

Riflessioni sulla “mitosi” dei reati del curatore, fra statica normativa e dinamica del bene giuridico

On the 'mitosis' of the offenses committed by the (bankruptcy) trustee, between static normativity and the dynamics of legal goods

Christoph Simon Thun Hohenstein Welsperg

Dottorando di ricerca in diritto penale nell'Università di Trento

Sommario: 1. Introduzione – 2. Interesse privato del curatore negli atti della liquidazione giudiziale (art. 334) – 2.1. Bene giuridico – 2.2. Fatto tipico – 2.3. Rapporti fra norme e prospettive di riforma – 3. Accettazione di retribuzione non dovuta (art. 335) – 3.1. Fatto tipico – 3.2. Conseguenze sanzionatorie e prospettive di riforma – 4. Omessa consegna o deposito di cose della liquidazione giudiziale (art. 336) – 4.1. Fatto tipico – 4.2. Rapporti fra norme e prospettive di riforma – 5. I reati dei coadiutori del curatore (art. 337).

ABSTRACT

Questo contributo mira ad analizzare luci e ombre dei “nuovi” reati del curatore contenuti nel Codice della crisi, che convivono con le fattispecie “madri” rinvenibili nella l. fall.. Più nel dettaglio, considerato che, salvo alcuni profili di discontinuità, non si sono verificati significativi mutamenti a livello di formulazione delle fattispecie, si tenterà di rileggere lo statuto penale del curatore della liquidazione giudiziale ponendo al centro l'interesse dei creditori a vedere soddisfatti i propri diritti, in un'ottica, quindi, monoffensiva.

This paper aims to analyse the strengths and weaknesses of the “new” offenses of the (bankruptcy) trustee contained in the “Codice della crisi” (d.lgs. 14/2019), coexisting with the “parent” offenses that can still be found in the “legge fallimentare” (R.D. 267/1942). More specifically, considering that, except for some aspects of discontinuity, there have been no significant changes in the formulation of the offenses, an attempt will be made to re-examine the penal offenses of the trustee, focusing on the creditors' interest in having their rights satisfied.

1. Introduzione.

Il 15 luglio 2022 sono entrati in vigore i “nuovi” reati del curatore della liquidazione giudiziale e dei suoi coadiutori, accolti dal nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (CCII, d.lgs 12 gennaio 2019, n. 14, in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155).

Non ci si dilungherà troppo su questioni “pacifiche” relative ai reati in esame: lo scopo del presente articolo è infatti quello di analizzare luci ed ombre dei nuovi reati del curatore, approfondendo altresì i profili di continuità e discontinuità fra le diverse norme.

Come si può leggere nella relazione sulla legge fallimentare (Regio decreto del 16 marzo 1942 n. 267), con l'introduzione della (allora) nuova disciplina del fallimento la responsabilità del curatore riceveva una sistemazione molto più ampia di quella che le assicurava il codice del commercio, che la concentrava in una fattispecie di malversazione, definita «poliedrica e spesso incerta».

Il legislatore dell'epoca, pur optando in generale per la riconduzione della responsabilità del curatore ai singoli reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione – con l'unica eccezione dell'art. 228 legge fallimentare, oggi affiancato dall'art. 334 CCII –, reputando superflua a fini pratici (nonché dannosa a fini di sistema) la formulazione di fattispecie specifiche solo perché soggetto ne sarebbe stato un pubblico ufficiale determinato (il curatore), si riservò di individuare due (allora) nuove figure di reato, che non avevano un preciso corrispondente nello statuto dei pubblici ufficiali. Si tratta dell'accettazione di retribuzione non dovuta e dell'omessa consegna o deposito di cose del fallimento (artt. 229 e 230 legge fallimentare, oggi affiancati dagli artt. 335 e 336 CCII).

Allora come ora, lo studio dei reati del curatore non è, quindi, lo studio di una disciplina che corre parallela a quella dei reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, ma quello di un “microsistema” che vive, in larga parte, di vita autonoma.

Si precisa, a livello generale, che con l'entrata in vigore del CCII le norme si ritrovano ‘bonificate’ dalla terminologia tipica del fallimento, che lascia il posto al più ‘neutro’ riferimento alla liquidazione giudiziale. Si tratta di una modifica fondamentale nel disegno della riforma della disciplina della crisi di impresa e dell'insolvenza. Significativo è, infatti, che la legge 19 ottobre 2017, n. 155 contenesse già all'art. 2, co. 1, lett. a), il principio generale, cui si sarebbe dovuto attenere il legislatore delegato, di «sostituire il termine “fallimento” e i suoi

derivati con l'espressione “liquidazione giudiziale”, adeguando dal punto di vista lessicale anche le relative disposizioni penali, ferma restando la continuità delle fattispecie criminose».

Dalla relazione illustrativa del disegno di legge delega si desume che la proposta di abbandonare la «pur tradizionale espressione di “fallimento” (e quelle da essa derivate), in conformità a una tendenza già manifestatasi nei principali ordinamenti europei di *civil law* (tra cui quelli di Francia, Germania e Spagna), [è] volta a evitare l'aura di negatività e di discredito, anche personale, che storicamente a quella parola si accompagna; negatività e discredito non necessariamente giustificati dal mero fatto che un'attività d'impresa, cui sempre inerisce un corrispondente rischio, abbia avuto un esito sfortunato. Anche un diverso approccio lessicale può quindi meglio esprimere una nuova cultura del superamento dell'insolvenza, vista come evenienza fisiologica nel ciclo vitale di un'impresa, da prevenire ed eventualmente regolare nel modo migliore, ma non da esorcizzare».

Da ultimo, si precisa che i rapporti delle “nuove” fattispecie con le norme “matri e gemelle” tutt'ora contenute nella legge fallimentare sono regolati dall'art. 390, co. 3, CCII, il quale stabilisce che «[q]uando, in relazione alle procedure di cui ai commi 1 e 2, sono commessi i fatti puniti dalle disposizioni penali del titolo sesto [della legge fallimentare] ai medesimi fatti si applicano le predette disposizioni». Le procedure di cui al co. 1 sono quelle che concernono ricorsi per dichiarazione di fallimento, proposte di concordato *et similia* depositati prima dell'entrata in vigore del CCII; le procedure di cui al co. 2 sono invece le procedure di fallimento e le altre procedure di cui al co. 1 pendenti alla data di entrata in vigore del CCII, nonché le procedure aperte a seguito della definizione dei ricorsi e delle domande di cui al medesimo comma.

2. Interesse privato del curatore negli atti della liquidazione giudiziale (art. 334).

La fattispecie che apre il microsistema oggetto di questa trattazione è quella che punisce l'interesse privato del curatore negli atti della liquidazione giudiziale. Essa ricalca il contenuto dell'art. 228 legge fallimentare. Quest'ultima norma fu introdotta dal legislatore del 1942 essenzialmente per inasprire la pena prevista dall'art. 324 c.p. (interesse privato in atti di ufficio, abrogato dalla l. 26 aprile 1990, n. 86) con la contestuale previsione della pena accessoria della interdizione dai pubblici uffici.

In seguito all'abrogazione della fattispecie 'gemella' dell'art. 324 c.p. ad opera della legge 26 aprile 1990, n. 86 è stato ipotizzato un contrasto dell'art. 228 legge fallimentare con l'art. 3 Cost. in base al rilievo che si sarebbe determinata una disparità di trattamento fra il curatore e gli altri pubblici ufficiali, non più minacciati dalla scure dell'art. 324 c.p.

La sent. Corte cost. 414/1994 ha negato il contrasto con l'art. 3 Cost. sul duplice rilievo: *a)* che il legislatore ha dotato di autonomia strutturale ed editale la fattispecie in commento, la quale è quindi disomogenea rispetto all'art. 324 c.p.; *b)* che non si è determinata una indiscriminata *abolitio criminis* delle condotte del pubblico ufficiale già qualificabili come fatti di interesse privato in atti di ufficio, essendo queste state ricondotte a nuove fattispecie (artt. 323 e 326 c.p.).

In seguito alla modifica dell'art. 323 c.p. (abuso d'ufficio) operata dalla l. 16 luglio 1997, n. 234 per porre un argine al proliferare di procedimenti penali a carico di pubblici amministratori per il reato di abuso d'ufficio intentati in relazione a scelte e comportamenti rientranti nella sfera della discrezionalità amministrativa, l'art. 228 legge fallimentare è stato nuovamente oggetto di un giudizio di costituzionalità.

La Corte, nella sent. 69/1999, ha tuttavia dichiarato infondate tutte le censure: *a)* quanto all'art. 3 Cost., perché la scelta del legislatore di mantenere la specifica disciplina dell'art. 228 legge fallimentare anche nei confronti del nuovo delitto di abuso d'ufficio «rappresenta esercizio di discrezionalità legislativa non censurabile in sede di scrutinio di costituzionalità». Infatti, l'autonoma fattispecie incriminatrice di cui all'art. 228 legge fallimentare assoggetta a sanzione condotte «per loro natura non suscettibili di rigida schematizzazione formale, che, pur lesive [...] degli interessi tutelati dalle diverse procedure, sfuggirebbero tuttavia alla previsione dell'art. 323 cod. pen., non comportando – per l'ampia discrezionalità propria dell'attività gestoria svolta dai pubblici ufficiali considerati – la diretta violazione di una norma di legge o di regolamento»; *b)* quanto all'art. 25, co. 2, Cost., perché è possibile (nonché diffusa nella giurisprudenza di merito) una interpretazione in senso restrittivo della norma, in quanto tale aderente ai principi costituzionali.

2.1. Bene giuridico.

Molti autori hanno sostenuto che l'art. 228 legge fallimentare tutela beni giuridici di carattere eminentemente pubblicistico e, segnatamente,

l'amministrazione della giustizia¹, quale *species* del *genus* pubblica amministrazione (ovvero, in alcuni particolari casi, la pubblica amministrazione in senso stretto)². È stato quindi relegato in secondo piano il riferimento all'interesse della massa dei creditori al soddisfacimento dei propri diritti³, tenuto in maggiore considerazione dalla giurisprudenza⁴, sia pure in chiave plurioffensiva. Sembra però opportuno considerare assorbente (in chiave, quindi, monoffensiva) la tutela di quest'ultimo bene (interesse della massa dei creditori al soddisfacimento dei propri diritti) in quanto: a) *raison d'être* della procedura di liquidazione giudiziale è proprio la tutela dei diritti dei creditori; b) l'interesse dei creditori al soddisfacimento dei propri diritti è “trasversale” e caratterizzante ogni tipo di procedura concorsuale, ciò a differenza di quanto potrebbe dirsi rispetto ai soggetti che si occupano di “gestire” le procedure presidiate dalla norma in commento: si consideri, infatti, che alcune di esse fanno capo, più che alla giustizia concorsuale, alla p.a.. Se si ritenesse tutelato un bene di carattere pubblicistico, si priverebbe quindi di unitarietà l'oggettività giuridica della fattispecie in commento, da individuare, in base al soggetto attivo, o nell'amministrazione della giustizia o nella p.a.

La norma sembra esprimere una tutela esasperatamente anticipata del bene giuridico, perché non richiede nemmeno la messa in pericolo dell'interesse della massa dei creditori al soddisfacimento dei propri diritti; anche senza richiedere un danno, occorre però comunque insistere sull'esigenza di riscontrare in modo rigoroso, in omaggio al principio di offensività, per lo meno un pericolo di tipo concreto per il bene tutelato⁵.

¹ P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Giuffrè, Milano, 1955, p. 331.

² A. CADOPPI, *I reati del curatore e dei suoi ausiliari*, in F. Bricola, F. Galgano, G. Santini (a cura di), *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare*, Zanichelli-Foro italiano, Bologna-Roma, 1984, 76-79. Per una recente riflessione sul bene giuridico tutelato dalla norma in commento si rinvia a L. PELLEGRINI, *L'interesse privato del curatore negli atti della liquidazione giudiziale nel nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Cass. Pen.*, Vol. 3, 2022, pp. 1265-1267.

³ L. CONTI, *Diritto penale commerciale*, vol. II, *I reati fallimentari*, Utet, Torino, 1991, 376-377; A. ROSSI, *Reati fallimentari*, in F. Antolisei [Grosso (a cura di)], *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, vol. II, XIV ed., Giuffrè, Milano, 2018, p. 311.

⁴ C. SANTORIELLO, *I reati del curatore fallimentare*, CEDAM, Padova, 2002, p. 173.

⁵ N. SELVAGGI, *Le altre fattispecie di reati fallimentari*, in F. Vassalli, F.P. Luiso, E. Gabrielli (a cura di), *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, vol. III, *Gli effetti del fallimento*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 1015.

L'interesse privato del curatore negli atti della liquidazione giudiziale può quindi essere descritto come un reato di pericolo concreto⁶, contrariamente a quanto sostiene quella giurisprudenza di Cassazione che ritiene sufficiente, ai fini della sussistenza del reato di cui all'art. 228 legge fallimentare, che si determini una situazione di conflitto fra interesse privato del curatore e finalità della procedura, indipendentemente dal fatto che si verifichino effetti in concreto pregiudizievoli per i creditori (Cass. pen., sez. V, 12 ottobre 2004, n. 46802).

Sono invece apprezzabili le argomentazioni spese dalla Suprema Corte in Cass. pen., sez. V, 21 settembre 2000, n. 4043, in cui si sostiene che è sufficiente (ma anche necessario) che la presa di interesse privato da parte del curatore negli atti del fallimento (oggi: liquidazione giudiziale) comporti, in relazione all'interesse della procedura, un risultato di minore consistenza (in senso qualitativo o quantitativo) rispetto a quello che si sarebbe ottenuto in mancanza dell'ingerenza profittatrice.

2.2. Fatto tipico.

Sono soggetti attivi: *a*) il curatore della liquidazione giudiziale; *b*) i coadiutori del curatore (art. 337 CCII); *c*) il commissario del concordato preventivo (art. 341, co. 2, lett. c) CCII); *d*) il commissario liquidatore nel caso di liquidazione coatta amministrativa (art. 343, co. 2, CCII); *e*) il commissario speciale di cui all'art. 37 d.lgs. 16 novembre 2015, n. 180, e le persone che lo coadiuvano nell'amministrazione della procedura (art. 343, co. 3, CCII).

Non rileva, ai fini dell'integrazione della norma in commento, il possesso (o meno) da parte del curatore della qualifica di pubblico ufficiale al momento della condotta. Tuttavia, questo dato, sul quale in questa sede non ci si soffermerà⁷, riacquista spessore nell'ambito dell'operatività della clausola di sussidiarietà espressa.

La norma incriminatrice gravita attorno alla condotta del *prendere interesse privato* in qualsiasi atto della liquidazione giudiziale *direttamente o per interposta persona o con atti simulati*. Nonostante essa precisi che il curatore può essere punito laddove tenga la condotta “direttamente o per interposta persona o con atti simulati”, il reato rimane a forma libera, dato l'ampissimo spettro di condotte

⁶ *Contra*, nel senso del reato di pericolo presunto, A. ROSSI, *op. cit.*, p. 318.

⁷ Si rinvia, per una approfondita trattazione di questo punto, a L. PELLEGRINI, *op. cit.*, pp. 1267-1272.

che astrattamente potrebbero integrare la fattispecie del “prendere interesse”. Fondamentale per determinare la latitudine della locuzione “prendere interesse privato” è la sent. Corte cost., 69/1999 intervenuta (per vero) sulla fattispecie “madre e gemella” dell’art. 228 legge fallimentare.

Secondo la Consulta, «per la sussistenza del reato non è sufficiente la mera coincidenza o coesistenza di un interesse privato convergente o compatibile con l’interesse pubblico, né, tantomeno, la mera violazione di un obbligo di astensione».

Come l’art. 228 legge fallimentare, anche la norma in commento va infatti interpretata nel senso, costituzionalmente orientato, che restano «estraneie all’area della rilevanza penale tutte quelle ipotesi in cui si realizzi una mera coincidenza tra i vantaggi privati e gli interessi dell’ufficio o in cui comunque l’interesse privato del pubblico ufficiale non risulti, in concreto, rivolto a perseguire un vantaggio personale che si ponga in contrasto con le finalità delle procedure concorsuali [...]» (Corte cost., sent. 69/1999). Il curatore deve, in altre parole, perseguire un interesse particolaristico, estraneo e contrastante con le finalità della procedura concorsuale, cioè sfruttare l’ufficio in funzione di un tornaconto personale⁸. Inoltre, la presa di interesse deve consistere in una “effettiva ingerenza profittatrice”⁹, con correlativa strumentalizzazione dell’atto pubblico ad un fine privato, contrario o confliggente con l’interesse della procedura concorsuale.

Secondo parte della giurisprudenza, il delitto in commento sarebbe integrato anche nel caso di “comportamento acquiescente ad iniziative illecite di terzi” o di “volontaria abdicazione all’esercizio delle prerogative funzionali” in favore di soggetti che versino in una situazione di conflitto di interessi rispetto alle finalità della procedura, non richiedendo che si verificino effetti in concreto pregiudizievoli per i creditori (Cass. pen., sez. V, 12 marzo 2019, n. 28032).

Questa interpretazione è criticabile perché: *a*) tende a ritenere configurabile la fattispecie anche in forma omissiva, laddove il dato testuale (*prendere* interesse, più pregnante di *avere* interesse) sembra precludere una simile interpretazione¹⁰; *b*) non si cimenta con il problema del concorso di persone nel reato, istituto che potrebbe evitare forzature del dato testuale.

⁸ P. NUVOLONE, *op. cit.*, p. 334.

⁹ A. ROSSI, *op. cit.*, p. 318.

¹⁰ *Contra*, da ult., L. PELLEGRINI, *op. cit.*, p. 1274.

Si segnala, infine, che la giurisprudenza tende ad interpretare estensivamente il concetto di “atto della liquidazione giudiziale”, anche in forza del dettato normativo, che peraltro fa riferimento a *qualsiasi* atto della liquidazione giudiziale. Il reato può quindi configurarsi anche in relazione ad un atto che non sia di stretta competenza della curatela¹¹. Sembra, da ultimo, doversi escludere la configurabilità del tentativo, che si risolverebbe nella punizione di un pericolo di pericolo, in contrasto con il principio di offensività¹².

2.3. Rapporti fra norme e prospettive di riforma.

Già nella sent. Corte cost. 414/1994 veniva richiamata l’attenzione del legislatore «sull’esigenza di coordinamento del vigente art. 228 della legge fallimentare con le modifiche introdotte per i reati commessi da pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, ad alcuni dei quali detto articolo [...] rinvia presupponendo situazioni normative oggi abrogate o sostituite». Nemmeno l’entrata in vigore del CCII è riuscita ad allinearsi al monito lanciato dalla Corte quasi trent’anni fa.

Da ultimo, è necessario riportare che la relazione finale depositata dalla Commissione ministeriale sui reati fallimentari, istituita con D.M. 13 ottobre 2021, propone «l’abrogazione integrale di questa disposizione incriminatrice, così da rendere le ipotesi di responsabilità penale del curatore e delle persone che lo coadiuvano nell’amministrazione della liquidazione giudiziale integralmente ricondotte allo statuto penale dei pubblici ufficiali in generale, anche in considerazione del fatto che le norme di cui agli artt. 314, 317, 318, 319, 321, 322 e 323 del codice penale vengono a coprire integralmente ogni possibile azione penalmente illecita posta in essere dal curatore e dalle persone che lo coadiuvano nell’amministrazione della liquidazione giudiziale nell’esercizio delle loro funzioni».

Si segnala che, per lo meno quanto alla norma in commento, quest’ultimo rilievo non sembra cogliere nel segno. Infatti, anche solo la storia delle questioni di costituzionalità sollevate in relazione all’art. 228 legge fallimentare dimostra che la norma, in astratto, punisce una serie più ampia di condotte.

¹¹ Cass. pen., sez. V, 22 febbraio 1994, n. 4173; in dottrina A. ROSSI, *op. cit.*, 318; G.G. SANDRELLI, *I reati della legge fallimentare diversi dalla bancarotta. Il ruolo del curatore nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 98.

¹² *Contra* A. ROSSI, *op. cit.*, p. 319; L. CONTI, *op. cit.*, p. 379.

Ciò non toglie che sia del tutto condivisibile la proposta di abrogazione della fattispecie o, in alternativa, un suo ammodernamento in chiave di coordinamento sistematico e di precisazione tassativizzante dei contenuti.

3. Accettazione di retribuzione non dovuta (art. 335).

Il nuovo art. 335 ricalca il contenuto dell'art. 229 legge fallimentare e affianca alla sanzione civile della nullità, comminata dal menzionato art. 137, co. 4¹³, seconda parte, la sanzione penale. Nella relazione sulla legge fallimentare del 1942 si precisa che questa fattispecie «non può confondersi con la corruzione, mirando a colpire la venalità del curatore che riceva o pattuisca più di quanto gli sia dovuto per gli atti della sua gestione».

Si è sostenuto che la *ratio* della tutela penale della fattispecie in commento sarebbe la difesa dell'interesse dell'amministrazione fallimentare e dei creditori, nonché del prestigio del curatore¹⁴, o comunque che il bene giuridico tutelato sarebbe la regolare amministrazione della procedura fallimentare¹⁵. Sembra tuttavia opportuno, per le stesse ragioni che si sono già elencate trattando dell'art. 334 CCII, considerare prevalente e assorbente (in chiave, quindi, monoffensiva) la tutela dell'interesse della massa dei creditori al soddisfacimento dei propri diritti. Si è infatti affermato che questo interesse potrebbe essere esposto «a pericolo nel caso in cui il curatore avendo acquisito una retribuzione si collochi nell'oggettiva situazione incompatibile con la posizione d'imparzialità richiestagli dalla legge»¹⁶. Anche in questo caso la norma sembra esprimere una tutela anticipata del bene giuridico, perché non richiede testualmente che siano danneggiati o messi in pericolo gli interessi della massa dei creditori. Tuttavia, è fondamentale ribadire la necessità di verificare, in conformità al principio di offensività, almeno la presenza di un pericolo concreto per il bene salvaguardato.

¹³ Ai sensi dell'art. 137, co. 4, CCII, “[n]essun compenso, oltre quello liquidato dal tribunale, può essere preteso dal curatore, nemmeno per rimborso di spese. Le promesse e i pagamenti fatti contro questo divieto sono nulli ed è sempre ammessa la ripetizione di ciò che è stato pagato, indipendentemente dall'esercizio dell'azione penale”.

¹⁴ A. ROSSI, *op. cit.*, p. 320.

¹⁵ G. MANCA, *sub artt. 229-231*, R.D. 16 marzo 1942, n. 267, in F.C. Palazzo, C.E. Paliero (a cura di), *Commentario breve alle Leggi penali complementari*, Cedam, Padova, 2007, p. 1292.

¹⁶ N. SELVAGGI, *op. cit.*, p. 1017.

3.1. Fatto tipico.

Sono soggetti attivi: *a*) il curatore della liquidazione giudiziale; *b*) i coadiutori del curatore (art. 337 CCII); *c*) il commissario del concordato preventivo (art. 341, co. 2, lett. c) CCII); *d*) il commissario liquidatore nel caso di liquidazione coatta amministrativa (art. 343, co. 2, CCII); *e*) il commissario speciale di cui all'art. 37 d.lgs. 16 novembre 2015, n. 180, e le persone che lo coadiuvano nell'amministrazione della procedura (art. 343, co. 3, CCII).

La norma punisce il curatore della liquidazione giudiziale che *riceve o pattuisce una retribuzione, in danaro o in altra forma, in aggiunta di quella liquidata in suo favore dal tribunale o dal giudice delegato*, contemplando, quindi, due fattispecie (*ricevere una retribuzione o pattuire una retribuzione*), tanto che si potrebbe parlare di “reato a duplice schema”, punite allo stesso modo¹⁷ e collocate in ordine di progressione *a minore ad maius* quanto alla lesione del bene giuridico tutelato.

La condotta di pattuizione si colloca su un piano di minore gravità, mentre quella di ricezione si colloca (progressivamente) su un piano di maggiore gravità. Pertanto, la pattuizione che preceda la ricezione, pur essendo astrattamente sufficiente a fondare la punibilità ai sensi della norma in commento, rappresenterebbe un antifatto non punibile, costituendo essa il normale antecedente della condotta di ricezione¹⁸.

La fattispecie di *pattuizione* di retribuzione non dovuta rappresenta un tipico caso di reato-contratto perché: *a*) la condotta tipica è plasmata sul modello del negozio; *b*) la condotta sembra venire in rilievo indipendentemente dall'effettivo adempimento delle prestazioni pattuite (cui la norma non fa nemmeno riferimento).

Ciononostante, il concetto stesso di “pattuizione” (antecedente fenomenologico di uno scambio), prim'ancora che il principio di offensività, impone di considerare punibili solamente quelle pattuizioni idonee a provocare una successiva *ricezione* di una retribuzione da parte del curatore.

¹⁷ L. CONTI, *op. cit.*, p. 381.

¹⁸ Secondo un'altra tesi, invece, in questa ipotesi priva di rilevanza penale sarebbe la ricezione: G.L. PERDONÒ, *I reati commessi dal curatore fallimentare*, in G. Ghia, C. Piccininni, L. Severini (diretta da), *Trattato delle procedure concorsuali*, vol. VI, *I reati nelle procedure concorsuali. Gli adempimenti fiscali*, Utet, Torino, 2012, p. 273.

La fattispecie di ricezione di retribuzione assorbe o ricomprende in sé la condotta di pattuizione. La assorbe nel caso in cui la pattuizione preceda di un lasso di tempo significativo la ricezione; la ricomprende nel caso in cui la pattuizione sia contestuale alla ricezione e quindi ad essa sottesa¹⁹.

La norma punisce la *pattuizione* o la *ricezione* di qualsivoglia tipo di *retribuzione, in danaro o in altra forma, in aggiunta di quella liquidata* in favore del curatore *dal tribunale o dal giudice delegato*. Significativo è il fatto che il legislatore abbia punito la ricezione o la pattuizione non già di qualunque tipo di utilità, ma di una *retribuzione*.

La retribuzione è un compenso corrisposto in rapporto a un merito o a una prestazione di lavoro. Pertanto, esorbitano dal concetto di retribuzione quelle pattuizioni o ricezioni di denaro che non abbiano il carattere della *corrispettività* rispetto a delle condotte (attive o omissive) che il curatore abbia tenuto, stia tenendo o debba tenere²⁰. Non solo: il concetto stesso di *corrispettività* impone l'ulteriore valutazione della *idoneità* della retribuzione a provocare o a ricompensare la condotta (attiva o omissiva) del curatore²¹. Anche il principio di offensività impone di punire solamente quelle condotte (di pattuizione o di ricezione di retribuzione) che ledano o per lo meno pongano in concreto pericolo il bene giuridico tutelato. Dato che il bene giuridico non è lesa o posto in pericolo solamente dalla pattuizione o dalla ricezione in quanto tali, ma soprattutto dalla condotta del curatore oggetto di mercimonio, è necessario valutare la *idoneità* della pattuizione o della ricezione di retribuzione a provocare una condotta lesiva per il bene giuridico tutelato dalla fattispecie.

3.2. Conseguenze sanzionatorie e prospettive di riforma.

A norma del co. 2, «nei casi più gravi alla condanna può aggiungersi l'inabilitazione temporanea all'ufficio di amministratore per la durata non inferiore a due anni».

È necessario, in primo luogo, interrogarsi sulla natura giuridica della sanzione comminata. Sul punto, sembra potersi accostare l'inabilitazione temporanea all'ufficio di amministratore alla pena accessoria della interdizione dagli uffici direttivi delle persone giuridiche e delle imprese, disciplinata dall'art.

¹⁹ A. CADOPPI, *op. cit.*, p. 185.

²⁰ G.G. SANDRELLI, *op. cit.*, p. 115 e p. 119; N. SELVAGGI, *op. cit.*, p. 1018.

²¹ A. CADOPPI, *op. cit.*, 181-182; G.L. PERDONÒ, *op. cit.*, 273, *contra* G.G. SANDRELLI, *op. cit.*, p. 117.

32-bis c.p. Non essendo l'elenco delle pene accessorie di cui all'art. 19 c.p. tassativo, sembra quindi potersi concludere per la natura di pena accessoria speciale, sia pure assimilabile a quella poc'anzi menzionata. Proprio questa conclusione getta tuttavia una serie di ombre sulla disposizione, difficili da dileguare in via ermeneutica: a) l'aumento di pena non è determinato nel massimo; b) esso, inoltre, è discrezionale²² (il giudice “può” aggiungere alla condanna l'inabilitazione); c) il concetto di “casi più gravi” è vago.

Partendo dal fondo, sembra improbabile un salvataggio della norma rinviando il giudice all'utilizzo dei parametri di cui all'art. 133 c.p.²³, operazione che non farebbe che moltiplicare problemi di coordinamento e disequaglianze sostanziali. Si pone pertanto, già sotto il profilo dell'indeterminatezza del concetto di “casi più gravi”, un serio dubbio di contrasto di questa disposizione con il principio di determinatezza²⁴. Non fa che aggravare i summentovati dubbi di costituzionalità il fatto che la norma rimetta al giudice, anche laddove si sia in presenza di uno dei casi più gravi, la valutazione circa l'opportunità di irrogare la sanzione. Si tratta di un margine di discrezionalità difficilmente giustificabile, se non del tutto irragionevole.

Un ultimo profilo problematico è quello del *quantum* della sanzione, che nella norma non ha un limite massimo. Questo profilo, sia pure temperato dal riferimento all'art. 37 c.p., sembra aprire un ulteriore fronte di contrasto della disposizione in commento con molti dei basilari principi costituzionali e convenzionali (art. 7 CEDU) in materia penale.

Da ultimo, si segnala che la relazione finale depositata dalla Commissione ministeriale sui reati fallimentari, istituita con D.M. 13 ottobre 2021, propone «l'abrogazione integrale di questa disposizione incriminatrice».

4. Omessa consegna o deposito di cose della liquidazione giudiziale (art. 336).

Questa norma ricalca il contenuto dell'art. 230 l. fall²⁵. Si è correttamente sostenuto che questo reato completa la tutela degli interessi patrimoniali dagli

²² A. ROSSI, *op. cit.*, 322; L. CONTI, *op. cit.*, p. 382

²³ *Contra* G.G. SANDRELLI, *op. cit.*, p. 128.

²⁴ *Contra* A. CADOPPI, *op. cit.*, p. 190.

²⁵ Nella relazione sulla legge fallimentare del 1942 si precisa che la fattispecie in commento «non può confondersi con la malversazione, propriamente detta, del curatore, consistendo non nella appropriazione o distrazione delle attività fallimentari, ma nella disobbedienza all'ordine del giudice di consegnarle o depositarle, ordine che implica quindi di volta in volta l'assegnazione, dalla legge o dal giudice stesso, di un termine per eseguirlo».

eventuali abusi del curatore²⁶. Sembra infatti opportuno, per le ragioni già chiarite, considerare assorbente (in chiave, quindi, monoffensiva) la tutela dell'interesse della massa dei creditori al soddisfacimento dei propri diritti, nonostante vari autori abbiano sostenuto che la fattispecie tuteli beni giuridici di carattere eminentemente pubblicistico²⁷.

La norma non richiede testualmente un danno o una messa in pericolo degli interessi della massa dei creditori. Sembra però opportuno considerare integrato il reato solamente laddove il bene finale tutelato dalla fattispecie (interesse della massa dei creditori al soddisfacimento dei propri diritti) sia stato per lo meno posto in concreto pericolo²⁸.

4.1. Fatto tipico.

Sono soggetti attivi: *a)* il curatore della liquidazione giudiziale; *b)* il commissario liquidatore nel caso di liquidazione coatta amministrativa (art. 343, co. 2, CCII); *c)* il commissario speciale di cui all'art. 37 d.lgs. 16 novembre 2015, n. 180, e le persone che lo coadiuvano nell'amministrazione della procedura (art. 343, co. 3, CCII). Non sono soggetti attivi i coadiutori del curatore, non rinviando l'art. 337 CCII all'articolo in commento. Il mancato riferimento all'art. 336 CCII rappresenta una svista del legislatore non emendabile in via ermeneutica²⁹.

La norma punisce il curatore *che non ottempera all'ordine del giudice di consegnare o depositare somme o altra cosa della liquidazione giudiziale, ch'egli detiene a causa del suo ufficio*. Prima di ricostruire la condotta penalmente rilevante, è necessario muovere dall'analisi dei suoi due presupposti: la detenzione da parte del curatore di somme o altra cosa della liquidazione giudiziale³⁰ e l'ordine del giudice.

La locuzione “somme o altra cosa della liquidazione giudiziale” è un elemento normativo che rinvia a tutta una serie di norme (c.d. parametri) che disciplinano i modi di acquisizione di somme (o di altre cose) alla liquidazione giudiziale.

Ai fini dell'integrazione della fattispecie in commento non rileva la condotta tenuta in relazione a qualunque somma o altra cosa della liquidazione giudiziale,

²⁶ N. SELVAGGI, *op. cit.*, p. 1018.

²⁷ A. CADOPPI, *op. cit.*, p. 192; C. SANTORIELLO, *op. cit.*, p. 231.

²⁸ N. SELVAGGI, *op. cit.*, p. 1017.

²⁹ V. *infra*, § p. 5.

³⁰ P. NUVOLONE, *op. cit.*, 322; G. MANCA, *op. cit.*, p. 1295.

ma solo a quelle che il curatore detiene a causa del suo ufficio³¹. Questo ulteriore dato impone di selezionare, fra le “cose della liquidazione giudiziale”, quelle che siano oggettivamente e funzionalmente destinate alla custodia (e, quindi, alla detenzione) del curatore.

Come si è visto, la norma consiste in un reato omissivo proprio che sanziona l'inosservanza dell'ordine del giudice di consegnare o depositare somme o altre cose della liquidazione giudiziale, così dotando l'ordine stesso, ulteriore presupposto della condotta³², di particolare vincolatività.

Assumeranno rilevanza ai fini della integrazione della fattispecie in commento solamente quegli atti del giudice che siano qualificabili come *ordini* (e che, quindi si rivolgano in modo diretto al curatore), aventi un contenuto specifico: *consegnare o depositare somme o altra cosa della liquidazione giudiziale, che il curatore detiene a causa del suo ufficio*.

Come già rilevato nella menzionata relazione sulla legge fallimentare del 1942, l'ordine deve contenere «l'assegnazione, dalla legge o dal giudice stesso, di un termine per eseguirlo». Questo è, forse, l'aspetto più problematico della norma in commento.

La dottrina si è molto interrogata sulla indispensabilità³³ o meno³⁴ della fissazione di un termine nel provvedimento del giudice. Va senz'altro accolta la tesi della indispensabilità della fissazione del termine, con alcune precisazioni.

Laddove il legislatore punisca un omettere dev'essere previsto un termine (anche non puntuale, ad es: senza ritardo o immediatamente) entro cui il soggetto deve agire per evitare di incorrere nella sanzione penale³⁵. In molti casi, però, la legge penale e le disposizioni del CCII non prevedono un termine entro cui il curatore deve adempiere all'ordine del giudice.

Deve quindi concludersi che la norma in commento è una norma penale (parzialmente) in bianco. Infatti, è rimessa alla disciplina normativa dell'ordine o a un provvedimento di un'autorità non legislativa l'individuazione del termine entro cui il curatore deve ottemperare all'ordine del giudice.

³¹ A. ROSSI, *op. cit.*, p. 323.

³² C. SANTORIELLO, *op. cit.*, p. 246.

³³ P. NUVOLONE, *op. cit.*, 322; A. CADOPPI, *op. cit.*, p. 202.

³⁴ A. ROSSI, *op. cit.*, p. 325, in base all'osservazione che *quod sine die debetur, statim debetur*; L. CONTI, *op. cit.*, p. 383.

³⁵ A. CADOPPI, *op. cit.*, p. 203.

Nel nostro ordinamento, le norme penali in bianco sono ammissibili solo quando una legge statale (non importa se la norma incriminatrice o altra norma) indichi “con sufficiente specificazione” i caratteri, i presupposti, il contenuto e i limiti dei provvedimenti della autorità non legislativa ai quali la legge affida la descrizione del precetto penalmente sanzionato³⁶.

Considerato che il termine entro cui il curatore deve ottemperare all’ordine del giudice assume rilevanza primaria ai fini del *discrimen* fra penale rilevanza e penale irrilevanza della condotta punita, è necessario interpretare la norma in commento nel senso che essa sanziona solamente l’inottemperanza ad ordini rispetto a cui sia la legge a prestabilire il termine entro cui ottemperarvi.

Ritenere applicabile la fattispecie incriminatrice anche al mancato rispetto di termini stabiliti unicamente dal giudice contrasterebbe con il principio di legalità (nella sua articolazione della riserva di legge), dato che sarebbe il giudice stesso a tracciare discrezionalmente i confini di una fattispecie penale.

Pertanto, non è condivisibile l’orientamento giurisprudenziale secondo cui il reato di omessa consegna o deposito di cose del fallimento (oggi della liquidazione giudiziale) di cui all’art. 230 legge fallimentare si consuma con la scadenza del termine, assegnato al curatore dal giudice delegato, per ottemperare alla consegna (Cass. pen., sez. V, 18 marzo 2016, n. 22534), indipendentemente dal fatto che il termine assegnato fosse o meno determinato o determinabile in forza di una legge o di un atto avente forza di legge³⁷.

Si precisa che all’omissione è parificato il ritardo nell’ottemperare al provvedimento del giudice. Anzi, nella maggior parte dei casi, alla luce della peculiare interferenza di questa fattispecie con quella di peculato³⁸, l’omissione rilevante ai fini di questa fattispecie è proprio quella da ritardo.

Rileva, inoltre, che il curatore, per essere punibile, deve avere avuto la possibilità di tenere la condotta doverosa, trovandosi nelle condizioni di potere

³⁶ *Ex multis*, Corte cost., sent. 282/1990.

³⁷ La norma potrebbe trovare applicazione, ad es., nel caso in cui il giudice ordini al curatore di depositare entro il termine massimo di dieci giorni sul conto corrente intestato alla procedura di liquidazione somme da lui riscosse a causa del suo ufficio. Il termine massimo di dieci giorni è, infatti, stabilito, sia pure ad altri fini, dall’art. 131 CCII. L’ordine del giudice, sia pure intervenendo in un contesto verosimilmente patologico (inosservanza del “primo” termine da parte del curatore), non farebbe altro che incorporare e reiterare un precetto legislativamente predeterminato.

³⁸ V. *infra*, 4.2.

adempiere all'ordine del giudice entro il termine prefissato normativamente, giacché *ad impossibilia nemo tenetur*³⁹.

Ancora, il curatore sarà punibile solamente nel caso in cui altri non abbia provveduto ad ottemperare all'ordine in sua vece.

Infine, il principio di offensività impone di considerare punibili solamente quelle omissioni che si traducano in un danno o in una messa in pericolo del bene giuridico tutelato dalla fattispecie (interesse della massa dei creditori al soddisfacimento dei propri diritti). Il co. 2 punisce il curatore che, per colpa, non ottempera all'ordine del giudice di consegnare o depositare somme o altra cosa della liquidazione giudiziale, ch'egli detiene a causa del suo ufficio. Si tratta di un reato omissivo proprio punito a titolo di colpa.

Rinviando per il resto alle osservazioni poc'anzi spese in relazione alla condotta dolosa, si precisa che l'ordine del giudice non può essere foriero di una regola di cautela rispetto alla sua stessa osservanza. La colpa si manifesterà quindi, nella maggior parte dei casi, nella forma della colpa generica, e mirerà a sanzionare il curatore che *a)* non avendo adottato le cautele imposte dall'importanza del suo ufficio, non abbia riconosciuto per colpa la situazione tipica, *i.e.* l'insieme dei presupposti che avrebbero fatto nascere il suo obbligo di attivarsi fra i quali, segnatamente, l'ordine del giudice⁴⁰; *b)* pur avendo riconosciuto la situazione tipica, abbia omesso, per negligenza, imprudenza o imperizia, di ottemperare all'ordine del giudice⁴¹.

Quanto al primo caso, si pensi al curatore che non acceda alla propria casella di posta elettronica certificata per tre mesi, in spregio alla regola cautelare consistente nell'obbligo, per un professionista qualificato qual è il curatore, di verificare regolarmente la propria corrispondenza.

Quanto al secondo caso, si pensi al curatore che abbia ricevuto l'ordine del giudice senza però calendarizzare, per negligenza, la relativa scadenza e che, per questo motivo, non abbia ottemperato al medesimo.

4.2. Rapporti fra norme e prospettive di riforma.

In giurisprudenza si sono verificati molti casi di interferenza fra il reato in commento e la fattispecie di peculato di cui all'art. 314 c.p. La differenza tra il

³⁹ G.L. PERDONÒ, *op. cit.*, p. 275.

⁴⁰ A. CADOPPI, *op. cit.*, p. 206; *contra* C. SANTORIELLO, *op. cit.*, p. 255.

⁴¹ C. SANTORIELLO, *op. cit.*, p. 255.

reato di peculato e il reato di omessa consegna o deposito di cose del fallimento, di cui all'art. 230 legge fallimentare (oggi affiancato dall'articolo 336 CCII), sta sostanzialmente nel fatto che, nel secondo caso, elemento costitutivo del reato è il *ritardo* nel versare le somme o altra cosa del fallimento a seguito dell'ordine del giudice (senza che le somme o le cose siano entrate a fare parte del patrimonio del curatore); nel primo caso, invece, le somme o le cose sono entrate a fare parte del patrimonio di tale soggetto (Cass. pen., sez. VI, 3 febbraio 2000, n. 4472). In dottrina si afferma quindi che «se sussiste peculato, il delitto in esame ne resterà assorbito»⁴².

Si segnala, da ultimo, che la relazione finale depositata dalla Commissione ministeriale sui reati fallimentari, istituita con D.M. 13 ottobre 2021, propone «l'abrogazione integrale di questa disposizione incriminatrice». La Commissione propone altresì l'abrogazione della fattispecie di cui al co. 2, «anche in ragione del fatto che con il presente intervento si intende circoscrivere l'area di responsabilità penale alle più gravi condotte a matrice dolosa».

5. I reati dei coadiutori del curatore (art. 337).

La norma in commento, anch'essa entrata in vigore il 15 luglio 2022, si occupa di estendere la tipicità di alcune fattispecie che la precedono a categorie di soggetti attivi diverse dal curatore fallimentare.

Già il legislatore del 1882, approvando con legge 2 aprile 1882, n. 681 il Codice di commercio per il regno d'Italia, si preoccupò, all'art. 853, di precisare che la disposizione su cui si fondava la responsabilità penale del curatore fallimentare «si applica anche ai coadiutori ed incaricati del curatore, nell'esecuzione delle operazioni del fallimento». Questa norma venne poi mantenuta tale e quale nella versione definitiva del Codice di commercio, approvata (pochi mesi dopo) con R.D. 31 ottobre 1882, n. 1062 (all'art. 864, co. 3).

L'entrata in vigore della legge fallimentare modificò leggermente il testo della (pur mantenuta) disposizione. L'art. 231 legge fallimentare (Coadiutori del curatore), diretto antecedente (nonché 'convivente') della norma in commento, stabilisce infatti che le disposizioni degli artt. 228 (interesse privato del curatore negli atti del fallimento), 229 (accettazione di retribuzione non dovuta) e 230 (omessa consegna o deposito di cose del fallimento) si applicano anche alle persone che coadiuvano il curatore nell'amministrazione del fallimento. Viene

⁴² A. ROSSI, *op. cit.*, p. 323.

quindi eliso il riferimento agli “incaricati del curatore”, e viene sostituita la locuzione “esecuzione delle operazioni” con la locuzione “amministrazione del fallimento”⁴³.

Più nel dettaglio, questo articolo estende l’area della tipicità degli artt. 334 e 335 CCII. Il riferimento all’art. 333 CCII (che a sua volta fa rinvio agli articoli 322, 323, 325 e 327 CCII) non è foriero di alcuna estensione dell’area di punibilità della menzionata fattispecie perché: *a*) è frutto di una svista del legislatore; *b*) un’estensione dei reati dell’instutore ai coadiutori del curatore senza che sia prevista la punibilità del curatore stesso è un *nonsense* giuridico, facilmente emendabile in via ermeneutica considerando *tamquam non esset* il riferimento al relativo articolo; *c*) una simile estensione contrasterebbe, in ogni caso, con i principi generali cui doveva attenersi il legislatore delegato (mero adeguamento lessicale con continuità delle fattispecie criminose).

Il mancato riferimento all’art. 336 CCII rappresenta un’ulteriore svista del legislatore (simmetrico-negativa rispetto a quella poc’anzi mentovata), perché è tanto insensato estendere la sfera di punibilità della fattispecie di cui all’art. 333 ai coadiutori del curatore, quanto omettere il riferimento all’art. 336, fattispecie “di competenza” del curatore (omessa consegna o deposito di cose della liquidazione giudiziale).

A questo proposito, è necessario interrogarsi sulla possibilità di correggere l’errore in cui è incorso il legislatore, recuperando in via ermeneutica il riferimento all’art. 336. Si potrebbe ipotizzare il recupero della punibilità dei coadiutori del curatore per i fatti di omessa consegna o deposito di cose della liquidazione giudiziale *a*) per il tramite dell’art. 110 c.p. o *b*) *sic et simpliciter*, aggiungendo in via interpretativa il rinvio all’art. 336.

Nessuna delle due vie pare, però, concretamente praticabile. Quanto alla prima (recupero tramite l’art. 110 c.p.), l’articolo in commento non rappresenta un semplice duplicato della disciplina dell’art. 110 c.p. L’eventuale riferimento *expressis verbis* all’art. 336 permetterebbe infatti di punire anche il coadiutore del curatore che agisse “in solitaria” e non in concorso con il curatore stesso. Non si

⁴³ Proprio la lettura dell’art. 231 legge fallimentare permette di additare un clamoroso difetto di coordinamento in cui è caduto il legislatore del CCII. L’articolo in commento fa erroneo rinvio all’art. 333 (reati dell’instutore), mentre omette (altrettanto erroneamente) il rinvio all’art. 336 (omessa consegna o deposito di cose della liquidazione giudiziale). Si approfondirà poche righe sotto questo punto.

può quindi ricondurre nell'alveo dell'art. 110 c.p. la punibilità dei coadiutori del curatore che si macchino “in solitaria” di fatti di omessa consegna o deposito di cose della liquidazione giudiziale.

Quanto alla seconda via prospettata, un'aggiunta in via ermeneutica contrasterebbe con il fondamentale principio di legalità in materia penale nella sua declinazione della riserva di legge, che trova il proprio fondamento, fra gli altri, anche nel principio della separazione dei poteri legislativo e giudiziario. Sembra quindi necessario un intervento correttivo del legislatore⁴⁴.

La disposizione in commento riveste quindi un ruolo *accessorio* rispetto agli artt. 334 e 335 CCII, in quanto può essere intesa e interpretata solamente in combinato disposto con le norme cui rimanda.

Come detto, l'art. 337 estende l'area della tipicità degli artt. 334 e 335 CCII ampliando il novero dei soggetti attivi “alle persone che coadiuvano il curatore nell'amministrazione della liquidazione giudiziale”. Lo fa, però, con un linguaggio generico, che rischia di porsi in contrasto con il principio di determinatezza (art. 25, co. 2, Cost.). Infatti, la locuzione “persone che coadiuvano il curatore nell'amministrazione della liquidazione giudiziale” potrebbe ricomprendere, oltre a professionisti che operano a stretto contatto con il curatore nell'amministrazione della liquidazione giudiziale, anche ad es. il personale di segreteria del curatore stesso, con evidenti rischi di dilatazione della responsabilità penale al di là delle intenzioni del legislatore.

Sussiste quindi il rischio che questa norma, più che ampliare la tipicità delle menzionate fattispecie, arrivi a “snaturarle”, trasformandole da reati propri in reati comuni.

Questo si porrebbe in contrasto con il principio di proporzionalità della pena, giacché verrebbe scardinato il delicato equilibrio fra restringimento della tipicità ad una ben determinata cerchia di soggetti attivi e calibrata proporzionalità del rimprovero personale.

Proprio questo rischio impone di interpretare in senso stretto la disposizione in commento, e quindi di considerare “persona che *coadiuva* il curatore nell'amministrazione della liquidazione giudiziale” un elemento normativo.

⁴⁴ In questo senso anche F. CAMPLANI, *I reati nella gestione dell'impresa in crisi*, in E. Napoletano (a cura di), *Diritto penale d'impresa*, Pacini Giuridica, Pisa, 2023, p. 773.

Più nel dettaglio, si tratta di un elemento normativo giuridico, perché il parametro cui rinvia la norma incriminatrice è rappresentato da un insieme di norme giuridiche ben individuabili. Il riferimento va all'art. 129, co. 2, CCII, ai sensi del quale “[i]l curatore può essere autorizzato dal comitato dei creditori a farsi *coadiuvare* da tecnici o da altre persone retribuite, compreso il debitore e gli amministratori della società o dell'ente in liquidazione giudiziale, sotto la sua responsabilità”, nonché all'art. 193, co. 3, del CCII, ai sensi del quale “[s]e i beni o le cose si trovano in più luoghi e non è agevole l'immediato completamento delle operazioni, il giudice delegato può autorizzare il curatore ad avvalersi di uno o più *coadiutori*”.

Così interpretato, l'articolo in commento estende la sfera di punibilità di reati che rimangono, pur sempre, reati propri, in quanto anche per acquisire la qualifica di “coadiutore” è necessaria una formale investitura⁴⁵.

Il riferimento va, segnatamente, alla nomina del coadiutore del curatore (di competenza del curatore stesso, su autorizzazione del comitato dei creditori ai sensi dell'art. 129, co. 2, CCII o del giudice delegato ai sensi dell'art. 193, co. 3, CCII).

Pertanto, per le condotte di cui agli artt. 334 e 335, come rispettivamente richiamate dall'art. 337, *a*) sarà punibile il coadiutore nominato senza la necessaria autorizzazione perché, se l'atto di nomina non è stato reclamato ai sensi degli artt. 123, co. 1, lett. e) e 133 CCII, esso conserva piena efficacia; *b*) non sarà, di norma, punibile il soggetto che coadiuva il curatore nell'amministrazione della liquidazione giudiziale senza essere stato nominato tale; rimane ferma la punibilità a titolo di concorso con il curatore nei menzionati reati, ai sensi dell'art. 110 c.p. o 117 c.p., se ne ricorrono tutti i presupposti, oppure in forza di ulteriori e diversi reati.

La norma in commento non risulta essere ancora stata applicata dalla giurisprudenza di legittimità che, peraltro, si è espressa rarissime volte anche riguardo all'art. 231 legge fallimentare. Spicca, a questo proposito, la recente sentenza Cass. pen., sez. VI, 5 maggio 2022, n. 18031, con cui la sesta sezione ha confermato l'irrilevanza di una nomina formale da parte del curatore fallimentare ai fini dell'assunzione della qualifica di coadiutore e, quindi, la fondatezza di una condanna per peculato di quest'ultimo anche in assenza di una

⁴⁵ P. NUVOLONE, *op. cit.*, p. 332; G. MANCA, *op. cit.*, p. 1296.

simile nomina, ritenendo sufficiente a tal fine il fatto che questi avesse inequivocabilmente assunto per fatti concludenti, ed in concreto esercitato, i compiti propriamente riconducibili al ruolo e alle funzioni dell'ausiliario del curatore nell'ambito della relativa procedura.

La sentenza si pone nel solco della consolidata giurisprudenza di Cassazione (cfr. Cass. pen., sez. V, 26 luglio 2012, n. 30715) che ritiene che le persone che coadiuvano il curatore nell'amministrazione del fallimento rivestano, nell'esercizio delle loro funzioni, la qualifica di pubblico ufficiale.

Questo tipo di ragionamento non è però condivisibile perché *a)* se una disposizione del CCII attribuisce espressamente la qualifica di pubblico ufficiale al curatore della liquidazione giudiziale (art. 127 CCII, ai sensi del quale il curatore, per quanto attiene all'esercizio delle sue funzioni, è pubblico ufficiale), una simile norma non esiste per i coadiutori del curatore. Pertanto, l'art. 127 CCII non può essere interpretato analogicamente, poiché *ubi lex noluit tacuit*; *b)* in ogni caso, l'estensione della qualifica di pubblico ufficiale ai coadiutori del curatore violerebbe il divieto di analogia *in malam partem*.

Ovviamente, l'eventuale errore sull'elemento normativo giuridico “coadiutore” è disciplinato dall'art. 47, co. 3, c.p., ai sensi del quale l'errore su una legge diversa dalla legge penale esclude la punibilità, quando ha cagionato un errore sul fatto che costituisce il reato.

La relazione finale depositata dalla Commissione ministeriale sui reati fallimentari, istituita con D.M. 13 ottobre 2021, propone di modificare il testo della norma nel seguente: «Le persone che coadiuvano il curatore nell'amministrazione della liquidazione giudiziale rivestono, nell'esercizio delle loro funzioni, la qualifica di pubblico ufficiale».

La *ratio* della proposta modifica, come espressamente enunciato nella relazione, è quella di chiarire “in maniera espressa – in aderenza alla giurisprudenza della Corte di Cassazione – che le persone che coadiuvano il curatore nell'amministrazione della liquidazione giudiziale rivestono, nell'esercizio delle loro funzioni, la qualifica di pubblico ufficiale”.

La stessa relazione propone di abrogare gli artt. 334, 335 e 336 CCII al fine di ricondurre le ipotesi di responsabilità penale del curatore e delle persone che lo coadiuvano nell'amministrazione della liquidazione allo statuto penale dei pubblici ufficiali in generale.