



DIRITTO PENALE CONTEMPORANEO

DIRITTO PENALE
CONTEMPORANEO

Fascicolo
7-8/2019

DIRETTORE RESPONSABILE Gian Luigi Gatta
VICE DIRETTORI Guglielmo Leo, Luca Luparia

ISSN 2039-1676

COMITATO DI DIREZIONE Alexander Bell, Antonio Gullo, Luca Masera, Melissa Miedico, Alfio Valsecchi

REDAZIONE Anna Liscidini (coordinatore), Francesco Lazzeri (segretario), Alberto Aimi, Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Carlo Bray, Alessandra Galluccio, Stefano Finocchiaro, Erisa Pirgu, Serena Santini, Tommaso Trincherà, Maria Chiara Ubiali, Stefano Zirulia

COMITATO SCIENTIFICO Emilio Dolcini, Novella Galantini, Alberto Alessandri, Jaume Alonso-Cuevillas, Giuseppe Amarelli, Ennio Amodio, Francesco Angioni, Roberto Bartoli, Fabio Basile, Hervé Belluta, Alessandro Bernardi, David Brunelli, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Michele Caianiello, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Francesco Caprioli, David Carpio, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Massimo Ceresa Gastaldo, Mario Chiavario, Luis Chiesa, Cristiano Cupelli, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Ombretta Di Giovine, Massimo Donini, Giovanni Fiandaca, Roberto Flor, Luigi Foffani, Gabriele Fornasari, Loredana Garlati, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Roberto E. Kostoris, Sergio Lorusso, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Jean Pierre Matus, Anna Maria Maugeri, Oliviero Mazza, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Santiago Mir Puig, Vincenzo Mongillo, Adan Nieto Martin, Francesco Mucciarelli, Renzo Orlandi, Íñigo Ortiz de Urbina, Francesco Palazzo, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Vicente Pérez-Daudí, Daniela Piana, Lorenzo Picotti, Paolo Pisa, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Joan Josep Queralt, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Mario Romano, Gioacchino Romeo, Carlo Ruga Riva, Markus Rübenstahl, Francesca Ruggieri, Marco Scoletta, Sergio Seminara, Rosaria Sicurella, Placido Siracusano, Carlo Sotis, Giulio Ubertis, Antonio Vallini, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Costantino Visconti, Matteo Vizzardi, Francesco Zacchè

Diritto Penale Contemporaneo è un periodico on line, ad accesso libero e senza fine di profitto, nato da un'iniziativa comune di Luca Santa Maria, che ha ideato e finanziato l'iniziativa, e di Francesco Viganò, che ne è stato sin dalle origini il direttore nell'ambito di una partnership che ha coinvolto i docenti, ricercatori e giovani cultori della Sezione di Scienze penalistiche del Dipartimento "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano. Attualmente la rivista è edita dall'Associazione "Diritto penale contemporaneo", il cui presidente è l'Avv. Santa Maria e il cui direttore scientifico è il Prof. Gian Luigi Gatta. La direzione, la redazione e il comitato scientifico della rivista coinvolgono oggi docenti e ricercatori di numerose altre università italiane e straniere, nonché autorevoli magistrati ed esponenti del foro.

Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

Le opere pubblicate su "Diritto penale contemporaneo" sono attribuite dagli autori con licenza *Creative Commons* "Attribuzione – Non commerciale 3.0" Italia (CC BY-NC 3.0 IT). Sono fatte salve, per gli aspetti non espressamente regolati da tale licenza, le garanzie previste dalla disciplina in tema di protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio (l. n. 633/1941).

Il lettore può condividere, riprodurre, distribuire, stampare, comunicare al pubblico, esporre in pubblico, cercare e segnalare tramite collegamento ipertestuale ogni lavoro pubblicato su "Diritto penale contemporaneo", con qualsiasi mezzo e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, nei limiti consentiti dalla licenza *Creative Commons* "Attribuzione – Non commerciale 3.0 Italia" (CC BY-NC 3.0 IT), in particolare conservando l'indicazione della fonte, del logo e del formato grafico originale, nonché dell'autore del contributo.

La rivista fa proprio il Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors elaborato dal COPE (Committee on Publication Ethics).

Peer review.

Salvo che sia diversamente indicato, tutti i contributi pubblicati nella sezione *papers* di questo fascicolo hanno superato una procedura di *peer review*, attuata secondo principi di trasparenza, autonomia e indiscusso prestigio scientifico dei revisori, individuati secondo criteri di competenza tematica e di rotazione all'interno dei membri del Comitato scientifico. Ciascun lavoro soggetto alla procedura viene esaminato in forma anonima da un revisore, il quale esprime il suo parere in forma parimenti anonima sulla conformità del lavoro agli standard qualitativi delle migliori riviste di settore. La pubblicazione del lavoro presuppone il parere favorevole del revisore. Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Modalità di citazione.

Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Diritto penale contemporaneo*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 1/2017, p. 5 ss.

CODICE DELLA CRISI D'IMPRESA: RASSEGNA DELLE DISPOSIZIONI PENALI E RAFFRONTO CON QUELLE DELLA LEGGE FALLIMENTARE

di Renato Bricchetti

SOMMARIO: 1. La delega del Parlamento. – 2. Il decreto del Governo. – 3. Reati commessi dall'imprenditore in liquidazione giudiziale. – 4. Reati commessi da persone diverse dall'imprenditore in liquidazione giudiziale. – 5. Disposizioni applicabili nel caso di concordato preventivo, accordi di ristrutturazione dei debiti, piani attestati e liquidazione coatta amministrativa. – 6. I reati di cui agli artt. 344 e 345 del Codice. – 7. Disposizioni processuali penali. – 8. Le altre disposizioni penali del Codice. – 9. Operazioni infragruppo. – 10. Posizione di garanzia di amministratori e sindaci di società. – 11. Gli artt. 317-321 del Codice. – 12. Entrata in vigore e disposizioni transitorie. – 13. In conclusione.

1. La delega del Parlamento.

La legge 19 ottobre 2017 n. 155 ha delegato al Governo la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza, destinata a soppiantare sia la legge fallimentare (R.d. 16 marzo 1942, n. 267), sia la legge sulla composizione delle crisi da sovraindebitamento (l. 27 gennaio 2012, n. 3).

Manca, in essa, una esplicita previsione di riforma delle disposizioni penali, sostanziali e processuali.

Che dire se non "ci risiamo", dato che anche con la riforma del 2005 – 2007 fu così¹.

L'art. 1, comma 2, 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, e adottando le opportune disposizioni transitorie».

È presente, inoltre, un "principio generale" di «continuità delle fattispecie criminose» (art. 2, comma 1, lett. a).

Vi è, poi, tra i criteri direttivi (art. 4, comma 1, lett. h), la previsione di una causa di non punibilità «per il delitto di bancarotta semplice e per gli altri reati previsti dalla legge fallimentare, quando abbiano cagionato un danno patrimoniale di speciale tenuità

¹ V. BRICCHETTI – MUCCIARELLI – SANDRELLI, *Commento alle disposizioni penali*, in *Il nuovo diritto fallimentare, Commentario diretto da Jorio*, Bologna 2007, 2721 ss.; BRICCHETTI, *Profili penali*, in *Le nuove procedure concorsuali, Dalla riforma "organica" al decreto "correttivo"* a cura di Ambrosini, Bologna 2008, 639 ss.



7-8/2019

ai sensi all'articolo 219, terzo comma» della legge fallimentare e una circostanza attenuante ad effetto speciale «per gli altri reati».

L'idea è quella di configurare "misure premiali" destinate all'imprenditore che abbia tempestivamente proposto l'istanza di composizione assistita della crisi o che abbia tempestivamente chiesto l'omologazione di un accordo di ristrutturazione o proposto un concordato preventivo o proposto ricorso per l'apertura della procedura di liquidazione giudiziale.

L'art. 13 della legge-delega ha dedicato, inoltre, criteri direttivi ai rapporti tra liquidazione giudiziale e misure penali, segnatamente all'adozione di disposizioni di coordinamento:

– con il codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 e alla previsione di «condizioni e criteri di prevalenza, rispetto alla gestione concorsuale, delle misure cautelari adottate in sede penale, anteriormente o successivamente alla dichiarazione di insolvenza»;

– con la disciplina di cui al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, e in particolare con le misure cautelari previste dalla disciplina sulla responsabilità amministrativa degli enti «nel rispetto del principio di prevalenza del regime concorsuale, salvo che ricorrano ragioni di preminente tutela di interessi di carattere penale».

2. Il decreto del Governo.

Alla legge-delega ha dato attuazione il d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, introducendo il «Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza» (di seguito Codice).

Le disposizioni penali del Codice sono state collocate negli artt. 322 – 347. Più avanti saranno messe a confronto con il silenzio della legge-delega e con gli artt. 216 – 240 della legge fallimentare e 16 della legge 27 gennaio 2012, n. 3.

Altre disposizioni penali da esaminare sono contenute negli artt. 25 (misure premiali: v. *infra* 8) e negli artt. 317 – 321 (misure cautelari reali: v. *infra* 11).

Si noti che, nella relazione illustrativa, è detto 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».

Si aggiunge, poi, con riguardo alle disposizioni penali che, «salvo quanto si precisa» con riguardo alle condotte descritte negli artt. 344 e 345 che – come si avrà modo di ribadire (v. § 6) – disciplinano, rispettivamente, i reati commessi dal debitore e dai componenti dell'OCC (organismo di composizione della crisi da sovraindebitamento) e le falsità nelle attestazioni dei componenti dell'OCRI (organismo di composizione della crisi di impresa), le «norme riproducono sul piano delle condotte incriminate le corrispondenti previsioni della legge fallimentare».

L'affermazione è inesatta. Sono state, invero, introdotte modifiche sia delle disposizioni sulla bancarotta (lo si vedrà, ad esempio, confrontando l'art. 236 della legge fallimentare con l'art. 341 del codice: § 5.1), sia delle disposizioni relative ad altri reati fallimentari (come si evince, ad es., dal raffronto tra art. 236-*bis* della legge fallimentare e art. 342 del codice: § 5.2).

3. Reati commessi dall'imprenditore in liquidazione giudiziale.

Le prime considerazioni vanno dedicate al titolo IX "Disposizioni penali" e, al suo interno, all'intitolazione del capo I «Reati commessi dall'imprenditore in liquidazione giudiziale».

3.1. Non più dunque reati commessi dal "fallito", parola che includeva l'imprenditore soggetto al fallimento (v. artt. 216, 217 e 218, interpolato nel 2005 con un improvvido aggiunto riferimento a "amministratori, direttori generali e liquidatori" di società, e 220) e il socio illimitatamente responsabile delle s.n.c. e delle s.a.s. (art. 222).

Stranamente, però, il legislatore delegato non ha, nel dare il titolo al capo, seguito sé stesso.

Nell'art. 349 del Codice si legge, invero, che "nelle disposizioni normative vigenti, i termini «fallimento», «procedura fallimentare», «fallito» nonché le espressioni dagli stessi termini derivate devono intendersi sostituiti, rispettivamente, con le espressioni «liquidazione giudiziale», «procedura di liquidazione giudiziale» e «debitore assoggettato a liquidazione giudiziale» e loro derivati, con salvezza della continuità delle fattispecie".

Nell'intitolazione del capo, dunque, la parola "fallito" non doveva essere sostituita dalle parole "imprenditore in liquidazione giudiziale" ma dall'espressione «debitore assoggettato a liquidazione giudiziale».

La parola "fallito" senza riferimento alcuno all'imprenditore serviva, invero, a ricomprendere il socio illimitatamente responsabile di s.n.c. e di s.a.s. dichiarato fallito in proprio.

3.2. Nel citato art. 349 – come si è detto – il legislatore manifesta la volontà di evitare ogni discussione sull'esistenza di fenomeni abolitivi.

La forza della clausola "con salvezza della continuità delle fattispecie" non può essere posta in discussione.

La relazione illustrativa al Codice non consente equivoci: «è garantita di fatto continuità normativa, non contenendo la delega disposizioni che autorizzassero modifiche di natura sostanziale al trattamento penale riservato alle condotte di bancarotta e alle altre condotte contemplate oggi dal titolo sesto della legge fallimentare».

3.3. La disciplina transitoria (art. 390, comma 3) tiene, comunque, in vita ancora per un po' le attuali disposizioni penali.

In particolare, in caso di ricorsi presentati prima del 18 maggio 2020 e di procedure pendenti a tale data, si applicano le disposizioni penali attuali.

La disposizione dovrebbe riguardare anche eventuali fatti post-fallimentari, relativi a dette procedure, commessi dopo il 18 maggio 2020.

3.4. Passando agli articoli del capo I (artt. 322 – 328), quasi tutto è rimasto come prima, vale a dire come nei precedenti artt. 216 – 222 della legge fallimentare.

Qualche mutamento va comunque ad aggiungersi a quelli lessicali indicati nel sopra citato art. 349.

3.5. Il comma 4 dell'art. 322 del Codice è diverso dal quarto comma dell'art. 216 della legge fallimentare.

La materia è quella delle pene accessorie per il caso di condanna per bancarotta fraudolenta.

Il legislatore delegato si è adeguato alla recente dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 216, quarto comma, della legge fallimentare². Il citato comma 4 dell'art. 322 stabilisce, invero, riprendendo il dispositivo della sentenza della corte, 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».

Si aggiunga che alla Corte costituzionale ha fatto seguito un intervento delle Sezioni Unite della Corte di cassazione³ che hanno affermato il principio secondo cui «le pene accessorie previste dall'art. 216, nel testo riformulato dalla sentenza n. 222 del 5 dicembre 2018 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 irrogata.

3.6. L'art. 324 del Codice ha riscritto l'art. 217-*bis* della legge fallimentare, che ha una funzione delimitatrice del fatto della bancarotta preferenziale e della bancarotta semplice, *recte* di un paio di, forse tre, ipotesi di bancarotta semplice patrimoniale⁴.

Anomala è stata, dunque, l'introduzione nell'art. 217-*bis* (con d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, in vigore dal 20 ottobre 2012, conv., con mod., dalla l. 17 dicembre 2012, n. 221) del riferimento alla legge 27 gennaio 2012, n. 3 (di seguito legge n. 3 del 2012) dato che il sovraindebitato non risponde di detti reati, ma dei reati previsti dall'art. 16 della legge da ultimo citata tra i quali quelli affini alla bancarotta preferenziale e alla bancarotta semplice patrimoniale sono quelli di cui alla lett. d) (effettua in corso di procedura di pagamenti in violazione dell'accordo) e alla lett. e) (aggravamento della posizione

² C. cost. 5 dicembre 2018, n. 222.

³ Cass. pen., sez. un., 28 febbraio 2019, Suraci e altri, ad oggi non depositata

⁴ V. MUCCIARELLI, *L'esenzione dai reati di bancarotta*, in *Dir. pen. e proc.* 2010, 1474 ss.; MUCCIARELLI, *L'art. 217-bis l. fall. e la disciplina penale delle procedure di soluzione della crisi d'impresa*, in *Cass. pen.* 2011, 275 ss.; D'ALESSANDRO, *Il nuovo art. 217-bis*, in *Soc.* 2010; BRICCHETTI, *Le esenzioni dai reati di bancarotta. L'art. 217-bis l. fall.*, in GHIA – PICCININI – SEVERINI, *I reati nelle procedure concorsuali, Trattato delle procedure concorsuali*, Torino, 367 ss.

debitoria dopo il deposito della proposta di accordo e per tutta la durata della procedura).

Ora, il legislatore delegato ha escluso nell'art. 324 il richiamo ad articoli del Codice con riguardo ai pagamenti e alle operazioni compiuti in esecuzione di un concordato preventivo (l'art. 217-*bis* richiama, invece, l'art. 160 legge fallimentare), di accordi di ristrutturazione dei debiti omologati (l'art. 217-*bis* richiama l'art. 182-*bis*) o degli accordi in esecuzione del piano attestato (l'art. 217-*bis* richiama l'art. 67, terzo comma, lett. d).

Ha, invece, sostituito i) il richiamo ai pagamenti e alle operazioni di finanziamento autorizzati dal giudice a norma dell'art. 182-*quinquies* della legge fallimentare con quelli autorizzati a norma degli artt. 99, 100 e 101 del Codice, ii) il riferimento ai pagamenti e alle operazioni compiuti in esecuzione di accordo di composizione della crisi omologato ai sensi dell'art. 12 della legge del 2012 con quelli compiuti in esecuzione di un concordato minore omologato ai sensi dell'art. 80 del Codice.

Anche in tali ultimi casi, come nei precedenti, vi è continuità normativa.

In altre parole, non vi sono mutamenti sostanziali, ma solo adattamenti.

I finanziamenti/pagamenti di cui agli artt. 99, 100 e 101 del Codice sono gli stessi previsti dai vari commi dell'art. 182-*quinquies* della legge fallimentare (ora previsti separatamente in tre articoli anziché raggruppati in diversi commi dello stesso articolo).

Nel Codice, infine, l'accordo di composizione della crisi è stato sostituito dal concordato minore.

3.7. È scomparso l'art. 221 della legge fallimentare che, in relazione al "fallimento sommario", contemplava una circostanza attenuante.

Il legislatore delegato ha preso atto che era già morto da anni.

L'art. 1, comma 6, lett. a), n. 14) della legge-delega 14 maggio 2005, n. 80 aveva abrogato il procedimento sommario.

Da ciò era derivata la sostanziale soppressione dell'art. 221 che, come detto, prevedeva una circostanza attenuante dei reati disciplinati dagli artt. 216, 217, 218 e 220. In particolare, l'art. 221 faceva conseguire a questa procedura un'attenuante ad effetto speciale (riduzione delle pene fino al terzo) per i reati commessi dal fallito e dal socio illimitatamente responsabile (con pratica applicazione ai soci delle società di fatto o, comunque, irregolari).

Applicazione estensibile, secondo la dottrina, per analogia anche alla bancarotta impropria.

La soglia davvero misera indicata dal legislatore non aveva, tuttavia, consentito una estesa applicazione dell'istituto.

4. Reati commessi da persone diverse dall'imprenditore in liquidazione giudiziale.

In relazione al capo II del Codice, "Reati commessi da persone diverse dall'imprenditore in liquidazione giudiziale", vale la già svolta considerazione (§ 3.1): la

parola “fallito” andava sostituita con l’espressione «debitore assoggettato a liquidazione giudiziale».

Gli artt. 329-340 del Codice ripresentano gli artt. 223-235 della legge fallimentare.

4.1. Nell’art. 329 del Codice il legislatore delegato ha riproposto l’attuale art. 223 della legge fallimentare.

Nel secondo comma ha uniformato le due ipotesi di bancarotta societaria, utilizzando anche in quella descritta nel n. 2 la parola “dissesto” in sostituzione della parola “fallimento”.

Nulla di strano. “Cagionare il fallimento” – si è detto da tempo – significa provocare il dissesto destinato a sfociare, anche se non con immediatezza, nella pronuncia dichiarativa del fallimento⁵.

Se non fosse, però, che il legislatore si è premurato di dare, nell’art. 2, comma 1, lettere a) e b) del Codice, la definizione di crisi («lo stato di difficoltà economico-finanziaria 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») e quella di insolvenza («lo stato del debitore che si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni»), ma non ha pensato di inserire nell’impeto definitorio anche la nozione di “dissesto”. Dissesto presente anche nelle disposizioni i) della bancarotta semplice (artt. 323 e 330 del Codice), ii) del ricorso abusivo al credito (art. 325) – in cui è dal legislatore distinto, quale oggetto della dissimulazione, dallo stato di insolvenza (distinzione che sembrerebbe intendere che non si tratti di sinonimi, benché la dottrina dominante abbia ritenuto, commentando l’art. 218 della legge fallimentare, che le due nozioni siano in realtà coincidenti⁶, iii) della c.d. ricettazione prefallimentare (distrazione senza concorso con l’imprenditore: art. 338, comma 2, n. 2), ecc.

Il dissesto nell’ambito dei reati in esame viene di regola definito come uno squilibrio tra attività e passività, quale dato quantitativo graduabile e quindi anche “aggravabile” (come si può argomentare dall’art. 224 della legge fallimentare, riprodotto nell’art. 330 del Codice).

La stessa giurisprudenza ritiene da tempo sussistere la fattispecie in esame anche quando la situazione di dissesto sia stata aggravata dalle condotte⁷.

4.2. L’art. 334 del Codice prende il posto dell’art. 228 della legge fallimentare (interesse privato del curatore negli atti del fallimento).

⁵ Per tutti, PEDRAZZI, in Pedrazzi – Sgubbi, *reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, in Commentario Scialoja – Branca, *La legge fallimentare*, a cura di Galgano, artt. 216-227, Bologna-Roma 1995, 315.

⁶ Per tutti PEDRAZZI, *Art. 218 legge fall.*, in Commentario Scialoja-Branca, *La legge fallimentare*, a cura di Galgano, Bologna-Roma 1995, 195.

⁷ Da ultimo, Cass. pen., sez. V, 9 maggio 2017 n. 29885, Rv. 270877.

Se si considera che il legislatore delegato – come sopra si è visto – non ha esitato ad introdurre nel comma 4 dell’art. 322 del Codice il comma quarto dell’art. 216 come modificato dalla Corte Costituzionale, vi è da chiedersi perché non sia intervenuto, nell’art. 334 del Codice, per aggiornare e correggere 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»), in particolare il richiamo all’art. 315 c.p.

L’art. 315 c.p., che puniva la malversazione a danno di privati, vigente quando comparve nell’ordinamento l’art. 228 della legge fallimentare, è stato successivamente abrogato e il fatto è confluito nell’art. 314, primo comma, c.p. che prevede il peculato, ma che non è richiamato nell’art. 228.

4.3. L’art. 235 della legge fallimentare, che puniva l’omessa trasmissione dell’elenco dei protesti cambiari, non è stato riprodotto nel Codice.

Anche in tal caso l’abrogazione implicita (non è più prevista la trasmissione dell’elenco dei protesti cambiari al presidente del Tribunale, non è più prevista l’omissione penalmente rilevante, né è più prevista la trasmissione dell’elenco delle dichiarazioni di rifiuto di pagamenti di cui al secondo comma) è stata consacrata dal silenzio non da un’abrogazione esplicita.

5. Disposizioni applicabili nel caso di concordato preventivo, accordi di ristrutturazione dei debiti, piani attestati e liquidazione coatta amministrativa.

Passando al capo III, Disposizioni applicabili nel caso di concordato preventivo, accordi di ristrutturazione dei debiti, piani attestati e liquidazione coatta amministrativa, gli artt. 341-343 del Codice subentrano agli artt. 236, 236-*bis* e 237 della legge fallimentare.

5.1. Anche nel comma 3 dell’art. 341 del Codice troviamo cambiamenti rispetto al terzo comma dell’art. 236 della legge fallimentare.

a) La nuova disposizione è: «3. 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 applicano le disposizioni previste al comma 2, lett. a), b) e d).

Il terzo comma dell’art. 236, aggiunto dall’art. 10, comma 1, lett. a) del d.l. 27 giugno 2015, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla l. 6 agosto 2015, n. 132 stabilisce invece: «Nel caso di accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari o di convenzione di moratoria, si applicano le disposizioni previste dal secondo comma, numeri 1), 2) e 4).»

Non si parla, dunque, più di “accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari” ma di “accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa”; si è aggiunto, inoltre, il caso di omologa di accordi di ristrutturazione ai sensi dell’art. 48, comma 5, del Codice.

La rubrica dell’art. 341 è rimasta, peraltro, identica a quella dell’art. 236 (“Concordato preventivo e accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria”).



7-8/2019

Ricapitolando, ai sensi dell'art. 236, secondo comma, n. 1, 2 e 4, 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, terzo comma, “nel caso di accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari o di convenzione di moratoria”.

L'art. 236, secondo comma, n. 1, 2 e 4, e terzo comma, punisce, dunque, i reati sopraindicati oltre che nel caso del concordato anche nel caso degli accordi di ristrutturazione/moratoria “concorsualizzati”, quelli, cioè, con banche e intermediari finanziari.

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:

– nel caso 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) e

– nel caso di 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.

b) Il testo dell'art. 341, comma 3, del Codice è in parte diverso. Stabilisce infatti: «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'articolo 48, comma 5, si applicano le disposizioni previste al comma 2, lettere a), b) e d)».

In particolare:

i) gli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa “generalizzata” (art. 61, commi da 1 a 4) (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 liquidatorio e che prevedano il soddisfacimento dei creditori in misura “significativa o prevalente” con il ricavato della continuità aziendale; maggioranza del 75%; ecc.); vincolano anche i creditori che non vi partecipano.

Si ha, dunque, in questo caso nuova incriminazione.



7-8/2019

ii) Gli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa “speciale” (art. 61, comma 5), ricalcano, invece, il modello dell’art. 182-*septies* della legge fallimentare 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.

In tal caso non vi è nuova incriminazione ma continuità con la corrispondente disposizione della legge fallimentare.

iii) Le convenzioni di moratoria (art. 62), 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. Ma anche qui nessuna nuova incriminazione.

iv) L’art. 48, comma 5, infine, prevede che, a differenza di quanto accade oggi, gli accordi di ristrutturazione (di qualsivoglia tipologia) possono essere omologati anche se l’Amministrazione Finanziaria non vi aderisce, se l’adesione è decisiva ai fini del raggiungimento delle maggioranze previste per gli accordi “ordinari” (60%) o degli accordi “ad efficacia estesa generalizzata” (75%), 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 degli accordi l’Amministrazione può essere vincolata dagli stessi e dunque subire falcidie/moratorie, anche se non vi ha aderito, se il suo voto è decisivo ai fini del raggiungimento della maggioranza necessaria per l’accordo.

Anche questa, in sostanza, è una forma di accordo di ristrutturazione “concorsualizzato”. E in tal caso può dirsi che vi è nuova incriminazione.

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 procedure⁸.

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

a) L’art. 236-*bis* della legge fallimentare stabilisce al primo comma: «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»⁹.

⁸ In argomento v. BRICCHETTI – PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, Milano 2017, 377 ss.

⁹ Sul tema, GUERINI, [La responsabilità del professionista attestatore nell’ambito delle soluzioni concordate per le crisi d’impresa](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2013, 74 ss.; MEZZETTI, *Falso in attestazioni o relazioni*, in *Arch. pen.* 1/2015; ALESSANDRI, *Profili penali delle procedure concorsuali. Uno sguardo d’insieme*, Milano, 2016; MUCCIARELLI, *Il ruolo dell’attestatore e la nuova fattispecie penale di “Falso in attestazioni e relazioni”*, in *il Fallimentarista*; BRICCHETTI – PISTORELLI, *La bancarotta*, cit., 384 ss.



7-8/2019

Immutata la rubrica (*Falso in attestazioni e relazioni*), nell'art. 342 del Codice muta 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.».

b) Si impone, anzi tutto, un raffronto tra le relazioni e attestazioni indicate nei due articoli: le “vecchie” individuate attraverso i richiami agli artt. 67, comma terzo, lett. d), 161, comma terzo, 182-*bis*, 182-*quinquies*, 182-*septies* e 186-*bis* della legge fallimentare; le “nuove” indicate con i 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.

Il raffronto è pedante ma permette di stabilire se nell'art. 342 del Codice siano richiamate relazioni o attestazioni che non lo erano nell'art. 236-*bis* della legge fallimentare (si tratterebbe di nuove incriminazioni) o non siano più richiamate relazioni o attestazioni che erano invece previste in quest'ultima disposizione (si tratterebbe, allora, di incriminazioni abolite).

La prima impressione induce a ritenere che l'oggetto materiale del reato in esame sia stato ampliato. Sono, in altre parole, state introdotte nuove relazioni o attestazioni, la cui falsità integra il reato in esame. E ciò benché la legge delega nulla preveda in proposito (insomma, neppure “una cambiale in bianco”).

c) Procediamo ai raffronti.

i) Il richiamo all'art. 67, terzo comma, lett. d), della legge fallimentare è stato sostituito dal richiamo all'art. 56, comma 4, del Codice. Nulla è cambiato.

Entrambi gli articoli 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, terzo comma, lett. d), «idoneo a consentire il risanamento della esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria».

ii) Il richiamo all'art. 161, terzo comma, della legge fallimentare è stato sostituito dal richiamo all'art. 87, comma 2, del Codice. Nulla è cambiato.

Entrambi gli articoli riguardano 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, e dell'art. 57, comma 4, parla solo di “fattibilità” non di fattibilità “economica e giuridica”

iii) Il richiamo all'art. 186-*bis* (*recte* al secondo comma, lett. b), di detto articolo) della legge fallimentare è stato sostituito dal richiamo all'art. 87, comma 3, del Codice.

Nulla è cambiato.

Entrambi gli articoli riguardano la relazione del professionista nel concordato in continuità che deve attestare 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 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.

iv) Il richiamo all'art. 88, commi 1 e 2 del Codice riguarda sempre il concordato preventivo, in particolare l'attestazione del professionista relativa ai crediti fiscali e previdenziali nella transazione fiscale.

Questa attestazione non era prevista, come possibile oggetto di falsità, nell'art. 236-*bis* della legge fallimentare, né d'altra parte l'art. 186-*ter* della legge fallimentare richiede attestazioni nella transazione fiscale.

Si è, dunque, qui in presenza di una nuova fattispecie di reato.

v) Il richiamo dell'art. 342 all'art. 90, comma 5, del Codice, 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 quinto, della legge fallimentare prevede questa attestazione.

L'art. 236-*bis*, tuttavia, non contiene un richiamo a detto articolo.

Anche in tal caso, dunque, siamo in presenza di una nuova incriminazione.

vi) Il richiamo all'art. 182-*bis* (*recte* al primo comma di detto articolo) della legge fallimentare è stato sostituito dal richiamo all'art. 57, comma 4, del Codice. Nulla è cambiato.

Entrambi gli articoli riguardano le attestazioni degli accordi di ristrutturazione dei debiti.

Qualche ritocco lessicale e null'altro.

L'art. 182-*bis*, primo comma, 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 e giuridica del piano. L'attestazione



7-8/2019

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».

vii) È dubbio che l'art. 236-*bis* 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 – come si è visto – di una "dichiarazione" 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).

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 repressi dall'art. 236-*bis* della legge fallimentare, si dovrebbe oggi prendere atto della sopravvenuta abolizione dell'incriminazione.

viii) L'art. 342 del Codice richiama l'art. 58, commi 1 e 2, che riguardano 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 fallimentare e, a maggior ragione, non è oggetto materiale delle falsità punite dall'art. 236-*bis*.

Si è in presenza, dunque, di nuova incriminazione.

ix) L'art. 62, comma 2, lett. d), del Codice 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 dovrebbe essere cambiato perché – come si è detto – queste convenzioni rientrano nell'ambito operativo dell'art. 182-*bis* della legge fallimentare richiamato dall'art. 236-*bis*.

L'art. 342 dovrebbe comprendere anche le relazioni ex art. 62, comma 2, lett. d) del codice: si tratta delle attestazioni relative alle "nuove" convenzioni di moratoria, che, diversamente da quanto accade oggi con l'art. 182-*septies* della legge fallimentare, possono vincolare, a certe condizioni, anche i creditori omogenei dissenzienti, anche se non sono banche o intermediari finanziari.

x) L'art. 342 richiama l'art. 100, commi 1 e 2.

L'art. 100, comma 1, 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), della legge fallimentare.

Nulla sembra, dunque, cambiato.



7-8/2019

L'art. 100, comma 2, del Codice riguarda, invece, l'autorizzazione, nel concordato, 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* della legge fallimentare.

Questa è, pertanto, una nuova incriminazione.

d) Come si è visto, il raffronto ha portato alla luce numerosi interventi rispetto all'attuale art. 236-*bis*.

Su di essi 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, che – come si è detto – 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...».

È, inoltre, immediatamente percepibile la modificazione consistente nelle parole aggiunte dopo l'aggettivo “rilevanti”, vale a dire “in ordine alla veridicità dei dati contenuti nel piano o nei documenti ad esso allegati”.

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

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

Il fatto tipico era 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 appariva, 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'esposizione¹⁰.

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 assicurare in ordine alla funzionalità di finanziamenti, prestazioni, attività alla migliore

¹⁰ BRICCHETTI – PISTORELLI, *La bancarotta*, cit., 390.



7-8/2019

soddisfazione dei creditori e, soprattutto, in ordine alla veridicità dei dati aziendali e alla fattibilità del piano (attuabilità dell'accordo con riguardo all'art. 182-*bis*).

In relazione a dette attestazioni, struttura e *ratio* della norma hanno suggerito di ritenere penalmente rilevante la falsità dei dati quand'anche essa non abbia avuto incidenza sulla fattibilità del piano (attuabilità dell'accordo).

Per converso si è ritenuta ipotizzabile l'esistenza di una falsa attestazione di fattibilità/attuabilità 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 trasparente¹¹.

In altre parole, si è inteso riferire le "informazioni" sia ai dati contabili, la cui diagnosi di veridicità non è priva di componenti valutative, sia ai giudizi prognostici di fattibilità/attuabilità.

Ora la disposizione è – come si è detto – cambiata.

All'aggettivo "rilevanti" sono state affiancate le parole "in ordine alla veridicità dei dati contenuti nel piano o nei documenti ad esso allegati".

Il fatto tipico del reato è stato limitato alla sola veridicità dei dati, con implicita esclusione della valutazione di fattibilità.

Non si capisce, dunque, come nella Relazione illustrativa (p. 239) si possa affermare che il nuovo art. 342 "riproduca sostanzialmente sul punto il contenuto del vigente art. 236-*bis* della l. fall."

È rimasta l'ambiguità sintattica di cui sopra si è detto.

Non vi è motivo 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.

Anche il legislatore (non) delegato ha modificato una norma incriminatrice prevista dalla legge fallimentare.

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

Si apre, comunque, anche qui il dubbio sulla legittimità costituzionale di questa operazione normativa. E si tratta di dubbio di difficile soluzione se si considera che la Corte costituzionale è costante (v. ad es. C. cost. n. 272 del 2012; n. 230 del 2010; n. 112 del 2008) nell'affermare:

¹¹ BRICCHETTI – PISTORELLI, *La bancarotta*, cit., 391.



7-8/2019

i) che la delega non esclude la discrezionalità del legislatore delegato, discrezionalità che può essere più o meno ampia in relazione al grado di specificità dei criteri fissati nella legge delega e giungere fino al punto che neppure il silenzio del delegante può impedire l'adozione di norme da parte del delegato,

ii) che, per valutare se il legislatore abbia ecceduto tali margini di discrezionalità, occorre verificare se la norma delegata sia da considerare coerente con la *ratio* della delega e

iii) che l'art. 76 Cost. non osta all'emanazione di norme che rappresentino un ordinario sviluppo e, se del caso, un completamento delle scelte espresse dal legislatore delegante, dovendosi escludere che la funzione del legislatore delegato sia limitata ad una mera scansione linguistica delle previsioni stabilite dal primo (v. ad es. C. cost. n. 199 del 2003, n. 163 del 2000).

5.3. L'art. 343 del Codice nel dettare disposizioni sulla liquidazione coatta amministrativa ha riprodotto soltanto il primo e il secondo comma dell'art. 237 della legge fallimentare.

Non anche il terzo comma che, aggiunto dall'art. 100, comma 2, del d.lgs. 16 novembre 2015, n. 180, di attuazione della direttiva 2014/59/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, che istituisce un quadro di risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento, in vigore dal 16 novembre 2015, stabilisce 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 è traccia solo nell'art. 297.

Una dimenticanza? L'effetto è l'*abolitio criminis*.

6. I reati di cui agli artt. 344 e 345 del Codice.

Nel capo IV, composto dagli artt. 344 e 345, il Codice ha collocato 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.

6.1. L'art. 344, comma 1, del Codice che prevede i reati del debitore va raffrontato all'art. 16, comma 1, della legge n. 3 del 2012.

Un primo raffronto concerne le procedure.

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.



7-8/2019

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, 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.

Ne deriva che tutte le figure di reato che si andranno tra breve ad elencare sono "nuove incriminazioni" se riferite al concordato.

Per il resto nulla è cambiato se non – come subito si dirà – per il fatto che nell'art. 344, comma 1, del Codice non è stata inclusa una figura di reato prevista nell'art. 16, comma 1.

a) Cominciamo dalle disposizioni di cui alle lett. a) e b) che incriminano manipolazioni patrimoniali o documentali per accedere alle procedure e ricordano la norma penale dettata dal primo comma dell'art. 236 della legge fallimentare (art. 341, comma 1, del Codice).

i) La disposizione della lettera a) reprime, da un lato, le manipolazioni patrimoniali, segnatamente le condotte di

– aumento o diminuzione del passivo (valore dei diritti vantati da terzi: banche, fornitori, erario, dipendenti), operazioni che, alterano il risultato finale della denuncia della situazione patrimoniale; il falso si risolve in un artificioso aumento o diminuzione dell'entità dei crediti o del numero dei creditori;

– simulazione (corredata da un superfluo "dolosamente") di attività inesistenti (in sostanza far apparire nella situazione patrimoniale, economica e finanziaria poste attive, anche crediti, che non esistono);

– sottrazione o dissimulazione (mascheramento inteso ad ostacolare il ritrovamento) di una parte rilevante dell'attivo.

Si tratta di reato posto a tutela della regolarità e della legalità della procedura, che postula la verità della situazione patrimoniale riportata nella prescritta documentazione e a tutela dell'interesse dei creditori a non essere tratti in inganno da atti di frode; di reato a dolo specifico: l'agente si rappresenta e vuole la realizzazione di un fatto con lo scopo di provocare un (ulteriore) evento (nella specie, l'ammissione alle procedure), il cui verificarsi non è però necessario per la consumazione del reato; reato di pericolo con dolo di danno: la volontà è indirizzata a produrre un'effettiva lesione all'interesse giuridico tutelato, ma il fatto è completo non appena si verifica l'esposizione a pericolo del medesimo; reato a condotta libera, che può essere commesso in qualsiasi forma e con qualsiasi mezzo, attraverso operazioni contabili e atti artificiali, dolosa omissione o esagerazione di voci attive e passive, di beni, titoli di credito e denaro esistenti, crediti e debiti, partecipazioni, prestiti, *leasing*, beni immobili, rapporti giuridici economicamente valutabili, ecc.

ii) La disposizione della lettera b) punisce le condotte di:

– produzione di documentazione materialmente falsa (“contraffatta o alterata”) (e qui è inevitabile chiedersi se il precetto penale escluda la rilevanza penale della “documentazione” ideologicamente falsa);

– sottrazione, distruzione (ogni attività che annulli, totalmente o parzialmente, i documenti in relazione ai fini probatori a cui sono destinati; è in pratica l’annientamento fisico del documento ovvero del suo contenuto) o occultamento (che è in sostanza una condotta di sottrazione) della documentazione contabile o comunque relativa alla situazione debitoria.

È evidente, in queste due prime ipotesi, l’assonanza con il lessico utilizzato nelle fattispecie di bancarotta fraudolenta, patrimoniale e documentale, previste dall’art. 216, primo comma, n. 1 e 2.

b) Come si è accennato, non è stata riprodotta nell’art. 344, comma 1, del Codice, la fattispecie di cui all’art. 16, comma 1, lett. c), della legge n. 3 del 2012 che puniva l’omessa indicazione di beni nell’inventario allegato alla proposta di liquidazione.

L’art. 269 del Codice non prevede che alla domanda di liquidazione controllata debba essere allegato l’inventario dei beni (lo deve fare il liquidatore ex art. 272, comma 3)

Si è, dunque, in presenza di *abolitio criminis*.

c) La lettera d) dell’art. 16, comma 1, della legge n. 3 del 2012 punisce l’effettuazione di pagamenti, nel corso della procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento, in violazione dell’accordo di ristrutturazione dei debiti o del piano del consumatore.

L’art. 344, comma 1, lett. c), del Codice punisce l’effettuazione di pagamenti, nel corso delle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento, in violazione del piano di ristrutturazione dei debiti o del concordato minore omologati.

Il linguaggio ricorda quello usato per la bancarotta preferenziale.

d) L’art. 16, comma 1, lett. e), della legge n. 3 del 2012 punisce il debitore che, dopo il deposito della proposta di accordo di ristrutturazione dei debiti o di piano del consumatore, e per tutta la durata della procedura, aggrava la propria posizione debitoria;

L’art. 344, comma 1, lett. d), del Codice punisce lo stesso fatto commesso “dopo il deposito del piano di ristrutturazione dei debiti o della proposta di concordato minore, e per tutta la durata della procedura”.

Il reato è orientato sull’evento “aggravamento”.

La condotta è “libera” purché assistita dal dolo.

e) L’art. 6, comma 1, lett. f), della legge n. 3 del 2012 punisce il debitore che intenzionalmente non rispetti i contenuti dell’accordo o del piano del consumatore.

L’art. 344, comma 1, lett. e), del Codice punisce lo stesso fatto riferendolo ai “contenuti del piano di ristrutturazione dei debiti o del concordato minore”.

Il primo catalogo dei reati del debitore è, dunque, chiuso da questa “intenzionale” – termine che richiama la corrispondente figura di dolo – inosservanza.

6.2. Una disposizione a più norme incriminatrici (quattro diversi reati) compare nel comma 2 dell’art. 344 del Codice.

Con le stesse pene previste per i reati di cui al comma 1, è punito il debitore incapiente che:

i) con la domanda di esdebitazione di cui all'art. 283, produca documentazione contraffatta o alterata;

ii) sottragga, occulti o distrugga, in tutto o in parte, la documentazione relativa alla propria situazione debitoria ovvero la propria documentazione contabile;

iii) ometta, dopo il decreto di esdebitazione, la dichiarazione di cui al comma 7 del medesimo art. 283 (la dichiarazione annuale relativa alle sopravvenienze rilevanti ai sensi dei commi 1 e 2 del medesimo articolo), quando dovuta;

iv) nella dichiarazione anzidetta attesti falsamente fatti rilevanti.

L'esdebitazione del debitore incapiente è un istituto nuovo.

Il legislatore (non) delegato ha pensato di creare qualche preoccupazione "penale" al debitore, ammesso a godere del beneficio della esdebitazione senza nulla corrispondere ai propri creditori (cfr. Relazione illustrativa, p. 236).

Si tratta di nuove incriminazioni.

6.3. L'art. 344, comma 3, va raffrontato con la previsione dell'art. 16, comma 2, della legge n. 3 del 2012.

a) Quest'ultima disposizione prevede: «Il componente dell'organismo di composizione della crisi, ovvero il professionista di cui all'articolo 15, comma 9, che rende false attestazioni in ordine alla veridicità dei dati contenuti nella proposta [n.d.r.: di accordo o di piano del consumatore di cui all'art. 9, comma 1] o nei documenti ad essa allegati, alla fattibilità del piano ai sensi dell'articolo 9, comma 2, ovvero nella relazione di cui agli articoli 9, comma 3-bis [n.d.r.: da allegare alla proposta di piano del consumatore], 12, comma 1 [n.d.r.: relazione sui consensi espressi e sul raggiungimento della percentuale del 70% da trasmettere ai creditori e, dopo loro eventuali contestazioni, al giudice] e 14-ter, comma 3 [n.d.r.: da allegare alla richiesta di liquidazione del patrimonio], è punito con la reclusione da uno a tre anni e con la multa da 1.000 a 50.000 euro.».

Informazioni e valutazioni del componente dell'OCC (o del professionista abilitato a svolgerne le funzioni) sono presidiate, per il caso di infedeltà, dalla sanzione penale.

La disposizione incrimina le falsità in attestazioni e relazioni, richiamandosi alla struttura dell'art. 236-bis della legge fallimentare.

Si tratta di falsità ideologiche sanzionate con pene decisamente inferiori a quelle previste per i pubblici ufficiali e per gli incaricati di pubblico servizio, e ciò induce a ritenere che il legislatore abbia inteso costruire come "ufficio" (termine che troviamo nel terzo comma della disposizione in commento) privato l'attività in esame.

b) L'art. 344, comma 3, del Codice torna sul tema prevedendo le stesse pene per il componente dell'organismo di composizione della crisi che nella relazione di cui agli artt. 68 [n.d.r.: da allegare alla domanda di ristrutturazione dei debiti], 76 [n.d.r.: da allegare alla domanda di concordato minore], 268 [n.d.r.: che, in verità, non fa riferimento ad alcuna relazione del componente dell'OCC; della relazione da allegare alla domanda di liquidazione controllata parla l'art. 269: si impone, dunque, una correzione] e 283 [n.d.r.:

da allegare alla domanda di esdebitazione] rende false attestazioni in ordine alla veridicità dei dati contenuti nella proposta di cui agli articoli 67 [ndr: proposta di ristrutturazione dei debiti] e 75 [ndr: proposta di concordato minore], nella domanda di apertura della liquidazione controllata [ndr: art. 269] o nella domanda di esdebitazione di cui all'art. 283, è punito con la reclusione da uno a tre anni e con la multa da 1.000 a 50.000 euro.

È immediatamente percepibile che l'oggetto materiale delle falsità si è ampliato per i nuovi riferimenti ad attestazioni e relazioni previste nelle procedure di concordato minore e di esdebitazione.

Sono state, dunque, introdotte nuove incriminazioni.

È scomparso – come già si è detto trattando dell'art. 342 del Codice e dell'art. 236-*bis* della legge fallimentare – il riferimento all'attestazione di fattibilità.

Ne deriva parziale *abolitio criminis*.

È ormai superfluo ribadire che il legislatore (non) delegato ha effettuato interventi creativi e abolitivi di norme penali.

6.4. Si può passare all'esame dell'altra fattispecie penale riguardante il componente dell'OCC.

L'art. 16, comma 3, della legge n. 3 del 2012 punisce, sempre con le stesse pene di cui sopra, il componente dell'organismo di composizione della crisi (o il professionista di cui all'art. 15, comma 9) che mediante omissione o rifiuto senza giustificato motivo di un atto del suo ufficio abbia cagionato danno ai creditori.

L'art. 344, comma 4, si è limitato a non riprodurre, come già aveva fatto nell'art. 344 comma 1, il riferimento al professionista di cui all'art. 15, comma 9, della legge n. 3 del 2012.

L'omissione evoca l'idea dell'inosservanza di un obbligo giuridico di agire, quindi del mancato compimento di un atto o di un'azione che si aveva l'"obbligo" giuridico di compiere.

Il rifiuto implica, di per sé, un atteggiamento di diniego (esplicito o implicito) a fronte di una qualche sollecitazione esterna la quale, ove non sia espressamente prevista la necessità di una richiesta o di un ordine, può anche essere costituita dalla sopravvenienza in sé dei presupposti oggettivi che richiedono l'intervento.

Il rifiuto deve essere ingiustificato.

La norma, peraltro, non si limita a sanzionare il non compimento o il rifiuto ingiustificato di un atto dell'"ufficio" ma richiede che detta condotta abbia cagionato danno ai creditori.

Si tratta – è bene ricordarlo – di fattispecie dolosa, sicché la mera violazione di regole di diligenza nello svolgimento dell'attività non è idonea ad integrarla.

6.5. Anche l'art. 345 introduce una nuova figura di reato, denominato "Falso nelle attestazioni dei componenti dell'OCRI", acronimo dell'Organismo di Composizione della Crisi d'Impresa disciplinato dagli artt. 16 ss. del Codice.

Il nuovo reato è modellato sull'art. 236-*bis* della legge fallimentare e punisce, con la reclusione da due a cinque anni e con la multa da 50.000 a 100.000 euro, il componente

dell'OCRI che nell'attestazione di cui all'art. 19, comma 3 [n.d.r.: attestazione di veridicità dei dati aziendali nel caso in cui il debitore dichiara di voler presentare domanda di omologazione di accordi di ristrutturazione dei debiti o di apertura del concordato preventivo] espone informazioni false ovvero omette di riferire informazioni rilevanti in ordine alla veridicità dei dati contenuti nel piano o nei documenti ad esso allegati.

I commi 2 e 3 riproducono le stesse circostanze aggravanti dell'art. 236-bis della legge fallimentare e quindi dell'art. 342 del Codice.

Una circostanza aggravante ad effetto ordinario (aumento della pena fino al terzo ex art. 64 c.p.) qualora il fatto sia commesso al fine di conseguire un ingiusto profitto per sé o per altri e una circostanza aggravante ad effetto speciale (aumento della pena fino alla metà) qualora dal fatto consegua un danno per i creditori.

Il presidio penale è collegato alla circostanza che all'omologazione di accordi di ristrutturazione dei debiti o al concordato preventivo si possa addivenire anche all'esito del procedimento di composizione assistita della crisi.

In tale ambito fanno capo ai componenti dell'OCRI obblighi di verità nell'esposizione della situazione patrimoniale del richiedente. Si è deciso, quindi, di sanzionare l'esposizione di dati falsi, non diversamente dalle ipotesi in cui analoghi obblighi sono imposti al professionista indipendente nell'ambito della procedura concorsuale (in tal modo si esprime la Relazione illustrativa, p. 239).

6.6. Si è visto sopra che l'art. 222 della legge fallimentare è stato riprodotto nell'art. 328 del Codice.

Detti articoli stabiliscono che soggetti attivi del delitto di bancarotta possono essere anche i soci illimitatamente responsabili di società in nome collettivo e di società in accomandita semplice.

Ai fatti commessi dai medesimi, dichiarati falliti a norma dell'art. 147, comma primo (che stabilisce che la sentenza che dichiara il fallimento della società con soci a responsabilità illimitata produce anche il fallimento dei soci illimitatamente responsabili, i quali, pertanto, ancorché non imprenditori, assumono la veste di «falliti») o dell'art. 256 del Codice (che, riprendendo il citato art. 147, stabilisce che la sentenza che dichiara l'apertura della procedura di liquidazione giudiziale nei confronti di una società in nome collettivo, in accomandita semplice e in accomandita per azioni produce l'apertura della procedura di liquidazione giudiziale anche nei confronti dei soci, pur se non persone fisiche, illimitatamente responsabili), si applicano, in virtù dell'art. 222 (e 328 del Codice), le norme di cui agli artt. da 216 a 220 (da 322 a 327 del Codice).

In altre parole, i soci illimitatamente responsabili di s.n.c. e s.a.s. rispondono sia del reato di bancarotta, fraudolenta e semplice (artt. 216 e 217), sia dei reati di ricorso abusivo al credito (art. 218) e di «denuncia di creditori inesistenti ed altre inosservanze» (art. 220).

La qualità di socio di una s.n.c. non comporta, tuttavia, la responsabilità in ordine alla mancata tenuta dei libri e delle scritture contabili.



7-8/2019

La responsabilità del socio illimitatamente responsabile è affermata dall'art. 222 a titolo di «reato commesso dal fallito»; la norma riguarda, dunque, esclusivamente i fatti commessi dai soci sul proprio patrimonio personale.

L'art. 222 peraltro – come si è visto – non prende in considerazione il socio accomandatario della società in accomandita per azioni (e la lacuna legislativa non può essere colmata dall'interprete, perché bisognerebbe estendere al predetto la disposizione dell'art. 222, così violando il divieto di applicazione analogica *in malam partem* della norma penale).

Ciò premesso, si è rilevato che la disposizione di cui all'art. 2, comma 1, lett. e), del Codice include nella definizione di “consumatore che può accedere alla procedura di ristrutturazione dei debiti”, nella specie “dei debiti estranei a quelli sociali”, i soci di società in nome collettivo, in accomandita semplice e in accomandita per azioni¹².

Questi soggetti, dunque, possono, rendersi responsabili dei reati di cui all'art. 344, comma 1.

Si è, quindi, sottolineata la possibilità di interferenze tra le norme incriminatrici della bancarotta del socio illimitatamente responsabile dichiarato fallito (con il Codice “in liquidazione”) e le norme incriminatrici dei reati (probabilmente non di tutti, ma per ora non è questo il problema) previsti dall'art. 344, comma 1, del Codice commessi dal socio “consumatore”; in particolare, la possibilità che il socio abbia già avuto accesso, al momento della sopravvenuta liquidazione della società, alla procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento e vi abbia dato, anche solo in parte esecuzione, pagando debiti con il patrimonio personale, che rappresenta garanzia “aggiunta” per i creditori della società.

7. Disposizioni processuali penali.

Il capo IV “Disposizioni di procedura” della legge fallimentare è ora il capo V del Codice.

Il contenuto degli artt. 238 e 240 della legge fallimentare lo si ritrova negli artt. 346 e 347. Gli artt. 239 e 241 non sono riproposti.

7.1. La lettura dell'art. 346 lascia sconcertati.

Lo stesso legislatore che – come si è visto – tanti nuovi reati ha creato e altri ne ha aboliti, che ha fatto scomparire alcune norme penali senza abrogarle formalmente, che ne ha riscritte altre sfruttando recentissime pronunce della Corte Costituzionale, qui ricalca l'art. 238, il cui contenuto è spiegabile solo facendo riferimento al codice del 1930.

L'art. 238 stabilisce, invero, che per i reati previsti negli artt. 216, 217, 223 e 224, vale a dire per la bancarotta, fraudolenta e semplice, dell'imprenditore individuale e per la bancarotta di amministratori, sindaci, direttori generali e liquidatori di società (la

¹² GAMBARDILLA, [Il nuovo codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: un primo sguardo ai riflessi in ambito penale](#), in questa *Rivista*, 27 novembre 2018.



7-8/2019

norma è tuttavia ritenuta applicabile anche alla bancarotta dei soci illimitatamente responsabili e dell'istitutore poiché gli artt. 222 e 227 contengono un rinvio alla disciplina degli artt. 216 e 217), l'azione penale deve essere esercitata" dopo la comunicazione della sentenza dichiarativa di fallimento di cui all'art. 17.

L'azione penale, tuttavia, è iniziata anche prima nel caso previsto dall'art. 7 (quando cioè l'insolvenza risulta – in sede penale – dalla fuga o dalla latitanza dell'imprenditore, dalla chiusura dei locali dell'impresa, dal trafugamento, dalla sostituzione o dalla diminuzione fraudolenta dell'attivo da parte dell'imprenditore e il pubblico ministero richiede, come è suo dovere, la dichiarazione di fallimento) e in ogni altro caso in cui concorrano gravi motivi e già esista o sia contemporaneamente presentata domanda per ottenere la dichiarazione di fallimento.

È chiaro che, presa alla lettera, la disposizione è inapplicabile non fosse altro perché; nel codice attualmente vigente, l'esercizio dell'azione penale si colloca, quale alternativa alla richiesta di archiviazione, solo al termine della fase delle indagini preliminari.

Serve necessariamente una lettura in linea con i principi e le regole del nuovo sistema processuale.

È inevitabile, in altre parole, ritenere che l'art. 238 debba essere letto nel senso che al pubblico ministero, nei casi di cui al comma secondo, sia consentito dare inizio ad attività di indagine preliminare (con la conseguente adozione delle iniziative ritenute opportune) prima ancora che il tribunale abbia pronunciato la sentenza dichiarativa di fallimento.

Non è, invece, possibile che il pubblico ministero eserciti l'azione penale prima dell'anzidetta pronuncia in quanto, in tal caso, il giudice, investito della medesima, dovrebbe rilevare l'assenza di un elemento essenziale della fattispecie tipica.

Il legislatore, anche in tal caso non delegato, avrebbe potuto, in linea con il suo stesso operato, adeguare la lettera della disposizione all'interpretazione comunemente data con l'entrata in vigore del nuovo codice di rito.

7.2. L'art. 347 del Codice riproduce, con qualche intervento di adeguamento, l'art. 240 della legge fallimentare dedicato alla legittimazione a costituirsi parte civile contro il fallito imputato di bancarotta o di altri reati fallimentari.

7.3. L'art. 239 non è stato riproposto: dedicato al mandato di cattura, era stato abrogato nel 1964.

7.4. L'art. 241 non è stato riproposto perché da ritenersi implicitamente abrogato. Stabiliva che la riabilitazione civile del fallito fosse causa estintiva del reato di bancarotta semplice, con cessazione dell'esecuzione dell'eventuale condanna e degli effetti.

Una causa di estinzione del reato, che – se intervenuta prima della condanna – aveva portata più radicale della riabilitazione disciplinata dagli artt. 179 e ss. c.p., incidente esclusivamente sulla pena (un effetto analogo alla riabilitazione intervenuta successivamente alla condanna).

La riforma del 2005 – formalmente lasciando intatta la norma dell’art. 241 – ha, però, abrogato l’istituto della riabilitazione (disciplinata dagli artt. 143 a 145), così precludendo ogni possibile futura applicazione dell’art. 241.

8. Le altre disposizioni penali del Codice.

Continuiamo dall’inizio con le altre norme.

8.1. In particolare, è il momento di tornare sulle misure premiali “penali” collegate alla tempestività dell’iniziativa del debitore volta a prevenire l’aggravarsi della crisi.

L’art. 25 del codice, nel primo periodo del comma 2, introduce una causa di non punibilità.

Stabilisce, in particolare, che non è punibile chi ha tempestivamente presentato l’istanza all’OCRI ovvero la domanda di accesso a una delle procedure di regolazione della crisi o dell’insolvenza di cui al presente codice se, a seguito delle stesse, viene aperta una procedura di liquidazione giudiziale o di concordato preventivo ovvero viene omologato un accordo di ristrutturazione dei debiti, per i reati di cui agli artt. 322 (bancarotta fraudolenta), 323 (bancarotta semplice), 325 (ricorso abusivo al credito), 328 (bancarotta del socio illimitatamente responsabile di società in nome collettivo e società in accomandita semplice), 329 (bancarotta fraudolenta impropria), 330 (bancarotta semplice impropria), 331 (ricorso abusivo al credito), 333 (bancarotta dell’istitutore) e 341, comma 2, lett. a) e b) (bancarotta in caso di concordato preventivo, di accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa, di convenzione di moratoria, di omologa di accordi di ristrutturazione), le cui condotte, poste in essere prima dell’apertura della procedura, abbiano cagionato un danno di speciale tenuità.

Il legislatore delegato trasforma dunque, in presenza degli anzidetti presupposti, il danno patrimoniale di speciale tenuità derivante dagli indicati reati fallimentari da circostanza attenuante ad effetto speciale (qual è nell’art. 219, terzo comma, della legge fallimentare e nell’art. 326, comma 3, del codice) a causa di non punibilità dei reati medesimi.

Il legislatore delegato mostra di non voler ritenere i fatti anzidetti di particolare tenuità nel solco dell’art. 131-*bis* c.p. Si concentra esclusivamente sul danno patrimoniale cagionato dal reato. Qualora dalla condotta posta in essere prima dell’apertura della procedura sia derivato un danno di speciale tenuità, il responsabile è “premiato” (non è punito) se aveva tempestivamente presentato le istanze specificamente indicate nella disposizione in esame.

La tempestività dell’iniziativa è spiegata dall’art. 24: l’iniziativa del debitore volta a prevenire l’aggravarsi della crisi è tempestiva, ai fini dell’applicazione delle misure premiali di cui all’art. 25, se la domanda di accesso ad una delle procedure regolate dal codice è proposta prima dello spirare del termine di sei mesi ovvero se l’istanza di cui all’art. 19 è proposta prima dello spirare del termine di tre mesi.

I termini decorrono da quando si verifica, alternativamente:



7-8/2019

a) l'esistenza di debiti per retribuzioni scaduti da almeno sessanta giorni per un ammontare pari ad oltre la metà dell'ammontare complessivo mensile delle retribuzioni;

b) l'esistenza di debiti verso fornitori scaduti da almeno centoventi giorni per un ammontare superiore a quello dei debiti non scaduti;

c) il superamento, nell'ultimo bilancio approvato, o comunque per oltre tre mesi, degli indici dello stato di crisi dell'impresa elaborati, ai sensi dell'art. 13 del Codice, dal Consiglio nazionale dei dottori commercialisti ed esperti contabili e approvati con decreto del MISE.

L'esistenza dei requisiti di tempestività è attestata, se il debitore lo richiede, dal presidente del collegio degli esperti nominato ai sensi dell'art. 17 attraverso il quale opera l'OCRI.

8.2. Con il secondo periodo del comma 2 dell'art. 25, Il legislatore delegato ha introdotto anche una nuova circostanza attenuante ad effetto speciale, stabilendo che, fuori dai casi in cui risulti un danno di speciale tenuità (in tal caso – come si è detto – si è in presenza di una causa di non punibilità o della circostanza attenuante di cui all'art. 324, comma 3, del codice e 219, terzo comma, della legge fallimentare), per chi ha presentato le istanze predette la pena è ridotta fino alla metà quando, alla data di apertura della procedura di regolazione della crisi o dell'insolvenza, il valore dell'attivo inventariato o offerto ai creditori assicura il soddisfacimento di almeno un quinto (20 per cento) dell'ammontare dei debiti chirografari e, comunque, il danno complessivo cagionato non supera l'importo di 2.000.000 euro.

Il riferimento dovrebbe essere al danno cagionato dalla bancarotta o da altro reato fallimentare.

Non si è certo al cospetto di un danno di poco conto; il legislatore, però, ha inteso anche in tal caso premiare il responsabile che abbia presentato le istanze e ha costruito il premio come circostanza attenuante che assicura una diminuzione della pena prossima a quella prevista per la citata circostanza attenuante del danno patrimoniale di speciale tenuità (fino al terzo).

8.3. Le disposizioni dell'art. 25, comma 2, sono destinate ad applicarsi dal momento in cui vi sarà la possibilità di presentare le istanze anzidette, quindi nelle nuove procedure instaurate a far tempo dal 1° gennaio 2020.

8.4. Un'ultima considerazione solo per ribadire (v. *supra* 1) che il criterio di delega non è esempio di chiarezza e precisione. La legge delega prevede, invero, l'introduzione di una causa di non punibilità "per il delitto di bancarotta semplice e per gli altri reati previsti dalla legge fallimentare". È davvero curioso questo modo di esprimersi, che piazza davanti a tutte la meno grave ipotesi di bancarotta, vale a dire la bancarotta semplice. Verrebbe quasi da pensare che il delegante intendesse prevedere una causa di non punibilità soltanto per questo reato e per gli altri, purché di pari o minore gravità, reati fallimentari.

La confusione cresce, poi, quando la delega prevede l'attenuante ad effetto speciale di cui si è detto ma la riferisce agli "altri reati". E qui l'interprete che confidi

troppo nella lettera della legge dovrebbe chiedersi se questi “altri reati” siano gli stessi “altri reati” di prima o “altri reati” diversi da quelli. Ma qui ci si infilerebbe in un tunnel probabilmente senza via d’uscita. Senza contare poi che si dovrebbe giungere ad affermare che la bancarotta semplice nulla ha a che vedere con la circostanza attenuante.

9. Operazioni infragruppo.

L’art. 290, comma 1, del Codice stabilisce che, nei confronti delle imprese appartenenti al medesimo gruppo possono essere promosse dal curatore, sia nel caso di apertura di una procedura unitaria, sia nel caso di apertura di una pluralità di procedure, azioni dirette a conseguire la dichiarazione di inefficacia di atti e contratti posti in essere nei cinque anni antecedenti il deposito dell’istanza di liquidazione giudiziale, che abbiano avuto l’effetto di spostare risorse a favore di un’altra impresa del gruppo con pregiudizio dei creditori, “fatto salvo il disposto dell’articolo 2497, primo comma” c.c.”.

Il curatore è tenuto, dunque, nel valutare la dannosità di un’operazione infragruppo, a considerare gli eventuali vantaggi compensativi.

Si è in tal modo recepita la linea interpretativa ormai affermatasi.

L’art. 2634 c.c. che prevede il delitto di infedeltà patrimoniale, ha teorizzato – simmetricamente a quanto stabilito nel comma primo dell’art. 2497 c.c. – che l’appartenenza ad un gruppo può comportare anche conseguenze positive: non è ingiusto – si legge nel terzo comma – il profitto della società collegata o del gruppo, se compensato da vantaggi (detti appunto compensativi), conseguiti o fondatamente prevedibili, derivanti dal collegamento o dall’appartenenza al gruppo.

La giurisprudenza aveva inizialmente escluso che questa disposizione fosse esportabile nel mondo della bancarotta fraudolenta¹³.

L’atteggiamento della giurisprudenza di legittimità è, tuttavia, mutato nel tempo; si è ora giunti ad affermare che la previsione anzidetta ha conferito valenza normativa a principi già desumibili dal sistema in punto di necessaria considerazione della reale offensività del fatto, applicabili anche alle condotte sanzionate dalle norme fallimentari¹⁴.

Ormai la giurisprudenza è costante nel riconoscere che detti principi debbano trovare applicazione nell’ambito della bancarotta al fine di determinare il carattere distrattivo o dissipativo di un’operazione infragruppo.

Si è affermato che, nel valutare come distrattiva un’operazione di diminuzione patrimoniale senza apparente corrispettivo per una delle società collegate, occorre tenere conto del rapporto di gruppo, perché il reato resta escluso se, con valutazione *ex ante*, i benefici indiretti per la società fallita si dimostrino idonei a compensare efficacemente gli effetti immediatamente negativi, sì da rendere l’operazione incapace di incidere sulle ragioni dei creditori della società¹⁵.

¹³ V., ad es., Cass. pen., sez. V, 24 aprile 2003, Tavecchia, in *Cass. pen.*, 2004, 2142.

¹⁴ Cass. pen., sez. V, 5 giugno 2013, Bellemans, Rv. 257562, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2014, 435.

¹⁵ Da ultimo, Cass. pen., sez. V, 12 gennaio 2016, Falciola, Rv. 267883.

In sintesi:

- l’operazione infragruppo “squilibrata” continua ad essere ricondotta al paradigma della bancarotta fraudolenta patrimoniale di cui al comma primo n. 1 dell’art. 216;
- non è necessario, perché rilevi penalmente a titolo di bancarotta fraudolenta, che l’operazione abbia cagionato o contribuito a cagionare il dissesto della società “sacrificata”;
- solo il saldo finale positivo delle operazioni compiute nell’interesse del gruppo può consentire di ritenere legittima l’operazione temporaneamente svantaggiosa per la società sacrificata¹⁶;
- l’onere della prova dell’acquisito vantaggio compensativo – contrariamente a quanto sostenuto dalla dottrina – grava sull’interessato ¹⁷.

10. Posizione di garanzia di amministratori e sindaci di società.

Altre disposizioni del codice avranno rilevanza ai fini penalistici.

10.1. Anzitutto l’art. 375 (una delle poche norme già in vigore come previsto dall’art. 389, comma 2) che riformula la rubrica dell’art. 2086 c.c. (“Gestione dell’impresa”) e, con nuova disposizione, impone all’imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell’impresa anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell’impresa e della perdita della continuità aziendale, obbligandolo ad «attivarsi senza indugio per l’adozione e l’attuazione di uno degli strumenti previsti dall’ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale».

Il nuovo secondo comma dell’art. 2086 c.c. contribuisce a rendere ancor più netta la posizione di garanzia dell’amministratore.

Come è noto, fino ad ora, lo schema evocato in tema di responsabilità penale omissiva dell’amministratore privo di delega è quello (della clausola generale di cui all’art. 40, cpv., c.p. e) dell’art. 2392 c.c. che prevede a carico degli amministratori diversi obblighi, segnatamente quello di adempiere ai doveri che discendono dalla legge e dall’atto costitutivo con la diligenza richiesta dalla natura dell’incarico e dalle loro specifiche competenze, con responsabilità solidale qualora, essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non abbiano fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose.

Si ritiene ormai comunemente che gli amministratori siano titolari di una «posizione di garanzia» costituita dall’obbligo a contenuto impeditivo di cui al comma

¹⁶ Cass. pen., sez. V, 30 giugno 2016, p.g. in proc. Coatti, Rv 268675.

¹⁷ Cass. pen., sez. V, 5 giugno 2013, Bellemans, cit.



7-8/2019

secondo dell'art. 2392 c.c., nonché dall'obbligo di conservazione dell'integrità del patrimonio sociale nei confronti dei creditori di cui all'art. 2394, comma primo, c.c. .

In particolare, l'obbligo a contenuto impeditivo di cui al comma secondo dell'art. 2392 c.c. non è più correlato all'esistenza di un generale dovere di vigilanza sull'andamento della gestione (che si era dimostrato di ardua, se non impossibile, esigibilità).

Ora è previsto – come la giurisprudenza ha sottolineato¹⁸ – un dovere, posto a carico degli amministratori dal nuovo ultimo comma dell'art. 2381 c.c., di “agire in modo informato” .

Esso è collegato al diritto di richiedere agli organi delegati “che in consiglio siano fornite informazioni relative alla gestione della società” e, più in generale, ad un dovere di periodica informazione gravante sui delegati, tenuti in particolare a fornire “adeguate informazioni sulle materie iscritte all'ordine del giorno” (art. 2381, comma primo, c.c.) e a riferire, almeno ogni sei mesi, “sul generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione nonché sulle operazioni di maggior rilievo, per le loro dimensioni o caratteristiche” (cfr. art. 2381, comma quinto, c.c.).

L'amministratore non esecutivo, sulla base delle informazioni ricevute, deve valutare l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società e, sulla base della relazione degli organi delegati, valuta il generale andamento della gestione (art. 2381, comma terzo, c.c.).

Si tratta di modificazioni che hanno introdotto una consistente limitazione dei doveri di garanzia degli amministratori non esecutivi (quindi un'attenuazione della loro responsabilità), destinatari di un flusso di informazioni provenienti dagli esecutivi e che devono “valutare”.

10.2. Altra importante disposizione (già entrata in vigore) riguarda i sindaci.

L'art. 14 del codice stabilisce che gli organi di controllo societari, il revisore contabile e la società di revisione, ciascuno nell'ambito delle proprie funzioni, hanno l'obbligo di verificare che l'organo amministrativo valuti costantemente, assumendo le conseguenti idonee iniziative, se l'assetto organizzativo dell'impresa è adeguato, se sussiste l'equilibrio economico finanziario e quale è il prevedibile andamento della gestione, nonché di segnalare immediatamente allo stesso organo amministrativo l'esistenza di fondati indizi della crisi.

La segnalazione deve essere motivata, fatta per iscritto e deve contenere la fissazione di un congruo termine, non superiore a trenta giorni, entro il quale l'organo amministrativo deve riferire in ordine alle soluzioni individuate e alle iniziative intraprese.

In caso di omessa o inadeguata risposta, ovvero di mancata adozione nei successivi sessanta giorni delle misure ritenute necessarie per superare lo stato di crisi, i sindaci e gli altri soggetti di cui al comma 1 devono informare senza indugio l'OCRI,

¹⁸ Cass. pen., sez. V, 4 maggio 2007, n. 23383, p.m. in proc. Amato, caso Bipop-Carire, Rv. 237251.

fornendo ogni elemento utile per le relative determinazioni, anche in deroga al disposto dell'art. 2407, primo comma, c.c. quanto all'obbligo di segretezza.

La tempestiva segnalazione all'organo amministrativo costituisce causa di esonero dalla responsabilità solidale per le conseguenze pregiudizievoli delle omissioni o azioni successivamente poste in essere dal predetto organo, che non siano conseguenza diretta di decisioni assunte prima della segnalazione, a condizione che, nei casi previsti, sia stata effettuata tempestiva segnalazione all'OCRI.

Qui è la posizione di garanzia dei sindaci ad essere rafforzata.

È costante la giurisprudenza nell'affermare che gli elementi necessari e sufficienti per la configurazione del concorso omissivo dei sindaci sono l'omesso esercizio dei doveri di controllo, o comunque l'inerzia rispetto alle iniziative previste dalla legge (espressione dell'attribuzione ai sindaci di una posizione di garanzia idonea a fondarne la responsabilità in collegamento con l'art. 40 cpv. c.p.), il nesso di causalità tra le omissioni ed il reato e il dolo riferito alla fattispecie delittuosa realizzata dagli amministratori¹⁹.

Il contenuto della posizione di garanzia è oggi ricavato dalla disciplina civilistica, in particolare dalla correlazione dei penetranti poteri-doveri previsti soprattutto dai citati artt. 2403, 2404, 2405, 2408, 2429 c.c., di cui sopra si è detto, con la disposizione di cui all'art. 2407 c.c. che, al comma secondo, stabilisce la responsabilità solidale dei sindaci con gli amministratori « per i fatti o le omissioni di questi, quando il danno non si sarebbe prodotto se essi avessero vigilato in conformità degli obblighi della loro carica »; lo stesso art. 2407 c.c. richiama poi, al comma successivo, le azioni di responsabilità da parte della società e dei creditori sociali, con ciò espressamente stabilendo, per i sindaci, la responsabilità non solo per i danni derivati alla società ma anche per quelli conseguenti all'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale nei confronti di creditori.

Da qui appunto l'esistenza di una posizione di garanzia, in particolare di controllo dell'attività degli amministratori, a salvaguardia degli interessi patrimoniali della società e dei creditori sociali.

11. Gli artt. 317-321 del Codice.

L'art. 317 stabilisce che le condizioni e i criteri di prevalenza rispetto alla gestione concorsuale delle misure cautelari reali (per tali dovendosi intendere i sequestri delle cose di cui è consentita la confisca disposti ai sensi dell'art. 321, comma 2, c.p.p., la cui attuazione è disciplinata dall'art. 104-bis disp. att. c.p.p.) sulle «cose indicate dall'art. 142», vale a dire sui beni (del debitore) esistenti alla data di apertura della liquidazione giudiziale e sui beni che pervengono al debitore durante la procedura, sono regolate dalle disposizioni degli artt. 52 – 65 del Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione (d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159).

¹⁹ Cass. pen., sez. V, 11 maggio 2018, n. 44107, Rv. 274014.



7-8/2019

Deroghe a detta disciplina, ispirate alla prevalenza delle ragioni e delle finalità della procedura liquidatoria, sono, tuttavia, contenute negli artt. 318, 319 e 320 del Codice (applicabili, ai sensi dell'art. 321, in quanto compatibili, anche alla liquidazione coatta amministrativa).

In particolare, con riguardo al sequestro preventivo, l'art. 318 stabilisce che:

– il sequestro preventivo c.d. impeditivo («...pericolo che la libera disponibilità di una cosa pertinente al reato possa aggravare o protrarre le conseguenze di esso ovvero agevolare la commissione di altri reati») sulle «cose indicate dall'art. 142» non può essere disposto in pendenza della procedura di liquidazione giudiziale nei casi di cui all'art. 321, comma 2, c.p.p., a meno che non si tratti di cose la cui fabbricazione, uso, porto, detenzione e alienazione costituisca reato e non possa essere consentita mediante autorizzazione amministrativa (comma 1);

– il sequestro preventivo finalizzato alla confisca sulle «cose indicate dall'art. 142» disposto ai sensi dell'art. 321, comma 1, c.p.p. (comma 1) deve essere revocato, a richiesta del curatore con restituzione delle cose in suo favore, qualora sia dichiarata l'apertura di liquidazione giudiziale sulle medesime cose (comma 2);

– le disposizioni di cui ai commi 1 e 2 non si applicano quando sono sottoposti a sequestro preventivo i beni non compresi nella liquidazione giudiziale elencati nell'art. 146, comma 1 (a) beni e diritti di natura strettamente personale; b) assegni aventi carattere alimentare, stipendi, pensioni, salari e ciò che il debitore guadagna con la sua attività, entro i limiti, fissati dal giudice delegato, di quanto occorre per il mantenimento suo e della sua famiglia; c) frutti derivanti dall'usufrutto legale sui beni dei figli, beni costituiti in fondo patrimoniale e frutti di essi, salvo quanto è disposto dall'articolo 170 c.c.; d) le cose che non possono essere pignorate per disposizione di legge) e le cose non suscettibili di liquidazione, per disposizione di legge o per decisione degli organi della procedura (comma 4).

Con riguardo, invece, al sequestro conservativo l'art. 319 del Codice prevede:

– che il sequestro conservativo ai sensi dell'art. 316 c.p.p. sulle cose di cui all'art. 142 non può essere disposto in pendenza della procedura di liquidazione giudiziale (comma 1);

– che al sequestro conservativo ai sensi dell'art. 316 c.p.p. sulle cose di cui all'art. 142 già in essere al giorno della dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale si applica l'art. 150, sicché, salvo diversa disposizione di legge, e nessuna azione individuale esecutiva o cautelare, anche per crediti maturati durante la liquidazione giudiziale, può essere iniziata o proseguita sui medesimi beni, e il sequestro deve essere revocato, a richiesta del curatore con restituzione delle cose in suo favore (comma 2).

L'art. 320 del Codice stabilisce che il curatore è legittimato a proporre impugnazione contro il provvedimento di sequestro, preventivo o conservativo, contro il diniego di declaratoria di inefficacia che il curatore può richiedere in relazione ai beni sequestrati prima dell'apertura della dichiarazione.



7-8/2019

Come osservato²⁰, cade l'insegnamento delle Sezioni Unite, secondo cui il curatore non può impugnare un sequestro di beni compresi nell'attivo fallimentare perché non potrebbe agire in rappresentanza dei creditori concorsuali²¹.

Non resta che ricordare che è, invece, ispirata a principi diametralmente opposti la disciplina dei rapporti fra liquidazione giudiziale e sequestro di prevenzione²².

12. Entrata in vigore e disposizioni transitorie.

Qualche considerazione ora sull'entrata in vigore e sulle disposizioni transitorie.

Per quanto interessa questo scritto il Codice entra in vigore, come previsto dall'art. 389, comma 1, decorsi 18 mesi dalla pubblicazione, avvenuta il 14 febbraio 2019, quindi il 15 agosto 2020.

La disciplina transitoria è racchiusa nell'art. 390.

Sul versante "civilistico" i commi 1 e stabiliscono che sono definiti secondo le disposizioni della legge fallimentare, nonché della legge 27 gennaio 2012, n. 3:

– i ricorsi per dichiarazione di fallimento, le proposte di concordato fallimentare, i ricorsi per l'omologazione degli accordi di ristrutturazione, per l'apertura del concordato preventivo e per l'accertamento dello stato di insolvenza delle imprese soggette a liquidazione coatta amministrativa, nonché le domande di accesso alle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento depositati prima del 15 agosto 2020 (comma 1);

– le procedure di fallimento e le altre procedure di cui al comma 1 ancora pendenti al 15 agosto 2020, nonché le procedure aperte a seguito della definizione dei ricorsi e delle domande di cui al comma 1 (comma 2).

Sul versante penalistico, il comma 3 prevede che si applichino le disposizioni penali di cui agli artt. 216 e seguenti della legge fallimentare, nonché all'art. 16 della legge 27 gennaio 2012, n. 3 ai fatti commessi in relazione alle procedure concorsuali i cui ricorsi, domande, ecc., sono stati depositati prima del 15 agosto 2020 (comma 1) e in relazione alle procedure ancora pendenti a tale data, nonché alle procedure aperte a seguito della definizione dei ricorsi e delle domande di cui al comma 1 (comma 2).

Quindi anche dopo il 15 agosto 2020, e fino ad esaurimento dei procedimenti penali, continueranno ad applicarsi le disposizioni penali della legge fallimentare.

Aggiungerei: anche per i fatti di bancarotta posti in essere dopo l'entrata in vigore del codice purché relativi alle procedure concorsuali anzidette.

Le disposizioni penali della legge fallimentare sono destinate così ad esaurire la loro efficacia nel tempo, quando saranno chiuse in via definitiva le relative procedure secondo la previgente normativa (cfr. Relazione illustrativa, p. 234 ss.).

²⁰ SANTORIELLO, *D.lgs. 14/2019. Come cambiano le disposizioni penali nel nuovo codice della crisi d'impresa*, in *www.ilpenalista.it*, 6 marzo 2019.

²¹ Cass. pen., sez. un., 17 marzo 2015, n. 11170.

²² Sull'argomento, v. per ulteriori specificazioni SANTORIELLO, *op. cit.*

13. In conclusione.

Da più parti si sente dire che sarebbe in programma un intervento organico sulle disposizioni penali del Codice.

In effetti servirebbe.

Senza stravolgimenti, anzi assicurando una continuità che consenta di non disperdere il complesso delle elaborazioni interpretative sinora maturate, molti sarebbero gli interventi auspicabili.

Anche solo abbozzare possibili mutamenti richiede una profonda e collettiva riflessione. Basti pensare, d'altra parte, e si tratta solo di esempi, alle ineludibili esigenze di individuare una linea razionale tra le misure premiali dell'art. 25 e il tradizionale, ad oggi immutato, tessuto repressivo penale e di dar vita ad una nuova coerente disciplina degli aspetti processuali penali.