

CONVEGNI

Archivio Penale
fascicolo n. 2 del 2019
ISSN 0004-0304
e-ISSN 2384-9479

DALILA MARA SCHIRÒ

La premialità nel diritto penale della crisi di impresa e dell'insolvenza: primi nodi interpretativi*

Il contributo si sofferma sulle misure premiali penali introdotte dal codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, mettendone in evidenza i primi nodi interpretativi.

The "premiability" in criminal law of the business crisis and insolvency: the first critical profiles.

The paper focuses on the criminal incentives introduced by the code of the business crisis and insolvency, putting in evidence the first critical profiles.

Sommario: 1. Profili generali. - 2. La causa di non punibilità del danno di speciale tenuità. - 3. La circostanza attenuante ad effetto speciale. - 4. Osservazioni conclusive.

1. *Profili generali.* Con l'emanazione del d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, di attuazione della delega contenuta nella legge 19 ottobre 2017, n. 155, è stato introdotto nel nostro ordinamento il codice della crisi di impresa e dell'insolvenza¹.

Sebbene il corpo normativo appena richiamato, composto da 391 articoli, innovi soprattutto il versante civilistico, esso presenta talune novità anche nei profili penalistici².

(*) Il contributo costituisce il testo, corredato di note, dell'intervento svolto nel Convegno su «Il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza», organizzato dal Centro Siciliano di Studi sulla Giustizia, con il patrocinio della Camera Penale di Palermo, della Confcommercio di Palermo e dell'Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili di Palermo, tenutosi a Palermo il 15 maggio 2019 nell'Aula Magna della Camera di Commercio.

¹ Sembra opportuno segnalare che il provvedimento normativo richiamato nel testo entrerà in vigore il 15 agosto 2020, salvo gli artt. 27 comma 1, 350, 356, 357, 359, 363, 364, 366, 375, 377, 378, 379, 385, 386, 387, 377 in esso contenuti, i quali invece sono vigenti dal 16 marzo 2019.

² Cfr.: SANTINELLI, *Le misure penali introdotte dalla legge delega*, ne *Il fallimentarista*, Focus del 15 gennaio 2018; BERTOLINO CLERICI, *Prime osservazioni al Codice della crisi d'impresa e*

Tra queste, risulta di particolare interesse l'inserimento delle misure premiali penali, previste nel Capo IV del Titolo II della Prima Parte del codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: in particolare, la causa di non punibilità del danno di speciale tenuità e la circostanza attenuante ad effetto speciale riconosciuta ad un criterio quantitativo di raffronto tra l'attivo ed il passivo, entrambe disciplinate dall'art. 25, comma secondo, del codice appena richiamato.

Come è noto, l'idea della premialità nell'ambito del diritto penale non può certo dirsi di recente emersione³. Essa, infatti, affonda le radici in tempi piuttosto remoti e periodicamente vive stagioni particolarmente "feconde": a titolo esemplificativo e senza alcuna pretesa di esaustività, si pensi, già nell'impianto originario del codice penale del 1930, al "premio" previsto per colui il quale abbia deciso di ritrattare nell'alveo dei delitti contro l'amministrazione della giustizia (art. 376 c.p.)⁴; ed ancora, al "premio" garantito al condannato che collabori con la giustizia dall'ordinamento penitenziario (art. 58-ter ord. penit.)⁵, al "premio" assicurato a colui il quale abbia deciso di dissociarsi nel settore dei delitti contro la personalità dello Stato (art. 270-bis.1, co. 3 e 4, c.p.)⁶, dei delitti contro l'ordine pubblico (art. 416-bis.1, co. 3, c.p.)⁷ o dei delitti contro il patrimonio (art. 630, co. 4 e 5, c.p.)⁸, oppure ai

dell'insolvenza: profili penalistici, ne *Il fallimentarista*, Focus del 12 aprile 2019; GAMBARDELLA, *Il codice della crisi di impresa: nei delitti di bancarotta la liquidazione giudiziale prende il posto del fallimento*, in *Cass. pen.*, 2019, 488 ss.; ROMANO, *Dal diritto penale fallimentare al diritto penale della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *questa Rivista*, fasc. 2/2019; SANTORIELLO, *Le disposizioni penali nel Codice della crisi*, ne *Il fallimentarista*, Focus del 20 febbraio 2019.

³ Sulla funzione promozionale del diritto penale, MUSCO, *La premialità nel diritto penale*, in *Atti del Convegno in ricordo di Pietro Nuvolone*, Milano, 1987, 115.

⁴ Sulla natura giuridica della ritrattazione, tra gli altri, ROMANO, *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, VI, Milano, 2016, 156 ss.

⁵ Sul punto, FILIPPI, SPANGHER, CORTESI, *Manuale di diritto penitenziario*, IV, Milano, 2016, 188.

⁶ Dando attuazione al principio della riserva di codice, è stata inserita nell'art. 270-bis.1, co. 3 e 4, c.p. la disciplina prima contenuta nell'art. 1 del d.l. 15 dicembre 1979, n. 625, convertito con modificazioni dalla legge 6 febbraio 1980, n. 15, la quale, come sottolineato da FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, 5^a ed., Bologna, 2012, 146, rappresenta «la prima forma di dissociazione dal terrorismo».

⁷ Si tratta della circostanza attenuante prima prevista dall'art. 8 d.l. 13 maggio 1991, n. 152, convertito con modificazioni dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, e di recente inserita nel corpo del codice penale, in attuazione del principio della riserva di codice. In relazione ad essa, CIVELLO, *Il sistema delle circostanze e il complessivo carico sanzionatorio detentivo*, in *Le associazioni di tipo mafioso*, a cura di Romano, Torino, 2015, 194.

⁸ Ad avviso di FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, tomo II, *I delitti contro il patrimonio*, 6^a ed., Bologna, 2014, 174-175, nell'ipotesi di cui all'art. 630, comma 4, c.p., la prospettiva premiale è omogenea rispetto al piano dell'offesa penalmente rilevante, poiché tende a reintegrare il bene della libertà personale; nel caso previsto dall'art. 630, comma 5, c.p., invece, il premio risulta non omogeneo rispetto all'offesa arrecata al bene giuridico, mirando soltanto a conseguire effetti di natura processuale.

“premi” di recente introdotti nell’ambito dei delitti contro la pubblica amministrazione (artt. 323-*bis*, co. 2, e 323-*ter* c.p.)⁹.

Ora, l’idea sottesa alla disciplina contenuta nel codice della crisi di impresa e dell’insolvenza sembra quella di estendere le maglie del cosiddetto diritto premiale, assicurando una “ricompensa” persino penale a colui il quale si sia attivato, usufruendo dei meccanismi di allerta offerti dal richiamato codice, al fine di far emergere tempestivamente la crisi, così da consentire alle imprese sane che attraversano un periodo di difficoltà finanziaria di ristrutturarsi in una fase precoce, evitando l’insolvenza¹⁰.

2. *La causa di non punibilità del danno di speciale tenuità.* Ferma restando la bontà delle intenzioni del legislatore, non può non sottolinearsi come la disciplina contenuta nel codice della crisi di impresa e dell’insolvenza sollevi alcuni dubbi interpretativi.

Per quanto attiene alla causa di non punibilità, occorre ricordare che, ai sensi dell’art. 25, comma secondo, del codice della crisi di impresa, quando, in relazione ad alcune ipotesi di reato tassativamente indicate, commesse dall’imprenditore in liquidazione giudiziale (artt. 322, 323, 325, 328 del codice della crisi di impresa) o da persona diversa dall’imprenditore in liquidazione giudiziale (artt. 329, 330, 331, 333 e 341, comma 2, lett. *a* e *b*, del medesimo codice), limitatamente alle condotte poste in essere prima dell’apertura della procedura, il danno cagionato è di speciale tenuità, non è punibile colui che si sia tempestivamente attivato, presentando l’istanza all’organismo di composizione assistita della crisi d’impresa ovvero la domanda di accesso ad una delle procedure di regolazione della crisi o dell’insolvenza di cui al codice richiamato se, a séguito delle stesse, viene aperta una procedura di liquidazione giudiziale o di concordato preventivo

⁹ Sulla natura premiale della circostanza attenuante prevista dall’art. 323 *bis*, comma 2, c.p., introdotto dall’art. 1 della legge 27 maggio 2015, n. 69, tra gli altri, SPENA, *Dalla punizione alla riparazione? Aspirazioni e limiti dell’ennesima riforma anticorruzione (legge n. 69/2015)*, in *Studium iuris*, 2015, 1120.

In relazione alla causa di non punibilità prevista dall’art. 323 *ter* c.p., inserito dall’art. 1, comma 1, lett. r), della legge 9 gennaio 2019, n. 3, si vedano: CANTONE, MILONE, *Prime riflessioni sulla nuova causa di non punibilità di cui all’art. 323-ter c.p.*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 6/2019, 5 ss.; GAMBARDELLA, *Il grande assente nella nuova “legge spazzacorrotti”: il microsistema delle fattispecie di corruzione*, in *Cass. pen.*, 2019, 54 ss.; MONGILLO, *La legge “spazzacorrotti”: ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell’anticorruzione*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 5/2019, 262 ss.; PULITANO, *Le cause di non punibilità dell’autore di corruzione e dell’infiltrato e la riforma dell’art. 4 bis*, in *Dir. pen. e processo*, 2019, 601.

¹⁰ Si tratta dell’obiettivo indicato dalla raccomandazione della Commissione del 12 marzo 2014 su un nuovo approccio al fallimento delle imprese e all’insolvenza (2014/135/UE), consultabile in www.eur-lex.europa.eu.

ovvero viene omologato un accordo di ristrutturazione dei debiti.

Ebbene, il primo profilo controverso è rappresentato dal requisito della tempestività dell'iniziativa del debitore, requisito indispensabile affinché la causa di non punibilità possa operare. Dall'art. 24 del codice della crisi di impresa ricaviamo, infatti, che l'iniziativa può dirsi tempestiva qualora il debitore proponga una domanda di accesso ad una delle procedure regolate dal codice entro sei mesi, oppure presenti l'istanza di composizione della crisi entro tre mesi, dal verificarsi, alternativamente, delle seguenti condizioni: «a) l'esistenza di debiti per retribuzioni scaduti da almeno sessanta giorni per un ammontare pari ad oltre la metà dell'ammontare complessivo mensile delle retribuzioni; b) l'esistenza di debiti verso fornitori scaduti da almeno centoventi giorni per un ammontare superiore a quello dei debiti non scaduti; c) il superamento, nell'ultimo bilancio approvato, o comunque per oltre tre mesi, degli indici elaborati ai sensi dell'articolo 13, commi 2 e 3». Tuttavia, la normativa non chiarisce sulla base di quali elementi possa valutarsi il momento in cui il debitore sia venuto effettivamente a conoscenza della condizione di crisi nella quale versa la sua impresa¹¹.

Un ulteriore aspetto sul quale riflettere è poi rappresentato dal riferimento al danno di speciale tenuità.

Al riguardo, deve sottolinearsi che il codice, discostandosi da quanto indicato dall'art. 4, comma primo, lett. h, della legge delega 19 ottobre 2017, n. 155, ha ommesso il riferimento alla natura "patrimoniale" del danno di speciale tenuità, invece contenuto nell'art. 219, comma terzo, della legge fallimentare (*rectius*, del r.d. 16 marzo 1942, n. 267)¹².

Ma soprattutto il richiamo effettuato al danno induce a domandarsi se la causa di non punibilità possa applicarsi ove ci si trovi al cospetto di un reato di pericolo, tenuto conto del fatto che, secondo parte della dottrina, alcuni tra i reati per i quali è prevista la possibilità di escludere la punibilità costituiscono reati di pericolo (si pensi, ad esempio, alla bancarotta fraudolenta propria, di cui all'art. 322 del codice della crisi di impresa e dell'insolvenza)¹³.

¹¹ Tale profilo è stato messo in evidenza anche da SANTORIELLO, *Le disposizioni penali nel Codice della crisi*, ne *Il fallimentarista*, Focus del 20 febbraio 2019, ad avviso del quale detto requisito concorrerà a rendere assai esigua la portata applicativa della disposizione.

¹² Secondo quanto disposto dall'art. 219, comma terzo, della legge fallimentare, nel caso in cui i reati di bancarotta fraudolenta, bancarotta semplice e di ricorso abusivo al credito abbiano cagionato un danno patrimoniale di speciale tenuità, le pene sono ridotte sino al terzo.

¹³ Ad avviso di GAMBARDELLA, *Il codice della crisi di impresa: nei delitti di bancarotta la liquidazione giudiziale prende il posto del fallimento*, cit., 502-503, il riferimento al danno potrebbe trovare una spiegazione nell'idea, ricavabile dalla Relazione illustrativa, secondo la quale la bancarotta fraudolenta propria dovrebbe considerarsi un reato di lesione effettiva.

Al fine di fugare ogni dubbio, forse sarebbe stato il caso di inserire, accanto al danno di speciale tenuità, il riferimento al pericolo di speciale, particolare esiguità, oppure optare per una formula più “ampia”, quale ad esempio quella contenuta nell’art. 131-*bis* del codice penale (rubricato «Esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto»), ove si fa riferimento all’offesa di particolare tenuità, includendovi, quindi, sia i casi di esiguità del danno sia le ipotesi di esiguità del pericolo¹⁴.

Da ultimo, bisogna segnalare che poco chiari appaiono i rapporti che corrono tra la causa di non punibilità prevista dal codice della crisi di impresa e la citata causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto, di cui all’art. 131-*bis* del codice penale. Secondo parte della dottrina, la prima rappresenterebbe un’ipotesi speciale rispetto all’istituto previsto dal codice penale, sebbene risultino assenti la maggior parte dei requisiti richiesti dal codice penale: basti pensare al limite edittale, alle modalità della condotta o all’abitudine del comportamento¹⁵. E lo stretto legame ravvisato tra le richiamate cause di non punibilità ha indotto ad affermare che anche la causa di non punibilità prevista dal codice della crisi di impresa comporta l’impossibilità di applicare quelle pene che, sovente, risultano per l’imprenditore più afflittive delle pene principali: vale a dire, la pena accessoria dell’inabilitazione all’esercizio di impresa commerciale e la pena accessoria dell’incapacità di esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa¹⁶.

Peraltro, il carattere particolarmente afflittivo delle pene accessorie riconnesse alla condanna per alcuni fatti di bancarotta è stato di recente messo in evidenza anche dalla Corte costituzionale, la quale ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 216, ultimo comma, della legge fallimentare, nella parte in cui disponeva che la condanna per fatti di bancarotta fraudolenta comportasse l’applicazione delle innanzi richiamate pene accessorie per la durata fissa di dieci anni, anziché fino a dieci anni, consentendo così di adeguare anche la durata delle pene accessorie alla gravità del fatto previsto dalla legge quale

Per la ricostruzione della bancarotta fraudolenta quale reato di pericolo concreto, GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, Torino, 2018, 201. Sul punto, si vedano anche le recenti considerazioni svolte da ALESSANDRI, *Diritto penale commerciale*, vol. IV, *I reati fallimentari*, Torino, 2019, 44.

¹⁴ Per tale lettura, anche GAMBARDELLA, *Il codice della crisi di impresa: nei delitti di bancarotta la liquidazione giudiziale prende il posto del fallimento*, cit., 502.

¹⁵ BERTOLINO CLERICI, *Prime osservazioni al Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza: profili penalistici*, cit., e GAMBARDELLA, *Il codice della crisi di impresa: nei delitti di bancarotta la liquidazione giudiziale prende il posto del fallimento*, cit., 502.

¹⁶ GAMBARDELLA, *Il codice della crisi di impresa: nei delitti di bancarotta la liquidazione giudiziale prende il posto del fallimento*, cit., 503.

reato¹⁷.

3. *La circostanza attenuante ad effetto speciale*. Un cenno, infine, merita l'ulteriore misura premiale penale prevista dal codice della crisi di impresa e dell'insolvenza. Come anticipato, infatti, nel codice è stata inserita anche una circostanza attenuante ad effetto speciale ancorata ad un criterio quantitativo di raffronto tra l'attivo ed il passivo, criterio quantitativo di cui però non vi è traccia nella legge delega 19 ottobre 2017, n. 155¹⁸.

In particolare, ai sensi dell'art. 25, comma secondo, del codice richiamato, fuori dai casi in cui il danno sia di speciale tenuità, la pena è ridotta sino alla metà per colui che ha presentato l'istanza o la domanda quando, alla data di apertura della procedura di regolazione della crisi o dell'insolvenza, il valore dell'attivo inventariato o offerto ai creditori assicura il soddisfacimento di almeno un quinto dell'ammontare dei debiti chirografari e, comunque, il danno complessivo cagionato non supera l'importo di 2.000.000 euro.

Come si ricava dal tenore letterale della disposizione, la circostanza attenuante sembra assumere un ruolo "residuale", "marginale", essendo destinata ad operare solo ove il danno non risulti di particolare tenuità.

Inoltre, nel silenzio della formulazione normativa, la circostanza sembrerebbe interessare tutti i fatti di bancarotta¹⁹.

Da una lettura sistematica del nuovo corpo normativo emergono però problemi di raccordo, forse trascurati nel corso dell'*iter* legislativo, con la circostanza attenuante di cui all'art. 326, comma terzo, del codice della crisi di im-

¹⁷ Corte cost., 5 dicembre 2018, n. 222. Per alcune prime osservazioni, GALLUCCIO, *La sentenza della Consulta su pene fisse e 'rime obbligate': costituzionalmente illegittime le pene accessorie dei delitti di bancarotta fraudolenta*, in www.penalecontemporaneo.it. Per un commento, PISA, *Pene accessorie di durata fissa e ruolo "riformatore" della Corte Costituzionale*, in *Dir. pen. e processo*, 2019, 216. Interessante osservare che, pochi anni addietro, la medesima questione era stata sottoposta all'attenzione della Corte costituzionale, la quale - pur ritenendo fondati i sospetti di illegittimità costituzionale prospettati dal giudice *a quo* - aveva emesso pronuncia di inammissibilità: ci si riferisce a Corte cost., 31 maggio 2012, n. 134, in www.penalecontemporaneo.it, 1 giugno 2012, con osservazioni di VARRONE, *Sui limiti del sindacato di costituzionalità delle previsioni sanzionatorie, in un caso concernente le pene accessorie interdittive per il reato di bancarotta fraudolenta*, *ivi*.

¹⁸ L'art. 4, comma 1, lett. h), della legge 19 ottobre 2017, n. 155, si limitava a suggerire l'introduzione di una «attenuante ad effetto speciale per gli altri reati». Sul carattere generico della formulazione legislativa, il quale lasciava presagire ampi spazi di manovra in sede di attuazione della delega, si veda SANTINELLI, *Le misure penali introdotte dalla legge delega*, *cit.*

¹⁹ GAMBARDILLA, *Il codice della crisi di impresa: nei delitti di bancarotta la liquidazione giudiziale prende il posto del fallimento*, *cit.*, 502, ritiene tale soluzione preferibile soprattutto alla luce della clausola «fuori dai casi in cui risulta un danno di speciale tenuità», che sembra segnalare una «continuità di area applicativa» rispetto alla causa di non punibilità prevista del medesimo articolo.

presa, il quale - riproducendo pedissequamente quanto previsto dall'attuale art. 219 della legge fallimentare - stabilisce che, nel caso in cui la bancarotta fraudolenta, la bancarotta semplice o il ricorso abusivo al credito (rispettivamente, artt. 322, 323 e 325 del codice citato) abbiano cagionato un danno patrimoniale di speciale tenuità, le pene sono ridotte fino al terzo.

4. *Osservazioni conclusive.* Dal quadro rapidamente prospettato emerge, quindi, che vari profili critici caratterizzano la nuova disciplina in materia di premialità penale, contenuta nel codice della crisi di impresa e dell'insolvenza. Non resta che adoperarsi al fine di sciogliere i primi nodi interpretativi, così da poter valutare l'effettivo impatto della riforma nel settore penale, nell'attesa di un intervento normativo organico che interessi l'intero sistema penalistico della crisi di impresa e dell'insolvenza.

L'esigenza di un siffatto intervento risulta, infatti, ancora più avvertita dopo l'emanazione del d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, poiché detto provvedimento normativo, mettendo in rilievo come il diritto civile prediliga procedure che mirano al recupero dell'impresa in crisi ed alla sua conservazione, in linea con le indicazioni provenienti dall'Unione europea, invita a ripensare alle risposte fornite dal diritto penale al fenomeno²⁰.

Le misure disciplinate dall'art. 25, comma 2, del codice, allora, sembrano rappresentare per il penalista uno degli elementi più significativi di una riforma che può considerarsi un'occasione perduta per una risistemazione ed un ammodernamento del diritto penale fallimentare (ora, della crisi di impresa e dell'insolvenza)²¹.

²⁰ Anche prescindendo dall'ultimo intervento normativo dovuto al d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, deve sottolinearsi che il diritto civile fallimentare (ora, della crisi di impresa e dell'insolvenza) ha conosciuto nel nostro ordinamento un notevole sviluppo. Sulla distonia creatasi già anni addietro tra la disciplina civilistica e quella penalistica, ALESSANDRI, *Diritto penale commerciale*, vol. IV, cit., 9 ss.

²¹ Sul punto, si veda anche GAMBARDELLA, *Il codice della crisi di impresa: nei delitti di bancarotta la liquidazione giudiziale prende il posto del fallimento*, cit., 492