
*Giuseppe Amarelli **

La riforma dei reati fallimentari nel disegno di legge delega n. 1741-C

1. La improcrastinabile necessità di una riforma dei reati fallimentari. – 2. La criticabile scelta del ricorso alla legge delega. In particolare: la genericità delle cornici edittali per le fattispecie di bancarotta fraudolenta. – 3. La disciplina dei vantaggi compensativi. – 4. Le nuove fattispecie incriminatrici e la circostanza attenuante speciale. – 5. La parziale presa di posizione relativamente alla natura giuridica della sentenza di fallimento ed all'efficacia della declaratoria fallimentare nel giudizio penale. – 6. La bancarotta fraudolenta impropria: verso quale riforma? – 7. Il mancato chiarimento circa l'elemento psicologico nella bancarotta fraudolenta patrimoniale: dolo generico o dolo specifico? – 8. Le disposizioni superflue. – 9. La sostituzione della nozione di beni con quella di patrimonio nella bancarotta fraudolenta patrimoniale: verso la soluzione di un annoso problema? – 10. La problematica definizione della "zona di rischio penale".

1. La improcrastinabile necessità di una riforma dei reati fallimentari

Le disposizioni penali delle procedure concorsuali necessitano già da lungo tempo di un profondo intervento riformistico da parte del legislatore per riuscire a superare gli oramai atavici difetti da cui sono afflitte¹. Si può dire, infatti, che l'attuale

* *Ricercatore di diritto penale. Università degli Studi di Napoli Federico II.*

¹ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, II, XII ed., a cura di C.F. Grosso, 2008, 16 ss.

morfologia di questo nevralgico comparto del diritto penale complementare, a causa della sua arretratezza, risulta oramai del tutto anacronistica ed asimmetrica.

Anacronistica e giuridicamente obsolescente perché parametrata su un *humus* giuridico ed economico, quello dell'Italia degli anni Quaranta, radicalmente diverso dall'odierno, e perché strutturata abusando nella maggior parte delle fattispecie incriminatrici della tecnica analitico-casistica e dei rinvii a cascata che, alla prova del tempo, si sono rivelati tutt'altro che ineccepibili, ponendo non pochi problemi interpretativi in sede di applicazione giurisprudenziale.

Asimmetrica perché palesemente sfalsata rispetto alla disciplina precettiva di carattere commercial-civilistico e processual-civilistico recentemente riformulata dal legislatore con i due importanti interventi novellistici del diritto fallimentare, rispettivamente, del 2005 e del 2007. Essa, difatti, a causa di questo mancato, parallelo, adeguamento, ha finito con il presentare dei significativi vuoti di tutela nei confronti di alcune condotte potenzialmente meritevoli di sanzione penale implicate dagli istituti di nuovo conio introdotti con le menzionate riforme del diritto fallimentare, quali, ad esempio, quelle connesse alla procedura per l'accordo di ristrutturazione dei debiti descritta nell'art. 182-*bis* legge fall.

Proprio per tali solide e ben conosciute ragioni si è già provato, più volte, nel recente passato a mettere mano a tale riforma, ma tutti i tentativi sinora esperiti si sono rivelati alla fine inidonei, arrestandosi sempre allo stadio prematuro del disegno di legge².

Com'è noto, circoscrivendo lo sguardo agli ultimi venti anni, la prima interessante e radicale proposta di riforma dei reati fallimentari è stata elaborata nel 1992 dalla Commissione Pa-

² Per una attenta ricostruzione della cronologia e dei contenuti salienti dei progetti di riforma del diritto penale fallimentare si rinvia a G. PERDONÒ, *I reati fallimentari*, in A. MANNA (a cura di), *Corso di diritto penale dell'impresa*, Padova, 2010, 430 ss.; A. CONZ, *I criteri interpretativi ed i progetti di riforma dell'art. 216, comma 1, del r.d. n. 267/1942: l'esempio della bancarotta patrimoniale fraudolenta per distrazione*, in *Ind. pen.*, 2007, 599 ss.

gliario all'interno del ben più ampio ed ambizioso progetto di ricodificazione della materia penale, finalizzato a recuperare nel nostro sistema penale la sempre più logora idea della "centralità del codice". Nello Schema di delega legislativa per l'emanazione di un nuovo codice penale venne, infatti, previsto l'inserimento di queste fattispecie incriminatrici all'interno della Parte speciale, più precisamente di un titolo della stessa dedicato ai reati contro l'economia³.

Altre due proposte di riforma sono state, invece, infruttuosamente presentate durante la XIII legislatura: una, la n. 7458, il 24 novembre 2000, nell'ambito di un disegno di legge di iniziativa governativa a firma dell'allora Ministro di Giustizia Fasino recante "*Delega al Governo per la riforma delle procedure relative alle imprese in crisi*"; l'altra, la n. 7497, pressoché contestualmente, il 14 dicembre 2000, su iniziativa dell'onorevole Veltroni e di altri deputati, all'interno di un altro disegno di legge recante "*Delega al Governo per la riforma delle procedure delle imprese in crisi*"⁴.

Un ennesimo progetto di riforma del diritto penale fallimentare è stato poi inserito nell'ambito di un ennesimo, ed estremamente dettagliato, disegno di legge (era composto da circa 250 articoli) presentato dalla c.d. Commissione Trevisanato il 20 giugno 2003 e finalizzato a rimodellare in profondità tutta la disciplina del diritto fallimentare.

Anche questa proposta di riforma dei reati fallimentari si è, però, arrestata nella fase embrionale. Al termine del suo burrascoso tragitto e, soprattutto, a causa dell'improvvido tentativo del Governo dell'epoca di stilare un progetto alternativo di mo-

³ Per approfondimenti sul testo del Progetto Pagliaro, si veda *Doc. giust.*, 1992, 305 ss., nonché *Ind. pen.*, 1992, 579 ss.

⁴ Entrambi i citati progetti di riforma sono pubblicati in JORIO (a cura di), *Nuove regole per le crisi di impresa*, Milano, 2001, 345 ss.; per dei commenti cfr. F. SGUBBI, *Le nuove regole penali*, *ivi*, 135 ss.; L. FOFFANI, *Crisi d'impresa e intervento penale: le linee di una riforma possibile*, in PICCININNI-SANTARONI (a cura di), *Crisi d'impresa e riforma della legge fallimentare*, Roma, 2002, 320; A. MANNA, *Dalla riforma dei reati societari alla progettata riforma dei reati fallimentari*, in *Diritto e impresa: un rapporto controverso*, Milano, 2005, 174; G. PERDONÒ, *I reati fallimentari*, *cit.*, 433 ss.

difica dei reati fallimentari lungo direttrici ben diverse da quelle tracciate nella progettazione ministeriale e decisamente più irragionevoli (il ‘fiore all’occhiello’ di quel ‘tentativo’ di riforma era rappresentato dall’abbattimento dei limiti edittali e dalla differenziazione della bancarotta individuale commessa dall’imprenditore fallito, punita con la pena fino a sei anni, da quella societaria, commessa dagli amministratori della società, punita (*sic!*) più lievemente, con una pena fino a quattro anni ed agevolmente estinguibile per il decorrere dei termini di prescrizione)⁵, l’intero comparto penalistico del progetto Trevisanato è stato illogicamente stralciato dalla legge delega per la riforma della disciplina fallimentare varata nel 2005 con la legge n. 80, e non è più stato ripreso neanche in occasione del suo ulteriore ritocco avvenuto nel 2007 con il d.lgs. n. 169, resosi necessario per eliminare le più macroscopiche aporie emerse in seguito all’entrata in vigore di questa riforma⁶.

L’esito di una simile, incoerente, opzione legislativa è stato quello di aver dato oggi vita all’interno della legge fallimentare ad un assurdo bicefalismo, che impone la convivenza tra norme di disciplina di recente conio (quelle plasmate *ex novo* o modificate nel 2005 e nel 2007) e fattispecie incriminatrici ancora modellate con gli usurati calchi pregressi e non “sintonizzate” con le nuove possibili condotte penalmente rilevanti implicate dagli istituti della legge fallimentare di nuova creazione, come, ad esempio, gli accordi di ristrutturazione del debito ed i piani di risanamento⁷.

Per giunta, questo evidente sfasamento tra i due ambiti – disciplinare e sanzionatorio – della normativa fallimentare, oltre a dar vita ai già menzionati vuoti di tutela penale, ha anche

⁵ Ci si riferisce al ddl n. 2342; in argomento, cfr. A. ALESSANDRI, *Profili penalistici delle innovazioni in tema di soluzioni concordate delle crisi di impresa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 111; A. MANNA, *Dalla riforma dei reati societari*, cit., 186; G. PERDONÒ, *I reati fallimentari*, cit., 433.

⁶ Sul punto si veda G.D. SANDRELLI, *Introduzione artt. 216-241*, in G. LO CASCIO (a cura di), *Codice commentato del fallimento*, Milano, 2008, 1761.

⁷ Cfr. A. MANGIONE, *Riflessioni penalistiche sulla riforma delle procedure concorsuali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 891.

provocato delle sensibili ripercussioni sulle preesistenti fattispecie incriminatrici.

Basti pensare, per tutti, ai riflessi riverberati sul novero dei soggetti attivi del delitto di bancarotta dalla aggiornata definizione di imprenditore non piccolo 'fallibile' di cui all'art. 1 legge fall., oppure sull'operatività della fattispecie incriminatrice in materia di amministrazione controllata di cui all'art. 237 legge fall. dalla abrogazione della procedura stessa.

Com'è noto, infatti, in entrambi i casi si è reso necessario un tempestivo e chiarificatore intervento delle Sezioni Unite penali della Suprema Corte per cercare di risolvere i complessi problemi interpretativi affiorati a causa delle suddette modifiche della legge fallimentare, rispettivamente, nel 2008 in materia di applicabilità della fattispecie di bancarotta fraudolenta patrimoniale al piccolo imprenditore⁸ e nel 2009 in materia di rilevanza penale dei fatti commessi durante la abrogata procedura concorsuale dell'amministrazione controllata⁹.

Fino ad oggi, gli unici interventi correttivi della parte penalistica del diritto delle procedure concorsuali sono stati effettuati al di fuori della suddetta riforma della legge fallimentare in maniera marginale ed episodica nell'ambito dei progetti di *re-styling* di altri due importanti settori del diritto penale dell'economia e, precisamente, quello del diritto penale societario e

⁸ Per approfondimenti su questa importante e controversa decisione della Cass., Sez. Un., 15 maggio 2008, n. 19601, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 848 ss. si rinvia a A. SCARCELLA, *Reati di bancarotta e (in)sindacabilità in sede penale della sentenza dichiarativa di fallimento*, *ivi*, 2009, 488 ss.; E.M. AMBROSETTI, *I riflessi penalistici derivanti dalla modifica della nozione di piccolo imprenditore nella legge fallimentare al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Cass. pen.*, 2008, 3608 ss.; F. ANTOLISEI, *Manuale*, cit., 70 ss.; G. CHIARAVIGLIO, *L'oscillante definizione di imprenditore fallibile e la configurabilità del delitto di bancarotta*, in *Corr. mer.*, 2009, 74 ss.; F. CERQUA, *La modifica della definizione di "piccolo imprenditore": le Sezioni Unite ritengono ingiustificata l'applicazione dell'art. 2 c.p.*, in *Corr. giur.*, 2009, 827 ss.

⁹ In argomento, cfr. Cass., Sez. Un., 26 febbraio 2009, n. 24468 ed il relativo commento di M. GAMBARDELLA, *L'abolizione del delitto di bancarotta impropria commesso nell'ambito di società in amministrazione controllata (art. 236, cpv. n. 1, legge fall.)*, in *Cass. pen.*, 2009, 4124 ss.

della tutela penale del risparmio¹⁰. Nel primo caso, con l'art. 4 del d.lgs. n. 61/2002 si è proceduto alla riforma della c.d. bancarotta societaria di cui all'art. 223, comma 1, legge fall., mentre nel secondo caso, con la legge n. 262/2005, si è realizzata la riforma delle fattispecie incriminatrici di cui agli artt. 218-225 poste a tutela del risparmio.

Alla luce di quanto detto, dunque, appare assolutamente improcrastinabile un ammodernamento dell'apparato sanzionatorio della legge fallimentare.

È proprio per tale ragione che, al di là dei possibili, e comunque ancora emendabili, difetti, appare in ogni caso condivisibile la recente decisione del Parlamento di portare avanti il Disegno di legge delega n. 1741-C presentato il 2 ottobre 2008 a firma del Ministro dello sviluppo economico Scajola, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze (Tremonti), con il Ministro della giustizia (Alfano), con il Ministro del lavoro, della salute e delle politiche sociali (Sacconi) e con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti (Matteoli), intitolato "*Delega al Governo per il riordino della legislazione in materia di gestione delle crisi aziendali*" e recante nell'art. 2 la "*Delega al Governo per la riforma della disciplina penale fallimentare*"¹¹. Come ugualmente condivisibile appare l'intenzione esplicitata nella Relazione di accompagnamento al d.d.l. di rifiutare nella costruzione delle nuove fattispecie incriminatrici quelle «*soluzioni che trascurino interessi che gravitano a vario titolo attorno alla vita dell'impresa*» e di abbandonare l'ormai superata concezione "liquidatoria" dell'impresa in crisi, privilegiando, al contrario, quella "recuperatoria".

¹⁰ In tal senso si rinvia ad A. ALESSANDRI, *Profili penalistici delle innovazioni in tema di soluzioni concordate delle crisi di impresa*, cit., 111.

¹¹ E. SCOPESI, *Il disegno di legge delega di riforma delle disposizioni penali in materia di procedure concorsuali*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2009, 22.

2. La criticabile scelta del ricorso alla legge delega. In particolare: la genericità delle cornici edittali per le fattispecie di bancarotta fraudolenta

Fatta questa necessaria considerazione preliminare circa l'indiscussa opportunità della riforma, si può procedere a formulare qualche sintetica osservazione critica a margine del presente disegno di legge delega, sia per quel che concerne il suo profilo "formale", sia per quel che concerne il suo profilo "contenutistico".

Sotto il primo aspetto, si deve rilevare che, sebbene in linea teorica la riforma dei reati fallimentari avrebbe dovuto rappresentare una branca del più articolato e complesso (ma anche sempre più utopistico) progetto di riforma del codice penale, dovendo magari trovare spazio – nel tentativo di recuperare la centralità perduta del codice nel diritto penale – all'interno di una radicalmente rinnovata Parte speciale dello stesso, la scelta di procedere, invece, in maniera "settoriale" sia comunque tollerabile data la assoluta improcrastinabilità della stessa per le ragioni poc'anzi enunciate¹².

¹² Il dibattito sulla crisi del codice penale e sulla tendenza affiorata nella legislazione penale degli ultimi decenni a creare dei sottosistemi sanzionatori autonomi, qualificati dalla omogeneità della materia regolata e dalla peculiarità delle regole di imputazione, è da tempo molto vivo in dottrina. In argomento si veda, senza pretese di esaustività, T. PADOVANI-L. STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose*, II ed., Bologna, 2008, 23 ss.; G. MARINUCCI, *L'abbandono del Codice Rocco: tra rassegnazione e utopia*, in *La questione criminale*, 1981, 297 ss.; T. PADOVANI, *La sopravvivenza del Codice Rocco nell'età della «decodificazione»*, *ivi*, 89 ss. A favore del recupero della centralità del codice e della opportunità della previsione nella Costituzione di un principio penalistico di 'riserva di codice', si vedano L. FERRAJOLI, *Crisi della legislazione penale e giurisdizione. Una proposta recente: la riserva di codice*, in *Legalità e giurisdizione: le garanzie penali tra incertezze del presente ed ipotesi del futuro*, Padova, 2001, 27 ss.; C.F. GROSSO, *Riserva di codice, diritto penale minimo, carcere come extrema ratio di tutela penale*, in *Cass. pen.*, 2001, 3582; V. MAIELLO, *'Riserva di codice' e decreto legge in materia penale: un (apparente) passo avanti ed uno indietro sulla via del recupero della centralità del codice*, in A. STILE (a cura di), *La riforma della parte generale del codice penale*, Napoli, 2001, 157 ss.; G. INSOLERA, *La riforma del codice penale. Qualche ri-*

Per altro verso, appare decisamente censurabile la decisione di procedere alla menzionata riforma attraverso il ricorso allo strumento della *legge delega*, anziché alla legge ordinaria.

Non solo sono note le controindicazioni generali dell'utilizzo della legislazione delegata in materia penale per le ovvie tensioni che essa ingenera con il principio di legalità nelle sue sotto-declinazioni della riserva di legge e della precisione-determinatezza, nonché per i rischi che essa comporta di tradimento del principio di democraticità nelle fondamentali opzioni politico-criminali di segno punitivo, originati dalla sostituzione dell'Esecutivo al Parlamento nella definizione di aspetti nevralgici delle stesse (ancora vivo è, ad esempio, il ricordo di quanto avvenuto in occasione di una delle più innovative riforme del diritto penale degli ultimi anni – il d.lgs. n. 231/2001 – quando, in sede di conversione della delega, l'Esecutivo disattese in maniera macroscopica alcune precise indicazioni del Parlamento re-

flessione in margine al Progetto Grosso, in *Quest. giust.*, 2001, 1075 ss. In senso contrario, si vedano G. FIANDACA, *In tema di rapporti tra codice e legislazione penale complementare*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 141 ss.; ID., *Relazione introduttiva*, in AA.VV., *Valori e principi della codificazione penale: le esperienze italiana, francese e spagnola a confronto*, Padova, 1995, 15 ss.; D. PULITANÒ, *Quali riforme in materia penale dopo la Bicamerale?*, in *Foro it.*, 1998, V, 297 ss.; L. STORTONI, *Parte speciale del codice e parte speciale del diritto penale*, in *Verso un nuovo codice penale. Itinerari – problemi – prospettive*, Milano, 1993, 440. Per una posizione intermedia che non cede «a tentazioni di apriorismi concettualistici», si veda F. PALAZZO, *Continuità ed evoluzione nel processo di ricodificazione penale in Italia*, in *Pol. dir.*, 2001, 500. A tal proposito giova ricordare che nel 1997, la neo-istituita Commissione Bicamerale aveva prospettato l'introduzione nella Carta fondamentale di un vero e proprio *principio costituzionale di "riserva di codice"*, stabilendo espressamente nel comma 4 dell'art. 129 del progetto di riforma della Costituzione che «nuove norme penali sono ammesse solo se modificano il codice penale ovvero se contenute in leggi disciplinanti organicamente l'intera materia cui si riferiscono». Sui lavori della Commissione Bicamerale inerenti all'introduzione a livello costituzionale di nuovi principi validi in materia penale, si vedano M. DONINI, *L'art. 129 del progetto di revisione costituzionale approvato il 4 novembre 1997*, in *Crit. dir.*, 1998, 1135 ss.; nonché G. FIANDACA, *Intervento*, *ivi*, 140 ss.; N. MAZZACUVA, *Intervento*, *ivi*, 155 ss.; F. PALAZZO, *Le riforme costituzionali proposte dalla Commissione bicamerale (diritto penale sostanziale)*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, 33 ss.

lative all'elenco delle fattispecie incriminatrici a cui agganciare la responsabilità da reato degli enti collettivi¹³⁾¹⁴⁾.

Per di più, in questo specifico caso, il disegno di legge delega risulta presentare dei profili di tale *genericità* da poter essere addirittura passibili, una volta eventualmente confermati nel testo definitivo, di una eventuale declaratoria di illegittimità costituzionale da parte dei Giudici del Palazzo della Consulta per violazione del principio di precisione e determinatezza di cui all'art. 25, comma 2, Cost.

Ci si riferisce, e con questo ci si sposta già sul piano delle considerazioni critiche di ordine "sostanziale", alla parte della delega che individua il *precetto secondario* di alcune delle principali fattispecie dei reati fallimentari, quali la bancarotta fraudolenta propria ed impropria, e, precisamente, alla lett. i), n. 1.

¹³⁾ Sul punto, si rinvia alle considerazioni all'epoca svolte da C. PIERGALLINI, *Sistema sanzionatorio e reati previsti dal codice penale*, in *Dir. proc. pen.*, 2001, 1353 ss.

¹⁴⁾ Si ritiene, difatti, che nei decreti delegati, anche qualora la delega contenga principi e criteri direttivi sufficientemente analitici, residui per il Governo un margine ineliminabile di discrezionalità libera puramente politica che ne determina un'inaccettabile ingerenza nell'opera di definizione degli indirizzi di politica criminale, di norma appannaggio esclusivo del Parlamento. Per approfondimenti sul controverso utilizzo della legislazione delegata in materia penale si rinvia a C. CUPELLI, *Un difficile compromesso. Ancora in tema di rapporti tra legge delega e riforma del codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 1346 ss.; ID., *La legalità delegata. Spunti su riserva di legge e delega legislativa nelle tendenze attuali del diritto penale*, in *Crit. dir.*, 2004, 99 ss. Sul punto, tra i tanti, cfr. F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XIX, Torino, 1973, 39 ss. (ora anche in *Scritti di diritto penale*, vol. I, Milano, 1997, 637 ss.); ID., *Legalità e crisi: l'art. 25, commi 2 e 3, della Costituzione rivisitato alla fine degli anni '70*, in *Quest. crim.*, 1980, 193 ss. (ora anche in *Scritti di diritto penale*, cit., 1288 ss.); G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, 43 ss.; M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, 145 ss.; AA.VV., *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, a cura di G. INSOLERA, Bologna, 2005; E. BELFIORE, *Giudice delle leggi e diritto penale. Il diverso contributo delle corti costituzionali italiana e tedesca*, Milano, 2005, 115 ss.; F. PALAZZO, *Sistema delle fonti e legalità penale*, in *Cass. pen.*, 2005, 277 ss.; ID., *Corso di diritto penale. Parte generale*, III ed., Torino, 2009, 116; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, VI ed., Bologna, 2009, 54.

Ed invero, mentre per talune ipotesi delittuose è stata indicata in maniera precisa e puntuale la forbice edittale che il legislatore delegato dovrà stabilire in sede di conversione della delega (si pensi, ad esempio, alla lett. *i*), n. 2) che invita l'Esecutivo a prevedere per il reato di bancarotta semplice la pena della reclusione non inferiore nel minimo ad un anno e non superiore nel massimo a cinque anni), per altre fattispecie incriminatrici, peraltro quelle principali (vale a dire la bancarotta fraudolenta sia propria, sia impropria), essa *non è stata predefinita in maniera vincolante*, bensì è stata individuata in modo vago ed eccessivamente generico, invitando il delegato a fissare la risposta sanzionatoria «in una pena compresa, nel minimo, tra due e quattro anni e, nel massimo, tra otto e dodici anni».

L'ampiezza del disegno di legge delega sul punto è così eclatante da pregiudicare anche la stessa chiarezza della *voluntas legis* del Parlamento rispetto alla valutazione del grado di disvalore dei fatti incriminati e del loro relativo trattamento sanzionatorio.

Non si capisce, cioè, se è intenzione del d.d.l. prevedere un inasprimento, oppure una mitigazione delle pene nei confronti di queste fattispecie incriminatrici.

Com'è noto, l'odierno minimo edittale è fissato nella misura dei tre anni di reclusione, sicché il delegante, invitando il delegato a definirlo muovendosi in una forbice da due a quattro anni di reclusione, non chiarisce se abbia intenzione di ridurlo o aumentarlo, e rimanda al secondo il peso critico della decisione circa la puntuale definizione del *quantum* della pena minima in maniera inferiore, uguale o maggiore rispetto a quello attuale.

Il *deficit* di determinatezza di questa parte del d.d.l. diventa addirittura eclatante, a causa degli ulteriori riflessi negativi che riverbera su altri istituti del sistema penale, se si guarda alla ancor più dilatata forbice di pena prevista per l'individuazione da parte del Governo del *massimo edittale* (si va dagli otto ai dodici anni di reclusione!), dal momento che, dopo la recente modifica della disciplina della prescrizione operata nel 2005, ai sensi della novellata formulazione dell'art. 157, comma 1, c.p. è

proprio sulla pena massima edittale che si devono computare i termini di durata di quest'ultima.

Ciò, peraltro, significa che è impossibile formulare qualsiasi tipo di giudizio circa la ragionevolezza o meno dei *termini di prescrizione* di questi reati, dal momento che essi possono oscillare in maniera tangibile a seconda che l'Esecutivo in sede di attuazione della delega opti per attestarsi sul (o in prossimità del) vertice inferiore della forbice (otto anni), oppure su (o in prossimità di) quello superiore (dodici anni): nel primo caso (al di fuori delle ipotesi di recidiva, per le quali valgono le peculiari e draconiane regole dettate nei commi successivi dell'art. 157 c.p.), considerando anche l'aumento del quarto del termine di prescrizione, i reati in questione si prescriverebbero in dieci anni, mentre nel secondo caso, a parità di condizioni, si prescriverebbero in quindici anni!

Inoltre, la mancata definizione in maniera precisa e determinata del precetto secondario reca con sé l'ulteriore, e non meramente ipotetico, rischio che il legislatore delegato in sede di conversione fissi delle pene inferiori per i fatti, probabilmente più gravi, ma certamente non meno gravi, di bancarotta fraudolenta impropria o societaria, rispetto a quelli di bancarotta fraudolenta propria o individuale, così come è già stato paventato nel disegno di riforma dei reati fallimentari di poco precedente a quello ora in discussione e a cui in precedenza si è fatto riferimento.

Senza trascurare che la genericità delle indicazioni contenute nella delega circa i minimi ed i massimi edittali da stabilire per queste fattispecie potrebbe consentire all'Esecutivo di prevedere (ad esempio) per i fatti di bancarotta fraudolenta patrimoniale propria una *forbice edittale esasperatamente dilatata e generica* che va da un minimo di due anni ad un massimo di dodici anni di reclusione.

Nel caso in cui si concretizzasse una simile eventualità, ci si troverebbe al cospetto di una opzione politico-criminale scarsamente ragionevole¹⁵, in quanto i differenti comportamenti e-

¹⁵ È il caso di rilevare che già sotto la vigenza della odierna disciplina an-

lencati in questa norma incriminatrice presentano tutti un contenuto di disvalore sociale omogeneo, non declinabile in maniera così variegata sotto il punto di vista della concreta dannosità da poter legittimare la possibile valutazione minima di due anni di reclusione e quella massima di dodici anni¹⁶.

Addirittura, una cornice edittale così divaricata finirebbe con il violare il principio di riserva di legge che, come è stato ben rilevato dalla dottrina, estende i suoi effetti anche in relazione al precetto secondario della norma incriminatrice ed alla misura della pena, vietando al legislatore di prevedere forbici talmente ampie da rendere solo apparente la predeterminazione legale della pena. Ed infatti, nel caso di individuazione di una risposta sanzionatoria dagli estremi esasperatamente divaricati, il Parlamento finisce non con l'esprimere un preciso e fermo giudizio sul grado di disvalore del fatto incriminato, bensì, con buona pace del principio di legalità, con il delegare al giudice penale il compito di formularlo, peraltro, in maniera talmente discrezionale da poter risultare anche arbitraria¹⁷.

cora in vigore, che prevede una cornice edittale da tre a dieci anni di reclusione per i fatti di bancarotta fraudolenta, è stata eccepita la illegittimità costituzionale della stessa a causa della eccessiva severità del minimo edittale da G. LOSAPPIO, *Il minimo edittale della bancarotta fraudolenta: profili di incostituzionalità*, in *Cass. pen.*, 2001, 716; in particolare, l'Autore rileva come questa previsione sanzionatoria risulti manifestamente irragionevole sia perché non adeguatamente commisurata rispetto al disvalore dell'offesa, sia perché non proporzionata se confrontata con quella ben più blanda prevista per la fattispecie analoga di *Mancata esecuzione dolosa di provvedimenti del giudice* di cui all'art. 388 c.p.

¹⁶ Già una volta la Corte costituzionale ha dichiarato la illegittimità costituzionale del precetto secondario di una norma incriminatrice a causa della sua eccessiva ampiezza, con la sent. 24 giugno 1992, n. 299, in *Giur. cost.*, 1992, 2257 ss., relativa al delitto di «*Violata consegna nella guardia a cosa determinata*» previsto nell'art. 122 c.p.m.p. per il quale era prevista una pena oscillante da un minimo di due anni di reclusione fino ad un massimo di ventiquattro nei confronti del militare che, essendo preposto di guardia a cosa determinata, la sottrae, distrae, devasta, distrugge, sopprime, disperde o deteriora, o la rende in tutto o in parte, inservibile.

¹⁷ Per tali lucide osservazioni sulle proiezioni del principio di legalità sulla misura delle pene si rinvia a G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., 225 ss.

3. La disciplina dei vantaggi compensativi

Diversamente, appare *apprezzabile* la scelta di procedere nella lett. p) del d.d.l. alla *disciplina* dell'ormai annosa questione circa la rilevanza penale dei *vantaggi compensativi* nelle operazioni societarie c.d. infragruppo.

Com'è noto, la normativa attualmente vigente rispetto a tale ipotesi problematica presenta una c.d. "lacuna di diritto derivata"¹⁸, dal momento che il fenomeno dei gruppi societari non aveva all'epoca della sua redazione un peso specifico tale nella realtà economico-giuridica da indurre il legislatore a regolamentarlo espressamente. La soluzione del problema è, dunque, oggi demandata di fatto agli operatori del diritto ed alla dottrina che oscillano, però, in maniera ondivaga, fornendo al quesito risposte divergenti: da un lato c'è chi ritiene che il trasferimento di beni o risorse tra società appartenenti ad un medesimo gruppo imprenditoriale configuri sempre una bancarotta fraudolenta patrimoniale per distrazione quando la società che cede il bene ad altra società del medesimo gruppo in assenza di una controprestazione adeguata e proporzionata fallisca; dall'altro, c'è invece chi reputa che essa non integri la fattispecie di bancarotta, poiché il danno subito dalla società fallita è compensato dal vantaggio percepito dall'altra società del gruppo beneficiaria del trasferimento di beni iniquo¹⁹.

¹⁸ Sul concetto di lacuna giuridica si veda K. ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, 4 Auflage, Stuttgart, 1968, trad. it. a cura di A. Baratta, *Introduzione al pensiero giuridico*, Milano, 1970, 217 ss.; R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 1993, 421 ss.

¹⁹ In argomento, per ulteriori approfondimenti sull'attuale disorientamento interpretativo sulla utilizzabilità o meno della clausola scriminante dei vantaggi compensativi nei delitti fallimentari, si rinvia a P. BARTOLO, *Bancarotta e infedeltà patrimoniale infragruppo. La distrazione seguita da fallimento*, Roma, 2009; R. BRICCHETTI, *Bancarotta fraudolenta, bancarotta semplice e operazioni infragruppo*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2009, 155 ss.; C. BENUSSI, *La Cassazione ad una svolta: la clausola dei vantaggi compensativi è esportabile nella bancarotta per distrazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 424; E. CODAZZI, *Bancarotta fraudolenta e vantaggi compensativi: alcune riflessioni sul concetto di "distrazione" nei gruppi*, in *Giur. comm.*, 2008, 764; E.M. AMBROSETTI,

Peraltro, a questo proposito, appare ragionevole la decisione di modulare la disciplina dei vantaggi compensativi nella bancarotta fraudolenta patrimoniale *ricalcando* in maniera pedissequa quella recentemente introdotta nell'ambito della riforma del diritto penale societario del 2002 nell'art. 2634 c.c. relativo al delitto di *infedeltà patrimoniale*, salvo l'unica differenza rappresentata dal fatto che nella fattispecie fallimentare si parla di "profitto" anziché di "vantaggio". Un possibile accorgimento ulteriore che si potrebbe apportare, per allineare effettivamente tale disciplina a quella dettata in materia di infedeltà patrimoniale, è quello di prevedere anche per la fattispecie a cui è collegata questa clausola di non punibilità (la bancarotta fraudolenta patrimoniale societaria) il dolo specifico, così come avviene per il delitto di cui all'art. 2634 c.c.²⁰.

4. *Le nuove fattispecie incriminatrici e la circostanza attenuante speciale*

Analogamente, sembra possibile formulare un giudizio positivo sulla lett. *h*) del d.d.l., poiché le previsioni in essa contenute contribuiscono a *colmare quel vuoto di tutela* creatosi nella disciplina penale delle procedure concorsuali in seguito alle già menzionate duplici riforme della legge fallimentare del 2005 e del 2007 in relazione a quelle condotte illecite potenzialmente

I reati fallimentari, in E.M. AMBROSETTI-E. MEZZETTI-M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, II ed., Bologna, 2009, 294 ss.; G. PERDONÒ, *La teoria dei vantaggi compensativi alla conquista del territorio dei reati fallimentari*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2006, 373 ss.; ID., *I reati fallimentari*, cit., 384; in giurisprudenza cfr., invece, Cass., Sez. V, n. 37107/2009; Cass., Sez. V, n. 41293/2008; Cass., Sez. V, n. 1137/2008; Cass., Sez. V, n. 39546/2008 con nota di N.A. TOSCANO, *In tema di reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale per distrazione nei trasferimenti infragruppo*, in *Soc.*, 2009, 919 ss.; Trib. Milano, 22 dicembre 2008, in *Riv. dott. comm.*, 2009, 155 ss. con nota di G. CHIARAVIGLIO.

²⁰ Rilevi critici sul presente ddl sono formulati, incidentalmente, da M. DONINI, *Antigiuridicità e giustificazione oggi. Una "nuova" dogmatica, o solo una critica, per il diritto penale moderno?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 1676.

implicate dalle nuove (e dalle rinnovate) procedure concorsuali, quali, ad esempio, l'accordo di ristrutturazione del debito, il concordato preventivo e l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi; anche se qualche ulteriore disposizione sarebbe necessaria per non lasciare degli spazi liberi dal controllo penale.

Ed ancora, pare condivisibile anche la decisione del d.d.l. di valorizzare la condotta *post patratum crimen* del fallito causalmente efficace ad elidere la portata offensiva della precedente condotta illecita, prevedendo nella lett. l) la sua qualificazione come *circostanza attenuante speciale* per i fatti di bancarotta elencati dalla lett. a) alla lett. i) nell'ipotesi in cui il colpevole, prima del giudizio, abbia riparato *integralmente* il danno patrimoniale patito dai creditori.

Anche se, forse, in questo caso sarebbe possibile spingersi oltre e – proseguendo nel solco già più volte battuto nell'ambito del diritto penale dell'economia²¹ – arrivare a qualificare questa condotta postfatto del reo fallito non come mera circostanza attenuante, bensì come una vera e propria *causa di non punibilità sopravvenuta*. In un caso del genere, quando l'imprenditore elide tempestivamente ed integralmente gli effetti lesivi della propria condotta, riparando i danni economici arrecati ai creditori, la non punibilità appare una contropartita ragionevole, oltre che utile sul piano processuale, dal momento che contribuisce in maniera significativa a deflazionare il carico sempre troppo oneroso dell'attività giudiziaria.

Peraltro, diversamente, se si conferisce a questo comportamento postfatto del reo la natura giuridica di mera circostanza attenuante, la *vis innovativa* di tale opzione politico-criminale volta a valorizzare il comportamento riparatorio dell'autore del reato sarebbe notevolmente depotenziata, dal momento che in questo modo si finirebbe con il replicare (salvo marginali differenze) quanto già previsto nella Parte generale del codice pena-

²¹ Per una più approfondita trattazione circa l'utilità dei meccanismi di non punibilità sopravvenuta nell'ambito del diritto penale, sia consentito rinviare a quanto già detto in altra sede nel nostro *Le ipotesi estintive delle contravvenzioni in materia di sicurezza sul lavoro*, Napoli, 2008.

le a livello di attenuanti comuni nell'art. 62, n. 6, c.p. per il c.d. pentimento operoso (errore questo già commesso durante la recente riforma del diritto penale del lavoro del 2008, che ha condotto il legislatore a tornare sui suoi passi e, nel c.d. decreto correttivo n. 106/2009, ad abrogare la speciale circostanza attenuante prevista nell'art. 303 del d.lgs. n. 81/2008 – il c.d. T.U. della sicurezza del lavoro – in quanto inutile doppione della menzionata circostanza attenuante comune²²).

È da condividere, invece, la scelta operata nella lett. n) del d.d.l. di abrogare dalla disciplina penale fallimentare i reati commessi da quelle persone diverse dal fallito che svolgano un ruolo attivo nelle procedure concorsuali (vale a dire, i curatori, i commissari giudiziali o governativi ed i loro coadiutori), e di *equiparare expressis verbis gli stessi ai pubblici ufficiali*, in maniera tale da poter sussumere le loro eventuali condotte illecite nell'ambito delle già esistenti e sufficienti norme incriminatrici collocate nel Capo I del Titolo II del codice penale relativo ai delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione o nel Titolo VII del codice penale relativo ai delitti dei pubblici ufficiali contro la fede pubblica.

5. La parziale presa di posizione relativamente alla natura giuridica della sentenza di fallimento ed all'efficacia della declaratoria fallimentare nel giudizio penale

Luci ed ombre sembrano irradiarsi attorno alla parte del disegno di legge delega inerente ad un altro aspetto essenziale del diritto penale delle procedure concorsuali, vale a dire quello della *natura giuridica e dell'efficacia della sentenza di fallimento* nel processo penale.

Mentre, per un verso, da una prima lettura della lett. o) sembra trasparire in modo sufficientemente nitido l'intenzione legislativa di voler recepire l'orientamento dottrinario dominan-

²² Sul punto cfr. N. PISANI, *Profili penalistici del Testo Unico sulla salute e sicurezza sui luoghi di lavoro. Il commento*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 837.

te²³ e di qualificare la sentenza di fallimento, anziché, impropriamente, quale evento naturalistico del reato, come mera *condizione obiettiva di punibilità di tipo estrinseco*, e di voler ancorare il momento consumativo dei reati fallimentari, invece che al momento *precedens* del compimento degli atti antidoverosi da parte dell'imprenditore, proprio a quello successivo della declaratoria fallimentare. D'altro canto, invece, il d.d.l. non sembra disporre nulla circa l'altro aspetto problematico, quello *dell'efficacia* più o meno vincolante della sentenza declaratoria di fallimento all'interno del procedimento penale.

Com'è noto, infatti, se, per un verso, è indiscutibile che questa costituisca un presupposto indefettibile dei delitti di bancarotta fraudolenta, per altro verso, però, non è ben chiaro se essa sia o meno *sindacabile* da parte del giudice penale e, soprattutto, se siano o meno sindacabili i suoi *presupposti soggettivi* inerenti alle condizioni previste dal novellato art. 1 legge fall. per la fallibilità dell'imprenditore.

La questione è stata di recente (solo in apparenza) risolta da una importante, e molto controversa, pronuncia delle Sezioni Unite penali della Suprema Corte del 2008 che ha cercato di porre fine alle discrasie interpretative emerse nelle Sezioni semplici e nei tribunali di merito, attribuendo alla stessa natura *pregiudiziale* ed affermando il principio della sua assoluta insindacabilità da parte del giudice penale, sia per quanto concerne il suo contenuto (vale a dire, lo stato di insolvenza e la

²³ A sostegno della tesi che considera la sentenza di fallimento come condizione obiettiva di punibilità si rinvia a F. ANTOLISEI, *Manuale*, cit., 53; E. AMATI-N. MAZZACUVA, *Diritto penale dell'economia*, Padova, 2010, 272; G. PERDONÒ, *Fatti plurimi di bancarotta: unità o pluralità di reati?*, in *Riv. giur. mer.*, 2006, 2457 ss.; ID., *I reati fallimentari*, cit., 351 ss.; ID., *Fatti di bancarotta e declaratoria di fallimento: dal problematico inquadramento dogmatico ad una proposta de iure condendo*, in A. MANNA (a cura di), *Diritto e impresa*, cit., 327 ss.; C. PEDRAZZI, *Reati fallimentari*, in C. PEDRAZZI-A. ALESSANDRI-L. FOFFANI-S. SEMINARA-G. SPAGNOLO, *Manuale di diritto penale dell'impresa. Parte generale e reati fallimentari*, Bologna, 2003, 106 ss.; G. CASAROLI, in A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, II ed., Padova, 2009, 1185; E.M. AMBROSETTI, *I reati fallimentari*, cit., 243 ss.; C. SANTORIELLO, *I reati di bancarotta*, Torino, 2000, 27.

declaratoria di fallimento), sia per quanto concerne il suo presupposto soggettivo, vale a dire la qualifica personale di imprenditore non piccolo e, dunque, fallibile²⁴.

In realtà, a ben vedere, tale conclusione non appare condivisibile e risulta ben più ragionevole quella opposta sostenuta prima della pronuncia di tale sentenza dalla giurisprudenza di legittimità nettamente maggioritaria e, anche dopo questa decisione, dalla dottrina pressoché unanime.

Il delitto di bancarotta è, infatti, un reato proprio che può essere commesso, in caso di impresa individuale, esclusivamente dall'imprenditore commerciale considerato non piccolo ai sensi dell'art. 1 legge fall. che sia dichiarato fallito. Questo vuol dire che la qualifica soggettiva di imprenditore commerciale contribuisce a definirne e circoscriverne il novero dei potenziali soggetti attivi e che, pertanto, costituisce un elemento costitutivo fondamentale di tale fattispecie incriminatrice il cui accertamento deve competere, senza dubbio, al giudice penale. Il giudice penale dovrebbe, cioè, essere tenuto a valutare *ex novo* ed in modo autonomo rispetto alla sentenza di fallimento l'effettiva sussistenza della qualifica di imprenditore commerciale non piccolo dell'imputato, costituendo essa un esplicito requisito "di essenza" della fattispecie incriminatrice di bancarotta.

Com'è stato incisivamente notato dalla dottrina, il vincolo imposto dalla sentenza dichiarativa di fallimento non deve esonerare il giudice penale da tale potere-dovere di accertamento della qualifica soggettiva di imprenditore commerciale non pic-

²⁴ In tal senso Cass., Sez. Un., 15 maggio 2008, n. 19601, cit.; sul punto cfr. A. SCARCELLA, *Reati di bancarotta e (in)sindacabilità in sede penale della sentenza dichiarativa di fallimento*, cit., 488 ss.; E.M. AMBROSETTI, *I riflessi penalistici derivanti dalla modifica della nozione di piccolo imprenditore nella legge fallimentare al vaglio delle Sezioni Unite*, cit., 3608 ss.; F. ANTOLISEI, *Manuale*, cit., 70 ss.; G. CHIARAVIGLIO, *L'oscillante definizione di imprenditore fallibile e la configurabilità del delitto di bancarotta*, cit., 74 ss.; F. CERQUA, *La modifica della definizione di "piccolo imprenditore": le Sezioni Unite ritengono ingiustificata l'applicazione dell'art. 2 c.p.*, cit., 827 ss. Più in generale, sulle diatribe circa l'efficacia vincolante della sentenza dichiarativa di fallimento, cfr., tra i tanti, E.M. AMBROSETTI, *I reati fallimentari*, cit., 247 ss.; E. AMATI-N. MAZZACUVA, *Diritto penale dell'economia*, cit., 266 ss.

colo dell'imputato, dal momento che il provvedimento del tribunale civile fotografa la situazione del momento, mentre ai fini penali la qualifica deve risalire al tempo, non necessariamente prossimo, delle condotte tipiche²⁵.

Peraltro, questa soluzione appare anche l'unica in sintonia con l'attuale disciplina dettata dagli artt. 2 e 3 del codice di rito in materia di questioni pregiudiziali, dal momento che la declaratoria fallimentare non è espressamente annoverata nell'elenco tassativo dell'art. 3 c.p.p. delle questioni pregiudiziali vincolanti per il giudice penale e ben può essere, quindi, oggetto ai sensi della regola generale scandita nel precedente art. 2 c.p.p. di autonoma (ed incidentale) cognizione da parte del giudice penale.

In sintesi, si ritiene che una presa di posizione esplicita sul punto da parte del disegno di legge delega in esame sia oltremodo opportuna, per poter porre fine una volta e per tutte alle suddette discrasie interpretative.

6. *La bancarotta fraudolenta impropria: verso quale riforma?*

Qualche perplessità desta anche la parte del d.d.l. destinata a disciplinare la bancarotta fraudolenta impropria dal momento che, da una sua lettura in combinato disposto con la relazione ministeriale illustrativa del d.d.l., emerge al suo interno una palese discrepanza: mentre, da un lato, nella relazione si annuncia una opzione politico-criminale di un segno, dall'altro, nell'art. 2, comma 4, lett. *d*), n. 2 del testo, paradossalmente, se ne descrive una di segno radicalmente opposto²⁶.

²⁵ Così C. PEDRAZZI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, in *Commentario Scialoja-Branca, Legge fallimentare*, a cura di F. Galgano, *sub* art. 216, Bologna, 1995, 40 ss.

²⁶ Analizza criticamente la disciplina dettata dal ddl in materia di bancarotta societaria M.N. MASULLO, *Bancarotta impropria e reati societari: prospettive di riforma*, 12 ss. del dattiloscritto.

Ed infatti, confrontando le due parti del d.d.l., quella illustrativa e quella descrittiva, ci si rende conto che la relazione esplicativa si limita a riproporre la dichiarazione di intenti già formulata sul punto dalla precedente relazione elaborata dalla Commissione Trevisanato, confermando la decisione «di non riproporre la formulazione dell'art. 223, comma 2, n. 1, r.d. 16 marzo 1942, n. 267, di seguito denominato "legge fallimentare", come sostituito dall'art. 4 del d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61: ciò per evitare una sovrapposizione con le fattispecie di causazione intenzionale del dissesto e di causazione dolosa mediante abuso dei poteri e violazione dei doveri da parte degli esponenti societari. Al tempo stesso, la scelta dei fatti costituenti reati societari è caduta sulle condotte dichiarative (artt. 2621, 2622, 2624 e 2638 c.c. ed art. 173-*bis* del T.U. di cui al d.lgs. n. 58/1998) che non hanno generalmente portata causale rispetto al dissesto ma che, se realizzate nella zona di rischio penale, presentano una maggiore potenzialità offensiva»²⁷.

Il testo del d.d.l., al contrario, invece di prevedere una riforma della bancarotta impropria svincolata dai reati societari in sintonia con quanto annunciato nella relazione, contiene una disciplina meno discontinua rispetto a quella vigente di cui all'art. 223 legge fall. e continua ad inserire nella struttura del delitto di bancarotta societaria il controverso requisito della relazione causale tra i reati societari ed il dissesto²⁸.

Anche sul punto si auspica, quindi, un chiarimento da parte del legislatore prima del varo definitivo del testo della legge delega, in modo tale da appianare la odierna sfasatura tra le intenzioni ed i fatti presente nel d.d.l.

²⁷ Sottolinea questa contraddizione tra la relazione ed il testo del d.d.l. M.N. MASULLO, *Bancarotta impropria e reati societari*, cit., 13 del dattiloscritto.

²⁸ Sul punto, anche per ulteriori rilievi critici, si rinvia a M.N. MASULLO, *Bancarotta impropria e reati societari*, cit., 14 ss.

7. *Il mancato chiarimento circa l'elemento psicologico nella bancarotta fraudolenta patrimoniale: dolo generico o dolo specifico?*

Un aspetto che, invece, merita di essere chiarito è quello relativo *all'elemento psicologico* nei delitti di bancarotta fraudolenta patrimoniale (ma anche documentale), dal momento che l'odierna struttura sintattica "disgiunta" utilizzata per descrivere le due modalità realizzative del delitto di cui all'art. 216 legge fall. ha posto più di un problema interpretativo in sede applicativa, non essendo chiaro se il dolo specifico ivi descritto in relazione, apparentemente, alle sole seconde tipologie di comportamento si riferisca, invece, anche alle prime²⁹.

In realtà, proprio per fugare questi dubbi e per restringere il campo di azione di tali figure criminose, potrebbe essere opportuno procedere alla *uniformazione dell'elemento psicologico* per tutte le diverse modalità realizzative dei delitti di bancarotta fraudolenta patrimoniale, richiedendo il *quid pluris* del *dolo specifico* rappresentato dalla finalità di cagionare un danno ingiusto ai creditori non solo per le condotte di esposizione o di riconoscimento di passività inesistenti, ma anche per tutte le altre condotte descritte analiticamente nella prima parte della disposizione incriminatrice, vale a dire la distrazione, la dissipazione, la distruzione e l'occultamento.

È, invero, evidente *l'omogeneità del disvalore* sia di azione, sia di evento, di queste condotte, sicché appare irragionevole la scelta di prevedere per le stesse un elemento psicologico diverso, accontentandosi per le prime del mero dolo generico e richiedendo solo per le seconde il dolo specifico; il disvalore delle condotte sembra, in realtà non presentare tratti distintivi così marcati da legittimare la previsione solo per talune di questa diversa forma del dolo³⁰.

Senza tener conto che la qualificazione dell'elemento psico-

²⁹ In argomento, si vedano *ex multis*, E.M. AMBROSETTI, *I reati fallimentari*, cit., 265 ss.; G. PERDONÒ, *I reati fallimentari*, cit., 369.

³⁰ In questo senso si esprime F. ANTOLISEI, *Manuale*, cit., 131 ss.

logico nei termini del dolo specifico, connotato dalla finalità di pregiudicare i creditori, contribuisce in maniera significativa alla *riduzione dell'ambito di operatività di queste fattispecie* di bancarotta fraudolenta, impedendo di sussumere nelle stesse quelle condotte di gestione avventata dei propri beni compiute dall'imprenditore in un periodo cronologicamente molto distante rispetto all'insorgere dello stato di insolvenza ed alla declaratoria fallimentare.

Ed invece, si deve constatare che la formulazione proposta nella lett. a), n. 1 del delitto di bancarotta fraudolenta patrimoniale non sembra fare luce su tale aspetto; al contrario, sembra riproporre l'ambigua struttura sintattica dell'odierna fattispecie incriminatrice, continuando ad agganciare il fine specifico di arrecare pregiudizio ai creditori unicamente al secondo sottoinsieme di fatti di bancarotta fraudolenta patrimoniale, vale a dire quelli di esposizione o riconoscimento di passività inesistenti.

8. *Le disposizioni superflue*

Sempre a proposito dell'elemento psicologico, appare, invece, una mera *superfetazione* la previsione contenuta nella seconda parte della lett. d), n. 1, in materia di bancarotta fraudolenta impropria, del *dolo alternativo* rappresentato dal *fine di arrecare pregiudizio ai soci*³¹.

I delitti di bancarotta, come tutti i delitti fallimentari, sono, in verità, delitti posti a presidio degli interessi patrimoniali individuali della massa dei creditori e, al più, in un'ottica plurioffensiva che contempera anche aspetti di carattere pubblicistico e meta-individuale, anche dell'interesse collettivo del buon andamento dell'economia pubblica³².

³¹ Analoghe perplessità sono espresse in *Valutazioni sul testo del disegno di legge n. 1741-C, recante 'Delega al Governo per il riordino della legislazione in materia di gestione delle crisi aziendali'*. (Delibera del 20 gennaio 2010), in www.csm.it/documenti%20pdf/Delibera20gennaioSesta.pdf.

³² Sul bene giuridico tutelato da questi delitti si rinvia, tra i tanti, a E.M.

Ma certamente non sono posti a tutela degli interessi dei soci che, al massimo, restano sullo sfondo e risultano già adeguatamente tutelati da altre fattispecie incriminatrici disseminate nell'ambito del parallelo comparto disciplinare del diritto penale societario.

Allo stesso modo, una *superfetazione* appare anche la previsione nella lett. a) di una ulteriore e *nuova figura di bancarotta fraudolenta* patrimoniale propria dell'imprenditore individuale, quella *causativa del dissesto*.

Tale fattispecie, com'è già stato ben osservato nella Relazione presentata dal CSM il 20 gennaio 2010, trova la sua legittimazione nell'ambito della bancarotta impropria societaria per impedire l'abuso dell'ente giuridico da parte delle persone fisiche, ma risulta invero superflua con riferimento all'imprenditore individuale. In tale specifica circostanza, si vuole, difatti, impedire che persone fisiche senza scrupoli, ritenendosi coperte dal velo della personalità giuridica autonoma dell'impresa societaria, danneggino o mettano in pericolo l'interesse dei creditori sociali, senza dover temere l'aggressione al loro patrimonio personale³³.

Al contrario, nel caso dell'imprenditore individuale che è sempre potenzialmente esposto alle pretese risarcitorie dei creditori con tutto il suo patrimonio, e che non può nascondersi dietro alcun velo societario per salvaguardare i propri beni in caso di eventuale fallimento, tale *figura criminis* appare non solo superflua, ma addirittura, sembra costituire uno strumento di "accanimento" sull'impresa individuale.

Senza trascurare, peraltro, che l'aver richiesto sotto il profilo dell'elemento psicologico il *dolo intenzionale* dell'imprenditore individuale finisce con il circoscriverne in maniera eccessiva l'ambito di operatività, rendendo tale fattispecie praticamente insuscettibile di applicazione nella prassi e priva, dunque, di qualsiasi effettività.

AMBROSETTI, *I reati fallimentari*, cit., 218 ss.; G. PERDONÒ, *I reati fallimentari*, cit., 327 ss.; F. ANTOLISEI, *Manuale*, cit., 43 ss.

³³ In questo senso, cfr. *Valutazioni sul testo del disegno di legge n. 1741-C*, cit.

9. *La sostituzione della nozione di beni con quella di patrimonio nella bancarotta fraudolenta patrimoniale: verso la soluzione di un annoso problema?*

Incerto è invece il giudizio circa la decisione di sostituire nella bancarotta patrimoniale la nozione di “*beni dell'imprenditore*” con quella di “*patrimonio che, a norma del codice civile, è destinato al soddisfacimento dei creditori*”.

Non è ben chiaro se questa soluzione, così come sembra *prima facie*, sia realmente in grado di risolvere tutte le incertezze interpretative originate invece dalla vecchia ed, in particolare, quelle relative alla rilevanza penale o meno della distrazione dei beni di provenienza illecita³⁴.

10. *La problematica definizione della “zona di rischio penale”*

Come ancor più incerto è il parere circa l'introduzione nell'ambito dei delitti di bancarotta fraudolenta di una c.d. “*zona di rischio penale*”, volta a delimitare il perimetro di queste fattispecie ai fatti commessi solo in concomitanza o in prossimità dello stato di insolvenza.

Se, da un lato, l'introduzione di uno sbarramento cronologico appare *necessaria* per cercare di restringere la rilevanza penale delle condotte distrattive ai soli fatti commessi in prossimità temporale dello stato di insolvenza e della declaratoria fallimentare e per impedire di estendere, come invece oggi avviene, l'attribuzione di rilevanza penale anche a quelle condotte commesse in un *punctum temporis* ben distante dal verificarsi del dissesto.

Dall'altro lato, però, è estremamente *arduo* individuare in maniera ragionevole tale zona di rischio penale senza eccedere né per eccesso, né per difetto.

³⁴ Su tale specifico profilo si rinvia a App. Reggio Calabria, 13 maggio 2008, con nota critica di A. LANZI, *Sulla rilevanza penale della distrazione fallimentare di beni di provenienza illecita*, in *Fall.*, 2008, 1199 ss.

A tal proposito va operato un opportuno distinguo tra la zona di rischio della bancarotta fraudolenta patrimoniale e quella della bancarotta fraudolenta documentale, dal momento che sono radicalmente diverse le modalità seguite per la loro delimitazione in virtù della diversità dei fatti da esse incriminati.

Invertendo l'ordine espositivo seguito dal d.d.l., conviene allora partire dalla zona di rischio della *bancarotta fraudolenta documentale*, dal momento che l'utilizzo in questa fattispecie di un *parametro cronologico di tipo quantitativo-numeric* sembra non porre particolari dubbi interpretativi ed, anzi, ha l'indiscutibile pregio di allineare la disciplina di questa fattispecie a quella analoga della bancarotta semplice, dove già figura una identica soglia cronologica (tre anni) volta a delimitarne l'ambito di operatività.

La scelta, dunque, di prevedere la rilevanza penale unicamente delle condotte di distruzione ecc. delle scritture contabili obbligatorie e non obbligatorie nei tre anni precedenti il provvedimento di apertura della procedura concorsuale appare ragionevole, ma non può essere mutuata anche per la bancarotta fraudolenta patrimoniale, per la evidente differenza dei fatti oggetto delle due incriminazioni.

In ogni caso, anche questa soluzione non appare immune da osservazioni critiche, come quelle espresse nel menzionato parere del CSM, secondo cui «in base a questa sarebbe esente da pena quell'imprenditore che avesse dissipato l'intero patrimonio dell'impresa fallita ed avesse al contempo distrutto l'intera contabilità (o non l'avesse costituita inizialmente) solo che, negli ultimi tre anni prima dell'apertura della procedura concorsuale, regolarizzasse la contabilità magari dando minuziosamente conto delle più gravi distrazioni patrimoniali consumate o della distruzione della contabilità antecedente al detto triennio. Se si opponesse, a questo rilievo, che l'apertura della procedura concorsuale non è esattamente nella disponibilità dell'imprenditore sarebbe ragionevole osservare che l'esperienza di procedure "*ritardate*" è fin troppo ricca. Secondo la disciplina proposta dal d.d.l. in esame, peraltro, il ritardo costituirebbe ipotesi di bancarotta semplice. Una prospettiva certamente pre-

feribile per l'imprenditore senza scrupoli. Perché il "ritardato fallimento" assuma la caratura della bancarotta fraudolenta (per cagionamento del dissesto) occorre infatti che il ritardo implichi un "aggravio" del dissesto. Ciò che costituisce un *quid pluris* sostanziale rispetto al dato puramente temporale, implicando, ad esempio, un significativo aumento dello stato passivo»³⁵.

Ancor più controversa ed opinabile è la locuzione utilizzata dal d.d.l. per delimitare la zona di rischio penale nella fattispecie di *bancarotta fraudolenta patrimoniale*.

Circoscrivere il perimetro di tale delitto ai soli fatti compiuti «contemporaneamente allo stato di insolvenza, o al concreto pericolo dello stato di insolvenza» sembra, difatti, produrre una eccessiva restrizione dell'area del penalmente rilevante.

Come è stato osservato dal già menzionato parere del CSM, difatti, in questo modo si corre il rischio di lasciare al di fuori del raggio di azione di tale fattispecie fatti sicuramente meritevoli di sanzione penale come, ad esempio, la distrazione quantitativamente rilevante compiuta in un momento antecedente allo stato di insolvenza o al suo concreto pericolo. Ed al contrario, si corre l'opposto pericolo di attrarre nell'orbita del delitto *de quo* fatti magari privi di un significativo connotato offensivo rispetto agli interessi protetti dalle norme incriminatrici come, ad esempio, una modesta distrazione commessa però in concomitanza con lo stato di insolvenza.

Senza trascurare che la seconda parte di tale criterio, quella che fa riferimento al «concreto pericolo dello stato di insolvenza», appare anche *poco precisa e determinata*, delegando in sostanza all'apprezzamento discrezionale del singolo giudice del caso concreto la valutazione dell'esistenza di tale requisito al momento della commissione del fatto da parte dell'imprenditore fallito.

Forse, per ridurre i dubbi ingenerati da questa locuzione, si potrebbe pensare di delimitare l'ambito di questa fattispecie di bancarotta senza fare ricorso ad un parametro di carattere og-

³⁵ Così in *Valutazioni sul testo del disegno di legge n. 1741-C*, cit.

gettivo-cronologico non numerico ed eccessivamente vago come quello poc'anzi richiamato, bensì intervenendo sul suo *elemento psicologico*.

Più precisamente, si potrebbe immaginare di definire la zona di rischio penale richiedendo il *dolo specifico* per tutti i fatti di bancarotta fraudolenta patrimoniale del fine di procurare un ingiusto danno ai creditori.

In tal modo, senza introdurre elementi oggettivi generici e di controversa interpretazione, si riuscirebbe ugualmente a circoscrivere l'ambito di questa fattispecie ai soli fatti commessi dall'imprenditore allo scopo precipuo di danneggiare i creditori, senza attrarvi anche quelli realizzati in momenti cronologicamente molto distanti dal fallimento e senza alcuna specifica finalità di danneggiamento del terzo creditore.

Molto probabilmente, però, la soluzione ideale per cercare di operare nella maniera più nitida possibile questa *actio finium regundorum* delle fattispecie di bancarotta può essere quella che potremmo definire '*mediana*'. Vale a dire, quella che punti ad individuare la zona di rischio penale attraverso il contestuale (e non alternativo) ricorso ai parametri oggettivo e soggettivo ora elencati e, dunque, a prevedere, per un verso, uno sbarramento cronologico con una formula simile a quella utilizzata nel d.d.l. e, per altro verso, un paletto ulteriore rappresentato dal dolo specifico in tutte le differenti forme di manifestazione del reato.

In definitiva, se verranno apportati alcuni opportuni correttivi, soprattutto relativi alle cornici edittali delle principali fattispecie incriminatrici ed alla efficacia vincolante o meno della sentenza declaratoria di fallimento, il presente disegno di legge può certamente costituire una buona base di partenza per poter muovere i primi, importanti passi verso la tanto auspicata riforma razionale ed organica del diritto penale delle procedure concorsuali.

Finito di stampare nel mese di dicembre 2010
nella Stampatre s.r.l. di Torino
Via Bologna, 220

