

LE PROPOSTE DELLA COMMISSIONE BRICCHETTI IN MATERIA DI BANCAROTTA FRAUDOLENTA SOCIETARIA

di Marika Schiavo

(*Dottore di ricerca, Università di Palermo*)

Sommario: 1. Profili generali. – 2. L’opportuna centralità della bancarotta societaria. – 2.1. Il riconoscimento espresso dei soggetti di fatto quali soggetti attivi. – 3. La tanto attesa abrogazione della bancarotta da reato societario. – 4. Le timide modifiche alla bancarotta con dolo o per effetto di operazioni dolose: a) la previsione della sola locuzione con dolo. – 5. b) gli aspetti relativi al dissesto. – 6. c) il rapporto con le altre ipotesi di bancarotta fraudolenta. – 7. Il complesso quadro delle relazioni intertemporali.

1. A séguito del mancato superamento dei numerosi difetti del diritto penale fallimentare “classico” da parte del d.lgs. 12.1.2019 n. 14¹, noto come codice della crisi di

¹ Ovviamente, ci si riferisce alle disposizioni penali contenute nel r.d. 16.3.1942 n. 267, noto come legge fallimentare (da qui in poi: l. fall.). Tra i tanti profili critici, in questa sede ci si limita a ricordare: a) i difetti della tecnica legislativa (sui quali si rinvia a: C. Pedrazzi, *Problemi di tecnica legislativa*, in *Comportamenti economici e legislazione penale*, Milano 1979, 25; A. Lanzi, *Le responsabilità penali nelle procedure concorsuali: legislazione e prospettive di riforma*, in *RIDPP* 1987, 496 ss.; G. Montanara, *Fallimento (reati in materia di)*, in *ED*, Annali VI, Milano 2013, 283; A. Rossi, *Reati fallimentari*, in F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*¹⁴, II, *Reati fallimentari. Reati ed illeciti amministrativi in materia tributaria, di lavoro, ambientale ed urbanistica. Responsabilità degli enti*, a cura di C.F. Grosso, Milano 2018, 14 s.; M. Gambardella, *Condotte economiche e responsabilità penale*, Torino 2018, 158 s.); b) le questioni relative alla collocazione extracodicistica e ai rapporti con il codice penale (a proposito delle quali, si vedano B. Romano, *Dal diritto penale fallimentare al diritto penale della crisi d’impresa e dell’insolvenza*, in *AP* 2/2019, 2, e più in generale Id., *Legislazione extracodicistica*, in *DigDPen*, Agg., VII, Torino 2013, 363, nonché E.M. Ambrosetti, *Codice e leggi speciali. Progettare una riforma dopo la riserva di codice*, in *RIDPP* 2019, 414); c) le perplessità – sorte soprattutto in passato – sul piano della piena autonomia di questo settore del diritto penale (riguardo alle quali, cfr., ampiamente, F. Giunta, *Lineamenti di diritto penale dell’economia*², Torino 2004, 4 ss., e A. Alessandri-S. Seminara, *I principi generali*, in *Diritto penale commerciale*, I, Torino 2018, 24 ss.); d) l’immobilità normativa del diritto penale fallimentare rispetto al tessuto civilistico di riferimento (sulla quale v.: A. Alessandri, *I reati fallimentari*, in *Diritto penale commerciale*, IV, Torino 2019, 9 ss.; per un quadro degli interventi susseguiti in materia civilistica, A. Rossi, *Illeciti penali nelle procedure concorsuali*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, XVIII, diretto da C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, Milano 2014, 1 ss.; riguardo all’evoluzione, anche culturale, del diritto penale dell’economia, il recente scritto di A. Melchionda, *Evolución y características actuales del Derecho penal económico*, in *Revista penal* 2022, 184, ma anche le osservazioni di F. Sgubbi, *Il diritto penale quale strumento di dirigismo economico*, in *Itinerari di diritto penale dell’economia*, a cura di R. Borsari, Padova 2018, 659, e Id., *Il diritto penale totale*, Bologna 2019, *passim*).

impresa e dell'insolvenza², recentemente entrato in vigore³, il Ministro della Giustizia, con decreto ministeriale del 13 ottobre 2021, ha incaricato una Commissione ministeriale, presieduta dal Dott. Renato Bricchetti, di elaborare proposte di revisione dei reati fallimentari. Il 10 giugno 2022 la Commissione ha depositato un articolato, contenente «Proposte di revisione delle disposizioni penali del d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 (Codice della crisi e dell'insolvenza) e del R.d. 16 marzo 1942, n. 267 (legge fallimentare)», accompagnato da una relazione e da alcune successive integrazioni del 21 luglio 2022 rese necessarie per il sopravvenuto intervento del d.lgs. 17.6.2022 n. 83⁴,

² Sui risvolti penalistici di tale intervento normativo (da qui in poi: c.c.i.i.): G. De Marzo, *Riforma del diritto fallimentare e implicazioni penalistiche*, in *FI* 2017, V, 337; P. Chiaraviglio, *Osservazioni penalistiche 'a prima lettura' sul progetto di codice della crisi e dell'insolvenza*, in *DPenCont* 5/2018, 91; Id., *Le innovazioni penalistiche del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: alcuni rilievi critici*, in *Le società* 2019, 445; A. Alessandri, *Novità penalistiche nel codice della crisi d'impresa*, in *RIDPP* 2019, 1815; R. Bricchetti, *Codice della crisi d'impresa: rassegna delle disposizioni penali e raffronto con quelle della legge fallimentare*, in *DPenCont* 7-8/2019, 75; S. Cavallini, *Il diritto della crisi e il codice "dimezzato": nuovi assetti per il sistema penale dell'insolvenza*, in *DPP* 2019, 1333; S. De Flammeneis, *Il nuovo ruolo del p.m. tra crisi e perdita della continuità aziendale*, in *DPenCont* 2/2019, 5; M. Gambardella, *Il codice della crisi di impresa: nei delitti di bancarotta la liquidazione giudiziale prende il posto del fallimento*, in *CP* 2019, 488; Id., *La nuova disciplina della crisi d'impresa e il sistema del diritto penale fallimentare*, in *CP* 2021, 1908; G.L. Gatta, *Approvato il nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in www.penalecontemporaneo.it, 11.1.2019; F. Mucciarelli, *Risvolti penalistici del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: lineamenti generali*, in *DPP* 2019, 1189; B. Romano, *Dal diritto penale fallimentare al diritto penale della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit.; A. Rossi, *I profili penalistici del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: luci ed ombre dei dati normativi, in un contesto programmatico. I "riflessi" su alcune problematiche in campo societario*, in *RIDPP* 2019, 1153; G. Flora-F. Giunta, *Appunti a quattro mani sulla "vecchia" bancarotta e il "nuovo" codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *RTrimDPenEc* 2020, 35; A. Pantanella, *Profili penali delle nuove procedure concorsuali*, Roma 2020; C. Santoriello, *Le disposizioni penali nel Codice della crisi*, in www.ilfallimentarista.it, 20.2.2020; F. Consulich, *Il diritto penale fallimentare al tempo del codice della crisi: un bilancio provvisorio*, in www.laegislazionepenale.eu, 20.5.2020; E.M. Ambrosetti, *Codice della crisi d'impresa (profili penalistici)*, in *DigDPen*, Agg., XI, Torino 2021, 96.

³ Dopo numerosi rinvii prevalentemente dovuti alla situazione emergenziale determinata dalla pandemia da coronavirus o covid-19, il codice della crisi di impresa e dell'insolvenza – ai sensi dell'art. 389 c.c.i.i., come modificato dall'art. 42 del d.l. 30.4.2022 n. 36, convertito, con modificazioni, dalla l. 29.6.2022 n. 79, «Ulteriori misure urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR)» – è entrato in vigore solamente lo scorso 15 luglio, salvo alcune disposizioni divenute vigenti in precedenza. Peraltro, si deve segnalare che, nel frattempo, sono intervenuti il d.lgs. 26.10.2020 n. 147, «Disposizioni integrative e correttive a norma dell'articolo 1, comma 1, della legge 8 marzo 2019, n. 20, al decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, recante codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza in attuazione della l. 19 ottobre 2017 n. 155»; il d.l. 24.8.2021 n. 118, convertito, con modificazioni, dalla l. 21.10.2021 n. 147, «Misure urgenti in materia di crisi d'impresa e di risanamento aziendale, nonché ulteriori misure urgenti in materia di giustizia», sul quale, tenuto conto delle conseguenze anche sul piano penalistico, si veda F. Mucciarelli, *Il codice della crisi: un (doppio) rinvio con 'anticipazioni' e una nuova procedura di "composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa": il d.l. 24 agosto 2021, n. 118*, in www.sistemapenale.it, 31.8.2021; il d.lgs. 17.6.2022 n. 83, «Modifiche al codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza di cui al decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, in attuazione della direttiva (UE) 2019/1023 [...]».

⁴ Sia l'articolato sia la prima relazione e le successive integrazioni sono consultabili in www.giustizia.it. Per un primo commento, cfr.: F. Mucciarelli, *Proposte di revisione ai reati fallimentari: la relazione della Commissione*

in attuazione della direttiva dell'Unione europea 2019/1023, c.d. direttiva Insolvency⁵.

Benché al momento non sia possibile sapere quali potranno esserne le sorti, tra tali recenti proposte di riforma appaiono di assoluta rilevanza quelle che interessano la bancarotta fraudolenta societaria, la revisione della quale parrebbe quella di maggiore incisività rispetto al quadro normativo della legge fallimentare e del codice della crisi di impresa e dell'insolvenza di cui, rispettivamente, agli artt. 223 l. fall. e 329 c.c.i.i.

Per riflettere sulla possibile portata innovativa di queste ultime, allora, risulta indispensabile delineare preliminarmente, sia pure nei tratti essenziali e senza alcuna pretesa di esaustività⁶, un quadro delle altre proposte della Commissione Bricchetti.

A questo riguardo, dunque, si può osservare che nell'articolato proposto:

A) la bancarotta preferenziale viene integrata dalla clausola «fuori dai casi consentiti» e regolata in un unico articolo insieme alla bancarotta colposa.

B) La bancarotta colposa prende il posto della bancarotta semplice e viene parzialmente riscritta mantenendo solamente le seguenti tre ipotesi consistenti nell'aver: a) compiuto operazioni di grave imprudenza per ritardare l'apertura della liquidazione giudiziale; b) aggravato il dissesto, astenendosi dal richiedere la dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale o con altra grave colpa; c) concorso a cagionare od aggravare il dissesto con inosservanza degli obblighi imposti dalla legge.

C) Le c.d. esenzioni dai reati di bancarotta, prive della equivoca denominazione che ha trovato spazio tanto nella legge fallimentare quanto nel codice della crisi di impresa

Bricchetti, in *www.sistemapenale.it*, 7.7.2022; Id., *Crisi d'impresa e insolvenza: verso un nuovo assetto della disciplina penale*, in *DPP* 2022, 1001; A. D'Avirro, *Brevi osservazioni sulla proposta di revisione dei reati fallimentari*, in *www.ilpenalista.it*, 15.7.2022; F. Giunta, *Linee e prospettive di riforma del "vecchio" diritto penale fallimentare*, in *www.discrimen.it*, 12.1.2023; nonché, sia pure con riguardo prevalentemente ai profili processuali, G. Garuti, *Processo penale e crisi di impresa: relazioni, interferenze e futuribili*, in *AP* 2/2022, e, in una prospettiva particolarmente ampia, A. Manna, *Ricostruzione storico-dogmatica dei reati concorsuali e del curatore – Dal r.d. n. 267/1942 alla Commissione Bricchetti del 2021*, in *RTrimDPenEc* 2022, 451. Inoltre, alcune osservazioni sulle tendenze del legislatore in relazione al diritto penale dell'impresa e dell'economia, anche a proposito delle proposte di revisione della Commissione Bricchetti, sono state sviluppate da D. Fondaroli, *Non c'è pace tra gli ulivi. La sperimentazione inesausta del diritto penale dell'impresa e dell'economia. Spunti per un Confronto di idee*, in *AP* 3/2022.

⁵ Su quest'ultima, consultabile in *www.eur-lex.europa.eu*, si vedano, in particolare, S. Pacchi, *La ristrutturazione dell'impresa come strumento per la continuità nella direttiva del parlamento europeo e del consiglio 2019/1023, ne Il diritto fallimentare e delle società commerciali* 6/2019, e P. Vella, *La prima direttiva europea su ristrutturazione e insolvenza*, in *FI* 2019, V, 423.

⁶ Basti pensare che le proposte di revisione coinvolgono anche alcuni reati diversi dalle fattispecie incriminatrici di bancarotta e talune disposizioni processuali.

e dell'insolvenza⁷, vengono collocate nello stesso articolo destinato alla bancarotta preferenziale e alla bancarotta colposa.

D) I reati realizzabili nel caso di concordato preventivo, accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria di cui all'art. 341 c.c.i.i. vengono rivisti incriminando, al co. 2, l'imprenditore individuale che realizzi il fatto previsto dal co. 1 e individuando, in tali casi, il dolo specifico nel solo scopo di ottenere l'apertura della procedura di concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio o di concordato preventivo o di ottenere l'omologazione di un quadro di ristrutturazione preventiva o il consenso alla sottoscrizione della convenzione di moratoria nonché stabilendo, al co. 3, l'applicabilità delle disposizioni del codice della crisi e dell'insolvenza di cui agli artt. 322 e 324 agli amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori di società e consorzi, agli artt. 323 e 324 all'imprenditore e all'art. 333 agli institori di detto imprenditore, agli artt. 324-*bis*, 324-*ter*, 324-*quater* in quanto compatibili, all'art. 337 all'ausiliario del concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio, agli artt. 338 e 339, nel caso di procedure diverse dalla liquidazione giudiziale nelle quali sia previsto un provvedimento dell'autorità giudiziaria di ammissioni o di omologa, qualora sia accertato lo stato di insolvenza⁸.

E) Vengono prospettate un'ipotesi esimente, «Condotte riparatorie esimenti», e due condotte riparatorie con effetto attenuante nel tentativo di dare spazio al versante della giustizia riparativa e viene introdotta una speciale causa di non punibilità per esiguità penale del fatto.

F) Per quanto riguarda i sequestri, viene esclusa la prevalenza dell'interesse statale all'apprensione dei proventi illeciti sull'interesse creditorio alla soddisfazione, con la sola eccezione dei sequestri aventi ad oggetto beni intrinsecamente illeciti e proventi riconducibili alla criminalità organizzata, e, per quanto concerne la confisca, se ne prevede l'obbligatorietà anche per valore, e pure nel caso di sentenza di applicazione della pena su richiesta, con la sola esclusione dei beni che ai sensi dell'art. 142 c.c.i.i. rientrano nell'attivo concorsuale, oltre a riconoscere al curatore la possibilità di

⁷ Così, D. Fondaroli, *Brevi note in tema di erogazione del credito alle imprese in crisi e bancarotta preferenziale*, in *Crisi dell'impresa, procedure concorsuali e diritto penale dell'insolvenza. Aspetti problematici*, a cura di R. Borsari, Padova 2015, 471.

⁸ Può essere utile un confronto con la formulazione dell'art. 341 c.c.i.i. prevista dal decreto 14/2019, e peraltro ritoccata dal decreto 83/2022, per la quale si rinvia a G.M. Caletti, *I reati nelle procedure concorsuali*, in *Trattato di Diritto penale dell'economia*, II, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, Torino 2019, 2609, e F. D'Alessandro, *La bancarotta da concordato preventivo e da accordi di ristrutturazione*, in *DPP* 2019, 1202.

richiedere la retrocessione alla procedura dei beni oggetto di ablazione⁹.

2. Passando, allora, al contenuto delle proposte di riforma riguardanti la bancarotta fraudolenta societaria, si deve subito segnalare che una prima significativa novità consiste nella centralità della bancarotta societaria.

In particolare, nell'articolato elaborato dalla Commissione Bricchetti, le fattispecie incriminatrici di bancarotta sono opportunamente costruite sulla bancarotta delle società e dei consorzi, e quindi realizzata nell'impresa esercitata in forma collettiva, e non più sulla bancarotta dell'imprenditore individuale, che, invece, viene modellata sulla prima. Tale proposta, sul piano formale, si traduce, più precisamente, nella riformulazione dell'art. 322 c.c.i.i. e di quelli successivi nella prospettiva della bancarotta societaria e nella contestuale abrogazione degli artt. 329, «Fatti di bancarotta fraudolenta», e 330 c.c.i.i., «Fatti di bancarotta semplice», nel codice della crisi di impresa e dell'insolvenza dedicati alla bancarotta societaria (essenzialmente quale conseguenza della riproposizione degli artt. 223 e 224 l. fall.).

Questo aspetto della revisione dei reati fallimentari, anche se – forse – privo di importanti risvolti pratici, sembra in grado di offrire un contributo decisivo all'adattamento delle fattispecie incriminatrici di bancarotta alla realtà economica contemporanea.

Difatti, com'è noto, sia nella legge fallimentare sia, poi, nel codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, il baricentro delle fattispecie incriminatrici di bancarotta è stato rappresentato dalla bancarotta dell'imprenditore individuale tanto da essere invalse nell'uso le espressioni di “bancarotta propria”, per indicare la bancarotta dell'imprenditore individuale, e di “bancarotta impropria” e talvolta persino di “quasi-bancarotta”¹⁰, per definire, invece, la bancarotta societaria o, come l'ha denominata l'ultimo legislatore, la bancarotta di soggetti diversi dall'imprenditore individuale¹¹.

⁹ Proprio le disposizioni relative a sequestri e confisca, in aggiunta a quelle di cui agli artt. 341-342 c.c.i.i., sono interessate da alcune circoscritte proposte di integrazione.

¹⁰ In particolare, guardando agli scritti più risalenti, la prima locuzione si ritrova, tra gli altri, in M. Punzo, *La bancarotta impropria e gli altri reati previsti dalla legge fallimentare*, Milano 1957, 3, e in F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*¹⁴, II, cit., 207; la seconda in G. De Maio, *Il fallimento. Il concordato preventivo*, Roma 1950, 416, e in G. De Semo, *Diritto fallimentare*², Padova 1964, 606.

¹¹ La più neutra, e quindi preferibile, espressione di “bancarotta societaria” parrebbe riconducibile a U. Giuliani Balestrino, *La bancarotta e gli altri reati concursuali*⁵, Torino 2012, 333. In argomento, si vedano anche le considerazioni di C. Pedrazzi, *Art. 223, in Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, a cura di C. Pedrazzi e F. Sgubbi, in *Commentario alla legge fallimentare Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna 1995, 256, secondo il quale l'espressione “bancarotta societaria” sarebbe maggiormente espressiva e quella di “bancarotta impropria” sarebbe accettabile come mera formula di comodo.

A ben vedere, bisogna ricordare che questa impostazione, che al momento dell'elaborazione della legge fallimentare si prestava ad essere spiegata dalla preminenza dell'imprenditore individuale nel panorama economico, e quindi anche nel fallimento e nella bancarotta, a un certo punto ha cominciato a provocare non poche perplessità – alimentate dalla sua riproposizione nel codice della crisi di impresa e dell'insolvenza¹² – a fronte di un contesto economico ove l'impresa esercitata in forma collettiva è ormai l'effettiva protagonista¹³.

Perplessità quanto mai fondate se si considera che un tessuto normativo così strutturato ha indotto a lungo ad attribuire alle fattispecie incriminatrici di bancarotta societaria un ruolo marginale. Le naturali conseguenze di ciò sono state, da una parte, il numero più esiguo di studi intervenuti in argomento o, perlomeno, la trattazione in secondo piano di queste ipotesi criminose e, dall'altra parte, una minore applicazione giurisprudenziale.

A tal proposito, occorre pure mettere in luce che l'anacronistica centralità della bancarotta dell'imprenditore individuale ha influito sull'impostazione di altre disposizioni oltre a quelle specificamente volte a regolare le singole fattispecie incriminatrici, com'è accaduto, ad esempio, nella disciplina delle circostanze speciali previste all'art. 326 c.c.i.i. e all'art. 219 l. fall., benché poi, per ragioni che non possono essere approfondite in questa sede, si sia concluso tendenzialmente per l'applicabilità anche alle ipotesi di bancarotta societaria¹⁴.

2.1. Da questo ribaltamento di prospettiva, peraltro, consegue la proposta di intervenire sui soggetti attivi con l'estensione espressa ai soggetti di fatto mediante la formula «chiunque nell'esercizio anche di fatto delle funzioni di amministrazione, direzione, controllo o liquidazione in una società o consorzio».

Naturalmente, tale formula, nel sostituire la precedente («agli amministratori, ai direttori generali, ai sindaci e ai liquidatori di società»), si limiterebbe a recepire un'elaborazione consolidata – che muove dall'applicabilità anche ai reati fallimentari

¹² A questo riguardo, S. Cavallini, *La bancarotta patrimoniale tra legge fallimentare e codice della insolvenza*, Milano 2019, 92.

¹³ Sul punto: E. De Martino, *Bancarotta fraudolenta impropria: con dolo o per effetto di operazioni dolose*, in *La bancarotta fraudolenta impropria: reati societari e operazioni dolose*, a cura di A. D'Avirro e E. De Martino, Milano 2007, 178; M. Celva, *Reati in materia di crisi d'impresa. Introduzione generale*, in *Leggi penali fondamentali d'udienza*, a cura di R. Bricchetti, F. Giunta, P. Veneziani, Milano 2021, 873 ss.

¹⁴ Per eventuali approfondimenti dei numerosi profili relativi all'ambito di applicazione di tali circostanze speciali, ci limitiamo a rinviare a A. Rossi, *Illeciti penali nelle procedure concorsuali*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, XVIII, diretto da C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, cit., 201 ss.

dell'art. 2639 co. 1 Cc previsto nell'ambito della disciplina dei reati societari ovvero, ad ogni modo, dall'adesione alla teoria "sostanziale" o "sostanzialistica"¹⁵ – secondo la quale, in linea con il principio di personalità della responsabilità penale¹⁶, i soggetti attivi devono essere individuati sulla base dello svolgimento effettivo della funzione e non per la mera titolarità della qualifica formalmente richiesta dalla disposizione di volta in volta rilevante.

¹⁵ A favore dell'applicabilità dell'art. 2639 co 1. Cc anche ai reati fallimentari, si vedano, tra gli altri: A. Cadoppi, *Riformulazione delle norme sui reati fallimentari che richiamano reati societari*, in *I reati societari. Commentario aggiornato alla legge 28 dicembre 2005 n. 262 sulla tutela del risparmio*, a cura di A. Lanzi e A. Cadoppi, Padova 2007, 385; P. Veneziani, *Art. 2639 c.c. Estensione delle qualifiche soggettive*, ivi, 310 ss.; S. Seminara, *Il diritto penale societario dopo le riforme: otto anni di giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *Jus* 2011, 102; A. D'Avirro, *La bancarotta fraudolenta societaria*, in *La bancarotta fraudolenta impropria: reati societari e operazioni dolose*, a cura di A. D'Avirro e E. De Martino, cit., 16; U. Giuliani Balestrino, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*⁵, cit., 233 s.; A. Rossi, *Illeciti penali nelle procedure concorsuali*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, XVIII, diretto da C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, cit., 51 ss.; Id., *Reati fallimentari*, in F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*⁴, II, cit., 217 ss.; M. Gambardella, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., 51; G. Stea, *Bancarotta. Contributo all'analisi del reato tra teoria e prassi*, Milano 2022, 204 s. Nello stesso senso, in giurisprudenza, cfr.: Cass. 27.6.2019 n. 45134, in *De Jure*; Cass. 14.6.2019 n. 32447, ivi; Cass. 16.4.2019 n. 33196, ivi; Cass. 19.3.2019 n. 15796, in *www.sistemapenale.it*, 7.2.2020, con nota di M. Tarzia, *Il concorso dell'amministratore di fatto e dell'extraneus nel reato di bancarotta patrimoniale, alla luce della nozione di identità del fatto*, ivi, 2/2020, 47; Cass. 20.9.2018 n. 48887, in *De Jure*; Cass. 13.6.2018 n. 27163, ivi; Cass. 20.6.2012 n. 39535, ivi; Cass. 13.4.2006 n. 19145, in *CED Cass.*, n. 234428.

Quanto alla teoria "sostanziale" o "sostanzialistica", con specifico riguardo al settore qui di interesse, quest'ultima è riconducibile a: A. Fiorella, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Firenze 1985, 278 ss.; A. Pagliaro, *Problemi generali del diritto penale dell'impresa*, in *IP* 1985, 20 s.; A. Alessandri, *Impresa (responsabilità penali)*, in *DigDPen*, VI, Torino 1992, 197 ss.; L. Conti, *I reati fallimentari*², Torino 1992, 35 ss.; P. Pajardi-I. Formaggia, *I reati fallimentari*, Milano 1994, 157; S. Bonini, *Soggetti penalmente responsabili all'interno dell'impresa e delega di funzioni alla luce dei d.lgs. n. 626 del 1994 e n. 242 del 1996 in materia di sicurezza del lavoro*, in *Ambiente, salute e sicurezza. Per una gestione integrata dei rischi da lavoro*, a cura di L. Montuschi, Torino 1997, 265 ss.; M. La Monica-A.L. Maccari, *I reati fallimentari*, Milano 1999, 105; A. Rossi, *L'estensione delle qualifiche soggettive nel nuovo diritto penale delle società*, in *DPP* 2003, 897; R. Zannotti, *Il nuovo diritto penale dell'economia. Reati societari e reati in materia di mercato finanziario*, Milano 2008, 20; U. Giuliani Balestrino, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*⁵, cit., 232 ss.; nonché, più recentemente, A. Rossi, *Illeciti penali nelle procedure concorsuali*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, XVIII, diretto da C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, cit., 51 ss.; Id., *Reati fallimentari*, in F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*⁴, II, cit., 217; N. Mazzacuva-E. Amati, *Diritto penale dell'economia*⁵, Milano 2020, 6.

¹⁶ Per l'approfondimento delle questioni relative al principio di personalità della responsabilità penale, tra le quali quella qui tratteggiata, si rinvia a: C.F. Grosso, *Responsabilità penale*, in *NssDI*, XV, Torino 1968, 707; M. Ronco, *L'azione «personale»*, Torino 1984; A. Fiorella, *Responsabilità penale*, in *ED*, XXXIV, Milano 1988, 1289; Id., *Responsabilità penale personale e singole ipotesi di responsabilità oggettiva*, in *RIDPP* 1988, 409; G. Riccio, *Responsabilità penale*, in *EG*, XXVII, Roma 1991, 3; G.A. De Francesco, *Il principio della personalità della responsabilità penale nel quadro delle scelte di criminalizzazione*, in *RIDPP* 1996, 21; M. Donini, *La personalità della responsabilità penale fra tipicità e colpevolezza. Una "resa dei conti" con la prevenzione generale*, in *RIDPP* 2018, 1577. Nella manualistica: G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*⁸, Bologna 2019, 329 ss.; F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*¹¹, Milano 2020, 126 ss.; A. Pagliaro, *Principi di diritto penale. Parte generale*⁹, Milano 2020, 348 ss.; B. Romano, *Diritto penale. Parte generale*⁴, Milano 2020, 194 ss.; G. Marinucci-E. Dolcini-G.L. Gatta, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*¹¹, Milano 2022, 383 ss.

Al riguardo, sembra solo di dovere aggiungere che con l'espressione «nell'esercizio anche di fatto» la proposta della Commissione Bricchetti predilige volutamente al fine non vincolare l'interprete – come chiarito nella relazione di accompagnamento – una formulazione più ampia e generica di quella adoperata nell'art. 2639 co. 1 Cc («chi esercita in modo continuativo e significativo i poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione»)¹⁷. Invece, la locuzione adoperata risulta eventualmente accostabile a quella utilizzata in materia di responsabilità da reato degli enti nell'art. 5 d.lgs. 8.6.2001 n. 231 («persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso») e in materia bancaria nell'art. 136 d.lgs. 1.9.1993 n. 385 («chi svolge funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso una banca»), ma anche in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro nell'art. 299 d.lgs. 9.4.2008 n. 81 («colui il quale, pur sprovvisto di regolare investitura, eserciti in concreto i poteri giuridici riferiti a ciascuno dei soggetti ivi definiti»).

3. Con riferimento alla bancarotta fraudolenta societaria, poi, la Commissione Bricchetti propone di abrogare quell'ipotesi di bancarotta societaria generalmente conosciuta come bancarotta da reato societario o bancarotta societaria connotata dalla precommissione di alcuni reati societari¹⁸.

Si tratta, cioè, di quell'ipotesi prevista nell'art. 329 co. 2 lett. a c.c.i.i., che ha sostanzialmente riproposto l'art. 223 co. 2 n. 1 l. fall., volta a incriminare gli amministratori, i direttori generali, i sindaci e i liquidatori di società in liquidazione giudiziale che hanno cagionato, o concorso a cagionare, il dissesto della società, commettendo alcuno dei fatti previsti dagli articoli 2621, 2622, 2626, 2627, 2628, 2629, 2632, 2633 e 2634 Cc.

Come si ricorderà, tale fattispecie incriminatrice, in origine introdotta con lo scopo di punire più severamente la realizzazione di taluni reati societari seguiti dal fallimento della società, è stata profondamente innovata dalla riforma dei reati societari avvenuta ad opera del d.lgs. 11.4.2002 n. 61, che ha arricchito l'elenco dei reati societari richiamati e ha introdotto la previsione del nesso causale tra la realizzazione dell'illecito societario e il dissesto della società.

¹⁷ Cfr. *Relazione accompagnatoria*, cit., 24 s.

¹⁸ Per la prima espressione, tra gli altri, M. Gambardella, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., 245; per la seconda espressione, F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*¹⁴, II, cit., 238.

In particolare, si deve tenere presente che l'originaria formulazione della disposizione poneva forti criticità a proposito dei reati societari menzionati e, principalmente, a causa della mancata previsione di un rapporto di causalità tra reato societario e dissesto. Invero, in ordine al primo profilo, si evidenziava che la scelta delle figure criminose richiamate fosse stata effettuata senza una precisa *ratio* (accanto a norme finalizzate alla tutela degli interessi patrimoniali dei creditori, come le false comunicazioni sociali, venivano richiamate norme non strettamente rispondenti alla funzione di tutela della bancarotta, come l'aggrottaggio societario); riguardo al secondo aspetto, si osservava che la mancata previsione del nesso causale determinava una sorta di bancarotta presunta¹⁹.

Anche successivamente al decreto 61/2002, tuttavia, per la bancarotta da reato societario non sono mancate perplessità. Basti pensare che l'assenza della corruzione tra privati di cui all'art. 2635 Cc e dell'omessa comunicazione del conflitto di interessi di cui all'art. 2629-bis Cc fa emergere alcune incongruenze del catalogo dei reati societari, così come è dibattuto se rientrino nell'ambito di applicazione di questa fattispecie incriminatrice quelle condotte che si siano limitate ad aggravare il dissesto²⁰.

Ma, soprattutto, bisogna evidenziare che, dopo le modifiche apportate nel 2002, è emersa un'ulteriore problematica. Infatti, ad essere venuta in discussione è prettamente l'autonomia della bancarotta da reato societario, come risultante dalla riforma del 2002, rispetto all'ipotesi prevista dall'art. 223 co. 2 n. 2 l. fall., essenzialmente riprodotto dall'art. 329 co. 2 lett. b c.c.i.i. – che punisce gli amministratori, i direttori generali, i sindaci e i liquidatori di società in liquidazione giudiziale che hanno cagionato con dolo o per effetto di operazioni dolose il dissesto – la quale, secondo l'interpretazione prevalente, sarebbe in grado di ricomprendere nel suo più ampio ambito di applicazione anche le modalità di realizzazione del dissesto della società alle quali si rivolge la bancarotta da reato societario²¹.

¹⁹ Sul punto, già R. Rovelli, *Disciplina penale dell'impresa*, Milano 1953, 159, ma, più recentemente, anche M. Gambardella, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., 245 ss., e A. Alessandri, *I reati fallimentari*, in *Diritto penale commerciale*, cit., 121 ss.

²⁰ Come messo in luce da N. Mazzacuva-E. Amati, *Diritto penale dell'economia*⁵, cit., 281 ss., e, sia pure da una prospettiva parzialmente diversa, da A. Melchionda, *La labile "certezza interpretativa" della legittimità costituzionale del reato di bancarotta*, in *DPenContRTrim* 4/2016, 86.

²¹ In tal senso: A. Lanzi, *La «nuova» bancarotta societaria*, ne *Il fallimento 2002*, 813; C. Santoriello, *Art. 223*, in *Leggi penali complementari commentate*, a cura di A. Gaito e M. Ronco, Torino 2009, 2756; M.N. Masullo, *Bancarotta impropria e reati societari. Prospettive di riforma*, in *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, a cura di N. Pisani, Torino 2010, 133 ss.; nonché, più recentemente, A. Melchionda, *La labile "certezza interpretativa"*

Dunque, l'eventuale abrogazione di questa fattispecie incriminatrice, come confermato nella stessa relazione accompagnatoria redatta dalla Commissione Bricchetti, sarebbe una naturale conseguenza – certamente con qualche anno di ritardo – delle modifiche da parte del decreto 61/2002²².

4. Nelle recenti proposte di revisione della bancarotta fraudolenta societaria rientrano anche quelle sull'ipotesi delittuosa della bancarotta con dolo o per effetto di operazioni dolose.

Da questo punto di vista, si può osservare, anzitutto, che, nell'ottica della costruzione delle fattispecie incriminatrici di bancarotta a partire dalla bancarotta societaria, tale delitto viene spostato all'interno dell'art. 322 c.c.i.i. e, precisamente, al co. 1 lett. *b*.

Così, bisogna immediatamente notare che la bancarotta con dolo o per effetto di operazioni dolose non rappresenterebbe più, a differenza di quanto accaduto nella legge fallimentare e nel codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, un'ipotesi di bancarotta fraudolenta aggiuntiva (insieme alla bancarotta da reato societario) a quelle previste per l'imprenditore individuale. Nell'articolato ora elaborato, infatti, l'art. 323, destinato alla bancarotta fraudolenta dell'imprenditore individuale, al suo co. 1, incrimina l'imprenditore individuale che, tra l'altro, commette alcuno dei fatti previsti dall'art. 322 co. 1 e 2, rinvio relativo all'intero co. 1 dell'art. 322 e quindi comprensivo anche della lettera *b*, ove è regolata la bancarotta con dolo o per effetto di operazioni dolose.

Inoltre, occorre subito evidenziare che, a scapito di tutte quelle voci dottrinarie particolarmente critiche su questa fattispecie incriminatrice (tanto da averne invocato l'illegittimità costituzionale e persino l'abrogazione)²³, risulta già interessante l'idea di mantenere questa ipotesi di bancarotta fraudolenta societaria nell'ambito di quello che si prefigge di essere il primo grande intervento di riforma dei reati fallimentari.

Guardando, allora, nello specifico, alle possibili modifiche della bancarotta con dolo o per effetto di operazioni dolose, la Commissione Bricchetti propone di intervenire, anzitutto, sulla locuzione «con dolo o per effetto di operazioni dolose», che

della legittimità costituzionale del reato di bancarotta, cit., 85 ss.; M. Gambardella, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., 266; A. Alessandri, *I reati fallimentari*, in *Diritto penale commerciale*, cit., 125; E.M. Ambrosetti-E. Mezzetti-M. Ronco, *Diritto penale dell'impresa*⁵, Bologna 2022, 326.

²² Si veda la *Relazione accompagnatoria*, cit., 19.

²³ A questo riguardo, tra gli altri, G. Casaroli, *La causazione dolosa del fallimento della società da parte di amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori*, in *IP* 1978, 454, e L. Conti, *I reati fallimentari*², cit., 217.

indubbiamente rappresenta il nodo centrale di tale fattispecie incriminatrice. Nelle proposte di revisione, cioè, viene meno la seconda parte di questa locuzione, vale a dire «per effetto di operazioni dolose», e, invece, viene mantenuta la prima, ossia «con dolo».

A tal proposito, sembra il caso di rammentare che l'insolita formulazione della disposizione, come concepita nella legge fallimentare e nel codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, per il richiamo espresso al dolo e per lo sdoppiamento tra il dolo medesimo e le operazioni dolose, ha dato luogo a molteplici interpretazioni. Infatti, tra le tante interpretazioni possibili, si potrebbe fare leva sulle diverse forme del dolo ipotizzando che la prima parte («con dolo») richieda il dolo generico mentre la seconda («per effetto di operazioni dolose») il dolo specifico, inteso quale intenzione di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto a danno della società o dei creditori o di arrecare un danno alla società o ai creditori²⁴, oppure supponendo che l'espressione «con dolo» si riferisca al dolo intenzionale e l'espressione «per effetto di operazioni dolose» richiami il dolo diretto, il dolo indiretto, il dolo eventuale o il dolo di pericolo²⁵. Similmente, si potrebbe sostenere che la locuzione postuli la sola necessaria presenza del dolo, e quindi comprenda due espressioni dal significato assimilabile²⁶. Ancòra, da una diversa prospettiva, si potrebbe giungere, muovendo dall'impiego dell'inciso «per effetto di», a considerare la prima parte della locuzione volta a includere tutti i casi nei quali l'atteggiamento psicologico del soggetto attivo coincida con il dolo e ad adoperare lo schema del delitto preterintenzionale per

²⁴ Di questo avviso, P. Nuvolone, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano 1955, 379.

²⁵ A favore di questa lettura, non senza ulteriori distinzioni: G. De Semo, *Diritto fallimentare*², cit., 500; R. Provinciali, *Trattato di diritto fallimentare*, Milano 1974, 2696; P. Venturati, *Le operazioni dolose nella bancarotta societaria*, in *RTrimDPenEc* 1990, 583; R. Bricchetti, *Reati fallimentari. Nozioni fondamentali e orientamenti giurisprudenziali*, in *RIDPP* 1994, 270; C. Santoriello, *I reati di bancarotta*, Torino 2000, 203; P. Mangano, *La bancarotta societaria*, Padova 2001, 75; G. Schiavano, *La nuova bancarotta fraudolenta societaria*, in *RIDPP* 2003, 265; E. De Martino, *Bancarotta fraudolenta impropria: con dolo o per effetto di operazioni dolose, operazioni dolose*, in *La bancarotta fraudolenta impropria: reati societari e operazioni dolose*, a cura di A. D'Avirro e E. De Martino, cit., 242 ss.; R. Bricchetti-L. Pistorelli, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, Torino 2017, 231; E.M. Ambrosetti-E. Mezzetti-M. Ronco, *Diritto penale dell'impresa*⁵, cit., 328.

²⁶ Di tale opinione: G. Bonelli, *Del fallimento. Commento al codice di commercio*, Milano 1938, 391; L. Lordi, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Napoli 1946, 312; G. De Maio, *Il fallimento. Il concordato preventivo*, cit., 421; A. Grieco, *I reati previsti dalla legge sul fallimento e le disposizioni penali del codice civile in materia di società e di consorzi*, Roma 1967, 139; P. Pajardi-A. Paluchowski, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano 2008, 1037.

l'interpretazione della seconda parte della locuzione²⁷.

L'eventuale eliminazione dell'inciso «per effetto di operazioni dolose», quindi, potrebbe essere accolta positivamente almeno per due ordini di ragioni. Innanzitutto, oltre a derivarne una formulazione sicuramente semplificata, verrebbero meno i dubbi attualmente esistenti sulla natura di legge mista cumulativa o di legge mista alternativa, a seconda che nella locuzione «con dolo o per effetto di operazioni dolose» siano ravvisati due reati ovvero due modalità di realizzazione di uno stesso reato²⁸. Inoltre, si eviterebbero i rischi del riconoscimento di un'ipotesi di bancarotta preterintenzionale, l'ammissione della quale dovrebbe confrontarsi con le difficoltà legate all'interpretazione del delitto preterintenzionale, già presenti nella teoria generale del diritto penale e suscettibili di acuirsi in un contesto – caratterizzato da criticità (anche) sul piano dell'elemento soggettivo – come quello della bancarotta²⁹.

Tuttavia, il ricorso alla sola espressione «con dolo», ove fosse accolto dal legislatore, richiederebbe di essere ulteriormente approfondito. Difatti, si tenga presente che, secondo quanto si apprende dalla stessa relazione accompagnatoria, benché

²⁷ Per questo modo di vedere: M. Punzo, *La bancarotta impropria e gli altri reati previsti dalla legge fallimentare*, cit., 181 ss.; C. Pedrazzi, *Art. 223*, in *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, a cura di C. Pedrazzi e F. Sgubbi, in *Commentario alla legge fallimentare Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, cit., 322; D. Micheletti, *La bancarotta societaria preterintenzionale. Una rilettura del delitto di operazioni dolose con effetto di fallimento*, in *RTrimDPenEc* 2014, 39; A. Rossi, *Illeciti penali nelle procedure concorsuali*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, XVIII, diretto da C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, cit., 197; Id., *Reati fallimentari*, in F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*¹⁴, II, cit., 259; C. Marini, *La bancarotta fraudolenta "impropria" (art. 223 legge fall.)*, in *Reati in materia economica*², a cura di A. Alessandri, in *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da F.C. Palazzo e C.E. Paliero, VIII, Torino 2017, 532; A. Manna, *La bancarotta impropria societaria*, in *Trattato di Diritto penale dell'economia*, II, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, Milano 2019, 2434.

²⁸ Espressamente a favore dell'interpretazione secondo la quale la disposizione conterrebbe due diversi reati, M. Gambardella, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., 260 s.

²⁹ Per la problematica dell'eterogeneità dell'elemento soggettivo nelle fattispecie incriminatrici di bancarotta, si veda, in particolare, G. Casaroli, *Il dolo della bancarotta fraudolenta fra dubbi interpretativi e rigore giurisprudenziale*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, II, a cura di N. Pisani, Milano 1991, 301. Invece, per l'approfondimento delle criticità poste dal delitto preterintenzionale sul piano della teoria generale del diritto penale, si rinvia a: N. Vitale, *La preterintenzione*, Milano 1956; E. Altavilla, *Preterintenzionalità*, in *NssDI*, XIII, Torino 1966, 798; V. Patalano, *Preterintenzione*, in *ED*, XXXV, Milano 1986, 351; F. Giannelli, *La figura del delitto preterintenzionale*, Napoli 1990; S. Canestrari, *Preterintenzione*, in *DigDPen*, IX, Torino 1995, 694; G. Ruggiero, *Tipicità della preterintenzione ed esegesi costituzionalmente orientata*, in *CP* 2005, 603; V. Magnini, *Sulla struttura soggettiva del delitto preterintenzionale*, in *DPP* 2006, 1396; S. Grossi, *L'elemento soggettivo dell'omicidio preterintenzionale tra accertamento ed "iscrizione"*, in *CP* 2010, 4190; L. Paoloni, *L'elemento soggettivo nell'omicidio preterintenzionale*, in *CP* 2013, 2667. Nella manualistica: G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*⁸, cit., 691 ss.; F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*¹¹, cit., 388 ss.; A. Pagliaro, *Principi di diritto penale. Parte generale*⁹, cit., 362 ss.; B. Romano, *Diritto penale. Parte generale*⁴, cit., 316 ss.; G. Marinucci-E. Dolcini-G.L. Gatta, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*¹¹, cit., 425 ss.

l'elemento soggettivo di questa ipotesi delittuosa sia identificato nel dolo generico, per una proposta alternativa emersa dal confronto interno alla Commissione Bricchetti, invece, avrebbe dovuto essere individuato nel dolo intenzionale al fine di escludere la configurabilità di tale fattispecie incriminatrice in presenza del solo dolo eventuale e, più in generale, di circoscriverne l'ambito di applicazione³⁰.

5. Sempre per quanto riguarda la bancarotta con dolo o per effetto di operazioni dolose, l'articolato proposto si presta altresì a talune considerazioni sul dissesto, che in questa fattispecie incriminatrice svolge la funzione di evento naturalistico³¹.

Più precisamente, qualche perplessità potrebbe destare l'assenza di un tentativo di definizione o, quantomeno, di chiarimento della stessa nozione di dissesto e la diversa scelta, invece, del mero auspicio, contenuto nella relazione di accompagnamento, di una disposizione definitiva³².

Difatti, diversamente da quanto accaduto per la crisi e per l'insolvenza, la prima precisata nell'art. 2 co. 1 lett. a c.c.i.i. e la seconda già scolpita nell'art. 5 co. 2 l. fall. e poi anche nell'art. 2 co. 1 lett. b c.c.i.i., il dissesto – comparso nel panorama penalfallimentare, e precisamente nel ricorso abusivo al credito, con la l. 28.12.2005 n. 262 – è un concetto poco afferrabile, al punto che risulta incerto persino il suo rapporto con l'insolvenza. Infatti, per una lettura, dissesto e insolvenza sono sinonimi³³; per una differente impostazione, lo stato di insolvenza contiene un *quid pluris*³⁴; per un altro

³⁰ V. *Relazione accompagnatoria*, cit., 29.

³¹ Sulla funzione di evento naturalistico del dissesto all'interno di questa fattispecie incriminatrice, ci limitiamo a richiamare C. Pedrazzi, *Reati fallimentari*, in *Manuale di diritto penale dell'impresa. Parte generale e reati fallimentari*, a cura di C. Pedrazzi, A. Alessandri, L. Foffani, S. Seminara, G. Spagnolo, Bologna 2003, 170, e, più recentemente, A. Manna-G.L. Perdonò-N. Lionetti, *I reati fallimentari*, in *Corso di diritto penale dell'impresa*², a cura di A. Manna, Milano 2018, 602.

³² V. *Relazione accompagnatoria*, cit., 19.

³³ Di questo avviso, P. Nuvolone, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, cit., 407 s.; L. Conti, *I reati fallimentari*², cit., 110, 351; P. Mangano, *Disciplina penale del fallimento*³, Milano 2003, 134; A. Alessandri, *Profili penali delle procedure concorsuali*, Milano 2016, 29; Id., *I reati fallimentari*, in *Diritto penale commerciale*, cit., 23 s.; A. Ambrosetti-E. Mezzetti-M. Ronco, *Diritto penale dell'impresa*⁵, cit., 325. Emblematiche, in particolare, le parole di A. Alessandri, *Profili penali delle procedure concorsuali*, cit., 29, per il quale: «sono giochi di parole – smentiti dalla realtà – quelli che distinguono tra dissesto e stato di insolvenza, l'uno può essere guardato come causa dell'altro, la sua proiezione esterna, ma non sono reperibili criteri distintivi sostanziali».

³⁴ In tal senso, F. Antonioni, *La bancarotta semplice*, Napoli 1962, 254; M. Punzo, *La bancarotta impropria e gli altri reati previsti dalla legge fallimentare*, cit., 196; M. Gambardella, *Il codice della crisi di impresa: nei delitti di bancarotta la liquidazione giudiziale prende il posto del fallimento*, cit., 499. Nello stesso senso, in giurisprudenza, tra le altre, Cass. 20.5.2014 n. 40998, in *CED Cass.*, n. 262189.

modo di vedere, il dissesto sarebbe più grave³⁵. L'unica definizione legislativa sembrerebbe rintracciabile nell'art. 244 d.lgs. 18.8.2000 n. 267, recante il «Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali», ove il dissesto è identificato nella condizione nella quale «l'ente non può garantire l'assolvimento delle funzioni e dei servizi indispensabili [...]». E un'altra indicazione potrebbe essere ricavata dalla bancarotta semplice societaria, ove l'art. 330 lett. b c.c.i.i., nel recitare «hanno concorso a cagionare od aggravare il dissesto», parrebbe consentire di evincerne la graduabilità.

Così, benché fosse già nota per la presenza del dissesto quale elemento costitutivo nella bancarotta semplice dell'imprenditore individuale (art. 323 co. 1 lett. d c.c.i.i.), nella bancarotta da reato societario (art. 329 co. 2 lett. a c.c.i.i.), nella bancarotta semplice societaria (art. 330 lett. b c.c.i.i.) e nel ricorso abusivo al credito (art. 325 c.c.i.i.), la questione è stata riaperta dall'introduzione del dissesto – in luogo del fallimento – nella bancarotta con dolo o per effetto di operazioni dolose, che è avvenuta ad opera del codice della crisi di impresa e dell'insolvenza. Peraltro, attraverso questa modifica apportata alla bancarotta con dolo o per effetto di operazioni dolose, il legislatore del 2019, nonostante abbia recepito essenzialmente una prassi interpretativa³⁶, si è discostato dalle indicazioni della legge delega (per la quale il termine «fallimento», in tal caso sostituito da quello di «dissesto», avrebbe dovuto essere sostituito dall'espressione «liquidazione giudiziale»), alimentando i profili critici³⁷.

³⁵ Di questa opinione, G. Cocco, *Nota introduttiva agli artt. 216-237. Commento agli artt. 216-237. Fallimento*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*², a cura di F. Palazzo e C.E. Paliero, Padova 2007, 218; A. D'Avirro, *La bancarotta fraudolenta societaria*, in *La bancarotta fraudolenta impropria: reati societari e operazioni dolose*, a cura di A. D'Avirro e E. De Martino, cit., 137; Id., *La bancarotta fraudolenta societaria*, in *I reati di bancarotta societaria. Distrazione, infedeltà e operazioni dolose*, a cura di A. D'Avirro e E. De Martino, Milano 2013, 136 ss. Così, in giurisprudenza, fra le altre, Cass. 24.3.2017 n. 17819, in *CP* 2017, 3951, con nota di M. Poggi D'Angelo, *Sul modello d'illecito e le sue conseguenze in tema di bancarotta fraudolenta prefallimentare*.

³⁶ A favore dell'interpretazione come dissesto del richiamo al “fallimento” contenuto nella formulazione della disposizione adoperata nella legge fallimentare: P. Nuvolone, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, cit., 375 s.; L. Conti, *I reati fallimentari*², cit., 110; R. Bricchetti-R. Targetti, *Bancarotta e reati societari*², Milano 1998, 128. Di diverso avviso, invece: C. Pedrazzi, *Art. 223, in Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, a cura di C. Pedrazzi e F. Sgubbi, in *Commentario alla legge fallimentare Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, cit., 317; A. D'Avirro, *La bancarotta fraudolenta societaria*, in *La bancarotta fraudolenta impropria: reati societari e operazioni dolose*, a cura di A. D'Avirro e E. De Martino, cit., 138; A. Fiorella-M. Masucci, *Gestione dell'impresa e reati fallimentari*, Torino 2014, 144; A. Rossi, *Illeciti penali nelle procedure concorsuali*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, XVIII, diretto da C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, cit., 113, 197 s.; Id., *Reati fallimentari*, in F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*¹⁴, II, cit., 251; M. Gambardella, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., 258.

³⁷ Così, in particolare, N. Mazzacava, *La “nuova” bancarotta fraudolenta societaria per effetto di operazioni dolose: tra crisi, dissesto, insolvenza e liquidazione giudiziale dell'impresa*, in *Studi in onore di Alessio Lanzi*, Roma 2020,

Ciò posto, si può osservare che l'unica previsione elaborata dalla Commissione Bricchetti relativamente al dissesto consiste nell'aggiunzione, nella bancarotta con dolo o per effetto di operazioni dolose, accanto al verbo «cagiona», delle espressioni «concorre a cagionare o ad aggravare in misura rilevante», tutto riferito al dissesto. Tale novità, però, sia pure probabilmente dettata dall'intenzione di porre termine al dibattito sulla rilevanza del mero aggravamento del dissesto, sembrerebbe limitarsi ad essere una precisazione, tenuto conto che, per un verso, le disposizioni sul concorso di persone nel reato (artt. 110 Cp ss.) e, per altro verso, la disciplina delle concause (art. 41 Cp) consentono di pervenire al medesimo esito³⁸.

6. L'ultima proposta tra quelle avanzate dalla Commissione Bricchetti per la bancarotta con dolo o per effetto di operazioni dolose è quella di inserire la clausola di riserva «fuori dai casi di cui alla lettera a)».

Ebbene, tale possibile novità attribuirebbe alla bancarotta con dolo o per effetto di operazioni dolose una funzione sussidiaria rispetto alla bancarotta fraudolenta patrimoniale.

In tal senso, si deve considerare che, alla luce dell'attuale quadro normativo, secondo la prevalente lettura, la bancarotta con dolo o per effetto di operazioni dolose non viene in rilievo ove la condotta causativa del dissesto sia riconducibile a qualcuna delle ipotesi di bancarotta fraudolenta patrimoniale mentre trova applicazione, con la possibilità che si configuri un concorso effettivo, per qualsiasi condotta causativa del dissesto ulteriore e diversa³⁹.

A ben vedere, poi, la previsione di siffatta clausola di riserva sembrerebbe destinata ad incidere, oltre che sui rapporti tra le ipotesi di bancarotta specificamente interessate, più in generale, sulla funzione stessa della bancarotta con dolo o per effetto

444 s.

³⁸ Alcune considerazioni a questo riguardo sono state recentemente formulate da G. Cocco, *Spunti sistematici sulla sanzione della causazione del dissesto nel nuovo codice dell'insolvenza*, in *Studi in onore di Alessio Lanzi*, cit., 347 s. Inoltre, a favore della riconducibilità dell'aggravamento del dissesto a questa fattispecie incriminatrice, si vedano: A. Lanzi, *La «nuova» bancarotta societaria*, cit., 812 ss.; G. Schiavano, *La nuova bancarotta fraudolenta societaria*, cit., 262; V. Destito, *La bancarotta impropria di cui all'art. 223 L. Fall.*, in *La disciplina penale dell'economia*, I, a cura di C. Santoriello, Torino 2008, 398; R. Bricchetti-L. Pistorelli, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, cit., 249; M. Gambardella, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., 254; N. Pisani, *Crisi di impresa e diritto penale*, Bologna 2018, 168 ss.; A. Alessandri, *I reati fallimentari*, in *Diritto penale commerciale*, cit., 118 s.

³⁹ Si veda, per tutti, E. de Martino, *La bancarotta fraudolenta per aver cagionato con dolo o per effetto di operazioni dolose il fallimento della società (art. 223, comma 2, n. 2 L.F.)*, in *La bancarotta fraudolenta*², a cura di A. D'Avirro e E. De Martino, Milano 2018, 288 ss.

di operazioni dolose.

A questo proposito, occorre tenere presente che le incertezze discendenti dall'insolita formulazione della bancarotta con dolo o per effetto di operazioni dolose hanno indotto ad affermarne generalmente il ruolo residuale rispetto a tutte le altre fattispecie incriminatrici di bancarotta fraudolenta⁴⁰, il quale, però, mal si concilia con le funzioni di tutela della bancarotta, con il percorso intrapreso nella disciplina della crisi di impresa nonché con la presenza – già discutibile – nel sistema dei reati di bancarotta di incriminazioni dai confini poco definiti (com'è il caso, tra gli altri, della bancarotta distrattiva⁴¹).

L'eventuale previsione della clausola di riserva, allora, pare rappresentare una nota positiva: da una parte, perché potrebbe consentire di superare le incertezze concernenti i rapporti della bancarotta con dolo o per effetto di operazioni dolose con la bancarotta fraudolenta patrimoniale; dall'altra parte, poiché potrebbe riconoscere autonomia alla bancarotta con dolo o per effetto di operazioni dolose, in linea con la possibile abrogazione della bancarotta da reato societario.

Ad ogni modo, bisogna osservare che, ove avesse séguito, questa previsione imporrebbe di ragionare sui rapporti della bancarotta con dolo o per effetto di operazioni dolose con le altre ipotesi di bancarotta fraudolenta, e cioè la bancarotta fraudolenta documentale e quella preferenziale, alle quali la clausola di riserva elaborata non fa riferimento, ma anche con la "nuova" bancarotta colposa, per la quale, tra l'altro, nella proposta della Commissione Bricchetti scompare la clausola di riserva «al di fuori dei casi dell'articolo precedente» rispetto alla bancarotta fraudolenta presente sia nel codice della crisi di impresa e dell'insolvenza sia nella legge fallimentare.

7. Infine, le proposte della Commissione Bricchetti in materia di bancarotta fraudolenta societaria richiedono alcune osservazioni sul piano delle relazioni intertemporali.

Nell'inquadrare le questioni suscettibili di porsi per queste ultime sotto il profilo della successione di norme penali nel tempo, risulta necessario sviluppare qualche considerazione sulle previsioni in ordine ai rapporti intertemporali con la legge fallimentare contenute nel codice della crisi di impresa e dell'insolvenza e interrogarsi

⁴⁰ Sul punto, sia sufficiente il rinvio a E.M. Ambrosetti-E. Mezzetti-M. Ronco, *Diritto penale dell'impresa*⁵, cit., 325.

⁴¹ A questo riguardo, diffusamente, N. Mazzacuva-E. Amati, *Diritto penale dell'economia*⁵, cit., 210 ss.

sulla sussistenza di previsioni di analoga natura nell'articolato della Commissione Bricchetti.

Così, occorre ricordare che l'art. 349 c.c.i.i. ha fatto salva la continuità delle fattispecie incriminatrici dopo avere stabilito la sostituzione dei richiami al fallimento con richiami alla liquidazione giudiziale. Inoltre, l'art. 390 co. 3 c.c.i.i. ha previsto, con riguardo alle disposizioni che interessano il diritto penale, che ai fatti puniti dalle disposizioni penali del Titolo VI della legge fallimentare nonché della Sezione III del Capo II della l. 27.1.2012 n. 3 debbano continuare a essere applicate queste ultime disposizioni quando commessi in relazione alle procedure di cui ai primi due commi dello stesso articolo, ossia le procedure concorsuali le cui domande siano proposte prima dell'entrata in vigore del codice della crisi di impresa e dell'insolvenza e le procedure concorsuali ancora pendenti alla data di entrata in vigore dello stesso.

Invece, si può constatare che le proposte della Commissione Bricchetti non sembrano contenere disposizioni transitorie, probabilmente anche per il fatto di essere state depositate prima della data di entrata in vigore del codice della crisi di impresa e dell'insolvenza. Tuttavia, anche la Commissione Bricchetti, al pari del legislatore del codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, fa riferimento alla continuità delle fattispecie incriminatrici in alcuni passaggi della relazione accompagnatoria, com'è affermato, ad esempio, per la bancarotta con dolo o per effetto di operazioni dolose⁴².

Di fronte a tali previsioni, allora, è il caso di rammentare che dalla disciplina transitoria delineata nel codice della crisi di impresa e dell'insolvenza discende che, anche dopo la sua entrata in vigore, debbano coesistere per un periodo di tempo due diversi regimi penali della crisi di impresa e dell'insolvenza dal momento che la legge fallimentare dovrà continuare a operare finché si registreranno fatti di bancarotta relativi a tutte le procedure concorsuali non ancora definitivamente chiuse alla data di entrata in vigore del codice della crisi di impresa e dell'insolvenza⁴³.

Oltre a quanto ora rilevato, poi, si deve considerare che il quadro delle relazioni intertemporali è stato ulteriormente complicato dal d.l. 24.8.2021 n. 118, convertito, con modificazioni, dalla l. 21.10.2021 n. 147, che, tra l'altro, nel frattempo ha modificato anche alcune disposizioni della legge fallimentare di interesse penalistico come l'art. 236 l. fall.

⁴² V. *Relazione accompagnatoria*, cit., 28.

⁴³ Particolarmente chiari sul punto R. Bricchetti, *Codice della crisi d'impresa: rassegna delle disposizioni penali e raffronto con quelle della legge fallimentare*, cit., 104, e M. Gambardella, *Il codice della crisi di impresa: nei delitti di bancarotta la liquidazione giudiziale prende il posto del fallimento*, cit., 517 ss.

Ma, soprattutto, pare opportuno evidenziare che il diritto penale richiede necessariamente di guardare al lato sostanziale della successione di norme penali nel tempo e di ricostruire i rapporti intertemporali dal confronto delle singole disposizioni attraverso le regole giuridiche contenute nell'art. 25 Cost. e nell'art. 2 Cp, sicché non sembra che ci si possa fermare al solo dato formale delle previsioni transitorie richiamate⁴⁴.

Con queste premesse, dunque, bisogna osservare che l'eventuale abrogazione della bancarotta da reato societario proposta dalla Commissione Bricchetti potrebbe dare luogo a un'ipotesi di *abrogatio sine abolitione*, ove l'abrogazione della disposizione, cioè, non determinerebbe l'abolizione della relativa incriminazione che continuerebbe ad essere punita nell'ambito della bancarotta con dolo o per effetto di operazioni dolose.

Quanto invece alla bancarotta con dolo o per effetto di operazioni dolose, occorre considerare che taluni dubbi sulla persistenza dell'illecito si pongono già nel passaggio dalla legge fallimentare al codice della crisi di impresa e dell'insolvenza a causa della previsione del dissesto quale evento naturalistico in luogo del fallimento, la soluzione dei quali può essere differente a seconda dell'interpretazione del concetto stesso di dissesto. Le proposte di revisione avanzate dalla Commissione Bricchetti per questa ipotesi delittuosa, poi, devono indurre a riflettere sulla possibile *abolitio criminis* che parrebbe derivare dall'eventuale eliminazione dell'espressione «per effetto di operazioni dolose».

Le relazioni intertemporali relative alla bancarotta fraudolenta societaria, peraltro, dovrebbero essere ricostruite tenendo conto altresì delle numerose disposizioni destinate ad incidere sul suo ambito di applicazione, come, tra le altre, quelle riguardanti la liquidazione giudiziale o quelle concernenti gli obblighi degli amministratori (rispettivamente, gli artt. 121 e 375 co. 2 c.c.i.i.).

Dinanzi a tale complesso scenario, allora, un'eventuale riforma della bancarotta fraudolenta societaria, e più ampiamente dei reati fallimentari, dovrebbe approfondire ulteriormente anche questi aspetti.

⁴⁴ Di questo avviso, M. Gambardella, *Il codice della crisi di impresa: nei delitti di bancarotta la liquidazione giudiziale prende il posto del fallimento*, cit., 518, e R. Giambersio, *Fenomeni di successione di norme penali dopo il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: una riflessione de jure condito*, in *SP*, 9/2020, 109. Più in generale, si veda B. Romano, *Il rapporto tra norme penali. Intertemporalità, spazialità, coesistenza*, Milano 1996, 19.