



3/2017

CRISI DI IMPRESA E REATO DI OMESSO VERSAMENTO DELLE RITENUTE PREVIDENZIALI: UN ESEMPIO PARADIGMATICO DEL DISALLINEAMENTO TRA LA NORMATIVA FALLIMENTARE E QUELLA PENALE

di Elena Jannuzzi e Annalisa Regi

***Abstract.** L'articolo ricostruisce i rapporti tra il diritto fallimentare e quella parte del diritto penale connessa con i profili della crisi di impresa, evidenziando, in particolare, il disallineamento sussistente tra le normative in oggetto, a causa della staticità della disciplina penalistica in materia previdenziale. Quest'ultima, diversamente da quella penalistica in materia tributaria, rimane infatti ancorata a principi contrastanti con l'attuale contingenza economica, con le esigenze del mercato e con l'accelerazione impressa in altri settori del diritto, e ciò nonostante il recente intervento attuato con il D. Lgs. n. 8/2016.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il reato di omesso versamento delle ritenute previdenziali, quale esempio del carattere anacronistico di quella parte della disciplina penale connessa con i profili della crisi di impresa. – 3. Il D. Lgs. n. 8/2016: un'occasione mancata per rendere anche il diritto penale permeabile alle esigenze del mercato e delle imprese. – 4. Considerazioni conclusive.

1. Premessa.

Occorre innanzitutto rappresentare che l'andamento del mercato e la crisi economico-finanziaria degli ultimi anni hanno richiesto interventi legislativi rispondenti alle esigenze del momento, soprattutto con riferimento al diritto fallimentare, protagonista assoluto nell'ultimo decennio di numerose modifiche legislative.

E ciò a partire dal D. Lgs. n. 5/2006, approvato in attuazione della legge n. 80/2005, che ha ridisegnato (come noto) in maniera sostanziale tutto il sistema delle procedure concorsuali, fino ad arrivare all'ennesimo intervento frammentario operato dalla legge di Bilancio 2017¹, tramite la quale è stato riformulato l'art. 182-ter l. fall. in tema di transazione fiscale nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti.

¹ Il comma 81 dell'art. 1 della L. 11 dicembre 2016 n. 232 ha riformulato l'art. 182-ter l. fall.

Tra il predetto decreto e la citata legge si sono susseguiti tutta una serie di interventi legislativi, che non hanno tuttavia consentito di pervenire ad una serie di norme chiare, organiche e recettizie delle esperienze maturate nei tribunali fallimentari.

Per quanto le modifiche intervenute² non abbiano condotto ad una lettura sistematica della disciplina in commento e abbiano favorito interpretazioni tra loro contraddittorie, non si può non considerare che, nell'ultimo decennio, alla normativa fallimentare è stata impressa un'accelerazione costante, finalizzata a renderla sempre più rispondente alle esigenze del mercato colpito da una grave situazione di crisi economico-finanziaria a livello globale.

Tale accelerazione non è tuttavia da sottovalutare, sol si consideri che in altri settori del diritto, quale quello penale, l'assenza di interventi non solo non ha portato ad un allineamento con la disciplina fallimentare, ma ha reso l'applicazione delle norme penali vigenti anacronistica, privandole del loro significativo punitivo.

Del resto, diritto ed economia sono scienze sociali tra loro correlate, perché entrambe dirette a organizzazioni complesse di persone e di beni. È preciso compito del diritto selezionare e regolare il sistema economico; per poter svolgere siffatta attività occorre che lo stesso tenga conto delle regole proprie dell'economia, perché altrimenti si produrrebbero squilibri irreparabili nel sistema economico complessivamente considerato.

È infatti fisiologico che le imprese possano "attraversare" momenti di difficoltà che, a seconda del loro evolvere in base alle contingenti circostanze, possono condurre al riequilibrio/risanamento dell'azienda ovvero alla dissoluzione della stessa.

Sono ovviamente queste le situazioni in cui le imprese si trovano a doversi confrontare con il diritto fallimentare (*rectius*, con il diritto della crisi di impresa), che, come è stato autorevolmente osservato, si caratterizza per essere "sempre più diretto verso l'obiettivo di conservare, ove possibile, i complessi produttivi e sempre meno orientato a sanzionare l'imprenditore in difficoltà, sul presupposto, generalmente condiviso nella moderna dottrina «fallimentaristica», che la prospettiva più appropriata, anche nell'ottica della migliore tutela dei creditori, è quella in cui al centro si colloca l'impresa e non già l'imprenditore"³.

Ed è proprio questa la prospettiva di cui occorre tener conto per "apprezzare" la *ratio* ispiratrice dell'impulso riformatore impresso alla normativa fallimentare dal 2006 in poi, prospettiva che è stata percepita dal "penalista" come un *input* per "mettere mano" a quella parte della disciplina penalistica che presenta delle connessioni con la crisi di impresa.

Il diritto penale è rimasto infatti impermeabile alle evoluzioni di matrice civilistica, restando legato ad uno schema semplicistico che equipara il fallimento alle

² Tra le tante, a mero titolo esemplificativo, si rammentano il D. Lgs. n. 169/2007, che ha apportato interventi correttivi e integrativi all'assetto normativo definito dal D. Lgs. n. 5/2006; la L. n. 134/2012; il c.d. Decreto del Fare del 2013; la L. n. 132/2015 (di conversione del D.L. n. 83/2015); la L. n. 119/2016 (di conversione del D.L. n. 59/2016).

³ S. AMBROSINI – A. TRON, *Piani di ristrutturazione dei debiti e ruolo dell'attestatore. "Principi di attestazione" e riforma del 2015*, a cura di S. AMBROSINI – A. TRON, Bologna, 2016, XIII.

altre soluzioni di composizione della crisi secondo una prospettiva anacronistica, ancorata a un'ottica punitiva e sanzionatoria nei confronti dell'imprenditore, che, come accennato, non ha più ragion d'essere.

Sotto questo profilo, risulta manifesto che l'emendamento della legge di Bilancio che, recependo l'intervento della Corte di Giustizia dell'Unione Europea⁴, ha addirittura sancito la falcidiabilità dei debiti tributari aventi ad oggetto l'iva o le ritenute, accentuando così la distanza tra il sistema privatistico e quello pubblicistico⁵.

La conseguenza di ciò è che uno stesso fatto può essere soggetto a due differenti regimi, che viaggiano su due binari paralleli e che tra loro non riescono a intersecarsi: da un lato, il Legislatore civilistico ha collocato, soprattutto a fronte dell'attuale tensione economico-finanziaria, al centro dell'impianto normativo l'impresa, accantonando il profilo strettamente sanzionatorio della condotta dell'imprenditore; dall'altro lato, il Legislatore, non modificando il sistema penalistico, rimane ancorato a un'ottica punitiva e sanzionatoria nei confronti dell'imprenditore, secondo una prospettiva fuori dal tempo.

2. Il reato di omesso versamento delle ritenute previdenziali, quale esempio del carattere anacronistico di quella parte della disciplina penale connessa con i profili della crisi di impresa.

Al fine di poter meglio comprendere il disallineamento sussistente tra la disciplina fallimentare e quella penale, un esempio paradigmatico è quello costituito dalla contestazione del reato di omesso versamento delle ritenute previdenziali e assistenziali, di cui al comma 1-*bis* dell'art. 2 del D.L. n. 463/83 (convertito con L. n. 638/83).

⁴ Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza del 7 aprile 2016. Con tale decisione, la Corte ha statuito che la normativa comunitaria non osta a quella nazionale di permettere ad un imprenditore insolvente di chiedere, attraverso il concordato preventivo, di pagare parzialmente un debito iva, attestando, sulla base dell'accertamento di un esperto indipendente, che tale debito non riceverebbe un trattamento migliore nel caso di fallimento.

⁵ Per vero, si tratta di un recepimento non "completo", che non aiuta a dare risposta a tutti quegli interrogativi che erano già stati messi in evidenza nella nota sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione Civile (sentenza n. 26988 del 27 dicembre 2016). A seguito dell'intervento della Corte di Giustizia, sembrava che diverse perplessità sulla disposizione di cui all'art. 182-*ter* l. fall. avessero trovato una chiara chiave di lettura, atteso che la falcidiabilità dell'iva era stata collegata ad un giudizio obiettivo di miglior realizzo dell'attivo concordatario rispetto alla liquidazione fallimentare, principio che trovava applicazione in tutti i concordati con e senza transazione fiscale. Diversamente, la legge di Bilancio ha collegato la falcidiabilità dell'iva alla transazione fiscale, senza fornire alcuna rilevanza al giudizio di miglior realizzo nel concordato rispetto al fallimento. In proposito, è già stato messo in evidenza che il testo, così come riformulato, potrà subire una nuova censura in sede comunitaria "laddove l'iva risulterà decurtabile sulla base di valutazioni soggettive del Fisco (...), e per giunta diverse da regione a regione": così, G. LIMITONE, *La falcidia del credito Iva dopo le Sezioni Unite e il nuovo art. 182-ter l. fall.*, in *Crisi di impresa e fallimento*, 12 gennaio 2017, 6.



Si tratta di crediti che difficilmente possono essere totalmente e integralmente soddisfatti in presenza di una crisi di impresa, tanto che, laddove si opti per una procedura concorsuale, ne è ammesso il pagamento parziale, *“purché il piano ne preveda la soddisfazione in misura non inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di liquidazione, avuto riguardo al valore di mercato attribuibile ai beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione indicato nella relazione giurata di un professionista in possesso dei requisiti di cui all’articolo 67, terzo comma, lettera d)”*⁶.

È poi pacifico che il concordato, una volta omologato, diviene obbligatorio per tutti i creditori concorsuali, e quindi anche per l’Inps, che vedono la soddisfazione delle proprie ragioni vincolata all’accordo e quindi al contenuto della proposta, approvata ed accettata dalla maggioranza dei creditori ammessi al voto e omologata dal Tribunale.

Con l’omologazione, del resto, si produce il c.d. effetto esdebitatorio del concordato, vincolante non solo nei confronti dei creditori che hanno partecipato attivamente alla procedura, ma di tutti i creditori anteriori al decreto di ammissione (concorsuali).

In ogni caso, rimane il fatto che il debitore può proporre agli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie una transazione previdenziale⁷ ai sensi della disposizione di cui all’art. 182-ter l. fall. avente ad oggetto il pagamento parziale o dilazionato dei contributi, dei premi e dei relativi accessori di legge, transazione che, come già accennato in premessa, è stata estesa anche ai debiti tributari aventi ad oggetto Iva o ritenute omesse.

In proposito, sia consentita una piccola previsione di ciò che avverrà con la nuova formulazione dell’art. 182-ter l. fall. Se prima di tale intervento, l’imprenditore in crisi poteva scegliere, in base alle contingenze del caso concreto, se ricorrere o meno alla transazione in relazione al pagamento delle ritenute previdenziali e assistenziali, ora, per poter pagare parzialmente o dilazionare le predette, la strada obbligata è l’accordo di cui all’art. 182-ter l. fall..

E ciò perché avendo la legge di Bilancio esteso la transazione fiscale anche ai debiti tributari aventi ad oggetto l’iva o le ritenute, a partire dal primo gennaio 2017 la predetta transazione fiscale risulta l’unico istituto giuridico a consentire la falcidiabilità di siffatti debiti⁸.

Diversamente, sotto il profilo penale, il parziale pagamento del debito vantato nei confronti dell’Inps non esclude la responsabilità dell’imprenditore, che dovrà

⁶ Così testualmente il comma 2 dell’art. 160 l. fall..

⁷ Si precisa che i contributi previdenziali e assistenziali risultavano inizialmente esclusi dall’ambito applicativo dell’istituto della transazione, circoscritto ai tributi amministrati dalle agenzie fiscali. La disposizione di cui all’art. 182-ter l. fall. è stata poi, sulla spinta dei pratici, integrata, in maniera tale da ricomprendere anche i contributi amministrati dagli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatoria e dei relativi accessori (contributi inps e inail). Del resto, *“tra i crediti tributari e i crediti previdenziali e assistenziali dovrebbe sussistere un’assoluta omogeneità di trattamento e di effetti”*: così, L. DEL FEDERICO, *Il trattamento dei crediti erariali e previdenziali*, in *Conservazione dell’impresa e tutela dei crediti nelle crisi aziendali*, a cura di M. FABIANI – A. GUIOTTO, Torino, 2015, 283 e ss.

⁸ G. ANDREANI, *Transazione fiscale con «vista» ampia sul passato*, in *Il sole 24 ore*, 12 gennaio 2017.



3/2017

comunque rispondere del reato di omesso versamento delle ritenute previdenziali e assistenziali.

Ed è proprio questo il paradosso, frutto del mancato coordinamento/allineamento tra la disciplina fallimentare e quella penale, anche perché le conseguenze del pagamento parziale delle predette ritenute – effettuato sotto l’egida della legge fallimentare – si manifestano sul fronte penale dopo diversi anni allorquando non è ravvisabile neppure un *fumus* di disvalore sociale tale da giustificare il ricorso alla sanzione penale.

E difatti sotto questo aspetto la riforma dell’art. 182-ter non intacca il sistema penalistico, perché nei prossimi anni saranno contestati penalmente gli omessi o parziali versamenti frutto di non solo transazione, ma anche di concordati presentati prima del primo gennaio 2017. Tali contestazioni saranno oggetto di procedimento penale allorquando ci sarà magari a disposizione un testo organico di tutta la normativa fallimentare.

Non vi è dubbio che nell’ottica fallimentare il Legislatore ha scelto di “premiare” l’imprenditore che si impegna a risanare le sorti dell’impresa e che è stato in grado di portare avanti una domanda di concordato preventivo, di ottenere *in primis* l’ammissione alla procedura, in seguito l’omologa da parte del Tribunale e, infine, di adempiere al piano.

Nell’ottica del diritto penale, siffatto impegno non vale invece ad escludere la punibilità del reato di cui all’art. 2 D.L. n. 463/83, perché il pagamento parziale dei crediti Inps non fa venir meno l’antigiuridicità della condotta, inibendo ogni strumento di difesa sul piano soggettivo e punendo “di fatto” la predetta condotta a titolo di responsabilità oggettiva.

Del resto, la giurisprudenza della Suprema Corte⁹ ha affermato a più riprese che il pagamento parziale delle ritenute previdenziali e assistenziali può valere quale circostante attenuante in sede di commisurazione della pena, ma non esonera il “datore di lavoro” dalla responsabilità per il reato.

Non solo. La stessa ha altresì ed addirittura escluso che il pagamento integrale avvenuto tardivamente faccia venir meno la rilevanza penale della condotta¹⁰, posto che

⁹ *Ex multis*, Cassazione Penale, Sez. III, 9 aprile 2013, n. 37130, consultabile su dejure.it.

¹⁰ E ciò è assurdo (per dirlo con somma prudenza) sol si consideri che in presenza di determinate situazioni l’imprenditore in crisi non può, pur volendo, provvedere al pagamento dei debiti nei confronti nell’Inps maturati antecedentemente alla presentazione della domanda di concordato. Basti pensare, a titolo esemplificativo, all’imprenditore in crisi che propone ex art. 186-bis l. fall. un concordato che preveda la prosecuzione dell’attività di impresa (c.d. concordato in continuità aziendale). In tale ipotesi, lo stesso, ai sensi dell’art. 182-quinquies l. fall. può chiedere al tribunale di essere autorizzato a pagare crediti anteriori per prestazioni di beni o servizi solo e soltanto se il professionista individuato ai sensi dell’art. 161, terzo comma, l. fall., attesti che tali prestazioni sono essenziali per la prosecuzione dell’attività di impresa e funzionali ad assicurare la miglior soddisfazione dei creditori. Ora, va da sé che i debiti maturati nei confronti dell’Inps antecedentemente alla presentazione della domanda di concordato non possano assolutamente essere definiti quali essenziali per la prosecuzione dell’attività di impresa. Da ciò ne consegue che l’imprenditore nel periodo intercorrente tra la presentazione della domanda e l’omologa del concordato non può procedere al predetto pagamento. Del resto, la *ratio* alla base dell’art. 182-quinquies l. fall. – da identificarsi nell’intento del Legislatore di consentire in presenza di determinate condizioni il compimento



3/2017

“il reato di omesso o intempestivo versamento di ritenute previdenziali e assistenziali (...) non richiede il dolo specifico, esaurendosi con la coscienza e volontà della omissione o della tardività del versamento delle ritenute”¹¹; pertanto, è sufficiente il dolo generico e questo non viene meno e non è comunque intaccato nè dalla tardività del versamento, né tantomeno dalla parzialità dello stesso.

E ancora. In una recente pronuncia la Suprema Corte, chiamata a decidere su ricorso del Procuratore Generale avverso la decisione del Tribunale – in composizione monocratica – che aveva assolto un imprenditore dal reato di omesso versamento delle ritenute previdenziali ed assistenziali per carenza dell’elemento soggettivo, ha ribadito il principio secondo cui per la configurazione del reato non rileva la circostanza che le risorse finanziarie siano state destinate a far fronte a debiti più urgenti. I giudici di Piazza Cavour hanno nello specifico confermato che spetta al datore di lavoro *“ripartire le risorse esistenti al momento di corrispondere le retribuzioni ai lavoratori dipendenti in modo da poter adempiere all’obbligo di versamento delle ritenute, anche se ciò possa riflettersi sull’integrale pagamento delle retribuzioni medesime”¹²* e, richiamando un proprio precedente¹³, hanno precisato che il datore di lavoro, pur di adempiere all’obbligo previdenziale, può anche essere tenuto a rinunciare a pagare i compensi ai lavoratori nel loro intero ammontare. È insomma irrilevante, ai fini del perfezionamento del reato oggetto di commento, la scelta del datore di lavoro volta a privilegiare il pagamento degli stipendi rispetto al versamento delle ritenute.

Vero che la *ratio* della disposizione di cui all’art. 2 D.L. n. 463/83 è quella di garantire al lavoratore il diritto ad una regolare posizione previdenziale, sanzionando penalmente il datore che ometta di effettuare il versamento delle somme “prelevate” dalla retribuzione dei lavoratori dipendenti, privandoli della necessaria “copertura” assistenziale; vero anche che le somme non versate all’Inps sono già dei dipendenti, appartengono ai dipendenti e non al datore di lavoro, motivo per cui il reato in questione integra una particolare forma di appropriazione indebita.

di pagamenti di natura straordinaria volti a consentire la continuità aziendale – è coerente con tutto l’impianto normativo della legge fallimentare e, *in primis*, con le disposizioni di cui agli artt. 167 e 168. Queste ultime prevedono infatti delle limitazioni – decorrenti sempre dal momento di presentazione della domanda di concordato – che sono volte da un lato, a preservare il patrimonio dell’imprenditore (spossessamento attenuato) che, durante la procedura concorsuale, viene assoggettato a una ponderata “gestione e amministrazione” (c.d. “regime autorizzativo”, disciplinato dalla disposizione di cui all’art. 167 l. fall.); dall’altro, ad impedire che i creditori aggrediscano il debitore, anche al fine di ottenere un titolo prelatizio, con l’effetto di pregiudicare l’integrità del patrimonio concordatario stesso (c.d. “regime protettivo”, disciplinato dalla disposizione di cui all’art. 168 l. fall.).

¹¹ Cassazione Penale, Sez. III, 15 luglio 2011, n. 35895, consultabile su dejure.it.

¹² Cassazione Penale, sez. III, 12 febbraio 2015, n. 511353 con nota di A. VALSECCHI, [*La Cassazione conferma la \(tendenziale\) irrilevanza dell'impossibilità ad adempiere rispetto alla consumazione del delitto di omesso versamento delle ritenute previdenziali e assistenziali*](#), in *questa Rivista*, 20 aprile 2015. L’autore osserva correttamente che così statuendo la Corte esclude che *“il datore di lavoro possa legittimamente decidere di dare la precedenza al pagamento degli stipendi rispetto al pagamento dei debiti verso l’inps per poi invocare a propria discolora l'impossibilità di adempiere per mancanza della necessaria liquidità”*.

¹³ Cassazione Penale, sez. III, 17 gennaio 1996, n. 141, in *Riv. pen. Economia*, 1997, p. 356.

In relazione a quest'ultimo profilo, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione¹⁴ hanno stabilito che le somme trattenute dal datore di lavoro sulla retribuzione del dipendente e destinate a terzi a vario titolo fanno parte integrante della retribuzione spettante al lavoratore come corrispettivo per la prestazione già resa; motivo per cui (lo si ripete) tali somme non appartengono più al datore di lavoro, che ne ha solo la disponibilità "precaria", poiché sono destinate in maniera vincolante all'ente previdenziale¹⁵.

Non vi è motivo di dubitare che, al momento dell'entrata in vigore della norma in questione, l'esigenza avvertita dai più fosse proprio quella di garantire – addirittura tramite la sanzione penale – la regolarità della posizione contributiva dei lavoratori dipendenti, che, viceversa, sarebbero rimasti privi della necessaria copertura previdenziale.

E nessuno contesta ovviamente l'importanza di siffatta tutela, anche oggi.

Ma il punto è un altro. La crisi economica-finanziaria che ha colpito negli ultimi anni l'intero sistema pone diverse e ulteriori problematiche, che, come abbiamo già avuto modo di poter anticipare, il diritto fallimentare ha cercato di comprendere, modificando il suo impianto normativo in una prospettiva il più possibile recettizia delle nuove esigenze, seppur certamente criticabile perché frutto di interventi "spot" e quindi non organica.

Manifesto allora che la *ratio* della disposizione penale risulta del tutto anacronistica e disallineata con quella fallimentare, atteso che l'eccessiva intransigenza nell'interpretazione della stessa porta all'assurda conseguenza che l'imprenditore che non vuole incorrere nel reato non corrisponda le retribuzioni ai dipendenti. Il pagamento di tali retribuzioni costituisce il presupposto del reato in commento.

È assurdo pensare che il debitore/datore di lavoro che non voglia usufruire di ammortizzatori sociali e preferisca mantenere un medio/alto livello occupazionale, si veda poi contestato un reato doloso, che nella realtà cela un addebito a titolo di responsabilità oggettiva.

Sul presupposto oggettivo non vi è da discutere. Il reato risulta perfezionato.

Diversamente, sotto il profilo soggettivo, si fatica a comprendere l'intransigenza della Suprema Corte che "non accetta" che la crisi dell'impresa possa incidere sul dolo, annullandolo, soprattutto quando il pagamento sia risultato parziale.

D'altra parte, la medesima sinora ha equiparato tra loro tutti i casi di omesso o parziale pagamento quasi che il parziale pagamento delle ritenute per aver aderito alla procedura concorsuale equivalga alla scelta consapevole¹⁶ dell'imprenditore di omettere

¹⁴ Cassazione Penale, Sezioni Unite, 26 giugno 2003, n. 27641, in *Cass. Pen.*, 2003, 3334.

¹⁵ Sul punto, si vedano le considerazioni di C. CARDARELLO, *L'omesso versamento Inps punibile solo se è appropriazione indebita. Altrimenti dà luogo a mera sanzione amministrativa*, nota a Cassazione penale, Sez. Un., 28 maggio 2003, n. 27641, in *Dir. e giust.*, 2003, XXXIII, 14.

¹⁶ Con riferimento alla sussistenza dell'elemento psicologico in capo all'imprenditore che versi in una situazione di crisi, i giudici di legittimità hanno ribadito l'irrelevanza della stessa ai fini del perfezionamento del reato, statuendo espressamente che il dolo generico "viene integrato dalla scelta consapevole dell'imprenditore di omettere i versamenti dovuti, scelta che non perde la sua illiceità per il solo fatto che l'impresa attraversi una fase di



3/2017

i versamenti dovuti, al fine di destinare le risorse finanziarie dell'impresa così "risparmiare" ad altri scopi.

3. Il D. Lgs. n. 8/2016: un'occasione mancata per rendere anche il diritto penale permeabile alle esigenze del mercato e delle imprese.

Questi gli aspetti principali che mettono in evidenza il disallineamento tra la disciplina fallimentare e quella parte della disciplina penalistica che presenta delle connessioni con la crisi di impresa.

È vero che il D. Lgs. n. 8/2016, in attuazione della legge 28 aprile 2014, n. 67¹⁷, ha "messo mani" alla disposizione di cui all'art. 2, operando una parziale (*rectius* insufficiente) depenalizzazione della stessa, escludendo la rilevanza penale di tutte quelle condotte di omesso versamento per importi inferiori a 10.000 Euro annui; è anche vero che la "soglia" di 10.000 Euro annui non può certo essere considerata quale strumento efficace per una maggiore attenuazione della risposta punitiva.

Sia consentito di precisare poi che siffatta soglia è riferita all'intero anno solare ed è valida per tutti i tipi di impresa, a prescindere quindi dalle dimensioni della stessa e soprattutto dal numero dei lavoratori ivi occupati¹⁸.

Ciò porta assurdamente all'assenza di qualsiasi proporzione tra la risposta punitiva e il disvalore sociale della condotta. Un esempio: l'imprenditore, con un consistente margine di guadagno e pochi dipendenti, può decidere di non corrispondere le ritenute previdenziali e assistenziali, perché sa di rimanere impunito (essendo in tale caso l'omesso versamento annuale sotto soglia); l'imprenditore che invece ha diversi lavoratori alle proprie dipendenze e riesce a fronteggiare solo in parte gli oneri contributivi è passibile di sanzione penale, perché comunque l'omesso versamento annuale supera la soglia di 10.000 Euro.

Il che sta più semplicemente a significare che questo criterio può finire con il favorire coloro che si rendono completamente inadempienti, lasciando privi di copertura previdenziale la totalità dei dipendenti, rispetto a coloro che invece adempiono solo in parte all'obbligo contributivo.

L'assenza di qualsivoglia proporzione tra la risposta punitiva e il disvalore sociale della condotta rende inadeguato, oltre che inefficace, il recentissimo intervento di parziale depenalizzazione della norma.

criticità, a favore di altri ritenuti più urgenti": così Cassazione Penale, Sezione III, 19 gennaio 2011 (ud. 19 gennaio 2011, dep. 30 marzo 2011), n. 13100, in *Cass. Pen.*, 2012, 3, 1113.

¹⁷ È noto che i decreti legislativi nn. 7 e 8 del 15 gennaio 2016, emanati a seguito della legge delega n. 67 del 28 aprile 2014, hanno operato una profonda depenalizzazione. Più in particolare, si rammenta che gli stessi sono intervenuti sul sistema punitivo in assoluto (e, quindi, non esclusivamente su quello penale), trasformando alcuni reati in illeciti civili accanto a quelli amministrativi, e sempre con sanzioni pecuniarie.

¹⁸ L'inps in data 5 luglio 2016 ha emanato la circolare n. 121 con la quale ha provveduto ad illustrare il quadro normativo vigente a seguito dell'intervento di parziale depenalizzazione.



3/2017

Si sarebbe infatti auspicato che anche tale intervento sulla disciplina dei contributi previdenziali e assistenziali fosse animato da quello stesso intento che ha caratterizzato (non esimendola da critiche) la riforma del sistema tributario.

Come noto, con il D. Lgs. n. 158/2015¹⁹ il Governo ha revisionato il sistema sanzionatorio tributario, ispirandosi a criteri di predeterminatezza e proporzionalità al fine di poter *“soddisfare le aspettative [...] di tutti gli attori coinvolti, ossia tanto dei contribuenti, interessati a conoscere anticipatamente le conseguenze [...], quanto dello Stato, preoccupato di presidiare correttamente gli obblighi fiscali con sanzioni che non siano percepite dal destinatario, potenziale investitore, [...], come sproporzionate e disincentivanti di nuove possibili scelte di investimento”*²⁰.

E ciò allo scopo di rafforzare l'effettività e l'efficacia deterrente del sistema sanzionatorio²¹, prevedendo che i) dovessero essere qualificati come reati quei soli comportamenti fraudolenti, simulatori o finalizzati alla creazione e all'utilizzo di documentazione falsa; ii) si garantisse la correlazione tra la severità della sanzione e la gravità del comportamento posto in essere; iii) fossero privilegiate le sanzioni amministrative per le fattispecie meno gravi, anche per mezzo dell'innalzamento delle soglie di punibilità previste dal D. Lgs. n. 74/2000.

Manifesta dunque la disparità di interesse che ha avuto il Legislatore rispetto alle norme che hanno attinenza con i profili connessi alla crisi di impresa.

4. Considerazioni conclusive.

Alla luce di quanto sopra esposto e rappresentato, non vi è chi non possa comprendere come la revisione del sistema sanzionatorio tributario abbia perseguito la semplificazione del rapporto fiscale anche mediante una maggiore delimitazione del perimetro delle condotte penalmente rilevanti e una migliore attenzione della risposta punitiva.

L'intento è stato dunque quello di cercare di stabilire una proporzione tra l'illecito commesso e la sanzione, in modo tale che i contribuenti non percepissero quest'ultima come eccessivamente oppressiva e iniqua.

¹⁹ In attuazione dell'art. 8, primo comma, della L. 11 marzo 2014, n. 23, avente ad oggetto la revisione del sistema sanzionatorio penale tributario e del sistema sanzionatorio amministrativo tributario.

²⁰ Così testualmente la relazione illustrativa al D. Lgs. n. 158/2015, il cui testo è disponibile nel sito internet del Governo.

²¹ Si è insomma voluto ampliare l'area di intervento delle sanzioni amministrative tributarie, limitando il ricorso al sistema penale alle sole ipotesi di maggiore insidia e cioè a dire quelle in cui siano riconoscibili profili di frode, simulazione o di creazione ed utilizzo di documenti falsi: saranno quindi rilevanti sul piano penale quelle sole condotte connotate da un disvalore giuridico oltre che etico e sociale, indentificati, in particolare, nei comportamenti artificiosi, fraudolenti e simulatori, oggettivamente o soggettivamente inesistenti, ritenuti insidiosi anche rispetto all'attività di controllo.

Risulta infatti manifesto che l'efficacia deterrente della risposta punitiva opera solo nei casi in cui i cittadini la avvertono come equa e perfettamente allineata all'illiceità della condotta.

Come già si è avuto modo di poter accennare, la corretta correlazione tra la severità della sanzione e la gravità del comportamento commesso non è stata presa in considerazione dal Legislatore penale nel momento in cui ha "messo le mani" sulla disposizione di cui all'art. 2 del D.L. n. 463/83, con l'effetto di rendere ancora più complessa la comprensione da parte dei destinatari del precetto delle conseguenze delle loro condotte.

Oggi giorno l'imprenditore/debitore, chiamato a fronteggiare una situazione di crisi finanziaria e a decidere se mantenere l'occupazione dei dipendenti per consentire la prosecuzione dell'attività di impresa, deve tener conto del fatto che, laddove non riesca a far fronte al pagamento dei contributi previdenziali, pur corrispondendo regolarmente le retribuzioni, incorre in un illecito penale.

E ciò, come si è già avuto modo di anticipare, sulla base del fatto che le ritenute previdenziali sono somme che il datore di lavoro trattiene, ma che nella realtà appartengono alla sfera personale dei dipendenti.

Per quanto di maggiore interesse, merita ribadire che non si tratta di somme che devono "uscire" dal patrimonio dell'imprenditore, quanto piuttosto di risorse da considerarsi già nella disponibilità dei dipendenti; motivo per cui il reato in questione integra una particolare forma di appropriazione indebita.

E sono proprie queste le ragioni sulla base delle quali gli Ermellini respingono la tesi secondo cui la crisi di impresa e la conseguente difficoltà economica non possono giustificare la mancata corresponsione delle ritenute previdenziali e assistenziali: sono somme che esulano dalla disponibilità e dal dominio dell'imprenditore, dal momento che lo stesso le avrebbe dovute già accantonare.

L'elemento psicologico che connota tale reato non è tanto nella volontà di non adempiere, quanto nel non aver "accantonato" le predette somme, che già erano entrate nel patrimonio dell'imprenditore, pur non essendo nella sua disponibilità.

Questi dunque i motivi che rendono impermeabile la Cassazione verso quelle forme di apertura che si sono riscontrate in ambito penale tributario.

Motivazioni che per vero non risultano condivisibili neppure sotto il profilo più strettamente giuridico perché non tengono conto, nell'accertamento del dolo quale elemento indefettibile del reato, della soggettiva inesigibilità. Il fatto che il datore di lavoro non si premuri di accantonare le somme necessarie al pagamento delle ritenute non è sufficiente a ritenere integrato l'elemento soggettivo del reato perché si omette ogni valutazione in tema di esigibilità della condotta. Merita rappresentare quanto al diritto penale tributario che il Tribunale di Milano con sentenza in data 15 dicembre 2015²² ha riconosciuto l'assenza di colpevolezza (in una vicenda relativa all'omissione delle ritenute certificate di cui all'art. 10-bis D. Lgs. 74/00) perché la condotta, anche se

²² Tribunale di Milano, Sez. III penale, sent. 15 dicembre 2015, n. 13701 con nota di S. FINOCCHIARO, [Crisi di liquidità e reati fiscali: una pronuncia di assoluzione del Tribunale di Milano per difetto di colpevolezza e "soggettiva inesigibilità"](#), in *questa Rivista*, 23 marzo 2016.



3/2017

posta in essere volontariamente, non poteva essere riferita all'imputato quale fatto rimproverabile. Nel caso giudicato nel capoluogo lombardo, i giudici hanno deciso che l'imputato dovesse essere assolto perché il suo comportamento non è stato ritenuto soggettivamente rimproverabile e come tale incapace di integrare il precetto penale.

Così chiarita la *ratio* sottesa alla norma e alle decisioni dei giudici di legittimità, risulta evidente come la stessa non risulti più attuale, perché ancorata a logiche di mercato e finanziarie "fuori dal tempo", allorquando, a titolo esemplificativo, il semplice ricorso all'erogazione del credito da parte degli istituti bancari era quasi un'eccezione.

Vero che è compito del Legislatore quello di modificare l'impianto normativo; vero anche che spesso è il diritto vivente a fornire al Legislatore stesso gli strumenti necessari per un coerente allineamento alla prassi.

Purtroppo la giurisprudenza formatasi nell'ambito del diritto penale previdenziale – a differenza di quella formatasi in ambito penale tributario – non ha offerto (e non sembra neppure orientata ad offrire) spunti critici e/o innovativi che possono portare ad un adeguamento della disciplina in commento quantomeno alla normativa fallimentare oggi in vigore.

In assenza di tali spunti, si assiste tuttora ad un'interpretazione anacronistica, rigorosamente rispettosa di un dettato normativo che appare desueto e contraddittorio.