

NOTE SULLE IMPLICAZIONI PENALISTICHE DELLA NUOVA DISCIPLINA DEI FINANZIAMENTI DEI SOCI ALLE IMPRESE IN CRISI

Astolfo DI AMATO

Sommario - 1. La mancata riforma dei reati fallimentari; 2. La riforma implicita dei reati fallimentari. In particolare la rimodulazione della bancarotta preferenziale. 3. La irrilevanza penale del rimborso del finanziamento effettuato dai soci per l'esecuzione di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione dei debiti. Limiti

1. Le norme di diritto penale presenti nella legge fallimentare sono state oggetto di alcune organiche ed articolate proposte di riforma, elaborate, a cavallo del 2000, da tutte le principali forze politiche, nella prospettiva di una complessiva revisione della disciplina della crisi dell'impresa¹. Con particolare riguardo ai profili penalistici era sottolineata l'incongruenza di una draconiana severità, senza riscontro nelle altre legislazioni europee², tanto più che la crisi delle imprese, a seguito della globalizzazione, è sempre più determinata non già dai comportamenti e dalle scelte individuali dell'imprenditore, bensì dai flussi economici e finanziari, sotto certi aspetti del tutto incontrollabili, che percorrono il mondo economico³.

L'orientamento di tutte le forze politiche, espresso attraverso i vari progetti di riforma presentati, era quello di riportare l'intervento penale in materia fallimentare nel suo alveo

¹ Sui contenuti delle proposte di riforma e sulle esigenze da cui erano ispirate, A. DI AMATO, *Prospettive di riforma dei reati di bancarotta*, in questa *Rivista*, 2001, p. 375 ss.

² Cfr. C. PEDRAZZI, *Introduzione*, in C. PEDRAZZI – F. SGUBBI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, in *Legge fallimentare a cura di F. Galgano*, in *Commentario Scialoja – Branca*, Bologna – Roma, 1995, p. 2, n. 3.

³ L. GUATRI, *Crisi e risanamento delle Imprese*, Milano, 1986, p. 3.

fisiologico, caratterizzato, come noto, dai principi di residualità, di tipicità e di offensività. Era ben presente l'esigenza di restringere l'intervento penale alle ipotesi in cui vi fosse una effettiva ed intenzionale lesione degli interessi protetti. Ciononostante, i successivi interventi di riforma della legge fallimentare non hanno toccato, se non marginalmente, la parte penalistica⁴.

L'omissione nasce dal timore di una reazione negativa dell'opinione pubblica.

Nel corso del 2000, con al governo il centrosinistra, è stata approvata la l. 10 marzo 2000, n. 74, contenente la nuova disciplina dei reati tributari. La riforma, contenendo un radicale mutamento della struttura dei reati senza tuttavia una appropriata disciplina transitoria, si è risolta in una sostanziale gratuita estinzione di quasi tutti i reati tributari commessi in precedenza⁵. Nel corso del 2002, questa volta con al governo il centrodestra, è stato emanato il d.lg. n. 61, che ha riformulato i reati societari, prevedendo pene, soprattutto per il cd. falso in bilancio, la cui tenuità è stata oggetto di critiche molto accese⁶.

Il legislatore non ha, perciò, avuto il coraggio di aprire anche il capitolo della riforma dei reati fallimentari, nonostante tra gli addetti ai lavori di tutti gli orientamenti politici si fosse ormai consolidata l'attesa di una drastica riduzione del regime sanzionatorio. Si deve aggiungere che alla base della mancata riforma del diritto penale fallimentare sono anche gli scandali finanziari che, a partire dal 2002, hanno colpito tutta l'economia occidentale, con episodi particolarmente significativi anche in Italia⁷. È così successo che proprio le norme penali fallimentari, per le quali si poteva registrare un

⁴ In particolare, l'art. 32 della l. 28 dicembre 2005, n. 262, ha riformulato l'art. 218 L.F. avente ad oggetto il reato di ricorso abusivo al credito, mentre l'art. 147 d.lg. 9 gennaio 2006, n. 5, nel sopprimere tutti i riferimenti alla amministrazione controllata, contenuti nella legge fallimentare, ha ristretto alla sola procedura di concordato preventivo l'area di operatività delle incriminazioni contenute nell'art. 236 L.F. Da ultimo, l'art. 217 bis L.F., introdotto dall'art. 48 del D.L. 78/2010 convertito con modificazioni dalla L. 30 luglio 2010, n. 122, ha ristretto l'ambito di operatività dei reati di bancarotta preferenziale e di bancarotta semplice.

⁵ Si veda, in argomento, A. DI AMATO, *Le linee ispiratrici della riforma e la parte generale del diritto penale tributario*, in A. DI AMATO – R. PISANO, *I reati tributari*, in *Trattato di diritto penale dell'impresa* diretto da A. DI AMATO, VII, Padova, 2002, p. 318 ss.

⁶ Cfr., per tutti, C. PEDRAZZI, *In memoria del falso in bilancio*, in *Riv. Soc.*, 2001, p. 223 ss.

⁷ Si pensi agli scandali CIRIO e PARMALAT.

consolidato movimento di riforma, sono restaste sostanzialmente inalterate.

2. Ciononostante, il diritto penale fallimentare ha necessariamente risentito delle riforme che nel 2005 e nel 2007 hanno riguardato le procedure concorsuali. Ciò per la sua stretta funzionalità alla disciplina civilistica e processuale. È evidente, infatti, che, nel momento in cui la disciplina fallimentare individua nuovi punti di equilibrio per gli interessi coinvolti, il diverso assetto non può non influire sulla ricostruzione delle fattispecie penalmente rilevanti.

In particolare, le incisive modifiche alla previgente disciplina della revocatoria fallimentare hanno inevitabilmente spostato i confini della bancarotta preferenziale, attesa l'esistenza di un consolidato orientamento nel senso di una lineare continuità tra il reato di bancarotta preferenziale e la azione revocatoria fallimentare. Si è, al riguardo, affermato che, nel caso di lesione della *par condicio creditorum*, la sanzione per il creditore favorito, che conosce lo stato d'insolvenza del debitore, è la revocatoria del pagamento, mentre la sanzione per il debitore fallito che ha preferenzialmente pagato è la sanzione penale⁸. La conseguenza di una siffatta correlazione, tra esperibilità dell'azione revocatoria e sussistenza del reato di bancarotta preferenziale, è stata l'affermazione della esclusione del reato nei casi in cui non fosse esperibile l'azione revocatoria. Perciò la riformulazione dell'art. 67 L.F., con una significativa riduzione delle ipotesi di esperibilità dell'azione revocatoria, ha indotto ad affermare l'essersi verificata una parallela coincidente riduzione dell'area di operatività del reato di bancarotta preferenziale⁹. Si è richiamato, al riguardo, il principio di sussidiarietà in materia penale per sostenere non poter più essere penalmente rilevante un comportamento che,

⁸ Cfr. F. ANTOLISEI, *La bancarotta semplice*, Napoli, 1962, p. 149 ss.; F. LA MONICA, *Manuale di diritto penale commerciale*, Milano, 1993, p. 290; G. COCCO, *La bancarotta preferenziale*, Napoli, 1987, p. 160.

⁹ Si veda, al riguardo, G.G. SANDRELLI, *Le norme penali della legge fallimentare*, in *Codice commentato del fallimento*, diretto da LO CASCIO, Milano, 2008, p. 1812 ss., ove ulteriori riferimenti di dottrina.

per una scelta espressa del legislatore, non avrebbe più potuto costituire neppure un illecito civile¹⁰.

Quanto alla qualificazione della esclusione della rilevanza penale della condotta, caratterizzata dalla presenza di circostanze che escludono l'esperibilità dell'azione revocatoria, la dottrina aveva affermato l'esistenza di una causa di esclusione della antigiuridicità del fatto¹¹.

La questione si pone, tuttavia, in termini diversi oggi a seguito della introduzione dell'art. 217 bis L.F., il quale testualmente parla di "esenzione" dalla applicazione delle incriminazioni in tema di bancarotta preferenziale e di bancarotta semplice con riguardo ai pagamenti e alle operazioni, compiute in esecuzione di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione dei debiti o di un piano di risanamento di cui all'art. 67 terzo comma della L.F.. Il tenore della norma induce a ritenere che, ferma restando la esclusione della rilevanza penale delle condotte citate, non si sia più in presenza di causa di esclusione dell'antigiuridicità, ma di un intervento del legislatore il quale abbia direttamente inciso sulla descrizione della fattispecie penale, riducendone la portata attraverso una diversa individuazione del fatto tipico.

Va, peraltro, notato che il nuovo art. 217 bis L.F. incide sulla descrizione delle fattispecie incriminatrici prendendo in considerazione solo alcuni dei comportamenti che il nuovo art. 67 L.F. esenta da revocatoria. Questa considerazione apre il problema della rilevanza penale delle altre ipotesi di pagamento, non suscettibili di revocatoria e tuttavia non richiamati dal nuovo art. 217 bis. In questi casi diventa rilevante la distinzione tra condotte sin dall'origine escluse dalla esperibilità dell'azione revocatoria e condotte rispetto alle quali per l'azione revocatoria è previsto un "periodo sospetto" breve. Nel primo caso, si pensi ai pagamenti di beni e servizi effettuati nei termini d'uso (art. 67, terzo comma, lett. a) L.F.), si è in presenza di una condotta la cui illiceità è stata esclusa in radice dal legislatore, con la conseguenza della impossibilità di configurare la bancarotta fraudolenta.

¹⁰ C. CASSANI, *La riforma del concordato preventivo: effetti penali*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. ec.*, 2009, p. 774.

¹¹ Cfr., per tutti, G. INSOLERA, *Riflessi penalistici della nuova disciplina del concordato preventivo e delle composizioni extragiudiziali della crisi dell'impresa*, in *Giur. Comm.*, 2006, 1, p. 467 ss.

Nel secondo caso, si pensi ai pagamenti di debiti liquidi ed esigibili avvenuti nei sei mesi precedenti la dichiarazione di fallimento (art. 67 secondo comma L.F.), la previsione di un periodo sospetto breve non esclude la originaria illiceità della condotta e, conseguentemente, non esclude la rilevanza penale del fatto, determinando solo l'esenzione del creditore dalla sanzione civilistica della revocabilità del pagamento, che del resto andrebbe esclusa anche nella ipotesi di mancata consapevolezza dello stato d'insolvenza del debitore.

3. L'art. 48 del D.L. 78/2010, convertito con modificazioni dalla L. 30 luglio 2010, n. 122, ha introdotto, nella ricomposizione del puzzle della disciplina penalistica della L.F., un ulteriore profilo di complessità.

Prima di esso, l'attenzione della dottrina si era concentrata sulle conseguenze penalistiche del terzo comma, lett. e), art. 67 L.F., che prevede una causa di esenzione dell'azione revocatoria per "gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione del concordato preventivo". In conformità alle conclusioni, sopra illustrate, in ordine al rapporto tra bancarotta preferenziale ed esperibilità dell'azione revocatoria, la dottrina era giunta alla affermazione della irrilevanza, anche sotto il profilo penalistico, delle condotte insuscettibili di essere colpite da azione revocatoria, secondo quanto previsto dal citato art. 67, comma terzo, lett. e)¹².

Del resto, la conclusione appare coerente con la complessiva finalità del legislatore di favorire le soluzioni concordate della crisi di impresa, resa evidente dalla esenzione dalla azione revocatoria non solo dei pagamenti in esecuzione di un concordato o di un accordo di ristrutturazione, che come tali sono soggetti al vaglio del Tribunale Fallimentare, ma anche dei pagamenti in esecuzione di un piano idoneo a consentire il risanamento della esposizione debitoria della impresa (art. 67, terzo comma, lett. d)), come tale non soggetto ad alcun vaglio giudiziario.

¹² Cfr., F. GIUNTA, *Revocatoria e concordato preventivo: tutela penale*, in *Dir. Prat. Fall.*, 2006, p. 35 ss.; A. ALESSANDRI, *Profili penalistici delle innovazioni in tema di soluzioni concordate delle crisi d'impresa*, in *Riv. It. Dir. Proc. pen.*, 2006, p. 129.

La esclusione della esperibilità dell'azione revocatoria ha indotto ad escludere la rilevanza penale anche dei pagamenti effettuati in esecuzione di un tale piano. La differenza tra le due ipotesi è stata ravvisata esclusivamente sul piano della sindacabilità da parte del giudice penale della esistenza dei presupposti per la operatività della esenzione dalla azione revocatoria. Con riguardo alla ipotesi di concordato preventivo o di accordo di ristrutturazione si esclude, in genere, che possa esservi un sindacato da parte del giudice penale sulla fattibilità della proposta di concordato accolta e omologata o dell'accordo di ristrutturazione, essendo stati gli stessi già oggetto di vaglio davanti al Tribunale Fallimentare¹³.

Viceversa, nel caso di piano attestato, la fattibilità dello stesso potrà essere oggetto di valutazione da parte del giudice penale, il quale, nel momento in cui dovesse decidere per l'insussistenza della idoneità del piano, potrà valutare la rilevanza penale, ai fini della bancarotta preferenziale, dei pagamenti effettuati, tenendo conto, ovviamente, anche della incidenza sul profilo soggettivo della esistenza del piano e della sua attestazione.

Su tale problematica si innesta la previsione di cui al comma 3 del nuovo art. 182 quater L.F., che concede la prededucibilità, nella misura dell'80%, dei finanziamenti concessi dai soci di s.r.l. o dalla controllante ai fini della esecuzione di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione.

Anche in questo caso appare evidente che, nei limiti in cui le norme civilistiche consentono la prededucazione, va esclusa, in virtù di quel principio di sussidiarietà dell'intervento penale, cui si è più volte fatto riferimento, la rilevanza penale dei rimborsi effettuati. Ovviamente, una tale conclusione non potrà valere con riguardo alla somma eccedente l'80%, essendo limitata la prededucibilità esclusivamente a tale percentuale. Per la parte eccedente, dunque, è operativa la disciplina di cui agli artt. 2467 e 2497 quinquies del cod. civ., con la conseguenza che la eventuale violazione integra gli elementi della bancarotta preferenziale.

Peraltro, nel caso di finanziamento dei soci per l'esecuzione di un concordato, sembra dover acquisire un rilievo particolare,

¹³ Cfr., F. MUCCIARELLI, *Stato di crisi, piano attestato, accordi di ristrutturazione, concordato preventivo e fattispecie penali*, in *Riv. Trim. dir. Pen. ec.*, 2009, p. 825 ss.

a fini penalistici, la disciplina contenuta nell'art. 186 L.F. con riferimento alla risoluzione ed all'annullamento del concordato. Appare innegabile che, quando sussistono i presupposti per la risoluzione o peggio ancora per l'annullamento del concordato, è difficile escludere in capo agli amministratori della società in concordato la consapevolezza, sin dalla fase iniziale, delle vicende che poi determinano il cattivo esito della procedura. Al tempo stesso una tale consapevolezza è agevolmente presumibile anche in capo ai soci di una società a responsabilità limitata, ovvero in capo alla controllante, atteso il particolare rapporto esistente con la società finanziata. Si tratta di aspetti che devono necessariamente avere un rilievo di carattere penalistico, con la conseguenza della configurabilità, nei casi citati, sia degli estremi del reato di bancarotta preferenziale e sia delle condizioni per la esperibilità dell'azione revocatoria, relativamente ai rimborsi in favore dei soci finanziatori.

Una ulteriore considerazione va fatta con riguardo alla delimitazione della irrilevanza penale del rimborso dei finanziamenti dei soci. L'art. 182 quater L.F. espressamente limita la deroga agli artt. 2467 e 2497 quinquies del codice civile alle ipotesi di finanziamenti funzionali ad un concordato preventivo o ad accordi di ristrutturazione. La deroga, perciò, non riguarda i finanziamenti funzionali alla esecuzione di un piano attestato di cui all'art. 67, comma terzo, lett. d) L.F., i quali restano esclusi dal regime di favore introdotto dalla nuova disciplina. La conseguenza è che va affermata la rilevanza ai fini del reato di bancarotta preferenziale, nel caso di successivo fallimento, del rimborso di finanziamenti effettuati dai soci di s.r.l. o dalla controllante in funzione o in esecuzione di un piano attestato.