

DISPOSIZIONI PENALI NEL CODICE DELLA CRISI DI IMPRESA

a cura di

Stefania Pacchi, Roberto Guerrini e Siro De Flammineis



G. Giappichelli Editore

RENATO BRICCHETTI

REATI FALLIMENTARI E NUOVA DISCIPLINA DELLA CRISI DI IMPRESA

SOMMARIO: 1. La legge delega. – 2. Il decreto legislativo delegato. – 3. Reati commessi dall'imprenditore in liquidazione giudiziale (artt. 328 Codice – 216-222 legge fall.). – 4. (*Segue*) Gli interventi sull'art. 216, comma 4, e sull'art. 217-*bis* legge fall. (artt. 332, comma 4, e 324 Codice). – 5. Reati commessi da persone diverse dall'imprenditore in liquidazione giudiziale (artt. 329-340 Codice – 223-235 legge fall.). – 6. Disposizioni applicabili nel caso di concordato preventivo, accordi di ristrutturazione dei debiti, piani attestati e liquidazione coatta amministrativa (artt. 341, 342, 343 Codice – 236, 236-*bis*, 237 legge fall.). – 7. I reati del debitore e del componente dell'OCC relativi alle procedure di composizione delle crisi (artt. 344 e 345 Codice – art. 16 legge n. 3/2012). – 8. Le altre disposizioni penali del Codice (art. 25). – 9. I vantaggi compensativi nelle operazioni infragruppo. – 10. La posizione di garanzia di amministratori e sindaci. – 11. Entrata in vigore e disposizioni transitorie.

1. *La legge delega*

La legge 19 ottobre 2017, n. 155, che ha delegato al Governo la riforma della disciplina della crisi di impresa e dell'insolvenza, destinata a soppiantare sia la legge fallimentare (r.d. 16 marzo 1942, n. 267, di seguito per brevità legge fall.) sia la legge sulla composizione delle crisi da sovraindebitamento (legge 27 gennaio 2012, n. 3, di seguito legge n. 3/2012), non contiene previsioni dedicate alle disposizioni penali della legge fall. (artt. 216 ss.).

Il legislatore delegante ha, peraltro, ritenuto opportuno affermare un “principio generale” di «continuità delle fattispecie criminose» (art. 2, comma 1, lett. *a*).

Di fatto, per ora, ci si deve tenere quello che abbiamo.

Eppure, a nessuno dovrebbe sfuggire che quello che oggi abbiamo in tema di bancarotta e altre disposizioni penali è nato per servire un sistema che doveva tutelare gli interessi patrimoniali dei creditori dell'impresa espulsa dal mercato perché insolvente e dichiarata fallita, e, soprattutto, che questo sistema è, non da ora, profondamente mutato: crisi e insolvenza vanno portate alla luce subito e gestite e l'impresa va risanata, ristrutturata, conservata se esistono spazi per tenerla in vita¹.

¹ Sul tema v. F. MUCCIARELLI, *Sempre più urgente la riforma del comparto penal-fallimentare*.

La risposta penale, i reati, le incriminazioni vanno, dunque, necessariamente e seriamente ripensati. Ma nulla finora si è mosso.

La sensazione è quella del déjà-vu, non come apparenza del vissuto ma come realtà, dato che lo stesso immobilismo si verificò anche con la riforma del 2005-2006². Nulla è previsto neppure nella legge 8 marzo 2019, n. 20, delega al Governo per l'adozione di disposizioni integrative e correttive, dovendo la stessa essere attuata (art. 1) «nel rispetto dei principi e criteri direttivi» dell'originaria legge delega.

2. Il decreto legislativo delegato

La legge delega è stata attuata dal d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, che ha introdotto il «Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza» (di seguito Codice).

Le disposizioni penali sono state essenzialmente collocate negli artt. 322-347 (più avanti saranno raffrontate agli artt. 216 ss. legge fall. e all'art. 16 della legge n. 3/2012). Altre disposizioni penali sono contenute nell'art. 25 (misure premiali) e negli artt. 317-321 (misure cautelari reali) del Codice.

La relazione illustrativa del Codice conferma che «la legge delega esclude [...] la bancarotta dal campo di intervento del decreto attuativo» e che «manca ogni indicazione volta alla riformulazione delle disposizioni incriminatrici della legge fallimentare»; afferma, inoltre, che le «norme riproducono sul piano delle condotte incriminate le corrispondenti previsioni della legge fallimentare».

Si tratta di affermazioni inesatte. Sono, invero, state introdotte modificazioni sia delle disposizioni in materia di bancarotta, sia delle disposizioni relative ad altri reati previsti dalla legge fall.

Vedremo queste modificazioni, raffrontando le disposizioni del Codice con i corrispondenti precetti della legge fall.

Risvolti penalistici del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: lineamenti generali, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 1189 ss.; S. CAVALLINI, *Il diritto della crisi e il codice "dimezzato": nuovi assetti di tutela per il sistema penale dell'insolvenza?*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 1333, che parla di «marcata scollatura tra l'ispirazione politico-criminale che impronta le figure di bancarotta – rimaste sostanzialmente invariate dal 1942 – e il radicale mutamento "ideologico" che ha contrassegnato il microcosmo normativo che le ospita».

²In argomento R. BRICCHETTI-F. MUCCIARELLI-G. SANDRELLI, *Commento alle disposizioni penali*, in *Il nuovo diritto fallimentare, Commentario sistematico*, diretto da A. Jorio, Bologna, 2007, p. 2721 ss.; R. BRICCHETTI, *Profili penali*, in *Le nuove procedure concorsuali, Dalla riforma "organica" al decreto "correttivo"*, a cura di S. Ambrosini, Bologna 2008, p. 639 ss.

3. *Reati commessi dall'imprenditore in liquidazione giudiziale (artt. 328 Codice – 216-222 legge fall.)*

Il titolo IX del Codice è dedicato alle “disposizioni penali”. L'intitolazione del capo I è «Reati commessi dall'imprenditore in liquidazione giudiziale». Non più, dunque, reati commessi dal “fallito”, parola che includeva l'imprenditore soggetto al fallimento e il socio illimitatamente responsabile delle s.n.c. e delle s.a.s. (art. 222 legge fall.).

L'intitolazione del capo è disallineata rispetto all'art. 349 che prevede che “nelle disposizioni normative vigenti” il termine «fallito» sia sostituito con l'espressione «debitore assoggettato a liquidazione giudiziale» non con le parole “imprenditore in liquidazione giudiziale”.

Come si è accennato, l'art. 349 conclude “con salvezza della continuità delle fattispecie” e la relazione illustrativa si “allarga”: «è garantita di fatto continuità normativa» non contenendo la delega disposizioni che autorizzino «modifiche di natura sostanziale al trattamento penale riservato alle condotte di bancarotta e alle altre condotte contemplate oggi dal titolo sesto della legge fallimentare».

A ben vedere, la clausola di salvezza è apposta all'art. 349, vale a dire ad una disposizione che si limita a mettere in fila la sostituzione del lessico: da fallimento, procedura fallimentare, fallito ed espressioni derivate a liquidazione giudiziale, procedura di liquidazione giudiziale, debitore assoggettato a liquidazione giudiziale ed espressioni derivate³.

Insomma, detta clausola non vincola certo l'interprete che dovesse trovarsi al cospetto di fenomeni di discontinuità (abolizione di incriminazioni preesistenti o nuove incriminazioni).

In ogni caso, la disciplina transitoria contenuta nell'art. 390, comma 3, tiene in vita ancora per un po' le attuali disposizioni penali. In particolare, in caso di ricorsi presentati prima del 15 agosto 2020 e di procedure pendenti a tale data, continueranno ad applicarsi le disposizioni penali della legge fallimentare.

4. (Segue) *Gli interventi sull'art. 216, comma 4, e sull'art. 217-bis legge fall. (artt. 332, comma 4, e 324 Codice)*

Il capo I del Codice «Reati commessi dall'imprenditore in liquidazione giudiziale» è occupato dagli articoli che vanno dal 322 al 328; riproducono, con qualche ritocco, gli artt. 216-222 legge fall.

³F. MUCCIARELLI, *Sempre più urgente la riforma del comparto penal-fallimentare*, cit., p. 1189.

Ai mutamenti lessicali di cui si è detto nel paragrafo precedente si aggiunge qualche altra modificazione.

4.1. Nel comma 4 dell'art. 322 del Codice, che prevede le pene accessorie della bancarotta fraudolenta, il legislatore delegato si è uniformato alla dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 216, comma 4, legge fall. nella parte in cui disponeva che la condanna importava l'inabilitazione all'esercizio di una impresa commerciale e l'incapacità ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa per la durata di dieci anni, anziché "fino a dieci anni"⁴.

Stabilisce ora l'art. 322, comma 4, del Codice che «Salve le altre pene accessorie, di cui al capo III, titolo II, libro I del codice penale, la condanna per uno dei fatti previsti nel presente articolo importa l'inabilitazione all'esercizio di una impresa commerciale e l'incapacità ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa fino a dieci anni».

Alla pronuncia della Corte costituzionale è, poi, seguita, come noto, una decisione delle Sezioni Unite della Corte di cassazione che ha statuito che «le pene accessorie previste dall'art. 216, nel testo riformulato dalla sentenza 5 dicembre 2018, n. 222 della Corte Costituzionale, così come le altre pene accessorie per le quali la legge indica un termine di durata non fissa, devono essere determinate in concreto dal giudice in base ai criteri di cui all'art. 133 c.p.»; non sono, dunque, riconducibili alle pene di durata non espressamente determinata di cui all'art. 37 c.p., con conseguente commisurazione della stessa a quella della pena principale irrogata⁵.

4.2. L'art. 324 del Codice modifica l'art. 217-*bis* legge fall.⁶

L'art. 217-*bis* stabilisce: «(Esenzioni dai reati di bancarotta). 1. Le disposizioni di cui all'articolo 216, terzo comma, e 217 non si applicano ai pagamenti e alle operazioni compiuti in esecuzione di un concordato preventivo di cui all'articolo 160 o di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato ai sensi dell'articolo 182-*bis* o del piano di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera *d*), ovvero di

⁴ Corte cost., 5 dicembre 2018, n. 222.

⁵ Cass., Sez. Un., 28 febbraio 2019, Suraci, n. 28910, Rv. 276286-01.

⁶ Sull'art. 217-*bis* v. per tutti F. MUCCIARELLI, *L'esenzione dai reati di bancarotta*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 1474 ss.; ID., *L'art. 217-bis l. fall. e la disciplina penale delle procedure di soluzione della crisi d'impresa*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 275 ss.; F. D'ALESSANDRO, *Il nuovo art. 217-bis*, in *Soc.*, 2011, p. 201; R. BRICCHETTI, *Le esenzioni dai reati di bancarotta. L'art. 217-bis l. fall.*, in L. GHIA-C. PICCININNI-F. SEVERINI, *I reati nelle procedure concorsuali, Trattato delle procedure concorsuali*, Torino, 2010, p. 367 ss.; ID., *La esenzione dai reati di bancarotta preferenziale e di bancarotta semplice nel nuovo art. 217-bis della legge fallimentare: causa di esclusione (delimitazione) del tipo, causa speciale di esclusione dell'antigiuridicità o che altro?*, in F. SGUBBI-D. FONDAROLI (a cura di), *Il mercato della legge penale: nuove prospettive in materia di esclusione della punibilità tra profili sostanziali e processuali*, Padova, 2011, p. 81 ss.

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*».

Così è stato riscritto nell'art. 324 del Codice: «(Esenzioni dai reati di bancarotta). 1. Le disposizioni di cui agli articoli 322, comma 3 e 323 non si applicano ai pagamenti e alle operazioni compiute in esecuzione di un concordato preventivo o di accordi di ristrutturazione dei debiti omologati o degli accordi in esecuzione del piano attestato ovvero del concordato minore omologato ai sensi dell'articolo 80, nonché ai pagamenti e alle operazioni di finanziamento autorizzati dal giudice a norma degli articoli 99, 100 e 101».

Non si tratta di mutamenti sostanziali, ma di interventi formali o di adattamenti alle nuove sistemazioni codicistiche delle disposizioni⁷.

Va detto, peraltro, che era stata eccentrica l'introduzione del riferimento alla legge 27 gennaio 2012, n. 3⁸, dedicata alla composizione della crisi da sovraindebitamento, in una disposizione come quella contenuta nell'art. 217-*bis* legge fall., che ha una funzione delimitatrice del fatto della bancarotta preferenziale e di alcuni fatti di bancarotta semplice patrimoniale; il sovraindebitato non risponde, invero, di detti reati, ma dei reati previsti dall'art. 16 della legge medesima⁹.

Nondimeno, il Codice ha riproposto la disposizione, limitandosi a sostituire il riferimento ai pagamenti e alle operazioni compiute in esecuzione di accordo di composizione della crisi omologato ai sensi dell'art. 12 della legge del 2012 con quelli compiute in esecuzione di un concordato minore omologato ai sensi dell'art. 80 del Codice.

5. Reati commessi da persone diverse dall'imprenditore in liquidazione giudiziale (artt. 329-340 Codice – artt. 223-235 legge fall.)

Venendo al capo II del Codice, “Reati commessi da persone diverse dall'imprenditore in liquidazione giudiziale”, vale la già svolta considerazione (§ 3): la parola “fallito” andava sostituita con l'espressione «debitore assoggettato a liquidazione giudiziale».

⁷ In questo senso R. BRICCHETTI, *Codice della crisi d'impresa: rassegna delle disposizioni penali e raffronto con quelle della legge fallimentare*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 2019, n. 7-8, p. 78; F. MUCCIARELLI, *Sempre più urgente la riforma*, cit., p. 1197.

⁸ Introduzione ad opera del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, in vigore dal 20 ottobre 2012, conv., con mod., dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221.

⁹ Tra i quali i reati affini alla bancarotta preferenziale e alla bancarotta semplice patrimoniale sono quelli di cui alla lett. d) (esecuzione in corso di procedura di pagamenti in violazione dell'accordo) e alla lett. e) (aggravamento della posizione debitoria dopo il deposito della proposta di accordo e per tutta la durata della procedura).

Gli artt. 329-340 del Codice ripropongono le disposizioni degli artt. 223-235 legge fall.

5.1. L'art. 223 legge fall., dedicato ai fatti di bancarotta fraudolenta in caso di fallimento di una società, trova ora allocazione nell'art. 329 del Codice.

Unico rilievo: nel comma 2, n. 2, dell'art. 329 (che prevede la causazione con dolo o per effetto di operazioni dolose) la parola "dissesto" ha sostituito la parola "fallimento".

Nulla di eversivo se si considera che, nel commentare detta disposizione, si è sempre detto che cagionare (con dolo o per effetti di operazioni dolose) il fallimento di una società significa provocare il dissesto (che, prima o poi, sfoci nella pronuncia della sentenza dichiarativa del fallimento, indispensabile perché la bancarotta si configuri, ma che non ne rappresenta – come è risaputo – l'evento), non certo provocare la pronuncia di detta sentenza¹⁰.

È un'affermazione che naturalmente presuppone di chiarire cosa si intenda per dissesto.

Il Codice (art. 2, comma 1) ha definito:

a) la crisi come «stato di squilibrio economico-finanziario¹¹ che rende probabile l'insolvenza del debitore, e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate»);

b) l'insolvenza come «stato del debitore che si manifesta con inadempimenti o altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni»¹².

Non ha, invece, definito il dissesto. Eppure il termine "dissesto" è presente non solo nella disposizione in esame (anche l'art. 223, comma 2, n. 1 lo prevede per identificare l'evento del reato) ma in numerose altre, come, ad es., nelle disposizioni

¹⁰ Per tutti, v. C. PEDRAZZI, in C. PEDRAZZI-F. SGUBBI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, in *Commentario Scialoja-Branca, La legge fallimentare*, a cura di F. Galgano, artt. 216-227, Bologna-Roma 1995, p. 315. Non è così per F. CONSULICH, *Il diritto penale fallimentare al tempo del codice della crisi: un bilancio provvisorio*, in *Leg. pen. (on line)*, 20 maggio 2020, secondo il quale (p. 6) «si tratta, come ognuno può ben comprendere, di due termini diversi».

¹¹ Le parole «squilibrio economico-finanziario» sono state inserite, in sostituzione delle precedenti «difficoltà economica-finanziaria», dall'art. 1, comma 1, del d.lgs. 26 ottobre 2020, n. 147, che ha dettato, in attuazione della legge delega 8 marzo 2019, n. 20, le disposizioni integrative e correttive del Codice.

¹² P. CHIARAVIGLIO, *Profili penalistici. Le innovazioni penalistiche del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: alcuni rilievi critici*, in *Le soc.*, 2019, p. 448, afferma che la nozione di insolvenza è identica a quella prevista dall'art. 5 legge fall. e che la definizione di crisi "non si distacca in modo radicale" da quella ricavabile dall'art. 160, comma 3, legge fall.

sulla bancarotta semplice (artt. 323 e 330 del Codice; 217 e 224 legge fall.), sulla c.d. ricettazione prefallimentare (distrazione senza concorso con l'imprenditore: art. 338, comma 2, n. 2 del Codice; art. 232, comma 2, n. 2, legge fall.) e, soprattutto, sul ricorso abusivo al credito (art. 325 del Codice e art. 218 legge fall.) in cui il dissesto è espressamente distinto, quale oggetto della dissimulazione, dallo stato di insolvenza, distinzione che lascerebbe intendere non trattarsi di sinonimi.

Dovrebbe comunque valere la nozione ormai affermata in giurisprudenza che vede nel dissesto lo squilibrio tra attività e passività, inteso come dato quantitativo graduabile e quindi anche "aggravabile", che non necessariamente sfocia nella sentenza dichiarativa del fallimento¹³. Una nozione che dà risalto al fatto che il dissesto è cosa diversa dall'insolvenza proprio perché consiste in una situazione, in cui il passivo sovrasta l'attivo, che non è richiesta per aversi insolvenza. E la dichiarazione di fallimento presuppone l'insolvenza non il dissesto, che, di regola, finisce comunque in fallimento, a meno di accadimenti favorevoli.

Insolvenza è concetto, invece, che riconduce non all'aspetto patrimoniale ma a quello finanziario, vale a dire alla situazione di inidoneità della liquidità a far fronte alle obbligazioni di breve e medio termine.

Insomma, l'impresa può essere insolvente e fallire senza essere "dissestata", come nel caso in cui l'attivo superi il passivo ma non sia facilmente liquidabile per far fronte alle obbligazioni.

È anche vero, tuttavia, che il legislatore delegato nel sostituire "fallimento" con "dissesto" si è discostato volutamente dalla legge delega secondo la quale la parola "fallimento" dovrebbe essere nel Codice sostituita dall'espressione "liquidazione giudiziale".

Se il delegato avesse seguito il delegante, ora l'evento della fattispecie sarebbe la dichiarazione giudiziale di liquidazione, che presuppone, peraltro, l'insolvenza non il dissesto (e che, secondo le ultime tendenze in tema di sentenza dichiarativa del fallimento, dovrebbe essere una condizione obiettiva di punibilità).

5.2. L'art. 334 del Codice prenderà il posto dell'art. 228 legge fall. (interesse privato del curatore negli atti del fallimento).

Qui il legislatore delegato non è intervenuto e tra i richiami agli articoli contenuti nella clausola di riserva («salvo che al fatto non siano applicabili gli articoli 315, 317, 318, 319, 321, 322 e 323 del codice penale») ha mantenuto quello formalmente abrogato (dalla legge 26 aprile 1990, n. 86) art. 315 c.p., disposizione che incriminava la malversazione a danno di privati, confluita nell'art. 314, comma 1, c.p. (peculato) che però non è richiamato nell'art. 228.

5.3. L'art. 235 legge fall., che puniva l'omessa trasmissione dell'elenco dei protesti cambiari, non è stato riprodotto nel Codice.

¹³ Da ultimo, Cass., Sez. V, 9 maggio 2017, n. 29885, Rv. 270877.

Non è più prevista la trasmissione di detto elenco al presidente del Tribunale, né è più prevista la trasmissione dell'elenco delle dichiarazioni di rifiuto di pagamenti di cui al secondo comma. La strada era quella dell'abrogazione esplicita dell'art. 235, comunque implicitamente abrogato; il legislatore ha preferito limitarsi a non riproporre la norma nel Codice.

6. Disposizioni applicabili nel caso di concordato preventivo, accordi di ristrutturazione dei debiti, piani attestati e liquidazione coatta amministrativa (artt. 341, 342, 343 Codice – artt. 236, 236-bis, 237 legge fall.)

Nel capo III, Disposizioni applicabili nel caso di concordato preventivo, accordi di ristrutturazione dei debiti, piani attestati e liquidazione coatta amministrativa, gli artt. 341, 342 e 343 del Codice subentreranno agli artt. 236, 236-bis e 237 legge fall.

6.1. Il comma 3 dell'art. 341 del Codice è in parte diverso rispetto al comma 3 dell'art. 236 legge fall. Prevede che nel caso di accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa o di convenzione di moratoria, nonché nel caso di omologa di accordi di ristrutturazione ai sensi dell'art. 48, comma 5, si applichino le disposizioni previste al comma 2, lett. a), b) e d).

Il comma 3 dell'art. 236 legge fall., introdotto dall'art. 10 del d.l. 27 giugno 2015, n. 83, convertito con modificazioni dalla legge 6 agosto 2015, n. 132, prevede invece che nel caso di accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari o di convenzione di moratoria, si applichino le disposizioni previste dal comma 2, numeri 1), 2) e 4). Come si vede nell'art. 341, comma 3, del Codice non vi è più traccia degli “accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari” ma si parla di “accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa”.

Si è, inoltre, previsto il caso di omologa di accordi di ristrutturazione ai sensi dell'art. 48, comma 5, del Codice.

Tuttavia, la rubrica dell'art. 341 è rimasta identica a quella dell'art. 236, vale a dire “Concordato preventivo e accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria”.

Ricapitolando: ai sensi dell'art. 236, comma 2, n. 1, 2 e 4, legge fall. si applicano, nel caso di concordato preventivo, le disposizioni degli artt. 223 (fatti di bancarotta fraudolenta) e 224 (fatti di bancarotta semplice) agli amministratori direttori generali, sindaci e liquidatori di società, dell'art. 227 (bancarotta fraudolenta, bancarotta semplice, ricorso abusivo al credito e denuncia di creditori inesistenti o altre inosservanze del fallito) all'istitutore dell'imprenditore, degli artt.

232 (domande di ammissione di crediti simulati e distrazioni senza concorso con il fallito) e 233 (mercato di voto) ai creditori. E – come si è detto – le stesse disposizioni si applicano, per volere dell’art. 236, comma 3, “nel caso di accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari o di convenzione di moratoria”.

L’art. 236, comma 2, n. 1, 2 e 4, e comma 3, legge fall. punisce, dunque, i reati sopraindicati oltre che nel caso del concordato preventivo anche nei casi di accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari o di convenzione di moratoria.

Non, dunque, nel caso di accordo di ristrutturazione “ordinario” *ex art. 182-bis* (accordo che può essere concluso con qualsiasi tipologia di creditori e obbliga il debitore al pagamento integrale dei creditori non aderenti, entro la scadenza della moratoria di cui al primo comma e che si discosta dal modello del concordato perché non prevede la falcidia dei creditori che non vi aderiscono), ma nei casi di:

– accordo *ex art. 182-septies*, accordo che può essere concluso con banche e intermediari finanziari, ricorrendone le condizioni (in particolare, debiti con banche e intermediari finanziari in misura non inferiore al 50% dell’indebitamento complessivo), che, in deroga ai principi in materia di efficacia dei contratti, vincola anche i creditori “omogenei” (banche e intermediari finanziari) che non hanno partecipato all’accordo, e che si avvicina al modello concordatario e, così, alle caratteristiche delle procedure concorsuali in senso stretto, perché si basa sul medesimo principio maggioritario);

– convenzioni di moratoria con banche e intermediari finanziari *ex art. 182-septies*, comma 6 (accordi che non prevedono la falcidia dei crediti, ma solo la fissazione di una nuova scadenza dei medesimi) e che, ancora, a certe condizioni vincolano anche i creditori “omogenei” che non vi hanno partecipato.

Il testo dell’art. 341, comma 3, del Codice è – come si è detto – in parte diverso. I reati di cui sopra si è detto sono puniti, oltre che nel caso di concordato preventivo, nei casi di accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa, di convenzione di moratoria e di omologa di accordi di ristrutturazione ai sensi dell’art. 48, comma 5.

In conclusione, sono state introdotte due nuove incriminazioni.

In particolare, si ha una nuova incriminazione, rispetto all’art. 236 legge fall.:

– nel caso degli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa “generalizzata” (di cui all’art. 61, commi da 1 a 4, del Codice). Si tratta di accordi che ricalcano il modello del concordato in continuità, possono essere conclusi con qualunque tipologia di creditori, senza vincoli quanto alle caratteristiche soggettive dell’indebitamento ma con vincoli oggettivi (accordi di carattere non liquidatorio¹⁴; maggioranza del 75%, ecc.), e obbligano anche i creditori che non vi partecipano;

¹⁴Modificato dall’art. 9, comma 2, del d.lgs. 26 ottobre 2020, n. 147, cit., l’art. 61, comma 2, lett. b), del codice non prevede più che i creditori vengano soddisfatti in misura significativa o prevalente dal ricavato della continuità aziendale.

– nel caso dell’art. 48, comma 5, che prevede¹⁵ che, a differenza di quanto accade oggi, gli accordi di ristrutturazione e il concordato preventivo possono essere omologati anche se l’Amministrazione Finanziaria o gli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie non vi aderiscono, se l’adesione è decisiva ai fini del raggiungimento delle maggioranze previste per gli accordi “ordinari” (ex art. 57, comma 1) o “agevolati” (ex art. 60, comma 1), ovvero per il concordato preventivo (ex art. 109, comma 1), se la proposta di soddisfacimento è comunque più conveniente rispetto a quanto la stessa otterrebbe in sede di liquidazione giudiziale; in altre parole, in sede di omologazione l’Amministrazione e gli enti gestori possono essere vincolati dagli stessi e dunque subire falcidie/moratorie, anche se non vi hanno aderito, se il loro voto è decisivo ai fini del raggiungimento della maggioranza necessaria per l’accordo.

Queste nuove incriminazioni non fanno altro che acuire il problema da più parti sollevato dell’ingiustificata equiparazione della correlazione tra bancarotta e procedure concorsuali in genere, che presuppongono la crisi dell’imprenditore e che in sostanza mirano a risolverla, alla correlazione tra bancarotta e fallimento (nel Codice, liquidazione) fondato sull’insolvenza; equiparazione che non favorisce certo l’accesso a dette procedure.

Non vi sono, invece, nuove incriminazioni ma continuità con la corrispondente disposizione della legge fallimentare nei casi:

– degli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa “speciale” (art. 61, comma 5). Essi ricalcano, invero, il modello dell’art. 182-*septies* legge fall. in quanto possono essere conclusi solo con banche e intermediari finanziari in presenza di indebitamento con questi soggetti non inferiore al 50% dell’indebitamento complessivo e prescindono dalle caratteristiche (liquidatorie o meno) dell’accordo;

– delle convenzioni di moratoria (art. 62), che comunque, diversamente da quanto accade oggi, a certe condizioni possono vincolare anche i creditori “omogenei” che non vi partecipano, anche se non sono banche o intermediari finanziari.

6.2. L’art. 342 del Codice prende il posto dell’art. 236-*bis*.

L’art. 236-*bis* legge fall. stabilisce al comma 1: «Il professionista che nelle relazioni o attestazioni di cui agli artt. 67, terzo comma, lettera d), 161, terzo comma, 182-*bis*, 182-*quinquies*, 182-*septies* e 186-*bis* espone informazioni false ovvero omette di riferire informazioni rilevanti, è punito con la reclusione da due a cinque anni e con la multa da 50.000 a 100.000 euro»¹⁶.

¹⁵ Come modificato dall’art. 7, comma 7, del d.lgs. 26 ottobre 2020, n. 147, cit.

¹⁶ Sul tema, T. GUERINI, *La responsabilità del professionista attestatore nell’ambito delle soluzioni concordate per le crisi d’impresa*, in *Dir. pen. contemporaneo*, Riv. trim., 2013, 2, p. 74 ss.; E. MEZZETTI, *Falso in attestazioni o relazioni*, in *Arch. pen.*, 2015, 1, rivista on line; F. MUCCIARELLI, *Il ruolo dell’attestatore e la nuova fattispecie penale di “Falso in attestazioni e relazioni”*, in

Immutata la rubrica (*Falso in attestazioni e relazioni*), nell'art. 342 del Codice cambia in parte il testo del primo comma: «1. Il professionista che nelle relazioni o attestazioni di cui agli articoli 56 comma 4, 57, comma 4, 58 commi 1 e 2, 62, comma 2, lettera d), 87, commi 2 e 3, 88, commi 1 e 2, 90, comma 5, 100, commi 1 e 2, espone informazioni false ovvero omette di riferire informazioni rilevanti in ordine alla veridicità dei dati contenuti nel piano o nei documenti ad esso allegati, è punito con la reclusione da due a cinque anni e con la multa da 50.000 a 100.000 euro».

Nell'art. 342 del Codice l'oggetto materiale è – come si è visto – indicato con i diversi richiami agli artt. 56, comma 4, 57, comma 4, 58, commi 1 e 2, 62, comma 2, lett. d), 87, commi 2 e 3, 88, commi 1 e 2, 90, comma 5, 100, commi 1 e 2, del codice medesimo.

Sono state dal Codice introdotte nuove relazioni o attestazioni, la cui falsità integra il reato in esame. E ciò benché la legge delega – come si è detto (§ 1) – nulla prevedesse in proposito.

6.2.1. In particolare, integrano nuove incriminazioni i richiami dell'art. 342 del Codice:

– all'art. 88, commi 1 e 2¹⁷, che riguarda, in particolare, nell'ambito del concordato preventivo, l'attestazione del professionista relativa ai crediti tributari e contributivi nella transazione fiscale. Questa attestazione non era prevista, come possibile oggetto di falsità, nell'art. 236-*bis* legge fall., né d'altra parte l'art. 186-*ter* legge fall. richiede attestazioni nella transazione fiscale;

– all'art. 90, comma 5, che riguarda l'attestazione necessaria per rendere inammissibili le proposte di concordato concorrenti (il professionista attesta che la proposta di concordato del debitore assicura il pagamento di almeno il trenta per cento dell'ammontare dei crediti chirografari o il venti per cento nel caso in cui il debitore abbia richiesto l'apertura del procedimento di allerta o utilmente avviato la composizione assistita della crisi). L'art. 163, comma 5, legge fall. prevede questa attestazione, ma l'art. 236-*bis* legge fall. non contiene un richiamo a detto articolo;

– all'art. 58, commi 1 e 2, che riguarda le modifiche sostanziali degli accordi di ristrutturazione dei debiti, ante (comma 1) e post (comma 2) omologa, che richiedono il rinnovo dell'attestazione. Questo tipo di attestazione non è contemplato dalla legge fall. e non è, quindi, oggetto materiale delle falsità punite dall'art. 236-*bis* legge fall.;

– all'art. 100, comma 2, del Codice che riguarda l'autorizzazione, nel concor-

www.ilfallimentarista.it., 2012; R. BRICCHETTI-L. PISTORELLI, *Operazioni di risanamento, professionisti nel mirino*, in *Guida dir.*, 2012, 29, p. 45.

¹⁷ Come modificato dall'art. 13, comma 4, del d.lgs. 26 ottobre 2020, n. 147, cit.

dato, al pagamento di rate di mutuo con garanzia sui beni aziendali (deroga al principio per cui i debiti si intendono scaduti ed esigibili alla data di presentazione della domanda di concordato). Il professionista attesta che il credito garantito potrebbe essere soddisfatto integralmente con il ricavato della liquidazione del bene effettuata a valore di mercato e che il rimborso delle rate a scadere non lede i diritti degli altri creditori. L'attestazione non è prevista nell'art. 236-bis legge fall.

Su queste nuove fattispecie pende, inevitabile, un dubbio di legittimità costituzionale, data l'assenza di delega, sempre che non si ritenga sufficiente (ma sembra improbabile) l'art. 1, comma 2, della legge delega che stabilisce che nell'esercizio della delega il Governo «cura altresì il coordinamento con le disposizioni vigenti, anche modificando la formulazione e la collocazione delle norme non direttamente investite dai principi e criteri direttivi di delega, in modo di renderle ad essi conformi ...»¹⁸.

6.2.2. Nessuna modifica sostanziale vi è, invece, stata nella sostituzione:

– del richiamo all'art. 67, comma 3, lett. *d*), legge fall. con il richiamo all'art. 56, comma 4, del Codice (ora diventato comma 3¹⁹, senza che sia intervenuta la modifica del richiamo contenuto nell'art. 342).

Entrambe le disposizioni riguardano le attestazioni dei piani attestati di risanamento, da taluno definiti “privati” perché immune da interventi giudiziari, che devono riguardare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano “economica e giuridica”, specificazione che non era presente nell'art. 67, comma 3, lett. *d*), «idoneo a consentire il risanamento della esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria»;

– del richiamo all'art. 161, comma 3, legge fall. con il richiamo all'art. 87, comma 2, del Codice. Entrambi riguardano, invero, la relazione del professionista nel concordato preventivo con attestazione della veridicità dei dati aziendali e della fattibilità del piano. Analoga relazione deve essere presentata nel caso di modifiche sostanziali della proposta o del piano). Anche in tal caso l'art. 87, comma 2, del Codice, a differenza del sopraindicato art. 56, comma 4 (ora – come sopra si è detto – comma 3) e dell'art. 57, comma 4, parla solo di “fattibilità” non di fattibilità “economica”²⁰;

– del richiamo all'art. 186-bis legge fall. (*recte* al comma 2, lett. *b*), di detto articolo) con il richiamo all'art. 87, comma 3, del Codice. Entrambi gli articoli riguardano la relazione del professionista nel concordato in continuità che deve at-

¹⁸ Nello stesso senso P. CHIARAVIGLIO, *Profili penalistici*, cit., p. 455.

¹⁹ A seguito della sostituzione del testo dell'art. 56 del Codice ad opera dell'art. 8, comma 1, del d.lgs. 26 ottobre 2020, n. 147, cit.

²⁰ Gli artt. 56 e 57 del Codice non parlano più anche di fattibilità giuridica dopo le modifiche apportate dagli artt. 8, comma 1, e 9, comma 1, del d.lgs. 26 ottobre 2020, n. 147, cit.

testare che la prosecuzione dell'attività d'impresa è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori. Le altre attestazioni o relazioni previste nell'art. 186-*bis*, comma 3 (attestazione, da parte del professionista, della conformità al piano e della ragionevole capacità di adempimento in ipotesi di continuazione di contratti pubblici nel caso di ammissione al concordato preventivo) e comma 5, lett. *a*) (relazione del professionista attestante la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento del contratto in ipotesi di partecipazione a procedure di assegnazione di contratti pubblici nel caso di ammissione al concordato, riprese, rispettivamente, dai commi 2 e 4 dell'art. 95 del Codice, non sembrano costituire oggetto materiale del reato in esame, ma può forse sostenersi che, trattandosi di specificazioni dell'attestazione "generale" da predisporre per il piano concordatario e non di attestazioni autonome, anch'esse rientrino nell'oggetto materiale della falsità incriminata;

– del richiamo all'art. 182-*bis* (*recte* al comma 1 di detto articolo) legge fall. con il richiamo all'art. 57, comma 4, del Codice. Entrambi gli articoli riguardano le attestazioni degli accordi di ristrutturazione dei debiti. Qualche ritocco lessicale e null'altro. L'art. 182-*bis*, comma 1, parla di «relazione redatta da un professionista [...] sulla *veridicità* dei dati aziendali e sull'*attuabilità* dell'accordo di ristrutturazione dei debiti stipulato con i creditori rappresentanti almeno il sessanta per cento dei crediti "con particolare riferimento alla sua *idoneità* ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori ...». L'art. 57, comma 4, del Codice parla di professionista che «deve attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità economica del piano. L'attestazione deve specificare l'idoneità dell'accordo e del piano ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei nel rispetto dei termini di cui al comma 3».

Nessuna modifica comporta il richiamo all'art. 62, comma 2, lett. *d*), del Codice che riguarda l'attestazione per le convenzioni di moratoria, che nel Codice hanno autonoma e specifica disciplina, pur trattandosi di *species* degli accordi di ristrutturazione del debito. L'art. 342 riflette questa specificità. Ma nulla è e cambiato perché queste convenzioni rientrano nell'ambito operativo dell'art. 182-*bis* legge fall. richiamato dall'art. 236-*bis* legge fall. Si tratta delle attestazioni relative alle "nuove" convenzioni di moratoria, che, diversamente da quanto accade oggi con l'art. 182-*septies* legge fall., possono vincolare, a certe condizioni, anche i creditori omogenei dissenzienti, anche se non sono banche o intermediari finanziari.

L'art. 342 richiama, poi, l'art. 100, comma 1, che riguarda l'autorizzazione, nel concordato, al pagamento di debiti pregressi per prestazioni di beni o servizi (il professionista attesta che tali prestazioni sono essenziali per la prosecuzione dell'attività di impresa e funzionali ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori) e corrisponde all'art. 182-*quinquies* (in particolare al comma 4) legge fall.

Resta da dire che è dubbio che l'art. 236-*bis* legge fall. richiami anche la dichiarazione del professionista in ordine alla idoneità della proposta di accordo con

richiesta di divieto di iniziare o proseguire le azioni cautelari o esecutive, se accettata, ad assicurare l'integrale *pagamento* dei creditori con i quali non sono in corso trattative o che hanno comunque negato la propria disponibilità a trattare. Il riferimento a questa "dichiarazione" è contenuto nel comma 6 dell'art. 182-*bis*. Si tratta di una "dichiarazione" (non di una attestazione, né di una relazione) relativa alle misure protettive richieste nell'ambito degli accordi di ristrutturazione dei debiti. Ebbene, nel Codice è stata introdotta una disciplina omogenea delle misure protettive per tutte le procedure (artt. 54 e 55)²¹.

L'attestazione è prevista dall'art. 54, comma 3, per gli accordi di ristrutturazione e non è indicata nell'art. 342.

Ne deriva che quand'anche si ritenesse che anche la dichiarazione di cui all'art. 182-*bis*, comma 6, possa essere oggetto delle falsità represses dall'art. 236-*bis* legge fall., si dovrebbe oggi prendere atto della sopravvenuta abolizione dell'incriminazione.

6.2.3. È, poi, immediatamente percepibile la modificazione consistente nelle parole "in ordine alla veridicità dei dati contenuti nel piano o nei documenti ad esso allegati" aggiunte, nell'art. 342 del Codice, dopo l'aggettivo "rilevanti".

La disposizione incrimina falsità ideologiche (*in committendo o in omettendo*) commesse da privato.

Il fatto tipico è nelle parole "espone informazioni false ovvero omette di riferire informazioni rilevanti". Aveva destato perplessità l'uso dell'attributo "rilevanti" sia perché il principio di determinatezza della fattispecie non gradisce che nelle norme incriminatrici siano usati aggettivi quantitativi non numerici, sia perché esso appare, sotto il profilo sintattico, riferibile soltanto alle informazioni vere di cui è punita l'omissione e non anche alle informazioni false di cui è incriminata l'esposizione.

L'ingiustificabile asimmetria non poteva, tuttavia, portare ad affermazione irragionevole, vale a dire che qualsiasi falsità commissiva, ancorché avente ad oggetto informazioni irrilevanti, integrasse il reato di nuovo conio. Sicché si è preferito affermare che il legislatore avesse inteso considerare "rilevante" ogni informazione comunque idonea a falsare, nel complesso e in maniera significativa, la relazione/attestazione, così attribuendo al requisito di rilevanza la funzione di selezionare le condotte in grado di rendere concreto il pericolo di offesa del bene giuridico tutelato.

Le varie attestazioni sono – come si è visto – essenzialmente finalizzate a rassicurare in ordine alla funzionalità di finanziamenti, prestazioni e attività alla migliore soddisfazione dei creditori e, soprattutto, in ordine alla veridicità dei dati aziendali e alla fattibilità del piano (di attuabilità dell'accordo parla l'art. 182-*bis* legge fall.).

²¹ Ora in parte modificati dall'art. 7, commi 11 e 12, del d.lgs. 26 ottobre 2020, n. 147, cit.

Il testo dell'art. 236-*bis* legge fall. sembra prevedere come alternative veridicità dei dati e fattibilità del piano. In altre parole, la falsità dei dati è penalmente rilevante quand'anche non abbia incidenza sulla fattibilità del piano; per converso potrà esistere una falsa attestazione di fattibilità sulla base di dati fedeli e veritieri qualora il professionista utilizzi criteri e metodi di valutazione che la scienza aziendale ritenga inadeguati, errati, non pertinenti, non riconoscibili in maniera trasparente.

Nei giudizi prognostici di fattibilità/attuabilità, in altre parole, la prova della falsità si fonda su giustificazioni manifestamente irragionevoli o su affermazioni che, in un contesto implicante l'accettazione di parametri normativamente predefiniti o tecnicamente indiscussi, contraddicono i medesimi.

L'art. 236-*bis* mostra, dunque, di ritenere che anche i giudizi di valore, qual è il giudizio di fattibilità/attuabilità (in sostanza un giudizio *ex ante* sulla probabilità di successo del piano), possono essere non veritieri.

Ma, come si è detto, nell'art. 342 del Codice, dopo l'aggettivo "rilevanti", sono state aggiunte le parole "in ordine alla veridicità dei dati contenuti nel piano o nei documenti ad esso allegati".

Si tratta di parole che incidono sul fatto tipico, riducendo l'area di penale rilevanza e quindi determinando una parziale *abolitio criminis*.

Il fatto tipico del reato è stato limitato alla sola veridicità dei dati, con implicita esclusione della valutazione di fattibilità, benché nella Relazione illustrativa (p. 239) si affermi che il nuovo art. 342 "riproduca sostanzialmente sul punto il contenuto del vigente art. 236-*bis*" legge fall.

È, in ogni caso, rimasta l'ambiguità sintattica di cui sopra si è detto.

Non vi è motivo, però, di risolverla diversamente, anche se nella Relazione illustrativa (p. 239) si legge che, attraverso l'introduzione dell'art. 342, si è precisato "il contenuto delle informazioni rilevanti la cui omissione costituisce reato".

È, tuttavia, improbabile che questa generica affermazione possa ritenersi espressione di una consapevole *voluntas legis*; assai più probabile è che le implicazioni della stessa siano sfuggite al redattore.

In sintesi, il professionista incorre in responsabilità per il reato in esame qualora ometta di riferire rilevanti informazioni vere o esponga rilevanti informazioni false in ordine alla veridicità dei dati contenuti nel piano o nei documenti ad esso allegati.

La valutazione di fattibilità economica da parte del professionista attestatore è ancora prevista, ma la sua falsità non rientra nell'orbita del grave reato in esame. E neppure – si è portati a dire – di altri reati.

La modifica è "favorevole"; ne consegue la retroattività.

Si apre, comunque, anche qui il dubbio sulla legittimità costituzionale, di questa operazione normativa non prevista dalla delega.

6.3. Un caso di *abolitio criminis* si rinveniva nell'art. 343 del Codice.

Nel dettare disposizioni sulla liquidazione coatta amministrativa l'art. 343 aveva riprodotto soltanto il primo e il secondo comma dell'art. 237 legge fall.

Non anche il terzo comma che, aggiunto dall'art. 100, comma 2, del d.lgs. 16 novembre 2015, n. 180, stabiliva che «Nel caso di risoluzione, si applicano al commissario speciale di cui all'articolo 37 del decreto di recepimento della direttiva 2014/59/UE e alle persone che lo coadiuvano nell'amministrazione della procedura le disposizioni degli articoli 228, 229 e 230». Di questa direttiva vi era traccia solo nell'art. 297 del Codice.

L'errore è stato corretto dal legislatore²² che ha sostituito l'art. 343 del Codice, così aggiungendovi il seguente comma 3: «Nel caso di risoluzione, si applicano al commissario speciale di cui all'articolo 37 del decreto legislativo 16 novembre 2015, n. 180, e alle persone che lo coadiuvano nell'amministrazione della procedura le disposizioni degli articoli 334, 335 e 336».

7. I reati del debitore e del componente dell'OCC relativi alle procedure di composizione delle crisi (artt. 344 e 345 Codice – art. 16 legge n. 3/2012)

Nel capo IV (artt. 344 e 345) del Codice sono allocati i reati del debitore e del componente dell'organismo di composizione della crisi (di seguito OCC) relativi alle procedure di composizione delle crisi, anche da sovraindebitamento, e all'esdebitazione.

7.1. L'art. 344, comma 1, del Codice che prevede i reati del debitore va confrontato con l'art. 16, comma 1, legge n. 3/2012.

L'art. 16, comma 1, si riferisce “alla procedura” di composizione della crisi da sovraindebitamento di cui alla sezione I del capo II della legge n. 3/2012, vale a dire all'accordo di ristrutturazione dei debiti e al piano del consumatore di cui agli artt. 8 ss. e, nella sola disposizione di cui alla lett. b), anche alla procedura di cui alla sezione II del capo II, vale a dire alla liquidazione del patrimonio di cui agli artt. 14-ter ss.

L'art. 344, comma 1, si riferisce “alle procedure” di composizione della crisi da sovraindebitamento di cui alle sezioni II e III del capo II del titolo IV del Codice stesso, vale a dire all'accordo di ristrutturazione dei debiti (artt. 67 ss.) e al concordato minore (artt. 74 ss.) e, nella sola disposizione di cui alla lett. b), anche alla procedura di cui al capo IX del titolo V, vale a dire alla liquidazione controllata di cui agli artt. 268 ss.

Il concordato minore è procedura di nuovo conio, avendo sostituito, con differenze significative, l'accordo di composizione della crisi della legge n. 3/2012; le altre no.

²² Con l'art. 34, comma 1, del d.lgs. 26 ottobre 2020, n. 147, cit.