Il diritto penale della crisi di impresa. Aporie nel Codice della crisi e linee di una riforma indispensabile.

RENATO G. BRICCHETTI

1. Il diritto penale «fallimentare» è fondato su modelli ormai tramontati. È nato per servire un sistema che doveva tutelare gli interessi patrimoniali dei creditori dell'impresa espulsa dal mercato perché insolvente e dichiarata fallita. Ma il sistema è, non da ora, profondamente mutato: crisi e insolvenza vanno portate alla luce subito e gestite e l'impresa va risanata, ristrutturata, conservata se esistono spazi per tenerla in vita.

Così R. BRICCHETTI, *Reati fallimentari e nuova disciplina della crisi di impresa, in Disposizioni penali nel codice della crisi di impresa*, a cura di S. PACCHI, R. GUERRINI, S. DE FLAMMINEIS, Torino 2021, p. 1 ss.

Da quando, poi, lo si deve chiamare diritto penale «della crisi di impresa e dell'insolvenza» o «delle procedure concorsuali», da quando cioè, con l'entrata in vigore del d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 (di seguito, Codice) il fallimento è stato soppiantato dalla liquidazione (l'art. 349 ha stabilito che i termini «fallimento» e «fallito» nonché le espressioni dagli stessi termini derivate debbano intendersi sostituite, rispettivamente, con le espressioni «liquidazione giudiziale», e «debitore assoggettato a liquidazione giudiziale» e loro derivati), la situazione si è oltremodo complicata

sia perché il Codice, nonostante l'assenza nella legge delega (l. legge 19 ottobre 2017 n. 155) di indicazioni volte alla riformulazione delle disposizioni incriminatrici del R.d. 16 marzo 1942, n. 267 (di seguito, legge fallimentare), è in più punti intervenuto sulle stesse, sia per i problemi scaturiti da alcune disposizioni del sopraggiunto d.lgs. 17 giugno 2022, n. 83, attuativo della c.d. direttiva *insolvency* UE 2019/1023 (di seguito, d.lgs. n. 83 del 2022).

La riforma è improcrastinabile, ma prima di provare a delinearne almeno le fondamenta, è importante comprendere cosa sia successo nella riscrittura, nel Codice (artt. 322 ss.), delle disposizioni penali della legge fallimentare (artt. 216 ss.).

2. Come è noto il nucleo fondamentale del diritto penale fallimentare è rappresentato dalle disposizioni incriminatrici dei delitti di bancarotta, in particolare della **bancarotta fraudolenta** e della **bancarotta semplice**:

- dell'*imprenditore individuale* dichiarato fallito (artt. 216 e 217),
- del *socio illimitatamente responsabile della società in nome collettivo (s.n.c.) e della società in accomandita semplice (s.a.s.)* dichiarato fallito (art. 222),
- degli *amministratori direttori generali, sindaci e liquidatori di società* nel caso di fallimento (art. 223, primo e secondo comma, n. 1 e 2, e 224, primo comma, n. 1 e 2) o nel caso di concordato preventivo, di accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa, di convenzione di moratoria, di omologazione di accordi di

ristrutturazione ai sensi dell'art. 182-*bis* quarto comma, terzo e quarto periodo (art. 236, secondo comma, n. 1),

- dell'istitutore dell'imprenditore individuale nel caso di fallimento (art. 227) o nel caso di concordato preventivo, di accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa, di convenzione di moratoria, di omologazione di accordi di ristrutturazione ai sensi dell'art. 182-*bis* quarto comma, terzo e quarto periodo (art. 236, secondo comma, n. 2).

Al centro del sistema altre norme meritano attenzione, in particolare:

- la disposizione (art. 217-*bis*) che disciplina i casi di «esenzione» dai reati di bancarotta fraudolenta preferenziale e di bancarotta semplice patrimoniale. Di essa va subito detto che è stata riprodotta nell'art. 324 del Codice, che, peraltro, ha ripetuto lo stesso errore contenuto nella legge fallimentare: quello di includere tra i pagamenti e le operazioni ai quali non si applicano le disposizioni sulla bancarotta preferenziale e sulla bancarotta semplice quelli effettuati in esecuzione del concordato minore (art. 80; nella legge fallimentare – come si è detto – si parlava di accordi composizione della crisi omologati ai sensi dell'art. 12 della L. 27 gennaio 2012, n. 3), dimenticando che detti reati non sono previsti nell'ambito delle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento. I reati correlati a dette procedure erano previsti dall'art. 16 della L. n. 3/2012; ora sono previsti dall'art. 344 del Codice;
- la disposizione che prevede il delitto di falso del professionista in attestazioni e relazioni (art. 236-*bis*).

Ebbene, con riguardo alla bancarotta fraudolenta e alla bancarotta semplice, se si escludono gli adeguamenti al nuovo lessico (va notato, peraltro, che l'intitolazione del capo I, «Reati commessi dall'imprenditore in liquidazione giudiziale» è disallineata rispetto al citato art. 349 che prevede che il termine «fallito» sia sostituito con l'espressione «debitore assoggettato a liquidazione giudiziale» non con le parole «imprenditore in liquidazione giudiziale». E nella legge fallimentare l'intitolazione era «reati commessi dal fallito», parole che includevano sia l'imprenditore soggetto al fallimento, sia il socio illimitatamente responsabile delle s.n.c. e delle s.a.s.) e alla nuova numerazione degli articoli, non c'è corrispondenza tra:

- 1) l'art. 216, quarto comma (richiamato dall'art. 223, terzo comma), della legge fallimentare e l'art. 322, comma 4 (richiamato dall'art. 329, comma 3), del Codice;
- 2) l'art. 223, secondo comma, n. 2, della legge fallimentare e l'art. 329, comma 2, n. 2, del Codice;
- 3) l'art. 236, secondo comma, della legge fallimentare e l'art. 341, comma 2, del Codice;
- 4) l'art. 236-*bis* della legge fallimentare e l'art. 342 del Codice.

Analizziamo le diversità, punto per punto.

3. Con riguardo al punto 1), il comma 4 dell'art. 322 del Codice che prevede le pene accessorie della bancarotta fraudolenta (ed è richiamato dall'art. 329, comma 3) riproduce l'intervento manipolativo sull'art. 216, quarto comma, della legge fallimentare effettuato dalla Corte costituzionale (C. cost. 5 dicembre 2018, n. 222)

che ha dichiarato illegittimo il comma nella parte in cui dispone «la condanna per uno dei fatti previsti dal presente articolo importa per la durata di dieci anni l'inabilitazione all'esercizio di una impresa commerciale e l'incapacità per la stessa durata ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa» anziché disporre: «la condanna per uno dei fatti previsti dal presente articolo importa l'inabilitazione all'esercizio di una impresa commerciale e l'incapacità ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa fino a dieci anni»).

Alla pronuncia della Corte costituzionale è, poi, seguita una decisione delle Sezioni Unite della Corte di cassazione (Cass., sez. un., 28 febbraio 2019, n. 28910, Suraci) che hanno statuito che «le pene accessorie previste dall'art. 216, nel testo riformulato dalla sentenza 5 dicembre 2018, n. 222 della Corte Costituzionale, così come le altre pene accessorie per le quali la legge indica un termine di durata non fissa, devono essere determinate in concreto dal giudice in base ai criteri di cui all'art. 133 c.p.»; non sono, dunque, riconducibili alle pene di durata non espressamente determinata di cui all'art. 37 c.p. (svuotato in tal modo di contenuti), con conseguente commisurazione della stessa a quella della pena principale irrogata.

4. Con riguardo al punto 2), nell'art. 329, comma 2, n. 2 (causazione del dissesto con dolo o per effetto di operazioni dolose) del Codice la parola «dissesto» ha sostituito la parola «fallimento» contenuta nell'art. 223, secondo comma, n. 2, della legge fallimentare.

Il codice mostra di considerare sinonimi, quantomeno nell'ambito di questa disposizione, fallimento e dissesto.

Nulla di eversivo (benché anche in tal caso il Codice si sia discostato volutamente dalla regola che vorrebbe che la parola “fallimento” fosse sostituita dalle parole “liquidazione giudiziale”) se si considera che, nel commentare detta disposizione, la dottrina

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.

ha sempre affermato che cagionare (con dolo o per effetti di operazioni dolose) il fallimento di una società significa provocare o aggravare il dissesto, non provocare pronuncia della sentenza dichiarativa del fallimento.

Non esiste – è opportuno ricordarlo – una definizione legislativa di dissesto benché questo termine sia presente anche in altre disposizioni della legge fallimentare e, di riflesso, del Codice: ad es. nell'art. 223, secondo comma, n. 1, della legge fallimentare e nell'art. 329, comma 2, n. 1, del Codice (bancarotta da reato societario), negli artt. 217, primo comma, n. 4 e 224, primo comma, n. 2, della legge fallimentare e 323, comma 1, n. 4, e 330, comma 1, n. 2, del Codice (bancarotta semplice), nell'art. 232, secondo comma, n. 2, della legge fallimentare e nell'art. 338, comma 2, n. 2, del Codice (ricettazione prefallimentare: distrazione senza concorso con l'imprenditore), nell'art. 218 della legge fallimentare e nell'art. 325 del Codice (ricorso abusivo al credito: in cui il dissesto è espressamente distinto, quale oggetto della dissimulazione, dallo stato di insolvenza, distinzione che sembra lasciar intendere che non si tratti di sinonimi).

Il Codice (art. 2, comma 1) contiene, invece, le definizioni di crisi e di insolvenza.

La **crisi** (definizione così modificata dal d.lgs. n. 83 del 2022) è lo stato del debitore che rende probabile l'insolvenza e che si manifesta con l'inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte alle obbligazioni nei successivi dodici mesi.

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

La definizione di **dissesto** è lasciata, invece, alla giurisprudenza: un fenomeno di natura economico-patrimoniale, uno squilibrio tra attività e passività, in sé reversibile (Cass., sez. V, 3 novembre 2020, n. 1947/21; Cass., sez. V, 7 dicembre 2021, n. 348/22; Cass., sez. V, 17 dicembre 2020, n. 13383/21); che non necessariamente sfocia nella sentenza dichiarativa del fallimento (Cass., sez. V, 9 maggio 2017, n. 29885, Rv. 270877); e anche “aggravabile”, trattandosi di un dato quantitativo graduabile, misurabile (Cass., sez. V, 20 maggio 2014, n. 40998); una situazione, insomma, che, se non fronteggiata con opportuni provvedimenti o con la presa d'atto dell'impossibilità di proseguire l'attività, può comportare l'aggravamento inarrestabile della situazione debitoria (hanno incidenza su di esso tutti gli atti compiuti fino al fallimento – Cass., sez. V, 12 maggio 2017, n. 37932 – con conseguente incremento del danno che l'inevitabile, e non evitata, insolvenza finisce per procurare alla massa dei creditori – Cass., sez. V, 25 maggio 2011, n. 32899; Cass., sez. V, 10 febbraio 2020, n. 15652).

Una nozione, dunque, non lontana dalla previgente definizione di crisi: «stato di squilibrio economico-finanziario che rende probabile l'insolvenza del debitore ...».

L'aggravamento del dissesto è un deterioramento, un peggioramento della complessiva situazione economica. Non deve guardarsi alle singole posizioni debitorie, bensì alla condizione globale in cui versa l'impresa, potendo riscontrarsi un aggravamento del dissesto anche qualora non vi sia, ad esempio, una diminuzione in senso algebrico dell'attivo, ma si possa ugualmente evincere un depauperamento (Cass., sez. V, 28 marzo 2003, n. 19806; Cass., sez. V, 14 maggio 2015, n. 41008).

5. Quanto al punto 3), il problema è stato, in questo caso, determinato dal d.lgs. n. 83 del 2022.

5.1. Procedendo con ordine, l'art. 236, secondo comma, della legge fallimentare è nato per punire i fatti di bancarotta “nel caso” di concordato preventivo e di amministrazione controllata (abrogata da diversi anni) al tempo in cui queste procedure concorsuali presupponevano che l'impresa fosse in stato d'insolvenza (cioè, in una situazione del tutto sovrapponibile a quella che comportava, in caso di fallimento, l'applicazione delle norme incriminatrici in tema di bancarotta).

Con la riforma del 2005, immutato l'art. 236, secondo comma, anche all'impresa in crisi è stato reso possibile l'accesso al concordato preventivo.

Ma la norma incriminatrice della bancarotta fraudolenta e della bancarotta semplice societaria (di cui all'art. 236, secondo comma, n. 1) è rimasta immutata nonostante l'evidente disomogeneità dei presupposti.

Problema sollevato nel 2006 da BRICCHETTI, MUCCIARELLI, SANDRELLI, *Commento alle disposizioni penali, in Il nuovo diritto fallimentare*, Commentario diretto da JORIO, Bologna 2007, 2721 ss.

Non vi è dubbio che l'assetto normativo attuale autorizzi una lettura rigoristica.

Ma la disomogeneità di cui si è detto, che riguarda anche altri strumenti di regolazione della crisi (v. *infra*), e la presenza del rischio penale si pongono come fattori che possono disincentivare il ricorso a tali strumenti alternativi al fallimento (liquidazione giudiziale).

Il criterio discretivo per l'applicabilità della bancarotta dovrà essere individuato dal legislatore – per ragioni di coerenza sistematica e di ragionevolezza complessiva – nell'esistenza dello stato d'insolvenza.

Le procedure, variamente denominate, di gestione della crisi devono dare ingresso alla reazione penale soltanto in quanto ammesse od omologate in presenza di tale stato, che dovrà essere accertato dall'autorità giudiziaria.

5.2. In ogni caso, le disposizioni della legge fallimentare e del Codice sembrano sovrapporsi.

Talune anomalie sono state eliminate dagli interventi normativi dell'agosto 2021 e del giugno 2022 che non hanno, però, modificato,

come avrebbero dovuto, la rubrica dei due articoli che è rimasta «Concordato preventivo e accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria».

La continuità emerge dal raffronto.

L'art. 236, terzo comma, della legge fallimentare, come sostituito dal d.l. 24 agosto 2021, n.118, stabilisce:

Nel caso di:

- **accordi di ristrutturazione** (dei debiti, stipulati dall'imprenditore in stato di crisi – la cui attività prosegue – con i creditori: art. 182-*bis*) **ad efficacia estesa** («estesa» anche ai creditori non aderenti che appartengano alla medesima categoria – banche e intermediari finanziari),

- **convenzioni di moratoria** (art. 182-*octies*: concluse tra un imprenditore, anche non commerciale, e i suoi creditori, diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi e avente ad oggetto la dilazione delle scadenze dei crediti, la rinuncia agli atti o la sospensione delle azioni esecutive e conservative e ogni altra misura che non comporti rinuncia al credito, efficace anche nei confronti dei creditori non aderenti che appartengano alla medesima categoria),

- **accordi di ristrutturazione** (dei debiti, stipulati dall'imprenditore in stato di crisi con i creditori) **omologati** (dal tribunale con decreto motivato, una volta decise le opposizioni) **ai sensi dell'art. 182-*bis*, quarto comma, terzo e quarto periodo** (il tribunale omologa l'accordo anche in mancanza di adesione da parte dell'amministrazione finanziaria o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie quando l'adesione è decisiva

ai fini del raggiungimento della percentuale di cui al primo comma e quando, anche sulla base delle risultanze della relazione del professionista di cui al medesimo comma, la proposta di soddisfacimento della predetta amministrazione o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie è conveniente rispetto all'alternativa liquidatoria),
si applicano le disposizioni previste dal secondo comma, n. 1.

5.3. L'art. 341, comma 3, del Codice stabilisce:

Nel caso di:

- **accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa** (disciplinati dall'art. 61),
- **convenzioni di moratoria** (disciplinate dall'art. 62),
- **accordi di ristrutturazione omologati ai sensi dell'art. 63, comma 2-bis** (L'art. 39, comma 1, del d.lgs. n. 83 del 2022 ha sostituito le parole «dell'articolo 63, comma 2-bis» alle parole «dell'art. 48, comma 5»): il tribunale omologa gli accordi di ristrutturazione anche in mancanza di adesione da parte dell'amministrazione finanziaria o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie quando l'adesione è determinante ai fini del raggiungimento delle percentuali di cui agli artt. 57, comma 1, e 60, comma 1, e, anche sulla base delle risultanze della relazione del professionista indipendente, la proposta di soddisfacimento della predetta amministrazione o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie è conveniente rispetto all'alternativa liquidatoria),
si applicano le disposizioni previste al comma 2, lett. a).

5.4. Ci ha pensato, poi – come si è accennato – il d.lgs. n. 83 del 2022 a complicare le cose.

L'art. 25-*sexies*, comma 8, del Codice, inserito dal d.lgs. n. 83 del 2022, dispone l'applicabilità “in quanto compatibili” [*sic*] delle disposizioni incriminatrici di cui all'art. 341 ai casi di “concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio”.

Estensione illegittima poiché implica, nelle intenzioni del legislatore (malamente attuate), l'introduzione, in assenza di delega, di norme penali con effetti *in malam partem*.

In ogni caso, anche per porre rimedio alla violazione del principio di legalità, l'inserimento della comminatoria penale con riguardo al concordato semplificato andrebbe realizzato mediante modifica dell'art. 341.

6. Il punto 4) è quello che presenta i maggiori problemi.

6.1. L'art. 236-*bis* stabilisce al comma 1: «Il professionista che nelle relazioni o attestazioni di cui agli articoli:

- **67, terzo comma, lettera d)** (in relazione al piano privato di risanamento della esposizione debitoria dell'impresa, deve attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano);

- **161, terzo comma** (il piano del concordato preventivo e la relativa documentazione devono essere accompagnati da relazione che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano medesimo. Analoga relazione deve essere presentata nel caso di modifiche sostanziali della proposta o del piano);

- **182-bis** (la domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti e la relativa documentazione devono essere depositate unitamente ad una relazione sulla veridicità dei dati aziendali e sull'attuabilità dell'accordo, con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei nel rispetto di termini stabiliti dalla legge (**primo comma**); attestazione che deve essere rinnovata i) se prima dell'omologazione intervengono modifiche sostanziali del piano, ii) in caso di modifiche sostanziali degli accordi e iii) qualora dopo l'omologazione si rendano necessarie modifiche sostanziali del piano e l'imprenditore vi apporta le modifiche idonee ad assicurare l'esecuzione degli accordi (**ottavo comma**).

L'oggetto materiale delle falsità è costituito, nell'art. 236-*bis*, da relazioni e attestazioni. È legittimo dubitare, pertanto, se al novero delle «attestazioni» sia riconducibile anche la dichiarazione del professionista, prevista dal **sesto comma** dell'art. 182-*bis*, 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.

Nel Codice è stata introdotta una disciplina omogenea delle misure protettive per tutte le procedure (artt. 54 e 55) e una disposizione in tutto simile è contenuta nell'art. 54, comma 3, che, tuttavia, utilizza il termine «attestazione», non più «dichiarazione».

Come si dirà, peraltro, detta attestazione non rientra tra quelle la cui falsità è punita dall'art. 342 del Codice.

Ne deriva che quand'anche si dovesse ritenere che la dichiarazione di cui all'art. 182-*bis*, sesto comma, costituiva oggetto delle falsità repressi dall'art. 236-*bis*, si dovrebbe prendere atto della sopravvenuta abolizione del reato;

- **182-*quinquies*** [nel caso in cui il debitore – che abbia presentato domanda di ammissione al concordato preventivo, domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti, proposta di accordo ai sensi dell'art. 182-*bis*, sesto comma – sia autorizzato a contrarre finanziamenti, prededucibili ai sensi dell'art. 111, deve attestare che tali finanziamenti sono funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori (primo comma); quando è prevista la continuazione dell'attività aziendale, se il debitore delle rate del contratto di mutuo con garanzia reale gravante su beni strumentali all'esercizio dell'impresa ha, alla data della presentazione della domanda di ammissione al concordato, adempiuto le proprie obbligazioni o viene autorizzato dal tribunale al pagamento del debito per capitale ed interessi scaduto a tale data, deve attestare che anche 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 (settimo comma); il debitore che presenta domanda di ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale, anche ai sensi dell'art. 161 sesto comma, può chiedere al tribunale di essere autorizzato a pagare crediti anteriori per prestazioni di beni o servizi, ma deve attestare che tali prestazioni sono essenziali per la prosecuzione dell'attività di impresa e

funzionali ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori. L'attestazione del professionista non è necessaria per pagamenti effettuati fino a concorrenza dell'ammontare di nuove risorse finanziarie che vengano apportate al debitore senza obbligo di restituzione o con obbligo di restituzione postergato alla soddisfazione dei creditori (ottavo comma)];

- **182-septies** (questo articolo, sostituito dall'art. 20, comma 1, lett. e), d.l. 24 agosto 2021, n. 118, non prevede più attestazioni o relazioni del professionista; in precedenza l'attestazione dell'omogeneità della posizione giuridica e degli interessi economici fra i creditori interessati dalla moratoria era prevista dal sesto comma e riguardava la convenzione in moratoria, ora disciplinata dall'art. 182-*octies*, non richiamato dall'art. 236-*bis*, che, al primo comma, lett. d) prevede che sia attestata la veridicità dei dati aziendali, l'idoneità della convenzione a disciplinare provvisoriamente gli effetti della crisi, e la ricorrenza delle condizioni di cui alla lettera c). Se il rinvio, come sembra, recepisce anche le sopravvenute modificazioni alla disposizione richiamata, deve ritenersi che, in tema di convenzione di moratoria la falsa attestazione non è più prevista dalla legge come reato, sia per la soppressione del sesto comma dell'art. 187-*septies* che la prevedeva, sia per l'omesso richiamo, nell'art. 236-*bis*, dell'art. 187-*octies* che, nel comma 1, lett. d), la prevede);

- **186-bis** [in caso di concordato con continuità aziendale: deve attestare che la prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori (secondo comma, lett. b), la conformità al piano e la ragionevole

capacità di adempimento del contratto (quinto comma, lett. a)], 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.

Sul reato in esame v., tra gli altri, GUERINI, *La responsabilità del professionista attestatore nell'ambito delle soluzioni concordate per le crisi d'impresa*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, n. 2, 74 ss.; MEZZETTI, *Falso in attestazioni o relazioni*, in *Arch. pen.* 2015, n. 1, *on line*; MUCCIARELLI, *Il ruolo dell'attestatore e la nuova fattispecie penale di "Falso in attestazioni e relazioni"*, in *www.ilfallimentarista.it*, 2012; BRICCHETTI - PISTORELLI, *Operazioni di risanamento, professionisti nel mirino*, in *Guida dir.*, 2012, n. 29, 45.

6.2. Immutata la rubrica (*Falso in attestazioni e relazioni*), nell'art. 342 del Codice cambia in parte il testo del primo comma: «1. Il professionista che nelle relazioni o attestazioni di cui agli articoli 56 comma 4, 57, comma 4, 58 commi 1 e 2, 62, comma 2, lettera d), 87, comma 3 [l'art. 39, comma 2, del d.lgs. 83 ha sostituito le parole «87, commi 2 e 3» con le parole. «87, comma 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».

6.3. Dal raffronto emerge che l'art. 342 del Codice ha apportato modifiche all'art. 236-*bis* della legge fallimentare.

Le prime riguardano l'oggetto materiale delle falsità. In particolare, vi è corrispondenza;

- del richiamo dell'art. 236-*bis* all'art. 67, terzo comma, lett. d), della legge fallimentare con il richiamo dell'art. 342 all'art. 56, comma 4,

del Codice (ora diventato comma 3, a seguito della sostituzione del testo dell'art. 56 del Codice ad opera dell'art. 8, comma 1, del d.lgs. 26 ottobre 2020, n. 147, senza che sia intervenuta la modifica del richiamo contenuto nell'art. 342);

- del richiamo dell'art. 236-*bis* all'art. 182-*bis* (*recte* al primo comma di detto articolo) della legge fallimentare con il richiamo dell'art. 342 all'art. 57, comma 4, del Codice;

- del richiamo dell'art. 236-*bis* all'art. 182-*bis* (*recte* al settimo comma di detto articolo) della legge fallimentare con il richiamo dell'art. 342 all'art. 58, commi 1 e 2, del Codice;

- del richiamo dell'art. 236-*bis* all'art. 182-*bis* della legge fallimentare con il richiamo dell'art. 342 all'art. 62, comma 2, lett. d), del Codice;

- del richiamo dell'art. 236-*bis* all'art. 161, terzo comma, e all'art. 186-*bis* della legge fallimentare con il richiamo dell'art. 342 all'art. 87, comma 3, del Codice;

- del richiamo dell'art. 236-*bis* all'art. 182-*quinqüies*, quinto, sesto e settimo comma, della legge fallimentare con il richiamo dell'art. 342 all'art. 100, commi 1 e 2, del Codice,

mentre:

1) l'attestazione di cui all'art. 88, commi 1 e 2, del Codice, come modificato dall'art. 13, comma 4, del d.lgs. 26 ottobre 2020, n. 147 (nel concordato preventivo, il professionista deve attestare, relativamente ai crediti tributari e contributivi nella transazione fiscale, la convenienza del trattamento proposto rispetto alla liquidazione giudiziale e, nel concordato in continuità aziendale, la sussistenza di un trattamento non deteriore) 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. È stata, dunque, introdotta dal Codice una nuova fattispecie di reato;

2) l'attestazione di cui all'art. 90, comma 5, del Codice (in caso di proposte di concordato concorrenti, il professionista deve attestare 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 utilmente avviato la composizione negoziata ai sensi dell'art. 13. Il comma 4 stabilisce che la relazione di cui all'art. 87, comma 3, può essere limitata alla fattibilità del piano per gli aspetti che non siano già oggetto di verifica da parte del commissario giudiziale, e può essere omessa se non ve ne sono) era prevista anche dall'art. 163, quinto comma, della legge fallimentare, che non era, tuttavia, richiamato nell'art. 236-*bis*. Si è, dunque, anche in tal caso in presenza di nuova incriminazione. Sulle nuove incriminazioni pende, inevitabile, un dubbio di legittimità costituzionale, data l'assenza di delega, sempre che non si ritenga sufficiente (ma sembra improbabile) l'art. 1, comma 2, della legge delega che stabilisce che nell'esercizio della delega il Governo «cura altresì il coordinamento con le disposizioni vigenti, anche modificando la formulazione e la collocazione delle norme non direttamente investite dai principi e criteri direttivi di delega, in modo di renderle ad essi conformi ...».

6.4. Un'altra importante modificazione è stata apportata dall'art. 342. Si tratta dell'aggiunta, dopo l'aggettivo “rilevanti”, delle parole «in

ordine alla veridicità dei dati contenuti nel piano o nei documenti ad esso allegati».

Per comprendere la portata di questa modificazione si deve ripartire dall'art. 236-*bis*.

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

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

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

Le varie attestazioni sono – come si è visto – essenzialmente finalizzate a assicurare in ordine alla funzionalità di finanziamenti, prestazioni e attività alla migliore soddisfazione dei creditori e,

soprattutto, in ordine alla veridicità dei dati aziendali e alla fattibilità del piano (di attuabilità dell'accordo parla l'art. 182-*bis* legge fallimentare).

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

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

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

Cfr. MUCCIARELLI, *Il ruolo dell'attestatore*, cit., secondo il quale «anche il giudizio prognostico sulla fattibilità del piano costituisce, nella sua oggettività, un'informazione (consistente nella notizia dell'esistenza di un piano attestato come fattibile)» e «analoga considerazione vale per i termini funzionalità (rispetto alla migliore soddisfazione dei creditori) ovvero essenzialità (per proseguire l'attività d'impresa), di cui parlano gli artt. 182- *quinquies* e 186-*bis*»; MEZZETTI, *Falso in attestazioni o relazioni*, cit., il quale ipotizza che, stando alla generica formulazione letterale

dell'art. 236-*bis*, il rimprovero può essere legato «non solo alla genuinità dei dati numerici, ma anche all'attendibilità della valutazione discrezionale espressa dal professionista, elemento che ... può presentare aspetti di conflitto con l'indice doloso di riferibilità soggettiva richiesto dalla fattispecie».

Ma nell'art. 342 del Codice, dopo l'aggettivo “rilevanti”, sono state – come si è avuto modo di dire – aggiunte le parole «in ordine alla veridicità dei dati contenuti nel piano o nei documenti ad esso allegati».

È indubitabile che si tratti di parole che incidono sul fatto tipico, riducendo l'area di penale rilevanza e quindi determinando una parziale *abolitio criminis*.

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

È, in ogni caso, rimasta l'ambiguità sintattica di cui sopra si è detto. Non vi è motivo, però, di risolverla diversamente, anche se nella Relazione illustrativa (p. 239) si legge che, attraverso l'introduzione dell'art. 342, si è precisato «il contenuto delle informazioni rilevanti la cui omissione costituisce reato».

È, tuttavia, improbabile che questa generica affermazione possa ritenersi espressione di una consapevole *voluntas legis*; assai più probabile è che le implicazioni della stessa siano sfuggite al redattore. In sintesi, il professionista incorre in responsabilità per il reato in esame qualora ometta di riferire rilevanti informazioni vere o esponga

rilevanti informazioni false in ordine alla veridicità dei dati contenuti nel piano o nei documenti ad esso allegati.

La valutazione di fattibilità economica da parte del professionista attestatore è ancora prevista, ma la sua falsità non rientra nell'orbita del grave reato in esame e questo vale anche per le altre valutazioni previste nelle varie attestazioni e relazioni.

La modifica è “favorevole”; ne consegue la retroattività, fermo restando che questa operazione normativa non era prevista dalla delega.

6.5. Va detto, per concludere che l'art. 342 del Codice dovrebbe essere integrato.

Il riferimento è all'art. 64-*bis*, comma 3, e all'art. 284, comma 5, introdotti dal d.lgs. n. 83 del 2022 che, con riguardo rispettivamente al piano di ristrutturazione soggetto a omologazione e a concordato, accordi di ristrutturazione e piano attestato di gruppo, stabiliscono che il professionista attesti la veridicità dei dati aziendali.

7. Un accenno, per concludere, sulle linee di riforma.

Oltre a quanto si detto finora, va ribadito che la bancarotta nel caso di strumenti di regolazione della crisi d'impresa indicati nell'art. 342 è uno degli snodi fondamentali. Proprio per lo spirito che anima la riforma. Ma va allargata la prospettiva.

Società e consorzi, protagoniste della realtà economica contemporanea, devono essere portate al centro del sistema, ribaltando l'attuale prospettiva, incentrata sull'imprenditore individuale, da disciplinare in via residuale.

Va messa a punto una corretta lettura selettiva delle condotte di bancarotta fraudolenta patrimoniale. Già ci ha pensato la giurisprudenza degli ultimi anni, ribadendo, in sintonia con la migliore elaborazione dottrinale, che le condotte incriminate devono essere in concreto pericolose per l'interessi patrimoniale dei creditori oggetto di tutela.

Ma c'è chi ritiene che si dovrebbe fare di più, intervenire sulla norma, tipizzare una zona di rischio penale nella quale dovrebbe collocarsi la condotta per essere penalmente rilevante.

C'è poi l'analoga esigenza di una selettiva oggettivazione della bancarotta preferenziale, la cui offensività è oggi imperniata sul contenuto del dolo specifico.

Va eliminata la bancarotta da reato societario (fatti dolosi, integranti reati societari, causativi del dissesto: art. 223, secondo comma, n. 1, della legge fallimentare e art. 329, comma 2, n. 1, del Codice), perversa norma speciale punita con la stessa pena di quella generale (fatti dolosi causativi del dissesto: art. 223, secondo comma, n. 1, della legge fallimentare e art. 329, comma 2, n. 2 del Codice)

Deve essere razionalizzata la bancarotta semplice, rimarcandone le natura colposa e mantenendo solo le ipotesi che già ora la esprimono. Occorre, poi, dare vita ad un sistema riparativo chiaro ed efficace, funzionale al recupero dell'impresa o dei beni sottratti alla medesima e ai suoi creditori: dalla bancarotta riparata, a circostanze attenuanti "consistenti" imperniate sul risarcimento del danno, ad eventuali cause di estinzione del reato.

Vanno eliminate le norme incriminatrici obsolete che prevedono

condotte di mera disobbedienza prive di per sé di concreta offensività, come d es. la denuncia di creditori inesistenti e altre inosservanze da parte dell'imprenditore in liquidazione giudiziale (artt. 327 e 332 del Codice).

Le ipotesi di responsabilità penale del curatore e delle persone che lo coadiuvano nell'amministrazione della liquidazione giudiziale devono essere ricondotte allo statuto penale dei pubblici ufficiali in generale, anche in considerazione del fatto che le norme incriminatrici di peculato, concussione, corruzioni, ecc. coprono ogni possibile condotta penalmente illecita del curatore e dalle persone che lo coadiuvano.

E, non ultimo, le disposizioni processuali, ferme in sostanza al 1930, vanno interamente scritte o, comunque, riscritte.