrebbe fornire un'interpretazione autentica dell'art. 111 L.F., recitando: «La disposizione di cui all'art. 111, secondo comma, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, e successive modificazioni, si interpreta nel senso che i crediti sorti in occasione o in funzione della procedura di concordato preventivo aperta ai sensi dell'art. 161, sesto comma, del medesimo regio decreto n. 267 del 1942, e successive modificazioni, sono prededucibili alla condizione che la proposta, il piano e la documentazione di cui ai commi secondo e terzo siano presentati entro il termine, eventualmente prorogato, fissato dal giudice e che la procedura sia aperta ai sensi dell'art. 163 del medesimo regio decreto, e successive modificazioni, senza soluzioni di continuità rispetto alla presentazione della domanda ai sensi del citato art. 161, sesto comma». Per un succinto quadro di sintesi sul nuovo volto del diritto fallimentare e delle soluzioni negoziate delle crisi d'impresa, cfr., senza pretesa d'eshaustività, PATTI A., *Crisi di impresa e ruolo del giudice. Regole del mercato, soluzioni giudiziali e negoziali, tutele dei conflitti*, Milano, 2009, *passim*; FABIANI M., *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, Torino, 2009; nonché, anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, MAFFEI-ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, PAJARDI P., *Codice del fallimento*, a cura di BOCCHIOLA E., PALUCHOWSKI, Milano, 2013, *passim*.

⁶ Come noto non necessitante di alcuna autorizzazione giudiziale ex art. 161, co. 7, 2° e 3° periodo: "Nello stesso periodo – e cioè dopo il deposito del ricorso e fino al decreto di cui all'art. 163 – e a decorrere dallo stesso termine il debitore può altresì compiere gli atti di ordinaria amministrazione. I

Il giudice di merito procede ad alcune affermazioni meritevoli di adeguata ponderazione. In particolare, si tratta di tre asserzioni, su taluna delle quali non è inutile una digressione di carattere penalistico⁷.

La prima: *“Il credito dei professionisti del concordato, quali garanti della buona riuscita della proposta e del piano concordatari, sulla base della buona fede e degli obblighi di protezione, può godere **in astratto** della prededuzione, ma questa collocazione può essere accertata soltanto dopo l’omologazione del concordato, ovvero dopo la verifica dello stato passivo nel fallimento eventualmente successivo, sicché i professionisti non possono essere pagati prima di tale momento, per l’impossibilità di sapere se vi siano, **con assoluta certezza**, risorse sufficienti a pagare tutti i crediti in prededuzione ed i creditori privilegiati di grado pari o peggiore, ed accertare sia l’adeguatezza funzionale rispetto alla procedura concorsuale del loro operato che la concreta utilità per la massa, oltre alla continuità procedurale”*⁸.

La seconda: *“Il pagamento dei professionisti che hanno collaborato alla predisposizione della proposta e del piano concordatari, eseguito prima della omologazione del concordato **può rilevare ai sensi dell’art. 173 l.f.**, trattandosi **potenzialmente di atto in frode ai creditori**, sotto il profilo della sottrazione di attivo ai creditori di grado peggiore rispetto ai crediti dei professionisti, che di fatto potrebbero risultare preferiti, salvo che quanto **intempestivamente ricevuto non venga restituito**, non potendosi nel momento del pagamento valutare l’esistenza di liquidità sufficiente per escludere il danno ai creditori di grado peggiore o di pari grado dei percipienti e la sicura utilità per la massa dell’opera dei professionisti, in uno con il nesso di adeguatezza funzionale rispetto alla procedura di concordato o fallimento, ed alla continuità tra le procedure (ragion per cui neppure possono essere autorizzati come eventuali atti di straordinaria amministrazione)”*⁹.

crediti di terzi eventualmente sorti per effetto degli atti legalmente compiuti dal debitore sono prededucibili ai sensi dell’art. 111”.

⁷ Il compendio motivatorio è massimato, ci sembra senza sostanziali travisamenti del ragionamento profuso, in www.ilcaso.it.

⁸ *Ibidem*.

⁹ *Ibidem*.

La terza: *“La norma di interpretazione autentica dell’art. 111, co. 2, l.f. si applica a tutte le prededuzioni sorte “in occasione o in funzione di procedure concorsuali”, ivi comprese tutte quelle sorte nell’ambito del preconcordato, anche se previste espressamente come tali e (solo apparentemente) non comprese tra i crediti sorti in occasione o in funzione”*¹⁰.

Ci si potrebbe interrogare a fondo su tale tritico di perentori enunciati sotto molteplici aspetti¹¹. Tuttavia, per quanto maggiormente appartiene alla sensibilità giuridica del penalista, occorre soffermarsi sul piano della rilevanza penale delle condotte ventilata dal tribunale, e cioè sul secondo e sul terzo enunciato sopra menzionati.

¹⁰ *Ibidem.*

¹¹ Sul piano teorico più generale, relativo ai presupposti ai quali il Tribunale berico correla il diritto alla corresponsione dei compensi professionali dell’Avvocato, il passaggio motivazionale denota una carente consapevolezza del rilievo ontologico-strutturale dell’attività professionale, il quale è - come noto *lippiis et tonsoribus* - un’obbligazione di mezzi, non di risultato. Ed esigere che, affinché il professionista maturi un credito esigibile, il suo operato debba, oltre a caratterizzarsi per ‘buona fede’ e non altrimenti specificati ‘obblighi di protezione’, denotare adeguatezza e proattiva funzionalità al fine del superamento della crisi d’impresa attraverso l’omologazione del concordato, costituisce una quantomeno un’ingongra deformazione dell’attività e delle prestazioni intellettuali e pratiche del professionista (sulla distinzione, in tema di obbligazione dell’avvocato, tra obbligazione di mezzi, obbligazione di risultato e obbligazione “di risultati intermedi”, si veda PLENTEDA R., *La responsabilità dell’avvocato, rischi risarcitori e strumenti di tutela*, Halley Ed., 2008). D’altra parte, e allo stesso modo, si stenterebbe a credere che, in caso di mancata omologazione di una laboriosa procedura concordataria, il Tribunale potesse disconoscere il credito in prededuzione al commissario giudiziale, o agli altri ‘impotenti’ organi della procedura, laddove l’omissione o l’inerzia fosse riconducibile direttamente al debitore, non alla presunta inadeguatezza funzionale dei professionisti dal medesimo incaricati (sul punto, in relazione alla possibile mancanza di ogni responsabilità nei confronti ‘in prededuzione’ rispetto alla inconcludenza della procedura pre-concordataria, cfr. VELLA P., *L’interpretazione autentica dell’art. 111, co. 2, L. Fall. E i nuovi orizzonti della prededuzione pre-concordataria*, in *Crisi d’impresa e fallimento*, 18 marzo 2014, la quale, in ordine alle potenziali responsabilità del debitore nel mancato perfezionamento del concordato, rammentava la sentenza del Tribunale Terni, 17 gennaio 2014, in www.ilcaso.it, giudice che, favorevole alla prededuzione pre-concordataria, aveva ritenuto corretta la collocazione prededuttiva dei crediti sorti per effetto degli atti legalmente compiuti dal debitore pre-concordatario per i seguenti motivi: *“la prededuzione ex art. 161, settimo comma, l.f. non è espressamente condizionata all’effettivo deposito della proposta completa di concordato preventivo nel termine assegnato dal tribunale, poiché «altrimenti una condotta omissiva del debitore verrebbe ad incidere negativamente (e retroattivamente) non già sul debitore medesimo, bensì sui terzi che incolpevolmente avevano fatto affidamento sulla prededucibilità riconosciuta dalla legge ai loro crediti ... con conseguente pregiudizio alla certezza dei rapporti giuridici e depotenziamento della fiducia nel modulo pre-concordatario, su cui il legislatore delle riforme ha invece fatto leva per il rilancio delle soluzioni concordate della crisi d’impresa”*).

2. LA PREDEDUZIONE, *EX ANTE*, DEI CREDITI PROFESSIONALI, TRA ESENZIONI ALLA REVOCATORIA FALLIMENTARE E GIUDIZIO DI ‘UTILITÀ’, *EX POST*, DEL PIANO CONCORDATARIO

Il Tribunale ipotizza, sia pure per ‘geometrie astratte’ e del tutto indimostrate, che il pagamento dei professionisti che abbiano prestato la propria attività tecnica e intellettuale a favore dell’imprenditore pre-concordatario potrebbe integrare un atto in frode ai creditori ai sensi dell’art. 173 L.F., esso non potendo che alterare, privilegiando i professionisti rispetto agli altri aventi diritto, con indebita loro antegrazione nel pagamento in prededuzione dei loro compensi. Insomma, a leggere, nemmeno troppo in filigrana, l’asserzione del giudice, si tratterebbe di una pacifica ipotesi di potenziale bancarotta preferenziale *ex art.* 216, co. 3, L.F.

Il tema è tutt’altro che ozioso, nonostante sia ormai a tutti noto l’intervento interpolativo operato dal legislatore con l’inserzione, nel corpo della legge fallimentare, dell’art. 217 *bis*, intitolato «*Esenzioni dai reati di bancarotta*».

Prima di analizzare con il dovuto senso critico il *dictum* del giudice, non è inutile comprendere le ragioni di fondo che avevano ispirato il legislatore a prevedere la specifica, *lato sensu*, causa di non punibilità, attraverso un duplice registro di valutazioni: di carattere politico, e soprattutto politico criminale, da un lato; di carattere tecnico-giuridico, da un altro lato.

Sotto il primo profilo, il compito non è agevole, poiché, come è stato efficacemente sottolineato, fornire un quadro, “anche molto schematico dei profili di responsabilità penale connessi alla fase della c.d. gestione della crisi d’impresa è oggi compito tanto difficile da apparire azzardato, non soltanto per la ragione sostanziale che il legislatore della riforma (delle riforme?, plurimi essendo gli interventi normativi rapidamente

succedutesi) si è ben guardato dall'apportare modifiche organiche alle disposizioni penali¹², provocando una singolare, quanto equivoca 'asimmetria' tra le ragioni politiche del favore riservato alle soluzioni concordate alle crisi d'impresa e un arsenale penalistico ancora 'ingessato' allo 'zoccolo duro' delle antiche, e per molti versi ormai obsolete, massicce incriminazioni.

Sul piano penalistico, il provvedimento in commento trascura un'essenziale equilibrio normativo, espressamente e volutamente introdotto dal legislatore: il contrappunto tra la rinnovata formulazione dell'art. 67, co. 3, in particolare la lett. g) L.F., e il nuovo art. 217 *bis* L.F., e cioè il raccordo tra l'estensione delle cause di esclusione della revocatoria fallimentare, da un lato, con la nuova causa di non punibilità (o di 'atipicità'), da un altro lato.

¹² Cfr. MUCCIARELLI F., *Stato di crisi, piano attestato, accordi di ristrutturazione, concordato preventivo e fattispecie penali*, in *Riv. Pen. dir. pen. econ.*, 2009, 825. Sulla peculiare 'asimmetria' tra l'attenzione alla crisi d'impresa sul versante del diritto civile e commerciale, e la sostanziale disattenzione delle concomitanti riforme penalistiche, cfr. ALESSANDRI A., *Profili penalistici delle innovazioni in tema di soluzioni concordate delle crisi d'impresa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 111 ss. Per una severa critica negli stessi termini, cfr. MANGIONE A., *Riflessioni penalistiche sulla riforma delle procedure concorsuali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 891: "Messa a fuoco attraverso le lenti del penalista, la riforma delle procedure concorsuali rappresenta l'ennesima occasione mancata: o meglio, la riprova di uno strabismo metodologico e sistematico che da tempo caratterizza l'incedere normativo. Sarà forse una coincidenza, ma nello 'spirare' della legislatura un 'perverso' filo conduttore lega le due importanti riforme di 'sistema' in materia economica varate in questi anni: i nuovi reati societari introdotti dal d.lgs. 11 aprile 2012, n. 61, e l'odierno impianto delle procedure concorsuali quale scolpito dal 'percorso a tappe' imboccato dal d.l. 14 marzo 2005, n. 35 (convertito con la legge 14 maggio 2005, n. 80) e dal d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5". Analogamente in senso critico, cfr., VITALE F., *Nuovi profili penali della crisi d'impresa: l'esenzione dai reati di bancarotta e la responsabilità del professionista attestatore*, in *Arch. pen.*, n. 1/2014, 2: "Si tenga presente che quello operato e da operare tra le norme che disciplinano il funzionamento delle procedure concorsuali previste dalla legge fallimentare e il relativo aspetto della sanzione penale, è di sicuro un raccordo complesso, considerato da molti esperti 'praticanti' di questa branca del diritto grande spunto di riflessioni più ampie, nonché, troppo spesso, luogo in cui il legislatore si è impantanato in soluzioni caratterizzate da pressapochismo metodologico"; D'ALESSANDRO F., *Il nuovo art. 217-bis l. fll.*, in *Le Società*, 2011, 2, 201; ROMANO M., *Materia economica e intervento penale (in ricordo di Armando Bartulli)*, in *Riv. soc.*, 2010, 542 ss.; D'ALESSANDRO F., *Le disposizioni penali della legge fallimentare*, in CAVALLINI C. (a cura di), *Commentario alla legge fallimentare*, Milano, 2010, 13 ss.

Sorpassedendo, almeno per il momento, da una franca presa di posizione critica sulla riforma penalistica che avrebbe poi condotto all'introduzione dell'art. 217 *bis* c.p., merita qui riproporre un'analisi critica dotata del necessario spessore storico.

La l. 80/2005 (di conversione del d.l. 35/2005) aveva creato nuovi strumenti di soluzione della crisi d'impresa, in funzione preventiva o sostitutiva del fallimento, accomunati dall'attribuzione di un intenso potere negoziale al debitore nei riguardi dei creditori, e di una concomitante riduzione dell'attività di controllo da parte del giudice¹³. Altrettanto significativa è risultata la riconfigurazione del concordato preventivo di cui agli artt. 160 e ss. L.F., il quale avrebbe smarrito l'originaria natura premiale¹⁴ e giurisdizionale, assumendo una forma anfibia, a mezza via tra accordo privatistico e procedura concorsuale *vero nomine*¹⁵. Insomma, molto schematicamente, le soluzioni alternative al fallimento si sarebbero radicate su di un medesimo modulo strutturale, sul quale si innestano i profili caratterizzanti ciascuna procedura: 1) il debitore predispone un piano di risanamento ovvero di liquidazione; 2) un professionista incaricato ne attesta veridicità e fattibilità; 3) trattandosi di un accordo o di un concordato, i creditori esprimono la loro

¹³ Per un'efficace rivisitazione storica delle origini della riforma, in particolare della parallela, ma modesta, novellazione penalistica, cfr. SPINOSA V., *Il c.d. decreto sviluppo nel sistema della legge fallimentare: i rapporti tra nuove procedure concorsuali e profili di responsabilità penale*, in *Dir. pen. cont.*, n. 2, 2013, 100 ss.; si tratta, come noto della ristrutturazione dei debiti, prevista dall'art. 182 *bis* L.F., e dei piani attestati, di cui all'art. 67, co. 3, lett d).

¹⁴ È noto che le modifiche hanno trasfigurato l'originario istituto del concordato preventivo, sempre più distante dall'istituto del 1942, in allora connesso a requisiti di 'meritevolezza soggettiva' dell'imprenditore insolvente, fino a divenire nuovo istituto svincolato da qualsivoglia logica premiale ed esteso, diversamente, anche al generico stato di crisi, quindi a situazioni di difficoltà anteriori all'insolvenza vera e propria. È noto che, più in particolare, il c.d. decreto sviluppo del 2012 ha introdotto una specifica disciplina per il concordato preventivo con continuità dell'attività d'impresa (art. 186 *bis* L.F.).

¹⁵ Cfr. DI MARZIO F., *Le soluzioni concordate alla crisi d'impresa*, doc. 84/2007, in www.ilcaso.it; FABIANI M., *Nuovi incentivi per la regolazione concordataria della crisi d'impresa*, in *Corr. giur.*, 2012, 1269; ZORZI V., *Il finanziamento alle imprese in crisi e le soluzioni stragiudiziali (piani attestati e accordi di ristrutturazione)*, in *Giur. comm.*, 2009, 1242.

volontà negoziale; 4) il tribunale si limita alla verifica delle condizioni di legalità della proposta e della presenza del consenso informato in capo ai creditori aderenti¹⁶.

In modo molto suggestivo, a proposito della c.d. *filosofia della riforma*, così si è pronunciata l'autorevole dottrina penalistica: a) la libertà di contenuto che caratterizza i nuovi istituti¹⁷ corrisponde a una “*privatizzazione* della procedura concorsuale minore, sospinta in una dimensione contrattualistica, a discapito delle tradizionali, rigide, concezioni pubblicistiche e processualistiche”¹⁸; b) i nuovi istituti corrispondono a una logica ispiratrice di tutto l’impulso riformista della disciplina dell’impresa in crisi, “volta a sostituire alla prospettiva fondamentalmente liquidatoria della legislazione del 1942, una diversa strategia conservativa”¹⁹; c) la produzione legislativa nella specifica *sedes materie* si è caratterizzata “in modo disordinato se non bislacco”, creando effetti distonici rispetto “alle norme penali fallimentari che si sono invece volute mantenere invariate, nonostante i molteplici conati di riforma di cui si era avuta notizia negli ultimi anni”²⁰.

Sotto il secondo profilo, più puntualmente riferito all’esigenza di adeguare il corredo delle incriminazioni e delle sanzioni penalistiche alla predetta mutata ‘filosofia di fondo’, la riflessione critica non avrebbe tardato a evidenziare le esigenze di un pertinente mutamento *de iure condendo*. In effetti, i profondi mutamenti delle procedure concorsuali introdotti dal d.l. 35/2005 non avevano condotto al contestuale adeguamento dei reati fallimentari, con il rischio - paventato, per quanto giustamente ridimensionato dalla dottrina penalistica²¹ - che in caso di esito negativo delle opzioni alternative al fallimento (e, quindi, di sopravvenienza dello stato d’insolvenza), coloro che avessero operato nel

¹⁶ Così, molto schematicamente, ma efficacemente, SPINOSA V., *Il c.d. decreto sviluppo nel sistema della legge fallimentare*, cit., 113.

¹⁷ Cfr. in questo senso, CANALE G., *Le nuove norme sul concordato preventivo e sugli accordi di ristrutturazione*, in PUNZI C.-RICCI E.F. (a cura di), *Le nuove norme processuali e fallimentari*, Padova, 2005, 198.

¹⁸ Cfr. INSOLERA G., *Riflessi penalistici della nuova disciplina del concordato preventivo e delle composizioni extragiudiziali della crisi d’impresa*, in *Giur. comm.*, I, 2006, 459.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Cfr. SPINOSA V., *Il c.d. decreto sviluppo nel sistema della legge fallimentare*, cit., 113 anche per le più analitiche indicazioni bibliografiche.

tentativo di negoziare e gestire la crisi dell'impresa prima della definitiva decozione potessero essere chiamati a rispondere, con incongrua inversione cronologica *post phestum*, vuoi di bancarotta preferenziale, vuoi di bancarotta semplice.

Le ragioni di tale rischio oggettivo sono di agevole comprensione: le condotte tenute dal debitore nel corso dell'esecuzione del piano sarebbero state oggettivamente qualificabili, alla stregua del rigorismo sanzionatorio del 1942, quantomeno quali fattispecie di bancarotta preferenziale (art. 216, co. 3, L.F.), posto che la prosecuzione delle attività, e dei connessi pagamenti ai creditori nel 'limbo' della crisi d'impresa, avrebbero potuto sussumersi in adempimenti preferenziali in pregiudizio della - per quanto valutata *ex post - par condicio creditorum*; oppure nel cono d'ombra della bancarotta semplice, quantomeno ai sensi dell'art. 217, co. 4, L.F., che incrimina la condotta del debitore che *"ha aggravato il proprio dissesto, astenendosi dal richiedere la dichiarazione del proprio fallimento o con altra grave colpa"*. Di qui, prima dell'introduzione dell'art. 217 *bis* L.F., una plurivoca serie di opzioni 'deresponsabilizzanti' escogitate dalla dottrina penalistica, nel tentativo di coordinare, per via ermeneutica, le rinnovate potenzialità di salvataggio concordato delle crisi d'impresa con la fissità statica e arcigna delle singole disposizioni normative sopra richiamate.

3. LE OPZIONI ERMENEUTICHE DELLA DOTTRINA PENALISTICA: TRA GESTIONE DELLA CRISI D'IMPRESA ANTE FALLIMENTO E REATI FALLIMENTARI. PER UNA CONSAPEVOLE CONFIGURAZIONE DELLA 'TIPICITÀ' CRIMINOSA DELLA BANCAROTTA PREFERENZIALE

La dottrina penalistica successiva alle riforme avviate con il d.l. 30/2005 avrebbe proposto soluzioni articolate²², specificamente intese a escludere la rilevanza penale delle operazioni derivanti da accordi o piani stragiudiziali, laddove gli stessi non avessero sortito gli esiti

²² Per un efficace quadro di sintesi, cfr. Cfr. SPINOSA V., *Il c.d. decreto sviluppo nel sistema della legge fallimentare*, cit., 113 ss.

auspicati e fosse sopravvenuto il fallimento. D'altra parte, l'innovazione civilistica che più influiva sull'assetto dei reati fallimentari era rappresentata dall'art. 67, co. 3, L.F., il quale, nella prospettiva di affrancare gli operatori nei 'dinamismi' delle prospettive - *lato sensu* - risanatorie e gestionali, avrebbe esteso il novero degli atti del debitore sottratti all'istituto della revocatoria fallimentare²³.

Attraverso l'estensione delle cause di esclusione dell'azione revocatoria, l'ordinamento esprime il *favor legislatoris* per la scelta di una gestione conservativa, e non meramente liquidatoria, delle realtà aziendali, tanto che gli atti irrevocabili vanno inquadrati

²³ Testo vigente dell'art. 67, co. 3, L.F.: "Non sono soggetti all'azione revocatoria:

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

nell'ambito del normale esercizio dell'impresa, valorizzato dalla riforma anche nei casi e in periodi di squilibrio patrimoniale o finanziario²⁴. In definitiva, consapevole di tale esigenza, il legislatore del 2005 aveva tracciato una nuova area di *liceità civilistica*, nel cui ambito qualsiasi operazione del debitore, seppur lesiva della *par condicio creditorum*, fosse comunque efficace nei riguardi dei creditori concorsuali.

Evidentemente, però, l'opzione della liceità civilistica reclamava un'omologa assunzione scientifica, e pratica, di responsabilità per il penalista, il quale avrebbe dovuto identificare le specifiche coordinate dogmatiche di configurazione della legittimità penale dei corrispondenti atti già civilisticamente conformi all'ordinamento²⁵.

Di qui un florilegio di inquadramenti teorici.

²⁴ Cfr. SPINOSA V., *Il c.d. decreto sviluppo nel sistema della legge fallimentare*, cit., 114: “Con la previsione di esenzioni dall'azione revocatoria si vuole evitare che i creditori abbandonino l'imprenditore a se stesso davanti ai primi segnali di incapacità a rispettare i normali pagamenti: se fornitori, collaboratori ed istituti creditizi concedono tempo e fiducia al debitore in crisi, evitando di interrompere i rapporti contrattuali in corso, aumentano le *chances* dell'impresa di superare il periodo di difficoltà. Qualora, al contrario, l'insolvenza si verifichi comunque e sia dichiarato il fallimento, quanto i creditori ottennero *medio tempore* non sarà oggetto di revoche fallimentari *ex post*”.

²⁵ Pur senza invocare, in proposito, la funzione sussidiaria del precetto penale su quello civile, quasi il diritto penale costituisse – come in passato si è anche autorevolmente ritenuto – un mero strumento di rafforzamento sanzionatorio di comportamenti *contra ius* già contemplati dagli altri rami dell'ordinamento, va riconosciuto come proprio per il diritto penale fallimentare tale cifra teorica sia stata particolarmente valorizzata; sul punto, anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, cfr. AMBROSETTI E.M., *I reati fallimentari*, in AMBROSETTI E.M., MEZZETTI E., RONCO M. (a cura di), Bologna, 2008, 218: “In via preliminare, va subito rilevato che la collocazione sistematica delle disposizioni penali nel Titolo VI, e cioè in quello conclusivo della legge fallimentare, è sintomatica della inclinazione ‘funzionale’ dei delitti in esame. *In effetti, tali illeciti costituiscono lo strumento per una tutela penale degli interessi che dovrebbero essere garantiti dalle procedure concorsuali. In altre parole, nello schema della legge fallimentare, le procedure esecutive civilistiche, concepite per offrire garanzie alla massa dei creditori di fronte all'insolvenza dell'imprenditore, trovano un rafforzamento nelle sanzioni punitive previste per la repressione degli illeciti descritti nel Titolo VI*” (corsivo nostro). Sulla funzione sussidiaria di protezione dell'interesse patrimoniale dei creditori, cfr. CONTI L., *I reati fallimentari*, Torino, 1991, 62; DELITALA G., *Contributo alla determinazione giuridica del reato di bancarotta*, in ID., *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, II, Milano, 1976, 840 ss.; GIULIANI BALESTRINO U., *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, Milano, 2006⁵, 220; PEDRAZZI C., *Reati fallimentari*, in PEDRAZZI C., ALESSANDRI A., FOFFANI L., SEMINARA S., SPAGNOLO G., *Manuale di diritto penale dell'impresa. Parte generale*, Bologna, 2003, 104; PUNZO M., *Delitto di bancarotta*, Torino, 1953, 28.

Una prima tesi, sostenuta dalla prevalente dottrina²⁶, identificava il difetto di antiggiuridicità obiettiva nelle condotte esenti da revocatoria, alla sequela delle c.d. cause scriminanti: alcuni invocavano la scriminante del c.d. ‘consenso dell’avente diritto’²⁷, valorizzando il consenso prestato dai creditori alle iniziative pre-fallimentari di risanamento aziendale, gli stessi avendo votato o approvato la proposta di ristrutturazione dei debiti, sì da autorizzare la violazione della *par condicio creditorum*. Sennonché, si obiettava, non si sarebbe potuta integrare una perfetta simmetria tra non configurabilità della scriminante e conseguente punibilità del reo almeno per un duplice ordine di ragioni: anzitutto, almeno per quanto concernente la bancarotta preferenziale, sarebbe comunque residuo l’accertamento del c.d. dolo specifico preferenziale, non ogni pagamento violativo della *par condicio creditorum* integrando, *eo ipso*, la fattispecie di reato in assenza di tale ulteriore ingrediente teleologico soggettivo, posto che di solito esso è assente nel debitore che intraprenda un *iter* concordato al fine di scongiurare la crisi²⁸; ulteriore rilievo, questa volta più efficace, assumeva come non per tutti i tipi di itinerari destinati a scongiurare l’esito

²⁶ In questo senso, cfr. SANDRELLI G.G., *La riforma della legge fallimentare: i riflessi penali*, in *Cass. pen.*, 2006, 1300; INSOLERA G., *Riflessi penalistici della nuova disciplina del concordato preventivo*, cit., 468-469: “Ritengo che gli accordi di ristrutturazione dei debiti previsti dall’art. 182 *bis* L.F., così come il concordato preventivo, in caso di fallimento, anche se contengano le pattuizioni sopra descritte, sfuggano alla incriminazione ex art. 216, 3° comma, per altra assorbente ragione: come già sostenuto a proposito dei c.d. concordati stragiudiziali, la lesione della *par condicio* è infatti giustificata dal consenso di tutti i creditori sacrificati”; PEDRAZZI C., in PEDRAZZI C., SGUBBI F., *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, in SCIAJOLA, BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile*, Bologna-Roma, 1997, 126, 127, nt. 21: “l’efficacia scriminante del consenso è subordinata a una leale informazione dei creditori [...], sia in merito alla situazione patrimoniale del debitore, sia a riguardo del piano globale di sistemazione”; BRUNO L.G., *Le responsabilità civili e penali degli organi amministrativi e di controllo nella gestione della crisi d’impresa e nell’insolvenza*, in *Il Fallimento*, n. 8/2010, 1134; MANGIONE A., *Riflessioni penalistiche sulla riforma delle procedure concorsuali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 897; MUCCIARELLI F., *Stato di crisi, piano attestato*, cit., 825.

²⁷ Cfr. nota precedente, posizione di Gaetano Insolera e Cesare Pedrazzi.

²⁸ Cfr. INSOLERA G., *loc. ult. cit.* Per vero, l’obiezione non si ritiene dirimente, posto che le cd. scriminanti, ricorrendone le condizioni di fatto e di diritto, rendono il comportamento oggettivamente conforme all’ordinamento, ma nulla dicono, specularmente, circa quale debba essere lo spessore della tipicità, anche soggettiva, del fatto-reato penalmente rilevante; il fatto che l’eventuale scriminante possa operare in certi contesti, nulla ancora dice circa la rilevanza dell’eventuale assenza della stessa laddove il fatto non sia, di per sé, sul piano oggettivo e soggettivo, già tipico.

del fallimento i creditori avrebbero potuto esprimere il proprio orientamento, se del caso ostativo alla soluzione concordata, come esemplarmente si verificherebbe nei c.d. piani attestati *ex art. 67, co. 3, lett. d)*, del tutto insensibili all'eventuale consenso dei creditori²⁹.

Una seconda cifra interpretativa avrebbe quindi insistito sulla mancanza di antiggiuridicità ai sensi dell'art. 51 c.p., e cioè in conseguenza dell'esercizio di un diritto riconosciuto dall'ordinamento, posto che l'art. 67, co. 3°, L.F. avrebbe identificato tutta una serie di situazioni di liceità nell'esercizio del diritto di credito, segnatamente al fine di garantire ai creditori l'adempimento dell'obbligazione³⁰.

Se tale inquadramento si fa apprezzare per l'idoneità a comprendere anche i casi in cui le soluzioni stragiudiziali non sono concordate con i creditori, e cioè i piani di risanamento,

²⁹ Così SPINOSA V., *Il c.d. decreto sviluppo nel sistema della legge fallimentare*, cit., 116.

³⁰ Cfr. MANGIONE A., *Riflessioni penalistiche sulla riforma delle procedure concorsuali*, cit., 906, dove, a proposito della nuova e più estesa esenzione dalla revocatoria fallimentare, icasticamente rileva: "Se volgiamo lo sguardo sul versante penalistico, gli obiettivi indicati ci rimandano un'istantanea dai contorni a dir poco sfocati. Come facilmente desumibile dal riflesso che il nuovo art. 67 l.f. proietta già sulla bancarotta preferenziale: delitto che presidia la *par condicio creditorum* incriminando il fallito che, antecedentemente o in corso di procedura, esegua pagamenti preferenziali o simili titoli di prelazione al fine di favorire taluno dei creditori a danno di altri (art. 216, co. 3, l.f.) [...] Com'è noto, tale fattispecie incriminatrice ritaglia da sempre un'area sostanzialmente omogenea a quella disciplinata dagli artt. 65 e 67 l.f. – nonché dagli artt. 2901-2904 c.c. a loro volta evocati dall'art. 66 l.f. La configurabilità del reato postula come già maturato un epilogo ben preciso: la dichiarazione di fallimento. *Sul piano sostanziale il reato presuppone tuttavia che al momento del negozio solutorio l'impresa versi in stato di insolvenza o – secondo un autorevole insegnamento – che questo si rappresenti già alle porte, poiché solo in un contesto di seria criticità è possibile che un atto lecito (il pagamento) col quale il debitore tenti di superare una difficoltà economica, possa ledere la par condicio creditorum*"; e così ancora, 908-909: "Se così è, non è neppure ipotizzabile – sforzandosi di riconoscere al legislatore della riforma la consapevolezza del problema e delle sue ricadute – la sussistenza di un duplice e distinto (ma malfermo) giudizio di illiciteità: a taluni presupposti, una illiciteità civile da sanzionare con la revocatoria fallimentare; e ad altri e meno rigorosi una illiciteità penale da colpire con l'art. 216, comma 3 l.f. A tacer d'altro, l'effetto complessivo sarebbe quello di un messaggio incoerente e contraddittorio lanciato verso il debitore: ed il peso di una siffatta incoerenza sarebbe interamente scaricato sulle sue spalle, in quanto *effettuando un pagamento (d'ora in poi) lecito civilmente assumerebbe il gravame d'illiciteità penale nella misura in cui l'atto rientri nella preferenzialità di cui al terzo comma dell'art. 216 l.f.*"; di qui, la conclusione: "Certo, nel tentativo di riannodare le fila di una illiciteità unitaria, si potrebbe ritenere facoltizzato e dunque scriminato ai sensi dell'art. 51 c.p. il fatto: per tal modo neutralizzando l'effetto diabolico di una simile antinomia sul terreno dell'antigiuridicità". Insomma, si assisterebbe a un tanto assurdo, quanto contraddittorio conflitto di doveri, su cui cfr., per tutti, VIGANÒ F., *Stato di necessità e conflitto di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Milano, 2000, 340 ss.

per definizione proposti e attuati dal debitore unilateralmente, la soluzione che riteniamo preferibile, alla luce di una compiuta riflessione sul tema della tipicità penalistica, è la terza soluzione, cioè la seguente.

Essa riposa sulla valorizzazione della mancanza di tipicità penale nel comportamento serbato dal debitore in adempimento ed esecuzione delle obbligazioni sottratte alla revocatoria fallimentare. Non sono, infatti, mancati Autori che hanno insistito nel tentativo di espellere, dalle condotte integratrici del fatto tipico *ex* art. 216, co. 3, L.F., quelle poste in essere dal debitore al riparo della revocatoria fallimentare, preclusa dall'art. 67, co. 3 L.F.³¹.

La soluzione che accredita al 'combinato disposto' degli artt. 216, co. 3, e 67, co. 3, L.F. una compenetrazione rilevante al fine di sagomare il tipo criminoso ci appare convincente, non solo sul piano di una non irrazionale esigenza di compattezza giuridico-

³¹ Cfr. ALESSANDRI A., *Profili penalistici delle innovazioni in tema di soluzioni concordate delle crisi d'ipresa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 111 ss., spec. 128-129: "L'intervento del legislatore della parziale riforma è stato particolarmente incisivo in materia di *revocatorie*. Oltre alla riduzione del periodo 'sospetto', vi è stato l'allargamento delle operazioni sottratte all'azione revocatoria: in particolare quelle ora previste dall'art. 67, comma 3, lett b) e d) l.f. [...] Ogni mutamento della disciplina in materia di *revocatorie* interessa immediatamente la figura della *bancarotta preferenziale*, la cui esilità strutturale favorisce riempimenti presuntivi che fioriscono nella prassi [...] Il più delle volte i 'piani' di salvataggio sono considerati non credibili o non ragionevoli unicamente sulla base del loro fallimento, ovvero con lo scontato senno di poi, come se il *piano* fosse l'*unico* elemento in gioco nella soluzione della crisi; *l'ambito dell'azione revocatoria è assunto come immediatamente descrittivo di un'area penalmente rilevante* [...] *La restrizione di quest'area, attuata con la riforma, non potrà che avere effetti sull'estensione della bancarotta preferenziale* [...] *Vi è di certo che la restrizione dell'area civilistica non potrà che comportare (almeno) analoghi effetti sull'area penale, per l'insostenibilità di qualsivoglia giustificazione di un fatto civilisticamente lecito ma penalisticamente rilevante*" (corsivo nostro); nello stesso senso COCCO G., *sub* art. 216 L.F., *Fallimento*, in PALAZZO F., PALIERO C.E. (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, 2007, 1198; privilegia l'accostamento alla mancanza del dolo specifico AMBROSETTI E.M., *I reati fallimentari*, cit., 236, nt. 108. Sul punto, cfr. anche PISTORELLI L., *Novità legislative: D.L. 31 maggio 2010, n. 78, convertito con modificazioni nella Legge 30 luglio 2010, n. 122, recante «Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica»*, Relazione del 3 agosto 2010, 11, in www.cortedicassazione.it, il quale sostiene che "non appare ragionevole limitare la simmetria tra esclusione della revocatoria e irrilevanza penale dei pagamenti preferenziali alle sole ipotesi previste dall'art. 67, terzo comma, lett. d), talché, sotto questo profilo, la novella potrebbe presentare qualche problema di compatibilità con l'art. 3 Cost."

concettuale³², ma anche alla luce di una matura e consapevole distinzione tra disposto normativo e norma incriminatrice. Come sottolineato da autorevole dottrina, la tipicità penale non può considerarsi disgiunta dal riferimento all'offensività, con precipuo riguardo allo spessore ermeneutico della stessa, non ultimo considerando come nel codice è presente l'art. 49, co. 2, c.p., espressione essenziale, e impreteribile, del principio realistico nella configurazione anche del tipo penale³³, onde “è sottratto alla pena non soltanto il tentativo inidoneo, ma altresì qualsiasi altra situazione in cui, pur corrispondendo la condotta al profilo esteriore della tipicità formale, l'evento di danno o di pericolo è impossibile”³⁴. Ora, è del tutto priva di spessore critico la pretesa interpretare formalisticamente la tipicità criminosa alla mera sequela del disposto di cui all'art. 216, co. 3 L.F., pretermettendo quella più corale ‘dimensione ermeneutica’ che, al medesimo, riannoda, al modo di una tipicità ‘erosa’ dal basso, le situazioni liceizzate dall'art. 67, co. 3 L.F. Di tutte, nessuna esclusa, le predette situazioni, al di là e oltre le omissioni e le sviste più grossolane del nostro legislatore.

Le quali si sarebbero puntualmente concretizzate non solo con la – per vero inutile – previsione, ma con l'incongrua selettività, per quanto emendata nello scorrere del tempo, del novellato art. 217 *bis* L.F.

È giunto il momento di soffermarsi *funditus* su tale singolare disposizione.

4. UN ‘OGGETTO MISTERIOSO’ NELL’UNIVERSO PENALISTICO: L’«ESENZIONE» DA REATO DI CUI ALL’ART. 217 BIS L.F. I ‘PASSI INDIETRO’ DEL LEGISLATORE RISPETTO ALL’INTERPRETAZIONE DOTTRINALE (continua)

³² Invero, sarebbe patentemente espressione di ‘schizofrenia’ giuridica il considerare penalmente rilevante ciò che, per dettato normativo, assume pienamente i crismi della liceità civilistica.

³³ Cfr., molto lucidamente, RONCO M., *Il reato: modello teorico e struttura del fatto tipico*, in RONCO M. (opera diretta da), *Commentario sistematico al codice penale. Il Reato. Struttura del fatto tipico. Presupposti oggettivi e soggettivi dell'imputazione penale. Il requisito dell'offensività del fatto*, Bologna, 2011², vol. I, Tomo I, 106 ss.

³⁴ *Ibidem*.

Ancorché stimolato, a nostro giudizio quantomeno impropriamente, dal mondo imprenditoriale e bancario³⁵ - secondo il quale sarebbe stato necessario *“un intervento mirato dal legislatore che, nell’ambito del disegno di legge in esame, preveda per le operazioni compiute in esecuzione di un concordato preventivo, di un accordo di ristrutturazione dei debiti e di un piano attestato la non applicazione delle disposizioni in tema di bancarotta preferenziale e di bancarotta semplice”*³⁶ -, la nuova disposizione rappresenta un autentico ‘oggetto misterioso’, un ‘ircocervo’ quasi (a) indecifrabile già sul piano giuridico-linguistico, (b) oscuro sul piano dell’attuazione pratica, (c) irrazionale sul piano dell’inquadramento dogmatico, nonché incostituzionale negli esiti applicativi secondo talune prospettazioni interpretative, vieppiù alla luce della asserita legge di interpretazione

³⁵ Sul punto, cfr. il testo dell’intervento dell’Avv. Corrado Faissola, all’epoca presidente ABI, durante l’audizione in Commissione bilancio, sostenitore di una norma che consentisse alle imprese in crisi di adottare delle soluzioni concordate senza il rischio di dover incorrere nella normativa penale fallimentare. Se ne riporta una citazione tratta da VITALE F., *Nuovi profili penali della crisi d’impresa: l’esonero dai reati di bancarotta e la responsabilità del professionista attestatore*, in *Arch. pen.*, 2014, n. 1, nt. 1, Autore che, per altro verso, ha rassegnato una davvero efficace e analitica rappresentazione delle soluzioni dottrinali, anche da noi condivise, volte a porre il tema dell’irrelevanza penale sul piano della carenza della tipicità criminosa: *“Preoccupa, che nell’ambito di interventi che mirano a rendere più funzionali gli strumenti di risanamento previsti dalla legge fallimentare non vengano previste disposizioni in materia di reati che operino il necessario raccordo tra la disciplina della crisi d’impresa e quella delle responsabilità penali che si possono configurare in tali contesti. Infatti a fronte della tutela dai rischi civilistici che il legislatore della riforma ha previsto per le operazioni attuative del concordato preventivo, degli accordi di ristrutturazione dei debiti e dei piani attestati, tali strumenti rimangono esposti a profili di responsabilità ai sensi della disciplina dei reati fallimentari. Sia l’imprenditore sia i creditori che partecipano a tali operazioni potrebbero incorrere in rischi penali impropri laddove si promuova un piano di risanamento cui malauguratamente segua, nonostante le finalità perseguite, il dissesto dell’impresa. Ciò che costituisce un forte deterrente all’utilizzo di tali strumenti, che stentano ancora a decollare. In attesa di una riforma organica della disciplina dei reati fallimentari, è dunque necessario un intervento mirato dal legislatore che, nell’ambito del disegno di legge in esame, preveda per le operazioni compiute in esecuzione di un concordato preventivo, di un accordo di ristrutturazione dei debiti e di un piano attestato la non applicazione delle disposizioni in tema di bancarotta preferenziale e di bancarotta semplice”*.

³⁶ Delle scelte di criminalizzazione sarebbe forse opportuno si occupassero gli studiosi del diritto penale, non i banchieri.

autentica *ex art. 11, comma 3 quater*, L. 21 febbraio 2014, n. 9 (in vigore dal 22 febbraio 2014)³⁷.

A tale quadruplice svolgimento critico non è inutile anteporre la storia recente che ha dato i ‘natali’ alla disposizione³⁸.

Si tratta, come noto, del novello art. 217 *bis* L.F., introdotto dall’art. 48, co. 2-*bis* del D.L. 31 maggio 2010, n. 78, convertito con la L. del 30 luglio 2010, n. 122, inserito nel titolo VI della Legge Fallimentare tra le disposizioni penali, intitolato «*Esenzione dai reati di bancarotta*». Scopo precipuo della nuova disposizione era quello di assicurare il coordinamento tra le fattispecie di bancarotta preferenziale e bancarotta semplice, di cui agli artt. 216, co. 3 e 217 L.F., da un lato, e dell’esecuzione dei pagamenti o il compimento delle più specifiche operazioni posti in essere in esecuzione di un concordato preventivo, di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato o di un piano di risanamento, rispettivamente disciplinati dagli artt. 160, 182-*bis* e 67, co. 3, lett. *d*) L.F.

Sul piano tipologico delle condotte ‘immuni’, la nuova disposizione, come si è visto, ha individuato espressamente i pagamenti e le operazioni ‘esenti’ dai reati di bancarotta *ex artt. 216, co. 3, e 217 L.F.*, tali da considerarli estranei al novero dei ‘pagamenti preferenziali’, o a quello delle operazioni manifestamente imprudenti di consumazione di una “notevole parte del patrimonio”, oppure ancora non ascrivibili ad atti gestori aggravatrici del dissesto.

Sul piano contestuale, d’altra parte, l’art. 217 *bis* stabilisce che, appunto, quei determinati comportamenti (*pagamenti e operazioni*), laddove astrattamente tipici rispetto ai delitti previsti dagli artt. 216, co. 3, e 217 L.F., non ‘rinettrino’ nell’ambito di ‘operatività’ di dette figure se posti in essere in un peculiare contesto, se cioè *in esecuzione* di una delle

³⁷ Non ultimo, il provvedimento del Tribunale di Rovigo dal quale si sono prese le mosse critiche, cfr. *supra* nt. 1.

³⁸ Molto accurata la rivisitazione di VITALE F., *Nuovi profili penali della crisi d’impresa: l’esenzione dai reati di bancarotta e la responsabilità del professionista attestatore*, cit., *passim*, spec. 1 ss., alla quale si farà particolare riferimento.

procedure poi analiticamente, ma selettivamente, prese in considerazione dalla nuova disposizione³⁹.

Procedendo secondo l'ordine critico ripromessoci, si può affermare quanto segue.

5. (segue) (A) L'«ESENZIONE» DA REATO, L'«IRCO CERVO» DEL PENALISTA (CONTINUA)

La disposizione segna, negativamente, un arretramento linguistico-scientifico, interpretativo e applicativo nel settore della risposta penale alle vaste e pluriennali riforme delle soluzioni concordate alle crisi d'impresa.

Anzitutto, costituisce un 'oggetto misterioso' già sul piano linguistico e, posto che l'«essere, aprendosi nella radura, viene al linguaggio»⁴⁰, anche giuridico-concettuale. Nella rubrica il legislatore fa infatti uso di una nomenclatura del tutto ignota al penalista, della quale il medesimo mai si è avvalso nel suo ormai non breve passato storico, giacché denomina «*esenzioni dai reati*» l'effetto dispiegato dall'applicazione della disposizione stessa rispetto alle incriminazione specificatamente indicate. Cosa significa 'esenzione' dai reati? È una forma di immunità? Un privilegio 'ottriamente' concesso dallo Stato

³⁹ Questo è il testo dell'art. 217 *bis* L.F., introdotto originariamente dall'art. 48, co. 2-*bis* D.L. 31 maggio 2010, n. 78, convertito in l. 30 luglio 2010, n. 122, nei termini seguenti: "Art. 217-*bis*. *Esenzioni dai reati di bancarotta*. 1. 1. *Le disposizioni di cui all'articolo 216, terzo comma, e articolo 217 non si applicano ai pagamenti e alle operazioni compiuti in esecuzione di un concordato preventivo di cui all'articolo 160 o di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato ai sensi dell'articolo 182-bis o del piano di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), ovvero di un accordo di composizione della crisi omologato ai sensi dell'articolo 12 della legge 27 gennaio 2012, n. 3, nonché ai pagamenti e alle operazioni di finanziamento autorizzati dal giudice a norma dell'articolo 182-quinquies (2).*

(1) Articolo inserito dall'articolo 48, comma 2-bis, del D.L. 31 maggio 2010, n. 78.

(2) Comma modificato dall'articolo 33, comma 1, lettera l-bis), del D.L. 22 giugno 2012, n. 83, con la decorrenza indicata dal comma 3 del medesimo articolo 33 del suddetto D.L. n. 83 del 2012 e dall'articolo 18, comma 2-bis, del D.L. 18 ottobre 2012 n.179.

⁴⁰ Cfr. HEIDEGGER M., *Lettera sull'umanesimo*, in *La dottrina di Platone sulla verità*, trad. it. Torino, 1975, 98 e 131; ID., *In cammino verso il linguaggio*, Milano, 1973.

all'imprenditore in crisi? Nel senso, forse, che i reati sarebbero perfetti, consumati, integralmente compatti e dispiegati nella loro tipicità giuridico-fattuale, ma, nondimeno, esenti da 'se stessi'? O dalla «punibilità»? Edeventualmente per quale «causa» di non punibilità?

Occorre riconoscere, un arcano.

Né il *busillis* ermeneutico è destinato a sciogliersi scorrendo dalla *rubrica legis* al testo della disposizione. Infatti, anche a considerare il carattere non vincolante della rubrica sul piano esegetico, è stato efficacemente osservato come l'esigenza di superare l'atecnicità del termine impiegato non trovi soddisfazione nel contenuto della norma, posto che la stessa parla genericamente, e ancora una volta ineffabilmente, di «non applicabilità» delle norme incriminatrici, non solo formula linguistica del tutto carente della necessaria precisione giuridica, ma tale da accreditare, una volta di più, l'assunto che si tratterebbe di una mera 'disapplicazione' di effetti giuridici rispetto a enti di realtà giuridica già di per sé tipici, conformi alle fattispecie singolarmente 'esentate'. Quasi una forma impropria di disapplicazione da parte del giudice degli effetti sanzionatori dell'atto tipico, secondo moduli per certi versi assonanti rispetto alla disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi o alla disapplicazione delle norme interne in contrasto con la normativa comunitaria?⁴¹

Anche in questo caso, nessuna luce è offerta dalla lettura dal testo dell'articolo.

6. (segue) (B) UNA NORMA OSCURA SUL PIANO DELL'APPLICAZIONE PRATICA E CIRCA I POTERI DI SINDACATO DEL GIUDICE PENALE (continua)

⁴¹ Cfr., per tutti, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, ITALIA V., *La disapplicazione delle leggi*, Milano, 2012, *passim*,

Come è stato opportunamente notato⁴², la questione era già stata segnalata dai primi commentatori quando alla inconfigurabilità di alcune fattispecie penali incriminatrici (in sintesi: i reati di cui agli artt. 216, co. 3 e 217 L.F.) si giungeva per via ermeneutica, e cioè prima dell'introduzione dell'art. 217 *bis* L.F., e tuttavia il legislatore è rimasto silente proprio su uno tra i temi applicativi più cruciali della rinnovata filosofia della soluzione delle crisi d'impresa al crocevia tra diritto fallimentare e diritto penale. Così va posta la questione sul piano applicativo: “è sufficiente a integrare la clausola che limita l'operatività delle figure incriminatrici oggi richiamate dall'art. 217 *bis* L.F. la semplice esistenza di un piano o di un accordo, ovvero è necessario che piano o accordo siano – pur dopo il fallimento – valutati dal giudice penale come idonei *ex ante* a superare lo stato di crisi nel quale versava l'impresa?”⁴³

Apparentemente, il silenzio del dato normativo sembrerebbe accreditare entrambe le soluzioni interpretative: il flebile dato letterale, costituito dal richiamo alle fattispecie degli artt. 160, 182-*bis* e 67, co. 3, lett. d), non sembrerebbe da solo superare il contrario rilievo che tutte le fattispecie in tal modo richiamate presuppongano che il piano o l'accordo o il concordato preventivo siano *idonei* allo raggiungimento dello scopo che la legge a essi rispettivamente assegna⁴⁴. Né sembrerebbe sufficiente a legittimare una sorta di automatismo capace di limitare l'ambito di operatività delle figure di reato ivi considerate il rilievo, di politica legislativa, che il legislatore avrebbe optato per le clausole di esenzione proprio al fine di favorire l'accesso alle procedure volte alla soluzione delle crisi delle imprese, posto che proprio l'esame delle stesse disposizioni richiamate renderebbero palese l'*intentio legislatoris* di caratterizzare nel senso dell'adeguatezza, della fattibilità, dell'idoneità, i singoli piani, i progetti, e, in generale, gli itinerari finalizzati all'uscita dalla crisi dell'impresa: l'art. 67, co. 3, lett. d) prevede che il piano debba essere razionalmente idoneo a “consentire il risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare

⁴² Cfr. MUCCIARELLI F., *L'esenzione dai reati di bancarotta*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 12, 1482.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ Cfr. BRICCHETTI R., PISTORELLI L., *I nuovi reati fallimentari*, Milano, 2011, 156 ss.; MUCCIARELLI F., *op. ult. cit.*, 1482.

il riequilibrio della sua situazione finanziaria”; l’art. 182-*bis* si riferisce a un accordo di cui sia predicabile l’attuabilità con particolare riferimento alla capacità di “assicurare il pagamento dei creditori estranei” all’accordo stesso; infine, l’art. 161 L.F. esige che “il piano e la documentazione [...] devono essere accompagnati dalla relazione di un professionista [...], che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano medesimo”; sostanzialmente analoghi i supplementi valutativi e qualitativi dei percorsi di fuoriuscita dalla crisi esigiti dall’integrazione dell’art. 217 *bis* apportata dall’articolo 33, comma 1, lettera l-*bis*), del D.L. 22 giugno 2012, n. 83, con la decorrenza indicata dal comma 3 del medesimo articolo 33 del suddetto D.L. n. 83 del 2012 e dall’articolo 18, comma 2-*bis*, del D.L. 18 ottobre 2012 n.179.

Ebbene, in difetto di tali caratteristiche, la cui sussistenza va evidentemente apprezzata *ex ante*, verrebbe meno un elemento di a-tipicità delle fattispecie esentate dall’art. 217 *bis* L.F.? E chi dovrebbe valutare, *ex ante*, la fattibilità, l’attuabilità, l’idoneità dell’accordo?

Il problema è stato accuratamente analizzato in dottrina⁴⁵, la quale sembra assestarsi su posizioni rigoristiche, nel senso che le ‘esenzioni’ previste dall’art. 217 *bis* L.F.

⁴⁵ Cfr., per tutti, MUCCIARELLI F., *op. ult. cit.*, 1482 ss., ove l’Autore distingue tra le singole caratteristiche dell’accordo o del piano, e i pertinenti, a seconda dell’intensità e dell’incisività, poteri deliberativi del giudice civile, e, conseguentemente, penale: “Stabilisce l’art. 67, comma 3, lett. d) l.f. che il piano debba essere razionalmente idoneo a ‘consentire il risanamento dell’esposizione debitoria dell’impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria”, mentre l’art. 182 *bis* parla di un accordo di cui sia predicabile l’attuabilità ‘con particolare riferimento ad assicurare il pagamento dei creditori estranei’ all’accordo stesso Esige [...] l’art. 161 l. fall. che ‘il piano e la documentazione [...] devono essere accompagnati dalla relazione di un professionista [...], che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano medesimo [...] In difetto di tali caratteristiche (la sussistenza delle quali va apprezzata *ex ante*) non potrà parlarsi di *piano* o *accordo* nel senso tipizzato dalla legge, con conseguente venir meno dell’applicabilità dell’art. 217 *bis* l. fall.”; tuttavia, “il *piano*, di cui discorre l’art. 67, comma 3, lett. d) l. fall., non è soggetto al vaglio di autorità alcuna, mentre l’accordo *ex art. 182-bis* l.fall. non soltanto è sottoposto alle opposizioni dei creditori, ma deve pure essere omologato dal tribunale; ad un vaglio giudiziario ancora maggiormente penetrante è poi sottoposta la domanda di concordato [...] Proprio le differenze da ultimo notate determinano conseguenti diversità sul versante penale. L’art. 217 *bis* l. fall. Non fornisce – come detto – indicazione alcuna sul punto e il silenzio della norma autorizza a riproporre la soluzione interpretativa ipotizzata”; per quanto riguarda il piano *ex art. 67, co. 3, lett. d)*, quindi, “la eventuale non applicabilità delle fattispecie richiamate dall’art. 217 *bis* l. fall. Sarà soggetta all’accertamento da parte del giudice penale circa l’idoneità *ex ante* del piano a superare lo stato di crisi, nel quale versava l’impresa all’epoca in cui il piano stesso venne predisposto”; per quanto concerne, invece, l’ipotesi prevista dall’art. 182 *bis* l. fall., il

presupporrebbero comunque la ricorrenza dei giudizi di idoneità, fattibilità, utilità *ex post* delle singole soluzioni concordate delle crisi d'impresa.

Senonché, il quadro interpretativo si complica ove si consideri come la progettualità di salvataggio dell'impresa in crisi, pur senza entrare nei dettagli più minuti delle singole operazioni previste dalle riforme degli ultimi dieci anni, riveli, già sul piano ontologico, l'intima essenza di proiezioni ottative circa la sopravvivenza delle aziende, non potendo certo garantire risultati tali da scongiurare comunque l'esito del fallimento.

Il rischio per il penalista è molto più esiziale, sul piano del rispetto dei principi generali, di quanto non lo sia per il civilista: mentre per il secondo si tratterà solo di verificare quale sia il grado, la pregnanza e l'intensità del controllo giurisdizionale necessario al fine di accordare all'impresa la possibilità di accedere ai diversi istituti di negoziazione della crisi, per il primo si tratta, molto più radicalmente, di comprendere se l'eventuale inidoneità, impraticabilità, non fattibilità di quei piani solutori possa rilevare al fine di rivitalizzare - assicurandone quasi la reviviscenza - quella rilevanza penale che, al momento in cui erano state tenute le singole condotte (basti pensare a tutte quelle estromesse dall'azione revocatoria *ex art. 67, co. 3 L.F.*), sembrava del tutto estranea all'area della tipicità penale. E anche le soluzioni più articolate offerte in dottrina⁴⁶, non sembrano tenere conto dell'autonomia che il giudice penale in ogni caso conserva, sul piano decisorio, a fronte delle valutazioni e delle scelte del giudice civile, proprio in conseguenza del venir meno, con il nuovo codice di rito, della cd. pregiudizialità penale, posto che, come noto, l'art. 2,

“problema si concentra e, per certi versi, si esaurisce nel decidere quale sia il contenuto del provvedimento di omologa o, se si preferisce, quale sia l'oggetto del giudizio incorporato nel decreto [...] Dovendo decidere se il giudice penale debba operare una ri-valutazione del piano che accompagna l'accordo *ex art. 182-bis l. fall.*, tanto l'*an* quanto il *quomodo* ben potrebbero essere subordinati al tipo di attività che nel caso concreto il tribunale ha ritenuto di svolgere in sede di omologazione”; di qui, l'Autore distingue tre situazioni, a seconda della profondità del giudizio del tribunale civile nel giudizio di omologa, per farne scaturire un'inversamente proporzionale potere deliberativo da parte del giudice penale. Alla luce di quanto argomentato nel testo, la soluzione ermeneutica proposta dal chiaro Autore, per quanto suggestiva, ci appare oltremodo complessa, nonché implicitamente obliteratrice della rilevanza dell'autonomia decisionale del giudice penale *ex art. 2 c.p.p.*

⁴⁶ Cfr. MUCCIARELLI F., *L'esonazione dai reati di bancarotta*, cit., 1484-1485.

co. 1, c.p.p. prevede che il “*giudice penale risolve ogni questione da cui dipende la decisione, salvo che sia diversamente stabilito*”.

A nostro giudizio, a tale quadro di incertezza interpretativa occorre reagire proponendo una rigida lettura dell’art. 217 *bis* in chiave di ‘degradazione’ della tipicità dei fatti-reato di cui agli artt. 216, co. 3 e 217 L.F., attraverso l’imprescindibile raccordo con le diverse ipotesi di preclusione della revocatoria fallimentare, come incrementate in occasione della riforma e previste tutte, nessuna esclusa - dall’art. 67, co. 3 L.F. Occorre, quindi, operare una speculare inversione metodologica, riveniente dall’inquadramento delle azioni sottratte dall’azione revocatoria nell’ambito del tipo penale, e non in altre diverse e più specifiche forme di cause di non punibilità: da un lato, tutti i contegni previsti dall’art. 67, co. 3 L.F., posti in essere nell’ambito di qualsiasi procedura negoziata della crisi d’impresa, difettano, *ex ante*, del carattere della tipicità criminosa dei delitti ‘esentati’ dall’art. 217 *bis*; da un altro lato, non è possibile predicare, *ex post*, la tipicità criminosa di quei medesimi contegni sol perché i piani, gli accordi, le proposte di ristrutturazione *et similia*, non essendosi rivelati idonei o fattibili, non siano stati in grado di scongiurare l’esito fallimentare.

Una diversa interpretazione, che facesse cioè gravare *ex post* sui comportamenti del debitore, dei creditori e di ogni altro operatore economico coinvolto nei piani di salvataggio, il negativo giudizio *ex post* non solo del giudice civile, ma, addirittura, *ex art. 2 c.p.p.*, del giudice penale, costituirebbe un’inaccettabile grave violazione del principio di legalità, nei suoi corollari di pre-conoscibilità del divieto penalistico, di sostanziale irretroattività della norma incriminatrice, di determinatezza e tassatività: il pagamento effettuato correttamente, e cioè esente da revocatoria e in prededuzione dal debitore, legittimo al momento della prestazione, potrebbe, in un più o meno remoto futuro, essere rimesso in discussione, non solo in quanto inefficace al fine di scongiurare la crisi dell’impresa, ma addirittura al fine di integrare un fatto penalmente rilevante.

Un'abnormità intollerabile al lume dei principi di fondo dello stesso diritto penale costituzionale⁴⁷.

Occorre tornare a riflettere sul senso solo parziale, in termini di erosione dal 'basso' della tipicità, dell'art. 217 *bis* l. fall., nonché sui contorni più corali e complessivi del delitto penale 'tipico' nelle ipotesi criminose di cui agli artt. 216, co. 3 e 217 L.F., segnatamente alla stregua del loro contraltare speculare, e cioè le specifiche cause di esclusione della revocatoria fallimentare previste dall'art. 67, co. 3 L.F.

Il compito richiede di prendere compiutamente posizione sulla natura giuridico-dogmatica della 'singolare' clausola di esenzione.

7. (segue) C) L'INQUADRAMENTO DOGMATICO DELLA FORMULA DI ESENZIONE DELL'ART. 217 BIS L.F.: IL RINNOVATO VOLTO DELLA TIPICITÀ DEI DELITTI PREVISTI DAGLI ARTT. 216, CO. 3 E 217 L.F. PER UN'INTERPRETAZIONE COSTITUZIONALMENTE ORIENTATA (continua)

Fin dalle prime interpretazioni, la formulazione dell'art. 217 *bis* L.F. ha rappresentato una misteriosa 'cellula impazzita' per il penalista, provocata dalla terminologia ambigua quando non bizzarra, per il legislatore "confermando ancora una volta le difficoltà nel formulare e produrre, nel diritto penale dell'impresa, delle norme coerenti e chiare, specialmente in relazione a situazioni di crisi in cui sull'imprenditore, già eliminato dal

⁴⁷ Ciò, ovviamente, non significa autorizzare o tollerare comportamenti fraudolenti o anche solo decettivi, prodotti dal concerto tra debitore e creditori, i quali, laddove concretamente ravvisabili, potrebbero senz'altro rilevare penalmente, prima ancora che a titolo di bancarotta preferenziale o semplice, addirittura a titolo di bancarotta fraudolenta: si ipotizzi, ad esempio, un pagamento di un credito inesistente, o per importi abnormi, spropositati, concordato ad arte tra debitore e creditore per sottrarre le garanzie alla massa creditizia e per 'scippare' gli aventi diritto; sul tema della conoscibilità del precetto, sia consentito il rinvio a CARUSO G., *L'errore sulla legge penale*, in RONCO M. (opera diretta da), *Commentario sistematico al codice penale*, vol. II, Tomo I, Bologna, 2012², vol. II, Tomo I, 687-770.

tessuto commerciale, si propaghi l'ombra del reato"⁴⁸. La caratteristica deontica più rilevante è costituita, appunto, dalla previsione dell'«esenzione» per i delitti di bancarotta richiamati quando le soluzioni concordate della crisi d'impresa abbiano esito negativo, richiamando, per una forse beffarda eterogenesi dei fini, proprio la nozione preclusiva già utilizzata dal legislatore fallimentare all'art. 67, co. 3 L.F., la quale, come noto, si occupa delle «esenzioni» dall'azione revocatoria. Ora, è evidente che se l'elaborazione dottrinale antecedente l'improvvido intervento legislativo attuato con la previsione dell'art. 217 *bis* L.F. aveva già da tempo illustrato, *more dogmatico et geometrico*, le ragioni della carenza di rilevanza penale dei comportamenti, nessuno escluso, posti in essere dal debitore in esecuzione di obbligazioni o dei pagamenti sottratti alla revocatoria ai sensi del rifetto art. 67, co. 3 L.F., la pretesa di interpretare la nuova disposizione in chiave distonica, e delimitativa, rispetto ai quei conseguimenti giuridico-concettuali costituisce almeno un innegabile 'passo indietro' da parte del legislatore. In altri termini, se i contegni considerati dall'art. 67, co. 3, L.F. nella rinnovata e ampliata configurazione non sono penalmente rilevanti, non possono divenirlo, *ex post*, a seconda che l'esito delle varie procedure di soluzione della crisi d'impresa abbiano esito positivo o negativo, né, soprattutto, possono divenirlo in ragione di valutazioni postume, condotte in termini di utilità dei piani, di fattibilità o ulteriori ottatività imprenditoriali operate dal giudice, vuoi civile, vuoi penale. Il tema può essere affrontato attraverso un duplice registro: da un lato, si tratta di riprendere in considerazione le ragioni che la dogmatica penalistica accredita quali fondamento giuridico dell'irrilevanza penale delle operazioni sottratte alla revocatoria fallimentare; da un altro lato, si tratta di verificare se la nuova figura giuridica dell'«esenzione dai reati» abbia delimitato, anziché chiarificato, il senso di quella indiscussa irrilevanza penale, siccome estesa a tutte le ipotesi di preclusione della revocatoria fallimentare *ex art.* 67, co. 3 L.F.

⁴⁸ Così, molto efficacemente, VITALE F., *Nuovi profili penali della crisi d'impresa*, cit., 10.

Sotto il primo profilo, la più attenta dottrina ha messo in luce come, per quanto concerne la disposizione in esame, “distinte ragioni suggeriscono ora come preferibile l’opzione ermeneutica per la quale si è in presenza di un limite esegetico della fattispecie incriminatrice, introdotto dal legislatore con una disposizione successiva a quella che contempla il reato”⁴⁹, sì che all’eccentricità linguistico-concettuale del legislatore ha cercato quindi di porre riparo la dottrina.

In proposito, va detto che, come noto, le c.d. ‘cause di esclusione della pena’ comprendono una congerie molto eterogenea di situazioni, non riconducibili a un principio unitario, accomunate solo dall’effetto ultimo di escludere, in concreto, la punibilità del fatto. È altrettanto noto che la più autorevole dottrina ha delineato almeno tre diverse costellazioni teoriche della non punibilità, in relazione al fondamento del giudizio di ‘non meritevolezza’ della pena nel caso specifico, e cioè a seconda che il venire meno del ‘bisogno’ di sanzione riposi vuoi sul temperamento-bilanciamento degli interessi in gioco (c.d. cause di giustificazione), vuoi sul venire meno di un plausibile giudizio di rimprovero per il fatto nei confronti del soggetto agente (c.d. cause scusanti), vuoi per ragioni di mera convenienza politico-criminale apprezzate nei singoli contesti dal legislatore (c.d. cause di non punibilità in senso stretto)⁵⁰.

Nel caso di specie, ci sembra evidente che nessuno dei tre modelli strutturali della ‘non punibilità’ possano essere integrati dal combinato disposto degli artt. 67, co 3 e 217 *bis*

⁴⁹ Così MUCCIARELLI F., *L’esonazione*, cit., 1475, il quale aggiunge che l’art. 217 *bis* L.F. stabilisce che determinati comportamenti (pagamenti e operazioni), qualora tipici rispetto ai delitti degli artt. 216, co. 3 e 217 L.F., “non rientrano nell’ambito di operatività di dette figure di reato se posti in essere in una condizione predefinita (in esecuzione di una delle procedure per la soluzione della crisi d’impresa) Sicché il complesso delle condotte che rientrano negli insiemi disegnati dalle incriminazioni viene ad essere ridotto. Attraverso l’inserzione di un elemento specializzante (appunto l’essere realizzati in esecuzione), il perimetro e il contenuto dei delitti di bancarotta preferenziale e bancarotta semplice vengono *modificati in senso limitativo sul versante della tipicità*”. In senso analogo, BRICCHETTI R., PISTORELLI L., *Bancarotta, le operazioni escluse dall’incriminazione*, in *Guida dir.*, n. 37/2010, 94 e ss.; ANDREAZZA G., sub art. 217-bis, in FERRO M. (a cura di), *La legge fallimentare, Commentario Teorico-Pratico*, 2011, 2450.

⁵⁰ Sul punto, esemplare e tratteggiata ci sembra l’autorevole trattazione di ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 2004³, sub pre-art. 39 ss.

L.F., posto che nessun bilanciamento d'interessi (c.d. scriminanti), nessuna mancanza di colpevolezza (c.d. scusanti), né nessuna ragione di convenienza politico-criminale (c.d. cause di non punibilità in senso stretto) sorreggano la liceità dei comportamenti, quanto piuttosto la loro originaria - già sul versante civilistico, come si è visto - liceità comprova, al di là delle ardite involuzioni linguistiche del legislatore, la mancanza di tipicità dei comportamenti⁵¹. In realtà, l'art. 217 *bis* L.F. opera sul piano della riformulazione della tipicità dei delitti di bancarotta preferenziale e semplice, ponendosi, come è stato molto suggestivamente affermato, quale “*concetto qualitativo di degradazione della tipicità*”⁵²: la norma interviene direttamente sulla struttura dei reati di bancarotta predetti, con una “funzione delimitativa per sottrazione”⁵³, posto che l'esenzione opera nello stadio primario della tipicità qualificatoria del fatto, funzionale alla riquilificazione delle fattispecie astratte di reato per specificazione⁵⁴.

In definitiva, la norma agisce direttamente sulla struttura tipica dei delitti di bancarotta considerati, con una funzione delimitativa per ‘sottrazione’, l'esenzione operando nella fase primaria della delineazione classificatoria della fattispecie tipica⁵⁵.

⁵¹ In questo senso, molto puntualmente, cfr. VITALE F., *Nuovi profili penali della crisi d'impresa*, cit., 11: “Nel caso di specie è stata condivisa l'interpretazione che escludeva la stessa causa di esclusione della pena: infatti la teoria generale del reato conferma che il venir meno della tipicità rende superflua l'indagine relativa alla operatività di una causa di giustificazione, di una scusante o di una causa di non punibilità in senso stretto. In ogni caso è evidente come la norma non individui alcun contro interesse oppositivo od omogeneo rispetto al bene giuridico tutelato dagli artt. 216, co. 3 e 217 l. fall. (elemento che sarebbe invece necessario se si fosse in presenza di una causa di giustificazione), non coinvolge il profilo soggettivo del reo escludendone la colpevolezza e non riguarda affatto ragioni di politica criminale e, dunque, non concede la ‘non punibilità’”. Nello stesso senso ZINCANI M., *Il nuovo art. 217-bis: la ridefinizione dei reati di bancarotta*, in *Il Fallimento*, n.5/2011, 520.

⁵² Cfr. ZINCANI M., *loc. ult. cit.*

⁵³ Così, efficacemente, VITALE F., *Nuovi profili penali della crisi d'impresa*, cit., 11.

⁵⁴ Cfr. BRICCHETTI R., PISTORELLI L., *Bancarotta, le operazioni esclude dall'incriminazione*, cit., 98; D'ALESSANDRO F., *Le disposizioni penali della legge fallimentare*, cit., 203; Mucciarelli F., *L'esenzione*, cit., 1475. Sul piano dogmatico esclude il rimedio esegetico, ma parla di vera e propria esclusione del tipo originario di illecito ROMANO M., *Teoria del reato, punibilità, segni espressi di offensività e clausole di esclusione del tipo*, in DOLCINI E., PALIERO C.E. (a cura di) *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, 1721.

⁵⁵ Sui profili classificatori della tipicità penale, sia consentito il rinvio a CARUSO G., *La discrezionalità penale. Tra «tipicità classificatoria» e «tipologia ordinale»*, Padova, 2009, *passim*.

Sotto il secondo profilo, relativo all'identificazione del primo gradino della tipicità penale dei delitti di bancarotta preferenziale e semplice, il 'passo indietro' del legislatore, nella parte in cui sembra aver selezionato espressamente solo talune situazioni rilevanti nella previsione dell'art. 217 L.F., la più attenta dottrina è già intervenuta, chiarificando come non possano considerarsi penalmente tipici nessuno tra i comportamenti, nessuno escluso, ritratti nelle situazioni di esenzione da revocatoria fallimentare di cui al rinnovato art. 67, co. 3 L.F. La quale ha messo in luce come la struttura della disposizione dimostri che a venire in considerazione non siano tanto le figure di reato espressamente richiamate, quanto condotte che, definite genericamente *pagamenti e operazioni*, siano state poste in essere *in esecuzione* del piano o dell'accordo di cui agli artt. 67, comma 3 lett. d) e 182-*bis* L.F., ovvero di un concordato preventivo, "ovvero di un accordo di composizione della crisi omologato ai sensi dell'articolo 12 della legge 27 gennaio 2012, n. 3, nonché ai pagamenti e alle operazioni di finanziamento autorizzati dal giudice a norma dell'articolo 182-*quinqüies*" secondo le più recenti integrazioni e riformulazioni.

A noi sembra che l'incedere casistico della disposizione, sia per quanto concerne la contestualizzazione della clausola di esenzione (*pagamenti e operazioni posti in essere in esecuzione*), sia per quanto riferibile alla complessiva enucleazione della tipicità penale, restituisca un'immagine parziale e fallace della stessa laddove non raccordata a tutti i comportamenti leciti previsti dall'art. 67, co. 3. In effetti, come è stato correttamente messo in evidenza, "l'omessa menzione delle lettere a), b), c), f) e g) fomenta [...] il dubbio che i comportamenti indicati da tali disposizioni siano esclusi dall'operatività della previsione dell'art. 217 *bis* l.fall. e quindi che ad essi, sussistendone i requisiti, continuino ad essere applicabili le fattispecie incriminatrici degli artt. 216, comma 3, e 217 l.fall". Sennonché, "l'inspiegabilità del mancato richiamo impone [...] all'interprete di non fermarsi alla semplice constatazione d'esso, posto che la evidente riconducibilità dei comportamenti descritti nelle lettere a), b), c), g) dell'art. 67, co. 3 l. fall. Alle nozioni di *pagamenti e operazioni*, espressamente indicate dall'art. 217-*bis* l. fall., finirebbe con l'accreditare un

profilo di illegittimità costituzionale della disposizione: la norma sarebbe infatti applicabile, senza una ragione attendibile, soltanto ad alcune fattispecie e non ad altre pur sostanzialmente analoghe". Di qui, la conclusione costituzionalmente imposta, quantomeno ai sensi del principio di ragionevolezza *ex art. 3 Cost.*: "L'unica soluzione plausibile – suggerita dal canone per il quale, fra due interpretazioni compatibili con il dato letterale, va preferita quella esente da profili di illegittimità costituzionale – sembra allora consistere nel rilievo che, qualora i pagamenti e le operazioni descritti nelle lettere a), b), c), f), e g) dell'art. 67, comma 3 l. fall. Possano essere in concreto considerati come realizzati in coerenza con una delle procedure indirizzate alla soluzione della crisi, anche tali comportamenti rientrino nella disciplina dell'art. 217-*bis* l. fall."⁵⁶.

8. PER UNA CONCLUSIONE: IN ORDINE ALL'IRRILEVANZA PENALE DELLA PREDEDUZIONE DEI COMPENSI DEI PROFESSIONISTI EX ARTT. 67, CO. 3, LETT. G) E 11, CO. 2 L.F.

Riprendendo criticamente i contenuti del provvedimento giudiziale dal quale si sono prese le mosse critiche, è del tutto evidente la qualificabilità dei compensi ai professionisti ai sensi di due specifiche disposizioni della L.F.: l'art. 67, co. 3, lett g), la quale preclude la revocatoria per i "pagamenti di debiti liquidi ed esigibili eseguiti alla scadenza per ottenere la prestazione di servizi strumentali all'accesso alle procedure concorsuali e di concordato preventivo"; l'art. 111, co. 2, L.F., secondo il quale sono considerati "crediti prededucibili quelli così qualificati da una specifica disposizione di legge, e quelli sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali di cui alla presente legge; tali crediti sono soddisfatti con preferenza ai sensi del primo comma".

⁵⁶ Così MUCCIARELLI F., *L'esenzione*, cit., 1476.

Se quanto sinora argomentato è condiviso, è del tutto evidente l'infondatezza dell'improprio 'accostamento' al versante penalistico operato dal tribunale, posto che pagamenti 'non revocabili' e 'prededucibili' non possono costituire la tipicità criminosa incongruamente ventilata dal giudice.

Né, per concludere, a suffragare la ventilata ipotesi di penale rilevanza merita eccessiva considerazione la legge di - asserita - interpretazione autentica recata dall'art. 11, comma 3 *quater*, L. 21 febbraio 2014, n. 9 (in vigore dal 22 febbraio 2014), che recita: "La disposizione di cui all'art. 111, secondo comma, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, e successive modificazioni, *si interpreta nel senso che i crediti sorti in occasione o in funzione della procedura di concordato preventivo aperta ai sensi dell'art. 161, sesto comma, del medesimo regio decreto n. 267 del 1942, e successive modificazioni, sono prededucibili alla condizione che la proposta, il piano e la documentazione di cui ai commi secondo e terzo siano presentati entro il termine, eventualmente prorogato, fissato dal giudice e che la procedura sia aperta ai sensi dell'art. 163 del medesimo regio decreto, e successive modificazioni, senza soluzione di continuità rispetto alla presentazione della domanda ai sensi del citato articolo 161, sesto comma*".

Sul punto, si spanderanno due conclusive considerazioni, una sul piano civilistico, un'ultima su quello penalistico.

Sul piano civilistico più generale, occorre constatare come sempre più spesso il legislatore italiano intervenga per interpretare 'autenticamente' laddove non vi è alcuna reale difficoltà di interpretazione, come non si mancò di rilevare con estrema efficacia anche a proposito della norma da ultimo citata: "Non pare [...] che la norma di interpretazione autentica sia intervenuta a fronte di eclatanti incertezze o contrasti giurisprudenziali sull'art. 111 l. fall., né che l'enucleazione all'interno di questo articolo di una terza categoria di crediti – quelli preconcordatari – la cui prededucibilità è condizionata a due precise condizioni (deposito della proposta concordataria entro il termine fissato e apertura della procedura senza soluzione di continuità) rappresenti un'opzione ermeneutica tra quelle rese possibili dal testo dell'art. 111, secondo comma l. fall [...] Se

dunque òa norma di interpretazione autentica – che in quanto tale deve essere a sua volta di stretta interpretazione – va ad intaccare principi generali e criteri ispiratori della riforma del sistema concorsuale, pare quasi doveroso tentare di offrirne una lettura che con quei principi e criteri resti compatibile”⁵⁷.

Sul piano penalistico, poi, gli esiti abnormi delle presunte interpretazioni (in)autentiche del legislatore sono ancora più rischiosi, poiché mettono a repentaglio lo stesso principio di irretroattività della legge penale più sfavorevole, in questo caso, addirittura - nella non condivisibile interpretazione della tipicità penale dei fatti accreditata dal giudice di merito -, asseconda un’applicazione retroattiva di una norma incriminatrice. Sull’abuso di ‘autenticità’ nell’interpretazione del legislatore⁵⁸, le Sezioni Unite della Corte di cassazione hanno recentemente espresso la più dura e intransigente tra le possibili prese di posizione critiche, con parole che devono suonare come monito, soprattutto per il penalista, contro le alchimie e le truffe delle etichette del legislatore: “Viene in rilievo il problema della distinzione tra legge autenticamente interpretativa, che si limita a indicare il vero significato dei *verba* della legge preesistente, e legge che, pur dichiarata *formalmente* interpretativa, si rivela invece innovativa, *perché intacca antinomicamente la ratio della legge interpretata* [...] Soltanto nel primo caso, può allegarsi alla legge interpretativa efficacia retroattiva nel senso più sopra chiarito, perché si limita ad assegnare alla disposizione

⁵⁷ Così, molto condivisibilmente, VELLA P., *L’interpretazione autentica dell’art. 111, co. 2, L. Fall.*, cit., 11 ss.

⁵⁸ In un caso che destato molto clamore e che i penalisti ben conoscono, l’*affaire* c.d. Scoppola, originato dalla sentenza della Corte EDU, GC, *Scoppola c. Italia*, 17 settembre 2009. Sul punto, sono ormai numerosissimi i contributi. Per il recepimento della pronuncia nell’ordinamento interno, cfr. Cass. Pen., sez. V, 11 febbraio 2010, Scoppola, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 1396 ss., con nota di DI PAOLA C., *Gutta cavat lapidem: in assenza del legislatore*; per una rivisitazione complessiva della vicenda, cfr. GAITO F., *L’immutabilità*, cit., *passim*; ROMEO G., *Alle Sezioni unite la questione della possibilità per il giudice dell’esecuzione, dopo la sentenza «Scoppola» della Corte EDU, di sostituire la pena di trenta anni di reclusione alla pena dell’ergastolo*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it; VIGANÒ F., *Figli di un dio minore? Sulla sorte dei condannati all’ergastolo in casi analoghi a quello deciso dalla Corte EDU in Scoppola c. Italia*, loc. ult. cit.; ROMEO G., *L’orizzonte dei giuristi e i figli di un dio minore*, loc. ult. cit.; VIGANÒ F., *Giudicato penale e tutela dei diritti fondamentali*, loc. ult. cit.; nonché SCACCIANOCE C., *La retroattività della lex mitior nella lettura della giurisprudenza interna e sovranazionale: quali ricadute sul giudicato penale?*, in *Arch. pen.*, 2013, fasc. I, 167 ss.

interpretata un significato in essa già contenuto, *riconoscibile come una delle sue possibili letture*, con le finalità di chiarire «situazioni di oggettiva incertezza sul dato normativo», di «ristabilire un'interpretazione più aderente all'originaria volontà del legislatore» e di garantire, quindi, la certezza del diritto e l'ugiaglianza dei cittadini, principi – questi – di preminente interesse costituzionale, che rendono la legge interpretativa conforme alla Carta fondamentale [...] Nel secondo caso, la legge che, *al di là del dato enunciativo*, innova la precedente non può che valere per l'avvenire, opponendosi all'efficacia retroattiva la tutela di valori fondamentali di civiltà giuridica, quali il rispetto del principio generale di ragionevolezza, che si riflette nel divieto di introdurre ingiustificate disparità di trattamento, la tutela dell'affidamento che è connaturato allo Stato di diritto, la coerenza e la certezza dell'ordinamento giuridico, il rispetto delle funzioni costituzionalmente riservate al potere giudiziario [...] Ciò posto, ritengono le Sezioni Unite che la cd. «interpretazione autentica dell'art. 442 comma 2 del codice di procedura penale», operata dall'art. 7 d.l. n. 341 del 2000, rientra nella seconda categoria di norme⁵⁹.

Seconda categoria di norme nella quale rientra, a nostro conclusivo giudizio, anche art. 11, comma 3 *quater*, L. 21 febbraio 2014, n. 9.

⁵⁹ Cfr. Cass. Pen., SS.UU., c.c. 19 aprile 2012, in *Cass. pen.*, 2012, 12, 3969.