



5/2018

OSSERVAZIONI PENALISTICHE 'A PRIMA LETTURA' SUL PROGETTO DI CODICE DELLA CRISI E DELL'INSOLVENZA

di Pietro Chiaraviglio

Abstract. *Il presente contributo raccoglie alcune riflessioni sulle implicazioni penalistiche e processual-penalistiche del recente schema di decreto legislativo attuativo della l. 19 ottobre 2017 n. 155, recante una delega per la riforma delle discipline delle crisi d'impresa e dell'insolvenza. In particolare, sono prese in considerazione sia le (non numerose) disposizioni direttamente incidenti sulla materia penale, sia alcuni fra i possibili effetti espansivi o riduttivi della responsabilità penale scaturenti dal nuovo assetto del diritto concorsuale dell'insolvenza.*

SOMMARIO: 1. L'iter normativo. – 2. Le novità di diritto penale sostanziale – 2.1. La mancata riformulazione delle fattispecie incriminatrici della bancarotta e la scomparsa del «fallimento». – 2.2. La causa di non punibilità per i reati di bancarotta e l'attenuante ad effetto speciale previste dall'art. 28 comma 2 della bozza di Codice. – 2.3. La disciplina della responsabilità dei sindaci. – 2.4. Le novità di diritto sostanziale in tema di responsabilità dell'ente. – 2.5. Ulteriori considerazioni sparse. – 3. I rapporti tra liquidazione giudiziale e le misure penali – 3.1. Le disposizioni processuali della legge delega. – 3.2. Il rapporto tra misure cautelari nel processo penale (e nel processo all'ente) e la liquidazione giudiziale. – 3.3. Le novità in tema di processo all'ente: cenni. – 3.4. I rapporti tra liquidazione giudiziale e procedimento di prevenzione. – 4. Qualche considerazione conclusiva.

1. L'iter normativo.

Il decreto legislativo di riforma della c.d. legge fallimentare, destinata ad essere sostituita dal Codice della crisi e dell'insolvenza, ha avuto, *rectius* sta avendo¹, un percorso lungo e travagliato.

Per collocarsi al momento iniziale di questo, auspicato, percorso riformatore è necessario risalire addirittura al 28 gennaio 2015 quando il Ministro della Giustizia istituì una Commissione, presieduta dal Pres. Rordorf, incaricata del compito di sottoporre al

¹ Poiché, com'è noto, la bozza di decreto legislativo è stata presentata al Governo, nell'ultima versione, a fine febbraio 2018 e, da allora, è in attesa dell'esame ed approvazione preliminare da parte del Consiglio dei Ministri.



5/2018

governo «*proposte di interventi di riforma, ricognizione e riordino della disciplina delle procedure concorsuali*».

I lavori della Commissione si protrassero quasi per un anno, fintantoché, il 29 dicembre 2015 venne consegnata al Ministro una bozza di articolato di legge delega per la «Riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza», corredata dalla relativa Relazione ad opera della Commissione².

Lo schema di legge delega fu abbastanza rapidamente assegnato alla Camera per la discussione (atto n. C. 3761, presentato il giorno 11 marzo 2016), ma questo primo passaggio parlamentare richiese molto tempo. Infatti, solo il 1° febbraio 2017 la Camera approvò il disegno di legge delega in questione che, nel frattempo, aveva mutato numero (C. 3761-*bis*) per effetto dello stralcio della disciplina originariamente prevista in tema di riforma dell'Amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi (D.lgs. n. 270/1999) e delle sue numerose 'gemmazioni': principalmente il c.d. Decreto Marzano (d.l. n. 347/2003 conv. in l. n. 34/2009, afferente all'insolvenza Parmalat) e il d.l. n. 134/2008 conv. in l. n. 166/2008 (afferente alla crisi di Alitalia).

Nel d.d.l. approvato alla Camera confluirono, inoltre, altri progetti di legge focalizzati su aspetti specifici, come la modifica della disciplina della Crisi da sovraindebitamento e la riformulazione dei diritti del fallito nella procedura di fallimento.

Importante segnalare sin d'ora che, la Camera apportò alcune modifiche al testo licenziato dalla prima Commissione Rordorf, talune proprio inerenti alla materia penale³.

Dopo l'esame della Camera, il disegno di legge venne presentato al Senato (n. S-2681) dove trovò definitiva approvazione solo il giorno 11 ottobre 2017, sfociando nella legge 19 ottobre 2017 n. 155.

Una volta cristallizzatasi la legge delega, il Governo si è impegnato alla sua attuazione in tempi compatibili con l'oramai prossima fine della legislatura; a questo scopo la seconda Commissione Rordorf – istituita proprio per provvedere alla redazione di un articolato contenente l'attuazione delle delega – con una rapidità davvero fuori dalla norma ha elaborato uno schema di decreto legislativo, consegnato al Ministro della Giustizia in data 22 dicembre 2017⁴.

Successivamente, verso la fine del mese di febbraio 2018, la seconda Commissione Rordorf ha trasmesso al Ministro una versione riveduta e corretta dell'articolato, in uno con la Relazione illustrativa⁵, ma, finora, il governo non l'ha ancora posta all'ordine del giorno di un Consiglio dei Ministri.

² Entrambi i documenti sono reperibili sul sito dell'Osservatorio della crisi d'impresa, all'indirizzo www.osservatorio-oci.org, nella rubrica *Riforma delle leggi sull'insolvenza*.

³ V., *infra*, par. 2.2.

⁴ Anche questa prima bozza di articolato è reperibile sul sito dell'Osservatorio della crisi d'impresa, v. nota 2.

⁵ Pure la seconda bozza di articolato e la relazione illustrativa sono reperibili nel medesimo sito di cui alla nota precedente.

Al di là delle intuibili ragioni per le quali, verosimilmente, il Codice della crisi e dell'insolvenza (d'ora in poi, il Codice) non è ancora diventato legge⁶, appare estremamente utile analizzare le innovazioni che si stanno affacciando nell'ordinamento penal-fallimentare, nell'ottica di verificare se, nei vari passaggi fra Consiglio dei Ministri e Commissioni parlamentari, vi è un margine di miglioramento del testo come attualmente formulato.

2. Le novità di diritto penale sostanziale.

L'emanando Codice della crisi e dell'insolvenza riforma in modo radicale il tradizionale diritto delle procedure concorsuali, introducendo istituti sconosciuti alla legge fallimentare quale, ad es., il procedimento di composizione assistita della crisi⁷, finalizzato all'emersione anticipata – *i.e.* prima dell'irreversibile insolvenza – dello stato di crisi, che trova puntuale ed innovativa definizione all'art. 2 n. 1 della bozza di Codice.

Se, quindi, in relazione agli aspetti "fallimentaristici", ma anche di diritto societario⁸ e di diritto civile⁹, vi è un'ampia materia di discussione¹⁰, l'intervento sull'area penalistica appare decisamente di minor portata e, fondamentale, si limita ad alcuni, per quanto rilevanti, aspetti specifici che saranno di seguito illustrati in modo necessariamente rapsodico, nei limiti imposti dal presente contributo.

⁶ Legate, ovviamente, alle elezioni politiche ed alla formazione del nuovo Governo. Non si può sapere, allo stato, se la bozza di decreto legislativo verrà approvata o meno; l'unico dato certo è che la delega legislativa scadrà il 14 novembre 2018 (un anno dall'entrata in vigore della l. n. 155/2017).

⁷ Procedimento che, secondo l'art. 21 comma 1 della bozza di Codice prende avvio con l'audizione dell'imprenditore, in via riservata e confidenziale, da parte del collegio costituente l'Organismo di composizione della crisi il quale, d'intesa col debitore, individua le misure idonee a porre rimedio alla crisi. Successivamente, ai sensi dell'art. 22 comma 1, su istanza del debitore il collegio tramite il proprio relatore, può essere incaricato di seguire le trattative con i creditori per un periodo di novanta giorni, prorogabili fino a centottanta, per la ricerca di una soluzione concordata della crisi d'impresa. Se non si raggiunge un accordo il collegio invita l'imprenditore ad accedere ad una procedura concorsuale in senso proprio (art. 24 comma 1) e, in difetto, informa il Pubblico Ministero ai fini della richiesta di apertura della liquidazione giudiziale (art. 25 comma 1).

⁸ Previste dall'art. 14 l. n. 155/2017

⁹ Di cui agli artt. 10 e 11 della l. n. 155/2017

¹⁰ Testimoniata dai non pochi contributi in argomento; cfr., fra gli altri, M. FABIANI, *Etica, legalità e crisi d'impresa tra diritto ed economia al tempo delle riforme*, in *Il fall.*, 2017, p. 1262 ss.; G. LO CASCIO, *La nuova legge delega sulle procedure concorsuali fra diritto ed economia*, in *Il fall.*, 2017, p. 1253 ss.; S. DE MATTEIS, *I principi generali della legge delega di riforma delle procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2017, p. 1291; A. BENOCCI, *Dal fallimento alla liquidazione giudiziale: rivoluzione culturale o make-up di regolamentazione?*, in *Giur. comm.*, I, 2017, p. 759 ss.; O. CAGNASSO, *Il diritto societario della crisi fra passato e futuro*, in *Giur. comm.*, I, 2017, p. 33 ss.

2.1. La mancata riformulazione delle fattispecie incriminatrici della bancarotta e la scomparsa del «fallimento».

Il dato immediatamente percepibile della riforma attualmente in discussione è rappresentato, in negativo, dall'aver estromesso la bancarotta dal campo di intervento della legge delega e, conseguentemente, del decreto attuativo.

Non solo negli ultimi tempi, sono state numerose le istanze di riformulazione delle fattispecie di bancarotta¹¹, autorevolmente marchiate come «*vetusto arnese*»¹² non più in sintonia con la fisiologia e la fisionomia del diritto concorsuale.

Ed è vieppiù interessante notare come del medesimo avviso fossero anche i componenti della Commissione Rordorf che ha elaborato la bozza di legge delega, i quali, in un paragrafo della Relazione di accompagnamento evocativamente intitolato «*Una lacuna da colmare. La disciplina penale dell'insolvenza*»¹³, evidenziarono la necessità di porre mano alla riforma della bancarotta «*in presenza di una rivisitazione generale della materia cui (...) è sotteso un diverso modo di porsi del legislatore di fronte al fenomeno dell'insolvenza*»¹⁴, sottolineando, al contempo, l'assenza di un incarico dal Governo alla Commissione volto alla riformulazione delle disposizioni incriminatrici della legge fallimentare.

Ed infatti, come già capitato in passato¹⁵, il legislatore delegante non ha ritenuto di porre mano alle quasi ottuagenarie fattispecie di bancarotta¹⁶; senza che sia chiaro se questa scelta possa essere ricondotta a motivate *rationes* politico-criminali.

L'unico aspetto di riforma che interviene sulla formulazione della bancarotta è rappresentato dagli effetti della scelta di eliminare il termine «fallimento» dal tessuto normativo del nuovo Codice, con ciò cercando di ovviare allo stigma sociale che, normalmente, accompagnava il fallito.

Nell'ovvia necessità di coordinamento imposta da questo cambio di paradigma terminologico, il legislatore delegante ha espressamente precisato che «*ferma la continuità delle fattispecie criminose*» nel testo dell'emanando Codice il termine «fallimento» ed i suoi derivati andavano sostituiti con l'espressione «liquidazione giudiziale» (art. 2 comma 1 lett. a, l. n. 155/2017).

¹¹ V., ad es., L. CONTI, *I reati fallimentari*, Torino, 1991, p. 24 ss. e, più di recente, A. ROSSI, *Illeciti penali nelle procedure concorsuali*, in *Trattato di diritto penale*, a cura di C.F. Grosso – T. Padovani – A. Pagliaro, Milano, 2014, p. 8 ss.

¹² C. PIERGALLINI, «*Civile*» e «*Penale*» a perenne confronto: l'appuntamento di inizio millennio, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 1304.

¹³ Relazione allo schema di legge delega per la riforma delle procedure concorsuali, p. 49.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Ad esempio, in occasione della riforma organica della legge fallimentare operata dal d.lgs. 9 gennaio 2006 n. 5 e dal successivo correttivo di cui al d.lgs. 12 settembre 2007 n. 169.

¹⁶ In senso critico rispetto a questa 'occasione mancata' si pone la dottrina, anche non penalistica: A. DI AMATO, *Riforma organica della legge fallimentare, unità dell'ordinamento, conseguenze sulla disciplina penale del fallimento*, in *Riv. dir. impr.*, 2016, p. 623 ss.; A. PERINI, *Profili penali del disegno di legge 3671-bis Governo, recante la delega al Governo per la riforma della disciplina della crisi e dell'insolvenza*, in *Nuovo dir. soc.*, 2017, 4, p. 22 ss.; G. LO CASCIO, *Legge fallimentare vigente e prospettive future*, in *Il fall.*, 2016, p. 385 ss.

Si tratta, a prima, vista di un'operazione neutra sulla fisionomia delle fattispecie di bancarotta, che continuano a necessitare dell'apertura della procedura concorsuale per arrivare a completa integrazione¹⁷ o che, rispetto alla liquidazione giudiziale, devono essere causalmente efficienti (come nel caso della bancarotta per dolo o per effetto di operazioni dolose).

Tuttavia, già solo l'opera di ammodernamento semantico delle fattispecie di bancarotta presenta qualche incongruenza posto che, mentre per la bancarotta individuale fraudolenta e semplice i nuovi artt. 339 e 340 della bozza del Codice stabiliscono la responsabilità dell'imprenditore «*se è dichiarato in liquidazione giudiziale*», il successivo art. 345, in tema di bancarotta fraudolenta societaria, conferma la responsabilità per i consueti soggetti attivi che operano in «*società in liquidazione giudiziale dichiarate insolventi*» salvo, per la bancarotta societaria semplice (art. 346), ritornare all'individuazione dei soggetti qualificati di «*società dichiarate in liquidazione giudiziale*». Simile differenza del dato testuale, probabilmente catalogabile come refuso, potrebbe essere utilmente corretta nei prossimi passaggi della bozza del Codice.

Ovviamente, l'intervento sostitutivo riguarda anche la vigente ipotesi di cui all'art. 223 comma 2 n. 2 l. fall. che, nella nuova versione dell'art. 345 comma 2 n. 2 della bozza di Codice assumerebbe la seguente fisionomia «*hanno cagionato con dolo o per effetto di operazioni dolose la liquidazione giudiziale della società*». La nuova formulazione dell'evento nei reati di bancarotta per operazioni dolose non sembra idonea a contenere la *vis expansiva* giurisprudenziale che, pacificamente, oggi accumuna l'evento-fallimento all'evento-aggravamento del dissesto già in atto¹⁸. Difatti, nonostante l'espressione «fallimento» presente nell'art. 223 comma 2 n. 2 l. fall. rimandi alla sentenza dichiarativa di fallimento ovvero, secondo la prevalente dottrina¹⁹, alle condizioni patrimoniali e finanziarie che ne sono il presupposto, e la «liquidazione giudiziale» sia un concetto normativo definito dall'art. 2 n. 12 della bozza di Codice come «*la procedura concorsuale già denominata fallimento*» – e cioè non solo la sentenza di apertura della procedura, legata a doppio filo con i relativi presupposti, ma l'intero processo concorsuale – appare sin d'ora prevedibile che simile differenza di prospettiva non sarà sufficiente a scardinare l'assunto pretorio secondo cui l'approfondimento della dimensione quantitativa del dissesto può essere concausa dell'evento-fallimento²⁰ e, nell'ottica della bozza di Codice, dell'instaurazione e svolgimento della procedura di liquidazione giudiziale.

¹⁷ In termini di elemento del fatto o di condizione obiettiva di punibilità

¹⁸ Cfr., ad es., C. FARINA, *I reati fallimentari*, in *Diritto penale dell'economia*, a cura di R. Rampioni, Torino, 2016, p. 258 (ove l'Autore richiama le considerazioni effettuate a p. 250 in tema di bancarotta da precedente reato societario) e A. ROSSI, *Reati fallimentari*, in F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, II, a cura di C.F. Grosso, Milano, 2018, p. 251 ss.

¹⁹ C. PEDRAZZI, *Art. 223*, in *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, in *Commentario alla legge fallimentare Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Roma-Bologna, 1995, p. 315. In senso concorde v. A. PERINI – D. DAWAN, *La bancarotta fraudolenta*, Padova, 2001, p. 318.

²⁰ V., ad es., Cass. sez. V, 20 maggio 2014 (dep. 2 ottobre 2014) n. 40998, Rv. 262189 ed i precedenti *ivi* citati.

2.2. *La causa di non punibilità per i reati fallimentari e l'attenuante ad effetto speciale previste dall'art. 28 comma 2 della bozza di Codice.*

Un elemento di sicuro impatto della prospettata riforma è rappresentato dall'introduzione di una causa di non punibilità per i più rilevanti reati fallimentari.

L'art. 28 della bozza di Codice, rubricato «*Misure premiali*», stabilisce al comma 2 che «*La tempestiva proposizione dell'istanza all'organismo di composizione assistita della crisi d'impresa o della domanda di accesso a una procedura concorsuale esclude la punibilità dei reati di cui agli artt. 339, 340, 341, 345, 346, 347, 349 e 358, quando a seguito della stessa viene aperta, su iniziativa del debitore, una procedura di liquidazione giudiziale o di concordato preventivo ovvero viene omologato un accordo di ristrutturazione dei debiti e quando risulta che è stato cagionato un danno di speciale tenuità*».

Ad un primo sguardo, questa nuova causa di non punibilità sembra riguardare un'ipotesi speciale di particolare tenuità del fatto *ex art. 131-bis c.p.*, sganciata da alcuni requisiti previsti dal codice penale (abitudine del comportamento, misura massima della cornice edittale) ed applicabile a tutte le fattispecie di bancarotta previste dalla bozza di Codice (artt. 339, 340, 345 e 346), al ricorso abusivo al credito (artt. 341 e 347), ai reati dell'istitutore (art. 349²¹) e, infine, ai reati commessi in sede di concordato preventivo o di accordo di ristrutturazione (art. 358).

Tuttavia, per un corretto inquadramento del nuovo istituto, è necessario partire dalla constatazione del fatto che, nell'ottica della prima Commissione Rordorf, l'esigenza di favorire al massimo l'emersione anticipata della crisi tramite il ricorso volontario dell'imprenditore in difficoltà all'Organismo di composizione assistita della crisi era affidata a strumenti repressivi e non premiali.

Infatti, nella bozza di articolato di legge delega consegnato al Governo, all'art. 4 lett. g) si individuano misure premiali per l'imprenditore che ricorre tempestivamente alla procedura di composizione assistita, ma anche «*misure sanzionatorie per l'imprenditore che ingiustificatamente la ostacola o non vi ricorra, pur in presenza dei relativi presupposti, ivi compresa l'introduzione di un'ulteriore fattispecie di bancarotta semplice ai sensi degli articoli 217 e 224 del regio decreto 16 marzo 1942 n. 267*».

L'ipotizzato accrescimento quantitativo dell'area del penalmente rilevante²², non ha trovato consensi nella lettura parlamentare: il d.d.l. C. 3761-bis approvato alla Camera si ispira, sul punto, ad una logica di sola premialità, poi riversata nei medesimi termini nella legge delega n. 155/2017, che all'art. 4 lett. h) così dispone: «*prevedere misure premiali (...) in favore dell'imprenditore che ha tempestivamente proposto l'istanza (di composizione assistita della crisi) o che ha 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; includere tra le misure premiali (...) la causa di non punibilità per il delitto di bancarotta semplice e per gli altri reati previsti dalla legge fallimentare,*

²¹ Che, però, richiama anche l'art. 343 in tema di denuncia di crediti inesistenti, con il risultato che la causa di non punibilità si applica all'istitutore che inserisce nel passivo creditori fittizi, ma non all'imprenditore o all'amministratore che compiono la medesima condotta.

²² Cfr. A. PERINI, *Profili penali del disegno di legge 3671-bis*, cit., p. 30 ss.

quando abbiano cagionato un danno patrimoniale di speciale tenuità ai sensi dell'art. 219, terzo comma, del regio decreto 16 marzo 1942 n. 267».

La legge delega, come si può notare, introduce un dubbio interpretativo al quale, come si è visto, la bozza di Codice offre una soluzione condivisibile, ma non priva di aspetti problematici.

Infatti, ove la l. n. 155/2017 si riferisce alla non punibilità per «*la bancarotta semplice e per gli altri reati previsti dalla legge fallimentare*» si pone un'evidente alternativa ermeneutica:

- (a) si interpreta in maniera letterale un testo involuto e, siccome fra gli "altri reati" previsti dalla legge fallimentare e diversi dalla bancarotta semplice vi è anche la bancarotta fraudolenta, si giunge al risultato di includere anche quest'ultima nell'ambito della introducenda causa di non punibilità; questa è stata la scelta della seconda Commissione Rordorf²³ che, tuttavia, partendo da queste basi avrebbe coerentemente dovuto introdurre nel perimetro della non punibilità tutti gli altri reati previsti dalla legge fallimentare e non solo quelli evocati all'inizio del presente paragrafo²⁴:
- (b) si valorizza il solo riferimento alla bancarotta semplice per escludere che, nella *voluntas legis*, la causa di non punibilità abbracciasse anche le ipotesi di bancarotta fraudolenta; questa impostazione, forse più corretta, finisce però con lo sminuire la portata della nuova norma posto che la cornice edittale della bancarotta semplice avrebbe già consentito l'applicazione dell'art. 131-bis c.p. – in presenza di condotte non abituali – così come per il delitto di ricorso abusivo al credito (e, a ben vedere, ciò vale anche per l'ipotesi di bancarotta preferenziale).

Se, quindi, la scelta della seconda Commissione Rordorf appare condivisibile nel restituire alla causa di non punibilità dell'art. 28 della bozza di Codice uno spazio applicativo autonomo rispetto alle regole codicistiche di parte generale, la strada verso l'applicazione di questa norma appare sin d'ora in salita.

Innanzitutto, non si può non notare una certa complessità nei requisiti, *in primis* l'istanza di composizione (o di altra procedura concorsuale) deve essere tempestiva e cioè, secondo l'art. 27 della bozza di Codice deve avvenire entro tre mesi (sei mesi per le altre procedure concorsuali) dall'oggettivo avverarsi di uno dei tre indici patrimoniali previsti dalla stessa disposizione²⁵, senza che nel testo della legge si possa rintracciare un elemento cui agganciare l'effettiva conoscenza del debitore rispetto al venire in essere dei menzionati indicatori.

²³ Che, esplicitamente, nella Relazione illustrativa all'art. 28 rimanda a condotte poco lesive che non inficiano, se non minimamente, il soddisfacimento dei creditori che, tuttavia, in seguito al fallimento assumono rilevanza di bancarotta fraudolenta.

²⁴ Ad es. i reati commessi dai soci illimitatamente responsabili ex art. 344 della bozza di Codice.

²⁵ Debiti per salari e stipendi scaduti da almeno 60 giorni per ammontare pari ad oltre la metà del monte salari complessivo; debiti verso fornitori scaduti da almeno 120 giorni per ammontare superiore a quello dei debiti non scaduti; il superamento nell'ultimo bilancio o per oltre tre mesi, degli indici di crisi che saranno elaborati dal Consiglio nazionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili ai sensi dell'art. 16 della bozza di Codice.



5/2018

In secondo luogo, a seguito della presentazione dell'istanza di composizione, il debitore deve farsi nuovamente parte diligente e, alle prime avvisaglie di un esito infausto del procedimento di composizione assistita, richiedere in quel contesto l'apertura di una procedura concorsuale in senso proprio, anticipando eventuali richieste analoghe da parte dell'Organismo di composizione al Pubblico Ministero (art. 25 della bozza di Codice) o dei creditori.

In terzo luogo, la nota forse maggiormente dolente riguarda proprio la tenuità del danno. Come si è visto questa modalità di lesione nella l. n. 155/2017 è espressamente parametrata all'attenuante speciale ad effetto speciale di cui al vigente art. 219 comma 3 l. fall. È ben noto, infatti, che tale circostanza attenuante è applicata in modo molto prudente dalla giurisprudenza, che tende a limitarne l'operatività a situazioni il cui danno è di consistenza particolarmente trascurabile²⁶. Ne discende una prognosi poco fausta sulla reale possibilità applicativa di questa causa di non punibilità, che potrebbe finire con l'essere relegata ad ipotesi di assenza di danno le quali, indipendentemente dalla nuova norma, potrebbero essere più correttamente inquadrare nel capitolo della tipicità – *sub specie* di offensività – piuttosto che in quello della punibilità.

In ultimo, sebbene l'art. 28 della bozza di Codice non lo preveda espressamente, la nuova causa di esclusione della punibilità non potrà che riguardare fatti pregressi al deposito dell'istanza di composizione assistita della crisi o di accesso ad una procedura concorsuale. Diversamente opinando – ammettendo, cioè, che la non punibilità possa riguardare fatti intercorsi fra l'accesso iniziale alla procedura di composizione e il momento successivo di apertura della liquidazione giudiziale – si consegnerebbe all'imprenditore un salvacondotto utilizzabile a propria discrezione in relazione a comportamenti futuri, che rimarrebbero non punibili se 'continenti' dal punto di vista della loro dannosità verso i potenziali creditori concorsuali.

L'art. 28 della bozza di Codice contiene anche una particolare attenuante speciale ad effetto speciale prevista nel secondo periodo del secondo comma: «*la pena è ridotta fino alla metà quando, fuori dai casi di speciale tenuità del danno, all'apertura della procedura concorsuale il valore dell'attivo inventariato od offerto ai creditori superi il quinto dell'ammontare dei debiti*».

Questa disposizione di per sé non pone particolari problemi ermeneutici in quanto prevede una diminuzione di pena per i reati previsti dalla prima parte del secondo comma dell'art. 28 della bozza di Codice (i medesimi cui si applica la causa di esclusione della punibilità appena sinteticamente illustrata) in presenza di un attivo che mantenga una certa proporzione con il passivo²⁷.

²⁶ Cfr., ad es., Cass. sez. V, 20 febbraio 2015 (dep. 16 aprile 2015) n. 15976, Rv. 263247 ove l'importo oggetto di distrazione di beni di una s.r.l. ammontava a poco più di euro 7.000, e le relative condotte erano avvenute un anno prima del fallimento; oppure. Cass. sez. V, 5 giugno 2014 (dep. 11 novembre 2014) n. 46479, in *Guida dir.*, 2015, 8, p. 69, che enuncia il principio in tema di danno da bancarotta documentale ritenendo l'attenuante configurabile quando il danno non sussiste o non è dimostrato. Per altro, è ancora radicato nei Giudici di legittimità l'orientamento secondo cui il danno di modesta entità è, in buona sostanza, escluso da un passivo rilevante: v. Cass. sez. V, 2 marzo 2015 (dep. 24 aprile 2015) n. 17351, in *Cass. pen.*, 2016, p. 358 e, in tempi più risalenti, Cass. sez. V, 9 aprile 2003 (dep. 15 maggio 2003) n. 21353, Rv. 224889.

²⁷ Semmai in questo caso i problemi si potrebbero porre in caso di non rispondenza fra valori accertati al

L'aspetto che, invece, desta qualche perplessità riguarda l'aderenza della bozza di Codice rispetto ai parametri della legge delega che, sul punto, stabilisce che il Governo è autorizzato a: «*includere tra le misure premiali (...) la 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 ai sensi dell'art. 219, terzo comma, del regio decreto 16 marzo 1942 n. 267, un'attenuante ad effetto speciale per gli altri reati*» (art. 4 lett. h) l. 155/2017).

La disposizione da ultimo citata non brilla per chiarezza, ma pare proprio di poter affermare che nella legge delega non vi è traccia di un criterio quantitativo di raffronto tra attivo e passivo della procedura e che, invece, l'attenuante ad effetto speciale sia anch'essa legata alle ipotesi di tenuità del danno, ma per reati diversi da quelli previsti dalla legge fallimentare.

L'ipotesi non è infrequente nella prassi, basti pensare alle situazioni in cui un imprenditore fallito è imputato di bancarotta per operazioni dolose per aver sistematicamente omesso il versamento dell'i.v.a.: secondo costante giurisprudenza, il reato fallimentare non assorbe quello tributario²⁸ ed il soggetto che, in ipotesi, ha causato un danno di particolare tenuità²⁹ – che difficilmente potrebbe godere della disciplina dell'art. 131-*bis* c.p. avendo reiteratamente violato l'art. 10-*ter* d.lgs. 74/2000 – potrebbe beneficiare, in base all'assetto scaturente dalla legge delega, della riduzione di pena per il reato tributario, oltre che della causa di esclusione della punibilità per il reato fallimentare.

Nelle intenzioni del legislatore delegato, tuttavia, l'attenuante in discussione è, innanzitutto, prevista indipendentemente dalla tenuità del danno arrecato ai creditori e, poi, si applica ai reati concorsuali in presenza di un attivo sufficientemente capiente rispetto al passivo. Pare proprio che l'assetto previsto dalla bozza di Codice fatichi a trovare una base coerente nella legge n. 155/2017 e, pertanto, appare probabile che sul punto di porranno problemi di legittimità dell'esercizio della delega.

2.3. La disciplina della responsabilità dei sindaci.

Un'altra norma della bozza di Codice, apparentemente destinata a risolvere profili di responsabilità civile dei sindaci, non può non attrarre l'attenzione del penalista.

Ci si riferisce all'art. 17, in particolare al comma 3, che introduce una forma di esonero della responsabilità solidale – con gli amministratori – per i sindaci (e per altri organi di controllo) che pongono in essere le attività indicate dalla stessa disposizione.

momento di apertura della procedura e quelli risultanti al momento dell'emissione della sentenza di condanna.

²⁸ V. da ultimo, Cass. sez. V, 14 luglio 2017 (dep. 22 settembre 2017) n. 43967, Rv. 271612.

²⁹ Va tenuto presente che l'effetto di aggravamento del dissesto causato dall'autofinanziamento mediante omesso versamento dell'i.v.a. è limitato, sostanzialmente, all'importo delle – pur onerose – sanzioni. Sul punto si veda, se si vuole, P. CHIARAVIGLIO, *La rilevanza dell'omesso versamento di contributi nel diritto penale del fallimento*, in *Le soc.*, 2015, p. 894 ss.



5/2018

Si tratta, in sintesi, della segnalazione effettuata in favore del consiglio di amministrazione circa l'esistenza di fondanti indizi della crisi (comma 1) alla quale, in assenza di risposta oppure di adozione di idonee misure, segue una seconda segnalazione del collegio sindacale indirizzata, questa volta, all'Organismo di composizione della crisi di impresa.

La tempestiva segnalazione all'Organismo è, secondo il comma 3, *«causa di esonero dalla responsabilità solidale per le conseguenze pregiudizievoli delle omissioni o azioni successivamente poste in essere dall'organo amministrativo in difformità dalle prescrizioni ricevute, che non siano conseguenza diretta di decisioni assunte prima della segnalazione»*.

In questo caso, la bozza di Codice è perfettamente aderente alla l. n. 155/2017 che, all'art. 4 lett. f) impone al legislatore delegato di *«determinare i criteri di responsabilità del collegio sindacale in modo che, in caso di segnalazione all'organo di amministrazione e all'organismo (di composizione della crisi), non ricorra la responsabilità solidale dei sindaci con gli amministratori per le conseguenze pregiudizievoli dei fatti o delle omissioni successive alla predetta segnalazione»*.

La bozza di Codice introduce, con tutta evidenza, una causa di esclusione della responsabilità per i sindaci in solido con gli amministratori (art. 2407 comma 2 c.c.), limitatamente al mancato impedimento di eventi dannosi conseguenti a quelle azioni o omissioni dell'organo gestorio che non costituiscano diretta attuazione di decisioni assunte prima della segnalazione all'Organismo di composizione.

La norma, quindi, sottrae qualsiasi comportamento omissivo del sindaco segnalante alla sfera di rilevanza della responsabilità civile, purchè il danno sia conseguenza di decisioni assunte dopo la segnalazione.

Nei medesimi limiti, ragioni di unità e coerenza dell'ordinamento impongono che per le identiche omissioni non possa ritenersi sussistente alcuna forma di responsabilità penale. Similmente a quanto avviene, ad es., in materia di prassi ammesse in relazione al delitto di manipolazione del mercato³⁰, non è tollerabile che l'ordinamento stabilisca espressamente l'irresponsabilità civile per un determinato comportamento e, contestualmente, lo stesso fatto possa essere fonte di responsabilità penale.

Si dovrà, quindi, necessariamente ritenere che l'esonero dalla responsabilità solidale del sindaco comporti anche uno 'svincolo' dalla responsabilità penale; la natura dogmatica di questa causa di esonero sembra possa essere rintracciata nel campo delle scriminanti, anche in ragione del bilanciamento di interessi che il legislatore compie rinunciando alla minaccia della responsabilità solidale e della sanzione penale – che dovrebbe portare il sindaco a svolgere con maggior scrupolo il proprio ruolo di controllore – per favorire l'emersione il più anticipata possibile dell'eventuale stato di crisi – alla cui effettività è chiamato a dare un contributo anche il collegio sindacale tramite la segnalazione all'apposito Organismo –.

³⁰ Cfr. F. CONSULICH, *Ex facto oritur ius criminale? Le prassi di mercato ammesse, tra crisi della legge e legalità della giustificazione*, in *Riv. soc.*, 2011, p. 281 ss.; E. AMATI, *La disciplina degli abusi di mercato*, in *La legislazione penale compulsiva*, a cura di G. Insolera, Padova, 2006, p. 222 e A. GARGANI, *Artt. 187-bis - 187-septies*, in *Leg. pen.*, 2006, p. 108.

Così come concepito, l'art. 17 comma 3 della bozza di Codice appare rispondere all'esigenza di affrancare il collegio sindacale da ogni forma di responsabilità per i fatti successivi al coinvolgimento dell'Organismo di composizione nelle dinamiche della crisi dell'impresa. Questa innovazione restringe utilmente la sfera di rischio anche penale del sindaco; non è chiaro, tuttavia, se la responsabilità sottratta ai sindaci possa essere redistribuita in capo ai componenti dell'Organismo di composizione della crisi: pur non essendo rintracciabili indicatori positivi in questo senso nella bozza di Codice, un possibile rischio di questa impostazione normativa è rappresentato proprio dall'individuazione di possibili obblighi di impedimento di eventi dannosi in capo ai soggetti che partecipano all'Organismo di composizione³¹.

2.4. *Le novità di diritto sostanziale in tema di responsabilità dell'ente.*

La bozza di Codice, sulla scia di quanto disposto dall'art. 13 l. n. 155/2017, dedica numerose disposizioni di adattamento della disciplina del d.lgs. n. 231/2001 al contesto della liquidazione giudiziale.

Simile intervento era quanto mai auspicabile, dato che – com'è noto – il d.lgs. n. 231/2001 non contiene previsioni in tema di fallimento della società indagata o imputata.

Dal punto di vista sostanziale, la bozza di Codice si muove principalmente lungo due direttrici.

La prima, contenuta nell'art. 335, consiste nel mantenere espressamente ferma la responsabilità da reato dell'ente in caso di liquidazione giudiziale dell'impresa gestita in forma societaria.

Questa soluzione risulta utilmente ricognitiva della giurisprudenza maggioritaria in argomento che, dopo alcune decisioni che paragonavano il fallimento alla morte del reo intesa come causa estintiva del reato, si è correttamente stabilizzata nel ritenere che la sentenza dichiarativa di fallimento non può essere considerata una causa di estinzione della responsabilità da reato e che l'ente fallito risponde tanto quanto l'ente *in bonis*³².

La seconda, invece, ha carattere innovativo ed è contenuta nell'art. 338 comma 1, ove si stabilisce che: «*Se all'esito del processo a carico dell'ente è irrogata la sanzione pecuniaria, lo Stato si insinua al passivo della liquidazione giudiziale, e il credito è ammesso con il privilegio previsto dalle disposizioni del codice di procedura penale per i crediti dipendenti da reato*».

Questa nuova disposizione avrebbe il merito di offrire uno strumento per uscire dall'attuale *impasse* rappresentata dal fatto che nel vigente sistema fallimentare non è affatto certo dove debba essere collocato il credito dello Stato corrispondente alla sanzione irrogata all'ente che fallisce durante il processo di accertamento della sua responsabilità.

³¹ V., per un accenno, il par. 2.5.

³² V., per la ricostruzione del relativo dibattito, F. ROSSI, *Fallimento, "morte" della società ed estinzione della responsabilità da reato*, in *Giur. comm.*, II, 2014, p. 241 ss.



5/2018

Infatti, da un lato, simile credito non è certo anteriore alla sentenza dichiarativa di fallimento – sorgendo solo nel momento in cui la condanna diviene irrevocabile –, il che porta ad escludere che lo stesso possa definirsi concorsuale al pari degli altri crediti vantanti nei confronti della società condannata.

Dall'altro, però, il credito dello Stato non può essere considerato preeducibile, almeno nell'accezione dell'art. 111 comma 2 l. fall. in quanto non è sorto in occasione o in conseguenza della procedura concorsuale e non è neppure qualificato come tale da alcuna disposizione di legge³³.

L'art. 338 comma 1 della bozza di Codice avrebbe, quindi, il merito di colmare una lacuna oggi presente e di legittimare la collocazione privilegiata del credito da illecito amministrativo nell'ambito del passivo della liquidazione giudiziale.

La bozza di Codice, all'art. 338 comma 2, interviene anche sul sistema sanzionatorio della persona giuridica e introduce il divieto di applicazione della confisca nei confronti dell'ente condannato; questa scelta di politica criminale si lega – e rende effettivo nel corso di tutto il procedimento di accertamento della responsabilità, compresa la fase di condanna – il divieto di sequestro preventivo sui beni della procedura stabilito dall'art. 318 della bozza di Codice, di cui sarà dato conto in seguito³⁴.

In conclusione, gli interventi in materia di responsabilità dell'ente dal punto di vista del diritto sostanziale appaiono non di particolare momento, ma tutti estremamente opportuni nel conferire maggiori certezze al funzionamento del d.lgs. n. 231/2001 nel contesto di insolvenza dell'impresa societaria.

2.5. Ulteriori considerazioni sparse.

Un aspetto della bozza di Codice che deve essere favorevolmente valutato riguarda il mantenimento di una norma analoga all'attuale art. 217-bis l. fall.

La centralità della menzionata causa di esenzione dalla bancarotta preferenziale e semplice per i pagamenti e le operazioni in esecuzione di un piano di concordato, di un accordo di ristrutturazione, di un piano di risanamento, ecc., indipendentemente dalla sua qualificazione dogmatica, è – pur con diversa sfumatura di accenti – concordemente affermata dalla dottrina³⁵.

Per questa ragione è parso particolarmente singolare che nella prima bozza attuativa della delega, quella di fine 2017, non fosse riscontrabile una norma analoga al vigente art. 217-bis l. fall. Questa mancanza, da un lato, non sembrava derivabile dalla nuova fisionomia delle procedure concorsuali (di composizione della crisi o di

³³ Per un approfondimento di questi aspetti si veda, volendo, P. CHIARAVIGLIO, [Responsabilità da reato della persona giuridica e fallimento della società: un rapporto problematico](#), in *questa Rivista*, 11 dicembre 2012, p. 6 ss.

³⁴ V. par. 3.2.

³⁵ Per una sintesi delle varie posizioni v. M. SCOLETTA, *La «specialità» della causa di esenzione dai reati di bancarotta: funzionalità e limiti scriminanti dell'art. 217 bis l. fall.*, in *Crisi dell'impresa, procedure concorsuali e diritto penale dell'insolvenza*, a cura di R. Borsari, Padova, 2015, p. 393 ss. e N. GIANESINI, *Il rischio penale nella gestione della crisi d'impresa*, Torino, 2016, p. 65 ss.

liquidazione giudiziale) che, anzi, aggiungono, a monte dell'attuale fase di soluzione concordata della crisi (accordi, piani, ecc.), un differente momento di gestione collettiva dello stato patrimoniale potenzialmente prodromico all'insolvenza (la composizione assistita della crisi) e, dall'altro, nessuna delle disposizioni della citata l. n. 155/2017 avrebbe autorizzato il Governo a sopprimere l'art. 217-*bis* l. fall. e ciò sia esplicitamente sia implicitamente, in base ai principi direttivi contenuti nell'art. 2 menzionata legge delega (anzi, l'indicazione circa la necessaria continuità delle fattispecie criminose – art. 2 comma 1 lett. a) – avrebbe deposto nel senso diametralmente opposto).

Ad ogni modo, la seconda versione della bozza di Codice ha rimediato all'omissione che, a questo punto, non può che considerarsi una svista da parte della seconda Commissione Rordorf. Nell'ottica della riforma, l'esenzione dalla bancarotta preferenziale e semplice è, quindi, affidata all'art. 340-*bis* della bozza di Codice che, nel contenuto, ricalca fedelmente la disposizione fallimentaristica oggi vigente.

Questa breve rassegna degli aspetti penalistici della prospettata riforma integrale della legge fallimentare non può non concludersi con una valutazione, necessariamente parziale e prognostica, sui possibili profili di rilevanza penale della fase di composizione assistita della crisi. Si è già sommariamente illustrata la struttura del procedimento in discussione³⁶; in questa sede occorre evidenziare come l'imprenditore ed il collegio costituente l'Organismo di composizione della crisi siano normativamente indirizzati alla ricerca di misure idonee al superamento della crisi, fra le quali spicca l'accordo stragiudiziale con – tutti o parte dei – creditori.

Quid iuris, quindi, nel momento in cui le misure adottate o l'accordo coi creditori si rivelino, *ex post*, idonee solamente a procrastinare una situazione di crisi destinata comunque a sfociare nell'insolvenza e, quindi, nella liquidazione giudiziale?

Già vi sono voci, in dottrina, che prefigurano la sindacabilità anche da parte del giudice penale degli atti avvenuti durante la composizione assistita della crisi, soprattutto quando essi configurino ipotesi di pagamenti preferenziali³⁷. E, in effetti, paiono riecheggiare le autorevoli considerazioni espresse dalla migliore dottrina in tema di bancarotta preferenziale e c.d. concordato stragiudiziale³⁸: vi potrà essere una ragionevole aspettativa di irrilevanza penale dell'atto solutorio solo in presenza del consenso scriminante dei creditori. Situazione che, tuttavia, è destinata a divenire più intricata nel momento in cui la composizione della crisi interessi solo parte del ceto creditorio, dato che il diritto alla parità di trattamento innerva rapporti fra creditori e

³⁶ V. retro nota 7.

³⁷ Cfr. A. RIMATO, *Profili di responsabilità nei sistemi di allerta*, in www.osservatorio-oci.org (sezione Paper), marzo 2018, *passim*, il quale (p. 6) ritiene che i possibili rigori giurisprudenziali saranno comunque mitigati dalla causa di non punibilità prevista dall'art. 28 della bozza di Codice. Si è già visto, però, che appare molto problematico riferire la disciplina premiale dell'art. 28 a fatti successivi all'accesso alla procedura di composizione della crisi.

³⁸ C. PEDRAZZI, *Art. 216*, in *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, in *Commentario alla legge fallimentare Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Roma-Bologna, 1995, p. 126 e G. COCCO, *La bancarotta preferenziale*, Napoli, 1987, p. 194.

che, a rigor di logica, il consenso pienamente scriminante dovrebbe essere offerto da ciascuno di loro³⁹.

In questa situazione si innestano altri due possibili percorsi di espansione della responsabilità. Da un lato non è impossibile immaginare che, in astratto, il procedimento di composizione della crisi possa dare vita a condotte bancarottiere diverse da quelle preferenziali (ad es. dissipazione, oppure operazioni dolose): se ciò fosse concretamente possibile rimarrebbe esclusa qualsiasi funzione scriminante esercitata dall'accordo coi creditori⁴⁰. Dall'altro, il ruolo attivo dei componenti del collegio dell'Organismo di composizione della crisi – e in particolare del relatore – potrebbe lasciare spazio all'ipotesi della rilevanza concorsuale del loro comportamento, di cui sarebbe relativamente agevole identificare quantomeno il contributo causale richiesto dall'art. 110 c.p. o, eventualmente, un obbligo di impedimento dell'evento-reato rilevante ai sensi dell'art. 40 comma 2 c.p.

3. I rapporti tra liquidazione giudiziale e le misure penali.

La legge n. 155/2017 prende in considerazione il delicato tema delle interferenze fra il processo di liquidazione giudiziale e alcuni altri procedimenti di natura giurisdizionale che potrebbero influenzare l'attività di liquidazione dell'attivo propria della procedura concorsuale.

In particolare, quantomeno nell'interpretazione che ne ha dato la seconda Commissione Rordorf, l'art. 13 l. n. 155/2017 delega il Governo a legiferare sui rapporti fra liquidazione giudiziale e misure di prevenzione; fra liquidazione giudiziale e misure cautelari adottate nel procedimento penale e fra liquidazione giudiziale e disciplina della responsabilità da reato dell'ente, con particolare riferimento alle misure cautelari.

Come si avrà modo di vedere immediatamente, tuttavia, l'individuazione dell'esatto contenuto della delega legislativa è subordinata all'analisi di una disposizione – l'art. 13 comma 1 della l. n. 155/2017 – non particolarmente felice dal punto di vista della formulazione normativa.

3.1. Le disposizioni processuali della legge delega.

L'art. 13 l. n. 155/2017 si compone di due differenti commi.

Compatibilmente con i limiti e gli scopi del presente scritto appare utile una breve analisi dei contenuti della delega, al fine di verificare entro quali confini possa liberamente muoversi il legislatore delegato e se la bozza di Codice abbia recepito le eventuali problematiche.

³⁹ Sui creditori dissenzienti o non raggiunti dalla proposta di concordato stragiudiziale, v. nuovamente, C. PEDRAZZI, *Art. 216*, cit., p. 127.

⁴⁰ V., ancora, C. PEDRAZZI, *Art. 216*, cit., p. 6.

Il comma secondo dell'art. 13 appare di formulazione chiara e lineare: «*Nell'esercizio della delega (..) il Governo adotta disposizioni di coordinamento con la disciplina di cui al decreto legislativo 8 giugno 2001 n. 231, e, in particolare, con le misure cautelari previste dalla disciplina sulla responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, nel rispetto del principio di prevalenza del regime concorsuale, salvo che ricorrano ragioni di preminente tutela di interessi di carattere penale*».

Senza timori di smentita, si può affermare che la delega, in questo caso, possiede un duplice livello. Il primo, afferente al coordinamento in generale fra disciplina della responsabilità da reato dell'ente (v. par. 2.4.) ed il secondo che riguarda, in particolare, l'introduzione di norme che stabiliscano come regola il principio di prevalenza della procedura concorsuale sulle misure cautelari adottate nei confronti dell'ente, salvo l'eccezione rappresentata da ragioni di preminente tutela di interessi di carattere penale.

Il primo comma dell'art. 13, invece, ha una formulazione più nebulosa: «*Nell'esercizio della delega (..) il Governo adotta disposizioni di coordinamento con il codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011 n. 159, stabilendo condizioni e criteri di prevalenza, rispetto alla gestione concorsuale, delle misure cautelari adottate in sede penale anteriormente o successivamente alla dichiarazione di insolvenza*».

La differenza di formulazione rispetto al primo comma appare evidente. In questo caso risulta più difficile interpretare la disposizione come contenente una sorta di doppia delega finalizzata al coordinamento con le disposizioni del codice antimafia e delle misure di prevenzione e, contestualmente, all'individuazione dei criteri di prevalenza delle misure cautelari penali in senso stretto (ovviamente di natura reale: sequestro preventivo, sequestro conservativo e sequestro probatorio) rispetto al processo di liquidazione giudiziale.

Nel primo comma, infatti, vi è il gerundio «*stabilendo*» che sembra proprio riferirsi al contenuto obbligato dell'opera di «*coordinamento*» di cui al periodo immediatamente precedente; di conseguenza ad un primo sguardo potrebbe sorgere il dubbio che la legge delega imponga il coordinamento fra normativa in tema di misure di prevenzione e liquidazione giudiziale come comprendente le condizioni e ipotesi di prevalenza delle misure (*i.e.* sequestro e confisca) adottate nel procedimento di prevenzione rispetto alla normale attività di liquidazione giudiziale.

Per contro, è pur vero che solo un legislatore particolarmente sciatto potrebbe riferirsi alle misure irrogate ai sensi del d.lgs. n. 159/2011 con l'espressione «*sede penale*» posto che è noto che il procedimento di applicazione delle misure reali di prevenzione ha poco in comune con quello penale⁴¹.

Pertanto, in sintonia con la decisione della seconda Commissione Rordorf⁴², appare preferibile interpretare il primo comma dell'art. 13 l. n. 155/2017 come contenente – anche – una delega per regolamentare il rapporto fra misure cautelari penali in senso

⁴¹ Per una efficace sintesi della genesi delle misure reali di prevenzione e della struttura essenziale del procedimento applicativo v. F. MENDITTO, *Le confische di prevenzione e penali*, Milano, 2015, p. 1 ss. e 58 ss.

⁴² Di cui viene dato conto nella Relazione illustrativa, al Titolo VIII.

proprio⁴³ e il procedimento di liquidazione giudiziale, individuando le ipotesi in cui le prime hanno la prevalenza sul secondo.

3.2. Il rapporto tra misure cautelari adottate nel processo penale (e nel processo all'ente) e la liquidazione giudiziale.

Come si è anticipato, la bozza di Codice si occupa, in primo luogo, degli effetti dei sequestri preventivi e conservativi sullo svolgimento dell'attività di liquidazione giudiziale, affermando il principio di prevalenza della procedura concorsuale.

In particolare, l'art. 318 comma 1 della bozza di Codice stabilisce la soccombenza del sequestro preventivo – compreso quello per equivalente, quello finalizzato a confisca obbligatoria e quello *ex art. 53 d.lgs. n. 231/2001* – rispetto alla liquidazione giudiziale, salvo che la misura cautelare abbia ad oggetto beni esclusi dall'attivo della procedura, beni intrinsecamente illeciti, beni oggetto di abuso edilizio non sanabile e beni non suscettibili di liquidazione.

Il successivo comma 3 dispone, come inedito effetto della sentenza di apertura della procedura, l'inefficacia del sequestro preventivo precedentemente adottato; l'ultimo comma, invece, si occupa dell'ipotesi del sequestro preventivo adottato dopo l'apertura della procedura, situazione che diviene oggetto di esplicito divieto.

La bozza di Codice si preoccupa di rendere effettiva l'inefficacia del sequestro anteriore alla dichiarazione di insolvenza, stabilendo, all'art. 319, che l'Autorità che procede in sede penale dichiara l'inefficacia del sequestro a richiesta del curatore e ordina il dissequestro in favore della liquidazione giudiziale.

Vi sono, poi, anche alcune norme mirate a conferire al curatore la possibilità di esperire rimedi giurisdizionali contro i sequestri preventivi eventualmente adottati nei confronti di beni compresi nell'attivo della procedura. L'art. 320 della bozza di Codice, stabilisce che il curatore è legittimato a proporre impugnazione contro il provvedimento di sequestro preventivo (*post* apertura della liquidazione)⁴⁴ nonché contro il diniego di declaratoria di inefficacia, che – come si è appena visto – il curatore può richiedere in relazione ai beni sequestrati prima dell'apertura della dichiarazione.

⁴³ Non si può omettere di notare, però, che nello stesso art. 13 l. n. 155/2017 il termine "penale" è usato in senso tecnico in almeno due occasioni. Innanzitutto, nella rubrica, posto che, nuovamente, il procedimento di prevenzione non disciplina alcuna «misura penale» e, poi, anche nel secondo comma ove si fanno salve ragioni di tutela di interessi di carattere penale che, a ben vedere, non possono che attenersi alla responsabilità della persona giuridica (sulla cui natura penale la dottrina si divide, ma che il legislatore qualifica come amministrativa).

⁴⁴ Evidente, in questo caso, il completo cambio di paradigma rispetto ai – discutibili – insegnamenti della sentenza Uniland delle Sezioni Unite (Cass. Ss. Uu., 25 settembre 2014 (dep. 17 marzo 2015) n. 11170, in *questa Rivista*, 3 aprile 2015, con nota di M. RIVERDITI, [Le Sezioni unite individuano il punto di equilibrio tra confisca ex d.lgs. 231 e vincolo imposto dal fallimento sui beni del fallito](#)) secondo cui il curatore non può impugnare un sequestro di beni compresi nell'attivo fallimentare perché non potrebbe agire in rappresentanza dei creditori concorsuali. In tema v., in chiave parzialmente critica, M. BONTEMPELLI, *Sequestro preventivo a carico della società fallita, tutela dei creditori di buona fede e prerogative del curatore*, in *Arch. pen.*, 2015, n. 3 p. 1 ss.

Per quanto riguarda il sequestro conservativo, la bozza di Codice si limita ad introdurre il divieto di tale misura cautelare – compresa quella adottata *ex art.* 54 d.lgs. n. 231/2001 – sui beni oggetto della liquidazione giudiziale; in questo modo rimane aperta la possibilità di un sequestro conservativo anteriore alla procedura che prevarrebbe sulle esigenze concorsuali.

La bozza di Codice, in ultimo, all'art. 321 detta un'articolata disciplina dell'ipotesi di revoca o chiusura della liquidazione giudiziale privilegiando, in sostanza, la riviviscenza del vincolo cautelare sui beni che, eventualmente, non sono stati oggetto di liquidazione.

Questa molto schematica illustrazione della disciplina prevista dalla bozza di Codice mette in luce una precisa intenzione del legislatore delegato, finalizzata a porre al riparo i beni della procedura dai rigori giurisprudenziali che, molto frequentemente, privilegiano le esigenze di sequestro e confisca a discapito dei creditori concorsuali⁴⁵, i quali finivano col divenire gli – incolpevoli – destinatari della misura⁴⁶.

Simile impostazione non appare priva di pregio, in quanto risponde alla necessità di tutela del creditore concorsuale contro le pretese dello Stato che confisca un bene in ragione della commissione di un illecito, ma, pur di eseguire il provvedimento, si rivolge contro soggetti completamente estranei al comportamento disvoluto⁴⁷; il tutto in una situazione in cui per l'autore dell'illecito è parimenti afflittivo cedere il bene allo Stato per effetto della confisca, oppure cederlo ai creditori come risultato della procedura concorsuale.

3.3. *Le novità in tema di processo all'ente: cenni.*

Oltre a quanto già visto sui rapporti fra responsabilità dell'ente e liquidazione giudiziale, nonché in relazione all'ammissione al passivo del credito derivante dall'irrogazione della sanzione pecuniaria all'ente *ex art.* 10 d.lgs. n. 231/2001, la bozza

⁴⁵ Non è possibile, in questa sede, ripercorrere l'*iter* giurisprudenziale che, partendo dalla sentenza Focarelli delle Sezioni Unite (Cass. Ss. Uu., 24 maggio 2004 (dep. 9 luglio 2004) n. 29951, Rv. 228163) e transitando per la già menzionata sentenza Uniland, ha dato vita a orientamenti rigorosi, tra i quali spicca quello che in ragione della natura sanzionatoria della confisca obbligatoria per equivalente ritiene prevalente la misura ablatoria perché, altrimenti, vi sarebbe una 'estinzione' di fatto della sanzione irrogata (di recente, in questo senso, Cass. sez. III, 1° marzo 2016 (dep. 9 giugno 2016) n. 23907, Rv. 266940 e Cass. sez. III, 9 febbraio 2017 (dep. 7 giugno 2017) n. 28077, Rv. 270333).

⁴⁶ In questo senso v., nuovamente, la Relazione illustrativa, al Titolo VIII, Capo I, che giustifica la soluzione accolta richiamando il principio del concorso dei creditori sui beni oggetto di liquidazione giudiziale e l'art. 2740 c.c. che assegna al patrimonio del debitore la l'inderogabile destinazione a garanzia delle pretese creditorie, nonché osservando come «*l'ablazione determinata dall'adozione delle misure cautelari penali reali, in caso di apertura della procedura liquidatoria concorsuale, produce i suoi effetti non riguardo agli interessi del debitore bensì sugli interessi patrimoniali dei creditori*».

⁴⁷ Finendo col derogare, in tal modo, al principio della *par condicio creditorum* nell'ambito delle procedure concorsuali. In questi termini v. V. MANES, *L'ultimo imperativo della politica criminale: nullum crimen sine confiscatione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1279.

di Codice si preoccupa di dettare disposizioni squisitamente processuali in relazione all'accertamento della responsabilità dell'ente.

Innanzitutto, l'art. 336 disciplina l'annotazione della notizia di illecito amministrativo nell'apposito registro, che deve essere riferita al curatore in qualità di rappresentante dell'ente e ciò in sostituzione del legale rappresentante e su impulso del curatore stesso – se l'annotazione avviene prima l'apertura della liquidazione giudiziale – oppure in via originaria – qualora l'annotazione dell'illecito sia successiva all'avvio della procedura concorsuale.

In secondo luogo, l'art. 337 della bozza di Codice prevede la possibilità per il curatore di costituirsi in giudizio nell'ambito del procedimento penale a carico dell'ente, con ciò consentendogli di esercitare le scelte processuali (patteggiamento o rito abbreviato) normalmente riservate al legale rappresentante costituito in giudizio. Ovviamente, qualora l'apertura della liquidazione avvenga nel corso del processo in un momento successivo a quello preclusivo della scelta di riti alternativi, il curatore subentrerà nel processo penale «*nello stato in cui si trova*» (art. 337 comma 2) e la costituzione del precedente rappresentante dell'ente si considera decaduta.

In ultimo la bozza di Codice si preoccupa di precisare che la mancata costituzione del curatore – originaria oppure in seguito a decadenza del legale rappresentante per dichiarazione di insolvenza a processo in corso – determina un'ipotesi di contumacia dell'ente che non impedisce la regolare prosecuzione del processo a suo carico (art. 337 comma 3).

3.4. I rapporti tra liquidazione giudiziale e procedimento di prevenzione.

L'ultimo settore interessato dalla riforma attiene i rapporti fra procedure concorsuali liquidatorie e il procedimento che porta all'irrogazione della misura del sequestro di prevenzione e della successiva confisca.

In materia occorre evidenziare che la riforma, a ben vedere, non andrebbe a colmare un vuoto normativo dato che il d.lgs. n. 159/2011, agli artt. 63, 64 e 65, già si occupa di regolare i predetti rapporti (in modo differente, come si vedrà a breve), anche per effetto di una recente modifica apportata alle citate disposizioni dalla l. 17 ottobre 2017 n. 161, sostanzialmente coeva alla legge delega n. 155/2017.

Ad ogni modo, la bozza di Codice, che all'argomento dedica gli artt. da 323 a 334, pare improntata ad un principio di prevalenza della misura di prevenzione rispetto alla gestione della liquidazione giudiziale.

Infatti, sia nel caso di sequestro posteriore all'apertura della liquidazione giudiziale, sia nell'ipotesi opposta di liquidazione giudiziale successiva al sequestro, l'adozione della misura di prevenzione determina la chiusura della procedura concorsuale, ai sensi, rispettivamente dell'art. 328 e dell'art. 327 comma 1 della bozza di Codice, e ciò anche nell'ipotesi in cui il sequestro di prevenzione non riguardi la totalità dei beni ricompresi nell'attivo della liquidazione.

L'accertamento del passivo è sempre demandato al Giudice delegato della prevenzione che, nell'ipotesi di liquidazione giudiziale successiva al sequestro, cura



5/2018

anche la liquidazione dei beni e distribuisce il ricavato di quelli non sottoposti a sequestro esclusivamente ai creditori concorsuali (art. 327 commi 1 e 2 della bozza di Codice).

La scelta di prevalenza della misura di prevenzione e dei suoi riti è esplicitamente giustificata dalla seconda Commissione Rordorf in ragione del necessario coordinamento fra le varie procedure⁴⁸. In quest'ottica, sempre nella Relazione illustrativa, si evidenzia che gli art. 63, 64 e 65 del d.lgs. n. 159/2011 – come recentemente modificati dalla citata l. n. 161/2017 – prendano in considerazione le medesime ipotesi disciplinate dalla bozza di Codice, senza, però, mettere in risalto il fatto che in quel caso la scelta legislativa appariva differente. Infatti, leggendo le disposizioni del d.lgs. 159/2011 ci si accorge che la prevalenza del procedimento di prevenzione è limitata ai beni compresi nell'attivo fallimentare che sono attinti dal sequestro, sia anteriore alla dichiarazione di insolvenza (art. 63 comma 4 d.lgs. 159/2011), sia successivo all'apertura della procedura (art. 64 comma 1 d.lgs. 159/2011); inoltre la chiusura del fallimento avviene solo nelle ipotesi in cui tutti i beni dell'attivo sono sottoposti a sequestro di prevenzione (art. 63 comma 6 e 64 comma 7 d.lgs. 159/2011)⁴⁹.

In definitiva, pare vi sia una diversa impostazione legislativa di fondo che, qualora la bozza di Codice fosse approvata, suggerirebbe un intervento normativo sul Codice antimafia e delle misure di prevenzione, al fine di evitare antinomie.

Nell'intento di garantire ai creditori la partecipazione al procedimento dinnanzi al Giudice delegato della prevenzione, la bozza di Codice introduce, agli artt. 326 e 328, delle forme di pubblicità circa le tempistiche e le modalità di accertamento del passivo in quel contesto.

In ultimo, l'art. 332 della bozza di Codice prevede che le misure dell'amministrazione e del controllo giudiziario siano incompatibili con la liquidazione giudiziale e che dette misure di prevenzione cessino, su richiesta del curatore, all'apertura della procedura concorsuale. In questo caso le nuove norme sarebbero in completa sintonia con quelle vigenti, in particolare con l'art. 65 d.lgs. n. 159/2011.

4. Qualche considerazione conclusiva.

L'imminente (?) riforma della legge fallimentare sicuramente non avrà il merito di affrontare in modo sistematico anche la rimodulazione dei reati di bancarotta, ribadendo – e, forse, approfondendo – quello scollamento fra “civile” e “penale” che spesso si avverte nel settore del diritto penale dell'impresa (anche insolvente).

A fronte di questo ‘peccato originale’, la commissione Rordorf ha elaborato alcune proposte legislative che, pur non esenti da aspetti problematici, sembrano

⁴⁸ Relazione illustrativa, al Titolo VIII, Capo II.

⁴⁹ Anche prima della modifica operata dalla l. n. 161/2017, l'assetto previsto dal d.lgs. n. 159/2011, quantomeno a livello procedurale, non era completamente totalizzante in favore del rito delle misure di prevenzione; cfr. F. MENDITTO, *Le confische di prevenzione e penali*, cit., p. 338 ss.



5/2018

contribuire allo 'svecchiamento' del «*vetusto arnese*»⁵⁰ della bancarotta, almeno nei limiti in cui ciò appare funzionale a rendere maggiormente effettivi i sistemi di allerta strumentali all'emersione anticipata della crisi ed alla sua risoluzione prima che essa degradi in insolvenza (che è uno degli obiettivi dichiarati della riforma)⁵¹.

Spetterà alla sensibilità dei Tribunali penali che dovranno applicare la nuova normativa operare in modo da non vanificare gli intenti dell'intervento riformatore; fuor di metafora: la partita si giocherà sul terreno delle possibili spinte espansive della responsabilità penale connaturate al procedimento di composizione assistita della crisi. È agevole intuire che qualora i Giudici penali volessero sfruttare queste potenzialità accrescitive, il valore e l'effettività del nuovo assetto – al di là delle variazioni semantiche fallimento/liquidazione giudiziale – ne risulterebbero fortemente menomati.

⁵⁰ V. nota 12.

⁵¹ Cfr. S. DE MATTEIS, *L'allerta nel disegno di legge delega n. 3671-bis*, in *Dir. fall.*, 2017, p. 751 ss. e G.A. POLICARO, *La crisi d'impresa e gli strumenti di monitoraggio nel disegno di legge di riforma fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2017, I, p. 1038 ss.