

IL PUBBLICO MINISTERO NEL FALLIMENTO E NELLE ALTRE PROCEDURE DELLA CRISI D'IMPRESA

*Del difficile equilibrio tra la privatizzazione dell'insolvenza
ed il preminente interesse generale alla tutela del credito e del
risparmio.*

SOMMARIO

Profilo Autore	5
Premessa. Dal segnalatore al garante del mercato sano	6

Parte I

Il P.M. ed il fallimento

Capitolo 1. – La fase prefallimentare

1. L'iniziativa del pubblico ministero: forma, contenuto e notifica della richiesta.....	12
2. Caratteri della richiesta: azione civile sui generis.....	15
3. La legittimazione del pubblico ministero: il quadro normativo.	17
4. Potere ex art. 6 L.F.: generale o casistico?	18
5. Le condizioni dell'iniziativa ex art. 7, n. 1, L.F. : l'insolvenza percepita dal P.M.	23
6. Le condizioni dell'iniziativa ex art. 7, n. 2, L.F. : l'insolvenza segnalata	26
7. L'iniziativa fallimentare del pubblico ministero per “traumi” in seno alla procedura concordataria	30
7.1. Premessa.....	30
7.2. L'inammissibilità del concordato liquidatorio e di quello prenotativo	32
7.3. La revoca dell'ammissione del concordato	33
7.4. Il rigetto dell'omologazione del concordato	35
7.5. L'annullamento e la risoluzione del concordato omologato	35

7.6. La richiesta di fallimento in estensione	37
8. Le indagini e l'onere della prova del P.M.	38
9. La competenza territoriale	46
10. La richiesta di fallimento in pendenza di procedura di concordato	49

Capitolo 2. - La Fase istruttoria

1. Il P.M. attore	54
2. L'intervento facoltativo del P.M.	55
3. Le forme dell'intervento del P.M.	57
4. I provvedimenti cautelari e conservativi	58

Capitolo 3. - La Fase decisoria e le impugnazioni

1. Reclamo avverso la sentenza dichiarativa del fallimento ...	61
2. Reclamo avverso il decreto di rigetto dell'istanza.....	64

Capitolo 4. - La Fase liquidatoria

1. In generale	66
2. I rapporti informativi del curatore fallimentare.	66
2.1. Le tipologie, contenuti e termini delle relazioni del curatore: relazione particolareggiata, relazione sommaria, rapporti riepilogativi.....	67
2.2. La segretazione delle relazioni.....	68
2.3. Il valore probatorio penale delle relazioni e delle dichiarazioni rese al curatore ed al giudice delegato	69
3. L'esdebitazione.	72

Parte II

Il P.M. ed il concordato preventivo

Capitolo 1. - L'intervento del pubblico ministero

1. Il quadro normativo: la "necessità" di un intervento eventuale	74
2. Casi di intervento del P.M. per interesse pubblico	75
2.1. Le verifiche in merito alla consumazione di reati	75
2.1.1. I reati "tipici" del concordato preventivo	75
2.1.2. Le esenzioni previste dall'art. 217 <i>bis</i> L.F. e gli spazi di configurabilità dei reati di bancarotta ...	76
2.1.3. L'esenzione <i>ex art. 69-septiesdecies</i> del d.lgs. n. 385/1993. Cenni	81
2.2. Le verifiche in merito alle situazioni <i>ex art. 173</i> ,	

comma 1, L.F.: gli atti in frode antecedenti.	82
2.3. Le verifiche in merito alle situazioni <i>ex art.</i> 173,	
comma 3, L.F.: gli atti in frode successivi.	85
3. Le forme dell'intervento eventuale del P.M.	88
4. I rapporti del pubblico ministero con il commissario	
giudiziale: le verifiche, l'inventario, la relazione <i>ex art.</i>	
172 L.F. e la comunicazione <i>ex art.</i> 165, comma 5, L.F. ...	88

Parte III

Il P.M. e gli accordi di ristrutturazione dei debiti

Capitolo 1. - La scoperta di un ruolo inedito

1. Il quadro normativo	92
2. La natura dell'istituto	94
3. Il giudizio di omologa.....	95
4. Il ruolo del P.M.	97
4.1. La conoscenza della pendenza dei ricorsi <i>ex art.</i> 182	
<i>bis</i> L.F.	98
4.2. L'opposizione all'omologa.	98
4.3. Reclamo e richiesta di fallimento dopo l'omologa.	99
4.4. Mancata omologa.....	99
5. I reati fallimentari collegati all'omologa dell'accordo di	
ristrutturazione.	99

Parte IV

Prospettive di riforma e conclusioni. Cenni .	101
--	------------

www.osservatorio-oci.org

Profilo Autore.

Fabio DI VIZIO, *magistrato componente della Struttura della Formazione Territoriale Decentrata del Distretto di Firenze, Scuola Superiore della Magistratura.*

Relazione al “Corso di perfezionamento *“Il nuovo diritto fallimentare”*, XI edizione 2016-2017
«*Le soluzioni negoziali della crisi d'impresa fra presente e futuro, buone e cattive prassi, indicazioni tecniche, riflessioni sulle norme che verranno.*».

Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Firenze
Firenze, 23 febbraio 2017.

www.osservatorio-oci.org

IL PUBBLICO MINISTERO NEL FALLIMENTO E NELLE ALTRE PROCEDURE DI COMPOSIZIONE DELLA CRISI D'IMPRESA

Del difficile equilibrio tra la privatizzazione dell'insolvenza ed il preminente interesse generale alla tutela del credito e del risparmio.

Premessa. Dal “segnalatore” al garante del mercato sano

L'**insolvenza** costituisce fenomeno di innegabile **interesse pubblico**, com'è avvalorato dagli **effetti economici** e dalle **conseguenze giuridiche** che l'accompagnano, ragioni primarie dell'attenzione del pubblico ministero verso tale realtà.

Sotto il *primo profilo*, l'incapacità di adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni non corrisponde pressoché mai a vicenda esclusivamente privata dell'impresa decotta e dei suoi sventurati creditori. Infatti, lampante è l'irresistibile **propagazione dell'influenza economica** sulla condizione dei soggetti diversi ed ulteriori rispetto a quelli direttamente coinvolti nell'infelice relazione duale di debito-credito. Componenti dell'attivo che si svalutano o si dissolvono, specie se per valori consistenti, per legge di rappresentazione e ragioni di sostanza, finiscono inevitabilmente per disperdere garanzie e risorse economiche in seno agli stessi creditori del titolare originario; e così via. Offre dolente conferma di ciò l'esperienza maturata in alcune recenti crisi bancarie, la cui regolazione si orienta, in termini decisi, verso un approccio preventivo e si organizza, non senza contrasti, sulla compartecipazione del sacrificio privato¹, nelle diverse “declinazioni” del *bail in* e del *burden sharing*; termini d'improvviso entrati nel lessico comune e, dalla fine del 2014, oggetto della preoccupazione di numerosi risparmiatori ed investitori. Nondimeno, anche dai più significativi dissesti finanziari imprenditoriali si è tratta intensa consapevolezza delle interconnessioni economiche tra debitori insolventi e creditori incapienti, istituzionali o privati che siano, con la difficoltà di distinguere, da ultimo, la condizione dei primi rispetto a quella dei secondi.

Non che l'insuccesso privato sia insensato o necessariamente funesto in un'economia di mercato che, in quanto tale, dovrebbe contemplarlo quale esito possibile dell'impresa economica. Ciò è particolarmente vero se si tiene a mente l'imponente traslazione, per lo più nascosta, sui contribuenti “incolpevoli” dei costi sociali per procrastinare, camuffare e cercare di rimediare le perdite irrimediabili riferibili a responsabilità individuali quasi mai dichiarate. Anche la disfatta imprenditoriale, dunque, può rappresentare fattore di rigenerazione economica, quale premessa di nuove opportunità di intrapresa per chi risulti animato da spirito di iniziativa e sostenuto da competenze che, nella creazione dello spazio originale o nella completa esdebitazione, trovano occasione d'espressione.

Piuttosto, sia pure in termini di approssimazione, l'ordinamento mira a garantire che il fallimento imprenditoriale non sia frutto dell'altrui slealtà informativa o gestoria

¹ Al ricorrere dei relativi presupposti, il **carattere obbligatorio del bail-in**, con imputazione delle perdite, anzitutto, in capo agli azionisti ed ai creditori dell'ente in dissesto o in pericolo di dissesto (*failing or likely to fail*) attraverso la diluizione o annientamento coattivo della partecipazione o dei titoli subordinati, è divenuto **caposaldo del nuovo sistema**. Il dovere degli azionisti e dei creditori subordinati di contribuire agli oneri della ristrutturazione degli intermediari in dissesto condividendo il peso della loro ricapitalizzazione (*burden sharing*), con priorità rispetto a qualsiasi aiuto di Stato, si pone in linea di coerente sviluppo rispetto al *rifiuto di perpetuare salvataggi quali “regali pubblici”*, operati senza sacrificio alcuno né da parte di coloro che avevano determinato il dissesto né di quelli che avevano investito in enti “speciali” sostenuti dalla solida aspettativa di conseguire, “in ogni caso”, soddisfacenti rendimenti, senza interrogarsi sulla gestione dei primi né dolersi dell'impotenza in cui erano costretti.

espressasi nella celata ed irresponsabile depressione della garanzia patrimoniale da parte di chi, dopo aver beneficiato delle opportunità del mercato, aspiri ad avvantaggiarsi della soluzione negoziale della crisi senza rispettarne lealmente le regole di ingaggio verso i creditori, pubblici e privati.

Come si anticipava, il *secondo ordine* di interessi del pubblico ministero verso l'insolvenza ha **natura** strettamente **giuridica**. L'esistenza di tale situazione, infatti, influisce sul vaglio di liceità dei comportamenti dell'imprenditore. Se nel contesto dell'impresa *in bonis* i principi dell'autonomia privata, della libertà gestionale e della emancipata disponibilità dei beni da parte dell'imprenditore predominano nell'apprezzamento giuridico dei contegni, per l'impresa *in stato pre-fallimentare* la medesima valutazione è incisa dalla situazione precaria dell'impresa e della sua potenziale dissolvenza. In particolare, iniziative altrimenti legittime possono assumere, per il modo in cui sono attuate, il carattere dell'illiceità, in ragione dei riflessi negativi sugli interessi del ceto creditorio. Lo stato di crisi riduce l'ampia libertà riconosciuta ai gestori dell'impresa sana, i quali, oltre a dover agire con prudenza aggiuntiva, nel momento in cui cercano di risolverla, devono tenere conto della particolare condizione in cui operano, delle "opportunità" offerte dall'ordinamento e comunque astenersi da comportamenti connotati da impatto negativo sui diritti dei creditori. Ad essergli precluse, in particolare, sono la nascosta diminuzione della garanzia patrimoniale dell'impresa e l'attuazione di politiche discriminatorie tra coloro che hanno aspettative su di essa. Si tratta di una distinzione nella quale il pubblico ministero deve allenare una particolare sensibilità, frutto di analisi non superficiale, resa possibile solo da una **presenza sveglia** in seno alle procedure della crisi. La loro stessa premessa, infatti, vale a dire lo stato di crisi, ha contenuti ossimorici (essendo situazione naturalmente in evoluzione) e profili valutativi assai discrezionali che lo rendono difficilmente sindacabile in sede giurisdizionale².

Occorre riconoscere, dunque, che il ruolo del pubblico ministero nel settore della crisi d'impresa e delle sue procedure vive una **stagione complessa**, che non manca di proporre sfide originali, causa esse stesse di non poche *crisi di identità* e di *tensioni dialettiche* con i protagonisti consueti della gestione dell'insolvenza o delle sue anticipazioni. La definizione del suo ruolo, specie nella procedura prefallimentare ed in quelle minori, implica la soluzione di continui interrogativi sulle forme con le quali occorre comporre adeguatamente il rapporto tra funzioni pubbliche ed autonomia privata alla luce della disciplina concorsuale riformata. Quest'ultima ha complessivamente ridotto il carattere pubblicistico della gestione delle procedure concorsuali ma non ha disconosciuto (né avrebbe potuto né potrebbe farlo) la rilevanza, anche, pubblica dell'insolvenza e ancor prima dello stato di crisi. Venuto meno l'impulso officioso, «*la riduzione della possibilità di pervenire alla dichiarazione di fallimento quale conseguenza di una eccessiva limitazione dell'ambito della legittimazione dell'organo pubblico rischia di ridurre la competitività del sistema, emarginando i creditori meno informati dalla gestione della crisi. È in questa prospettiva che diviene centrale il ruolo del P.M., unico soggetto sopravvissuto che possa farsi portatore del pubblico interesse nell'ambito delle procedure di accertamento e soluzione dell'insolvenza*»³.

² Cfr. PRESTI, *Stato di crisi e stato di insolvenza*, in CAGNASSO- L. PANZANI (a cura di) *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, UTET, 2016, p. 399 e ss. L'Autore ben chiarisce il **carattere non esaustivo delle definizioni dello stato di crisi** sinora emerse in seno alla riflessione dottrinale, come il difetto di contenuti autentici nei rari riferimenti normativi, anche comparativi, pervenendo alla conclusione che non sia possibile fissare un confine con lo *stato di non crisi*, ammettendo solo un *confine superiore* con l'insolvenza, nozione riservata all'incapacità attuale e concreta di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni e, in quanto dimostrabile, conosciuta all'esterno dell'impresa. Per l'introduzione di una definizione dello stato di crisi «*intesa come probabilità di futura insolvenza, anche tenendo conto delle elaborazioni della scienza aziendalistica*», cfr. **art. 2 DDL 2681 S** relativo alla «*Delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza*».

³ In tal senso cfr. MACAGNO, *La Suprema Corte apre nuovi orizzonti all'iniziativa del Pubblico ministero*, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2/2015, 191. L'autore rimarca come la volontà del legislatore storico di affidare al pubblico ministero una funzione di contrappeso rispetto alla soppressione dei poteri officiosi del tribunale è dichiarata nella

Volendo introdurre qualche **sistemazione dogmatica del ruolo** affidato al pubblico ministero può forse cominciarsi con il dire ciò che l'organo pubblico **non può** (più) **essere**. E' certo che il pubblico ministero **non** possa più rivestire il ruolo di **ospite agonico**⁴ o **sconosciuto**⁵ delle procedure della crisi e nemmeno quello di **visitatore tollerato** od **in disparte**, vittima dell'interesse "maniacale" per la verifica dell'esistenza dei reati eventualmente consumati prima, durante, attraverso e dopo la procedura concorsuale o l'apparente composizione della crisi. Quantunque l'insolvenza e la crisi, merita non tacerlo, siano terreni non inconsueti di coltura di condotte criminali e la scoperta di esse non dovrebbe essere vissuta quale impaccio alla definizione delle intese negoziali, specie quelle al ribasso, quanto, piuttosto, seria salvaguardia della loro stabilità e prospettiva di autentico successo. Cosicché, al fondo, considerare il pubblico ministero un *intruso* nelle procedure della crisi finisce per rivelare, in ultimo, una preoccupante difficoltà di concepire equilibri sostenibili tra legalità e praticabilità economica.

Senza essere organo di alcuna delle procedure concorsuali o negoziali, il pubblico ministero è divenuto **potenziale controllore** di ciascuna di esse, pur quelle più spinte sotto il profilo della regolamentazione privata della prevenzione e della gestione dell'insolvenza. Anzi, questo è il suo *ruolo più moderno* in ragione della *originale direzione assunta dalla disciplina di settore*. Venuto meno il potere officioso del giudice di dichiarare il fallimento e confinato il controllo giudiziale entro i limiti non nitidi della fattibilità giuridica⁶ rispetto al concordato preventivo o della regolarità procedimentale in relazione all'accordo di ristrutturazione, le possibilità di interlocuzione e di indagine del pubblico ministero rappresentano il segno tangibile dell'esistenza di una **clausola di salvaguardia** (ove non si voglia parlare di *riserva mentale*) nel processo di privatizzazione della crisi, a *tutela dei creditori emarginati e meno informati*. Si pensi, emblematicamente, alle circostanze elencate nel primo comma dell'art. 173 legge fall. che giustificano senz'altro la partecipazione del pubblico ministero alla procedura di concordato preventivo: la *fedele rappresentazione* della situazione economico-patrimoniale del debitore e la *corretta informazione* ai creditori – soprattutto in una procedura concorsuale basata sul principio di maggioranza, per cui la proposta, ove approvata, è vincolante anche per i creditori dissenzienti – costituiscono, infatti, esigenze di rilevanza pubblicistica che vanno sempre tutelate, perché su di esse si fonda prevalentemente il giudizio di convenienza dei creditori mentre la possibile natura penalistica dei comportamenti che le espongono a pericolo persuade del fatto che tale salvaguardia non possa essere affidata soltanto alle parti. **Funzione** ineliminabile del pubblico ministero è, dunque, quella di garantire l'interesse pubblico alla corretta ed informata composizione, anche negoziale, delle diverse pretese e dei diritti dei soggetti coinvolti nel dissesto, ambito intrinsecamente conflittuale, nel quale un sistema di regolamentazione esclusivamente privatistico risulterebbe inefficiente⁷. A tal fine,

Relazione illustrativa alla riforma del 2006, seppure con riferimento all'ipotesi d'insolvenza emersa nell'ambito di un procedimento civile; cfr. FILIPPI, *Art. 7*, in M. Ferro (a cura di), *La legge fallimentare*, Commentario teorico pratico, Padova, 2014, 127.

⁴ Cfr. CIPRIANI, *L'agonia del pubblico ministero nel processo civile*, in *Foro it.*, 1993.

⁵ Cfr. PACILEO, *Il pubblico ministero nel processo civile*, Cass. pen., fasc.10, 2006, pag. 3411B.

⁶ Per un'interessante posizione critica cfr. Corte di Appello di Firenze, est. Riccucci, Sentenza n. 2023/2016 pubblicata il 06/12/2016, reperibile all'indirizzo www.ilcaso.it. Per un'analisi degli **effetti sul controllo del tribunale a seguito delle modifiche del 2015 rispetto alle soglie di accesso al concordato liquidatorio** (art. 160, ult. comma, Legge fall.) **ed alle percentuali di pagamento dei creditori chirografari ostative alla presentazione di proposte concorrenti dei terzi** (cioè il 30% nell'ipotesi dei concordati con continuità aziendale ed il 40% nei concordati liquidatori ex art. 163, comma 5, legge fall.) cfr. BROGI, *La procedura di concordato preventivo: i nuovi poteri di verifica del Tribunale sulla proposta e sulla fattibilità del piano*, reperibile all'indirizzo <http://www.osservatorio-oci.org>, gennaio 2017; cfr. ancora BROGI, *ult. op. cit.*, sulle **problematiche dell'attribuzione de iure condendo di un sindacato giurisdizionale anche sulla fattibilità economica** (art. 6, co. 1, lett. f, d.d.l. n. 3671-bis), con particolare riferimento alle esigenze di certezza, rapidità e uniformità applicativa in materia - la regolazione della crisi di impresa - decisiva per il corretto funzionamento del sistema economico.

⁷ MINUTOLI, *Riflessioni sul potere di azione del Pubblico ministero tra vecchia e nuova legge fallimentare*, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2006, 1197.

l'organo pubblico si trova richiesto di interpretare ruoli di **variegato impegno processuale**, non sempre presenti nella sua esperienza professionale, quali quello del richiedente, dell'interveniente volontario o del destinatario di comunicazioni ex artt. 15, 17, 33, 161, comma 5, 165 legge fallimentare.

In questa sfida il pubblico ministero è richiesto di solida capacità di assolvere **impegni**, in parte significativa, **eterogenei** rispetto a quelli consueti e di **contenuto variabile** in base alle **differenti procedure concorsuali**. Se in seno alla *procedura fallimentare* più accentuata è l'attenzione verso i contenuti della rappresentazione delle vicende imprenditoriali del fallito in relazione *alla verifica dell'integrazione di fattispecie penali*, nelle altre procedure della crisi a soluzione maggioritaria appare più spiccato il ruolo di *garante della fedeltà informativa e del meritevole accesso ad esse* in relazione ai collegati effetti, sostanzialmente, esdebitatori. Il basamento di esse, infatti, riposa sulla lealtà della *disclosure* e sulla correttezza della gestione della garanzia patrimoniale. Con altre parole, «*se è il mercato, insomma, che deve operare anche nelle situazioni di crisi, deve essere un **mercato sano**: dove l'imprenditore può ricercare il consenso a maggioranza dei creditori per risolvere la crisi, ma di converso le informazioni necessarie e utili circolano adeguatamente e il principio di maggioranza funziona sul rigoroso presupposto di omogeneità delle situazioni sottostanti*»⁸.

Può dirsi così che, dopo il processo di intensa privatizzazione del diritto societario e le poderose aperture verso la gestione negoziale della crisi degli anni 2000, non senza qualche sorpresa, **l'intero baricentro pubblico della funzione protettiva del mercato** si è oggi spostato in capo al pubblico ministero, potenziato *nel ruolo di controllore* dell'insolvenza e più in generale *della crisi*. Situazione affatto sconfessata dalle tendenze di riforma attualmente in discussione in sede parlamentare, decisamente favorevoli all'estensione del suo potere d'iniziativa in presenza della situazione insolvenza (cfr. Parte IV).

Per evitare di sfuggire tale impegno con l'inerzia, lo sforzo più intenso che sembra delinearci a carico del pubblico ministero è quello di **organizzare la competente conoscenza delle ragioni della crisi economica**⁹. Al netto di eccezioni, infatti, non di rado essa è anche **crisi di legalità ed esperienza di infedeltà dolosa verso le ragioni dei creditori**. Una tale realtà non può vedere largamente estraneo l'organo pubblico cui l'art. 73 dell'ordinamento giudiziario affida *la vigilanza sul rispetto della legge*. Secondo approccio realistico occorrerà considerare che non tutto può essere atteso dalle capacità indagatrici del **giudice**, trattenute dall'attuale assetto del sistema dei

⁸ In tal senso PRESTI, *Stato di crisi e stato di insolvenza*, in *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, op. cit., p. 399 e ss. L'Autore muove dalla considerazione che il problema della **definizione dello stato di crisi** e del presupposto minimo per accedere al concordato preventivo o all'accordo di ristrutturazione ex art.182 bis legge fall. ha **natura quasi irrisolvibile** ed altera la reale prospettiva d'interesse. Più che cercare di riempire di contenuto una nozione evanescente come quella del minimo indispensabile per integrare la fattispecie dello stato di crisi, la **tutela nei confronti dell'abuso dell'istituto concordatario** andrebbe perseguita approfondendo altri aspetti, ovvero «*quelli volti: a) ad assicurare una completa e affidabile base informativa ai creditori che devono votare: e in questo senso la nostra nuova legge può ritenersi adeguata; b) a evitare che la votazione sia inquinata da soggetti in conflitto di interessi che possano coalizzarsi con il debitore per offrirgli un'ingiustificata possibilità di "sconto" su alcune delle sue obbligazioni*». Nella realtà giurisprudenziale, osserva l'Autore, mentre «alta è la sensibilità sulla completezza e adeguatezza dell'informazione che deve essere messa a disposizione dei creditori votanti (per tutte, v. Cass. 23.6.2011, n. 13817, in Foro it., 2011, I, 2308), assai ridotta è la consapevolezza della rilevanza dell'omogeneità delle situazioni sostanziali affinché possa operare correttamente il principio maggioritario (cfr. Cass. 10.2.2011, n. 3274, in Giur. comm., 2012, II, 276)».

⁹ FILIPPI (Contrasti su ... poteri dei creditori e ruolo del pubblico ministero, in *Giurisprudenza di Merito*, fasc.6, 2009, pag. 1568) osserva in proposito: «*In sostanza il comma 2 dell'art. 7 l. fall. aggiunge una competenza non di poco conto in materia civile agli uffici di procura, tale nuovo compito dovrebbe comportare una conseguente **organizzazione ed assegnazione anche tabellare e di tipo specialistico nella materia dell'insolvenza**. Se da un lato la riforma dell'art. 6 l. fall. incoraggia un'istruttoria sull'insolvenza commerciale destinata a sfociare solo in via eventuale in procedura fallimentare potendo la parte ricorrente (o le parti ricorrenti) determinare la chiusura del processo prefallimentare secondo scelte insindacabili, è vero pure che, in questo ambito di dialettica circoscritta alle parti private, l'estensione della legittimazione del pubblico ministero alla richiesta di dichiarazione di fallimento, riporta l'insolvenza in alveo pubblicistico e per effetto dell'intervento del pubblico ministero, sottrae la dichiarazione alla disponibilità delle parti, seppure con un meccanismo articolato e ritardante. L'insolvenza dell'imprenditore commerciale riassume così, attraverso l'art. 7 l. fall., i connotati di rilevanza pubblica*».

controlli. Né la garanzia può provenire solo dal contributo di assistenza e di attestazione del **ceto professionale**, variamente impegnato nel successo di procedure il cui dissolvimento, in caso di riconosciuto ricorso abusivo o anche solo improvvido ad esse, può rischiare di travolgerne pure le correlative aspettative di pre-deduzione ex art. 111, comma 2, legge fallimentare¹⁰: ragione che pesa non poco nei contegni informativi di conservazione di alcune delle procedure più spregiudicate.

Quale che sia la terapia preferita per l'insolvenza o lo stato di crisi, antibiotica o chirurgica - ovvero sia che si ritenga preferibile mantenere il soggetto inserito nel corpo economico e difenderne gli attivi sia che si assuma utile espellerlo e liquidarne le risorse – sia che si opti per la procedura di allerta, di prevenzione e di gestione, più o meno innovativa o classica, per consentire un'emersione tempestiva e limitare la pernicioso diffusione degli effetti economici, si dovrà convenire con l'osservazione che il pubblico ministero resta il **principale strumento di allerta** di cui, allo stato, il mercato dispone. Ed in ogni caso, venuto meno il potere officioso del tribunale, il **solo soggetto** pienamente **indipendente**, in quanto esterno all'imprenditore e autenticamente sottratto alla sfera delle sue influenze¹¹.

¹⁰ COSENTINO, *I crediti prededucibili nel concordato preventivo*, in Il diritto degli affari.it, 20 ottobre 2014, osserva al riguardo: «Un punto deve essere tenuto fermo. Poiché non è sostenibile che la prestazione professionale abbia ad oggetto la presentazione di concordati palesemente non fattibili o addirittura inammissibili, destinati ad avere funzione meramente dilatoria del fallimento o addirittura a offrire la veste giuridica e processuale di vere e proprie frodi ai creditori, occorrerà **grande attenzione e sensibilità degli organi della procedura nell'eccepire, ai sensi dell'art. 1218 e 1460 c.c., l'inadempimento o l'inesatto adempimento del professionista** (avvocato, commercialista di fiducia, attestatore o perito che sia) **nel confezionamento di concordati, in definitiva, sprovvisti del necessario profilo causale** (identificato nella idoneità a regolare la crisi offrendo ai creditori un sia pure parziale ma minimamente apprezzabile soddisfacimento, alla stregua di Cass., sez. un., sentenza n. 1521 del 23/01/2013), **ovvero nel confezionamento di attestazioni, perizie, piani carenti, reticenti se non falsi, comunque non corrispondenti al modello legale idoneo allo scopo della piena, veridica e completa informazione dei creditori**. In ultima analisi, alcune ipotesi di ricorso abusivo o anche solo improvvido alla procedura concordataria, paiono presentare profili di non corretta esecuzione della prestazione professionale che il curatore del successivo fallimento non dovrebbe mancare di rilevare, negando tout court l'ammissione al passivo del credito». In relazione al rigetto dell'opposizione allo stato passivo del fallimento proposta dal legale per ottenere l'ammissione in prededuzione del proprio credito per prestazioni professionali, svolte per la consulenza extragiudiziale e per l'assistenza del debitore nell'ambito di una procedura di concordato preventivo, incluso un subprocedimento ex art. 173 legge fall. e in occasione della sua reiterazione, a seguito di rinuncia alla prima domanda, cfr. Cass. Sez. 1, Sentenza n. 7166 del 2012, est. Barnabai, Confermando il giudizio del tribunale circa l'inutilità dell'opera intellettuale per la massa dei creditori, prestata in condizioni che sin dall'inizio non consentivano alcun plausibile salvataggio dell'impresa, destinata al fallimento, la Corte di legittimità ha affermato: «È del tutto evidente che il rigetto della domanda in ordine al predetto credito è implicito e la sua motivazione assorbita da quella della specifica reiezione dell'istanza di ammissione del credito per onorari relativi sia al subprocedimento L. Fall., ex art.173, promosso per atti di frode compiuti in occasione proprio della presentazione di domanda di concordato preventivo, sia per assistenza professionale prestata per la stesura della seconda proposta di concordato preventivo, dichiarato poi inammissibile». Tale è il rilievo del tema, del resto, che corrisponde a **principio generale della riforma** organica della disciplina delle procedure concorsuali (art. 2, comma 1, lett. 1, DDL n. 2681 S cit.), «ridurre la durata e i costi delle procedure concorsuali, anche attraverso misure di responsabilizzazione degli organi di gestione e di **contenimento delle ipotesi di prededuzione**, con riguardo altresì ai compensi dei professionisti, al fine di evitare che il pagamento dei crediti prededucibili assorba in misura rilevante l'attivo delle procedure».

¹¹ Sull'impianto delle procedure di allerta e di composizione assistita della crisi, concepite a favore dell'imprenditore per la riorganizzazione precoce dell'attività e delle relazioni di debito, nel progetto di legge delega A.C. n. 3671 del 11 marzo 2016 che le affianca alle comuni procedure concorsuali cfr. FERRO, *Misure di allerta e composizione assistita delle crisi*, in Fallimento, 2016, 10, 1032. Per le conseguenze di ordine penale dell'introduzione di tali misure cfr. DI VIZIO, *I riflessi penali della proposta di riforma elaborata dalla Commissione Rodorf*, in Quotidiano Giuridico, 8.3.2016.

Parte I

Il P.M. ed il fallimento

www.osservatorio-oci.org

Capitolo 1. La fase prefallimentare

1. L'iniziativa del pubblico ministero: forma, contenuto e notifica della richiesta

L'articolo 6 del R.D. n. 267/42 prevede che il fallimento sia dichiarato «*su ricorso del debitore, di uno o più creditori o su richiesta del pubblico ministero*». Il termine “**richiesta**”, espressamente riferito alla domanda del pubblico ministero, compare sia per l'**iniziativa autonoma** di detto organo pubblico sia nel caso in cui essa si realizzi in seno alla procedura di concordato preventivo (ex artt. 161, comma 6, 162, comma 2, 173, comma 2, 179, comma 1, 180, comma 7, legge fall.).

Quanto alla **prima evenienza**, il termine non delinea modalità redazionali differenti rispetto al **ricorso**, forma dell'iniziativa del debitore e del creditore¹². Vigono, dunque, anzitutto, le generali regole di elaborazione delineate dall'articolo 125 c.p.p., richiedendosi, unitamente alla *sottoscrizione* da parte del pubblico ministero, l'indicazione dell'*ufficio giudiziario adito*, del *debitore* del quale chiesto il fallimento, dell'*oggetto*, delle *ragioni* della domanda e delle conclusioni.

Per la procedura di fallimento ciò ha implicazioni sotto il profilo del **contenuto** della richiesta, specie ove non si assuma che il pubblico ministero sia provvisto di un potere generale di agire ex art. 6 legge fall. (cfr. Parte I, cap. 1, par. 4). Occorre, anzitutto, che la richiesta illustri la ricorrenza concreta della *situazione legittimante* l'iniziativa ex artt. 7, 162, comma 2, 173, comma 2, 179, comma 1, 180, comma 7, (al di là della semplificazione contenutistica di cui *infra*), 63 d.lgs. n. 159/2011, nonché dei *presupposti soggettivi* della dichiarazione di fallimento (artt. 1 legge fall. in merito alle *imprese soggette* al fallimento ed al concordato preventivo)¹³ e di quello *oggettivo* (vale a dire lo *stato di insolvenza* ex art 5 legge fall.)¹⁴.

Non appare ultroneo, inoltre, che vengano spese alcune considerazioni in seno alla domanda del pubblico ministero per avvalorare la *competenza territoriale* del tribunale adito (art. 9 legge fall.), nonché l'eventuale sussistenza delle condizioni per dichiarare il fallimento dell'imprenditore che ha *cessato l'esercizio dell'impresa* (art. 10, comma 1, 2, legge fall), anche in relazione all'*ammontare minimo dei debiti scaduti e non pagati*, complessivamente pari ad almeno trentamila euro (art. 15, comma 9, legge fall.).

Ancora, non sembra in assoluto estranea al contenuto della richiesta del pubblico ministero l'indicazione anticipata dei *mezzi istruttori* dei quali si chiede l'ammissione, anche ulteriori rispetto agli elementi di prova già offerti alla valutazione del tribunale fallimentare e prodotti in allegato alla richiesta. Parimenti è a dirsi per l'istanza di *emissione di provvedimenti cautelari o conservativi* a tutela del patrimonio o dell'impresa¹⁵.

¹² SANTANGELI, *PM e fallimento, relazione al corso “Poteri e compiti del P.M. in materia civile e fallimentare”*, Scuola Superiore della Magistratura, Scandicci, 4 ottobre 2016. Nello stesso senso FERRO (*L'istruttoria pre-fallimentare e l'iniziativa del P.M.*, Giornata di studi 23 gennaio 2012 “La procedura pre-fallimentare ed i reati fallimentari”, Corte d'Appello di Milano, Formazione decentrata, reperibile all'indirizzo http://www.ca.milano.giustizia.it/allegato_corsi.) il quale osserva che la terminologia che contrassegna l'iniziativa del pubblico ministero, rispetto al ricorso di creditori o debitore, «non ne differisce per atteggiamento processuale».

¹³ Per un quadro completo dei **soggetti fallibili** si rinvia alle analisi puntuali di IBBA-DEMURIO (*Il fallimento dell'impresa pubblica in forma societaria* in Crisi d'impresa e procedure concorsuali, *op. cit.*, p. 367 e ss.) e MOZZARELLI (*Il presupposto soggettivo*, a cura di O.CAGNASSO- L. PANZANI in Crisi d'impresa e procedure concorsuali, *op. cit.*, p. 299 e ss). In merito alle **società in house** cfr. la recente sentenza n. 3196 del 07/02/2017 con la quale la S.C. ha confermato l'orientamento già espresso a favore della fallibilità (Cass. n. 22209 del 2013), chiarendo, altresì, che l'intento di Cass. S.U. n. 26283 del 2013 era «solo quello di preservare l'erario dalla mala gestio degli organi sociali di società strumentali, in un'ottica selettiva e per quanto di rafforzamento della responsabilità che ne investe gli organi».

¹⁴ Cfr. PRESTI, *Stato di crisi e stato di insolvenza*, in Crisi d'impresa e procedure concorsuali, *op. cit.*, p. 399 e ss.

¹⁵ Il Tribunale di Terni 14 aprile 2011 est. Vella (reperibile all'indirizzo <http://www.osservatorio-oci.org/>) in tema di istruttoria per la dichiarazione dello stato di insolvenza, con richiesta - nella specie, da parte del P.M. - in via subordinata di dichiarare il fallimento dello stesso debitore, ha ritenuto ammissibile la **concessione**, quale chiesta dall'istante, **delle misure cautelari di cui all'art. 15, comma 8, legge fall., anche prima del contraddittorio fra le parti**, pur dovendo il tribunale fissare apposita udienza per la decisione su tutte le domande proposte.

Tali contenuti vanno opportunamente integrati con quelli enucleabili dall'articolo 15 legge fall., disposizione che importa, ad esempio, l'indicazione in seno alla richiesta dell'*indirizzo di posta elettronica certificata del debitore* risultante dal registro delle imprese ovvero dall'indice nazionale degli indirizzi di posta elettronica certificata delle imprese e dei professionisti e dell'*indirizzo di posta elettronica certificata del ricorrente*.

Si tratta, infatti, di informazioni utili per favorire la **notifica** del decreto di convocazione¹⁶ e del *ricorso ex art. 15*, comma 1, legge fall. e la trasmissione dell'esito di essa. Innovando rispetto alla pregressa disciplina, l'art. 17, comma 1, lett. a), D.L. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla L. 17 dicembre 2012, n. 221 ha stabilito che il ricorso e il decreto devono essere notificati, *a cura della cancelleria* (non più, dunque, a cura esclusiva della parte ricorrente, attualmente onerata dell'incombente solo in caso di impossibilità di procedere in forma telematica¹⁷), all'*indirizzo di posta elettronica certificata del debitore* mentre l'esito della comunicazione viene trasmesso, con modalità automatica, all'indirizzo di posta elettronica certificata del ricorrente. Quando, per qualsiasi ragione, la notificazione via PEC non risulti possibile o non abbia esito positivo, la notifica del ricorso e del decreto si esegue, a cura del ricorrente, *esclusivamente di persona* a norma dell'articolo 107, primo comma, del decreto del Presidente della Repubblica 15 dicembre 1959, n. 1229, presso la sede risultante dal registro delle imprese. Se la notificazione non può essere compiuta neppure con queste modalità, si esegue con il *deposito dell'atto nella casa comunale della sede* che risulta iscritta nel registro delle imprese e si perfeziona nel momento del deposito stesso¹⁸.

¹⁶ Infatti, il tribunale, con *decreto* apposto in calce al ricorso e sottoscritto dal presidente del tribunale o dal giudice relatore delegato alla trattazione del procedimento, *convoca* il debitore ed i creditori istanti per il fallimento.

¹⁷ Nelle ipotesi in cui l'art. 15, comma terzo, legge fall. esige espressamente l'attivazione del creditore, sarà il pubblico ministero richiedente ad attivarsi nelle forme previste per il primo.

¹⁸ Per la giurisprudenza di merito (Tribunale di Prato, 29 maggio 2015 est. Brogi reperibile all'indirizzo <http://www.osservatorio-oci.org/>) ai fini della **dichiarazione di fallimento di una società cancellata dal registro delle imprese** la *fiction iuris* di sopravvivenza della società si accompagna alla necessaria instaurazione del contraddittorio nei confronti del *liquidatore sociale*, rispetto al quale la **notificazione** deve avvenire nelle **forme** previste dagli artt. 138, 139, 141 e 145 c.p.c., non essendo possibile procedere a mezzo PEC nei confronti del legale rappresentante della società, posto che tale PEC è riferibile ad un soggetto distinto, non più esistente dal momento della cancellazione dal registro delle imprese. *In senso contrario*, la Corte di Cassazione (Sez. 1, n. 602/2017) ha ribadito, in adesione al principio già enunciato (Cass. n. 17946/2016) che, anche nel caso di società cancellata dal registro delle imprese, il ricorso per la dichiarazione di fallimento è validamente notificato, ai sensi dell'art. 15, comma 3, l. fall. (nel testo novellato dal dl. 18 ottobre 2012 n. 179, convertito, con modificazioni, dalla L. 17 dicembre 2012 n. 221) all'indirizzo di posta elettronica certificata della società cancellata, in precedenza comunicato al predetto registro. Il nuovo art. 15, comma 3, legge fall., infatti, ha introdotto in materia una *disciplina speciale*, del tutto distinta da quella che, nel codice di rito, regola le notificazioni degli atti del processo: va escluso, pertanto, che residuino ipotesi in cui il ricorso di fallimento e il decreto di convocazione debbano essere notificati, ai sensi degli artt. 138 e segg. o 145 c.p.c. (a seconda che l'impresa esercitata dal debitore sia individuale o collettiva), nei diretti confronti del titolare della ditta o del legale rappresentante della società. Come sottolineato dal Giudice delle leggi, con la sentenza n. 146/016 (che ha respinto la q.l.c. dell'art. 15, comma 3, *cit.* sollevata con riferimento agli artt. 3 e 24 Cost.), il legislatore della novella del 2012 si è infatti proposto di «*coniugare le finalità del diritto di difesa dell'imprenditore con le esigenze di specialità e di speditezza cui deve essere improntato il procedimento concorsuale*», prevedendo che «*il tribunale sia esonerato dall'adempimento di ulteriori formalità quando la situazione di irreperibilità deve imputarsi all'imprenditore medesimo*». La semplificazione del procedimento notificatorio in ambito concorsuale trova perciò la sua ragion d'essere nella specialità e nella complessità degli interessi che esso è volto a tutelare, che ne segnano l'innegabile diversità rispetto a quello ordinario di notifica; il diritto di difesa del debitore - da declinare nella prospettiva della conoscibilità, da parte di questi, dell'attivazione del procedimento fallimentare a suo carico - è, d'altro canto, adeguatamente garantito dal duplice meccanismo di ricerca, tenuto conto che, ai sensi dell'art. 16 del d.l. n. 185/08, convertito con modificazioni dalla L. n. 2/09, l'imprenditore è obbligato a dotarsi di un indirizzo PEC e che anche la sede legale dell'impresa deve essere obbligatoriamente indicata nell'apposito registro, per assicurare un sistema organico di pubblicità legale, così da rendere conoscibili ai terzi, nell'interesse dello stesso titolare, i dati e le principali vicende che riguardano l'impresa. In definitiva, introducendo uno speciale procedimento per la notificazione del ricorso di fallimento - che fa gravare sull'imprenditore le conseguenze negative derivanti dal mancato rispetto degli obblighi ora rammentati - il legislatore del 2012 ha codificato e rafforzato il principio secondo cui il tribunale, pur essendo tenuto a disporre la previa comparizione in camera di consiglio del debitore fallendo e ad effettuare, a tal fine, ogni ricerca per provvedere alla notificazione dell'avviso di convocazione, è esonerato dal compimento di ulteriori formalità allorché la situazione di irreperibilità di questi debba imputarsi alla sua stessa negligenza e/o ad una condotta non conforme agli obblighi di correttezza di un operatore economico. Tali conclusioni valgono anche nella fattispecie prevista dall'art. 10 l. fall., che contempla un'eccezione alla regola della perdita della capacità di stare in giudizio della società estinta. La possibilità che una società sia dichiarata fallita entro un anno dalla sua cancellazione dal registro delle imprese implica infatti, necessariamente, che tanto il procedimento per la dichiarazione di fallimento quanto le eventuali, successive fasi, continuino a svolgersi nei confronti della stessa: si tratta, come si è precisato, di una *fiction iuris*, che postula come

L'udienza è fissata non oltre quarantacinque giorni dal deposito del ricorso e tra la data della comunicazione o notificazione e quella dell'udienza deve intercorrere un termine non inferiore a quindici giorni (art. 15, comma 3, legge fall.). Il **decreto di convocazione contiene** l'indicazione che il procedimento è volto all'accertamento dei presupposti per la dichiarazione di fallimento e **fissa un termine** non inferiore a sette giorni prima dell'udienza per la presentazione di **memorie** e il deposito di **documenti e relazioni tecniche**. In ogni caso, il tribunale dispone che l'imprenditore depositi i **bilanci** relativi agli ultimi tre esercizi, nonché una **situazione patrimoniale, economica e finanziaria aggiornata** e può richiedere eventuali **informazioni urgenti** (art. 15, comma 4, legge fall.).

I **termini** di cui al terzo e quarto comma dell'art. 15 *cit.* possono essere **abbreviati** dal presidente del tribunale, con decreto motivato, se ricorrono particolari **ragioni di urgenza**. In tali casi, il presidente del tribunale può disporre che il ricorso e il decreto di fissazione dell'udienza siano portati a conoscenza delle parti con ogni **mezzo idoneo**, omessa ogni formalità non indispensabile alla conoscibilità degli stessi (art. 15, comma 5, legge fall.). Tale previsione, dunque, si pone in analogia con quella dell'art. 151 c.p.c. e consente di ritenere valida la comunicazione al debitore del decreto di convocazione avvenuta, previo specifico provvedimento autorizzatorio, per il tramite di un **ufficiale di polizia giudiziaria**, e non nelle forme della notifica di cui agli artt. 136 e ss. codice di procedura civile¹⁹. Per vero, secondo consolidati arresti della giurisprudenza di legittimità, la notificazione, tramite polizia giudiziaria, del ricorso di fallimento e del decreto di convocazione, ancorché avvenuta senza il provvedimento presidenziale che l'abbia disposta motivatamente, *ex art. 15, comma 5, legge fall.*, giustificandola con ragioni di urgenza, non è ritenuta inesistente, bensì nulla, in quanto non totalmente incompatibile con le regole della procedura prefallimentare; ne deriva che il vizio resta sanato ove la notifica sia giunta a buon fine per aver raggiunto lo scopo di portare l'atto a conoscenza del destinatario, nonché, a maggior ragione, quando il debitore, informato del deposito del ricorso e della fissazione dell'udienza, si sia costituito innanzi al tribunale chiamato a pronunciarsi sulla dichiarazione di fallimento²⁰, ovvero sia comparso senza nulla eccepire²¹.

Venendo ora alla **richiesta avanzata in seno alla procedura di concordato preventivo** la **forma** della iniziativa è *consistentemente semplificata*. Ad esempio, in ragione della sua presenza all'udienza fissata *ex art. 162 comma 2 legge fall.* (ma lo stesso sembra di potersi dire per le evenienze *ex artt. 173, 179 e 180 l.fall.*) determinata dal coinvolgimento nella procedura concordataria previsto dal comma 5 dell'art. 161 legge fall., il pubblico ministero, quale soggetto titolare del diritto di iniziativa per la pronuncia di fallimento, in applicazione della specifica previsione dell'art. 162 legge fall., può avanzare specifica istanza di fallimento in caso di inammissibilità della proposta concordataria, al ricorrere degli altri presupposti *ex artt. 1 e 5 legge fallimentare*. Tale iniziativa del pubblico ministero, una volta **riportata a verbale di udienza**, acquisisce il carattere di istanza formulata per iscritto, non essendo prevista per il pubblico ministero la forma del ricorso autonomo. Infatti, se un'autonoma istanza è ipotizzabile nel contesto di un'iniziativa autonoma che prevede la fissazione di udienza *ex art. 15 l.fall.*, non altrettanto è richiesto nella fattispecie di iniziativa innestata nella procedura

esistente ai soli fini del procedimento fallimentare un soggetto ormai estinto (cfr. Cass. S.U. n. 6070/2013). Per la Corte di Cassazione « [...] nel regime attuale, deve ritenersi valida la notifica regolarmente eseguita, [...], all'indirizzo PEC della società, rimasto attivo dopo la cancellazione. La ricevuta di avvenuta consegna (RAC), rilasciata dal gestore di posta elettronica certificata del destinatario, dimostra infatti, fino a prova contraria, che il messaggio è pervenuto all'indirizzo elettronico dichiarato dal debitore, ovvero nella sfera di conoscibilità del medesimo: dal momento della ricezione del messaggio questi è perciò posto in grado di sapere della pendenza del procedimento e di approntare le proprie difese ».

¹⁹ Cass. Civ., Sez. 1, sentenza n. 22151 del 29/10/2010, Rv. 614607 - 01.

²⁰ Cass. Civ. Sez. 1, sentenza n. 19797 del 05/10/2015, Rv. 637328 - 01; Id. Sez. 6 - 1, ordinanza n. 14250 del 12/07/2016, Rv. 640520 - 01.

²¹ Cass. Civ., Sez. 1, sentenza n. 17444 del 31/08/2016, Rv. 640940 - 01.

concordataria in corso, ove le parti siano tutte presenti in udienza. Né ciò importa lesione del contraddittorio, essendo consentita alla parte debitrice la difesa a seguito dell'istanza del pubblico ministero ²².

2. Caratteri della richiesta di fallimento: azione civile *sui generis*

E' ampiamente condivisa l'opinione che ricollega la possibilità del pubblico ministero di avanzare la richiesta di fallimento all'esistenza di un **diritto processuale indisponibile**. Si tratta di qualificazione confermata dalla *reclamabilità ex art. 22 legge fall.* del provvedimento con cui la richiesta venga respinta dal tribunale fallimentare, circostanza che avvalorava la natura di *parte processuale* del pubblico ministero. Specie dopo la riformulazione dell'articolo 6 legge fall., che ha sostituito al termine "istanza" quello di "richiesta" ed ha eliminato la possibilità per il tribunale fallimentare di dichiarare di ufficio il fallimento, tale iniziativa *non* può ridursi a *mero potere di segnalazione*²³, integrando un autentico **potere di azione**. Come è stato opportunamente osservato, venuto meno il potere officioso del tribunale, nulla vi poteva essere più da sollecitare²⁴. Non solo segni letterali, dunque, ma il complessivo accrescimento delle prerogative del pubblico ministero orientano a considerarlo «*vero attore in causa*»²⁵. Con la soppressione della dichiarazione di fallimento d'ufficio, nel quadro dell'introduzione di un'intensa connotazione privatistica della disciplina della crisi d'impresa, il difetto di legittimazione del Pubblico ministero ricorrente «*ha oggi perso la comoda rete di protezione dei poteri officiosi del tribunale fallimentare e deve confrontarsi con l'eventualità di una pronuncia di rigetto o comunque, nel caso di accoglimento, della dichiarazione di nullità della sentenza dichiarativa di fallimento in sede di reclamo*»²⁶.

²² Corte di Appello di Firenze, sentenza n. 2023/2016, est. Riccucci, reperibile all'indirizzo www.ilcaso.it.

²³ Come rimarca PACILEO (*Il pubblico ministero nel processo civile*, in Cass. pen., fasc.10, 2006, pag. 3411B), nella vigenza della precedente disciplina, ha orientato la soluzione preferita (favorevole al mero potere sollecitatorio del pubblico ministero) anche la consapevolezza delle conseguenze che avrebbe importato il riconoscimento di un potere di azione in senso proprio, con ineluttabile obbligatorietà dell'intervento del pubblico ministero nella procedura fallimentare. Il conseguente orientamento consolidatosi in seno alla Cassazione (Cass. civ., 22 gennaio 2004, n. 1074, in C.E.D. Cass., n. 569570; Cass. civ., 5 dicembre 2001, n. 15407; Cass. civ., 19 settembre 1995, n. 9884, in Dir. fall., 1996, II, p. 482) ha qualificato l'iniziativa del P.M. nei termini di *mera segnalazione al tribunale* affinché provvedesse d'ufficio, non onerandolo di pronunciarsi nel merito con un formale provvedimento di rigetto (Trib. Firenze, 19 settembre 2001, p.m. c. Associazione Fiorentina Calcio s.p.a., in Fall., 2002, p. 555. *Contra*, Trib. Salerno, 15 maggio 2000, in Dir. fall., 2000, II, p. 812).

²⁴ Cfr. CAVALLI, *La dichiarazione di fallimento*, in S. Ambrosini (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, Bologna, 2006, 42.

²⁵ Così PACILEO, *op. cit.*, che osserva: «*In proposito si ricordi, allora, che «la richiesta è espressione del potere di iniziativa o di impulso processuale, ossia è l'atto con il quale il p.m. chiede al giudice di promuovere una determinata azione, in osservanza del principio della domanda» È stato poi rimaneggiato l'art. 7 l. fall., introducendo due nuove condizioni per la proposizione della richiesta: una è quella dell'emersione dell'insolvenza nel procedimento penale per qualsiasi reato (anche se non caratterizzato dai sintomi di reato fallimentare indicati dalla norma), l'altra discende dalla soppressione dell'art. 8 l. fall. e dal conseguente trasferimento in capo al pubblico ministero del potere di iniziativa quando abbia ricevuto «segnalazione» dal giudice che abbia rilevato l'insolvenza in una causa civile. La prima novità aggancia direttamente il potere-dovere di domanda concorsuale al ruolo più tipico del pubblico ministero come accertatore e persecutore di reati, facendo riverbare sulla prima - che a questo punto non può essere che «azione» - la natura propulsiva del secondo. L'ulteriore modifica ribadisce ed esalta nella medesima ottica la funzione pubblicistica del pubblico ministero in questo campo. D'altronde, se proprio l'abrogazione dell'art. 8 l. fall. si collega strettamente all'abbandono del potere officioso di dichiarazione del fallimento in capo al tribunale (potere espunto dall'art. 6 l. fall. per dissipare ogni equivoco sulla imparzialità del giudice in ossequio all'art. 111 Cost.), viene a cadere uno dei capisaldi dialettici - invero assai poco saldi - che volevano ridurre al rango di mera segnalazione l'istanza del pubblico ministero, proprio perché, si diceva, era poi il giudice che doveva decidere d'ufficio».*

²⁶ MACAGNO, *La Suprema Corte apre nuovi orizzonti all'iniziativa del Pubblico ministero*, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2/2015, 191. L'autore ricorda altresì come prima della riforma, al contrario, la possibile dichiarazione di fallimento *ex officio* contribuiva a rendere irrilevanti eventuali vizi - originari o sopravvenuti - dell'iniziativa originaria: le ipotesi maggiormente ricorrenti erano quelle della desistenza del creditore istante e, proprio, dell'invalida od irrituale richiesta del Pubblico ministero. Cfr. anche FARINA, *La legittimazione del P.M. a presentare la "richiesta" di fallimento in caso di insolvenza risultante in sede penale*, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2011, 1168.

Se può dirsi consolidata, quindi, l'opinione per cui il potere riconosciuto al pubblico ministero *ex artt. 6, 7 legge fall.* ha natura di **azione**²⁷, non mancano dubbi sulla riconducibilità della richiesta alla figura dell'azione **prevista dall'art. 69 c.p.c.**, disposizione che riserva al pubblico ministero l'esercizio dell'azione civile *nei casi stabiliti dalla legge*. Si osserva, al riguardo, che, almeno in alcune ipotesi, da un tale inquadramento conseguirebbe l'individuazione del pubblico ministero quale *litisconsorte necessario*, ai sensi dell'art. 70 c.p.c., anche nei giudizi prefallimentari incardinati da altri soggetti. Ai sensi dell'articolo 70, comma 1, n. 1, c.p.c., infatti, il pubblico ministero deve intervenire nelle cause che egli stesso potrebbe proporre, a pena di nullità rilevabile d'ufficio. Per contro, l'art. 15 legge fall. (dedicato specificamente all'istruttoria ed alla trattazione nel processo prefallimentare) non accredita quest'ultima qualità (il pubblico ministero interviene nel procedimento soltanto se «*ha assunto l'iniziativa*» per la dichiarazione di fallimento) e segnala l'esistenza nella materia di **principi peculiari**²⁸ rispetto a quelli dettati dagli articoli 69 e 70 c.p.c..

Quello in esame costituisce, inoltre, un **potere autonomo**, atteso che non patisce alcun condizionamento dall'atteggiamento degli altri soggetti legittimati a richiedere il fallimento. In altre parole, «*il PM può ricorrere anche se nessun altro legittimato si è mosso e, per converso, l'iniziativa dei privati non esclude quella pubblica*»²⁹. L'autonomia decisionale con la quale il pubblico ministero esercita tale potere è riconoscibile anche nel rapporto con il giudice che ha operato la segnalazione *ex art. 7, comma 2, legge fall.* e che non onera di per sé l'organo inquirente di alcuna inevitabile iniziativa concorsuale, nel caso in cui gli approfondimenti non lo persuadano della sussistenza della insolvenza e degli altri presupposti per la dichiarazione di fallimento.

La richiesta corrisponde pur sempre ad un **potere pubblicistico**, connotato non privo di dirette implicazioni. Ad esso è riferito un **interesse indisponibile**, che impedisce al pubblico ministero di *negoziare la desistenza*, senza precludergli di rivedere la richiesta di fallimento laddove l'insolvenza risulti negata da accertamenti successivi ovvero emergano situazioni di non fallibilità del debitore. Se, dunque, l'azione esercitata dal pubblico ministero per la dichiarazione di fallimento **non è rinunciabile**³⁰ il pubblico ministero non è certo tenuto ad insistere allorché, per acquisizioni successive, ritenga venuti meno i presupposti³¹. Il profilo di *imparzialità*, in ogni caso, *non* può ingenerare l'idea del carattere *disponibile*³² della richiesta. Si tratta, piuttosto, di non

²⁷ La stessa Corte di Cassazione (7 marzo 2007, n. 5220) ha considerato la richiesta del pubblico ministero *ex art. 7 legge fall.* espressione di un *potere di azione*, dal quale deriva per il giudice un *obbligo di decisione*. Situazione riconducibile alle evenienze in cui il legislatore riconosce un diritto di azione assumendo che l'interesse all'attuazione della legge, nel caso concreto, trascende quello dei privati, direttamente o indirettamente coinvolti, per investire la collettività o la pretesa punitiva dello Stato. Ragione per cui il pubblico ministero, nelle ipotesi disciplinate dall'art. 7 legge fall. doveva considerarsi anche legittimato a proporre reclamo *ex art. 22 legge fall.* in caso di rigetto dell'istanza di fallimento da parte del tribunale. Nello stesso senso: ORSI, *Il ruolo del PM nella fase prefallimentare e la sua legittimazione alla richiesta dei provvedimenti cautelari o conservativi ex art. 15 c. 8 L.F.*; FERRO, *La legge fallimentare*, Commentario, Padova, 2007, 44.

²⁸ In tal senso SANTANGELI, *op. cit.*

²⁹ Così ORSI, *Il ruolo del PM nella fase prefallimentare e la sua legittimazione alla richiesta dei provvedimenti cautelari o conservativi ex art. 15 c. 8 l.f.*, 2011, reperibile al sito http://www.ca.milano.giustizia.it/allegato_corsi.

³⁰ Per questa soluzione cfr. DIMUNDO, *Il giudizio di dichiarazione di fallimento* in AA.VV. *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, diretto da L. Panzani, Torino, 2000, p. 150. Per la Corte di Appello Venezia 18 aprile 2016 est. Rigoni (reperibile all'indirizzo <http://www.ilcaso.it>) il pubblico ministero *non* potrebbe rinunciare all'iniziativa avviata, non essendo assimilabili i poteri di impulso a tale organo attribuiti nei processi civili (e fra essi di quello diretto all'apertura del fallimento) a quelli delle parti private. Infatti, il pubblico ministero agisce per dovere d'ufficio e nell'interesse pubblico, a differenza delle altre parti, che perseguono interessi individuali e privati. In altre parole, il Pubblico Ministero è parte del processo solo in senso formale e non può disporre degli interessi d'indole generale affidati per la legge alla sua tutela. Egli, pertanto, una volta esercitata l'azione, non può rinunziarvi, spettando unicamente al giudice decidere sulla stessa, senza che eventuali ripensamenti possano vincolarlo nel momento della decisione e senza neppure che siano vincolanti le conclusioni da lui formulate (nel caso di specie, il pubblico ministero aveva chiesto l'accoglimento del reclamo avverso la dichiarazione di fallimento). *Contra*, nel senso della rinunciabilità dell'iniziativa da parte del P.M., cfr. Cassazione, Sez. 1 Civ., n. 13909/2014.

³¹ Cfr. FERRO, *Piano di risanamento non eseguito, desistenza del creditore istante, ricorso del p.m. e fallimento d'ufficio: le modalità di apertura e prosecuzione istruttoria dell'indagine sull'insolvenza*, in *Fall.*, 2000, p. 565; GIOVETTI e CONCA, *La dichiarazione di fallimento. Analisi sistematica e profili procedurali*, Ipsa, 2002, p. 71 ss.

³² Si veda ORSI, *op. cit.*

trascurare che il pubblico ministero è tenuto a provare l'esistenza di tutti i presupposti soggettivi (art. 1 l. fall.) e oggettivi (art. 5, 15 u.c. l. fall.) per la dichiarazione di fallimento alla stregua di qualsiasi altro soggetto e deve censire serenamente le risultanze dell'eventuale insuccesso probatorio.

Portato della natura pubblicistica del potere di azione, sotto il profilo sostanziale, è che il suo esercizio **non interrompe la prescrizione del credito**³³, mentre, sotto il profilo processuale, **non è prevista la condanna alle spese** in caso di soccombenza³⁴.

3. La legittimazione del pubblico ministero: il quadro normativo

Omettendo di considerare in questa sede i poteri di iniziativa del pubblico ministero nel contesto di procedure distinte dal fallimento e connotate da consistenti profili di specialità (quali la liquidazione coatta amministrativa, la risoluzione delle banche³⁵ nonché l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza³⁶), mette conto muovere dall'**articolo 7 della legge fallimentare**.

³³ Così FERRO, *La legge fallimentare*, Commentario, Padova, 2007, 55.

³⁴ Questa l'opinione di FABIANI, *Il nuovo diritto fallimentare*, Bologna-Roma, 2008, 150. Nello stesso senso la giurisprudenza civile di legittimità: cfr. Cass. SS.UU. civ., sent. n.2123 del 12.10.1965; Id., sent. n. 11191 del 17.7.2003; Id., 5165/2004; Cass. 14199/2004; Cass., Sez. Un., 9 marzo 2005, n. 5079; Cass., Sez. I. 17 febbraio 2010, n. 3824; Cass. 20652/2011Cass. 330/2012; cfr. anche Cass. 19711/2015 che ha osservato «La funzione di garantire la corretta applicazione della legge, spettante al Pubblico Ministero in qualità di organo propulsore dell'attività giurisdizionale, comportando l'attribuzione di poteri meramente processuali, diversi da quelli svolti dalle parti ed esercitati per dovere di ufficio e nell'interesse pubblico, ne esclude la condanna al pagamento delle spese processuali, nonostante la soccombenza».

³⁵ Ci si limita a ricordare che in base all'art. 82 del d.lgs. n. 385/1993, nel caso di una **banca non sottoposta a liquidazione coatta amministrativa o a risoluzione** che si trova in stato di insolvenza, il pubblico ministero può presentare istanza al tribunale del luogo in cui essa ha la sede legale, che, sentiti la Banca d'Italia e i rappresentanti legali della banca, dichiara lo stato di insolvenza con sentenza in camera di consiglio. Se una banca, anche avente natura pubblica, si trova in stato di insolvenza al momento dell'emanazione del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa e l'insolvenza non è stata dichiarata a norma del comma 1, il pubblico ministero può presentare istanza al tribunale del luogo in cui la banca ha la sede legale, che, sentiti la Banca d'Italia e i cessati rappresentanti legali della banca, accerta tale stato con sentenza in camera di consiglio. L'art. 36, d.lgs. n. 180/2015 completa la disciplina con riferimento al caso in cui a trovarsi in stato di insolvenza sia un ente per il quale è stato già adottato il provvedimento di avvio della *risoluzione*: in tal evenienza, si applica l'art. 82, comma 2, TUB, con legittimazione, tra gli altri, del *pubblico ministero* e dei commissari speciali in luogo dei commissari liquidatori, mentre ove essi non siano stati nominati, il ricorso può essere presentato dalla Banca d'Italia o da un soggetto da essa appositamente designato e il Tribunale accerta lo stato di insolvenza dell'ente sottoposto a risoluzione avendo riguardo alla situazione esistente al momento dell'avvio della risoluzione. L'art. 82 TUB, nei limiti di compatibilità, è richiamato dall'art. 57 del d.lgs. n. 58/1998, per le procedure di liquidazione coatta amministrativa riferite alle **Sim**, alle **società di gestione del risparmio**, alle **Sicav**, alle **Sicaf**. Si rinvia all'art. 248 del d.lgs. n. 209/2005 per il ruolo del P.M. nella procedura di accertamento giudiziale dello stato di insolvenza di **imprese di assicurazioni**. Secondo l'art. 237 legge fall. *l'accertamento giudiziale dello stato di insolvenza* a norma degli articoli 195 e 202 legge fall. *è equiparato alla dichiarazione di fallimento* ai fini dell'applicazione delle disposizioni del Titolo VI della legge fall., dedicato alla *disposizioni penali*. Per un'analisi dell'accertamento dello stato di insolvenza in seno alla liquidazione coatta amministrativa ed alla procedura di risoluzione delle crisi bancarie nonché dei collegati reati fallimentari cfr. DI VIZIO, *Il nuovo sistema di prevenzione e gestione delle crisi bancarie, disciplina amministrativa e tutela penale del risparmio*, KWI-Altalex, 2016, pp. 85-91 e 274-281.

³⁶ In punto di **amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza**, ai sensi dell'art. 3, D.Lgs n. 270/1999, se un'impresa provvista dei requisiti previsti dall'art. 2 del medesimo testo normativo si trova in stato di insolvenza, il tribunale del luogo in cui essa ha la sede principale, su ricorso dell'imprenditore, di uno o più creditori, *del pubblico ministero*, ovvero *d'ufficio*, dichiara tale stato con sentenza in camera di consiglio. Il riferimento è alle imprese, anche individuali, soggette alle disposizioni sul fallimento che hanno *congiuntamente i seguenti requisiti*: a) un numero di lavoratori subordinati, compresi quelli ammessi al trattamento di integrazione dei guadagni, non inferiore a duecento da almeno un anno; b) debiti per un ammontare complessivo non inferiore ai due terzi tanto del totale dell'attivo dello stato patrimoniale che dei ricavi provenienti dalle vendite e dalle prestazioni dell'ultimo esercizio. 1-bis. Le imprese confiscate ai sensi della legge 31 maggio 1965, n. 575, e successive modificazioni, possono essere ammesse all'amministrazione straordinaria, alle condizioni e nelle forme previste dal presente decreto, anche in mancanza dei requisiti di cui alle lettere a) e b) del comma 1). Ai sensi dell'art. 95 d.lgs. n. 270/1999 la *dichiarazione dello stato di insolvenza* a norma degli artt. 3 e 82 d.lgs. n. 270/1999 è equiparata alla *dichiarazione di fallimento* ai fini dell'applicazione delle disposizioni dei capi I, II e IV del titolo VI della legge fallimentare. Ai fini dell'applicazione dell'art. 220 della legge fallimentare, l'obbligo previsto dall'art. 16, secondo comma, numero 3), della medesima legge si intende sostituito dall'obbligo previsto dall'art. 8, comma 1, lettera c), del presente decreto. Secondo l'art. 96 d.lgs. n. 270/1999 si applicano al commissario giudiziale, al commissario straordinario ed alle persone che li coadiuvano le disposizioni degli artt. 228, 229 e 230 della legge fallimentare. Le stesse disposizioni si applicano, altresì, alle persone che coadiuvano il commissario giudiziale o il commissario straordinario nell'amministrazione della procedura. Per l'analisi delle due ipotesi di conversione dell'amministrazione straordinaria in fallimento ex art. 70 D.Lgs. n. 270/1999, relative alla scadenza dei termini della procedura (a) *quando, essendo stato autorizzato un programma di cessione dei complessi aziendali, tale cessione non sia ancora avvenuta, in tutto o in parte, alla scadenza del programma, salvo quanto previsto dall'art. 66;* b) *quando, essendo*

In virtù di tale disposizione la richiesta del pubblico ministero ex art. 6 legge fall. è presentata *«1) quando l'insolvenza risulta nel corso di un procedimento penale, ovvero dalla fuga, dalla irreperibilità o dalla latitanza dell'imprenditore, dalla chiusura dei locali dell'impresa, dal trafugamento, dalla sostituzione o dalla diminuzione fraudolenta dell'attivo da parte dell'imprenditore; 2) quando l'insolvenza risulta dalla segnalazione proveniente dal giudice che l'abbia rilevata nel corso di un procedimento civile»*.

In seno alla procedura di concordato preventivo, dalla fase antecedente all'ammissione sino all'omologazione, si delineano numerose evenienze nelle quali il pubblico ministero, se ha svolto l'atto di intervento ed ha seguito le sorti della procedura, può dover valutare la ricorrenza delle condizioni soggettive e oggettive per il fallimento ex artt. 1 e 5 legge fall. ed avanzare la relativa richiesta. Ciò avviene *nelle situazioni di "crisi" della procedura*, in concomitanza con provvedimenti giudiziali con i quali viene dichiarata l'inammissibilità della domanda di concordato (art. 162, comma 2, e 161, comma 5, legge fall.), ovvero pronunciata la revoca dell'ammissione (art. 173 legge fall.), il rigetto dell'omologazione (art. 180, comma 7, legge fall.), nonché in dipendenza del contegno dei creditori, i quali non approvino la proposta del concordato (art. 179 legge fall., che richiama l'art. 162, comma 2, legge fall.).

L'articolo 238, comma 2, legge fall. ammette l'inizio dell'azione penale per reati in materia di fallimento anche prima della comunicazione della sentenza dichiarativa di fallimento di cui all'art. 17 *«nel caso previsto dall' art. 7 e in ogni altro in cui concorrano gravi motivi e già esista o sia contemporaneamente presentata domanda per ottenere la dichiarazione»* di fallimento.

L'articolo 63 del D.Lgs. n. 159/2011, infine, disciplina l'evenienza che sia il pubblico ministero, anche su segnalazione dell'amministratore giudiziario che ne rilevi i presupposti, a chiedere al tribunale competente la dichiarazione di fallimento dell'imprenditore i cui beni aziendali siano sottoposti alle misure di prevenzione patrimoniale del sequestro o della confisca.

4. Potere ex art. 6 L.F.: generale o casistico?

È stato ampiamente discusso se il **potere** del pubblico ministero di promuovere la dichiarazione di fallimento rivesta carattere **generale** o sia **circoscritto ai casi** di cui all'art. 7 legge fall., inteso quale norma esplicativa e servente rispetto al disposto dell'art. 6 legge fallimentare.

Nel **sistema precedente alla riforma del 2006** la dottrina e la giurisprudenza avevano sostenuto³⁷ che l'iniziativa del pubblico ministero avesse **portata generale** e, dunque, non fosse circoscrivibile alle ipotesi specifiche dell'art. 7 legge fall. Tale norma,

stato autorizzato un programma di ristrutturazione, l'imprenditore non abbia recuperato la capacità di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni alla scadenza del programma) cfr. COSTA, La conversione dell'amministrazione straordinaria in fallimento ed i poteri dell'autorità giudiziaria (commento alla normativa) in Dir. Fall., 2014, 1, 10001.

³⁷ Secondo l'approccio interpretativo prevalente prima della riforma (che ha eliminato il potere officioso del tribunale di dichiarare il fallimento), in tutti i casi in cui non si verificavano le evenienze previste dall'art. 7 legge fall., l'art. 6 legge fall. legittimava il P.M. all'esercizio di un potere residuale di **denuncia o segnalazione** al tribunale delle situazioni di insolvenza (così FABIANI, *L'istruttoria prefallimentare*, Fall., 1994, 491-501; Cass. Sez. 1, Sentenza n. 15407 del 05/12/2001 Rv. 550895 - 01; Tribunale di Palermo 6.3.03]. Non una vera e propria forma di legittimazione attiva, dunque, bensì una **fonte qualificata di sollecitazione dei poteri officiosi** del tribunale per l'iniziativa (da parte dei quest'ultimo) alla dichiarazione di fallimento. Al P.M. si riconosceva, in ciascuno dei due casi, il potere dispositivo nella ricerca della prova ovvero l'onere della prova (artt. 2967 cod. civ., 115 cod. proc. civ.) per l'accertamento dei presupposti della dichiarazione di fallimento (Cass. 2323/97). Secondo la giurisprudenza di legittimità (Cass. 15407/01; Cass. 9884/95) il **potere del PM** di assumere, ai sensi dell'art. 6 legge fall., l'iniziativa della richiesta, non era limitato alle ipotesi di cui all'art. 7 *cit.* ma aveva **carattere generale**. In definitiva solo l'art. 7 l. fall. prevedeva un **potere di azione**, mentre l'art. 6 introduceva un generale **potere di segnalazione al tribunale**, connesso al potere di iniziativa officiosa. Anche al di fuori dell'art. 7 legge fall., inoltre, c'era la **facoltà del P.M. di partecipare all'istruttoria prefallimentare** laddove avesse ravvisato l'interesse pubblico, attuale e concreto ex art. 70, comma 3, c.p.c. (FERRO *L'istruttoria prefallimentare*, Torino, 2001, 67). In proposito, il timore di un'ingerenza eccessiva nelle attività delle imprese risultava neutralizzato dalla circostanza che l'istanza del P.M. non godeva di uno speciale corridoio probatorio avanti al tribunale civile (così DIMUNDO).

infatti, più che delineare e specificare la portata generale dell'art. 6 legge fall., sarebbe valsa a definire le particolari **evenienze in cui era doverosa** la presentazione del ricorso per la dichiarazione di fallimento³⁸. In via teorica, «l'impostazione «generalista» si sposa agevolmente con le attribuzioni di vigilanza sul rispetto della legge affidate al pubblico ministero dall'art. 73 ord. giud.»³⁹. Parte della dottrina⁴⁰ vi si è richiamata allorché ha ritenuto legittimato il pubblico ministero che abbia ricevuto la segnalazione dell'insolvenza, pure al di fuori di un procedimento penale, da soggetti qualificati (come gli organi di controllo delle società) o anche dal *quisque de populo*⁴¹. La riforma fallimentare, del resto, ha rinvigorito la funzione di tutela degli interessi pubblicistici affidata al pubblico ministero, esaltandone la responsabilità e sollecitandone la tempestiva sorveglianza⁴²; tendenza che apparirebbe distonica rispetto ad una tipizzazione legale dei casi di legittimazione.

Molte **voci dissenzienti**⁴³, già prima della riforma, avevano individuato nella **casistica** delineata dall'art. 7 legge fall. **le uniche evenienze** che il pubblico ministero era legittimato ad agire; al di fuori di esse l'organo pubblico era titolare di un potere residuale di denuncia o di segnalazione al tribunale delle situazioni di insolvenza, da considerare, più che forma di legittimazione attiva, fonte qualificata di sollecitazione per l'esercizio dei poteri officiosi del giudice. Convincimento rafforzato proprio dalla riforma del 2006 che ha **riservato l'iniziativa fallimentare solo ad alcuni soggetti**, «non essendo il procedimento attivabile, a differenza di altre ipotesi in cui comunque residua l'esistenza di un interesse pubblico, "ad istanza di ogni interessato", o di "chiunque ne abbia interesse". Mentre il creditore ha la legittimazione attiva per il solo fatto di essere creditore, il p.m. sembra ricavare il suo potere solo al compimento di determinati accadimenti»⁴⁴. L'art. 6 legge fall. costituirebbe, dunque, una **norma descrittiva** o, se si

³⁸ PANZANI, *La riforma delle procedure concorsuali. Il secondo atto*, 2006, in www.ilquotidianogiuridico.it; BONGIORNO *La riforma del procedimento dichiarativo*, in DIDONE A. [a cura di], *La riforma della legge fallimentare*, 2009, 312. FABIANI, *L'istruttoria prefallimentare*, in *Il Fallimento*, 1994, 493; FABIANI, Pubblico ministero, iniziativa di fallimento e potere di impugnazione, in *Il Fallimento*, 2007, 770; PACCHI, *La dichiarazione di fallimento*, in A. Maffei Alberti (a cura di), *Diritto fallimentare*, Bologna, 2002, 73; BONFATTI-CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2004, 41; FERRO, *L'istruttoria pre-fallimentare*, Torino, 2001, 67; DIMUNDO, *L'iniziativa per la dichiarazione di fallimento*, in AA.VV., *Diritto fallimentare*, Milano, 1996, 266; LO CASCIO, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Milano, 2002, 62; BONSIGNORI, *Il fallimento*, in F. Galgano (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, Padova, IX, 1986, 527. Nello stesso senso Cass. Civ., Sez. 1, Sentenza n. 15407 del 05/12/2001, Rv. 550895, osservava: «Si discute in dottrina se il potere del pubblico ministero abbia carattere generale o sia limitato alle sole ipotesi di cui all'art. 7 legge fall., il quale dispone che, quando l'insolvenza risulta dalla fuga o dalla latitanza dell'imprenditore, dalla chiusura dei locali dell'impresa, dal trafugamento, dalla sostituzione o dalla diminuzione fraudolenta dell'attivo da parte dell'imprenditore, il Procuratore della Repubblica che procede contro l'imprenditore deve richiedere il tribunale competente per la dichiarazione di fallimento. Ritiene il collegio che l'iniziativa del pubblico ministero non sia limitata alle ipotesi previste dall'art. 7. Questo, come osserva autorevole e condivisibile dottrina, non ha lo scopo di limitare il potere di iniziativa del pubblico ministero di cui all'art. 6, ma quello diverso di rendere doverosa la presentazione del ricorso per la dichiarazione di fallimento, quando lo stato di insolvenza del debitore risulti dai casi previsti dall'art. 7. In ogni caso questa corte ha già affrontato il problema, affermando che la facoltà di chiedere il fallimento, di cui all'art. 6 della legge fall., non costituisce per il pubblico ministero esercizio di un potere di azione, ma si risolve in una denuncia al tribunale perché provveda d'ufficio (cfr. in tal senso anche Cass. n. 9884 del 1995)».

³⁹ PACILEO, *op. cit.*

⁴⁰ PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, 3^a ed., Giuffrè, 1986, p. 111; FERRO, *Piano di risanamento non eseguito, desistenza del creditore istante, ricorso del p.m. e fallimento d'ufficio: le modalità di apertura e prosecuzione istruttoria dell'indagine sull'insolvenza*, in *Fall.*, 2000, p. 324; FERRO, *Legge fallimentare*, Commentario teorico-pratico, 2007, pag. 50; GIOVETTI e CONCA, *La dichiarazione*, *cit.*, p. 69.

⁴¹ FABIANI, *Nota a Cass. 5 dicembre 2001*, in *Foro it.*, 2002, I, c. 375.

⁴² PANZANI, *La riforma delle procedure concorsuali. Il secondo atto*, 2006, in www.ilquotidianogiuridico.it.

⁴³ Per tale tesi l'iniziativa del pubblico ministero poteva realizzarsi solo in presenza di fatti penalmente rilevanti o comunque delle situazioni previste dall'art. 7 legge fall., disposizione confermativa dei poteri genericamente enunciati dall'articolo 6: cfr. JORIO, *Le crisi d'impresa*, in *Il fallimento*, Milano, 2000, 244; GUGLIELMUCCI, *Lezioni di diritto fallimentare*, Torino, 2004, 38; BONGIORNO, *La dichiarazione di fallimento*, in G. Ragusa Maggiore - C. Costa (diretto da), *Le procedure concorsuali. Il fallimento*, Torino, 1997, 287; FERRARA, *Il fallimento*, Milano, 1989, 227; VASSALLI, *Diritto fallimentare*, Torino, I, 1994, 116; PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1986, 110.

⁴⁴ Così SANTANGELI, *op. cit.*, che soggiunge: «Non ritengo che si possa leggere l'art. 6 l.f. come una disposizione che attribuisce un potere generale al p.m. di agire in ogni ipotesi in cui lo ritenga, e che l'art. 7 manifesti invece una esemplificazione, o una manifestazione ulteriore di doverosità nella condotta del p.m.; la lettera dell'art. 7 l.f. credo non possa invece che essere letta come chiara manifestazione delle uniche ipotesi in cui la richiesta del pubblico ministero è ammessa oggi dalla legge fallimentare. Ne consegue, ad esempio, che una richiesta del p.m. in ipotesi non ricomprese nelle

vuole, **meramente anticipatoria** dei casi di legittimazione attiva del pubblico ministero previsti dall'art. 7 legge fall.⁴⁵.

Si tratta di **convincimento non unanime**, contraddetto da parte della dottrina che, pur dopo la riforma del 2006, ha sostenuto che l'iniziativa del pubblico ministero è solo esemplificativamente descritta dall'art. 7 legge fall., trovando fonte primaria nell'art. 6 legge fallimentare⁴⁶. La terzietà del giudice, garantita con l'attribuzione al pubblico ministero della prerogativa di esclusivo organo giudiziario che dà impulso a tutte le segnalazioni che non si concretano nell'iniziativa delle parti private (debitore e creditore), si coniuga con il **rinvigorito ruolo dell'organo inquirente** la cui importanza è *«accresciuta dal fatto che non sono stati introdotti nella legge fall. istituti di allerta dell'insolvenza, il che fa del PM il titolare dell'unico strumento di emersione di essa, come necessario contrappeso alla sostanziale privatizzazione della fase di apertura del fallimento»*⁴⁷. In questo contesto, il pubblico ministero non è più un mero organo di impulso esterno al giudice che procede, ovvero un semplice segnalatore per un giudice che, del resto, non può più procedere di ufficio e, quindi, non potrebbe svolgere alcuna iniziativa istruttoria. Per contro, proprio l'abolizione dei poteri officiosi del giudice legittima il pubblico ministero quale **parte processuale e collettore delle segnalazioni** provenienti dai procedimenti civili e penali⁴⁸. Dalla titolarità di un potere di impulso processuale di intensità diversa dalla titolarità di un potere di azione in senso stretto spettante al creditore⁴⁹, si è giunti, dunque, ad attribuirgli uno **speciale diritto di azione**, in linea con le norme di diritto comune che gli riconoscono l'iniziativa nel processo civile (artt. 2709 c.c., 69 c.p.c.)⁵⁰. La richiesta del pubblico ministero mantiene dunque, pur dopo la riforma, il valore di **domanda giudiziale**, secondo le definizioni formulate vigente la vecchia disciplina⁵¹.

Del resto, l'**art. 238 legge fall.**, citato in precedenza e non interessato dalla riforma, qualifica come domanda la richiesta per ottenere la dichiarazione di fallimento e riferisce l'inizio dell'azione penale iniziativa non soltanto ai casi dell'art. 7 legge fall., ma ad **ogni altro caso in cui concorrano gravi motivi e già esista o sia contemporaneamente presentata domanda** per ottenere la dichiarazione di fallimento. La disposizione ha confortato l'opinione dell'esistenza di un **potere di iniziativa scisso dai casi di cui all'art. 7 legge fall.** in caso di *“concorso di gravi motivi”*; se questi ultimi giustificano l'esercizio anticipato dell'azione penale, infatti, tanto più dovrebbero legittimare la domanda di fallimento collegata alla prima. Proprio l'art. 238 legge fall. confermerebbe la generale legittimazione del pubblico ministero ad assumere l'iniziativa ai fini della dichiarazione di fallimento quale elemento imprescindibile per l'esercizio anticipato dell'azione penale⁵². Sotto questo profilo, a ben vedere, il **richiamo non**

fattispecie di cui all' art. 6 e 7 l. f. dovrà condurre al rigetto della richiesta di fallimento quando il p.m. è l'unico richiedente». In linea con questa opinione si vedano: AULETTA L'iniziativa per la dichiarazione di fallimento (specie del creditore sedicente o non legittimato o rinunciante), Fall., 2010, 140; FILIPPI, Il processo prefallimentare, G.mer., 2007, 3; MINUTOLI, Riflessioni sul potere di azione del pubblico ministero tra vecchia e nuova legge fallimentare, Fall., 2006, 1196.

⁴⁵ FABIANI, *Commento sub artt. 6-7 legge fall.*, Comm. Jorio-Fabiani, Bologna, 2006, I, 146.

⁴⁶ FERRO, *La terzietà spettatrice del giudice dell'insolvenza: le segnalazioni al pubblico ministero e l'iniziativa per la dichiarazione di fallimento*, C.g., 2009, 934.

⁴⁷ Così FERRO, *L'istruttoria pre-fallimentare e l'iniziativa del P.M.*, op. cit.

⁴⁸ CAVALLI, in Comm. Jorio – Fabiani, Bologna, 2006, 42-43.

⁴⁹ ANDRIOLI, *Fallimento* (dir. priv.), Enc. D., XVI, Milano, 1967, 264-462.

⁵⁰ In tal senso FERRO, *L'istruttoria pre-fallimentare e l'iniziativa del P.M.*, cit.; FERRO M., *L'istruttoria prefallimentare*, Torino, 2001; D'AQUINO, *Questioni in tema di dichiarazione d'ufficio del fallimento*, Fall., 2003, 11021107. Secondo molti autori, pur dopo la riforma e l'eliminazione dei poteri officiosi del tribunale, l'art. 6 legge fall. attribuirebbe al PM di un **potere generale, equiparato a quello delle altre parti private** e l'iniziativa del PM apparirebbe solo descritta esemplificativamente nell'art. 7 legge fall., con obbligatorietà in quelle sole ipotesi, trovando invece la sua **fonte primaria** nell'art. 6, in cui il PM figura, senza limiti apparenti, come **titolare di una piena legittimazione**. Egli dunque potrebbe proporre la domanda di fallimento secondo un potere generale, al pari di ogni creditore (cfr. FERRO, *La terzietà spettatrice del giudice dell'insolvenza*, op.cit., 934).

⁵¹ Corte di Cassazione 7 marzo 2007, n. 5220, cit.

⁵² DI VIZIO, *Bancarotte: le responsabilità penali collegate alla crisi d'impresa*, reperibile all'indirizzo <http://www.osservatorio-oci.org.>, ricostruisce ragione, funzione e condizioni di operatività dell'art. 238 cit.: «L'articolo 238,

appare dirimente. I gravi motivi indicati dall'art. 238 l.fall., sebbene non dettagliati ed apparentemente atipici, sono **collegati essenzialmente a fatti di reato** e comunque a vicende di rilevanza penale, tali da giustificare l'esercizio dell'azione penale. Volendo individuare in essi ulteriori situazioni legittimanti la richiesta del pubblico ministero e non situazioni diverse (di interesse solo per l'anticipazione dell'esercizio dell'azione penale rispetto alla comunicazione della sentenza di fallimento ex art. 17 legge fall.) si dovrebbe riconoscere che le stesse sono per lo più **già riconducibili alla casistica dell'art. 7 legge fall.**, specie quelle indicate al numero 1 della disposizione («quando l'insolvenza risulta nel corso di un procedimento penale, ovvero dalla fuga, dalla irreperibilità o dalla latitanza dell'imprenditore, dalla chiusura dei locali dell'impresa, dal trafugamento, dalla sostituzione o dalla diminuzione fraudolenta dell'attivo da parte dell'imprenditore»). Alcune delle ipotesi previste dall'art. 7 legge fall. corrispondono a situazioni di contenuto esteso, come la scoperta dell'insolvenza nel corso di un procedimento penale (cfr. *infra*).

Parimenti può dirsi per la legittimazione del pubblico ministero ad avanzare **ex art. 173, comma 2**, legge fall. la richiesta di fallimento all'esito del procedimento di revoca dell'ammissione del concordato preventivo. La più parte delle situazioni che giustificano l'apertura di tale procedimento (si pensi all'occultamento o alla dissimulazione da parte del debitore di parte dell'attivo, la dolosa omissione della denuncia di uno o più crediti, l'esposizione di passività insussistenti, la commessione di altri atti di frode) integra vicende di rilevanza penale (bancarotte concordatarie improprie, patrimoniali, documentali e societarie ex art. 236, comma 1 e 2, legge fall.) suscettibili di originare l'instaurazione di un procedimento penale e, dunque, la situazione già tipizzata dall'art. 7, n.1, legge fallimentare. Non mancano altre evenienze che legittimano la revoca senza corrispondere a situazioni di contenuto penale o tipizzato dall'art. 7 *cit.* (come il compimento da parte del debitore durante la procedura di concordato di *atti non autorizzati* a norma dell'articolo 167, o l'accertamento dell'assenza delle *condizioni prescritte per l'ammissibilità* del concordato); possibili utili segni

comma 2, L.F., consente, ai soli fini procedurali, di anticipare l'iniziativa del Pubblico Ministero, rispetto ai termini naturali propri del diritto penale sostanziale. In deroga a quanto previsto dall'art. 238, comma 1, L.f., la disposizione permette uno scollamento tra la consumazione del reato e la sua persecuzione giudiziale. «L'esercizio "anticipato" dell'attività processuale è, comunque, imposta al Pubblico Ministero, nell'ambito rigidamente circoscritto da tre limitazioni: tipologia della fattispecie (la norma accenna testualmente alla L. Fall., soli artt. 216, 217, 223, 224, riferimento che, per quanto riguarda i casi di restrizione della libertà, non può che avere carattere tassativo); le ipotesi della L. Fall., precedente art. 7, o altro grave motivo; il già esistente o il contemporaneo inoltro dell'istanza di fallimento)» (Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. 16000 del 10/02/2012 Cc., dep. 26/04/2012, Rv. 252309). La norma, come riconosciuto dall'unanime dottrina, rappresenta una deroga ai principi generali, consentendo l'esercizio della attività repressiva penale prima della dichiarazione di fallimento e, quindi, in epoca antecedente alla consumazione del delitto. La ragione della disposizione è agevolmente rinvenibile nell'esigenza di interrompere comportamenti la cui protrazione, alla luce della già maturata insolvenza, renda definitivo o più dannoso l'esito della condotta delittuosa, atteso quello che si prospetta come inevitabile ed imminente perfezionamento del momento consumativo. Da tanto discende che il legislatore ha dato rilevanza, per i limitati (ma per nulla irrilevanti) fini di ordine processuale, non già al fatto illecito, completo in tutti i suoi elementi, bensì anche soltanto a meri profili di probabile lesione agli interessi dei creditori, in seno ad una condotta che è ancora carente del crisma giudiziale dichiarativo dell'insolvenza (ed indefettibile premessa alla procedura concorsuale). In siffatto contesto, la Corte di Cassazione ha ritenuto ammissibile l'emissione di misure cautelari, non ritenendo che la mancata consumazione del delitto si risolva in un ostacolo incompatibile con la nozione di "gravi indizi di colpevolezza", quali richiesti dall'art. 273 cod. proc. pen., comma 1 (Cass. Pen., Sez. 5, 19 dicembre 2005 n. e 16 aprile 2007; Id., 17.09.2015, n. 43082; Id., 09-11-2005, n. 43871, rv. 232731 per le misure cautelari reali). In particolare, la Corte di legittimità (sentenza n. 8363/2005) ha chiarito che in virtù del ricordato art. 238 L. Fall. l'azione penale, per una delle ipotesi di reato fallimentare specificamente previste, può essere esercitata anche prima della declaratoria di fallimento nel caso previsto dall'art. 7, ossia in presenza dello stato di insolvenza desunto dagli indici normativamente previsti, e in ogni altro caso in cui concorrano gravi motivi e già esista o sia contemporaneamente presentata domanda per ottenere la dichiarazione anzidetta. La formula "esercizio dell'azione penale" deve essere letta alla luce del nuovo codice di rito che ha collocato l'esercizio dell'azione penale al termine della fase delle indagini preliminari. Alla stregua della disciplina codicistica, e segnatamente degli artt. 326 e 405 del codice di rito, la locuzione deve oggi intendersi nel senso della possibilità di espletamento di tutte le indagini necessarie ai fini delle valutazioni e determinazioni funzionali all'esercizio dell'azione penale. Poiché non vi è coincidenza tra quest'ultimo momento e l'adozione di misure cautelari personali, risulta evidente che, pur in mancanza di dichiarazione di fallimento, le stesse esigenze di cautela, sottese alla previsione dell'anticipato esercizio dell'azione penale, nel senso dianzi specificato, possano giustificare l'adozione di misure cautelari personali durante la fase delle indagini preliminari (cfr. anche da Cass. Pen., Sez. 1, 15/10/1993, n. 4191, rv. 195570)».

dell'esistenza di un potere generale del pubblico ministero, declinato ma non fondato dalla specifica disposizione, meramente esemplificativa della previsione dell'art. 6 legge fallimentare. Né vanno dimenticati il potere di iniziativa del pubblico ministero pur nel contesto degli altri sub-procedimenti originati *dalle situazioni di "crisi" della procedura concordataria*, in concomitanza con provvedimenti giudiziali con i quali viene dichiarata l'inammissibilità della domanda di concordato (art. **162, comma 2**, e 161, comma 5, legge fall.), respinta l'omologazione del concordato (art. **180, comma 7**, legge fall.), disposta la risoluzione o l'annullamento (art. **186** legge fall., almeno ove si assuma l'ampia assimilazione alla disciplina ex art. 173 legge fall.), nonché in dipendenza del contegno dei creditori, i quali non approvino la proposta del concordato (art. **179** legge fall. che richiama l'art. 162, comma 2, legge fall.).

Conforta l'opinione dell'esistenza di una legittimazione generale del pubblico ministero, pure fuori della casistica ex art. 7 legge fall., l'art. **63 d.lgs. n. 159/2011**. Tale norma, infatti, ammette la presentazione di una richiesta di fallimento da parte del pubblico ministero in presenza della segnalazione dell'amministratore giudiziario dell'esistenza dei presupposti per la dichiarazione di fallimento dell'imprenditore i cui beni aziendali siano sottoposti a sequestro o a confisca. La previsione si pone nel contesto di *misure patrimoniali di prevenzione* già in essere, la cui adozione, in linea con la logica preventiva che pervade il relativo sistema, *non richiede la previa commissione di reati* dell'imprenditore proposto. Anche tale legittimazione, pur speciale, avvalorata il convincimento di una generale legittimazione del pubblico ministero, fuori da conosciuti ambiti di stretta ed inevitabile rilevanza penale ex art. 7, n.1, legge fall., in presenza di un interesse pubblico ineliminabile che, per il confliggere di interessi contrapposti, un contesto meramente privatistico potrebbe non tutelare appieno. Paradigmatico, in tal senso, anche l'art. **82 del d.lgs. n. 385/1993** (e le norme che più o meno esplicitamente si richiamano ad esso, come l'art. 57 del d.lgs. n. 58/1998 e l'art. 248 del d.lgs. n. 209/2005), disposizione che, in ragione del preminente interesse generale alla tutela del credito e del risparmio e della conseguente necessità di un rafforzamento dei controlli pubblici, non prevede i limiti prescritti dall'art. 7 legge fallimentare.

In conclusione, il **quadro non è affatto perspicuo**. Ognuna delle previsioni sopra esaminate può assumere *significato ambivalente*: riprova e declinazione del principio sistematico della legittimazione generale, ovvero, all'opposto, espressione della deroga, di stretta applicazione, alla regola dell'art. 7 legge fall., identificativa e limitatrice dei casi della legittimazione. Ne è testimonianza l'esperienza giurisprudenziale seguita alla riforma. La Corte di legittimità, pur non avendo affrontato *ex professo* la questione, ha offerto indicazioni distoniche rispetto all'esistenza di una legittimazione generale del pubblico ministero, ad esempio, riconoscendo ragioni di specialità della previsione dell'art. 82 TUB e, per contro, la sussistenza di ragioni sistematiche a favore dell'ampliamento dello spettro della legittimazione del pubblico ministero a tutti i casi nei quali l'organo abbia istituzionalmente appreso la *notitia decoctionis*. Nel primo senso, nel condividere l'opinione che la disciplina della legittimazione del pubblico ministero a promuovere l'accertamento dello stato d'insolvenza delle banche sia contenuta nell'art. 82 TUB, quale norma speciale di settore, la Corte (Cass. Civ., Sez. 1, sentenza n. 14555 del 26/06/2014, rv. 631385) ha ritenuto non convincente la tesi secondo cui a tale legittimazione si applicherebbero gli stessi limiti previsti in generale, quanto alla richiesta di fallimento formulata dal pubblico ministero, dal riformato art. 7, legge fallimentare. La soluzione offerta muove dal riconoscimento esplicito che *«il mancato adeguamento, da parte del legislatore, della norma speciale alla modifica della disciplina generale del fallimento rivela, piuttosto, la volontà di tener ferma la prima norma; volontà che, del resto, ben si giustifica, data proprio la qualità delle imprese bancarie, con la considerazione del preminente interesse generale alla tutela del credito e del risparmio, con la connessa stabilità dei mercati finanziari, che a più forte ragione giustificano il rafforzamento dei controlli pubblici e, dunque, l'iniziativa del PM lasciata*

*in vita anche dall'art. 202, L. Fall., pur dopo la riforma, per le imprese in generale». Per altro ordine di considerazioni (Cassazione civile, Sez. I, 15 maggio 2014, n. 10679) pur sostenendo il carattere alternativo delle ipotesi introdotte dall'espressione "ovvero" di cui al n. 1) dell'art. 7, della legge fall. (ciò che giustifica la loro rilevanza, anche quando non siano necessariamente esemplificative né di fatti costituenti reato né della pendenza di un procedimento penale, che può anche mancare: Cass. 21 aprile 2011, n. 9260), la giurisprudenza di legittimità vi ha individuato il segno della «volontà legislativa, una volta venuta meno la possibilità di dichiarare il fallimento d'ufficio, di ampliare lo spettro della legittimazione del P.M. a **tutti i casi nei quali l'organo abbia istituzionalmente appreso la notizia decoctionis**. Tale soluzione si salda logicamente, in un disegno unitario, con l'ampia previsione di cui alla medesima l. fall., art. 7, n. 2 che fa riferimento al procedimento civile "senza limitazioni di sorta", come rilevato dalle Sezioni Unite di questa Corte (sentenza n. 9409 del 18 aprile 2013) e trova conforto nella puntualizzazione espressa dalla Relazione allo schema di decreto legislativo recante la riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali, secondo cui la modifica normativa "fa riferimento a qualsiasi notizia decoctionis emersa nel corso di un procedimento penale». In occasione della sentenza n. 9409 del 18/04/2013, Rv. 626429, resa a Sezioni Unite, ancora, la Corte regolatrice ha espressamente rilevato che l'art. 7 legge fall. richiama il potere di iniziativa del pubblico ministero per la dichiarazione di fallimento, osservando, incidentalmente, che esso è «riconosciuto **in via generale** dalla L. Fall., art. 6».*

5. Le condizioni dell'iniziativa ex art. 7, n. 1, legge fall. : l'insolvenza percepita dal P.M.

L'art. 7, n. 1, legge fall. (così sostituito dall'art. 5, comma 1, D.Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5) stabilisce che «*il pubblico ministero presenta la richiesta di cui al primo comma dell'articolo 6, quando l'insolvenza risulta nel corso di un procedimento penale, ovvero dalla fuga, dalla irreperibilità o dalla latitanza dell'imprenditore, dalla chiusura dei locali dell'impresa, dal trafugamento, dalla sostituzione o dalla diminuzione fraudolenta dell'attivo da parte dell'imprenditore*».

Il riferimento alla pendenza di un **procedimento** penale favorisce l'opzione ermeneutica che ammette l'iniziativa del pubblico ministero sin dall'insorgere delle *indagini preliminari*, a seguito dell'iscrizione della notizia di reato negli appositi registri ex art. 335 c.p.p., prima del passaggio alla *fase processuale*, introdotta dall'esercizio dell'azione penale ex art. 405 c.p.p.

Se la richiesta del pubblico ministero deve **indicare i riferimenti del procedimento penale** dal quale origina la legittimazione per l'azione concorsuale, esigenze di salvaguardia della segretezza investigativa ex art. 329 c.p.p. persuadono ad esigere un *grado di dettaglio limitato*, anche in merito al collegamento tra genesi, contenuto della verifica penale ed emersione indiziaria della insolvenza. Appare imprescindibile, in ogni caso, la specificazione nel corpo della richiesta del *numero del procedimento penale scaturigine* dell'iniziativa.

Costituisce questione dibattuta se sia necessario, o meno, che il procedimento penale legittimante l'iniziativa del pubblico ministero sia rivolto (solo o comunque anche) **nei confronti del fallendo** ovvero se possa interessare esclusivamente **altre persone, pure non identificate**.

Secondo una prima opzione "riduzionista", cui ha aderito anche parte della giurisprudenza di merito, la limitazione alle sole evenienze di procedimenti penali contro il fallendo risulterebbe coerente con l'interesse preminente del pubblico ministero, identificato nella persecuzione dei reati fallimentari, variamente evocati dall'art. 7 legge fallimentare. Secondo la tesi "espansiva", per contro, la lettera della norma non

precluderebbe al pubblico ministero di gestire la conoscenza di accadimenti ufficialmente appresi in seno alle indagini istituzionalmente svolte⁵³.

La Corte di Cassazione ha preferito quest'ultima opzione, assumendo che il «*il P.M. è legittimato a chiedere il fallimento dell'imprenditore **anche** se la "notitia decoctionis" sia stata da lui appresa nel corso di indagini svolte **nei confronti di soggetti diversi dall'imprenditore medesimo***»⁵⁴. A conforto di questo convincimento è stata adottata la **volontà legislativa** la quale, tenute presenti le ipotesi alternative previste dall'art. 7, primo comma, n. 1, legge fall. e venuta meno la possibilità di dichiarare il fallimento d'ufficio, orienterebbe «*chiaramente nel senso di **ampliare la legittimazione del P.M. alla presentazione della richiesta per dichiarazione di fallimento a tutti i casi nei quali l'organo abbia istituzionalmente appreso la "notitia decoctionis"***». Tale soluzione interpretativa trova conforto sia nella previsione dell'art. 7, primo comma, n. 2, legge fall., che si riferisce al procedimento civile senza limitazioni di sorta, sia nella Relazione allo schema di d.lgs. di riforma delle procedure concorsuali, che fa riferimento a qualsiasi «*notitia decoctionis*» emersa nel corso di un procedimento penale.

Mantenendo ferma questa ispirazione interpretativa, la Corte di legittimità⁵⁵ ritiene che il pubblico ministero sia legittimato a chiedere il fallimento dell'imprenditore, ai sensi dell'art. 7, n. 1, legge fall., anche se la «*notitia decoctionis*», da lui appresa nel corso di indagini svolte nei confronti di soggetti diversi o collegati all'imprenditore medesimo, sia stata approfondita, sul piano investigativo, **dopo che siano già state formulate le proprie richieste in sede penale**, ove tali approfondimenti non costituiscano una nuova e arbitraria iniziativa d'indagine, ma si caratterizzino come uno sviluppo di essa, collegato strettamente alle sue risultanze, per quanto non complete, già acquisite nel corso dell'indagine penale. In particolare, «*non è necessaria la contestualità delle indagini penali dalle quali emerga la notitia decoctionis e quelle volte ad approfondire quest'ultima*, essendo necessario e bastevole che la seconda sia nata dalle prime e che non sia arbitrario il suo approfondimento in quanto tra l'una e le altre vi sia rapporto di evidente e stretta connessione».

Controverso è il **rapporto tra la rilevazione dell'insolvenza e le situazioni espressamente enucleate dall'articolo 7, comma 1, legge fall.** ai fini della presentazione della richiesta di fallimento. In proposito, si possono articolare tre ipotesi ricostruttive: (i) la necessaria *compresenza della rilevazione indiziaria* (ovvero del pericolo) dell'insolvenza e di (almeno) una delle *distinte situazioni* previste dalla disposizione, limitando l'iniziativa del pubblico ministero ad ipotesi determinate e gravi⁵⁶; (ii) la presenza del *solo rischio di insolvenza, identificato per via normativa* al

⁵³ Gli aggettivi sono mutuati da SANTANGELI, *op. cit.*

⁵⁴ Così Cass. Civ. Sez. 1, sentenza n. 10679 del 15/05/2014, Rv. 631382 (nella specie è stata ritenuta la legittimazione del P.M. a presentare la richiesta di fallimento nei confronti di una società avendo appreso dell'insolvenza della stessa nel corso di un procedimento penale pendente a carico di altre società del gruppo di cui faceva parte). Nello stesso senso Cassazione civile, sez. 1, 05 Ottobre 2015, n. 19797. Est. Didone; Id., n. 2228/2017; cfr. anche Corte di Appello di Venezia 14 luglio 2016 est. Di Francesco (reperibile reperibile all'indirizzo <http://www.ilcaso.it>) che assume che la legittimazione del pubblico ministero alla richiesta di fallimento ex art. 7 n. 1 l. fall. sussiste anche nel caso in cui l'indagine penale riguardi soggetti diversi dall'imprenditore e pure se vi sia rinuncia alla domanda di concordato preventivo con conseguente perdita di legittimazione dell'organo inquirente ai sensi degli artt. 162, 173, 179 e 180 legge fallimentare.

⁵⁵ Cfr. Cass. Civ. Sez. 6 - 1, Sentenza n. 8977 del 05/05/2016, Rv. 639564. Nella specie, la Suprema Corte ha ritenuto legittima l'iniziativa del P.M., intrapresa a seguito di indagini della Guardia di finanza sulla situazione patrimoniale e finanziaria della società ricorrente ed espletate, *in epoca successiva all'esercizio dell'azione penale*, sulla base della documentazione acquisita e delle indicazioni ricevute dal proprio consulente. In particolare, risultava che il P.M. avesse richiesto alla Guardia di Finanza di fornire informazioni sulla situazione patrimoniale e finanziaria della società reclamante, dopo aver trasmesso gli atti al GIP, formulando le richieste nei confronti degli imputati, dopo che il proprio consulente aveva allegato la segnalazione ricevuta dalla Banca d'Italia circa le anomale relazioni tra un gruppo societario cui apparteneva la società della quale chiesto il fallimento, definito come «*in palese stato d'insolvenza*», ed un istituto di credito, «*profilando possibili ipotesi di bancarotta fraudolenta*».

⁵⁶ SANTANGELI, *op. cit.*, osserva: «Ad essa va la mia preferenza, a condizione di una correlata interpretazione estensiva delle fattispecie tipiche indicate nella disposizione, solo parzialmente modificata sul punto nella riforma del 2006, che ha già anche essa ampliato introducendo la nozione di irreperibilità; la disposizione non ha il divieto di interpretazione analogica poiché non è a carattere penale, e ben logicamente può ben a livello ermeneutico essere attualizzata alle fattispecie che oggi rappresentano quell'elevato allarme sociale rappresentato dai comportamenti espressamente indicati ai tempi della

verificarsi di *una delle fattispecie* previste dalla seconda parte del n. 1 dell'art. 7, legge fall. (fuga, irreperibilità o latitanza dell'imprenditore, chiusura dei locali dell'impresa, trafugamento, sostituzione o diminuzione fraudolenta dell'attivo da parte dell'imprenditore), senza onerare il pubblico ministero di valutazioni preventive circa l'esistenza degli altri presupposti per la dichiarazione di fallimento⁵⁷; (iii) *la sufficienza del riconoscimento della sola situazione di insolvenza*, confinando le fattispecie tipiche indicate analiticamente nella seconda parte del periodo del n. 1 dell'art. 7, legge fall. a condotte esemplificative meramente eventuali, di natura sintomatica, volte a stimolare l'analisi del pubblico ministero in funzione della presentazione della richiesta di fallimento.

La **Corte di Cassazione** ritiene saldamente che *«in tema di iniziativa del P.M. per la dichiarazione di fallimento, ai sensi dell'art. 7, n. 1, legge fall., la doverosità della sua richiesta può fondarsi sulla risultanza dell'insolvenza, **alternativamente, sia dalle notizie proprie di un procedimento penale pendente, sia dalle condotte, del tutto autonome indicate in tal modo dalla congiunzione "ovvero" di cui alla norma che non sono necessariamente esemplificative né di fatti costituenti reato né della pendenza di un procedimento penale, che può anche mancare**»*⁵⁸. Ad avviso della Corte l'espressione "ovvero" di cui all'art. 7 n. 1 legge fall., *«ha il valore semantico suo proprio, che indica ipotesi alternativa, disgiunta da altra parte perché ad essa non omologa o comunque in essa non compresa»*. Con tale ultima pronuncia, richiamando il principio della sentenza n. 9260/2011, è stato rigettato il ricorso presentato dalla società dichiarata fallita contro la sentenza della Corte di appello che aveva respinto il suo reclamo. Nel caso di specie, l'istanza di fallimento era stata presentata dal pubblico ministero sul presupposto dell'esistenza di un *concreto pericolo di fuga* dell'imprenditore, confermato dal *trasferimento all'estero della sede sociale*, deliberato a seguito di una previa procedura pre-fallimentare. Sussisteva, dunque, uno dei fatti indicati all'art. 7, n. 1, legge fall., senza che fosse integrato un reato né pendente un procedimento penale⁵⁹. Ne deriva che *«il P.M. è legittimato a proporre richiesta di fallimento nel caso, collegato alla sua funzione tipica, in cui abbia attinto la notizia decotiois dalle indagini assunte nell'ambito di un procedimento penale pendente, o, in alternativa, se l'abbia desunta dalla condotta dell'imprenditore estrinsecatasi nei fatti tipizzati dall'art. 7 comma 1, non necessariamente integranti ipotesi di reato, verificati anche al di fuori ed a prescindere dalla pendenza di un procedimento penale»*⁶⁰.

legge del 1942. E tuttavia, per quanto oggi possa valere indulgere all'esegesi, l'utilizzo della congiunzione "o" non facilita l'interpretazione proposta». Il legislatore avrebbe conservato nella fase dell'iniziativa non proveniente dalle parti private un *sistema chiuso delle fonti di attivazione* della procedura prefallimentare, riservata a casi espressamente previsti dalla legge. Ciò in linea con quanto auspicato dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità, favorevole a forme di sollecitazione qualificate dei poteri officiosi del giudice (Corte Cost 240/03; Cass. 1876/96) e con il diritto comune, che legittima una tutela giurisdizionale dei diritti proveniente dal P.M. solo ove «la legge lo dispone» (art. 2907 c.c.), dotandolo dell'azione civile «nei casi previsti dalla legge» (art. 69 c.p.c.).

⁵⁷ Opzione che certo sottostima le valutazioni autonome dello pubblico ministero in merito all'esistenza dei presupposti oggettivi e soggettivi del fallimento.

⁵⁸ In tal senso Cass. Civ. Sez. 1, sentenza n. 9260 del 21/04/2011, Rv. 617671. Cfr. anche Cass. 4259/2016.

⁵⁹ Il potere d'azione del P.M., ad avviso della Cassazione deve ritenersi *«ormai sicuramente doveroso, nel caso in cui l'insolvenza emerga nella fase delle indagini condotte in sede penale, o, in alternativa, nelle ipotesi in cui l'emersione della crisi dell'impresa, cui il legislatore della riforma mostra di dedicare particolare attenzione, è per definizione assunta a paradigma legale, pur non essendo quelle condotte necessariamente riconducibili ad un'ipotesi di reato, sì da legittimare l'immediata richiesta di fallimento. La norma in esame, seppure, ha creato "un sistema chiuso di attivazione del procedimento di fallimento", declina il potere del P.M., d'iniziativa, non certo di mera sollecitazione attesa l'abrogazione del fallimento d'ufficio, sulla base di duplice notizia. L'una acquisita autonomamente ed attinta dalle indagini compiute nell'alveo del procedimento penale, l'altra desunta dai fatti materiali catalogati nella norma, di regola, ma non necessariamente esemplificativi del procedimento penale, la cui apertura potrebbero precedere ovvero neppure giustificare come nel caso della chiusura dei locali o dell'irreperibilità dell'imprenditore, ipotesi quest'ultima del tutto nuova, che concludono una condizione di crisi insanabile e non solo transitoria»*.

⁶⁰ Per parte della dottrina (CLEMENTE A.- GISONDI A., in SANDULLI M.-NIGRO A. [a cura di], *La riforma della legge fallimentare*, Torino, 2006, 30-33) alla congiunzione «ovvero», invece, non sarebbe possibile attribuire un significato disgiuntivo, bensì esplicativo di alcune delle manifestazioni di insolvenza nel procedimento penale che possono fondare la richiesta del pubblico ministero.

Ciò induce a ritenere che alcune delle situazioni tipizzate, in quanto percepite dal pubblico ministero nel contesto della propria istituzionale attività, vengano intese secondo un **significato “meta-processual-penalistico”**. È il caso della **fuga**, normalmente interessata dalle valutazioni prognostiche delle esigenze cautelari ex art. 274, comma 1, lett. b, c.p.p. e della misura pre-cautelare del fermo ex art. 384 c.p.p., ma nel testo dell'art. 7 legge fall. identificativa, oltre che della condizione del soggetto sottrattosi alle ricerche della giustizia penale, di colui che, allontanandosi fisicamente, si ponga concretamente al riparo dalla responsabilità patrimoniale ex art. 2740 c.c., con profili di parziale sovrapposizione rispetto all'**irreperibilità** (situazione legittimante non prevista dalla precedente versione della norma). Se appare connotato da significato penalistico l'espressione **“latitanza”** (condizione soggettiva di chi, ai sensi dell'art. 295 c.p.p., volontariamente si sottrae alla custodia cautelare, agli arresti domiciliari, al divieto di espatrio, all'obbligo di dimora o a un ordine con cui si dispone la carcerazione), provviste di connotazione descrittiva sono le ulteriori situazioni della **chiusura dei locali dell'impresa** e del depauperamento dell'attivo realizzato da parte dell'imprenditore con modalità frodatorie e celate, nelle diverse forme del **trafugamento**, della **sostituzione** o della **diminuzione fraudolenta** dell'attivo⁶¹.

Tra i soggetti che possono inoltrare al pubblico ministero **segnalazioni** dell'insolvenza in funzione della presentazione della richiesta di fallimento, ove non si preferisca l'opinione favorevole alla legittimazione generale di quest'ultimo, la legge fallimentare **non** annovera il **giudice amministrativo o tributario**, né il **creditore**, il **collegio sindacale** ed il **consiglio di amministrazione**⁶². Deve, in ogni caso, ritenersi che questi soggetti potrebbero inoltrare al pubblico ministero la denuncia di un reato procedibile d'ufficio ed imporre l'iscrizione di una notizia di reato, creando le condizioni di legittimazione della richiesta di fallimento ex art. 7, n. 1, l.fall⁶³.

6. Le condizioni dell'iniziativa ex art. 7, n. 2, L.F. : l'insolvenza segnalata

In base all'**art. 7, comma 2, legge fall.**, il pubblico ministero presenta la richiesta di cui al primo comma dell'articolo 6 *«quando l'insolvenza risulta dalla segnalazione proveniente dal giudice che l'abbia rilevata nel corso di un procedimento civile»*.

⁶¹MACAGNO, *op. cit.*, in linea con Sez. Unite n. 6070 del 12/03/2013 (Rv. 625323 - 01), segnala la portata speciale e derogatoria dell'art. 10, comma 1, legge fall. (*fictio iuris* per la S.C.), a tutela ai creditori sociali rispetto a *cancellazioni fraudolente dal registro delle imprese*, operate sfruttando l'efficacia tombale ex art. 2495 c.c. ed il conseguente venir meno della legittimazione processuale della società cancellata e del suo legale rappresentante. Se gli imprenditori individuali e collettivi possono essere dichiarati falliti entro un anno dalla cancellazione dal registro delle imprese, in presenza di insolvenza manifestatasi anteriormente alla medesima o entro l'anno successivo, è perché la norma civilistica è derogata dalla norma fallimentare e la società, benché cancellata, continua a vivere, ma solo ai fini della procedura concorsuale e per il periodo limitato di un anno, il cui termine a quo, in forza degli effetti estintivi della cancellazione predicati dalla Suprema Corte, risulta difficilmente sindacabile. «Tuttavia, nella pratica, si verifica spesso che la cancellazione venga effettuata mentre il giudizio, o spesso i numerosi giudizi, di accertamento dei debiti (prevalentemente fiscali, previdenziali e lavoristici) non hanno ancora prodotto titoli esecutivi a favore dei creditori e, nelle more della prosecuzione del giudizio di cognizione, eventualmente dopo una corretta riassunzione nei confronti dei soci, l'anno inevitabilmente decorre. In tale arco temporale, nelle ipotesi di estinzione fraudolenta riconducibili all'ambito dell'art. 7 l.fall., come nel caso di fuga o trasferimento fittizio all'estero, non necessariamente integranti ipotesi di reato, verificati anche al di fuori ed a prescindere dalla pendenza di un procedimento penale, il Pubblico ministero potrà esperire ricorso di fallimento tempestivo, proprio sulla base di una **cancellazione abusiva**, effettuata in virtù di un bilancio da cui non risultino i crediti del creditore denunciante o comunque risultino rapporti non definitivi». Posizione in linea con il pensiero di FIMMANÒ, *Estinzione fraudolenta della società e ricorso di fallimento “sintomatico” del Pubblico ministero*, in *Dir. fall.*, 2013, 757.

⁶² MACAGNO, *op. cit.*, segnala la perdurante mancanza nel nostro sistema normativo di *misure esterne di allerta e prevenzione*, diversamente da altri Paesi, ad iniziare dalla Francia. Situazione che precluderebbe al pubblico ministero di attivarsi nonostante le segnalazioni che dovessero pervenire da soggetti particolarmente qualificati, come gli organi di controllo interni ed esterni all'impresa che si trova in difficoltà economica. L'Autore ricorda nondimeno alcune misure di allerta sorte su base spontaneistica, come i protocolli tra alcune Procure della Repubblica e gli Uffici territoriali dell'Agenzia delle Entrate: in base ad esse le Agenzie allertano il Pubblico ministero quando il mancato versamento dell'IVA o delle ritenute operate sulle retribuzioni dei lavoratori dipendenti supera importi penalmente rilevanti. Il Pubblico ministero, di conseguenza, procede alla richiesta di dichiarazione di fallimento, motivata ai sensi dell'art. 7, n. 1) legge fallimentare. Cfr. CAVALLI, in S. Ambrosini (a cura di), *La riforma della legge fallimentare: profili della nuova disciplina*, Bologna, 2006, 43.

⁶³ Così SANTANGELI, *op. cit.*

Come confermano le Sezioni Unite della Cassazione⁶⁴ «la **"ratio"** della disposizione va individuata nell'intento di favorire quanto più possibile un ampio flusso informativo alla Procura della Repubblica, in ragione dell'interesse pubblico alla **tempestiva instaurazione di una procedura concorsuale** ove ne ricorrano i presupposti». La relazione illustrativa al decreto legislativo di riforma della legge fallimentare sottolinea, in tal senso, che «la soppressione della dichiarazione di fallimento di ufficio risulta bilanciata dall'affidamento al Pubblico Ministero del potere di dar corso all'istanza di fallimento su segnalazione qualificata proveniente dal giudice al quale, nel corso di un qualsiasi procedimento civile, risulti l'insolvenza dell'imprenditore».

Anzitutto, è testuale la limitazione al **giudice civile** della facoltà di inoltrare la segnalazione. **Non** è legittimato per questa via (salvo quanto detto *supra*) il **giudice tributario, contabile o amministrativo**. Deve trattarsi, inoltre, di giudice civile **chiamato a decidere**, restando estranea la situazione, ad esempio, del pubblico ministero interveniente in un processo civile.

La dottrina ha dibattuto lungamente sulla ammissibilità della segnalazione al pubblico ministero da parte del **giudice fallimentare**. Infatti, se ne assumeva controversa la natura di giudice civile, nonché esposta a pericolo di compromissione la sua terzietà nel successivo giudizio volto all'accertamento della sussistenza dei presupposti per la dichiarazione di fallimento.

La stessa giurisprudenza di legittimità ha registrato, al riguardo, **orientamenti ondivaghi**, da ultimo **stabilizzatisi**.

Secondo un'iniziale posizione⁶⁵, non priva di riferimenti sistematici più ampi, l'esigenza di assicurare la terzietà e l'imparzialità del giudice **escluderebbe che l'iniziativa del pubblico ministero** ai fini della dichiarazione di fallimento **possa essere assunta in base ad una segnalazione proveniente dallo stesso tribunale fallimentare**. In tal senso, deporrebbe, «oltre alla soppressione del potere di aprire d'ufficio il fallimento ed alla riduzione dei margini d'intervento del giudice nel corso della procedura, anche il n. 2 dell'art. 7 cit., che limita il potere di segnalazione del giudice civile all'ipotesi in cui l'insolvenza risulti, nei riguardi di soggetti diversi da quelli destinatari dell'iniziativa, in un procedimento diverso da quello rivolto alla dichiarazione di fallimento, nonché dagli interventi correttivi del D.Lgs. 12 settembre 2007, n. 169, che hanno reso totalmente estranea al sistema l'ingerenza dell'organo giudicante sulla nascita o l'ultrattività della procedura»⁶⁶. L'esigenza di assicurare il rispetto del principio costituzionale del giusto processo (art. 111 Cost.), nella declinazione della necessaria terzietà del giudice, dunque, implicherebbe «che nella vicenda portata al suo esame egli non abbia assunto iniziative che lo abbiano in qualche modo impegnato in valutazioni che quel carattere pongano in discussione».

Tale arresto è stato successivamente riconsiderato dalla Corte di legittimità⁶⁷, affermando che «il **P.M. può esercitare l'iniziativa per la dichiarazione di fallimento anche quando la "notitia decoctionis" gli sia segnalata dal tribunale fallimentare, che abbia rilevato l'insolvenza nel corso del procedimento ex art. 15 legge fall.**, poi definito per desistenza del creditore istante, in quanto anche a questo "giudice" e a questo "procedimento civile" si riferisce l'art. 7, n. 2, legge fall., modificato dal D.Lgs. n. 5 del 2006, quando dispone che l'insolvenza deve essere segnalata al P.M. "dal giudice che l'abbia rilevata nel corso di un procedimento civile". Tale interpretazione, conforme ai lavori preparatori della riforma del 2006, non contrasta con i principi di terzietà e imparzialità del giudice, sanciti dall'art. 111 Cost., in quanto **la segnalazione**

⁶⁴ SS.UU. Cass., sentenza n. 9409 del 18/04/2013, Rv. 626429.

⁶⁵ Cass. Civ. Sez. 1, sentenza n. 4632 del 26/02/2009, Rv. 606989.

⁶⁶ In applicazione di tale principio, la Cassazione ha confermato la sentenza impugnata, che aveva dichiarato nulla la dichiarazione di fallimento intervenuta ad iniziativa del P.M., al quale il tribunale fallimentare aveva trasmesso gli atti a seguito della desistenza del creditore dalla propria istanza.

⁶⁷ Cass. Civ., Sez. 1, Sentenza n. 9857 del 15/06/2012, Rv. 622854; Id., 9781/2012, Id. 9858/2012.

è un atto "neutro", privo di contenuto decisorio e assunto con valutazione "prima facie", potendo sempre il tribunale, all'esito dell'istruttoria prefallimentare e a cognizione piena, respingere la richiesta del P.M., originata da detta segnalazione». Secondo quanto rimarcato, sia la formulazione letterale della norma che l'intenzione del legislatore avrebbero deposto nel senso indicato. Già in precedenza la Corte Costituzionale aveva chiarito che rimaneva sottratta alla censura di illegittimità ogni ipotesi in cui la dichiarazione di fallimento fosse intervenuta a conclusione di un procedimento avviato da soggetto diverso dal giudice decidente. La Corte delle leggi aveva precisato, con riferimento all'iniziativa officiosa prevista dalla normativa previgente, che questa non si poneva in contrasto con il principio di imparzialità - terzietà del giudice quando questi conservi "il fondamentale requisito di soggetto *super partes* ed equidistante rispetto agli interessi coinvolti", circostanza questa che avrebbe consentito di escludere l'ipotizzato contrasto degli artt. 6 e 8 legge fall. nella precedente formulazione con l'art. 111 Costituzione. L'art. 7 legge fall. stabilisce che l'insolvenza dell'imprenditore può risultare dalla "segnalazione proveniente dal giudice che l'abbia rilevata nel corso di un procedimento civile", senza apporre limitazioni di sorta. E del resto, nella Relazione illustrativa dello schema di decreto legislativo recante la riforma della disciplina delle procedure concorsuali è espressamente specificato che la soppressione della dichiarazione di fallimento di ufficio «*risulta bilanciata dall'affidamento al pubblico ministero del potere di dare corso alla istanza di fallimento su segnalazione qualificata proveniente dal giudice al quale... risulti l'insolvenza dell'imprenditore*», in essi compresi i casi di desistenza dei creditori istanti.

Con pronuncia a **Sezioni Unite** (sentenza n. 9409 del 18/04/2013, Rv. 626429) la Cassazione ha condiviso i principi affermati con le tre decisioni del 2012⁶⁸. La formulazione generale della norma, che riconduce il potere di iniziativa del pubblico ministero alla detta segnalazione senza la previsione di eccezioni di sorta, ad avviso del Supremo Consesso, non consente di escludere dalla relativa previsione le eventuali segnalazioni effettuate nell'ambito di procedure fallimentari. Anzi, le modifiche operate dal legislatore, per quanto certamente in parte sollecitate anche dalla intervenuta soppressione della dichiarazione di fallimento di ufficio, depongono per una *previsione estensiva* rispetto al passato del dovere di segnalazione, essendo stato sostituito il precedente riferimento allo stato di insolvenza risultante in giudizio civile (l. fall., art. 8, previgente) - e quindi non in una procedura prefallimentare - con quello della rilevazione effettuata nel corso di un procedimento civile (l. fall., art. 7), nel cui ambito va certamente annoverata anche quella prefallimentare. Inoltre, anche l'*intenzione storica* del legislatore risulterebbe in sintonia con la formulazione letterale della norma, essendo stato chiaramente specificato che la richiesta di fallimento inoltrata dal pubblico ministero è conseguente alla segnalazione effettuata nell'ambito di qualunque procedimento da cui risulti l'insolvenza, con l'ulteriore precisazione che ciò vale pure nei casi di rinuncia al ricorso per la dichiarazione di fallimento dei creditori istanti. Infine, pur ritenendo incontestabile che il legislatore della riforma abbia inteso "*escludere, in modo assoluto, qualunque dubbio sulla posizione di terzietà del giudice chiamato a rendere la decisione*", tale dubbio non potrebbe dirsi integrato in relazione ai fallimenti dichiarati su istanza del pubblico ministero, a seguito di segnalazione dell'organo giudiziario. Secondo la Cassazione, infatti, **la trasmissione al pubblico ministero della "notitia decoctionis" non ha alcun contenuto decisorio**, nemmeno come esito di una deliberazione sommaria sicché, non essendovi alcuna coincidenza fra il contenuto della segnalazione e l'oggetto della successiva istruttoria conseguente all'iniziativa del pubblico ministero, **non è neppure astrattamente configurabile una violazione dei principi di terzietà e imparzialità del giudice**, intesi come sua equidistanza dall'oggetto del giudizio e dalle parti. A voler ragionare diversamente si dovrebbe

⁶⁸ Nello stesso senso cfr. anche Cass. Civ., Sez. 1 n. 7255/14.

ritenere la segnalazione di insolvenza del giudice, la richiesta di fallimento del P.M. e la successiva decisione di accoglimento del tribunale quali atti facenti parte di un unico procedimento, caratterizzato da una limitazione dei poteri decisionali sia dell'organo requirente che di quello giudicante, per effetto delle iniziative precedentemente adottate (dapprima il P.M. per effetto della segnalazione del tribunale, e quindi di quest'ultimo a causa della iniziativa del primo). Tale prospettazione non trova tuttavia alcun conforto nella disciplina vigente, poiché la sollecitazione al P.M. interviene nel corso o all'esito di una procedura fallimentare (più verosimilmente in questa seconda ipotesi, non essendovi ragione di dare corso alla detta sollecitazione ove persista la relativa pendenza), è **iniziativa del tutto autonoma e consegue a libera determinazione**. Infine, altrettanto **libero ed autonomo risulta il successivo giudizio del tribunale** emesso in un nuovo e diverso procedimento.

Dalla circostanza che, dopo l'abrogazione della dichiarazione di fallimento d'ufficio, il potere d'iniziativa del pubblico ministero è riconosciuto in via generale, la Corte di Cassazione ha tratto la conseguenza che lo stesso sussiste anche nel caso in cui **l'insolvenza sussista unicamente con riferimento a debiti tributari** (cd. fallimento fiscale), senza la necessità di una iniziativa dell'Amministrazione finanziaria ex art. 6 l. fall. Infatti, dall'intervenuta abrogazione dell'art. 97 D.P.R. n. 602 del 1973 (che prevedeva che il fallimento potesse essere dichiarato su istanza dell'amministrazione finanziaria senza che il tribunale dovesse previamente accertare l'esistenza dello stato d'insolvenza del debitore), e quindi dell'art. 4 l. fall., che quella eccezione consentiva, non può desumersi un'esclusione dell'*iniziativa del pubblico ministero per tali particolari categorie di crediti*, in difetto di previsione in tal senso nell'art. 6 legge fall., considerando che l'opposta interpretazione sarebbe lesiva del principio di eguaglianza fra i creditori, di cui all'art. 3 Costituzione⁶⁹.

L'espressione "**procedimento**", in luogo di processo, estende la portata della previsione, ricomprendendo anche i **procedimenti camerali, i procedimenti di volontaria giurisdizione, i giudizi speciali, le procedure di espropriazione forzata**⁷⁰. Inoltre, il giudice civile può rilevare gli elementi per la segnalazione in **tutte le controversie**, non solo in quelle in cui il *fallendo* è coinvolto come parte⁷¹.

Secondo parte della dottrina la segnalazione corrisponderà solo ad ipotesi in cui sulla base degli elementi in possesso del giudice civile **l'insolvenza sembri manifesta**⁷². In realtà può dubitarsi di questa ulteriore condizione, animata dall'apprezzabile proposito di non creare un flusso segnaletico alluvionale e di delineare un trasparente criterio organizzativo. Essa non compare nel tessuto normativo e risulta in parte distonica rispetto alla necessità di affidare pur sempre alla verifica ed alla responsabile valutazione del P.M. l'esito di ogni opportuno approfondimento funzionale ad agire con cognizione di causa. Del resto, anche le Sezioni Unite (sentenza n. 9409 del 18/04/2013, Rv. 626429) hanno osservato che se l'art. 7, comma 2, l.

⁶⁹ Cass. Civ., Sez. 6 - I, Ordinanza n. 2567 del 2015. Cfr. anche Cass. n.23338/10.

⁷⁰ D'ARRIGO, *L'iniziativa per la dichiarazione di fallimento*, in Crisi d'impresa e procedure concorsuali (a cura di O.CAGNASSO- L. PANZANI), 2016, p. 435 e ss, che richiama TEDESCHI, *Della dichiarazione di fallimento*, in Comm. Scialoja, Branca I, fall., Bologna-Roma, 1974, 265; AMBROSINI, *Istruttoria prefallimentare: la segnalazione della notizia decoctionis da parte del Tribunale e l'iniziativa del p.m. notizia decoctionis da parte del tribunale e l'iniziativa del p.m.*, in Giurisprudenza di Merito, fasc.3, 2013, pag. 633 segnala come l'attuale formulazione dell'art. 7, n. 2, legge fall. (anche a seguito della sostituzione operata dalla novella dell'espressione «giudizio civile» presente nel testo del previgente art. 8 l. fall., con quella «procedimento civile» impegnata nel testo novellato) avvalorì l'opinione che la segnalazione non deve necessariamente provenire da un processo a cognizione piena, potendo al contrario scaturire da qualsiasi procedimento in materia civile (anche sommario) riproponendo la sintesi di MONTANARO (*Il procedimento per la dichiarazione di fallimento*, in Didone - a cura di - Le riforme della legge fallimentare, I, Torino, 2009, 194 ss). Per tale Autore la segnalazione può essere effettuata «anche dal giudice di un procedimento monitorio, di un procedimento a cognizione sommaria non cautelare, di un procedimento cautelare, di un procedimento di volontaria giurisdizione (e, tra questi, principalmente vengono in rilievo quelli in materia societaria, ma non è possibile escludere anche quelli del giudice tutelare), nell'ambito di un processo di esecuzione. In buona sostanza la segnalazione potrà venire dal giudice di un qualsiasi procedimento in materia civile nell'ambito del quale emergano elementi sintomatici dell'insolvenza».

⁷¹ Nel precedente testo normativo vi era il richiamo alla qualità di imprenditore "*parte del processo*", non più riproposto.

⁷² Così SANTANGELI, *op. cit.*

fall. precisa che il P.M. propone istanza di fallimento quando l'insolvenza risulta dalla segnalazione del giudice che l'abbia rilevata nel corso di un procedimento civile, l'iniziativa resta governata dall'apprezzamento della ricorrenza effettiva di essa e dall'autonomia decisionale dell'organo requirente.

7. L'iniziativa fallimentare del pubblico ministero per “traumi” della procedura concordataria

7.1. Premessa

In seno alla procedura di concordato preventivo, dalla fase antecedente all'ammissione sino all'omologazione e, come si vedrà, anche dopo di essa, si delineano numerose evenienze nelle quali il pubblico ministero, ove abbia svolto l'atto di intervento ed abbia seguito le sorti della procedura, può doversi trovare a valutare la ricorrenza delle condizioni soggettive e oggettive per il fallimento ex artt. 1 e 5 legge fallimentare. Ciò avviene nelle situazioni di “crisi” della procedura, in concomitanza di **provvedimenti giudiziali** con i quali viene dichiarata l'inammissibilità della domanda di concordato (art. 162, comma 2, e 161, comma 5, legge fall.) disposta la revoca dell'ammissione della procedura (art. 173 legge fall.), respinta l'omologazione del concordato (art. 180, comma 7, legge fall.), nonché in dipendenza del **contegno dei creditori**, i quali non approvino la proposta del concordato (art. 179 legge fall., che, a sua volta, richiama l'art. 162, comma 2, *cit.*).

Le iniziative fallimentari del pubblico ministero in seno al concordato preventivo impongono un sintetico inquadramento delle **premesse e dei contenuti essenziali delle procedure** in cui esso si articola.

All'esito di fitte riforme⁷³, l'imprenditore che si trova in **stato di crisi**⁷⁴ può **proporre** ai creditori un concordato preventivo sulla base di un **piano** connotato da **contenuti diversificati**. Essi sono identificabili: a) nella **ristrutturazione dei debiti e nella soddisfazione dei crediti** attraverso **qualsiasi forma**, anche mediante **cessione dei beni, accollo, o altre operazioni straordinarie**, ivi compresa l'**attribuzione ai creditori**, nonché a società da questi partecipate, **di azioni, quote, ovvero obbligazioni, anche convertibili in azioni, o altri strumenti finanziari e titoli di debito**; b) nell'**attribuzione delle attività** delle imprese interessate dalla proposta di concordato ad un **assuntore**, che può essere rappresentato anche dai creditori o società da questi partecipate o costituito nel corso della procedura, con azioni destinate ad essere attribuite ai creditori per effetto del concordato.

Il piano può prevedere la **suddivisione dei creditori in classi** secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei e **trattamenti differenziati** tra creditori appartenenti a classi diverse, mentre per ciascuna classe il trattamento stabilito non può avere l'effetto di alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione. Il trattamento dei creditori è certamente lo snodo fondamentale della proposta e, secondo il contenuto della riforma, può essere organizzato con **deroghe al principio della par condicio creditorum**. Poiché il concordato è approvato dai creditori che rappresentano la maggioranza dei crediti ammessi al voto, ove siano previste diverse classi di creditori, il concordato è approvato se tale maggioranza si verifica inoltre nel maggior numero di

⁷³ Nell'ultimo decennio la disciplina è stata interessata dalle seguenti *novelle*: D.L. 14 marzo 2005, n. 35, convertito, con modificazioni, dalla L. 14 maggio 2005, n. 80; D.L. 30 dicembre 2005, n. 273, convertito, con modificazioni, dalla L. 23 febbraio 2006, n. 51, a decorrere dal 31 dicembre 2005-; il decreto legislativo 9 gennaio 2006, n. 5; il decreto legislativo 12 settembre 2007, n. 169, a decorrere dal 1° gennaio 2008, il D.L. 22 giugno 2012 n. 83, convertito in legge 7 agosto 2012 n. 234; il D.L. 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla L. 9 agosto 2013, n. 98; il D.L. 27 giugno 2015, n. 83 -convertito, con modificazioni, dalla L. 6 agosto 2015, n. 132.

⁷⁴ Nozione non definita salvo che per l'indicazione di una portata più ampia rispetto a quella di insolvenza (arg. ex art. 160, comma 3, legge fall.). Per un quadro delle definizioni dello stato di crisi cfr. PRESTI, *Stato di crisi e stato di insolvenza*, op. cit., 422 e ss.

esse (art. 177 legge fall.). Il piano può prevedere, inoltre, che i **creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca non vengano soddisfatti integralmente**, purché in misura non inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di liquidazione, avuto riguardo al valore di mercato attribuibile ai beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione indicato nella relazione giurata di un professionista in possesso dei requisiti di cui all' articolo 67, terzo comma, lettera d), legge fall. In ogni caso, la proposta di concordato deve assicurare il **pagamento di almeno il venti per cento dell'ammontare dei crediti chirografari**, salvo che si tratti di concordato con continuità aziendale di cui all'articolo 186-bis legge fallimentare.

In merito ai connotati fondamentali della procedura è stato affermato che *«effetto precipuo del concordato, [...], è quello di far scattare la **regola di maggioranza**. Fuori dal concordato sono certamente possibili ristrutturazioni del debito e accordi sulle modalità solutorie, ma essi sono legati al principio consensualistico e vincolano solo coloro che vi aderiscono. Nel concordato, invece, **il singolo creditore perde la sovranità piena sul suo credito ed entra a far parte di una collettività che decide a maggioranza** (oggi, la sola maggioranza dei crediti) sia sulla ristrutturazione sia sulle modalità solutorie dei crediti ristrutturati»⁷⁵. Un tale effetto, osserva l'Autore, «non può essere rimesso alla sola iniziativa del debitore, ma deve trovare la sua **giustificazione**, anche di ordine costituzionale, **in una particolare situazione del debitore** che si concreta o nell'insolvenza (quindi, nell'attuale incapacità di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni) o, quanto meno, in una situazione a essa prossima: la **crisi**. Solo in tali frangenti si crea una c.d. **comunità di pericolo** che può giustificare il passaggio del potere decisorio da ciascun singolo creditore al “gruppo dei creditori”; anzi si impone, giacché il principio di maggioranza risolve un problema di azione collettiva, cioè la difficoltà di coordinamento tra i creditori tale da provocare comportamenti che, ancorché individualmente razionali, producono un assetto finale subottimale».*

La **domanda** per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo è proposta con **ricorso**, sottoscritto dal debitore, al tribunale del luogo in cui l'impresa ha la propria sede principale ovvero ove l'aveva nell'anno antecedente al deposito della richiesta (art.161, comma 1, legge fall.)⁷⁶. Assieme ad essa il debitore deve presentare un **piano** contenente la *descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta*, indicando l'utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile che il proponente si obbliga ad assicurare a ciascun creditore.

Al ricorso ed al piano devono essere allegati **documenti e notizie** per consentire le verifiche in punto di *fattibilità giuridica* (affidate anche all'autorità giudiziaria) ed *economica* (rimessa ai creditori) della proposta, nonché la *valutazione informata della sua convenienza*. In particolare, si tratta di chiarire e assicurare quali siano l'*attivo effettivo* ed il *passivo reale* del debitore e l'esistenza di *vincoli* di modo da favorire la maturazione nei creditori di un'idea esatta dei *valori concretamente ricavabili*, sia pure in via prospettica, dall'escussione del patrimonio del debitore al di fuori di quella organizzata in virtù del piano. Tali documenti sono: a) una aggiornata *relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria* dell'impresa; b) uno *stato analitico ed estimativo delle attività e l'elenco nominativo dei creditori*, con l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione; c) l'elenco dei *titolari dei diritti reali o personali* su beni di proprietà o in possesso del debitore; d) il *valore dei beni* e i *creditori particolari degli eventuali soci illimitatamente responsabili* (art. 161, comma 2, legge fall.).

⁷⁵ PRESTI, *op. cit.*

⁷⁶ Ai sensi dell'art.161, comma 6, L.F. **dopo il deposito del ricorso** e fino al decreto di ammissione il debitore può compiere gli **atti urgenti di straordinaria amministrazione** previa autorizzazione del tribunale, il quale può assumere sommarie informazioni e deve acquisire il parere del commissario giudiziale, se nominato. Nello stesso periodo e a decorrere dallo stesso termine il debitore può altresì compiere gli **atti di ordinaria amministrazione**. I crediti di terzi eventualmente sorti per effetto degli atti legalmente compiuti dal debitore sono prededucibili ai sensi dell'articolo 111 L.F.

Il piano e la documentazione devono essere accompagnati, infine, dalla **relazione di un professionista**, designato dal debitore, in possesso dei requisiti di cui all' articolo 67, terzo comma, lett. d)⁷⁷, che **attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano medesimo**, attestazione richiesta anche nel caso di *modifiche sostanziali* della proposta o del piano (art. 161, comma 3, legge fall.). Il Tribunale, infatti, può concedere al debitore un termine non superiore a quindici giorni per apportare *integrazioni* al piano e produrre nuovi documenti.

L'art. 33, comma 1, lett. b), n. 4), D.L. 22 giugno 2012, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla L. 7 agosto 2012, n. 134 ha introdotto un'ulteriore variante nella procedura di definizione della proposta: si tratta del c.d. **concordato prenotativo**, o in bianco, **ex art.161, comma 6, legge fallimentare**. In tale evenienza l'imprenditore⁷⁸ deposita il *ricorso* contenente la domanda di concordato unitamente ai *bilanci* relativi agli ultimi tre esercizi e all'*elenco nominativo dei creditori* con l'indicazione dei rispettivi crediti, **riservandosi di presentare la proposta, il piano e la documentazione** occorrente entro un *termine* fissato dal giudice, compreso fra sessanta e centoventi giorni (prorogabile, in presenza di giustificati motivi, di non oltre sessanta giorni), entro il quale, in alternativa e con conservazione, sino all'omologazione, degli effetti prodotti dal ricorso, il *debitore può depositare domanda ai sensi dell'articolo 182-bis*, comma 1, legge fall. (accordo di ristrutturazione del debito). Con decreto motivato il tribunale può **nominare il commissario giudiziale** di cui all'articolo 163, secondo comma, n. 3, legge fall. e dispone gli **obblighi informativi periodici**, anche relativi alla *gestione finanziaria* dell'impresa e all'attività compiuta ai fini della *predisposizione della proposta e del piano*. In particolare, il debitore, con *cadenza almeno mensile* e sotto la vigilanza del commissario giudiziale se nominato, sino alla scadenza del termine fissato, deve depositare una *situazione finanziaria* dell'impresa che, entro il giorno successivo, è pubblicata nel registro delle imprese a cura del cancelliere.

7.2. L'inammissibilità del concordato liquidatorio e di quello prenotativo

Tornando al tema delle **possibili iniziative fallimentari del pubblico ministero**, anzitutto, in caso di **concordato liquidatorio**, se il tribunale verifica che *non ricorrono i presupposti di cui agli articoli 160, commi 1 e 2* (in punto di proposta e piano di concordato) e *161 legge fall.* (in tema di ricorso, documentazione e relazione del professionista), sentito il debitore in camera di consiglio, con decreto, non soggetto a reclamo, dichiara **inammissibile la proposta di concordato**. In tal caso il Tribunale, su istanza del creditore o **su richiesta del pubblico ministero**, accertati i presupposti di cui agli articoli 1 e 5 legge fall., dichiara il fallimento del debitore.

Lo stesso potere è riconosciuto al pubblico ministero in ulteriori evenienze collegate al **concordato prenotativo**. La prima di esse è che *non intervenga il deposito della proposta, del piano e della documentazione nel termine* fissato dal giudice. La seconda ipotesi è che il commissario giudiziale accerti la commissione da parte del debitore di una delle *condotte previste dall'articolo 173 legge fall.*, situazione che origina il dovere di riferirne immediatamente al tribunale. Quest'ultimo, nelle forme del procedimento di cui all'articolo 15 e verificata la sussistenza delle condotte stesse, può, con decreto, dichiarare **improcedibile la domanda** e, su istanza del creditore o **su richiesta del pubblico ministero**, accertati i presupposti di cui agli articoli 1 e 5 legge fall.,

⁷⁷ Si tratta di professionista indipendente designato dal debitore, iscritto nel registro dei revisori legali ed in possesso dei requisiti previsti dall' articolo 28, lettere a) (ovvero *avvocati, dottori commercialisti, ragionieri e ragionieri commercialisti*) e b) (*studi professionali associati o società tra professionisti*, sempre che i soci delle stesse abbiano i requisiti professionali di cui alla lettera a) e con la necessità all'atto dell'accettazione dell'incarico, di designare la persona fisica responsabile della procedura) della legge fallimentare.

⁷⁸ Non deve trattarsi però di debitore che, nei due anni precedenti, ha presentato altra domanda di concordato in bianco alla quale non ha fatto seguito l'ammissione alla procedura di concordato preventivo o l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti.

dichiarare il fallimento del debitore con contestuale sentenza reclamabile a norma dell'articolo 18 legge fallimentare. Ulteriore situazione legittimante è quella in cui il debitore *violì gli obblighi informativi* posti a suo carico.

In assenza dell'intervento del pubblico ministero, ove sussista l'insolvenza del debitore e non siano state avanzate istanze o richieste di fallimento, il tribunale che revochi l'ammissione al concordato preventivo per mancanza delle condizioni prescritte per la sua ammissibilità (ad esempio per la non fattibilità del piano) deve effettuare la **segnalazione al pubblico ministero ai sensi dell'art. 7, co. 2, n. 2 legge fall.**⁷⁹.

Il **sub-procedimento diretto alla declaratoria di fallimento**, che si apre all'esito della dichiarazione di inammissibilità della proposta di concordato preventivo, si inserisce nell'ambito di una *procedura unitaria*, nella quale il debitore ha già formalizzato il rapporto processuale innanzi al tribunale e il cui eventuale sbocco nella dichiarazione di fallimento deve essergli noto sin dal momento della proposizione della domanda, soprattutto dopo avere preso conoscenza del decreto *ex art. 162, comma 2, legge fall.*, cui consegue la trasmissione degli atti al pubblico ministero. In tale contesto, salvo che la parte pubblica non adduca, in sede di richiesta e a dimostrazione dello stato di insolvenza, elementi ulteriori rispetto a quelli già acquisiti al procedimento, *non è necessaria l'ulteriore convocazione in camera di consiglio del debitore ai fini della dichiarazione di fallimento*, potendo questi, per contrastare l'eventuale richiesta di fallimento, predisporre comunque i mezzi di difesa più adeguati (presentazione di memorie, istanze di convocazione personale e simili), tenuto conto delle esigenze dei procedimenti concorsuali⁸⁰.

7.3. La revoca dell'ammissione del concordato

Rinviando al prosieguo l'illustrazione delle situazioni implicanti la revoca dell'ammissione del concordato preventivo (Parte II, Cap. 1, par. 2.2. e 2.3), può anticiparsi che la **comunicazione al pubblico ministero dell'apertura del relativo procedimento ex art. 173 legge fall.** vale a favorirne la partecipazione in funzione della eventuale presentazione, all'esito del procedimento, della **richiesta per la dichiarazione del fallimento** del debitore da parte del tribunale. Anche in tal caso, essa presuppone l'accertamento dei presupposti di cui agli articoli 1 e 5 l.fall. ed avviene con contestuale sentenza, reclamabile a norma dell'articolo 18 legge fall⁸¹.

L'art. 173, secondo comma, legge fall. **distingue** tra la **fase della revoca dell'ammissione al concordato preventivo e quella, successiva ed eventuale, di dichiarazione del fallimento**, che richiede l'impulso del creditore o del P.M., in sintonia con l'art. 6 legge fallimentare.

Occorre considerare, in proposito, che nel caso in cui la **richiesta di fallimento** del creditore sia stata **dichiarata improcedibile in data antecedente al decreto di revoca del concordato** con pronuncia non reclamata (o, comunque, contestata in via incidentale nel procedimento *ex art. 173 legge fall.*) anche ove intervenga la revoca del

⁷⁹ Così Tribunale di Sulmona 30 settembre 2012 est. D'Orazio, reperibile all'indirizzo <http://www.osservatorio-oci.org>.

⁸⁰ Così Tribunale di Bologna del 21.12.2005 reperibile all'indirizzo <http://www.ilcaso.it>.

⁸¹ Secondo Cassazione civile, Sez. 1, 19/02/2016, n. 3324 il *subprocedimento di revoca* del concordato preventivo si articola in *due fasi*: la prima, necessaria ed officiosa, nel corso della quale il tribunale verifica la sussistenza dei requisiti per l'adozione del provvedimento; la seconda, eventuale ed ad impulso di parte, che conduce alla dichiarazione di fallimento, ricorrendone i presupposti di cui agli artt. 1 e 5 legge fallimentare. In tale contesto, i creditori concordatari non sono portatori di un interesse immediato e diretto che possa far assumere loro la qualifica di litisconsorti necessari, neppure nella fase che conduce all'eventuale dichiarazione di fallimento, non avendo essi un diritto al fallimento (o al mancato fallimento) del proprio debitore, sicché la comunicazione prevista, nei loro confronti, dall'art. 173, comma 1, legge fall. si attegga a semplice "*litis denuntiatio*", volta a consentirne la volontaria partecipazione all'udienza. La relativa omissione non comporta una nullità assoluta ed insanabile, ma solo una nullità relativa della prima fase del subprocedimento di revoca che, non ripercuotendosi sull'eventuale fase successiva, non è causa di nullità della sentenza dichiarativa di fallimento.

concordato, non può darsi corso alla dichiarazione di fallimento, restando preclusa ogni valutazione sulla correttezza o meno della prima pronuncia⁸².

Si ritiene⁸³, però, che il P.M. sia legittimato a formulare la *richiesta di fallimento* a seguito della **comunicazione del decreto con il quale il tribunale abbia revocato l'ammissione al concordato preventivo**, da ricondurre, più che a comunicazione *ex art. 7, n. 2, legge fall.*, ad adempimento insito nello stesso *iter* procedurale. Come ricordato, l'organo pubblico viene informato sia della domanda di concordato ai fini dell'intervento nella procedura e dell'eventuale richiesta di fallimento (art. 161 legge fall.), sia della procedura d'ufficio per la revoca dell'ammissione al concordato (art. 173 legge fall.), onde è anche il naturale e legittimo destinatario della comunicazione dell'esito di tale procedimento. Secondo questa impostazione, a seguito della comunicazione del decreto di revoca dell'ammissione al concordato preventivo, il P.M. è legittimato a formulare la richiesta di fallimento *anche se la notizia dell'insolvenza non sia stata acquisita nelle forme e secondo le modalità specificamente previste dall'art. 7 legge fallimentare*⁸⁴.

Coerentemente, la **rinuncia alla domanda di concordato da parte dell'imprenditore ricorrente**, a fronte della manifestata volontà di proporla un'altra, si sostanzia in una *rinuncia agli atti* che non comporta l'accettazione delle controparti e determina *l'improcedibilità* della procedura concordataria. Ove tale rinuncia **intervenga prima dell'udienza fissata ex art. 173 legge fall.**, il venir meno della procedura concordataria *non preclude la trattazione della richiesta di fallimento presentata dal P.M. nel subprocedimento di revoca* (successivo al deposito della rinuncia), previa concessione dei termini di cui all'art. 15 legge fall., e, quindi, l'eventuale dichiarazione di fallimento del debitore⁸⁵.

La previsione dell'art. 173 legge fall è richiamata espressamente dall'art. 186-bis, comma 5, l.fall, per cui se nel corso di una **procedura in tema di concordato con continuità aziendale**⁸⁶ *l'esercizio dell'attività d'impresa cessa o risulta manifestamente dannoso per i creditori*, il tribunale provvede ai sensi dell'articolo 173 *cit.*, salva la facoltà del debitore di modificare la proposta di concordato. Con il rinvio si ammette, dunque, anche l'eventuale richiesta del pubblico ministero per la dichiarazione del fallimento del debitore al tribunale, in presenza dei presupposti di cui agli articoli 1 e 5 legge fallimentare.

⁸² Cass. Civ., Sez. 1, sentenza n. 9050 del 18/04/2014, Rv. 631119 – 01. Nella specie, la Corte d'appello aveva ritenuto correttamente emessa la pronuncia di fallimento del Tribunale, ritenendo adeguata l'istanza presentata da un creditore, successivamente al deposito della domanda di concordato. Ad avviso della Cassazione, «*la Corte del merito, nel ritenere non necessaria la reiterazione della precedente o la presentazione di una nuova istanza, non ha valutato che la richiesta presentata dal creditore era stata dichiarata improcedibile il 27/1/2011, in quanto successiva alla domanda di concordato: come tale, l'istanza non poteva ritenersi più in essere, avendo il Tribunale deciso sulla stessa, precludendone gli effetti, e quindi anche la valenza di atto idoneo a consentire l'apertura del procedimento fallimentare. Corre l'obbligo di evidenziare che, nel caso, la declaratoria di improcedibilità della richiesta di fallimento avanzata dal creditore non è stata resa oggetto di reclamo o comunque contestata anche in via incidentale nel presente giudizio, da ciò conseguendo che detta pronuncia in rito va assunta nella sua piena valenza impeditiva dell'effetto proprio della richiesta L. Fall., ex art. 6, di dare corso al procedimento per la dichiarazione di fallimento, rimanendo preclusa ogni valutazione sulla correttezza o meno di detta pronuncia*».

⁸³ Cass. Civ., Sez. 1, sentenza n. 4209 del 16/03/2012, Rv. 621721.

⁸⁴ Così Cass. Civ., Sez. 1, sentenza n. 9271 del 24/04/2014.

⁸⁵ In tal senso Tribunale di Catania 19 maggio 2016 est. Puglisi (reperibile all'indirizzo <http://www.osservatorio-oci.org/>) che rileva come anche in presenza di una rinuncia all'azione, con estinzione della procedura concordataria in corrispondenza del deposito della relativa comunicazione, sussisterebbe la legittimazione del P.M. a presentare istanza di fallimento all'udienza già fissata ed immediatamente successiva alla rinuncia.

⁸⁶ Per tale procedura il piano di concordato e prevede la **prosecuzione dell'attività di impresa** da parte del debitore, la **cessione dell'azienda in esercizio** ovvero il **conferimento dell'azienda in esercizio in una o più società**, anche di nuova costituzione, con possibile concomitante liquidazione di beni non funzionali all'esercizio dell'impresa. Nell'evenienza in esame devono essere analiticamente indicati i **costi** ed i **ricavi attesi** dalla prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato, le **risorse finanziarie necessarie** e le relative **modalità di copertura**. Una **relazione del professionista** di cui all'articolo 161, terzo comma, legge fall. deve **attestare che la prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori**.

La **richiesta di fallimento** del pubblico ministero ben può essere contenuta, per ragioni di economia processuale, *nello stesso atto con cui viene chiesta la revoca dell'ammissione del debitore al concordato preventivo* e, dunque, essere formulata **prima della decisione del tribunale in ordine a tale revoca**⁸⁷.

7.4. Il rigetto dell'omologazione del concordato

Se il tribunale **respinge il concordato**, su istanza del creditore o **su richiesta del pubblico ministero**, accertati i presupposti di cui gli articoli 1 e 5, dichiara il fallimento del debitore, con separata sentenza, emessa contestualmente al decreto (art.180, comma 7, legge fall.). Ma ancor prima, se nei termini stabiliti **non si raggiungono le maggioranze richieste dal primo comma dell'articolo 177 legge fall.**, il giudice delegato ne riferisce immediatamente al tribunale, che deve provvedere a norma dell'art.162, secondo comma, legge fall.; norma che, come visto, richiama anche la possibilità, assieme all'istanza del creditore, della richiesta del pubblico ministero al tribunale che, accertati i presupposti di cui agli articoli 1 e 5 *cit.* dichiara il fallimento del debitore (cfr. art. 179 legge fall.).

7.5. L'annullamento e la risoluzione del concordato omologato

Ai sensi dell'art. 186 legge fall., entro un anno dalla scadenza del termine fissato per l'ultimo adempimento previsto dal concordato, ciascuno dei *creditori* può richiedere, con ricorso, la **risoluzione** del concordato preventivo omologato per **inadempimento di non trascurabile importanza**, a meno che gli obblighi derivanti dal concordato siano stati assunti da un terzo con liberazione immediata del debitore. L'articolo 186, comma 5, legge fall. dispone che si applicano le disposizioni degli articoli 137 e 138 legge fall., «*in quanto compatibili*», intendendosi sostituito al curatore il commissario giudiziale. Ciò significa, che, entro i limiti della compatibilità, si applicano le disposizioni dell'articolo 15 legge fall., il provvedimento (decreto) che risolve il concordato è provvisoriamente esecutivo ed è reclamabile ai sensi dell'articolo 18 legge fall.

In virtù del rinvio all'art. 138 legge fall. il concordato omologato può essere **annullato** dal tribunale, su *istanza del commissario* o di qualunque creditore, in contraddittorio con il debitore, quando si scopre che è stato **dolosamente esagerato il passivo**, ovvero **sottratta o dissimulata una parte rilevante dell'attivo**. Si tratta di rimedio esclusivo (non essendo ammesse altre azioni di nullità) e il ricorso è soggetto a **termini di decadenza**. Infatti, deve proporsi entro *sei mesi dalla scoperta del dolo* e, in ogni caso, *non oltre due anni dalla scadenza del termine fissato per l'ultimo adempimento* previsto nel concordato.

Di recente, la Corte di legittimità⁸⁸ ha offerto una **lettura estensiva delle condizioni legittimanti** l'annullamento del concordato. La Corte regolatrice ha chiarito che l'annullamento del concordato preventivo omologato, ex art. 186 legge fall., nel testo novellato dal d.lgs. n. 169 del 2007, è un rimedio concesso ai creditori nei casi in cui *la rappresentazione dell'effettiva situazione patrimoniale della società proponente*, in base alla quale il concordato è stato approvato dai creditori ed omologato dal tribunale, sia risultata *falsata per effetto* della dolosa esagerazione del passivo, *dell'omessa denuncia di uno o più crediti*, ovvero della sottrazione o della dissimulazione dell'attivo, *o di altri atti di frode*, idonei ad indurre in errore i creditori sulla fattibilità e sulla

⁸⁷ Corte di Appello di Milano 2 dicembre 2009 Fabrizi, reperibile all'indirizzo <http://www.osservatorio-oci.org>.

⁸⁸ Sez. 1, Sentenza n. 18090 del 14/09/2016, Rv. 641172 – 01. Non si comprenderebbe, del resto, perché condotte unificate dall'essere atti di frode con valenza decettiva potrebbero assumere una diversa rilevanza, a seconda del momento di emersione. Del resto, secondo ottica unificatrice della disciplina del concordato preventivo, la giurisprudenza di legittimità ha già ritenuto che, nel giudizio di omologazione del concordato preventivo, il controllo della regolarità della procedura impone al tribunale la verifica della *persistenza* sino a quel momento delle stesse condizioni di ammissibilità della procedura già scrutinate nella fase iniziale, in esse compresa l'assenza di atti o fatti di frode.

convenienza del concordato proposto. I giudici di legittimità hanno ravvisato **identità di "ratio" tra le fattispecie legittimanti la revoca dell'ammissione a tale procedura e quelle giustificanti l'annullamento di un concordato omologato**. L'approdo ermeneutico è stato raggiunto escludendo la natura tassativa dei casi di annullamento indicati dall'art. 186 legge fall., perseguendo, nella ricostruzione esegetica, un approccio volto alla valorizzazione di una **disciplina unitaria del concordato preventivo**⁸⁹. La formazione del *consenso* dei creditori sulla proposta concordataria deve essere improntata alla *consapevole ed adeguata informazione*; ne consegue che, a fronte di atti o di fatti rilevanti ai fini previsti dall'art. 173 legge fall., il tribunale deve respingere la domanda di omologazione nonostante la mancata apertura del relativo procedimento⁹⁰.

Come chiarito dalla Corte di Cassazione⁹¹, la *riserva di compatibilità espressa dal rinvio ex art. 186 legge fall. agli artt. 137 e 138 legge fall.* si spiega con il rilievo che tali ultime norme sono dettate in tema di concordato fallimentare. In tale ultimo contesto alla risoluzione ed all'annullamento del concordato consegue ineluttabilmente la riapertura del fallimento, venendo meno la causa che ne aveva determinato la chiusura; così che non si pone né il problema della dichiarazione di ufficio del fallimento né quello della duplicità dei provvedimenti di risoluzione e annullamento prima e di dichiarazione di fallimento contestuale o immediatamente successiva. La necessaria compresenza delle statuizioni comporta che venga emesso un unico provvedimento che, incidendo sullo *status* del debitore come l'originaria sentenza di fallimento, riveste la stessa forma. Diverso, invece, è il *caso dell'annullamento e della risoluzione del concordato preventivo dal momento che tale provvedimento, se comporta il venir meno della procedura concordataria, non provoca necessariamente la dichiarazione di fallimento*. La prima procedura, infatti, *non presuppone necessariamente lo stato di insolvenza*, mentre nell'attuale disciplina della dichiarazione di fallimento *non è ammessa più l'iniziativa ufficiosa*, principio espressamente ribadito dal legislatore proprio in materia di traumatica cessazione della procedura di concordato preventivo (artt. 162, 173 e 180 legge fall.). La procedura per l'annullamento del concordato fallimentare non è compatibile, ad esempio, quanto alla *tipologia di provvedimento di accoglimento dell'istanza di annullamento del concordato preventivo*. Quest'ultimo, infatti, non può essere quello di riapertura del fallimento, tra l'altro mai instaurato né inevitabile. In conclusione, *«ne consegue che la disciplina deve essere la stessa dettata dal legislatore per le richiamate ipotesi in cui alla procedura di concordato viene posto fine con un provvedimento diverso dall'omologazione che è sempre e comunque un decreto cui può aggiungersi, se ne sussistono i presupposti sostanziali e processuali, la sentenza dichiarativa del fallimento»*⁹².

⁸⁹ Secondo l'elaborazione della giurisprudenza di legittimità, ai fini della revoca dell'ammissione al concordato, rilevano l'occultamento e la dissimulazione di parte dell'attivo, la dolosa omissione di denuncia di uno o più crediti, l'esposizione di passività insussistenti e gli "altri atti di frode". Questi ultimi, sotto il profilo oggettivo, sono condotte volte ad *occultare situazioni di fatto idonee ad influire sul giudizio dei creditori*, aventi valenza potenzialmente *decettiva per l'idoneità a pregiudicare il consenso informato* degli stessi sulle reali prospettive di soddisfacimento in caso di liquidazione, inizialmente ignorate dagli organi della procedura e dai creditori e successivamente accertate nella loro sussistenza o anche solo nella loro completezza ed integrale rilevanza, a fronte di una precedente rappresentazione del tutto inadeguata. In termini *soggettivi*, sono connotati dalla *consapevole volontarietà della condotta*, senza necessità di dolosa preordinazione (così Cass. Civ., Sez. I, n. 17191 del 2014, *conf.* Cass. Civ., n. 9050/2014).

⁹⁰ In tal senso Cass. Civ., Sez. I, n. 10778/2014.

⁹¹ Cass. Civ. Sez. 6 - I, Ordinanza n. 2671 del 22/02/2012, Rv. 621299 - 01.

⁹² Cass. Civ., Sez. I, n. 18090/2016. A sostegno dell'inammissibilità del reclamo autonomo avverso il decreto di annullamento del concordato cui abbia fatto seguito la sentenza di fallimento, la Corte ha chiosato: *«Ne consegue ulteriormente, quanto al regime delle impugnazioni, che se pure il decreto di annullamento viene emesso separatamente dalla contestuale sentenza di fallimento (come imporrebbe l'applicazione analogica della L. Fall., art. 180, u.c., in difformità, tuttavia da quanto può desumersi dai dettati degli artt. 162 e 173 che lasciano aperta la possibilità dell'adozione di un unico provvedimento avente la forma della sentenza di fallimento) il decreto di annullamento del concordato non è autonomamente impugnabile per la decisiva considerazione che detta impugnazione non sarebbe sorretta dal necessario interesse, dal momento che l'eventuale accoglimento della stessa non avrebbe alcun effetto sulla validità ed efficacia della sentenza di fallimento che potrebbe essere revocata solo in esito a specifico reclamo. Né la non impugnabilità in via autonoma del decreto di annullamento pregiudica la difesa del debitore fallito in quanto questa è affidata al principio contenuto nel disposto della L. Fall., art. 162, u.c. necessariamente applicabile a tutte le ipotesi menzionate in cui*

In difetto di corrispondente indicazione letterale e ove non si voglia riconoscere l'esistenza di un potere generale fondato sull'art. 6 legge fall., non risulta del tutto perspicuo se, in analogia con la disciplina già esaminata in relazione agli altri "incidenti" del concordato preventivo (art. 162, comma 2, 173, 179, 180, legge fall.) e nella tensione verso la valorizzazione una disciplina unitaria di quest'ultima procedura, **il pubblico ministero possa presentare richiesta per la dichiarazione di fallimento del debitore anche in ragione e nel corso di procedimento avente ad oggetto l'annullamento del concordato preventivo**. In tale evenienza, il tribunale, dopo aver annullato il concordato, se ne ricorrono i presupposti, potrà dichiarare il fallimento del debitore nell'ambito dello stesso procedimento e il provvedimento che statuisce sull'annullamento andrà impugnato assieme alla sentenza di fallimento a pena di inammissibilità⁹³. Sembra di poter ammettere tale legittimazione, per ragioni di economia processuale, almeno nelle evenienze *ex art. 7 legge fall.*, non inverosimili alla luce delle premesse in fatto che possono giustificare l'annullamento del concordato.

Del resto, sempre richiamandosi alla logica unificante sottesa alla disciplina della revoca e dell'annullamento del concordato preventivo, la giurisprudenza di legittimità ha già stabilito che presupposto dell'annullamento, ai sensi dell'art. 138 legge fall., è *«unicamente l'accertata sottrazione o dissimulazione di una parte rilevante dell'attivo, che ha indotto i creditori a votare nell'erroneo convincimento della sua insussistenza, mentre a nulla rileva che l'attività sottratta o dissimulata possa eventualmente essere recuperata al di fuori della procedura concordataria»*⁹⁴.

7.6. La richiesta di fallimento in estensione

Ai sensi dell'**art. 147 legge fall.** la sentenza che dichiara il fallimento di una società appartenente ad uno dei tipi regolati nei capi III, IV e VI del titolo V del libro quinto del codice civile (s.n.c., s.a.s., s.a.p.a.), produce anche il **fallimento dei soci**, pur se non persone fisiche, **illimitatamente responsabili**.

L'estensione è sottoposta a **limiti e premesse**. In primis, non può operare se è decorso un *anno dallo scioglimento del rapporto sociale o dalla cessazione della responsabilità illimitata* (anche in caso di trasformazione, fusione o scissione), se sono state osservate le formalità per rendere noti ai terzi i fatti indicati. In ogni caso, l'estensione presuppone che l'insolvenza della società attenga, in tutto o in parte, a *debiti esistenti alla data della cessazione* della responsabilità illimitata.

Prima di dichiarare il fallimento dei soci illimitatamente responsabili, il tribunale deve disporre la **convocazione a norma dell'articolo 15 legge fallimentare**. L'estensione è possibile **anche dopo la dichiarazione di fallimento** della società se risulta l'esistenza di altri soci illimitatamente responsabili ovvero, dopo la dichiarazione di fallimento di un imprenditore individuale, risulti che l'impresa è riferibile ad una società di cui il fallito è socio illimitatamente responsabile. In tali casi, il tribunale, su istanza del curatore, di un creditore, di un socio fallito, dichiara il fallimento dei medesimi, con sentenza reclamabile a norma dell'articolo 18. In caso di rigetto della domanda, contro il decreto del tribunale l'istante può proporre reclamo alla corte d'appello a norma dell'articolo 22.

Secondo il tenore letterale della norma, **il pubblico ministero non è tra i**

alla cessazione della procedura di concordato preventivo fa seguito la dichiarazione di fallimento, secondo il quale "Contro la sentenza che dichiara il fallimento è proponibile il reclamo a norma dell'art. 18. Con il reclamo possono farsi valere anche motivi attinenti all'ammissibilità della proposta di concordato". In base a tale principio la circostanza che al provvedimento di cessazione della procedura faccia seguito la sentenza di fallimento che in tale provvedimento trova il presupposto processuale comporta che eventuali motivi di doglianza contro il medesimo possano e debbano essere fatti valere nell'ambito del reclamo avverso la sentenza di fallimento in considerazione della loro pregiudizialità rispetto ad eventuali altre motivazioni attinenti, in ipotesi, ai presupposti tipici della fallibilità».

⁹³ Così Cass. Civ., Sez. 6, 22.2.2012, ord. n. 2671; App. Milano, 19.11.2012, in www.ilfallimentarista.it.

⁹⁴ Cass. Civ., Sez. 1, 11395/2016.

soggetti legittimati a chiedere l'estensione del fallimento sociale ai soci illimitatamente responsabili. In giurisprudenza è stato osservato che «*il potere di azione del p.m., previsto dagli artt. 6 e 7 l.f., non ha carattere generale; né può essere superato il dato letterale del citato art. 147, tenuto conto del carattere speciale della norma rispetto alla previsione generale dell'art. 6*»⁹⁵. Ma si tratta di posizione non priva di contrasti⁹⁶.

8. Le indagini e l'onere della prova del P.M.

La giurisprudenza di legittimità rimarca come l'**autonomia del pubblico ministero rispetto all'iniziativa concorsuale** costituisca basilare garanzia anche della terzietà del giudice fallimentare che abbia inoltrato la segnalazione. L'**anticipata verifica dei presupposti soggettivi e oggettivi del fallimento** è il contesto nel quale si esprime l'autodeterminazione del pubblico ministero, in coerenza con l'attribuzione del potere di iniziativa proprio all'*«organo che è dotato dei poteri d'approfondimento e di indagine (che non sono invece del giudice civile e neanche del giudice penale) che gli consentono ed impongono anzi un attento esame preliminare alla scelta se richiedere o no il fallimento»*⁹⁷.

Tale **indagine** si articolerà attraverso l'acquisizione di **documenti** (imprescindibili appaiono le *visure camerali* ed i *bilanci* degli ultimi tre esercizi, per i dati e le informazioni che possono trarsene), lo svolgimento di **analisi tecnico-contabili**, la raccolta di **informazioni presso enti pubblici** (INPS, INAIL, Agenzia delle entrate, concessionari del servizio di riscossione dei tributi, Banca d'Italia⁹⁸), o soggetti privati (quali apprese nel corso di procedimenti penali o segnalate dal giudice civile) in merito alla **condizione debitoria** dell'imprenditore commerciale, attività che comunemente il P.M. affiderà alla polizia giudiziaria, già in possesso di **banche dati** utili per lo svolgimento di indagini patrimoniali e finanziarie, oltre che per la verifica delle situazioni *ex art. 7, n. 1, seconda parte del periodo, legge fallimentare*.

Numerose, in particolare, sono le banche dati *in uso alla Guardia di Finanza* delle quali il pubblico ministero può disporre la consultazione per acquisire elementi rivelatori dell'insolvenza ovvero anomalie e criticità sintomatiche della prima e di collegate situazioni di interesse penale.

Fondamentale, ad esempio, la banca dati **Infocamere – “TELEMACO”** che contiene tutti i *dati iscritti nel registro delle imprese* nonché, per singolo debitore (persona fisica/società), il *registro informatico dei protesti “levati”* dai pubblici ufficiali abilitati per mancati pagamenti di cambiali e assegni bancari.

⁹⁵ Tribunale di Reggio Calabria 5.7.2010 est. Asciutto (reperibile all'indirizzo <http://www.osservatorio-oci.org/>). Nel caso di specie il tribunale ha dichiarato inammissibile l'istanza con la quale il p.m. aveva chiesto l'estensione del fallimento ad un amministratore di fatto di una società in accomandita semplice.

⁹⁶ Rileva FERRO, *L'istruttoria pre-fallimentare e l'iniziativa del P.M.*, op. cit. : «*La prassi interpretativa rilevata dall'OCI (Osservatorio sulle crisi di impresa) [in FERRO-DI CARLO 10, 334] ha evidenziato, tuttavia, un orientamento di merito favorevole alla legittimazione del PM anche in sede di richiesta di estensione del fallimento, ai sensi dell'art. 147, co. 4, partendo dalla considerazione del potere generale che spetterebbe a tale organo. Nell'ambito di una percentuale assolutamente maggioritaria, si sono distinte due posizioni: l'una, diretta a riconoscere un potere generale senza alcuna limitazione; l'altra, diretta a limitare la possibilità di intervento del P.M. alle sole ipotesi di cui all'art. 7. Nel corso della procedura di concordato preventivo, ai sensi dell'art. 173 legge fall., d'altronde, la stessa giurisprudenza di merito ha statuito che l'istanza del P.M. possa essere formulata, per ragioni di economia processuale, nel medesimo atto con cui tale parte chieda la revoca dell'ammissione del debitore al concordato preventivo e dunque anche prima della decisione del tribunale in ordine a tale revoca.*».

⁹⁷ SANTANGELI, op. cit.

⁹⁸ In tal senso può essere utile la consultazione delle risultanze della **Centrale dei Rischi** (cfr. Titolo IV, capitolo 13 delle Istruzioni di Vigilanza, Circolare n. 229 del 21/04/1999 e successivi aggiornamenti). Le banche autorizzate in Italia e gli altri soggetti tenuti ad effettuare le segnalazioni, infatti, comunicano mensilmente alla Centrale dei rischi la propria esposizione creditizia verso ciascun cliente, qualora la stessa raggiunga o superi i previsti limiti di censimento. La rilevazione mensile dei rischi concerne anche le forme di coobbligazione. In base alla circolare sulla **matrice dei conti** (Circolare n. 272, emanata il 30/07/2008, 8° Aggiornamento del 15/03/2016), inoltre, è prevista la classificazione delle **attività finanziarie deteriorate** ripartite nelle categorie delle sofferenze, delle inadempienze probabili, delle esposizioni scadute o sconfinanti deteriorate.

Di grande utilità, inoltre, la banca dati dell'**Anagrafe Tributaria**, cui attingono gli applicativi **SERPICO** e **Spesometro**. Oltre a *dati di interesse fiscale*, tramite essi è possibile acquisire, per singolo soggetto economico, tra l'altro, le seguenti informazioni: - le *procedure di riscossione coattiva in essere* (ruoli) per debiti relativi ai tributi amministrati dall'Agenzia delle Entrate; - la presenza di *operazioni attive* (fatture emesse segnalate dai clienti) e la contemporanea *assenza di dichiarazioni fiscali* o comunque l'incoerenza rispetto al *volume d'affari dichiarato* dal soggetto che le realizza; - anomalie nei *trasferimenti della sede* presso indirizzi inusuali o comunque estranei e distanti rispetto alla sfera di attività dell'imprenditore; - anomalie e ricorrenti attribuzioni di *responsabilità gestionali a soggetti privi di corrispondenti capacità reddituali ufficiali*. Elementi variamente espressivi della possibilità di corrispondenti attività illecite di natura distrattiva e dissipativa e mendaci rappresentazioni delle vicende aziendali in seno all'impianto contabile ed alle comunicazioni sociali.

L'insolvenza, inoltre, può essere verificata dal pubblico ministero con formali interlocuzioni con i custodi di altri fonti. Si ponga mente alla rilevazione, attraverso i **sistemi informatici in uso agli ufficiali giudiziari presso gli uffici UNEP presso il Tribunale**, dei dati afferenti l'esistenza di *procedure esecutive e comunque di decreti ingiuntivi esecutivi* emessi su richiesta di creditori privati (fornitori di beni e servizi). Ancora, utile risulterà la consultazione del **sistema informatico di Equitalia** per favorire la verifica dell'esistenza di *procedure di riscossione coattiva in essere* (i c.d. ruoli) per debiti tributari, extra-tributari e contributivi attivate da Enti locali, istituti di previdenza, etc.. Non secondari, inoltre, i dati che potranno trarsi dalla **Centrale dei Rischi della Banca d'Italia**, ricognitivi della posizione debitoria di ogni singolo soggetto economico nonché dell'esistenza di "sofferenze".

Infine, preziosa risulta l'**analisi degli indici di bilancio**⁹⁹ da cui possono trarsi importanti indicazioni, quantunque orientative, sulla ricorrenza del *fondato pericolo di inadempimento dei debiti*, avuto riguardo alla situazione in cui, congiuntamente, l'*indice di solvibilità*¹⁰⁰ presenti un valore inferiore a 1 e l'*indice di indebitamento*¹⁰¹ sia superiore a 2¹⁰².

⁹⁹ Cfr. Circolare del Comando Generale della G. di F. n. 1/2008 – Istruzione sull'attività di verifica fiscale.

¹⁰⁰ Il rapporto tra le componenti dell'attivo (circolante ed immobilizzato) ed il totale delle passività.

¹⁰¹ Il rapporto fra le passività (mezzi di terzi) ed il patrimonio netto (mezzi propri).

¹⁰² Cfr. **Circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 4 del 5.2.2010** avente ad oggetto «*Misure cautelari ai sensi dell'art. 22 del decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 472. Modifiche normative recate dall'art. 27 del decreto legge 29 novembre 2008, n. 185, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 gennaio 2009, n. 2, e dall'art. 15, commi da 8-bis a 8-quater, del decreto legge 1° luglio 2009, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 3 agosto 2009, n. 102*». Il provvedimento illustra numerose indici che consentono agli uffici erariali, impegnati in un primo esame della situazione patrimoniale del contribuente trasgressore e della sua posizione tributaria, di valutare se la stessa non sia sufficiente a garantire la pretesa erariale e, perciò, se sia necessario attivare la tutela cautelare. La Circolare muove dalla premessa che gli indici di bilancio rappresentano elementi, seppur articolati, di un *giudizio complessivo unitario sullo stato di salute economico-finanziario dell'azienda*, con valenza indicativa. Oltre agli **indici di solvibilità** ed di **indebitamento** sopra indicati, la Circolare n. 4/10 E distingue tre principali categorie di indici di bilancio: • gli **indici di "struttura"**, che consentono di valutare il grado di affidabilità dell'azienda nel medio/lungo periodo (oltre 12 mesi); • gli **indici di "liquidità"**, al fine di definire la possibilità di far fronte, utilizzando le proprie risorse, agli impegni presi nel breve periodo (entro 12 mesi) verso fornitori, banche ed altri portatori di interessi; • gli **indici di redditività**, per valutare la possibilità di remunerare i singoli elementi utilizzati nell'attività caratteristica con *performance* superiori a quelle raggiungibili attraverso investimenti meno rischiosi. **Integrativi** sono, inoltre: - l'**indice di copertura delle immobilizzazioni**: (Patrimonio netto + Passivo consolidato - che fa riferimento alle posizioni debitorie con scadenza oltre i 12 mesi/Immobilizzazioni al netto degli ammortamenti); - l'**indice di copertura delle immobilizzazioni con patrimonio netto**: Patrimonio netto/Immobilizzazioni al netto degli ammortamenti. Si tratta di *ulteriori specificazioni dell'indice di solvibilità* (definito dal rapporto tra attività e passività). Ove quest'ultimo sia inferiore all'unità, è possibile approfondire il livello di analisi del bilancio aziendale, mediante la costruzione degli indici di copertura delle immobilizzazioni per la stima della sussistenza di un equilibrio tra investimenti e fonti finanziarie nel medio/lungo periodo. Infatti la presenza di valori inferiori all'unità di questi indici viene considerata critica ai fini della valutazione del grado di patrimonializzazione e può segnalare una politica finanziaria aziendale caratterizzata dal finanziamento di investimenti di lungo periodo mediante debiti a breve termine, foriera di possibili difficoltà finanziarie. Inoltre, l'*indice di indebitamento*, così come definito dalla Circolare n. 66/E del 2001, può essere supportato dai c.d. "indici di liquidità", per la valutazione della capacità dell'impresa di poter fronteggiare impegni finanziari a breve scadenza (entro i 12 mesi) con le proprie risorse monetarie disponibili. Viene consigliata, a tal fine, la determinazione dell'indice di liquidità c.d. "secco": (Liquidità immediate + Liquidità differite)/Passività correnti. Anche per questo indice di bilancio sono da considerare critici valori inferiori all'unità.

Si tratta di verifiche più agevoli nell'ambito delle **indagini preliminari** già in corso, ma che, ove la segnalazione avvenga al di fuori di un procedimento penale ad opera di un giudice civile o l'insolvenza si manifesti in fase già processuale, possono essere svolte anche istituendo un nuovo procedimento, almeno in origine iscritto a mod. 45¹⁰³.

Va rimarcato che il P.M. deve maturare una valutazione informata dell'effettiva ricorrenza dello **stato di insolvenza** ex art. 5, legge fall., non potendo (più) determinarsi all'azione come se stesse inoltrando una mera segnalazione al tribunale facendo affidamento sull'istruttoria officiosa del giudice¹⁰⁴, allontanato dallo statuto di autonomo organo di ricerca della prova. Secondo i principi generali «*sul pubblico ministero, in quanto agente, attore ricorrente grava l'onus probandi (aa. 2967 c.c. e 115 c.p.c.): ha l'onere di sottoporre al giudice gli elementi di prova che attestano l'esistenza dei presupposti soggettivi (art. 1 l. fall.) e oggettivi (art. 5 l. fall.) per l'accoglimento della domanda di dichiarazione di fallimento*»¹⁰⁵.

L'analisi così condotta può esser completata mediante la costruzione di **indici di redditività e di rotazione**. In particolare, per stimare la capacità, anche prospettica, di produrre risultati economici positivi, viene suggerito il calcolo dei seguenti indici: **•ROI**: Reddito operativo/Attività dello Stato Patrimoniale **•ROE**: Reddito netto/Patrimonio netto. Il reddito operativo è dato da: (Ricavi caratteristici e accessori) – (Costi gestione operativa). Gli indici di rotazione possono essere utili per indagare la dinamica di incassi e pagamenti riferibili alla gestione caratteristica dell'azienda e devono essere confrontati con quelli medi del settore merceologico cui è riferibile l'attività. Tra gli indici di rotazione utili all'analisi si citano: • tempi medi di dilazione clienti: 360/(Vendite con dilazione/Media dei crediti commerciali); • tempi medi di dilazione fornitori: 360/(Acquisti a credito/Media dei debiti commerciali). *De iure condendo*, nel **DDL n. 2681 S** (art. 4, comma 1, lett h), ora all'esame del Senato, la tempestività delle richieste di composizione assistita della crisi viene ricollegata esclusivamente al fatto che il debitore abbia «*proposto una delle predette istanze, entro il termine di sei mesi dal verificarsi di determinati indici di natura finanziaria da individuare considerando, in particolare, il rapporto tra mezzi propri e mezzi di terzi, l'indice di rotazione dei crediti, l'indice di rotazione del magazzino e l'indice di liquidità*».

¹⁰³ Ai sensi dell'articolo 206 disp. att. c.p.p., il D.M. 30/9/1989 n. 334 ha previsto la gestione della cd. pseudonotizia di reato, istituendo il registro degli atti non costituenti notizia di reato (mod. 45). Essendo potere-dovere esclusivo del pubblico ministero l'esercizio dell'azione penale, solo al primo compete l'identificazione, tra le informazioni e le comunicazioni che gli pervengono, della notizia di reato e, quindi, a contrario, della pseudonotizia, per la cui archiviazione non deve intervenire il giudice delle indagini preliminari (Cass. Pen., I, n. 31278/2009; Cass. Pen., III, n. 49485/2012). Secondo le circolari ministeriali n. 533 del 18.10.1989 e 21.4.2011 (utilizzazione del registro degli atti non costituenti notizia di reato), il registro dei fatti non costituenti reato riguarda le notizie prive, almeno nel momento in cui si procede all'iscrizione, di qualsiasi rilevanza penale e, in via di regola, non meritevoli di alcun approfondimento investigativo, poiché rispondenti a fatti che, seppure rispondenti al vero, non sono riconducibili in astratto ad alcuno illecito penale. Per i fascicoli ritualmente iscritti a "mod. 45" in ogni caso non sono precluse investigazioni, ove esse si mantengano entro i confini della mera acquisizione documentale e/o "testimoniale" a riscontro materiale di quanto esposto. Laddove permanga il mancato apprezzamento *ictu oculi* della sussistenza del *fumus* di una qualsivoglia fattispecie incriminatrice, la definizione del procedimento viene fatta *de plano* direttamente dal pubblico ministero, con trasmissione degli atti all'archivio.

¹⁰⁴ In tema di procedimento per la dichiarazione di fallimento, l'art. 1, comma 2, legge fall., nel testo modificato dal d.lgs. n. 169 del 2007, pone a carico del debitore *l'onere di provare di essere esente da fallimento*, così gravandolo della dimostrazione del *non superamento congiunto* dei parametri ivi prescritti. Onde, l'omesso deposito, da parte dell'imprenditore raggiunto da istanza di fallimento, della situazione patrimoniale, economica e finanziaria aggiornata (al pari dei bilanci relativi agli ultimi tre esercizi), in violazione dell'art. 15, quarto comma, legge fall., come sostituito dal d.lgs. n. 169 del 2007, si risolve in danno dell'imprenditore medesimo, che è onerato della prova del non superamento dei limiti dimensionali (Cass. Civ., Sez. 1, n. 8769 del 31/05/2012, Rv. 623020 - 01). Residua in capo al tribunale un potere di *indagine officiosa* finalizzato ad evitare la pronuncia di fallimenti ingiustificati. Essa si esplica nell'acquisizione di informazioni urgenti (art. 15, comma 4, legge fall.), nell'utilizzazione dei dati dei ricavi lordi in qualunque modo essi risultino (e, dunque, a prescindere dalle allegazioni del debitore: art. 1, comma 2, lettera b, legge fall.) e nell'assunzione dei mezzi di prova officiosi ritenuti necessari nel giudizio di impugnazione ex art. 18 legge fall. Tale ruolo di supplenza, tendendo a colmare le lacune delle parti, è necessariamente *limitato ai fatti da esse dedotti quali allegazioni difensive, ma non è rimesso a presupposti vincolanti* poiché richiede una valutazione del giudice di merito circa l'incompletezza del materiale probatorio e l'individuazione di quello utile alla definizione del procedimento, nonché circa la sua concreta acquisibilità e rilevanza decisoria. Trattandosi di una facoltà necessariamente discrezionale, il mancato esercizio dei poteri istruttori officiosi da parte del giudice non determina l'illegittimità della sentenza e, ove congruamente motivato, non è sindacabile in cassazione (Così Cass. Civ., Sez. 1, n. 24721 del 04/12/2015, Rv. 638149; Id. n. 17281 del 23/07/2010, Rv. 614676 - 01). Ne consegue che il potere di supplenza non può essere esercitato, allorché il curatore fallimentare non sia stato in grado di fornire elementi utili alla ricostruzione dei ricavi lordi per carenza di documentazione (Così Cass. Civ. sez. 1, n. 13643 del 30/05/2013, Rv. 626749 - 01). Né osta a tale conclusione la natura officiosa del procedimento prefallimentare, che impone al tribunale *unicamente di attingere elementi di giudizio dagli atti e dagli elementi acquisiti*, anche indipendentemente da una specifica allegazione della parte, *senza che, peraltro, il giudice debba trasformarsi in autonomo organo di ricerca della prova*, tanto meno quando l'imprenditore non si sia costituito in giudizio e non abbia, quindi, depositato i bilanci dell'ultimo triennio (Cass. Civ. Sez. 1, n. 625 del 15/01/2016, Rv. 638150 - 01).

¹⁰⁵ SANTANGELO, *Il ruolo del pubblico ministero nelle procedure concorsuali*, in Orientamenti, anno XVII, dicembre 2008. L'autore ricorda altresì che «*il principio dell'onere della prova in capo all'attore opera anche nei casi previsti dall'art.*

La verifica e la dimostrazione dell'insolvenza appare obiettivo centrale dell'impegno probatorio del pubblico ministero. Secondo l'art. 5 *cit.*, l'imprenditore che si trova in stato d'insolvenza è dichiarato fallito (art. 5, comma 1, *cit.*) e lo stato d'insolvenza si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrano che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni (art. 5, comma 1, *cit.*)¹⁰⁶. Se, dunque, l'imprenditore che si trova in stato di insolvenza non è *ipso facto* fallito, essendo imprescindibile la dichiarazione giudiziale di detta situazione, al ricorrere di quest'ultima la pronuncia giudiziale di fallimento *deve* essere resa ove richiesta da uno dei soggetti legittimati dall'art. 6 legge fallimentare.

Nonostante i dubbi ingenerati dal secondo comma dell'art. 5, *cit.*, in termini testuali il **presupposto della dichiarazione di fallimento è lo stato di insolvenza** e non la sua manifestazione esteriore. E' questo il motivo per cui la *confessione* di insolvenza dello stesso debitore, legittimato al ricorso per auto-fallimento, è sufficiente anche quando l'insolvenza medesima non si sia manifestata in forme percepibili dai terzi, in linea con la logica della più recente normativa sulla crisi di impresa, volta a favorirne l'anticipata emersione per prevenire le collegate patologie.

Ai fini dell'integrazione del requisito oggettivo della dichiarazione di fallimento in esame è decisivo quello che la stessa norma segnala quale punto focale della definizione di insolvenza: vale a dire che il debitore **«non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni»**.

Si tratta di **patologia finanziaria**, riferita all'adempimento delle *obbligazioni pecuniarie* ma anche di quelle *non pecuniarie*. Occorre considerare che, per quanto l'esperienza insegna che la patologia finanziaria segue inevitabilmente alla *patologia patrimoniale ed economica*, di per sé l'insolvenza non si identifica con lo **sbilancio patrimoniale**¹⁰⁷ (la situazione in cui le passività oltrepassano le attività dell'impresa) né con la **manca di redditività** (la situazione in cui non vengono prodotti utili, ma perdite oppure un saldo attivo inferiore alle fonti di finanziamento utilizzate)¹⁰⁸, almeno fintanto che tali situazioni non si riverberano sulla capacità di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni¹⁰⁹.

7 l. fall., che tipizza, come sintomatici, dei «fatti esteriori» che manifestano l'insolvenza, perché, secondo regole di esperienza, da guardare come espressione di fraudolenta mala gestio dell'imprenditore (fuga, chiusura dei locali, irreperibilità, diminuzione fraudolenta dell'attivo): in tali casi vi è una presunzione assoluta di insolvenza, nel senso dell'obbligatorietà della richiesta del P.M., salva la verifica della fondatezza della domanda da parte del giudice».

¹⁰⁶ Come ricorda PRESTI, *Stato di crisi e stato di insolvenza*, op. cit., il presupposto ricorre nella gran parte delle legislazioni continentali, anche se non per tutte costituisce l'unica ed indefettibile precondizione. Segnala l'Autore: «In Germania secondo il par. 17 dell'Insolvenzordnung del 1994: «(1) Presupposto generale dell'apertura del procedimento è l'insolvenza. (2) Il debitore è insolvente quando non è in grado di adempiere le obbligazioni scadute. Si presume l'insolvenza in caso di cessazione dei pagamenti». In Spagna secondo l'art. 2 della Ley concursal del 2003: «(1) La declaración de concurso procederá en caso de insolvencia del deudor común. (2) Se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles». In Portogallo secondo l'art. 3 del Código da Insolvência e da Recuperação da Empresa e de Falência del 2004: «É considerado em situação de insolvência o devedor que se encontre impossibilitado de cumprir as suas obrigações vencidas». Anche in Francia ove formalmente il requisito resta quello della cessazione dei pagamenti, tuttavia questa viene indentificata nella «impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible» (art. 631-1 code de commerce)».

¹⁰⁷ Così PALUCHOWSKI, Sub art. 5, in Pajardi, *Codice del Fallimento*, 6a ed., a cura di Bocchiola-Paluchowski, Milano, 2009, 96; in giurisprudenza cfr. Cass. Civ. 21.1.2013, n. 1347, per la quale la *prevalenza dell'attivo sul passivo* non esclude di per sé l'insolvenza; cfr. inoltre, Cass. Civ. 28.2.2007, n. 4766, in *Fallimento*, 2007, 775, per la quale la *prevalenza del passivo sull'attivo* non implica per sé solo la sussistenza dello stato di insolvenza. Per Cass. Civ. 1.12.2005, n. 26217 lo *sbilancio patrimoniale*, pur non identificandosi nell'insolvenza, è, comunque, nella maggior parte dei casi, fatto esteriore da valutare con attenzione (conf. Cass. 9.3.2004, n. 4727). La tesi di TERRANOVA, *Stato di crisi, stato d'insolvenza, incapacienza patrimoniale*, in *Dir. fall.*, 2006, 569, secondo cui l'*incapacienza patrimoniale* implica sempre l'insolvenza è criticata da SANDULLI (Sub art. 5, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da Jorio, coordinato da Fabiani, I, Bologna, 2007, 93) che sottolinea la necessità di acquisire informazioni per un poter verificare *capacità dell'imprenditore di restare sul mercato*, senza automatismi, ma svolgendo una verifica globale della *situazione* in cui versa l'imprenditore, esaminando congiuntamente il dato patrimoniale, quello economico e quello finanziario.

¹⁰⁸ Cass. Civ., 19.7.2000, n. 9464.

¹⁰⁹ Il Tribunale di Benevento 8 aprile 2013, est. Monteleone (reperibile all'indirizzo <http://www.osservatorio-oci.org/>) assume che lo stato di insolvenza di una società può essere desunto dai *dati di bilancio*, nel caso in cui nello stato patrimoniale le passività a breve (debiti) siano superiori alle attività a breve (crediti).

A venire in rilievo è la **situazione del patrimonio complessivo** dell'imprenditore che, quale *insieme oggettivo e dinamico di componenti*, impone di considerare *i flussi finanziari originati dall'attività, le risorse liquide accumulate, le dilazioni concesse dal ceto commerciale*¹¹⁰, le *sovvenzioni del ceto bancario e dei soci*, la capacità del debitore societario di collocare sul mercato *titoli di debito* e di rimborsarli con ordinati flussi di cassa. In una parola, in tale valutazione assume ruolo decisivo anche la **concreta** (e non meramente congetturale) **capacità dell'imprenditore di ottenere credito**.

L'insolvenza presuppone una **situazione** provvista di significativa **stabilità**, dunque **non meramente contingente e transitoria**¹¹¹. L'*impossibilità momentanea* di adempiere le obbligazioni scadute, non integra l'insolvenza ove sussistano concrete e ravvicinate prospettive di acquisizione di risorse con cui provvedervi; per converso, non dissolve l'insolvenza l'esistenza di *crediti certi e scaduti ma non riscossi né seriamente incassabili*.

L'accertamento deve rilevare un'**insolvenza attuale** al momento della decisione, ammettendosi anche un margine di **valutazione prognostica**, purché **d'immediato futuro**¹¹². Non è incontrovertito se l'incapacità di adempiere regolarmente debba avere o meno **natura irreversibile**¹¹³, non mancando voci che assumono la compatibilità tra la reversibilità e l'insolvenza¹¹⁴.

Invertendo i termini consueti dell'analisi, può dirsi che la **capacità di soddisfare** le proprie obbligazioni esclude l'insolvenza se sussiste **regolarmente**. In tal senso, è dibattuto se la *regolarità* vada verificata in relazione alla nozione di *esatto adempimento* offerta dal codice civile per i tempi ed i modi in cui va eseguita la prestazione dovuta, o in base alla *provenienza dei mezzi* di adempimento dal normale esercizio dell'impresa, oppure, ancora, sulla base dei criteri desumibili dalla disciplina dell'*azione revocatoria fallimentare*. Sembrano in effetti criteri utili, benché nessuno isolatamente decisivo¹¹⁵, dovendosi ritenere che l'irregolarità attiene all'*attività solutoria* delle obbligazioni. Come acutamente osservato¹¹⁶ «in questo senso singoli ritardi o adempimenti con prestazioni

¹¹⁰ Sulla rilevanza del *pactum de non petendo*, cfr. PALUCHOWSKI, *op. cit.*, 100 s.; Cass. Civ. 12.12.2005, n. 27386; Cass. Civ. 16.7.1992, n. 8656; Cass. Civ., 26.6.1992, n. 8012.

¹¹¹ NIGRO, *Sub art. 5*, in Nigro-Sandulli-Santoro (a cura di), *La legge fallimentare dopo la riforma*, I, Torino, 2010, 66 s.; FERRARA-BORGIOI, *Il fallimento*, Milano, 1995. In giurisprudenza, *ex multis*: Cass. 27.2.2008, n. 5215; Cass. 1.12.2005, n. 26217; Cass. 4.3.2005, n. 4789; Cass. 21.9.2004, n. 18927; Cass. 13.3.2001, n. 115; App. Genova, 28.4.2004, in *Dir. fall.*, 2005, II, 99; Trib. Roma, 10.4.1987, in *Dir. fall.*, 1987, II, 785.

¹¹² Tribunale di Cagliari 27 aprile 2010 est. Spanu (reperibile all'indirizzo <http://www.osservatorio-oci.org/>) ritiene che quando l'imprenditore nei cui confronti è stata proposta l'istanza di fallimento è in attività, la valutazione del giudice relativa al requisito dello stato di insolvenza deve essere diretta ad accertare, in una prospettiva di continuazione dell'esercizio dell'impresa, se esso disponga di *credito* e di *risorse* in misura adeguata per far fronte ai costi determinati dallo svolgimento della gestione aziendale. Tuttavia, nell'ambito di tale valutazione prognostica, per disconoscere la sussistenza del presupposto oggettivo di fallibilità, possono assumere rilevanza i soli elementi idonei a dimostrare che il conseguimento futuro della liquidità necessaria alla regolare soddisfazione delle obbligazioni potrà avvenire in *tempi brevi*, dato che unicamente in presenza di una illiquidità meramente transitoria può escludersi che il debitore si trovi in stato d'insolvenza (nella specie, nonostante la predisposizione di un piano economico-finanziario di riequilibrio, era stata accertata mediante consulenza tecnica d'ufficio l'insufficienza delle risorse concretamente acquisite ed acquisibili nel breve periodo fronteggiare il fabbisogno finanziario attuale).

¹¹³ Cfr. Cass. Civ., Sez. 1, sentenza n. 2211 del 28/02/2000, Rv. 534467 – 01, la quale assume che, in tema di fallimento, lo stato di insolvenza dell'imprenditore non è escluso dall'asserita ossibilità di superare la crisi economica, tenuto conto della ontologica identità tra stato d'insolvenza e stato di momentanea difficoltà dell'impresa, che si differenziano soltanto in relazione alla possibilità di una prognosi, positiva o meno, circa lo sviluppo della crisi ove al debitore venga concessa una moratoria.

¹¹⁴ Cfr. PRESTI, *op. cit.*; GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, Torino, 2011, 4033; NIGRO-VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, Bologna, 2009, 69; NIGRO, *Sub art. 5, cit.*, 67; SANDULLI, *Sub art. 5, cit.*, 93 s.; *Contra*, JORIO, *Fallimento (diritto privato e processuale)*, in ED, Annali, III, Milano, 2010, 346 che considera *irrelevante* solo l'insolvenza *reversibile* in un periodo di tempo breve «e contrassegnata da sicure possibilità di superamento».

¹¹⁵ Cfr. PRESTI, *op. cit.*; SANDULLI, *Sub art. 5, cit.*, 95.

¹¹⁶ In tal senso PRESTI, *op. cit.*, che osserva: «Così, l'adempimento effettuato con la provvista derivante dalla vendita del macchinario essenziale per la produzione oppure la realizzazione in blocco del magazzino, può dirsi irregolare se l'impresa intende continuare l'attività originaria; non quando invece intenda cessare l'attività oppure passare ad altro settore merceologico. In altri termini, la regolarità dell'attività solutoria presuppone la sua coerenza con l'attività nel suo complesso: se si tratta di impresa in going concern, che il soddisfacimento delle obbligazioni non implichi la "disorganizzazione" dell'attività nel suo complesso».

diverse da quelle originariamente programmate (p.e. una datio in solutum) non possono essere considerate in quanto tali "irregolari"; possono diventarlo quando assumono carattere abituale e, soprattutto, costretto. Analogamente, l'esecuzione di pagamenti astrattamente suscettibili di revocatoria fallimentare poco significa in sé quando si tratti per esempio di pagamenti di debiti liquidi ed esigibili; anche qualora si tratti di pagamenti c.d. anomali (cfr. art. 67, 1° comma, l. fall.) l'esame non può arrestarsi al singolo atto, ma deve riguardare l'attività solutoria nel suo complesso. Infine, con riguardo alla provenienza della provvista dal normale esercizio dell'impresa, occorre precisare, da un lato, che in sé non è irregolare il pagamento effettuato con mezzi provenienti da fonti esterne; dall'altro, che anche la provvista realizzata con l'alienazione di cespiti rilevanti, addirittura strategici per lo svolgimento dell'attività, non necessariamente colora di irregolarità l'attività solutoria. In effetti, tutto dipende dal contesto; o come oggi si esprime una parte crescente della dottrina, dalla programmazione dell'attività solutoria dell'imprenditore¹¹⁷».

Per l'**impresa in liquidazione**, l'orientamento giurisprudenziale, sostenuto da approccio di tipo strettamente patrimoniale, adotta criteri di interpretazione dello stato di insolvenza diversi da quelli di un'impresa in attività, con prospettive di rimanere sul mercato. In caso di liquidazione, infatti, l'accertamento dell'insolvenza prescinde dalla valutazione prospettica delle potenzialità dell'impresa e si fonda sull'esame dell'attivo e del passivo al fine di verificarne l'equilibrio e, quindi, di valutare la capacità dell'impresa di soddisfare per intero l'intero ceto creditorio; se per un'impresa in esercizio lo sbilancio patrimoniale, nell'ottica di una dinamica gestionale, non è di per sé determinante (potendosi escludere l'insolvenza per un'impresa fortemente indebitata, ma ritenuta dotata di capacità di produrre reddito), per un'impresa in liquidazione la valutazione dell'insolvenza si fonda, al contrario, sull'accertata insufficienza dei beni al soddisfacimento dei creditori¹¹⁸. La principale differenza nel metodo valutativo deriva proprio dalla presenza della continuità aziendale (*going concern*), situazione che giustifica che non tutto il suo patrimonio sia concretamente disponibile per un'attività solutoria regolare «giacché privarsi di certi cespiti (senza adeguatamente sostituirli)

¹¹⁷ ROSSI, *Le crisi d'impresa*, in Diritto fallimentare, Manuale breve, Milano, 2013, 21 ss.; *Contra* MANDRIOLI, *Lo stato di insolvenza dell'impresa*, in Didone (a cura di), *Le riforme della legge fallimentare*, Torino, 2009, 154 ss.

¹¹⁸ Per consolidata giurisprudenza (cfr. Cass. Civ., Sez. 1, n. 21834/2009; Id., 6170/2003; Id., n. 13644 del 30/05/2013, Rv. 626448-01; Id. n. 25167 del 07/12/2016; Id., Sez. 6-1, ordinanza n. 15442 del 13/07/2011, Rv. 618668 – 01) «quando la società è in liquidazione, la valutazione del giudice, ai fini dell'applicazione dell'art. 5 legge fall., deve essere diretta unicamente ad accertare se gli elementi attivi del patrimonio sociale consentano di assicurare l'eguale ed integrale soddisfacimento dei creditori sociali e ciò in quanto - non proponendosi l'impresa in liquidazione di restare sul mercato, ma avendo come esclusivo obiettivo quello di provvedere al soddisfacimento dei creditori sociale, previa realizzazione delle attività sociali, ed alla distribuzione dell'eventuale residuo tra i soci- non è più richiesto che essa disponga, come invece la società in piena attività, di credito e di risorse, e quindi di liquidità, necessari per soddisfare le obbligazioni contratte». Secondo il Tribunale di Marsala del 30 maggio 2014 (est. Russolillo) nel caso di società poste in liquidazione con patrimonio integralmente confiscato o sequestrato ai sensi del d.lgs. n. 159 del 2011 la verifica del presupposto oggettivo dell'insolvenza ex art. 5 legge fall. non sfugge alla regola secondo cui la valutazione del giudice deve consistere esclusivamente nel confronto tra le risorse patrimoniali e l'indebitamento complessivo, al fine di accertare l'idoneità delle prime a garantire l'eguale ed integrale soddisfacimento dei creditori. Tuttavia, poiché non tutti i debiti iscritti a bilancio sono destinati ad essere soddisfatti, essendo ammessi al riparto solo quelli definitivamente accertati in sede di verifica, al fine di accertare l'effettiva incidenza delle passività e, dunque, il deficit patrimoniale della liquidazione è indispensabile il compimento delle operazioni di verifica dinanzi al giudice delegato e la formazione dello stato passivo (nella specie, non essendo state ultimate le operazioni di verifica del passivo nell'ambito del procedimento di prevenzione, il tribunale ha escluso lo stato di insolvenza della società in liquidazione, sebbene dal bilancio depositato dall'amministratore giudiziario risultasse un rilevante deficit patrimoniale). Cfr. anche Corte di appello di Sassari del 2 dicembre 2011. *Contra* Corte di Appello di Napoli del 25.11.2010 est. Celentano (reperibile in <http://www.osservatorio-oci.org/>) che sottolinea che la nozione d'insolvenza cui fa riferimento l'art. 5, comma 2, legge fall. è unica e, pertanto, va interpretata allo stesso modo per le società in attività e per società in liquidazione. Ne consegue che ai fini dell'accertamento della sussistenza dello stato di insolvenza di una società in liquidazione non può farsi ricorso al criterio giurisprudenziale dell'eccedenza delle passività sulle attività patrimoniali, il quale consentirebbe a tale società di evitare la dichiarazione di fallimento dimostrando la propria capacità di soddisfare, sia pure irregolarmente, le proprie obbligazioni. Secondo il Tribunale di Palermo 19 marzo 2015 est. Montante (reperibile all'indirizzo www.ilcaso.it) depone senza dubbio in senso sfavorevole alla società debitrice il mancato deposito presso il registro delle imprese, prima da parte dell'amministratore e poi da parte del liquidatore, dei bilanci di esercizio, circostanza altamente sintomatica del superamento in negativo, per la società in liquidazione, del rapporto tra l'attivo e il passivo.

impedisce all'impresa di continuare a operare; conseguente, in caso di going concern le fonti di una regolare attività solutoria non possono essere altro che il cash flow generato dall'attività stessa e il credito di cui l'impresa gode. Al contrario, nel caso di impresa in liquidazione, ovvero già cessata, nessun cespite è per sé estraneo all'attività solutoria perché ogni bene è destinato ad essere realizzato per soddisfare le passività¹¹⁹». In ogni caso, pur nell'evenienza di liquidazione deve valutarsi la consistenza patrimoniale e la realizzabilità in concreto sotto il profilo temporale, «in modo tale da verificare l'allineamento tra la scadenza delle obbligazioni e la disponibilità della provvista»¹²⁰.

Infine, la capacità di procedere al regolare soddisfacimento riguarda il complesso delle obbligazioni dell'imprenditore, vale a dire la **complessiva esposizione debitoria**. In linea con la previsione dell'art. 2740 c.c., *l'intero patrimonio dell'imprenditore risponde per tutti i suoi debiti, a prescindere dalla loro natura e dalla loro fonte*. Occorre, dunque, aver riguardo a *tutte le obbligazioni*. Vengono in rilievo anche le obbligazioni *non pecuniarie e non esigibili*, perché il termine di adempimento non è ancor scaduto, ovvero per altre ragioni (testimonianza della componente prognostica dell'accertamento dell'insolvenza), *quelle commerciali e civili* (non inerenti all'esercizio dell'impresa)¹²¹, diversamente dalla previsione dell'art. 683 c. comm., che assumeva rilevante la cessazione dei pagamenti solo in relazione alle obbligazioni commerciali. Proprio il riferimento generale alle obbligazioni dell'imprenditore marca la principale differenza tra l'insolvenza di cui all'art. 5 legge fall. con quella menzionata all'art. 1186 c.c., la c.d. **insolvenza civile fondata** sulla diagnosi di soddisfacimento del credito di cui è titolare il soggetto che si attiva per la decadenza dal termine.

Le **manifestazioni esteriori** dell'insolvenza, in ogni caso, sono quelle che possono impegnare le *indagini del pubblico ministero* ed hanno un *sicuro rilievo probatorio* nel procedimento per la dichiarazione dell'insolvenza.

Esse costituiscono oggetto della prova del soggetto che chiede la dichiarazione di fallimento, conseguita la quale sarà onere del debitore resistente dimostrarne l'infondatezza o comunque la non decisività ai fini dell'insolvenza, quali segnali di inadempimento momentaneo¹²². La giurisprudenza di legittimità ha più volte chiarito

¹¹⁹ PRESTI, *op. cit.*

¹²⁰ MANDRIOLI, *op. cit.*, 159 ss..

¹²¹ Cfr. Cass. Civ., Sez. 1, n. 8930 del 04/06/2012, Rv. 622860 - 01 per cui «ai fini della sussistenza del presupposto dell'insolvenza, l'ordinamento italiano non distingue tra i debiti di un imprenditore individuale, in ragione della natura civile o commerciale di essi, in quanto non consente limitazioni della garanzia patrimoniale in funzione della causa sottesa alle obbligazioni contratte, tutte ugualmente rilevanti sotto il profilo dell'esposizione del debitore al fallimento; solo l'alterità soggettiva (ad esempio, in caso di impresa gestita tramite una società di capitale unipersonale) introduce un criterio diverso di imputazione dei rapporti obbligatori, in base al principio dell'autonomia patrimoniale perfetta». Nella specie, la S.C. ha rigettato il motivo di ricorso avverso la sentenza, che aveva ritenuto raggiunto il limite di indebitamento richiesto dall'art. 1 della legge fall., nonostante la dedotta natura civile e non commerciale del debito costituito da fidejussioni rilasciate prima dell'inizio dell'attività imprenditoriale.

¹²² Cfr. Cass. Sez. 1, Sentenza n. 4455 del 28/03/2001, Rv. 545231 - 01, che identifica lo stato di insolvenza dell'impresa come situazione (in prognosi) irreversibile, e non già meramente temporanea impossibilità di regolare adempimento delle obbligazioni assunte, che può essere legittimamente desunta dalla molteplicità ed entità complessiva delle obbligazioni che non hanno ricevuto adempimento alle rispettive scadenze con mezzi normali di pagamento, quando non sia allegata alcuna ragione idonea a dimostrare la mera accidentalità di tale situazione rispetto al fisiologico andamento dell'impresa. Se tale stato di insolvenza (Cass. Civ., Sez. 1, Sentenza n. 19611 del 30/09/2004, Rv. 577451 - 01) può essere legittimamente desunto, nel contesto dei vari elementi, anche dal mancato pagamento di un solo debito, occorre considerare che «lo stato di insolvenza dell'imprenditore è configurabile anche in assenza di protesti, pignoramenti e azioni di recupero dei crediti, i quali non costituiscono parametro esclusivo del giudizio sul dissesto, posto che invece è la situazione di incapacità del debitore a fronteggiare con mezzi ordinari le proprie obbligazioni a realizzare quello stato, secondo la previsione dell'art. 5 legge fall., quali che siano gli "inadempimenti" in cui si concretizza e i "fatti esteriori" con cui si manifestano» (Cass. Civ., Sez. 1, Sentenza n. 9856 del 28/04/2006, Rv. 590978 - 01). Tale incapacità deve essere accertata, ai fini della dichiarazione di fallimento, attraverso una **valutazione globale, sia quantitativa che qualitativa, dei debiti e dei crediti ed a prescindere dalle cause che l'hanno determinato**. (Sez. 1, Sentenza n. 9253 del 07/06/2012, Rv. 623017 - 01), anche se non imputabili all'imprenditore (Cass. Civ., Sez. 6 - 1, Ordinanza n. 441 del 14/01/2016 (Rv. 638046 - 01). Ai fini della prova dell'impossibilità di soddisfare regolarmente le obbligazioni **non è presupposta, necessariamente, l'esistenza di inadempimenti**, né è da essi direttamente deducibile, essendo gli stessi, se effettivamente riscontrati, equiparabili agli altri fatti esteriori idonei a manifestare quello stato, con valore, quindi, meramente indiziario, da apprezzarsi caso per caso, e con possibilità di escludersene la rilevanza ove si tratti di inadempimento irrisorio (Sez. 1, Sentenza n. 19027 del 08/08/2013, Rv. 627687 - 01). Secondo il Tribunale

che lo stato di insolvenza «*si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni*», ovvero in una «*situazione (in prognosi) irreversibile, e non già meramente temporanea impossibilità di regolare adempimento delle obbligazioni assunte*». Tale convincimento può essere desunto dalla «***molteplicità ed entità complessiva delle obbligazioni che non hanno ricevuto adempimento alle rispettive scadenze con mezzi normali di pagamento***, quando non sia allegata alcuna ragione idonea a dimostrare la mera accidentalità di tale situazione rispetto al fisiologico andamento dell'impresa»¹²³. In ogni caso, nell'esame dello stato dell'imprenditore commerciale, s'impone una «***valutazione globale, sia quantitativa che qualitativa, dei suoi debiti e dei suoi crediti ed a prescindere dalle cause che l'hanno determinato***»¹²⁴. In tal senso, «***il mancato pagamento di somme dovute all'amministrazione finanziaria per IVA ed iscritte a ruolo può considerarsi atto sintomatico di una situazione di insolvenza ai fini della dichiarazione di fallimento senza che rilevi in contrario la circostanza dell'avvenuta impugnazione del ruolo stesso, che ha natura di titolo esecutivo, salvo che il debitore dimostri che l'esecutività dell'atto impugnato è stata sospesa***»¹²⁵.

L'art. 1, secondo comma, legge fall., nel testo modificato dal d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169, pone a carico del debitore l'onere di provare di essere esente dal fallimento, così gravandolo della dimostrazione del non superamento congiunto dei parametri ivi prescritti¹²⁶. Per un *primo orientamento* di legittimità¹²⁷, pur dopo l'abrogazione dell'iniziativa d'ufficio e tenuto conto dell'esigenza di evitare la pronuncia di fallimenti ingiustificati, il **potere di indagine officiosa** è residuo in capo al tribunale, abilitato ad acquisire informazioni urgenti, ex art. 15, quarto comma, legge fall., utilizzare i dati dei ricavi lordi in qualunque modo essi risultino e dunque a prescindere dalle allegazioni del debitore, ex art. 1, secondo comma, lettera b), legge fall., potendo assumere mezzi di prova officiosi ritenuti necessari nel giudizio di impugnazione ex art. 18 legge fall. Si tratterebbe di **un ruolo di supplenza**, volto a colmare le lacune delle parti, in ogni caso necessariamente *limitato ai fatti da esse dedotti quali allegazioni difensive* ma non rimesso a presupposti vincolanti, richiedendo una valutazione del

di Firenze 16 marzo 2010, est. Riviello (reperibile all'indirizzo <http://www.osservatorio-oci.org/>) il **mancato pagamento di un solo credito contestato**, anche se portato da titolo provvisoriamente esecutivo, non consente la dichiarazione di fallimento, a meno che la contestazione risulti solo parziale, dunque una parte del credito sia certamente sussistente (anche per ammissione dello stesso debitore) e ricorrano altresì ulteriori sintomi rivelatori dello stato di insolvenza (nella specie ravvisati in carenza di liquidità, perdita del capitale sociale e irreversibile squilibrio finanziario).

¹²³ Cfr. Cass. Civ. Sez. 1, Sentenza n. 4455 del 28/03/2001, Rv. 545231 – 01, per cui in tema di dichiarazione di fallimento, lo stato di insolvenza dell'impresa, che esso presuppone, da intendersi come situazione (in prognosi) irreversibile, e non già meramente temporanea impossibilità di regolare adempimento delle obbligazioni assunte, legittimamente può essere desunto dalla *molteplicità ed entità complessiva delle obbligazioni che non hanno ricevuto adempimento alle rispettive scadenze con mezzi normali di pagamento*, quando non sia allegata alcuna ragione idonea a dimostrare la mera accidentalità di tale situazione rispetto al fisiologico andamento dell'impresa. La relativa valutazione è rimessa al giudice del merito ed è insindacabile in assenza di vizi logici ed errori giuridici.

¹²⁴ Cass. Civ., Sez. 1, sentenza n. 9253 del 07/06/2012, Rv. 623017 – 01.

¹²⁵ Cass. Civ., Sez. 1, sentenza n. 15407 del 05/12/2001, Rv. 550896 – 01.

¹²⁶ Come ricorda recente arresto della Cassazione civile (Sez. 1, Sentenza n. 625 del 15/01/2016, Rv. 638150) l'art. 1, legge fall., nella formulazione novellata dal d.lgs. 9 gennaio 2006 n.5, dichiarava soggetti a fallimento gli imprenditori che esercitano un'attività commerciale, esclusi gli enti pubblici ed i piccoli imprenditori. Aggiungendo, testualmente, al secondo comma: "Ai fini del primo comma, non sono piccoli imprenditori gli esercenti un'attività commerciale in forma individuale o collettiva che, anche alternativamente: A) hanno effettuato investimenti dell'azienda per un capitale di valore superiore ad euro 300.000; B) hanno realizzato in qualunque modo risulti, ricavi lordi calcolati sulla media degli ultimi tre anni o dall'inizio l'attività se di durata inferiore, per un ammontare complessivo annuo superiore ad euro 200.000". Sebbene l'onere della prova del mancato superamento dei predetti limiti sia stato posto espressamente a carico dell'imprenditore solo con il successivo d.lgs. 12 settembre 2007 n. 169, con effetto a decorrere dall'1 gennaio 2008 ("Non sono soggetti alle disposizioni sul fallimento sul concordato preventivo gli imprenditori di cui al primo comma, i quali dimostrino il possesso congiunto dei seguenti requisiti...") si deve attribuire al predetto emendamento efficacia interpretativa di un principio implicito nella formula originaria: la quale poneva già come regola generale l'assoggettamento a fallimento degli imprenditori commerciali e come esclusione - e cioè, come fatto impeditivo, costituente un'eccezione in senso tecnico - la qualità di piccolo imprenditore, legalmente desumibile dal mancato raggiungimento dei presupposti dimensionali sopra ricordati.

¹²⁷ Cass. Civ., Sez. 1, sentenza n. 17281 del 23/07/2010, Rv. 614676; Id., n. 8769 del 31/05/2012, Rv. 623020.

giudice di merito competente circa *l'incompletezza* del materiale probatorio, l'individuazione di quello *utile* alla definizione del procedimento, nonché la sua concreta *acquisibilità* e *rilevanza decisoria*. Per altro orientamento¹²⁸ la natura officiosa del procedimento fallimentare ha **natura relativa**¹²⁹, importando solo che il tribunale possa attingere elementi di giudizio dagli atti e documenti acquisiti, anche indipendentemente da una specifica allegazione di parte, «*ma non pure che debba trasformarsi in organo officioso di ricerca della prova: tanto meno, ove l'imprenditore neppure si costituisca in giudizio e quindi non depositi i propri bilanci dell'ultimo triennio, rilevanti ai fini in esame*».

In merito al **potere di selezione del pubblico ministero nell'offerta al tribunale fallimentare dei documenti e degli elementi probatori** acquisiti nell'ambito delle indagini svolte, appare problematica la *tesi che lo esclude radicalmente* in ragione della portata generale dei principi di imparzialità ed indipendenza testimoniati (anche) dall'art. 358 c.p.p.¹³⁰. *In primis*, infatti, quale parte onerata della dimostrazione della fondatezza della domanda, egli deve organizzare un'argomentazione, anche probatoria, della *causa petendi* coerente con il *petitum*, identificato nella richiesta della pronuncia di fallimento¹³¹, allegando ed esponendo gli elementi avvalorativi del presupposto di fatto ex art. 5 legge fall., non identificabile nella commissione di reati. Di argomentare "a tutto campo", anche contro la *tesi* che sostiene la domanda, non sembra possa davvero farsi carico il pubblico ministero. Indiscutibile, per contro, è la necessità che lo stesso, quale parte pubblica, si determini all'esito di una *completa ed imparziale valutazione delle risultanze* acquisite e che le alleggi nell'esatta valenza probatoria, senza tacere *elementi limitativi* di tale portata.

In secondo luogo, il pubblico ministero, quale custode della segretezza delle indagini, vive *dilemmi originali* rispetto a quelli di qualsiasi altra parte privata. Viene in rilievo, in tal senso, la **legittimità del passaggio degli atti di indagine**, dal fascicolo del P.M. **alla procedura pre-fallimentare**, in relazione alle regole di **segretezza** ex art. 329 c.p.p. che assistono i primi. Può così convenirsi con chi¹³² osserva che «*per alcuni atti (ad esempio: verbali di perquisizione e di sequestro) non esistono concrete e formali limitazioni, al pari dell'interrogatorio dell'indagato (che potrebbe contenere la confessione "dell'insolvenza") e di altri atti in sé privi delle connotazioni di segretezza, in quanto pubblici (si pensi ai bilanci, che potrebbero dimostrare lo "sbilancio" fra attivo e passivo). Peraltro, si ammette che anche atti, che non rientrano nelle citate categorie, integrino il fascicolo prefallimentare (si pensi a sommarie informazioni, documentazione bancaria, eccetera): se si investe, in nome dell'interesse pubblico, il P.M. di un vero e proprio dovere di iniziativa, non pare ragionevole opporre i divieti dell'art. 329 c.p.p. all'adempimento dell'obbligo di agire*». Nei casi più problematici, poi, «*non resta che rimettersi al prudente apprezzamento del "buon pubblico ministero", istituzionalmente preposto alla cura di interessi pubblici mediante l'esercizio di azioni, penale e civile, volte ad ottenere tutela giurisdizionale*».

9. La competenza territoriale

¹²⁸ Cass. Civ., Sez. 1, sentenza n. 625 del 15/01/2016, Rv. 638150.

¹²⁹ Cass. Civ., Sez. 1, 20 agosto 2004 n.16356.

¹³⁰ SANTANGELO, *op. cit.*, che osserva: «Questo vale anche per gli elementi raccolti che potrebbero indurre il tribunale, in dissenso dalla valutazione del p.m., a ritenere non esistente il presupposto dell'insolvenza; se anche non si applica direttamente l'art. 358 c.p.p., rimane un principio generale che onera a riversare tutto nel rispetto della funzione terza, imparziale ed indipendente e di fedele ausilio che connota a prescindere dalle regole del processo penale la figura del funzionario pubblico nello svolgimento dei suoi compiti».

¹³¹ Come annota SANTANGELO, *op. cit.*, «non pare possa semplicemente limitarsi a trasbordare i risultati dell'indagine penale (contenuti nel fascicolo del P.M.) al fascicolo pre-fallimentare, bensì dovrà allegare e dedurre elementi di prova dell'esistenza del presupposto di fatto, cioè "che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni" ex a. 5 L. fall. (ovviamente la commissione di reati non significa la sussistenza delle condizioni di fallibilità in capo al reo)».

¹³² SANTANGELO, *op. cit.*

In base all'**articolo 9, comma 1, legge fall.** «*il fallimento è dichiarato dal tribunale del luogo dove l'imprenditore ha la sede principale dell'impresa*». Tale sede si identifica con il luogo in cui si trova il **centro direttivo e amministrativo** dell'impresa stessa, coincidente, fino a prova contraria, con la **sede legale**, che può anche non coincidere con quello ove è ubicato lo stabilimento¹³³. La competenza territoriale del tribunale fallimentare non pare contestabile, in tal senso, adducendo che la sede legale è diversa da quella risultante dal **registro delle imprese** - doglianza che può essere sollevata solo innanzi al giudice del registro - ma esclusivamente allegando e provando l'esistenza di una **sede effettiva** diversa dalla sede legale¹³⁴. La presunzione di coincidenza tra tali sedi può essere superata dai terzi attraverso la prova che essa non sussiste, anche sulla base di presunzioni gravi, precise e concordanti¹³⁵ (quali la dichiarazione resa all'Agenzia delle Entrate in ordine alla sede legale ed i rapporti con le banche).

Non rileva, ai fini della competenza, il **trasferimento della sede** intervenuto *nell'anno antecedente* all'esercizio dell'iniziativa per la dichiarazione di fallimento (art. 9, comma 2, legge fall.)¹³⁶. Si tratta di *regola che ha carattere assoluto* e non può essere derogata nemmeno nel caso in cui il trasferimento infra annuale sia avvenuto presso il luogo in cui si trova, effettivamente, la sede principale dell'impresa, astrattamente idoneo a radicare la competenza del tribunale adito ai sensi del primo comma¹³⁷. Essa vale anche in caso di richiesta di auto-fallimento da parte del debitore, non essendo competente il tribunale ove si trova la nuova sede dell'impresa¹³⁸.

In proposito, la Cassazione ha anche chiarito che «*sussiste la competenza del tribunale del luogo in cui la società aveva precedentemente la propria sede legale in caso di fittizietà del suo trasferimento, mentre la presunzione di coincidenza fra sede legale e sede effettiva può essere superata nel caso in cui si dimostri che nella sede legale non è stato posto in essere alcun atto di gestione o decisione effettiva per la vita dell'impresa*»¹³⁹. La stessa regola sembra applicabile - fatte salve le diverse convenzioni internazionali - anche all'ipotesi in cui il *trasferimento della sede avvenga in paese extraeuropeo*, «*stanti la identità di ratio e la unitarietà delle disposizioni dettate dall'art. 9 l.f. sul tema generale della competenza, da intendersi in senso lato come comprensiva anche della giurisdizione. In ogni caso, il trasferimento all'estero è comunque irrilevante ove ne risulti*

¹³³ Per il disposto dell'art. 9 della legge fallimentare, la competenza a dichiarare il fallimento spetta al Tribunale del luogo ove l'imprenditore ha la *sede principale* dell'impresa e, cioè, *ove promuova sul piano organizzativo gli affari dell'azienda*. La *sede effettiva* si presume, fino a prova contraria, coincidente con la *sede legale* con riguardo al momento del deposito in cancelleria del relativo ricorso, restando irrilevante, per il principio della "*perpetuatio iurisdictionis*", ogni successivo trasferimento; trattandosi di società, è pertanto competente, fino a prova contraria, il tribunale del luogo in cui è posta la *sede risultante dal registro delle imprese*, dovendosi ritenere inefficace la delibera di trasferimento della sede sociale eventualmente adottata dall'assemblea in epoca anteriore al deposito dell'istanza di fallimento, qualora, alla predetta data, non sia stata ancora iscritta nel registro delle imprese (*ex multis*, Cass. 11732/06; Cass. 3885/96; Cass. 1116/99).

¹³⁴ Tribunale di Velletri, 15.9.2010, De Cinti.

¹³⁵ Così Corte di Appello di Napoli 8 maggio 2009 est. Celentano.

¹³⁶ Per la Corte di Appello di Sassari 2 dicembre 2011, est. Giacalone (reperibile all'indirizzo <http://www.osservatorio-oci.org/>) «*nell'ipotesi in cui il trasferimento della sede di una società sia intervenuto nell'anno antecedente all'esercizio dell'iniziativa per la dichiarazione di fallimento esso non rileva, ai sensi del secondo comma dell'art.9 l.f., ai fini dell'individuazione del tribunale territorialmente competente a dichiarare il fallimento e neppure, ai sensi dell'art.161 l.f., ai fini dell'individuazione del tribunale territorialmente competente a decidere sulla domanda di concordato preventivo (la Corte d'appello nell'applicare il suddetto principio ha ritenuto che la domanda di ammissione al concordato preventivo, nelle more della procedura per la dichiarazione di fallimento, dovesse essere necessariamente presentata presso il medesimo tribunale territorialmente competente a decidere sull'istanza di fallimento)*».

¹³⁷ Tribunale di Terni 27 aprile 2010 est. Vella (reperibile all'indirizzo <http://www.osservatorio-oci.org/>) che osserva: «*Militano a favore di tale tesi: la necessità di tutela della certezza nei traffici commerciali e dell'affidamento dei terzi; la frequenza, nella prassi, di comportamenti elusivi posti in essere dal debitore per ostacolare l'efficacia delle iniziative dei creditori; la sua conformità ai principi vigenti nell'ordinamento comunitario, ove si predilige l'affidamento riposto dai terzi sui dati risultanti dai pubblici registri; le esigenze di celerità del procedimento per dichiarazione di fallimento. Ne consegue che il secondo comma dell'art. 9 l.f. rappresenta una regola oggettiva di chiusura e sbarramento, rispetto a possibili contestazioni strumentali del debitore*

¹³⁸ Tribunale di Firenze 24 marzo 2010, est. Riviello, reperibile all'indirizzo <http://www.osservatorio-oci.org/>.

¹³⁹ Cass. Civ., Sez. 1, ordinanza n. 12285 del 10/06/2005.

provata la natura fittizia, anche in forza di presunzioni fondate sulla sua prossimità temporale alle iniziative esecutive del creditore, sull'assenza di una effettiva e concreta motivazione della scelta, sulla contestuale cessione di tutte le quote ad un soggetto straniero ed irreperibile, contestualmente nominato amministratore, sull'assenza di indizi di una effettiva prosecuzione dell'attività nella nuova sede estera»¹⁴⁰.

Per contro, va dichiarato il **difetto di giurisdizione del giudice italiano** in favore del giudice straniero nel caso in cui l'impresa debitrice abbia trasferito la propria sede all'estero in epoca antecedente alla proposizione del ricorso per dichiarazione di fallimento e sia in grado di fornire una prova sufficiente a superare la presunzione relativa per la quale tale trasferimento è meramente fittizio¹⁴¹. Inoltre, non manca l'opinione per cui, ai fini della dichiarazione di fallimento, il trasferimento all'estero della sede legale della società debitrice non fa venir meno la giurisdizione italiana, ove avvenga nel corso del procedimento per dichiarazione di fallimento, iniziato allorché la stessa debitrice aveva sede effettiva in Italia o si riveli, comunque, fittizio¹⁴².

Nell'ipotesi di **fusione per incorporazione** di più società, la competenza territoriale a conoscere il ricorso per dichiarazione di fallimento della società incorporata depositato entro l'anno dalla fusione è stata riconosciuta in capo al tribunale del luogo in cui era ubicata la sede della società incorporata prima dell'atto di fusione, pur dovendosi tenere conto, ai fini dell'accertamento dell'insolvenza, delle condizioni finanziarie, economiche e patrimoniali della società risultante dalla fusione¹⁴³.

Quando, poi, la **società sia stata posta in liquidazione**, la competenza per territorio spetta al tribunale del **luogo ove si svolge l'attività liquidatoria**, anche se non coincidente con quello della sede legale¹⁴⁴.

In punto di **attribuzioni dell'organo inquirente** informato dell'insolvenza la questione più ricorrente è se esso sia **legittimato, in quanto tale, alla richiesta di fallimento pur se non insediato presso il tribunale territorialmente competente**. Tra le alternative soluzioni possono segnalarsi: (i) la necessaria *trasmissione degli atti all'ufficio del pubblico ministero competente* in relazione al circondario del tribunale presso il quale l'imprenditore ha la sede principale; (ii) la *presentazione al tribunale fallimentare competente* della richiesta di fallimento da parte del *pubblico ministero per primo* abbia acquisito notizia dell'insolvenza.

La prima ipotesi valorizza il collegamento tra il potere di azione e la competenza territoriale dell'organo pubblico insediato presso un determinato tribunale e appare più funzionale alle regole dei procedimenti fallimentari, ivi compresa la partecipazione all'attività istruttoria della fase prefallimentare¹⁴⁵. L'altra soluzione, per contro, è provvista di obiettivi vantaggi in termini di efficienza e celerità dell'azione e di coerenza rispetto alla lettera dell'art. 7 legge fall., che collega l'iniziativa all'esistenza di fatti

¹⁴⁰ Tribunale di Terni 7 febbraio 2011 est. Vella, reperibile all'indirizzo <http://www.osservatorio-oci.org>. Per Tribunale di Sulmona 27 ottobre 2011, est. D'Orazio, «ai fini della determinazione del tribunale territorialmente competente a dichiarare il fallimento, è irrilevante il trasferimento della sede legale della società debitrice, ancorché deliberato e pubblicizzato oltre un anno prima del deposito dell'atto iniziale del procedimento, quando ad esso non corrisponda un reale trasferimento del centro propulsore dell'impresa o non si accompagni l'effettivo esercizio di attività d'impresa nella nuova sede. Pertanto, in caso di accertata fittizietà del trasferimento, la presunzione di coincidenza della sede effettiva con quella legale opera con riferimento alla sede precedente al trasferimento e non a quella successiva e detto trasferimento è inidoneo a radicare la competenza per la dichiarazione di fallimento nel tribunale nel cui circondario si trovi la nuova sede legale».

¹⁴¹ Tribunale di Reggio Calabria 6 aprile 2009, est. Asciutto, che ha ritenuto raggiunta tale prova attraverso elementi indiziari univoci, quali l'iscrizione al competente organo camerale albanese, l'adeguamento alla normativa albanese relativamente alla composizione della compagine sociale, la stipula del contratto di locazione dell'immobile in cui viene svolta l'attività presso la sede straniera e il regolare svolgimento nello stato estero di attività commerciale, comprovato da fatture di acquisto e vendita e da certificazioni IVA.

¹⁴² Tribunale Pescara 6 febbraio 2006, est. Filocamo, reperibile all'indirizzo <http://www.osservatorio-oci.org>.

¹⁴³ Tribunale di Ancona, 27 settembre 2010, est. Ragaglia, reperibile all'indirizzo <http://www.osservatorio-oci.org>. Nella specie il tribunale, ritenuta la propria competenza, ha ordinato l'estensione del contraddittorio alla società risultante dalla fusione.

¹⁴⁴ Cass. Civ., Sez. 1, ordinanza n. 18535 del 14/09/2004.

¹⁴⁵ SANTANGELI, *op. cit.*; nello stesso senso, DIMUNDO, *Il giudizio di dichiarazione di fallimento*, AA.VV., Il fallimento e le altre procedure concorsuali, Tratt. Panzani, Torino, 2000, I, 127-234.

sintomatici dello stato di insolvenza ma non autorizza dissociazioni tra il soggetto pubblico procedente in sede penale e l'istante; tanto più che, in difetto di una disciplina espressa, la legittimazione a proporre il ricorso viene ritenuta collegata a questioni concernenti la competenza civilistica¹⁴⁶.

Appare incontrovertibile, peraltro, che ove la richiesta sia accolta, la **competenza gestoria** (ivi compreso il ricevimento della relazione ex art. 33 L.F. e dunque la valutazione dei reati fallimentari) farà capo necessariamente alla Procura del tribunale che ha dichiarato lo stato di insolvenza fallimentare, radicando quest'ultima la competenza territoriale¹⁴⁷. Inoltre, nella più parte dei casi, sembra ragionevole ritenere che sarà il pubblico ministero insediato presso il tribunale territorialmente competente a trovarsi nelle condizioni di acquisire più agevolmente e rapidamente le informazioni utili e complete per assumere le corrette determinazioni in punto di presentazione o meno della richiesta.

10. La richiesta di fallimento in pendenza di procedura di concordato

Definendo gli **effetti della domanda di ammissione al concordato preventivo**, l'art. 168 legge fall. dispone che, a far data *dalla pubblicazione* nel registro delle imprese del ricorso con cui essa viene avanzata e *fino* al momento in cui il *decreto di omologazione* del concordato preventivo diventa *definitivo*, i *creditori per titolo o causa anteriore non possono, a pena di nullità, iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore*. Ciò importa altresì che le *prescrizioni* che sarebbero state interrotte dagli atti predetti rimangano sospese e le *decadenze* non si verifichino. Inoltre, i *creditori non possono acquistare diritti di prelazione con efficacia rispetto ai creditori concorrenti*, salvo che vi sia autorizzazione del giudice nei casi previsti dall'art. 167 legge fall., mentre le *ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni che precedono la data della pubblicazione del ricorso* nel registro delle imprese sono inefficaci rispetto ai creditori anteriori al concordato.

Questo quadro di previsioni (che, come visto, direttamente investe l'esercizio delle azioni esecutive cautelari), unito al fatto che il presupposto oggettivo del concordato preventivo non coincide sempre con quello del fallimento, posta la maggiore estensione dello stato di crisi rispetto allo stato di insolvenza, hanno indotto ad interrogarsi circa la **possibilità per il P.M. di presentare richiesta di fallimento nel corso della procedura di concordato preventivo**, in via autonoma o nel contesto del sub-procedimento ex art. 173 legge fallimentare.

Occorre, anzitutto, osservare che **non** è rinvenibile una relazione di **pregiudizialità processuale** tra procedimento di *concordato preventivo* e *giudizio prefallimentare*, tale da imporre la *sospensione* di quest'ultimo ex art. 295 c.p.c. per evitare il rischio di conflitto tra giudicati¹⁴⁸.

¹⁴⁶ FERRO, *L'istruttoria pre-fallimentare e l'iniziativa del P.M.*, op. cit., che rileva: «La prassi rilevata dall'OCI-Osservatorio sulle crisi di impresa [FERRO-DI CARLO 10, 335] ha invero messo in luce orientamenti prevalenti sia per la legittimazione attiva di un ufficio del PM diverso dal tribunale competente territorialmente (56,2%), sia per la possibilità che l'ufficio richiedente sia quello della Procura generale (72,9%). La giustificazione del dato interpretativo si può cogliere nel diretto collegamento tra l'elemento penale che connota l'iniziativa del PM (anche se non necessariamente) e l'insolvenza di un imprenditore, fattori che potrebbero divergere in punto di rinvio alla nozione giuridicamente apprezzabile di territorio. Il problema territoriale risente pertanto dell'influenza di quello collegato all'accertamento della responsabilità penale, atteso che sarà quest'ultimo eventualmente a condizionare anche la legittimazione attiva del PM».

¹⁴⁷ In tema di bancarotta fraudolenta, la dichiarazione di fallimento si pone, per tutti i casi riferibili a condotte realizzate prima della stessa dichiarazione, quale ultimo atto che perfeziona il delitto nel tempo e nel luogo in cui la sentenza è pronunciata. Essa radica, in quanto pronunciata in Italia, la giurisdizione e la competenza del giudice italiano (Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. 32352 del 07/03/2014 Ud., dep. 22/07/2014, Rv. 261943 in relazione a fattispecie in cui è stata ritenuta sussistente la giurisdizione italiana per il delitto di bancarotta fraudolenta riguardante società con sede all'estero e dichiarate fallite in Italia; conf. Id., n. 3282 del 1992; id., n. 1935 del 2000 Rv. 216433).

¹⁴⁸ DE SANTIS, *La dichiarazione di fallimento*, in Trattato di diritto fallimentare, diretto da Buonocore e Bassi, I, Padova 2010, 333.

La Corte regolatrice¹⁴⁹ ha inizialmente ritenuto che la **presentazione di una domanda di concordato preventivo nel contesto dell'istruttoria prefallimentare non potesse precludere la pronuncia di fallimento**, rappresentando semplice espressione del diritto di difesa del debitore, senza che ne derivi la facoltà di quest'ultimo di disporre unilateralmente e potestativamente dei tempi del procedimento fallimentare, venendo così a paralizzare le iniziative recuperatorie del curatore e ad incidere negativamente sul principio costituzionale della ragionevole durata del processo. Le Sezioni Unite¹⁵⁰ hanno ulteriormente chiarito il rapporto tra concordato preventivo e fallimento richiamando un fenomeno di **conseguenzialità** (eventuale del fallimento, all'esito negativo della procedura di concordato) e di **assorbimento** (dei vizi del provvedimento di rigetto della domanda di concordato in motivi di impugnazione del successivo fallimento), rimarcando l'esigenza di **coordinamento fra i due procedimenti**. *«La conseguenzialità logica tra le due procedure non si traduce dunque anche in una conseguenzialità procedimentale, ferma restando la connessione fra l'eventuale decreto di rigetto del ricorso per concordato e la successiva conseguenziale sentenza di fallimento, anche se non emessa contestualmente al primo provvedimento, dovendosi in tal caso farsi valere i vizi del decreto mediante l'impugnazione della sentenza di fallimento»*. Al di fuori dei casi in cui la domanda di concordato sia palesemente dilatoria, è affidato al **prudente apprezzamento del giudice**, poi, il coordinamento tra le due procedure, ritenendosi che posta la conseguenzialità (non traducibile in pregiudizialità) delle due procedure, il debitore mantiene il diritto di ottenere una **pronuncia sulla domanda di concordato prima di quella sul fallimento**¹⁵¹

Non è mancato un orientamento diverso in seno alla Cassazione¹⁵² che ha incidentalmente ritenuto che la **procedura fallimentare**, costituendo una esecuzione collettiva, sia **improcedibile** ex art. art. 168 l. fall. nel caso di instaurazione dell'*iter* concordatario.

Le Sezioni Unite, investite nuovamente della questione, hanno posto in risalto l'opportunità della **trattazione unitaria** dei procedimenti, in quanto volti a governare la medesima situazione di crisi, configurando nei termini di **continenza**¹⁵³ il rapporto tra le due procedure, con **necessaria riunione** di esse ai sensi dell'art. 273 c.p.c., se pendenti innanzi allo stesso giudice, ovvero applicazione delle **disposizioni dettate dall'art. 39, comma 2, c.p.c.**¹⁵⁴ in tema di continenza e competenza, se pendenti

¹⁴⁹ Cass. Civ. Sez. 1, sentenza del 24.10.2012, n. 18190, in Foro it., 2013, I, 1534.

¹⁵⁰ Cass. SS.UU., 23.1.2013, n. 1521 Rv. 624794 – 01.

¹⁵¹ AMBROSINI, *Il Concordato preventivo*, in Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali diretto da F. Vassalli – F.P. Luiso – E. Gabrielli, Torino, 2014, 65. Secondo il Tribunale di Napoli del 14 marzo 2014. est. Dongiacomo (reperibile all'indirizzo <http://www.osservatorio-oci.org/>) *«ferma restando la necessità che la domanda di concordato preventivo venga decisa prima della domanda di fallimento, il necessario coordinamento organizzativo tra le due procedure, richiesto dalla giurisprudenza della Corte di cassazione, deve essere realizzato a mezzo la formale riunione dei due procedimenti connessi ex art. 274 c.p.c., con la trasmissione di quello prefallimentare agli atti di quello conseguente alla domanda di concordato preventivo, in modo che ove sia ritenuta (e dichiarata) l'inammissibilità della proposta, il tribunale adito a norma dell'art. 161 l.f. possa, come disposto dall'art. 162, co. 2, l.f., procedere all'accertamento dei presupposti previsti dagli artt. 1 e 5 l.f. e, in caso positivo, dichiarare il fallimento del debitore»*.

¹⁵² Cfr. sentenza dell'11.6.2013, n. 14684, reperibile all'indirizzo www.ilcaso.it.

¹⁵³ LENOCI (*Il ruolo del Pubblico Ministero nella procedura di concordato preventivo*, relazione presso la Scuola Superiore della Magistratura, Scandicci, 4 ottobre 2016) richiama più indici di questa relazione di continenza: *«1) la parziale coincidenza dei soggetti, quando l'iniziativa per la dichiarazione di fallimento è assunta dal creditore, che in quanto tale rientra anche tra i soggetti che sono parti sostanziali della procedura di concordato; 2) la coincidenza della causa petendi, rappresentata dallo stato di insolvenza; 3) la parziale coincidenza del petitum, rappresentato in entrambi i casi dalla regolazione della crisi (sub specie dello stato di insolvenza), ma secondo le diverse regole delle due procedure, con conseguente incompatibilità tra le istanze: la dichiarazione di fallimento presuppone, infatti, l'esito negativo della procedura di concordato e non consente la presentazione di ulteriori domande di concordato preventivo, mentre l'omologazione del concordato rende improcedibili le istanze di fallimento già presentate e rimuove lo stato di insolvenza, rendendo possibile la presentazione di nuove istanze solo per fatti sopravvenuti o per la risoluzione o l'annullamento del concordato»*.

¹⁵⁴ Nel caso di *continenza di cause*, se il giudice preventivamente adito è competente anche per la causa proposta successivamente, il giudice di questa dichiara con ordinanza la continenza e fissa un termine perentorio entro il quale le

innanzi a giudici diversi. Portando a conclusione il ragionamento, la Suprema Corte ha quindi affermato la necessità (che il tribunale non governa discrezionalmente secondo il prudente apprezzamento ma riconosce come logica del nuovo sistema delle procedure di gestione della crisi¹⁵⁵) di un coordinamento tra le procedure, che valga ad assicurare il **previo esaurimento di quella di concordato preventivo**, la quale, in quanto più ampia ed articolata, contiene la domanda prefallimentare¹⁵⁶. Durante la procedura di concordato al **creditore dissenziente** è dato di presentare istanza di fallimento, non limitandosi ad esprimere voto contrario all'approvazione ovvero opporsi all'omologazione, ma *«il creditore contrario all'approvazione del concordato o alla sua omologazione non sembra possa sfuggire al carattere vincolante ed universale della procedura di concordato con la semplice presentazione dell'istanza di fallimento. Sembra, infatti, più coerente con il sistema ritenere che, finché la procedura di concordato non ha avuto un esito negativo, il creditore che ha chiesto di regolare la crisi attraverso il fallimento non può ottenere la relativa dichiarazione»*.

Pertanto, al di fuori del verificarsi di uno degli eventi previsti dagli artt. 162, 173, 179 e 180 legge fall., durante la pendenza di una procedura di concordato, quale che sia la fase, non può ammettersi non tanto il corso di un autonomo procedimento prefallimentare quanto che esso che si concluda con la dichiarazione di fallimento,

La Prima Sezione della Cassazione, con recente pronuncia¹⁵⁷, superando e portando ad evoluzione altri indirizzi¹⁵⁸, ha riferito un significato di **improcedibilità meramente temporanea e parziale** al principio espresso dalla sentenza n. 9935/2015 delle Sezioni Unite. Tale qualificazione connota ogni con misura organizzatoria, relativa alle domande di fallimento pendenti al momento della presentazione di una domanda di concordato preventivo, con cui il tribunale ne affermi l'**inidoneità momentanea** (cioè allo stato degli atti) **ad essere decise in senso favorevole** alla conclusione voluta dagli istanti o dai richiedenti. E' per tale improcedibilità meramente temporanea e parziale che *«finché la procedura di concordato preventivo non ha avuto un esito negativo, il creditore che ha chiesto di regolare la crisi attraverso il fallimento non può ottenere la relativa dichiarazione»*. In tal modo è stata *superata* sia la teoria della *pregiudizialità tecnico-giuridica assoluta* (con logica e tendenziale prevalenza dell'esame preventivo della domanda di concordato), sia il *principio della sospensione* (anche

parti debbono riassumere la causa davanti al primo giudice. Se questi non è competente anche per la causa successivamente proposta, la dichiarazione della continenza e la fissazione del termine sono da lui pronunciate.

¹⁵⁵ Dopo la riforma, il concordato preventivo conserva la funzione di prevenire il fallimento attraverso una soluzione alternativa della crisi, secondo logica negoziale e contenimento dei connotati pubblicistici. E' affidata ai creditori, sia pure sulla base di una informazione la cui correttezza e completezza è controllata dal tribunale, la valutazione di convenienza della proposta di concordato e della fattibilità economica del relativo piano, restando consentita al tribunale solo la valutazione della fattibilità giuridica, sotto il profilo della idoneità ad assicurare il soddisfacimento della causa della procedura. Con tale quadro *«non è compatibile l'idea che il coordinamento tra i due procedimenti, pacificamente indispensabile per l'identità della crisi da regolare, sia affidato alla discrezionalità del tribunale, al quale, se sono sottratte le valutazioni di convenienza e di fattibilità nel merito, non può che essere sottratta anche la possibilità di provvedere ad un bilanciamento degli interessi coinvolti dalla scelta tra concordato preventivo e fallimento. Né, tantomeno, può accettarsi l'idea, prospettata in dottrina, di una competizione tra le procedure da risolvere decidendo per prima quella che per prima giunge a maturità istruttoria. Ciò non tanto perché i tempi delle procedure, quando non sono affidati al caso, sono pur sempre regolati dal tribunale, ma perché la soluzione proposta, da un lato, suppone che un ordine di trattazione non sia stabilito dal legislatore né demandato al tribunale e, dall'altro, è capace di condurre a risultati paradossali come l'apertura del fallimento, quando la relativa istruttoria sia chiusa, pur in presenza di una convenientissima proposta di concordato (perché, ad esempio, è previsto l'intervento di un terzo), magari già approvata dalla maggioranza dei creditori e soltanto da omologare, ovvero come la necessità, comunque, di un ordine di trattazione quando le procedure siano di fatto entrambe in una situazione di completa istruttoria»* (Cass. Civ. SS.UU, sentenza n. 9935 del 15/05/2015, Rv. 635322 – 01).

¹⁵⁶ Cass. Civ. SS.UU, sentenza n. 9935 del 15/05/2015, *cit.*, alla cui stregua in pendenza di un procedimento di concordato preventivo, sia esso ordinario o con riserva, ai sensi dell'art. 161, sesto comma, legge fall., il fallimento dell'imprenditore, su istanza di un creditore o su richiesta del P.M., può essere dichiarato soltanto quando ricorrono gli eventi previsti dagli artt. 162, 173, 179 e 180 legge fall. e cioè, rispettivamente, quando la domanda di concordato sia stata dichiarata inammissibile, quando sia stata revocata l'ammissione alla procedura, quando la proposta di concordato non sia stata approvata e quando, all'esito del giudizio di omologazione, sia stato respinto il concordato; la dichiarazione di fallimento, peraltro, non sussistendo un rapporto di pregiudizialità tecnico-giuridica tra le procedure, non è esclusa durante le eventuali fasi di impugnazione dell'esito negativo del concordato preventivo.

¹⁵⁷ Cass. Civ., Sez. 1, n. 17764/2016.

¹⁵⁸ Cass. Civ., Sez. 1, sentenza n. 9050 del 18/04/2014, Rv. 631119 – 01.

atecnica ed invero comunque inammissibile): il procedimento prefallimentare è ancora *extrema ratio* rispetto alla primaria soluzione concordatizia, ma, pendendo la seconda domanda, non può essere arrestato «con una dichiarazione di improcedibilità», potendo esso **«proseguire con l'istruttoria e concludersi con il rigetto dell'istanza o della richiesta di fallimento»**.

In definitiva, **la pendenza di una domanda di concordato preventivo**, sia esso ordinario o con riserva, ai sensi dell'art.161, sesto comma, legge fall, **impedisce temporaneamente la dichiarazione di fallimento sino al verificarsi degli eventi previsti dagli artt. 162, 173, 179 e 180 legge fall.**, ma non rende improcedibile il procedimento prefallimentare iniziato su istanza del creditore o su richiesta del P.M., né ne consente la sospensione, ben potendo lo stesso essere istruito e concludersi con un decreto di rigetto. Il c.d. *decreto di improcedibilità* (ovvero la sospensione impropria), in particolare emanato contestualmente all'ammissione del debitore al concordato preventivo, *non implica in sé alcuna definizione negativa dell'istruttoria prefallimentare*, non ne costituisce cioè una "decisione" (semmai puntualizza l'ambito provvisorio delle pronunce adottabili, per la stretta concomitanza della domanda debitoria volta all'ammissione al concordato e dunque in coordinamento con essa) e nessuna valenza preclusiva può discendere dalla mancata contestazione del decreto. Esso rappresenta un pacifico **atto ricognitivo di un temporaneo limite alle decisioni sul fallimento assumibili dal tribunale e attuativo del necessario coordinamento tra le procedure** (che fa procedere la trattazione della domanda di concordato perché si giunga, il prima possibile, al suo esaurimento, e cioè alla decisione di essa), non impugnabile perché non conformativo di un diritto dell'istante e comunque destinato ad essere superato in presenza di uno dei possibili incidenti del procedimento di concordato¹⁵⁹.

Per converso, **in pendenza del procedimento finalizzato ad accertare i presupposti per la dichiarazione di fallimento a seguito di revoca dell'ammissione di concordato preventivo ai sensi dell'art. 173 legge fall.**, è stata ritenuta **inammissibile una nuova proposta di concordato**, sia essa reiterativa o migliorativa rispetto alla precedente, qualora sia intervenuta richiesta di fallimento da parte di un creditore o del pubblico ministero, dovendosi previamente decidere quest'ultima¹⁶⁰.

¹⁵⁹ Cfr. Cass. 17764/2016. I soggetti autori della iniziativa fallimentare conservano la pienezza dei poteri di impulso alla prosecuzione del descritto procedimento una volta che sia rimossa la condizione preclusiva ad una pronuncia positiva di fallimento, ma senza che l'arresto della trattazione della domanda fallimentare - non assoluto, ai sensi dell'interpretazione adottata dalla stessa *cit.* Cass. S.U. 9935/2015, stante la possibile evoluzione in una decisione di rigetto, per il richiamo all'art.22 co.1 dell'art.161 co.10 l.f. - coincida con il completo esaurimento di un procedimento autonomo. Resta, poi, quel segmento di interlocuzione tra debitore, creditori o P.M. e tribunale, confinato ad una "fase" del tutto *in itinere*, come tale suscettibile di ritrovare sviluppo e prosecuzione al verificarsi di un primo evento disciplinante (ancorché in modo non definitivo) la domanda di concordato. D'altronde, l'art.173, comma 2, legge fall., laddove prevede che *all'esito de/procedimento, che si svolge nelle forme di cui all'articolo 15, il tribunale provvede con decreto e, su istanza del creditore o su richiesta del pubblico ministero, accertati i presupposti di cui agli articoli 1 e 5, dichiara il fallimento del debitore con contestuale sentenza, reclamabile a norma dell'articolo 18*, suppone che già al momento della pronuncia negativa (al pari di quelle di cui agli artt. 162, 179 e 180 legge fall.) il tribunale possa decidere in via definitiva anche le istanze di fallimento, oggetto di trattazione riunita (ai sensi dell'art.273 c.p.c., secondo Cass. SS.UU. 9935/2015). La disposizione non avrebbe alcun significato ovvero confliggerebbe con la già insorta costituzione del rapporto processuale se esigesse l'assoluta novità delle iniziative dei legittimati o la loro reiterazione.

¹⁶⁰ Tribunale di Sassari 19 settembre 2011, est. Mura (reperibile all'indirizzo <http://www.osservatorio-oci.org/>) ha chiosato in proposito: «*successivamente alla revoca della proposta precedentemente ammessa, per vero, il debitore perde ogni possibilità di interferire con il contenuto della proposta stessa, posto che neppure attraverso la reiterazione di una domanda nuova o di una domanda migliorativa (opzioni entrambe adottate dal proponente) è possibile eludere l'iter procedimentale, ormai irretrattabile, di cui al combinato disposto summenzionato (artt 173, 15, 5, 1 lf. . Ma la stessa scansione si badi, si verifica, fuori delle fattispecie ex art 173, nel caso di mancata approvazione dei creditori, ex artt 179 e 162 lf, non potendo il debitore far luogo a nuova proposta dopo la mancata approvazione della precedente). Ciò a ragione del fatto che successivamente alla obbligatoria apertura d'ufficio del procedimento ex art 173 lf, in conseguenza delle segnalazioni commissariali, la verifica di rito sulle precedenti (e ribadite) istanze di fallimento diviene consequenziale e testualmente imprescindibile (173/cpv l.f). Il che equivale a ritenere che tale iter non può essere evitato dal debitore convenuto né con la revoca della precedente proposta (già a sua volta revocata dal Tribunale), né con la frapposizione di un nuova proposta,*

Dopo l'omologa del concordato preventivo, inoltre, è ritenuta **ammissibile la dichiarazione di fallimento** dell'imprenditore, *anche in assenza di risoluzione o di annullamento del concordato*, qualora risulti che *l'accordo con i creditori non abbia risolto la situazione di insolvenza* ovvero che *la stessa sia sopraggiunta* della fase di esecuzione del concordato¹⁶¹. In tal senso appaiono valorizzabili i principi affermati dalla Corte Costituzionale nella pronuncia n. 106 del 7 aprile 2004, allorché è stata dichiarata infondata la questione di costituzionalità degli artt. 137, 184 e 186 legge fall. in relazione agli artt. 3, 24 e 41 della Costituzione. Il giudice *a quo* aveva sostenuto l'illegittimità delle richiamate norme nella parte in cui, in combinato disposto, *“precludono al creditore anteriore alla proposta di concordato preventivo del suo debitore, e non avvisato della proposta concordataria, né inserito nell'elenco dei creditori, di richiedere il fallimento del suo debitore, nel caso di inadempimento del concordato, ed anche in mancanza di risoluzione, decorso l'anno dalla scadenza dell'ultimo pagamento indicato nel concordato preventivo omologato”*. Secondo il giudice rimettente la questione era rilevante perché, per pacifico principio giurisprudenziale, non poteva essere dichiarato il fallimento della società il cui concordato è stato omologato in assenza di tempestiva dichiarazione di risoluzione, salvo che la debitrice non avesse intrapreso una nuova attività imprenditoriale. La Corte Costituzionale ha disconosciuto la fondatezza della questione osservando che la tesi prospettata, secondo la quale l'assenza della risoluzione del concordato impedirebbe una dichiarazione di fallimento, *“è frutto di una interpretazione che privilegia un – rispettabile ma opinabile – profilo sistematico”*, ma non risulta *“imposta dalla legge (e, tanto meno, dal 'diritto vivente')”*. Per contro, il giudice rimettente, investito della questione della legittimità della dichiarazione di fallimento, *“ben potrebbe, e dovrebbe, adottare una interpretazione conforme alla Costituzione in luogo di quella 'sistematica' che egli ritiene confliggente con le evocate norme costituzionali”*, verificando in concreto se l'inadempimento dei crediti anteriori alla proposta concordataria sia tale da potersi definire come insolvenza ai sensi dell'art. 5 legge fallimentare.

giacché è la pronuncia sulle istanze (congiunte) di fallimento ad essere divenuta logicamente pregiudiziale, rispetto alla disamina della ulteriore proposta di concordato, non viceversa».

¹⁶¹ Così Tribunale di Torino 26 luglio 2016 est. Massino, in linea con Tribunale di Venezia del 29 ottobre 2015 e Tribunale di Napoli Nord del 29 aprile 2016 (reperibili all'indirizzo www.ilcaso.it), i quali hanno affermato la possibilità giuridica, in assenza di un divieto fissato da una precisa disposizione, di dichiarare il fallimento dopo l'omologa del concordato, anche in assenza di risoluzione o di annullamento, nel caso in cui risulti, tramite una valutazione *ex post* ed in concreto svolta dal Tribunale in sede di giudizio prefallimentare, anche in eventuale antitesi rispetto al giudizio *ex ante* ed in astratto compiuto in sede concordataria sulla fattibilità economica del piano, che l'accordo non abbia risolto la situazione di insolvenza ovvero che la stessa sia sopraggiunta nella fase di esecuzione del concordato.

Capitolo 2. La fase istruttoria

1. Il P.M. attore

Il pubblico ministero che ha avanzato la richiesta di fallimento è titolare del **diritto di ricevere la comunicazione del decreto di convocazione**. Innanzitutto, in caso di *fruttuosa notifica del ricorso e del decreto di convocazione* a mezzo di cancelleria (art. 15, comma 3, secondo periodo, legge fall.), quale richiedente, all'indirizzo di posta certificata indicato nel ricorso, riceverà la trasmissione dell'esito della comunicazione, con modalità automatica. Ove, poi, *non possa darsi luogo alla notificazione a cura della cancelleria*, sarà proprio il pubblico ministero, quale ricorrente, a dover procedere alla notifica, nelle forme previste dall'art. 15, commi 3, terzo e quarto periodo, e 5, legge fallimentare.

L'articolo 15, comma 2, legge fall. stabilisce che «*nel procedimento **interviene** il pubblico ministero che ha assunto l'iniziativa per la dichiarazione di fallimento*». Si tratta di formulazione infelice, «*poiché la nozione di intervento, intesa in senso tecnico processuale come partecipazione di un terzo, **mal si concilia** con un soggetto che invece a quel procedimento ha dato avvio*»¹⁶². Alla previsione è stato riferito il significato di pretendere, quale condizione di procedibilità dell'istruttoria, la *presenza fisica* del pubblico ministero all'udienza, o comunque almeno a quella in cui è convocato il debitore per l'audizione¹⁶³. In ogni caso, l'assenza del pubblico ministero originerebbe una nullità sanabile attraverso una nuova convocazione dello stesso insieme al debitore e la conseguente partecipazione alla nuova udienza.

Quale parte, il pubblico ministero può **contribuire** attivamente alla *fase di trattazione ed istruttoria*, producendo nuova *documentazione* e chiedendo l'ammissione di eventuali *mezzi istruttori*, con *diritto al contraddittorio* avverso ogni contraria deduzione.

Nel corso ed all'esito dell'istruttoria il pubblico ministero può **modificare il proprio convincimento** circa la sussistenza delle condizioni per la dichiarazione del fallimento. **Si discute** se l'organo pubblico possa **rinunciare** alla richiesta di fallimento, precludendo, in tal modo, al tribunale di pronunciarsi nel merito, ovvero se debba chiederne il rigetto, senza impedire la trattazione della questione nel merito ed l'eventuale riconoscimento giudiziale della sussistenza dei presupposti soggettivi ed oggettivi per dichiarare il fallimento del debitore.

¹⁶² SANTANGELI, *op. cit.*

¹⁶³ SANTANGELI, *op. cit.*, ritiene tale opzione interpretativa ragionevole in quanto assicura il contraddittorio tra debitore e parte pubblica in conformità alla linea interpretativa che governa l'istruttoria prefallimentare. Secondo la Corte di Appello di Genova del 22 ottobre 2015 est. Silva (reperibile all'indirizzo www.ilcaso.it) qualora il fallimento sia stato chiesto del pubblico ministero, la sua mancata comparizione all'udienza fissata ai sensi dell'articolo 15 l. fall. integra un'ipotesi di *desistenza*. La pronuncia richiama l'insegnamento della Cassazione Civile (Sez. 1, n. 13909/2014) confrontatasi con un caso nel quale il tribunale aveva dichiarato il fallimento, dalla corte d'appello revocato in ragione della mancata comparizione del pubblico ministero all'udienza prefallimentare all'uopo fissata, assumendo che ciò «*rappresentava piuttosto una (tacita) desistenza dalla richiesta*». Secondo la Corte la desistenza dal ricorso «*determina l'adozione, da parte del tribunale fallimentare, di un decreto di archiviazione, in quanto la necessità del decreto di rigetto sussiste solo nei confronti di un'istanza che continui ad essere effettivamente coltivata e che sia ritenuta priva di fondamento*» (cfr. Cass. 14 ottobre 2009, n.21834), posto che, dopo le riforme degli ultimi anni, il procedimento per la dichiarazione di fallimento «*suppone, affinché il giudice possa pronunciarsi nel merito, che la domanda proposta dal soggetto a tanto legittimato sia mantenuta ferma, cioè non rinunciata, per tutta la durata del procedimento stesso, derivandone, quindi, che la desistenza dell'unico creditore istante intervenuta anteriormente alla pubblicazione della sentenza di fallimento (...) determina la carenza di legittimazione di quel creditore e la conseguente revoca della menzionata sentenza*» (Cass. 19 settembre 2013, n. 21478; ord. 11 febbraio 2011, n. 3472). In sostanza, la desistenza consiste in una mera rinuncia (temporanea) alla decisione nel merito, provenga essa dal creditore o dal pubblico ministero: la pronuncia del giudice, in presenza della rinuncia, non può essere equiparata al rigetto che segue all'esame dell'istanza o richiesta di fallimento e dei suoi presupposti. Pertanto se, la sentenza di revoca del fallimento è fondata su ragioni meramente processuali - in particolare, la mancata comparizione in udienza della parte pubblica, con conseguente comportamento concludente di rinuncia presunto a quel procedimento - non si determina alcuna preclusione alla presentazione di una nuova istanza.

2. L'intervento facoltativo del P.M.

E' generale l'opinione che assume **non dovuta la comunicazione** dell'esistenza di una *fase prefallimentare* all'ufficio del *pubblico ministero che non ha richiesto* il fallimento. In teoria, tale fase potrebbe registrare un **intervento del pubblico ministero non richiedente**, ove lo stesso ne ravvisi un pubblico interesse, ai sensi dell'**art. 70, comma 3, c.p.c.**¹⁶⁴. Inoltre, il P.M. (anche non parte del procedimento) potrebbe essere **richiesto dal tribunale di informazioni urgenti** ai sensi dell'art. 15, comma 4, legge fallimentare.

Quanto alla **natura dell'intervento** del pubblico ministero non può dirsi scontato che tale iniziativa sia **facoltativa**, ove si consideri l'interesse pubblico che giustifica l'attribuzione al pubblico ministero della legittimazione all'azione diretta alla dichiarazione di fallimento.

Rilevante, a tal fine, risulta la definizione della nozione di **«cause che egli stesso potrebbe proporre»** proposta dall'articolo **70, comma 1, n. 1 c.p.c.**, evenienze nelle quali *«il pubblico ministero deve intervenire, a pena di nullità rilevabile d'ufficio»*.

Un primo tema, in proposito, è se il **procedimento per la dichiarazione di fallimento** sia assimilabile ad una **causa**, questione comunemente risolta in senso affermativo, ma non priva di problematiche esegetiche. In particolare, viene ritenuta *«riduttiva una qualificazione che escluda il procedimento di cui all'art. 15 e ciò in quanto la dichiarazione di fallimento presuppone necessariamente un profilo cognitorio contenzioso e di cognizione piena (soprattutto dopo la procedimentalizzazione introdotta dal novellato art. 15, quanto meno riguardo all'accertamento dello stato di insolvenza e della sussistenza dei requisiti per la fallibilità)»*¹⁶⁵. Confortano l'opinione in esame, inoltre, le seguenti considerazioni: *«a) il procedimento che individua i provvedimenti che – oggi solo per le società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio - possono essere richiesti anche dal PM, come la **denuncia di cui all'art. 2409 cod. civ.** che rende obbligatorio l'intervento del PM; b) il procedimento di **reclamo contro la revoca degli amministratori**, ove la partecipazione obbligatoria del PM si desume dal combinato disposto degli artt. 2409 cod. civ., 738 e 70, n. 1, cod. proc. civ. trattandosi di causa che egli stesso potrebbe proporre»*¹⁶⁶. In definitiva, la natura volontaria del procedimento non esclude l'obbligatorietà dell'intervento del P.M., *«mentre la nozione di causa di cui all'art. 70 n. 1 cod. proc. civ., sarebbe dunque termine adoperato in senso generico»*. Altra riprova deriverebbe dal “nuovo” **art. 122 del d.lgs. 30/05** che ha introdotto una significa deroga all'art. 70 c.p.c., chiarita come tale dall'art. 19 della legge 23 luglio 2009, n.99, prevedendo che qualora l'azione diretta ad ottenere la **dichiarazione di decadenza o di nullità di un titolo di proprietà industriale** sia esercitata da soggetto diverso dal P.M., quest'ultimo non sia tenuto ad intervenire obbligatoriamente. Tale previsione sembra muovere da una nozione assai ampia del termine “causa” e dalla premessa di una generale obbligatorietà dell'intervento del pubblico ministero nei procedimenti che potrebbero essere instaurati per effetto della sua iniziativa.

Tali premesse giustificano un'opzione ricostruttiva in parte diversa alla cui stregua le **caratteristiche peculiari del potere di azione fallimentare del pubblico ministero** lo renderebbero, ancorché non richiedente, **parte necessaria** del giudizio,

¹⁶⁴ SANTANGELI, *op cit.*, osserva in proposito: *«del resto, in ipotesi eccezionali, è ipotizzabile anche la partecipazione del p.m. che chiedi il rigetto del ricorso avanzato dal creditore. Ad esempio, quando sia richiesto il fallimento di una società soggetta ad amministrazione giudiziaria e con sequestro disposto ex art. 34 comma 1 e 9 del d.lgs. 159 del 6 settembre 2011 (cd. Codice antimafia) che continui a svolgere»*.

¹⁶⁵ FERRO, *L'istruttoria pre-fallimentare e l'iniziativa del P.M.*, *op. cit.*

¹⁶⁶ In tali procedimenti, la mancata partecipazione del P.M., l'omessa comunicazione o notifica al medesimo del ricorso introduttivo e l'assenza delle sue conclusioni comportano la radicale nullità del decreto impugnato per difetto del contraddittorio e conseguente necessità di reiterazione, a contraddittorio integrato (così App. di Salerno 7.6.99).

almeno nei **casi ex art. 7 legge fallimentare**.¹⁶⁷ Proprio tale norma descriverebbe, infatti, situazioni nelle quali, ove venga valutata positivamente la fondatezza della segnalazione, *l'esercizio dell'iniziativa perderebbe qualsiasi connotato discrezionale*, in linea con il carattere non disponibile degli interessi generali garantiti da una parte processuale in senso formale, impossibilitata alla rinuncia e non soggetta alla condanna per le spese in caso di soccombenza. Con quanto ne consegue in punto di instaurazione del contraddittorio nelle fasi d'impugnazione (reclami ex artt. 18 e 22 l.fall, oltre che processo di cassazione)¹⁶⁸.

La tesi della natura obbligatoria dell'intervento del pubblico ministero è **contraddetta** da chi ne contesta, anzitutto, con le premesse, gli inconvenienti. Viene osservato, infatti, che per il **P.M. l'azione civile**, diversamente da quella penale, non è **mai doverosa**¹⁶⁹, presupponendo un'autonoma valutazione della segnalazione ricevuta e una non vincolata decisione, senza precognizioni del tribunale. In secondo luogo, **l'assimilabilità dell'iniziativa del P.M. a quella del creditore**, accreditata dall'art. 6 legge fall. e posta a base dell'opzione dell'intervento come obbligatorio, risulta **sviante**, in quanto contraddetta dai **diversi presupposti delle distinte azioni**. Mentre l'iniziativa del pubblico ministero presuppone la ricorrenza delle situazioni indicate all'art. 7, legge fall., quella del creditore è basata sulla titolarità di un credito verso l'imprenditore. In altre parole, *«le “cause che il PM avrebbe potuto proporre” non sembrano invero, per altra ricostruzione, analoghe a quelle che il creditore propone e ciò in quanto il presupposto legittimante l'azione del PM resta quello di un'insolvenza emersa nelle ipotesi specificatamente previste, mentre di regola il processo prefallimentare è azionato dal creditore sul presupposto collegato ad un interesse privato che è quello dell'insolvenza emergente dal mancato pagamento di un credito ove la posizione creditoria è il presupposto legittimante»*¹⁷⁰. Ulteriore inconveniente della tesi contrastata è che il mancato intervento del pubblico ministero comporterebbe la **nullità insanabile, rilevabile d'ufficio**, della procedura di fallimento; l'inerzia del primo finirebbe, in tal modo, per influenzare la procedibilità e l'esito dell'istruttoria. La portata sistematica dell'art.70, comma 1, c.p.c. sarebbe salvaguardata ma con il sacrificio di *«un impatto organizzativo molto rilevante in prassi che, prevalentemente, non assecondano l'ipotizzato abbinamento di tali “cause” all'assunzione della qualità di parte in capo al PM»*¹⁷¹.

Secondo prospettiva più pragmatica, ancora, viene evidenziato che, nel momento in cui risulta proposta l'istanza per la dichiarazione di fallimento da parte di un creditore, **difficilmente il giudice fallimentare si trova nelle condizioni per conoscere l'eventuale sussistenza dei presupposti che legittimerebbero l'azione del P.M.**, di modo da disporre la comunicazione ex art. 71, comma 1, c.p.c., la quale, per prevalente tesi, non corrisponde ad un autentico onere verso il pubblico ministero.

Infine, sussistono **conferme normative** del fatto che l'iniziativa fallimentare del pubblico ministero **non** costituisce per la sua doverosità **uno dei casi di manifestazione del potere di azione** del medesimo e **non si iscriva nel sistema degli artt. 69 e ss. c.p.c.** Esse si individuano: (i) nell'**art.15 legge fall.**, che prescrive l'intervento del solo pubblico ministero che ha assunto l'iniziativa per la dichiarazione di fallimento e limitatamente a questa sola ipotesi prevede l'obbligo di comunicazione; (ii)

¹⁶⁷ La circostanza che il legislatore abbia espressamente previsto la non obbligatorietà dell'intervento del pubblico ministero quando la causa è instaurata da altri consente di affermare, viceversa, il carattere obbligatorio dell'intervento in tutte le cause che il P.M. avrebbe potuto proporre, ma siano state proposte da altri (cfr. FABIANI, *Pubblico Ministero, iniziativa di fallimento e potere d'impugnazione*, 2007, 770).

¹⁶⁸ Alcuni Autori segnalano come la posizione del P.M. nel processo civile non sia parificabile a quella delle parti private, poiché il primo agisce per dovere d'ufficio e nell'interesse pubblico, mentre queste ultime perseguono interessi individuali e particolaristici (così DE SANTIS, *Segnalazione d'insolvenza, iniziativa fallimentare del pubblico ministero e terzietà del giudice*, Fall., 2009, 532).

¹⁶⁹ AULETTA, *L'iniziativa per la dichiarazione di fallimento (specie del creditore sedicente o non legittimato o rinunciante*, Fall., 2010).

¹⁷⁰ FERRO, *L'istruttoria pre-fallimentare e l'iniziativa del P.M.*, op. cit.

¹⁷¹ FERRO, *ult. op. cit.*

nell'art. 22, comma 2, legge fall., che non indica nel pubblico ministero uno dei soggetti legittimati a proporre reclamo in via generale avverso il provvedimento di rigetto, salvo che non abbia, egli stesso, proposto il ricorso¹⁷².

Le evenienze di **intervento facoltativo del pubblico ministero previste dall'art. 70, comma 3, c.p.c.** (in ogni procedimento civile nel quale ravvisi l'esistenza di un pubblico interesse, cui è collegata la possibilità del medesimo organo di richiedere di propria iniziativa la comunicazione degli atti processuali per l'esercizio dei poteri conferitigli dalla legge, ex art. 1 disp. att. c.p.c.) o quelle ricondotte all'art. 6 legge fall. (nella misura in cui non sia ritenuta norma di mera anticipazione dei casi previsti dall'art. 7 legge fall.), non pongono evidentemente le problematiche invalidanti in esame, proprio in quanto distinte dalle cause ex art. 70, comma 1, c.p.c.. Infatti, l'apprezzamento dell'interesse pubblico è prerogativa del pubblico ministero, organo cui l'ordinamento affida istituzionalmente la propria tutela, salvo la comunicazione ex art. 71, comma 2, legge fall. da parte del giudice. Onde, l'eventuale inerzia di entrambi gli organi pubblici giurisdizionali, in quanto di fatto insindacabile, non pare suscettibile di inficiare la procedura fallimentare.

3. Le forme dell'intervento del P.M.

Conviene premettere che la tematica in esame assume estremo rilievo per le possibili conseguenze che possono trarsene in punto di nullità ex art. 70 comma 1, c.p.p., specie se si assume che l'intervento dell'organo pubblico, almeno laddove abbia richiesto il fallimento (art. 15, comma 2, legge fall.) abbia natura obbligatoria.

Potrebbe, anzitutto, ritenersi che il pubblico ministero, al pari di chi interviene nel processo, debba **assistere alle udienze**, o quanto meno **presentare conclusioni scritte o orali**. Specie in dottrina si segnala che gli **artt. 2 e 3 delle disp. att. del c.p.c.** disciplinano le modalità di intervento del P.M., chiarendo che esso si svolge depositando una **comparsa**, ovvero presentando **conclusioni orali**¹⁷³.

Tale impostazione non convince appieno, per il non secondario inconveniente di vincolare all'insindacabile ed incoercibile scelta del pubblico ministero la possibilità della prosecuzione "in salute" del processo. Sostenuta da questa consapevolezza, dunque, la giurisprudenza in parte largamente maggioritaria ha assunto una posizione meno rigorosa, escludendo sia la necessaria partecipazione del pubblico ministero all'udienza, sia l'imprescindibile presentazione da parte del medesimo di conclusioni orali o scritte, assumendo bastevole che lo stesso abbia avuto la **possibilità di intervenire**. Ciò significa che è sufficiente che il pubblico ministero sia stato **informato del processo**. Rileva, in altre parole, che gli siano stati **comunicati gli atti processuali**, come previsto dall' **art. 71 c.p.c.**, essendo, poi, rimessa alla sua diligenza l'effettiva partecipazione al processo e la formulazione delle conclusioni¹⁷⁴.

¹⁷² FERRO, *ult. op. cit.*

¹⁷³ Le norme codicistiche sembrano definire con esattezza l'attività richiesta il valido intervento del P.M. nel processo (così VELLANI, *Pubblico ministero*, Diritto processuale civile, in NN.D.I., App., Torino, 1986, 148). Ritiene insufficiente la semplice comunicazione dell'avvio del procedimento GRASSO, *Pubblico ministero. Diritto processuale civile*, in Enc. giur. Treccani, vol. XXV, 1991, p. 3 ss.. In senso critico, per denunciare l'assenza fisica nel processo civile, si evoca l'esistenza di un intervento «spirituale» del pubblico ministero (CIPRIANI, *L'agonia del pubblico ministero nel processo civile*, in Foro it., 1993).

¹⁷⁴ Come insegna la giurisprudenza di legittimità (Cass. Civ., Sez. 1, sentenza n. 25722 del 24/10/2008, Rv. 605808 - 01) «al fine dell'osservanza delle norme che prevedono l'intervento obbligatorio del P.M. nel procedimento per querela di falso, a tutela di interessi generali per la pubblica fede, ai sensi dell'art. 221, terzo comma, cod. proc. civ., non è necessaria la presenza di un rappresentante di tale ufficio nelle udienze, né la formulazione di conclusioni, essendo sufficiente che il P.M., mediante l'invio degli atti, sia informato del giudizio e quindi posto in condizione di sviluppare l'attività ritenuta opportuna; ciò esclude la nullità della consulenza tecnica d'ufficio per assenza del P.M. all'udienza di conferimento dell'incarico e per la conseguente omissione della sua firma sul documento oggetto di querela» (nello stesso senso: Cass. civ., 23 dicembre 2003, n. 19727, in C.E.D. Cass., n. 569187 in tema di querela di falso, dove si fa appello al più alla diligenza del p.m. per aversi una sua attivazione più pregnante; Cass. Sez. 6, - 1, Ordinanza n. 22567 del 02/10/2013, Rv. 627925 - 01). Ne deriva che, ad esempio, la tardiva formulazione delle sue conclusioni, fuori udienza e senza che le parti abbiano potute conoscerle, non viola il contraddittorio, atteso che, ai fini della validità del procedimento, non è necessaria né la

Nel prosieguo del giudizio, dopo la prima, nessuna ulteriore comunicazione è più dovuta¹⁷⁵.

Non mancano, **anche in giurisprudenza**, voci contrarie, che considerano **necessaria la formulazione di conclusioni¹⁷⁶**, ricavandola anche dal fatto che il pubblico ministero deve costituirsi (davanti all'istruttore) con deposito di comparsa (art. 2 disp. att. c.p.c), che, a sua volta, deve contenere le conclusioni (art. 125, comma 1, c.p.c.). Inoltre, l'art. 132, n. 3, c.p.c. richiede che la sentenza indichi quali sono state le conclusioni dell'organo pubblico mentre per i procedimenti in camera di consiglio l'art. 738, comma 2, c.p.c. dispone espressamente che, se deve essere sentito il pubblico ministero, gli atti sono a lui previamente comunicati ed egli stende le sue conclusioni in calce al provvedimento del presidente.

D'altra parte, la giurisprudenza ha anche sostenuto che il pubblico ministero non è tenuto a informarsi sul contenuto dell'intero fascicolo processuale e sul suo *iter*, potendo **prendere le proprie conclusioni anche subito**, sulla base della sola lettura del ricorso introduttivo¹⁷⁷.

4. I provvedimenti cautelari e conservativi

Nella fase dell'iniziativa¹⁷⁸, o in quella della trattazione, il pubblico ministero, quale parte processuale, può **chiedere** al tribunale fallimentare l'emissione di provvedimenti cautelari o conservativi **a tutela del patrimonio e dell'impresa** oggetto del provvedimento, previsti dall'art. 15, comma 8, legge fallimentare.

Adottati dal **tribunale in composizione collegiale¹⁷⁹**, essi hanno efficacia limitata alla **durata** del procedimento. Difatti, tali provvedimenti vengono confermati o revocati dalla sentenza che dichiara il fallimento, ovvero revocati con il decreto che rigetta l'istanza fallimentare. Contro i provvedimenti cautelari emessi nel corso del

presenza alle udienze, né la formulazione delle conclusioni da parte di un rappresentante di tale ufficio, che deve semplicemente essere informato, mediante l'invio degli atti, e posto in condizione di sviluppare l'attività ritenuta opportuna (Cass. Civ. Sez. 1, sentenza n. 11223 del 21/05/2014, Rv. 631252 - 01). Del resto, l'omessa partecipazione del P.M. titolare solo del potere di intervento (e non anche di quello di azione) non comporta la rimessione della causa, da parte del giudice del gravame, a quello di primo grado, ma solo la decisione nel merito dopo averne disposto il coinvolgimento.

¹⁷⁵ Cass. Civ., Sez. 2, Sentenza n. 571 del 19/01/2000, Rv. 532980 - 01, afferma espressamente che per l'osservanza delle norme che prevedono l'intervento obbligatorio del P.M. nel processo civile - come nel caso di procedimento instaurato a seguito della presentazione di querela di falso - è sufficiente che gli atti siano *comunicati* all'ufficio di tale organo, per consentirgli di intervenire nel giudizio, ma la concreta *partecipazione* ad esso è rimessa alla sua *diligenza* e pertanto non è necessario informarlo della data delle singole udienze ovvero degli atti formati nel procedimento, né è nulla la sentenza emessa senza comunicare al predetto ufficio il rinvio dell'udienza collegiale (nello stesso senso cfr. Id., Sez. 2, Sentenza n. 19727 del 23/12/2003, Rv. 569187 - 01; Id., Sez. 3, Sentenza n. 9713 del 21/05/2004, Rv. 573014 - 01). In senso parzialmente difforme cfr. Cass. Civ. Sez. 1, Sentenza n. 15346 del 01/12/2000, Rv. 542322 - 01, secondo cui è obbligatoria la reiterazione di tale *comunicazione* quando vengano o adottati provvedimenti fuori dell'udienza.

¹⁷⁶ Secondo Cass. Civ. Sez. 1, Sentenza n. 8386 del 20/06/2000, Rv. 537832 - 01 nei procedimenti in camera di consiglio nei quali, per previsione legislativa, debba essere sentito il pubblico ministero questi è tenuto solo a formulare le sue conclusioni, non ad intervenire con comparsa (o memoria), né a partecipare all'udienza.

¹⁷⁷ Per Cass. civ., 27 giugno 2000, n. 8703, in C.E.D. Cass., n. 538060 in tema di procedimenti in camera di consiglio (nella specie, sul ricorso al tribunale avverso una decisione della commissione regionale per l'artigianato in tema di cancellazione dall'albo delle imprese artigiane), l'art. 738 cod. proc. civ. prevede che, nelle ipotesi in cui la legge dispone che sia sentito il pubblico ministero, gli atti sono «a lui *previamente comunicati*, ed egli *stende le sue conclusioni in calce al provvedimento del presidente del collegio*». Ove, peraltro, sia trasmesso al P.M. soltanto il ricorso, senza gli atti del fascicolo d'ufficio, deve ritenersi assolto tale obbligo ove questi esprima ugualmente il proprio parere, prima che il giudice relatore riferisca in camera di consiglio, avendo lo stesso p.m. ricevuto notizia dell'esistenza del procedimento ed avendo discrezionalmente ed insindacabilmente scelto di formulare le proprie conclusioni sulla base della conoscenza del solo ricorso, anziché, al termine del procedimento, o comunque dopo aver preso visione dei relativi atti. In senso contrario MANERA, *Brevi considerazioni sull'intervento obbligatorio del p.m. nei procedimenti civili non contenziosi*, in Giur. merito, 1995, p. 24.

¹⁷⁸ Per il caso di domanda cautelare ex art. 15, legge fallimentare, proposta unitamente al ricorso per fallimento, il tribunale può emanare la cautelare richiesta anche con decreto *inaudita altera parte* ogni qual volta l'instaurazione del contraddittorio possa effettivamente pregiudicare l'attuazione del provvedimento richiesto, al quale conseguirà la fissazione di una udienza nel termine non superiore di quindici giorni per la conferma, modifica o revoca del provvedimento concesso (in tal senso Tribunale Pavia 06 luglio 2011, reperibile all'indirizzo <http://www.ilcaso.it>).

¹⁷⁹ Tribunale Monza 11 febbraio 2009 reperibile all'indirizzo <http://www.ilcaso.it>.

procedimento per la dichiarazione di fallimento non è ammesso né il reclamo di cui all'art. 696-terdecies c.p.c. né altra impugnazione¹⁸⁰.

La loro adozione risponde alla **finalità** di *prevenire alterazioni del patrimonio del debitore*, quale strumento di importanza non inferiore rispetto ai poteri di iniziativa dell'organo pubblico nel procedimento penale, con riferimento a richieste di sequestro preventivo ex art. 321 c.p.p..

Tali provvedimenti possono essere inquadrati tra le **misure cautelari c.d. extravaganti**, non disciplinate direttamente dal c.p.c. ma dalla legge speciale, sottoposti, in quanto compatibili, ex art. 669 quaterdecies c.p.c., alle norme sul procedimento cautelare uniforme¹⁸¹.

Le misure cautelari previste dall'articolo 15 legge fall. richiedono la presenza e dimostrazione di **due presupposti congiunti**. Questi ultimi sono: 1) il **fumus boni iuris**, vale a dire la probabile sussistenza dei presupposti soggettivi ed oggettivi necessari per la dichiarazione di fallimento a norma degli artt. 1 e 5 l. fall.; 2) il **periculum in mora**, ossia il rischio che, nelle more del procedimento prefallimentare, possa essere lesa la capacità produttiva (".. a tutela... dell'impresa...") oppure l'integrità fisica e/o giuridica (e quindi, il valore) dell'azienda ("... a tutela del patrimonio...") del debitore resistente, eventualmente attraverso atti di distrazione dell'attivo ovvero di assunzione di nuovi debiti, e che, per l'effetto, in caso di successivo fallimento, sia impedita o resa più difficile, incerta, lunga o dispendiosa la liquidazione concorsuale e, quindi, la soddisfazione delle ragioni dei creditori insinuati al passivo¹⁸².

Trattandosi di misure non tipizzate dalla legge, esse possono assumere i **contenuti più vari**, secondo le esigenze del caso concreto¹⁸³. Può ipotizzarsi, in tal senso, un'ampia casistica, nella quale è annoverabile: - il **sequestro conservativo** dei beni o dell'azienda del debitore, al fine di rendere inopponibili (mediante conferma della misura nella sentenza di fallimento) alla massa dei creditori gli eventuali atti di disposizione compiuti dallo stesso prima del fallimento; - il **sequestro giudiziario** dei beni o

¹⁸⁰ In tal senso Corte di Appello di Napoli 17 aprile 2013 est. Celentano (reperibile all'indirizzo <http://www.osservatorio-oci.org/>) che osserva: «Stabilendo che i provvedimenti in questione – oltre a poter essere emessi soltanto nel corso del procedimento prefallimentare, come può desumersi indirettamente dall'espressa limitazione della loro efficacia alla durata di tale procedimento, e dal tribunale innanzi al quale pende tale procedimento in composizione collegiale, non potendosi attribuire diverso significato all'attribuzione del relativo potere al «tribunale» nell'ambito di un articolo in cui si tengono ben distinte le funzioni attribuite ad organi monocratici del medesimo ufficio giudiziario – «vengono confermati o revocati dalla sentenza che dichiara il fallimento, ovvero revocati con il decreto che rigetta l'istanza», l'ottavo comma dell'art. 15 l.f. induce infatti a ritenere che, secondo la mens legis, essi possano essere emessi (o negati) soltanto inaudita altera pars e con un decreto il cui vaglio (nel primo caso) è riservato al momento (fisiologicamente assai prossimo) in cui il medesimo tribunale dovrà, a contraddittorio integro, decidere se accogliere o rigettare l'istanza di fallimento. Né può sospettarsi che quest'interpretazione sia in contrasto con la Costituzione, che non impone al legislatore di prevedere l'impugnabilità dei provvedimenti cautelari».

¹⁸¹ Tribunale Pavia 06 luglio 2011, cit.

¹⁸² Il *periculum in mora* ai fini in esame può essere individuato nella necessità di tutelare i diritti dei lavoratori per consentire la prosecuzione del trattamento della Cassa integrazione guadagni (cfr. Tribunale Novara 29 aprile 2011 reperibile all'indirizzo <http://www.ilcaso.it/>).

¹⁸³ Tribunale Terni 03 marzo 2011 (reperibile all'indirizzo <http://www.ilcaso.it/>) conferma l'atipicità delle misure cautelari di stampo prefallimentare, prevedendosi, accanto a misure di carattere tradizionalmente conservativo (sequestro conservativo o giudiziario), anche misure di carattere inibitorio (impedimento di atti dispositivi diretti ad alterare la *par condicio creditorum* o l'ordine di sospensione di pagamenti impartito sia al debitore fallendo che al terzo pignorato nell'espropriazione presso terzi), di carattere anticipatorio (sospensione di azioni esecutive in corso o del compimento di specifici atti esecutivi o sequestro giudiziario del ramo di azienda affittato a terzi nei sei mesi antecedenti il deposito del ricorso per dichiarazione di fallimento), e persino di carattere innovativo, in quanto esplicanti effetti addirittura ultranei (come la revoca degli amministratori e la sostituzione con amministratori giudiziali) rispetto a quelli consegnati alla dichiarazione di fallimento, non destinata *ex se* ad incidere sulla *governance* dell'impresa. E' ritenuta possibile l'adozione di *misure sospensive di azioni esecutive individuali*, avendo esse l'obiettivo di offrire "tutela del patrimonio o dell'impresa", impedendo una potenziale disgregazione aziendale o patrimoniale dell'imprenditore, con portata provvisoria (o non ultrattiva) ed efficacia limitata alla durata del procedimento per dichiarazione di fallimento. Per Tribunale di Siracusa 2 novembre 2012 est. Cassaniti (reperibile in <http://www.osservatorio-oci.org/>) i provvedimenti cautelari o conservativi previsti dall'art. 15, comma 8, legge fall. - che possono essere concessi dal tribunale in composizione collegiale anche *inaudita altera parte*, senza che sia necessario fissare apposita udienza per la conferma, modifica o revoca con ordinanza - presuppongono la verifica del *fumus* dell'insolvenza del debitore e del pericolo di atti pregiudizievoli per i creditori nelle more del procedimento prefallimentare (nella specie il Tribunale, riscontrati i suddetti presupposti, ha inibito, fino alla definizione del procedimento, il pagamento di un ingente credito del debitore).

dell'azienda del debitore, al fine di evitarne (fino alla probabile apprensione del curatore) la dispersione materiale; - **la sostituzione dell'imprenditore con un amministratore giudiziale o l'affiancamento dell'imprenditore con un custode**, cui ogni decisione di straordinaria amministrazione debba essere sottoposta per l'approvazione; - **l'inibizione** rispetto al compimento di **atti di straordinaria amministrazione** o la sottoposizione dell'imprenditore alla preventiva **autorizzazione** del tribunale per compiere determinate attività¹⁸⁴; - **l'inibizione del pagamento di somme dovute** all'impresa della quale è stata chiesta la dichiarazione di fallimento per tutto il tempo necessario alla conclusione del procedimento¹⁸⁵.

¹⁸⁴ Così Tribunale Napoli 30 marzo 2012, Tribunale Monza 11 febbraio 2009.

¹⁸⁵ Tribunale Siracusa 02 novembre 2012.

Capitolo 3. La fase decisoria e le impugnazioni

1. Reclamo avverso la sentenza dichiarativa del fallimento

Il tribunale dichiara il fallimento con **sentenza**, con la quale, *ex art. 16 legge fall.*, **organizza la fase liquidatoria**. Oltre *alla nomina del giudice delegato* per la procedura e *del curatore*, con la sentenza¹⁸⁶ il tribunale ordina al fallito il *deposito* (entro tre giorni, se non è stato ancora eseguito a norma dell'articolo 14) *dei bilanci e delle scritture contabili e fiscali obbligatorie*, nonché *dell'elenco dei creditori*, stabilisce il luogo, il giorno e l'ora dell'*adunanza* in cui si procederà all'esame dello stato passivo (entro il termine perentorio di non oltre centoventi giorni dal deposito della sentenza, ovvero centottanta giorni in caso di particolare complessità della procedura) e assegna ai creditori e ai terzi, che vantano diritti reali o personali su cose in possesso del fallito, il *termine* perentorio di trenta giorni prima dell'*adunanza per la presentazione in cancelleria delle domande di insinuazione*.

La sentenza di fallimento, ai sensi dell'art. 17 legge fall., è sempre **comunicata per estratto al pubblico ministero**, anche quando non sia stato parte della fase prefallimentare.

Ai sensi dell'art. 18 legge fall. contro la sentenza che dichiara il fallimento può essere proposto **reclamo** dal debitore e «**da qualunque interessato**» con ricorso da depositarsi nella cancelleria della corte d'appello nel termine perentorio di trenta giorni. In astratto, l'espressione «*qualunque interessato*» potrebbe riferirsi anche al **pubblico ministero** che assuma inesistenti i presupposti per la dichiarazione di fallimento e leso l'interesse pubblico considerata la peculiarità del fallimento dichiarato¹⁸⁷. In concreto, della sentenza di fallimento saranno, per lo più, il fallito e diversi interessati a dolersi.

Ove questo avvenga, il presidente della Corte di Appello, nei cinque giorni successivi al deposito del ricorso, designa il relatore e fissa con **decreto l'udienza di comparizione** entro sessanta giorni dal deposito del ricorso. Quest'ultimo, unitamente al decreto di fissazione dell'udienza, deve essere **notificato**, a cura del reclamante, al curatore e «**alle altre parti**» entro dieci giorni dalla comunicazione del decreto.

Tra le «altre parti», litisconsorti necessari in questa ulteriore fase processuale, è compreso l'**ufficio del pubblico ministero**, sia in quanto **richiedente** il fallimento, sia in quanto, dopo essere **intervenuto** nella fase prefallimentare, abbia **concluso per la pronuncia del fallimento**.

Nessun ricorso, invece, deve essere notificato all'ufficio del **pubblico ministero che non ha preso parte al giudizio di primo grado**. Laddove ravvisi un pubblico interesse, il pubblico ministero potrebbe *intervenire volontariamente* in giudizio, *ex art. 18, comma 7, legge fall.*, che, come visto, ammette l'*intervento di qualunque interessato*, ovvero *ex art. 70 comma 3 c.p.c.*. Per contro, il rigido *limite temporale* cui è soggetto l'intervento nel giudizio di reclamo, consentito solo *fino al termine previsto per la costituzione delle parti resistenti*, ne riduce radicalmente le possibilità concrete di partecipazione al giudizio¹⁸⁸.

Secondo quanto chiarito dalla giurisprudenza di legittimità¹⁸⁹ l'appello avverso la sentenza dichiarativa di fallimento va **notificato al procuratore della Repubblica**

¹⁸⁶ La sentenza produce i suoi effetti dalla data della pubblicazione ai sensi dell'articolo 133, primo comma, del codice di procedura civile. Gli effetti nei riguardi dei terzi si producono dalla data di iscrizione della sentenza nel registro delle imprese ai sensi dell'articolo 17, secondo comma, legge fall. La sentenza, infatti, è annotata presso l'ufficio del registro delle imprese ove l'imprenditore ha la sede legale e, se questa differisce dalla sede effettiva, anche presso quello corrispondente al luogo ove la procedura è stata aperta. A tale fine, il cancelliere, entro il termine di cui al primo comma, trasmette, anche per via telematica, l'estratto della sentenza a quest'ultimo ufficio.

¹⁸⁷ Così SANTANGELI, *op. cit.*

¹⁸⁸ Così SANTANGELI, *op. cit.*

¹⁸⁹ Cass. Civ., Sez. I, sentenza n. 19214 del 04/09/2009, Rv. 609765 – 01 (Conf. Id., sentenza n. 9260 del 21/04/2011, Rv. 617674 – 01; Id., n. 19797 del 05/10/2015, Rv. 637327 - 01) ha esaminato un'evenienza nella quale la dichiarazione di fallimento contrastata dalla società ricorrente era intervenuta anche a seguito di istanza del P.M. (che pertanto ai sensi

presso il tribunale, al quale spetta la legittimazione all'impugnazione, in qualità di ufficio del pubblico ministero funzionante presso il giudice che ha pronunciato la sentenza impugnata, mentre **l'esercizio delle funzioni di pubblico ministero nel giudizio di appello spetta al Procuratore Generale**, ai sensi dell'art. 70 del r.d. n. 12 del 1941¹⁹⁰. Peraltro, la costituzione in appello del Procuratore della Repubblica, in luogo del Procuratore Generale, non determina la nullità della sentenza di secondo grado, ma soltanto l'invalidità della costituzione, della quale potrebbe dolersi esclusivamente il soggetto che avrebbe dovuto presenziare al giudizio, con conseguente carenza di interesse dell'appellante.

Salvo deroghe espressamente previste (ricorso nell'interesse della legge; impugnazione nei casi previsti nei commi 3 e 4 dell'art. 72 c.p.c.), *legittimato a proporre l'impugnazione è l'ufficio del P.M. funzionante presso il giudice che ha pronunciato la sentenza*, mentre, come detto, *il compimento degli atti della fase di gravame resta affidato all'ufficio funzionante presso il giudice dell'impugnazione*. Ne consegue che, **allorché il pubblico ministero sia titolare della legittimazione ad impugnare**, l'atto di reclamo deve essere notificato sia al pubblico ministero presso il giudice *a quo* che a quello presso il giudice dell'impugnazione. Diversamente, **allorché il pubblico ministero non abbia la legittimazione ad impugnare**, ma ne sia **obbligatorio l'intervento**, è necessario (e sufficiente) notificare l'atto di impugnazione all'ufficio di procura presso il giudice dell'impugnazione.

La **mancata partecipazione del pubblico ministero al giudizio di impugnazione impone, sotto comminatoria di nullità, l'integrazione del contraddittorio** in sede di impugnazione, in applicazione analogica dell'art. 331 c.p.c.¹⁹¹.

L'ufficio del pubblico ministero, dunque, ove assuma la decisione di partecipare al giudizio di impugnazione quale parte resistente, sarà tenuto, ai sensi dell'art. 18, comma 8, legge fall., a **costituirsì almeno dieci giorni prima dell'udienza**, depositando in cancelleria una **memoria** con la quale esposte le difese, in fatto ed in diritto, nonché indicati i mezzi di prova ed i documenti prodotti. Detto termine non è perentorio quanto alla produzione di ulteriori documenti e mezzi di prova, ammissibile pur nel corso del giudizio.

Fermo l'onere della Corte d'Appello di pronunciarsi sul merito delle questioni, non risulta pacifico in giurisprudenza se il giudizio di secondo grado importi una **piena** ed automatica **devoluzione della controversia** (con libertà di nuove allegazioni o di

dell'art. 18 della legge fallimentare avrebbe dovuto comunque essere evocato in giudizio). In proposito la Corte ha osservato che la legittimazione a proporre impugnazione (nella specie eventualmente incidentale) da parte dell'ufficio del pubblico ministero si determina in ragione dell'operatività presso il giudice che ha pronunciato la sentenza oggetto di impugnazione. L'anomalia ravvisata nel caso in esame (l'avvenuta costituzione del Procuratore della Repubblica nel giudizio davanti alla Corte di Appello, nonostante l'art. 70 dell'ordinamento giudiziario stabilisca che le funzioni del P.M. davanti a detto giudice devono essere svolte dal Procuratore Generale) integra irregolarità che può dar luogo alla nullità della costituzione della parte pubblico ministero in giudizio ma non alla nullità della sentenza di secondo grado, per la carenza di interesse della società ricorrente. Il soggetto che avrebbe infatti dovuto dolersi dell'omessa partecipazione al giudizio era quello che ad esso, a norma di legge, avrebbe potuto presenziare, mentre non era ravvisabile alcun astratto interesse della controparte né nel concreto la reclamante aveva chiarito in quale misura l'eventuale partecipazione al giudizio di appello del Procuratore Generale in luogo del Procuratore della Repubblica avrebbe potuto determinare un diverso esito (a sé favorevole) dell'impugnazione.

¹⁹⁰ In base art. 70, comma 1, ord. giud. «*le funzioni del pubblico ministero presso la Corte suprema di Cassazione e presso le corti d'appello sono esercitate da procuratori generali della Repubblica e presso i tribunali da procuratori della Repubblica*». Il successivo terzo comma stabilisce che «*i procuratori generali, gli avvocati generali presso le sezioni distaccate di corte d'appello e i procuratori della Repubblica esercitano le loro funzioni personalmente o per mezzo dei dipendenti magistrati addetti ai rispettivi uffici*». Per la Corte di Appello di Napoli 16 aprile 201 est. Celentano (reperibile all'indirizzo <http://www.osservatorio-oci.org/>) «*nel giudizio di reclamo contro una sentenza di fallimento pronunciata su richiesta del pubblico ministero, è contraddittore necessario, in quanto unico organo legittimato a rappresentare l'ufficio del pubblico ministero davanti alla corte d'appello, il Procuratore Generale della Repubblica*».

¹⁹¹ DE SANTIS, *Legittimazione ad agire del Pubblico Ministero per la dichiarazione di fallimento e rapporti con le procedure concorsuali alternative*, Fall., 2010, 430-437.

ulteriori elementi probatori)¹⁹², o se essa sia **limitata** alle espresse richieste ed a quanto riprodotto nel giudizio di secondo grado¹⁹³, pur conservando la libertà di inserire nel processo elementi nuovi rispetto al giudizio di primo grado. Nel quadro di incertezza normativa, appare contegno prudente per il pubblico ministero resistente riproporre le questioni su cui il giudice di primo grado si è pronunciato in senso sfavorevole pur pervenendo al riconoscimento dell'esistenza di tutti i presupposti soggettivi ed oggettivi per pronunciare il fallimento¹⁹⁴.

¹⁹² Secondo parte della giurisprudenza di legittimità (Cass. Civ. Sez. 1, sent. n. 6306 del 19/03/2014, Rv. 630453 - 01) «il reclamo avverso la sentenza dichiarativa di fallimento, limitatamente ai procedimenti in cui trovi applicazione la riforma di cui al d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169, è caratterizzato da un **effetto devolutivo pieno, con conseguente inapplicabilità dei limiti previsti dagli artt. 342 e 345 cod. proc. civ.**, sicché le parti sono abilitate a proporre **anche questioni non affrontate nel giudizio innanzi al tribunale**, fermo restando che, se il devolvibile non incontra i limiti previsti dalle predette norme, **il devoluto resta pur sempre soltanto quello definito dal reclamo**». La S.C. ha ritenuto, ad esempio, che il giudice del reclamo, prendendo in considerazione un **credito originariamente non valutato dal tribunale**, avesse fatto corretto uso dei propri poteri officiosi, essendogli stata devoluta dalle parti la questione dell'insolvenza. Posta l'inapplicabilità dei limiti previsti dagli artt. 342 e 345 cod. proc. civ. in tema di nuove allegazioni e nuovi mezzi di prova, è stata ritenuta priva di conseguenze processuali la circostanza che la società fallita abbia dedotto solo in tale sede l'**insussistenza della propria qualità di imprenditore commerciale** (Cass. Civ., Sez. 1, Sentenza n. 6835 del 24/03/2014, Rv. 630546 - 01). Altre pronunce della Corte regolatrice (Cass. Civ., Sez. 1, Sentenza n. 13505 del 13/06/2014, Rv. 631398 - 01), con riferimento all'effetto devolutivo pieno del reclamo avverso la sentenza dichiarativa di fallimento, rimarcano che non è sufficiente ed idonea a provocare il secondo giudizio la mera richiesta di riesame, senza enunciazione dei motivi. Seppure risulti attenuato il requisito dell'art. 342 cod. proc. civ., nondimeno è **inammissibile la deduzione di motivi di impugnazione nuovi e diversi rispetto a quelli tempestivamente addotti con l'atto introduttivo**. Di recente la Corte di Cassazione (Sez. 1, n. 1169/2017) ha confermato la lettura più ampia dell'effetto devolutivo collegato al reclamo avverso la sentenza dichiarativa di fallimento conseguente ad inammissibilità del concordato preventivo, osservando che esso «[...] riguarda anche la decisione sull'inammissibilità del concordato, perché parte inscindibile di un unico giudizio sulla regolazione concorsuale della stessa crisi; sicché, ove il debitore abbia impugnato la dichiarazione di fallimento, censurando innanzitutto la decisione del tribunale sulla sua mancata ammissione al concordato, il giudice del reclamo, adito ai sensi degli artt. 18 e 162 legge fall., è tenuto a riesaminare, anche avvalendosi dei poteri officiosi previsti dall'art. 18, comma 10, legge fall., tutte le questioni concernenti detta ammissibilità, pur attinenti a fatti non allegati da alcuno nel corso del procedimento innanzi al giudice di primo grado, né da quest'ultimo rilevati d'ufficio, ed invece dedotti per la prima volta nel giudizio di reclamo ad opera del curatore del fallimento o delle altre parti ivi costituite» (Cass. 12964/2016). E parimenti, avendo riguardo alla sentenza dichiarativa di fallimento, se sussiste un limite «*ab origine della legittimazione processuale e sostanziale dello stesso soggetto istante, inidoneo ad avviare il procedimento prefallimentare, tale carenza è rilevabile in via officiosa anche in sede di reclamo, in quanto attinente alla sussistenza dell'indispensabile iniziativa di parte, la sola idonea a dare impulso al procedimento*» (Cass. 16751/2013). Secondo la Cassazione, dunque, il principio opera più decisamente in quei subprocedimenti che, attivati all'interno della procedura concordataria, ne permettono la conversione in fallimento, laddove gli espliciti richiami di regolarità del relativo svolgimento, com'è proprio dell'art. 173 legge fall. sono oggi saldamente ancorati alla necessità della domanda di parte, con divieto di iniziativa officiosa (Cass. 21478/2013) e semmai introducono *mere semplificazioni organizzative dettate dal legislatore a fini di economia di giudizio, celerità di decisione, non dispersione del patrimonio istruttorio, coerenza della regolazione concorsuale in ragione della tipologia del dissesto*.

¹⁹³ Per altro orientamento (Cass. Civ., Sez. 1, Sentenza n. 12706 del 05/06/2014, Rv. 631359 - 01) «il reclamo avverso la sentenza dichiarativa di fallimento ex art. 18 legge fall. (nella formulazione vigente "ratione temporis", conseguente alla modifica introdotta con il d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169) deve contenere l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto su cui si basa l'impugnazione e le relative conclusioni, ancorché non sia richiesta l'indicazione degli "specifici motivi" di cui all'art. 342 e 345 cod. proc. civ. Ne consegue che tale mezzo **non ha carattere pienamente devolutivo poiché l'ambito dell'impugnazione resta circoscritto alle sole questioni tempestivamente dedotte dal reclamante**, in ciò differenziandosi dal reclamo avverso il decreto di rigetto di cui all'art. 22 legge fall., che non richiede particolari forme volte a delinearne il contenuto ed ha piena natura devolutiva, attribuendo alla corte d'appello il riesame completo della "res iudicanda", senza che l'ambito della sua cognizione sia limitato alla valutazione della fondatezza delle ragioni fatte valere dalla parte reclamante». La Corte di Appello di Catania 23 febbraio 2016 est. Cordio (reperibile in <http://www.osservatorio-oci.org/>) ha ritenuto che «in sede di reclamo avverso la sentenza di fallimento e il contestuale provvedimento di revoca del concordato preventivo, non è consentito alla curatela reclamata dedurre nuovi motivi di revoca della procedura concorsuale, i quali non siano stati oggetto né della sentenza impugnata né dei motivi di reclamo, attesa la natura non pienamente devolutiva di tale mezzo di impugnazione, che resta vincolato ai motivi di doglianza prospettati in correlazione alla motivazione del provvedimento impugnato».

¹⁹⁴ Così SANTANGELI che chiosa: «Ad esempio, nel valutare il presupposto dell'insolvenza, il tribunale ha negato l'esistenza di un debito della società che invece il pubblico ministero aveva allegato, ritenendo invece dell'insolvenza sotto altri profili; altri profili che, verosimilmente, saranno oggetto di contestazione del fallito. Nel giudizio di secondo grado, quindi, dal punto di vista del resistente va valutato se l'impugnazione del ricorrente del capo sulla insolvenza devolve automaticamente al giudice d'appello l'onere di valutare tutto quanto oggetto di esame in primo grado, o se invece sia indispensabile onere del resistente riproporre le questioni su cui il tribunale ha fornito una lettura diversa nel giudizio di secondo grado; e, se sì, se per fare questo il resistente, in questo caso il pubblico ministero, abbia o no il limite temporale della tempestiva costituzione in giudizio, e la forma del ricorso incidentale o no. Nella attuale incertezza normativa e giurisprudenziale, in questa non si può che avvisare l'ufficio del pubblico ministero dei rischi che ci si assume laddove si ritenga di dovere accedere ad una lettura che privilegi la automatica ed integrale devoluzione senza provvedere, in via prudenziale se si vuole, alla proposizione eventuale del ricorso incidentale tutte le volte in cui il pubblico ministero ritenga

La trattazione e l'istruttoria del secondo grado sono governate dalle regole camerale, senza preclusioni istruttorie. All'udienza, il collegio, sentite le parti, assume, anche d'ufficio, nel rispetto del contraddittorio, tutti i mezzi di prova che ritiene necessari, eventualmente delegando un suo componente.

La Corte di Appello, infine, provvede sul ricorso con sentenza.

La sentenza che revoca il fallimento è notificata, a cura della cancelleria, al curatore, al creditore che ha chiesto il fallimento e al debitore, se non reclamante, e deve essere pubblicata a norma dell'art. 17 legge fallimentare. Non è prevista la notifica al pubblico ministero, anche se ragioni sistematiche orientano a ritenere che essa sia dovuta nel caso in cui l'ufficio del pubblico ministero che abbia avanzato la richiesta di dichiarazione di fallimento in primo grado, in analogia con la prevista notificazione al creditore richiedente.

Se il fallimento è revocato, restano salvi gli effetti degli atti legalmente compiuti dagli organi della procedura, mentre le spese della procedura ed il compenso al curatore sono liquidati dal tribunale, su relazione del giudice delegato, con decreto reclamabile ai sensi dell'articolo 26 legge fallimentare. In ogni caso, il pubblico ministero ha il diritto di impugnare la sentenza di revoca in cassazione. Nelle differenti ipotesi in cui il pubblico ministero non sia stato parte nei giudizi di primo e secondo grado, la partecipazione della procura generale della corte di cassazione seguirà le comuni regole che disciplinano la presenza di quell'ufficio alle udienze avanti alle sezioni civili¹⁹⁵.

La sentenza che rigetta il reclamo e conferma la dichiarazione di fallimento sarà notificata a cura della cancelleria al solo reclamante, non agli altri partecipanti al giudizio.

2. Reclamo avverso il decreto di rigetto dell'istanza

Il decreto motivato con cui il tribunale respinge il ricorso per la dichiarazione di fallimento, non ritenendone sussistenti le condizioni, deve essere comunicato a cura della cancelleria alle parti. Ciò significa che la comunicazione sarà data solo al P.M. che ha chiesto il fallimento, ovvero a quello che è intervenuto concludendo per la dichiarazione di fallimento.

Entro trenta giorni dalla comunicazione, il creditore ricorrente o il pubblico ministero richiedente possono proporre reclamo contro il decreto alla corte d'appello, da depositare in cancelleria. Ottenuta la data dell'udienza, il reclamante deve notificare l'impugnazione ed il decreto di fissazione della data al debitore ed alle eventuali altre parti del giudizio di primo grado, in analogia con le previsioni dell'art. 18 legge fallimentare¹⁹⁶.

La giurisprudenza ritiene che il reclamo previsto dall'art. 22 legge fall. abbia un integrale effetto devolutivo, attribuendo alla Corte d'appello una cognizione piena sulla fattispecie¹⁹⁷. Per questo motivo, posta l'assenza di preclusioni, è considerata non

necessario la rinnovazione di quegli accertamenti e delle decisioni su tutte o alcune questioni decise in senso difforme dalle proprie richieste».

¹⁹⁵ Occorre ricordare che i sensi dell'art. 70 c.p.c. il pubblico ministero «deve intervenire nelle cause davanti alla corte di cassazione nei casi stabiliti dalla legge», mentre l'art. 76, comma 1, dell'ordinamento giudiziario (regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12, come modificato dal decreto legge 21 giugno 2013 n. 69, convertito in legge 9 agosto 2013 n. 98) prevede ora che «il pubblico ministero presso la Corte di cassazione interviene e conclude: [...] b) in tutte le udienze dinanzi alle Sezioni unite civili e nelle udienze pubbliche dinanzi alle sezioni semplici della Corte di cassazione, ad eccezione di quelle che si svolgono dinanzi alla sezione di cui all'articolo 376, primo comma, primo periodo, del codice di procedura civile» ed al secondo comma che «il pubblico ministero presso la Corte di cassazione redige requisitorie scritte nei casi stabiliti dalla legge» (art. 380 ter c.p.c.). Nel giudizio di cassazione l'intervento del pubblico ministero in tutte le udienze civili è, dunque, imposto dalla legge, come per il settore penale, in relazione alla funzione istituzionale di nomofilachia attribuita alla Suprema Corte, con esaltazione dei suoi caratteri di imparziale organo di giustizia, chiamato a collaborare all'attuazione dell'ordinamento in maniera indipendente dagli interessi in concreto dedotti in giudizio.

¹⁹⁶ Così SANTANGELI, op. cit.

¹⁹⁷ Per un quadro delle prospettive de iure condendo del principio devolutivo pieno del giudizio di reclamo avverso la sentenza dichiarativa di fallimento cfr. BROGI, L'irrilevanza della desistenza successiva alla pubblicazione della sentenza,

indispensabile l'analitica indicazione dei *motivi di gravame* e piena la possibilità delle parti nel corso del giudizio di produrre *documenti* ed avanzare nuove *richieste istruttorie*.

La Corte di appello, sentite le parti, provvede in camera di consiglio con **decreto motivato** che comunicato ad esse *ex art. 15 legge fallimentare*.

Se **accoglie il reclamo** del creditore ricorrente o del pubblico ministero richiedente, la Corte d'appello *rimette d'ufficio gli atti al tribunale*, per la dichiarazione di fallimento, salvo che, anche su segnalazione di parte, venga accertato come venuto meno alcuno dei presupposti necessari¹⁹⁸.

Avverso il decreto della Corte di appello, quale provvedimento non definitivo, **non è ammesso il ricorso per cassazione**. Ciò è vero, anzitutto, nel caso di decreto di conferma del **rigetto** della richiesta di fallimento¹⁹⁹. Si tratta, infatti, di provvedimento privo di natura decisoria su diritti soggettivi, non essendo il creditore portatore del diritto al fallimento del proprio debitore²⁰⁰. In ogni caso, nulla impedisce che la richiesta di fallimento sia riproposta²⁰¹. In caso di **accoglimento** del reclamo, d'altro canto, la Corte rimetterà d'ufficio al tribunale fallimentare gli atti perché sia quest'ultimo a dichiarare il fallimento e sarà avverso quel provvedimento, dunque, che si renderanno esperibili i rimedi e le impugnazioni ordinarie²⁰².

in Quotidiano Giuridico 6.10.2016. L'autrice rimarca l'artificiosità dell'attuale disciplina di impugnazione della sentenza di fallimento, per mancanza di un parallelismo con le preclusioni che caratterizzano il giudizio d'appello *ex art. 345 c.p.c.* [in linea con FABIANI, *Diritto fallimentare. Un profilo organico*, Bologna, 2011, 193]) con spreco di energie processuali, «*facendo sì che l'intervento del giudice di seconde cure non assolve già alla funzione di correzione di eventuali errori da parte del giudice di primo grado, ma possa dare una valutazione diversa della vicenda sulla base di un documento prodotto ex post, ancorché anteriore alla pubblicazione della sentenza dichiarativa di fallimento*». Conclude l'autrice: «*Emerge, quindi, ormai l'auspicio di una rivisitazione della disciplina delle impugnazioni avverso la sentenza dichiarativa di fallimento (es. Ferro M. evidenza che sono maturi i tempi per il passaggio da un principio devolutivo pieno ad un principio devolutivo attenuato, v. audizione davanti alla Commissione Giustizia della Camera dei Deputati in sede di esame del ddl n. 3671-bis recante la delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza, 14/9/2016)*».

¹⁹⁸ I termini di cui agli articoli 10 e 11 si computano con riferimento al decreto della corte d'appello.

¹⁹⁹ Sez. U, Ordinanza n. 26181 del 07/12/2006 (Rv. 593412 - 01) osserva: «*Avverso il decreto di rigetto dell'istanza di fallimento, che non ha attitudine al giudicato ed è quindi privo dei caratteri della decisorietà e della definitività, non è ammissibile il ricorso per cassazione ai sensi dell'articolo 111, settimo comma, Cost. Ne consegue che anche il provvedimento della Corte d'appello che, in sede di reclamo, lo confermi o lo revochi, avendo valore ed effetti non diversi dal decreto che surroga, non è impugnabile in sede di legittimità*».

²⁰⁰ Secondo la giurisprudenza di legittimità (Cass. Civ., Sez. 1, sent. n. 6683 del 02/04/2015, Rv. 634749-01; Sez. 1, sent. n. 23478 del 10/11/2011, Rv. 620432 - 01) «*il decreto con cui la corte di appello rigetti il reclamo avverso il provvedimento di reiezione dell'istanza di fallimento emesso dal tribunale, in quanto inidoneo ad acquistare efficacia di giudicato in ordine all'esistenza del credito fatto valere, alla qualità di soggetto fallibile in capo al debitore e alla sussistenza dello stato d'insolvenza, è privo di carattere decisorio e definitivo e non è, pertanto, impugnabile con il ricorso per cassazione, ai sensi dell'art. 111 Cost., neppure nel caso in cui il rigetto dell'istanza di fallimento trovi giustificazione in un elemento formale incontrovertibile e non suscettibile di mutamento, quale l'avvenuta cancellazione della società debitrice dal registro delle imprese a seguito del trasferimento della sede all'estero*». Né è rilevante che l'iniziativa di fallimento sia stata respinta per motivi di rito, in base all'accertamento di circostanze di fatto od all'affermazione di principi di diritto, in quanto ciò che rileva è che il decreto di rigetto non può essere inteso come provvedimento che nega in concreto la sussistenza di un diritto (al fallimento del proprio debitore) neppure astrattamente configurabile (così Cass. Civ., Sez. 1, Sentenza n. 19446 del 23/09/2011, Rv. 619789 - 01).

²⁰¹ La S.C. (Sez. 6 - 1, Ordinanza n. 25818 del 21/12/2010 (Rv. 615859 - 01) ha osservato: «*Il provvedimento della corte d'appello che, in sede di reclamo, confermi o revochi il decreto di rigetto di una istanza di fallimento, ai sensi dell'art. 22 legge fall., nel testo modificato dal d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169, è privo di attitudine al giudicato, né ha natura decisoria, essendo configurabile una mera preclusione di fatto, in ordine al credito fatto valere ed allo stato d'insolvenza del debitore e non precludendo la presentazione di un nuovo ricorso nei medesimi sensi di quello respinto sin dal primo grado; pertanto, avverso tale provvedimento non è ammissibile il ricorso per cassazione*». Ed ancora: «*Il provvedimento di rigetto dell'istanza di fallimento è privo di attitudine al giudicato e non è configurabile una preclusione da cosa giudicata, bensì una mera preclusione di fatto, in ordine al credito fatto valere, alla qualità di soggetto fallibile in capo al debitore ed allo stato di insolvenza dello stesso, di modo che è possibile, dopo il rigetto, dichiarare il fallimento sulla base della medesima situazione, su istanza di un diverso creditore ovvero sulla base di elementi sopravvenuti, preesistenti ma non dedotti e anche di prospettazione identica a quella respinta, su istanza dello stesso creditore*» (Sez. 1, Sentenza n. 21834 del 14/10/2009, Rv. 610689 - 01).

²⁰² Come ricorda la Corte di Cassazione (Sez. 1, Sentenza n. 21193 del 29/09/2006, Rv. 592808 - 01) «*il provvedimento con cui la corte d'appello, ai sensi dell'art. 22, terzo comma, del r.d. 16 marzo 1942, n. 267, accoglie il reclamo avverso il decreto di rigetto dell'istanza di fallimento, disponendo la trasmissione degli atti al tribunale per la dichiarazione di fallimento, non è impugnabile con il ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost., difettando del requisito della definitività, in quanto l'incidenza sui diritti delle parti non deriva univocamente e direttamente da esso, ma dalla successiva sentenza dichiarativa di fallimento, nei confronti della quale gli artt. 18 e ss. della legge fallimentare prevedono un autonomo mezzo d'impugnazione*».

Capitolo 4. La Fase liquidatoria

1. In generale

La fase della liquidazione dell'attivo e della definizione del passivo del fallimento non registra una presenza tipizzata del pubblico ministero. Come è stato rilevato, *«si può in astratto pensare al p.m. come integrante la figura di "interessato" per impugnare i decreti emessi dal giudice delegato o dal tribunale ai sensi dell'art. 26 l.f., o per impugnare i provvedimenti del curatore ai sensi dell'art. 36 l.f., laddove evidentemente per il pubblico ministero le misure confliggano con un pubblico interesse, ma si tratta di ipotesi limite assai difficili da verificarsi nella pratica»*²⁰³.

2. I rapporti informativi del curatore fallimentare

Le **relazioni ex art. 33 legge fall.** rappresentano per il curatore il principale strumento per veicolare flussi informativi completi, essi stessi condizione di effettività della conoscenza delle vicende dell'impresa e della situazione aziendale da parte del pubblico ministero. Dopo la comunicazione per estratto a cura della cancelleria della dichiarazione di fallimento, il pubblico ministero riceve informazioni sullo svolgimento della procedura proprio a seguito della trasmissione, da parte della cancelleria, della **copia del testo integrale della relazione del curatore** (art. 33, comma 4, legge fall.).

In tal senso, i rapporti del pubblico ministero con il curatore, pubblico ufficiale per quanto attiene all'esercizio delle sue funzioni, possono seguire **direzioni biunivoche**. Oltre che **denunce** ex art. 331 c.p.p., pur antecedenti al deposito delle relazioni ex art. 33 legge fall., il curatore può anche avanzare **istanze** per lo svolgimento di indagini o **sollecitare l'inoltro di richieste** funzionali all'emissione di mezzi di ricerca della prova (es. perquisizioni) e di provvedimenti cautelari, a fronte di fattispecie di reato che pregiudicano la curatela, in termini alternativi alla richiesta al giudice civile di provvedimenti d'urgenza, sequestri giudiziari o conservativi. Ammissibili sono anche ritenute istanze volte ad ottenere in copia i verbali di atti conoscibili, in quanto soggetti a deposito, ovvero, previa autorizzazione ex art. 116 c.p.p., in corrispondenza di un interesse meritevole di tutela, in genere consustanziale allo svolgimento della funzione del curatore, restando *«impregiudicato il potere del magistrato penale di motivatamente negare l'accesso agli atti, a tutela di contingenti e preminenti interessi istruttori o investigativi»*²⁰⁴.

L'obiettivo dell'efficace e reciproca collaborazione tra il procedimento penale e la procedura fallimentare, pur nelle variegate forme che essa può assumere, *«è nella natura delle cose nei reati fallimentari o a sfondo fallimentare»*²⁰⁵. Al riguardo, è stato osservato²⁰⁶ che *«da una parte, ..., di solito il P.M. "attende", soprattutto dal curatore, le informazioni utili a configurare una notizia criminis e ipotesi investigative: la comunicazione della sentenza di fallimento (a. 17 L. fall.) viene annoverata tra gli atti non costituenti notizia di reato ed iscritta a mod. 45, con l'instaurazione di un procedimento che, a rigore, non ammette indagini né archiviazione a cura del giudice delle indagini preliminari (il controllo del giudice ha ad oggetto notizie di reato). Dall'altra, non di rado, accade che il curatore (e l'intero ufficio fallimentare) ha nel magistrato della procura "un valido alleato" (ad esempio: per il recupero di beni nei casi di distrazione ovvero per l'esercizio dell'azione civile nel processo penale, più rapida ed efficace che nella sede naturale)»*.

²⁰³ SANTANGELI, *op. cit.*

²⁰⁴ Così SANTANGELO, *op. cit.*, p. 39.

²⁰⁵ PACILEO, *Il pubblico ministero*, *op. cit.*

²⁰⁶ SANTANGELO, *op. cit.*

2.1. Tipologie, contenuti e tempi delle relazioni del curatore: relazione particolareggiata, relazione sommaria, rapporti riepilogativi

Una prima distinzione tra le relazioni formate dal curatore è tracciabile quanto a **tipologie**. Sono note, anzitutto, la relazione **particolareggiata**, ex art. 33, comma 1, legge fall., depositata entro sessanta giorni dalla dichiarazione di fallimento, e quella **sommaria**, che può essere chiesta dal giudice delegato ai sensi dell'art. 33, comma 2, legge fall. prima del ricordato termine. Normalmente sarà l'esame del fascicolo prefallimentare ad ingenerare l'urgenza di ricevere valutazioni in merito all'adozione di iniziative giudiziali a rischio di prescrizione o di decadenza²⁰⁷. L'art. 33, comma 4, legge fall. prevede, inoltre, che, dopo la presentazione della relazione particolareggiata, per esigenze di continuità informativa, ogni sei mesi il curatore rediga altresì un **rapporto riepilogativo** delle attività svolte, con indicazione di tutte le informazioni raccolte dopo la prima relazione, accompagnato dal conto della sua gestione.

Esiste un **contenuto necessario** della **relazione particolareggiata**, delineato in via normativa dall'art. 33, comma 1, *cit.*²⁰⁸, schematizzabile nei seguenti termini: (i) *cause e circostanze* del fallimento; (ii) *diligenza* spiegata dal fallito nell'esercizio dell'impresa; (iii) *responsabilità* del fallito o di altri; (iv) quanto può *interessare anche ai fini delle indagini preliminari in sede penale*. L'importanza informativa di tale relazione per gli organi della procedura e per il pubblico ministero è evidente, dunque, già in virtù di tali prime indicazioni.

L'illustrazione delle cause e delle circostanze del fallimento, al pari della diligenza spiegata dal fallito nell'esercizio dell'impresa e delle eventuali responsabilità del fallito o di altri soggetti (art. 33, comma 1, legge fall.), degli **atti del fallito già impugnati dai creditori, nonché quelli che egli intende impugnare** (art. 33, comma 2, legge fall.) nonché dei **«fatti accertati e le informazioni raccolte sulla responsabilità degli amministratori e degli organi di controllo, dei soci e, eventualmente, di estranei alla società»** (art. 33, comma 3, legge fall.)²⁰⁹, sono di chiaro interesse per le valutazioni del giudice delegato²¹⁰ ma non meno per quelle del pubblico ministero, il quale, nell'esperienza giudiziaria, ne ricava sovente le prime informazioni utili per individuare responsabilità penali, specie fallimentari. Il curatore, senza essere organo di polizia giudiziaria, è considerato il **«direttore di gara (starter) dell'indagine»**²¹¹. Si pensi, alle informazioni collegate alla tenuta delle scritture contabili, per ricostruire l'attività svolta dall'imprenditore, alla consistenza dell'attivo ed alle operazioni effettuate dal fallito²¹².

²⁰⁷ SANTANGELI, *op. cit.*

²⁰⁸ L'art. 33, comma 1, legge fall. non richiede più indicazioni sul tenore di vita privata del fallito e della sua famiglia.

²⁰⁹ Osserva SANTANGELI, *op. cit.*: «Tale indicazione è richiesta, tra l'altro, anche al fine valutare se sussistono i presupposti per l'avvio o meno di azioni di responsabilità previste a carico di amministratori, componenti degli organi di controllo, direttori generali, liquidatori e soci di società a responsabilità limitata, dagli artt. 2393, 2393 bis, 2394, 2394 bis, 2407 e 2476 c.c. e di ingiunzioni di pagamento ex artt. 146 e 150 l.f. Il curatore, qualora l'impresa fallita sia una società, è tenuto altresì a fornire informazioni nella relazione circa le condotte dei soggetti estranei della società, ovvero di tutti quei soggetti, non necessariamente amministratori di fatto, che si sono comunque resi responsabili di danni nei confronti della società».

²¹⁰ Riprendendo l'elencazione di SANTANGELI, *op. cit.*, si rammenta il rilascio o il diniego delle autorizzazioni relative all'**esercizio provvisorio** dell'impresa ex art. 104 legge fall., l'**affitto dell'azienda o di rami dell'azienda** del fallito ex art. 104 bis, c. 1, legge fall., la **nomina di professionisti** cui affidare le incombenze della procedura di liquidazione dell'attivo e alla liquidazione di beni prima dell'approvazione del programma di liquidazione ex art. 104 ter, comma 3 e 6, legge fall., l'esercizio di **azioni di responsabilità ex art. 146, comma 2, legge fall.**, e l'**ingiunzione dei versamenti dovuti da parte dei soci a responsabilità limitata** ex art. 150 legge fallimentare.

²¹¹ In tal senso SANTANGELO, *op. cit.*, che segnala l'importanza della collaborazione di tale organo, così annotando: «.. **l'esperienza giudiziaria attesta che, in assenza di segnalazioni provenienti dal curatore di comportamenti di verosimile rilievo penale, il P.M. «sta al palo», non avendo, il più delle volte, la materialmente possibilità di individuarli di persona. Non a caso gli studiosi della materia osservano che, nel quotidiano giudiziario, senza la relazione del curatore, illustrativa di illeciti penali, quasi nessun procedimento sorgerebbe per autonomo sviluppo delle indagini della P.G. o del P.M.**».

²¹² Sugli aspetti contabili della relazione cfr. FERRETTI, *L'attività di relazione del curatore*, in APICE (diretto e coordinato), *La dichiarazione e gli effetti del fallimento*, Giappichelli, 2010, 261 e 264 ss.

Quasi a completamento delle più puntuali tematiche indicate nel tessuto normativo, inoltre, la relazione deve contenere **«quanto può interessare anche ai fini delle indagini preliminari in sede penale»**. Espressione evidentemente lata, con valenza residuale, *«sicché il curatore deve inserire nella relazione non solo i fatti e le condotte che assumono rilievo in sede penale, in quanto integrano un illecito, ma anche tutti i fatti e i comportamenti di “interesse penalistico”, cioè quelle vicende che pur non costituendo un reato possono tuttavia rappresentare elementi utili per lo svolgimento di indagini da parte della polizia giudiziaria»*²¹³. Tale obbligo **integra** i doveri di denuncia di fatti costituenti reati procedibili di ufficio dal curatore appresi nell'esercizio delle pubbliche funzioni *ex art. 30 legge fallimentare* e presenta profili di stretta assimilabilità con il dovere del commissario giudiziale di *«comunica[re] senza ritardo al pubblico ministero i fatti che possono interessare ai fini delle indagini preliminari in sede penale e dei quali viene a conoscenza nello svolgimento delle sue funzioni»* (art. 165, comma 5, legge fallimentare). Si ritiene, altresì, che il deposito della relazione al pubblico ministero sia equipollente alla presentazione della denuncia *ex art. 331 c.p.p.*²¹⁴.

Quanto ai **tempi**, l'articolo 33 comma 1, legge fall., indica in sessanta giorni dalla dichiarazione del fallimento il termine per la redazione e presentazione della **relazione particolareggiata** al giudice delegato, lasso di tempo non congruo nel caso delle procedure concorsuali più complicate; inconveniente mitigato dalla natura non perentoria del termine, dalla prassi di richiedere proroghe²¹⁵ e comunque dalla possibilità di motivare le ragioni del ritardo. In ogni caso, conviene non trascurare che si tratta di adempimento rilevante e suscettibile, in caso di ritardo ingiustificato, di dar causa alla revoca dall'incarico, ai sensi dell'art. 37 legge fallimentare.

Come si anticipava, l'art. 33, comma 4, legge fall. prevede che il curatore rediga ogni sei mesi un **rapporto riepilogativo** dell'attività svolta, con indicazione di **«tutte le informazioni raccolte dopo la prima relazione»**, accompagnato dal conto della sua gestione. Del tutto chiara la funzione del documento: offrire un'integrazione ed un aggiornamento informativo in ordine all'evoluzione della procedura concorsuale, a beneficio del giudice delegato e del comitato dei creditori, per favorirne le funzioni di vigilanza. Singolarmente, **a livello normativo non è prevista la comunicazione del rapporto riepilogativo al pubblico ministero**, anche se si ritiene che eventuali informazioni di interesse penalistico ben possano essergli riservatamente rappresentate dal curatore nel contesto di dirette e separate forme di interlocuzione.

2.2. La segretezza delle relazioni

Il giudice delegato ordina il deposito della relazione particolareggiata in cancelleria, disponendo la segretezza delle **parti** relative alla **responsabilità penale del fallito e di terzi** ed alle **azioni** che il curatore intende proporre qualora possano comportare l'adozione di **provvedimenti cautelari**, nonché alle **circostanze estranee agli interessi della procedura e che investano la sfera personale del fallito**²¹⁶

²¹³ CARBONARA, *sub art. 33 l.f.*, in CAVALLINI (diretto da), *Commentario alla legge fallimentare.*, 734.

²¹⁴ Sulla equipollenza tra denuncia di reato e relazioni in seno alle procedure concorsuali cfr. DI VIZIO, *La relazione ex art. 172 l.fall. quale equipollente della denuncia e della notizia di reato*, in *Quotidiano Giuridico*, 5.4.2016.

²¹⁵ CARBONARA, *Sub art. 33 l.f. cit.*, 738, nota 23, rileva che in applicazione analogica dell'art. 154 c.p.c. la proroga non può essere concessa per un periodo superiore a sessanta giorni; per ABETE, *Sub art. 33, cit.*, 411, in presenza di gravi motivi, il giudice delegato con provvedimento motivato può prorogare ulteriormente il termine; *contra* PAJARDI – PALUCHOWSKY, *Manuale di diritto fallimentare*, 2008, secondo cui è preferibile ricorrere alle relazioni di aggiornamento.

²¹⁶ VERA, *La relazione del curatore fallimentare*, in *dir. fall.*, 2009/5, 703, nota *«che il legislatore, mentre ha tolto dalla relazione del curatore ogni riferimento al tenore della vita privata del fallito e della sua famiglia, ha mantenuto la previsione della punibilità della bancarotta semplice, reato in cui incorre il fallito allorché “ha fatto spese personali o per la sua famiglia eccessive rispetto alla sua condizione economica” (art. 217, c. 1, n. 1, l.f.). Ne consegue che il curatore ha l'obbligo di riferire sull'argomento allorché esso rivesta una dimensione che possa interessare l'indagine penale»*.

(art. 33, comma 4, legge fall.). Si tratta di **elencazione tassativa**²¹⁷, non estendibile a parti e tematiche diverse.

In merito alle *responsabilità penali del fallito e di soggetti terzi*, la segretezza è necessitata dal fatto che le informazioni fornite dal curatore con la relazione non beneficerebbero “naturalmente” del segreto istruttorio previsto dall'art. 329 c.p.p., operante solo per gli atti di indagine compiuti dalla polizia giudiziaria e dal pubblico ministero²¹⁸. La segretezza delle *azioni che il curatore intende proporre*, invece, risponde all'esigenza di salvaguardare l'efficacia del provvedimento cautelare ad esse funzionale.

In concreto, questo comporterà la redazione di una **relazione integrale** e di una **relazione “omissata”**, la sola inserita nel fascicolo della procedura fallimentare, predisposto, anche con modalità informatica, dalla cancelleria immediatamente dopo la pubblicazione della sentenza di fallimento. In esso devono essere contenuti tutti gli atti, i provvedimenti ed i ricorsi attinenti al procedimento, opportunamente suddivisi in sezioni, esclusi proprio quelli che, per ragioni di riservatezza, debbono essere custoditi separatamente. Corrisponde a **diritto del comitato dei creditori e di ogni suo componente** prendere visione di qualunque atto o documento contenuto nel fascicolo, mentre **gli altri creditori ed i terzi** hanno diritto di prendere visione e di estrarre copia degli atti e dei documenti per i quali sussiste un loro specifico ed attuale interesse, previa autorizzazione del giudice delegato, sentito il curatore. Analogo diritto spetta al fallito, con la rilevante eccezione della relazione del curatore e degli atti eventualmente riservati su disposizione del giudice delegato (art. 90, legge fall.).

Secondo il dato normativo **non risultano segretabili le relazioni riepilogative**. Il dato può spiegarsi ritenendo che, come di esse non è prevista la comunicazione al pubblico ministero, parimenti, in caso di indicazioni di possibile rilievo penale, le stesse potrebbero essere anticipate con notizie dirette e separate al pubblico ministero, precedute, per il possibile interesse per il corso della procedura, da informazioni “riservate” al giudice delegato.

2.3. Il valore probatorio penale delle relazioni del curatore e delle dichiarazioni rese ex art. 49 L.F.

Nella **prospettiva probatoria penale**, oltre alle **relazioni ed ai rapporti ex art. 33, legge fall.**, ai sensi dell'**art. 49, comma 2, legge fall.**, l'imprenditore del quale sia stato dichiarato il fallimento, nonché gli amministratori o i liquidatori di società o enti soggetti alla procedura di fallimento devono presentarsi personalmente per rendere **informazioni o chiarimenti** ai fini della gestione della procedura, al giudice delegato, al curatore o al comitato dei creditori. Inoltre, ai sensi dell'**art. 87, comma 3, legge fall.**, prima di chiudere l'inventario, il curatore invita il fallito o, se si tratta di società,

²¹⁷ Cfr. CARBONARA, *Sub art. 33, cit.*, 739.

²¹⁸ La disposizione, avendo riguardo agli **atti d'indagine del pubblico ministero** (per le determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale ex artt. 326, 358 ss. c.p.p.) e della **polizia giudiziaria** (per assicurare le fonti di prova e raccogliere quant'altro possa servire per l'applicazione della legge penale ex artt. 55, comma 1, 347-357 c.p.p.), sembra in effetti escludere dal segreto: - gli atti non diretti alla ricerca e assicurazione di elementi di prova ovvero volti alla ricerca della **notitia criminis** (cfr. Cass. pen., Sez. 6, **Sentenza n. 5843 del 21/04/1998 Ud.**, dep. 15/05/1998, Rv. 210655 che in particolare ha escluso il segreto per le attività volte alla ricerca della "notitia criminis" e quelle ad esse connesse, a seguito di una denuncia anonima, poiché le attività di indagine ex art. 329 c.p.p. presuppongono una notizia di reato sufficientemente definita e tendono alla raccolta degli elementi necessari per le valutazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale; con la conseguenza che, relativamente a tali attività, gli ufficiali di polizia giudiziaria non sono sottoposti all'obbligo del segreto ai sensi dell'art. 329 c.p.p., che si riferisce al compimento di atti di indagine, ma sono tenuti al segreto, come qualsiasi impiegato dello Stato, ai sensi dell'art. 15 del d.p.r. 10 gennaio 1957, n. 3, come sostituito dall'art. 28 della l. 7 agosto 1990, n. 241); - le notizie apprese e direttamente da una persona che abbia assistito o sia a conoscenza di un "fatto", sebbene su tali circostanze abbia già riferito all'autorità giudiziaria (Cass. Pen., Sez. 1, **Sentenza n. 10135 del 11/07/1994 Ud.**, dep. 24/09/1994, Rv. 203759); - i documenti di origine extraprocessuale acquisiti ad un procedimento, non compiuti dal pubblico ministero o dalla polizia giudiziaria (Cass. Pen., Sez. 1, n. 13494/ del 9.3.2011 dep. 4.4.2011, Rv. 249856).

gli amministratori a dichiarare se hanno notizia che esistano altre attività da comprendere nell'inventario, avvertendoli delle pene stabilite dall'articolo 220 legge fall. in caso di falsa o omessa dichiarazione

Secondo l'orientamento tradizionale della Cassazione²¹⁹ costituiscono **prove documentali** sia la **relazione del curatore** che gli apporti dichiarativi raccolti dal curatore e dal giudice delegato, nell'esercizio del loro ufficio, nei **verbali di audizione del fallito o dell'amministratore di società fallita**. Ciò «in ogni caso e non solo quando siano ricognitivi di una organizzazione aziendale e di una realtà contabile», in quanto «gli accertamenti documentali e le dichiarazioni ricevute dal curatore costituiscono prove rilevanti nel processo penale al fine di ricostruire le vicende amministrative della società», mentre «il principio di separazione delle fasi non si applica agli accertamenti aventi funzione probatoria, preesistenti rispetto all'inizio del procedimento o che appartengano comunque al contesto del fatto da accertare»²²⁰.

Anche la Corte Costituzionale²²¹ ha condiviso il rilievo che la **relazione del curatore** «non ha origine nel processo penale e non è finalizzata ad esso, diretta, come risulta, al giudice delegato e non al pubblico ministero; cosicché, anche se può contenere indicazioni utili ai fini delle determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale, non costituisce di per sé una notizia di reato e, dunque, non può essere disciplinata come tale. Del resto, secondo il giudice penale di legittimità il diritto alla prova non deve essere compresso creando ipotesi di inutilizzabilità che non trovano sicuro ancoraggio nella norma processuale e non può ignorarsi che nella relazione del curatore possono confluire anche accertamenti analoghi agli atti irripetibili della polizia giudiziaria o del pubblico ministero che se la relazione non potesse essere acquisita non avrebbero modo di essere utilizzati a fini probatori».

Ancora di recente la Corte regolatrice²²² non ha mancato di confermare l'ampiezza dell'ambito oggettivo di utilizzabilità probatoria delle **dichiarazioni rese dai gestori sociali** (che successivamente abbiano assunto la qualità di imputati) **agli organi fallimentari**, con riferimento a quelle **raccolte e documentate dal Giudice delegato**, essendo ad esse riconnessa la **medesima funzione informativa di ricostruire le vicende amministrative della società fallita**. In base all'art. 49, comma 2, legge fall., hanno identica natura le informazioni che questi soggetti devono rendere, essendo indifferente l'organo che le raccoglie. Per corroborare tale conclusione, la Corte regolatrice ha disatteso le prospettate violazioni degli artt. 62 e 63 c.p.p.²²³. In

²¹⁹ Corte di Cassazione, Sez. Pen. 5, n. 41429 dell'11.7.2016, dep. 3.10.2016; Id., n. 27898 del 28.4.2016, dep. 6.7.2016; Id., 3.3.2015 n. 32388, Rv. 264255; Id., 9.6.2004, n. 39001, Rv. 229330; Cass. Pen., sez. F, 26.7.2013, n. 49132, Rv. 257650). Per commenti sul tema cfr. DI VIZIO, *La confessione al curatore è documento autosufficiente per il giudice penale*, in *Quotidiano Giuridico*, 14/10/2016; DI VIZIO, *Le "pericolose confessioni" dell'amministratore di fatto al Giudice delegato*, in *Quotidiano Giuridico*, 21/7/2016.

²²⁰ Secondo la stessa impostazione, la Corte di Cassazione considera utilizzabile quale prova a carico dell'imputato la testimonianza indiretta del curatore fallimentare sulle **dichiarazioni accusatorie rese da un coimputato** non comparso in dibattimento e trasfusa dallo stesso curatore nella **relazione redatta ai sensi dell'art. 33 legge fall.** (cfr. Cass. Pen., Sez. 5, 18.1.2011, n. 15218, Rv. 249959; Id., 6.10.2014, n. 4164, rv. 262172), anche ove espresse con atto scritto quale una **missiva** (Cass. Pen., Sez. 5, n. 32388 del 03/03/2015, dep. 23/07/2015, Rv. 264255).

²²¹ C.Cost. sent. n. 136/1995 in G.U. 018 del 03/05/1995.

²²² Cass. Pen., Sez. 5, n. 27898 del 28.4.2016, dep. 6.7.2016.

²²³ Infatti, la Corte considera non pertinente il richiamo al divieto di testimonianza sulle dichiarazioni dell'imputato, operante «solo con riferimento alle dichiarazioni rese nel corso del procedimento penale». Secondo la Consulta, del resto, «il **divieto stabilito dall'art. 62 cod. proc. pen.** col prevedere che "le dichiarazioni comunque rese nel corso del procedimento dall'imputato o dalla persona sottoposta alle indagini non possono formare oggetto di testimonianza", non è affatto assoluto ed illimitato», rilevando «**solo con riferimento a dichiarazioni rese "nel procedimento"** e non genericamente "in pendenza del procedimento", e pertanto, ai fini dell'applicabilità della norma, mentre il discrimine temporale della iscrizione della notizia di reato - o del nome della persona cui il reato è attribuito - nel registro di cui all'art. 335 cod.proc.pen. non assume di per sé alcun rilievo, occorre pur sempre accertare (ed è questo che essenzialmente rileva) che le dichiarazioni su cui dovrebbe vertere la testimonianza "de auditu" siano state rese (anche spontaneamente) in occasione del compimento di ciò che debba comunque qualificarsi come un (qualsiasi) atto del procedimento» (C.Cost., sent. n. 237/1993). In particolare, è da escludere che le dichiarazioni destinate al curatore possano considerarsi rese nel corso del procedimento penale, «non potendo certo sostenersi che la procedura fallimentare sia preordinata alla verifica di una notizia criminis» (C.Cost., sent. n. 69/1984). Inconferente, inoltre, l'addotta violazione dell'articolo 63 c.p.p. per le dichiarazioni rese al giudice delegato, atteso che, come evidenziato in una precedente pronuncia della **Consulta**

merito alle **dichiarazioni rese al curatore dall'imputato**, la giurisprudenza di legittimità ha chiarito in più occasioni²²⁴ che *«le dichiarazioni rese dal fallito al curatore non sono soggette alla disciplina di cui all'art. 63 c.p.p., comma 2, in quanto il curatore non appartiene alle categorie indicate da detta norma e la sua attività non può considerarsi ispettiva o di vigilanza ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 220 disp. coord. c.p.p.»*²²⁵. In breve, in presenza di dichiarazioni auto-confessorie rese dall'amministratore dell'impresa fallita agli organi della procedura fallimentare e documentate nei verbali delle audizioni non servono altri elementi di prova che ne confermino l'attendibilità, ai sensi dell'art. 192, comma terzo, c.p.p. e l'ingresso nella sfera di conoscenza del giudice penale avviene secondo lo statuto della prova documentale.

Le informazioni acquisite dagli organi fallimentari ex art. 49 legge fall. costituiscono preziose fonti probatorie per il processo penale, la cui autentica rilevanza è apprezzabile ricordando che la Corte Costituzionale, pur condividendo l'orientamento della giurisprudenza di legittimità - che ha ammesso la deposizione del curatore relativamente a fatti appresi dal fallito ed escluso l'esistenza di preclusioni rispetto ai fatti appresi nell'esercizio delle sue funzioni - ha sempre ritenuto imprescindibile, *«ove si tratti di deposizione de relato, l'osservanza delle prescrizioni concernenti la testimonianza indiretta»*. Nell'equilibrio tra le esigenze di accertamento e di salvaguardia delle garanzie individuali, dunque, il rispetto delle regole di verifica dell'attendibilità dell'apporto dichiarativo del co-indagato e di utilizzabilità del teste *de relato* va in ogni caso assicurato, anche ammettendo l'acquisizione quale prova documentale delle relazioni dei curatori o dei verbali delle audizioni degli amministratori dinanzi al Giudice delegato.

In **prospettiva probatoria civile**, dalla qualifica di pubblico ufficiale del curatore deriva la natura di **documenti pubblici** degli atti dal medesimo formati, di cui è discussa la particolare **efficacia probatoria ex art. 2700 c.c.**. In particolare, in merito alla relazione al giudice ed ai rapporti riepilogativi di cui all'art. 33 legge fall., la giurisprudenza è concorde nel ritenere che gli atti o i fatti che il curatore affermi nella relazione essere stati da lui compiuti²²⁶ oppure avvenuti in sua presenza (ivi comprese le dichiarazioni di terzi) abbiano efficacia di **prova legale** in merito alla provenienza ed **all'estrinseco**²²⁷ dei fatti attestati²²⁸. Con la conseguenza che quelle affermazioni del

(C.Cost., n. 136/1995), il riferimento all'autorità giudiziaria, contenuto nell'art. 63 c.p.p. «è preordinato al solo fine di ricomprendere nella nozione di genere non soltanto il giudice penale, ma anche il pubblico ministero. Mentre non può in essa essere ricondotto il giudice civile, il quale, pure ove in sede di interrogatorio formale vengano ammessi dalla parte fatti costituenti reato, non può certo fare ricorso al regime previsto dalla norma ora denunciata, essendo, semmai, tenuto, ai sensi dell'art. 331, quarto comma, del codice di procedura penale - come, del resto, in ogni altra ipotesi in cui risulti un fatto nel quale si può configurare un reato perseguibile di ufficio - a redigere ed a trasmettere senza ritardo la denuncia al pubblico ministero».

²²⁴ Cfr. Cass. Pen., Sez. 5, n. 4164 del 06/10/2014, dep. 28/01/2015, Rv. 262172; Id., n. 46422 del 25/09/2013, dep. 21/11/2013, Besana e altro, Rv. 257584; Id., n. 13285 del 18/01/2013, dep. 21/03/2013, Pastorello, Rv. 255062.

²²⁵ E' vero che in un'eventuale ipotesi di annullamento della sentenza di condanna dell'imputato fondata sulle dichiarazioni rese da soggetti coindagati, non sentiti in giudizio, trasfuse nella relazione dal curatore fallimentare, poi deceduto e dunque parimenti non escusso in dibattimento, la Corte di Cassazione ha sottolineato che tali dichiarazioni *«devono essere valutate unitamente agli altri elementi di prova che ne confermano l'attendibilità, ai sensi dell'art. 192, comma terzo, cod. proc. pen»* (cfr. Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. 20090 del 17/04/2015, dep. 14/05/2015, Rv. 263819). Ma si tratta, sembra di poter dire, di condizione resa speciale dal peculiare statuto del dichiarante (indagato o imputato di reato connesso o collegato nel medesimo procedimento o in separato procedimento che rende dichiarazioni etero-indizianti). Per la componente auto-indiziante, ai verbali delle audizioni svolte dagli amministratori dinanzi al curatore (come quelle svolte davanti al Giudice delegato) non si applicano le regole di utilizzabilità probatoria e di verifica dell'attendibilità previste per le dichiarazioni di valenza etero-accusatoria del coindagato o del teste *de relato*. Queste ultime disposizioni, cui l'ordinamento affida la gestione del delicato equilibrio tra le esigenze di accertamento e salvaguardia delle garanzie individuali, non sono dilatabili al di fuori dell'ambito loro connaturato.

²²⁶ Tribunale di Milano, 18.1.2011, ritiene che faccia piena prova fino a querela di falso l'affermazione nella relazione ex art. 33 legge fall. del fatto materiale del mancato reperimento della cassa tra i beni aziendali rinvenuti.

²²⁷ SANTANGELI, op. cit., osserva: *«Una efficacia probatoria così forte, naturalmente, va riservata all'estrinseco; così, si deve ricorrere alla querela di falso per contestare il fatto storico, ad esempio che il curatore abbia fatto quanto afferma di avere commesso (nella sua qualità e nelle funzioni di pubblico ufficiale) o che una dichiarazione (del fallito o di terzi) sia stata effettivamente resa davanti al curatore, e negli esatti termini in cui dal curatore è riportata. Ma rimane fermo anche in queste ipotesi che il cd "intrinseco", la verità o no, ad esempio, di quanto affermato dal fallito nelle dichiarazioni al curatore, andrà dal giudice delegato o dal giudice della controversia liberamente valutato con i consueti canoni di cui*

curatore potranno essere contestate solo tramite **querela di falso**.

3. L'esdebitazione

Il ruolo del pubblico ministero riemerge in conclusione della procedura fallimentare, in relazione all'**esdebitazione**. Come noto, il tribunale, con il decreto di chiusura del fallimento o su ricorso del debitore presentato entro l'anno successivo, verificate le condizioni di cui all'articolo 142²²⁹ legge fall., tenuto altresì conto dei comportamenti collaborativi del medesimo, sentito il curatore ed il comitato dei creditori, dichiara inesigibili nei confronti del debitore già dichiarato fallito i debiti concorsuali non soddisfatti integralmente.

Il ricorso e il decreto del tribunale sono comunicati dal curatore ai creditori a mezzo posta elettronica certificata. Il pubblico ministero è uno dei soggetti legittimati a presentare **reclamo alla Corte d'Appello** avverso la concessione del beneficio (art. 143, comma 2, legge fall.).

*all'art. 116 c.p.c. E che dunque nessun particolare valore va attribuito alle affermazioni del curatore che nella relazione riferisce di fatti non da lui compiuti, ma che egli logicamente ricostruisce come accaduti; o di cui eventualmente conosce solo con testimonianze "de relato". O che possono diversamente essere conosciuti dal giudice della controversia attraverso la produzione di una idonea documentazione». L'autore osserva ancora: «Anche laddove le dichiarazioni che il curatore nella relazione riporta provenissero dal soggetto parte formale della controversia, nei cui confronti il curatore poi agisce o resiste in giudizio, le affermazioni precedentemente rese al curatore manterranno il carattere di prova liberamente valutabile ex art. 116 l.f. Va fatto **salvo tuttavia, il caso in cui alle stesse possa attribuirsi il valore di confessione stragiudiziale ex art. 2735 c.c.**; la dichiarazione del terzo avrà allora anzi addirittura il valore di prova legale non solo sulla esistenza della dichiarazione resa dalla parte al curatore, ma anche sulla verità dei fatti affermati nella dichiarazione (senza che si possa dunque più contestare che le affermazioni effettivamente fatte siano però non rispondenti al vero), per le dichiarazioni della verità di fatti sfavorevoli al confidente fatta con animus confitendi al curatore, se nella controversia civile in cui si fa valere la dichiarazione confessoria quest'organo possa essere tecnicamente qualificato come controparte, potendo altrimenti essere liberamente apprezzata dal giudice sempre ex art. 2735 c.c. (laddove invece la confessione sarebbe liberamente apprezzabile dal giudice se il curatore non possa qualificarsi parte nel giudizio civile)».*

²²⁸ Sull'efficacia probatoria della relazione predisposta dal curatore, cfr. CARBONARA, sub art. 33 l.f., *op. cit.*, 742; ritiene invece che la relazione del curatore non abbia efficacia probatoria, CAVALLI, *Gli organi del fallimento*, in COTTINO (a cura di), *Trattato di dir. comm.*, 280.

²²⁹ In base all'art. 142 legge fall., riformulato dall'art. 128, comma 1, D.Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, a decorrere dal 16 luglio 2006, il fallito persona fisica è ammesso al beneficio della **liberazione dai debiti residui nei confronti dei creditori concorsuali non soddisfatti a ricorrere di articolate condizioni**. In particolare, deve risultare che: 1) abbia cooperato con gli organi della procedura, fornendo tutte le informazioni e la documentazione utile all'accertamento del passivo e adoperandosi per il proficuo svolgimento delle operazioni; 2) non abbia in alcun modo ritardato o contribuito a ritardare lo svolgimento della procedura; 3) non abbia violato le disposizioni di cui all' articolo 48 ; 4) non abbia beneficiato di altra esdebitazione nei dieci anni precedenti la richiesta; 5) non abbia distratto l'attivo o esposto passività insussistenti, cagionato o aggravato il dissesto rendendo gravemente difficoltosa la ricostruzione del patrimonio e del movimento degli affari o fatto ricorso abusivo al credito; 6) non sia stato condannato con sentenza passata in giudicato per bancarotta fraudolenta o per delitti contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio, e altri delitti compiuti in connessione con l'esercizio dell'attività d'impresa, salvo che per tali reati sia intervenuta la riabilitazione (se è in corso il procedimento penale per uno di tali reati, il tribunale sospende il procedimento fino all'esito di quello penale). **In ogni caso, l'esdebitazione non può essere concessa qualora non siano stati soddisfatti, neppure in parte, i creditori concorsuali. Alcuni debiti, infine, restano esclusi dall'esdebitazione.** Si tratta, in particolare: a) degli obblighi di mantenimento e alimentari e comunque delle obbligazioni derivanti da rapporti estranei all'esercizio dell'impresa; b) dei debiti per il risarcimento dei danni da fatto illecito extracontrattuale nonché le sanzioni penali ed amministrative di carattere pecuniario che non siano accessorie a debiti estinti. **Sono salvi i diritti vantati dai creditori nei confronti di coobbligati, dei fideiussori del debitore e degli obbligati in via di regresso.**

Parte II

Il P.M. ed il concordato preventivo

www.osservatorio-oci.org

Capitolo 1. L'intervento del pubblico ministero

1. Il quadro normativo: la “necessità” di un intervento eventuale

Sino alle novelle del 2005-2007, l'**intervento del pubblico ministero** nella procedura di concordato preventivo era ritenuto **obbligatorio**. In difetto di esso, dunque, maturava una *nullità* rilevabile d'ufficio, in ogni stato e grado del giudizio. L'art. 162, legge fall., infatti, richiedeva al tribunale di provvedere «*sentito il pubblico ministero*». La giurisprudenza di legittimità, con orientamento consolidato, ne desunse tale carattere obbligatorio, operante anche nelle successive fasi della procedura. Veniva considerata nulla, quindi, la sentenza in grado di appello nel caso in cui il pubblico ministero non fosse stato chiamato a partecipare²³⁰.

Il vigente **art. 161, comma 5**, legge fall. prevede che «*la domanda di concordato è comunicata al pubblico ministero ed è pubblicata, a cura del cancelliere, nel registro delle imprese entro il giorno successivo al deposito in cancelleria. Al pubblico ministero è trasmessa altresì copia degli atti e documenti depositati a norma del secondo e del terzo comma, nonché copia della relazione del commissario giudiziale prevista dall' articolo 172*». Si tratta, in sostanza, di «*un mero obbligo di “comunicazione” della domanda e dei relativi allegati, nonché della relazione del commissario giudiziale, ma non vi è l'obbligo del P.M. di partecipare al procedimento per l'ammissione alla procedura, né alla stessa procedura fino all'omologazione*»²³¹. In altre parole, il pubblico ministero deve essere *posto in condizione di partecipare* sin dalla fase dell'ammissione del procedimento, ma **nessun parere** è richiesto all'organo pubblico per consentirne l'ulteriore corso, essendo rimessa alla sua diligenza l'attenzione verso lo sviluppo istruttorio, la partecipazione all'udienza in camera di consiglio di audizione del debitore e, eventualmente, la richiesta, in quella occasione, della dichiarazione di fallimento.

Nonostante la natura **eventuale** della sua **partecipazione**, intensa è la **valorizzazione del ruolo**, almeno potenziale, **del pubblico ministero** in seno alla procedura concordataria²³². Mentre, in precedenza, la mancata ammissione o omologazione del concordato determinava *ex officio* la dichiarazione di fallimento, anche senza specifica istanza di uno o più creditori o del pubblico ministero, l'*eliminazione della possibilità di dichiarare d'ufficio il fallimento* responsabilizza l'organo pubblico alla partecipazione effettiva per acquisire e gestire informazioni utili in relazione al suo potere di azione fallimentare. Infatti, il pubblico ministero è ormai il *solo organo pubblico titolare del diritto di attivare la procedura* per la dichiarazione di fallimento del debitore, al ricorrere dei presupposti previsti dagli artt. 1 e 5 legge fall., nei diversi casi di inammissibilità della proposta concordataria (art. 162, comma 2, legge fall.), di mancata approvazione del concordato (art. 179 legge fall., che richiama l'art. 162, comma 2, legge fall.), di *revoca* dell'ammissione al concordato preventivo (art. 173, comma 2, legge fall.) e di rigetto dell'omologa (art. 180, ultimo comma, legge fall.).

La decisa privatizzazione della regolazione della crisi attraverso il potenziamento delle soluzioni negoziate tra il debitore ed i creditori, favorite dalle novelle introdotte dal

²³⁰ Cass. 2.9.1996, n. 800, in Giust. Civ., Mass. 1996, 1242; Cass. 19.10.1992, n. 11439, in Fall., 1993, 690). LENOCI (*Il ruolo del Pubblico Ministero nella procedura di concordato preventivo, relazione presso la Scuola Superiore della Magistratura*, Scandicci, 4 ottobre 2016) sottolinea come tale partecipazione obbligatoria fosse collegata alla necessità di coadiuvare il giudice nella valutazione dei requisiti di meritevolezza, necessari per l'ammissione alla procedura, intesa quale “beneficio” alternativo al fallimento, con effetti esdebitatori.

²³¹ LENOCI, *op.cit.*. Cfr. Corte di Appello di Napoli 3 agosto 2009 est. Orilia (reperibile all'indirizzo <http://www.osservatorio-oci.org/>) che sottolinea come nel procedimento di ammissione del concordato preventivo, a seguito delle modifiche introdotte dal d.lgs. 169/07, non sia prevista l'audizione obbligatoria del pubblico ministero, ma solo la comunicazione al medesimo della domanda. Una volta assolto tale onere, non occorre attendere che il pubblico ministero esprima il proprio parere, ancorché il rappresentante dell'ufficio comparso in udienza abbia formulato riserva in tal senso.

²³² LENOCI, *op.cit.*

2005²³³, non annienta i risvolti pubblicistici che giustificano, quantomeno, la *possibilità dell'intervento* dell'organo pubblico, conformemente al principio generale *ex art. 70*, comma 3, c.p.c.²³⁴. Le fondamentali espressioni di tale interesse sovra-individuale si orientano verso l'*offerta di informazioni utili alla procedura concordataria*, ma anche nel senso dell'*acquisizione di notizie*, in funzione dell'eventuale *richiesta di fallimento* ovvero della *verifica di responsabilità penali ex art. 236 e ss. legge fallimentare*.

2. Casi di intervento del P.M. per interesse pubblico

2.1. Le verifiche in merito alla consumazione di reati

2.1.1. I reati “tipici” del concordato preventivo

La procedura concordataria può costituire anche l'occasione della scoperta e della realizzazione di reati. Rispetto a tale eventualità, dunque, l'intervento del pubblico ministero è coerente con l'esigenza di non disperdere elementi utili nel contesto di indagini penali o di informare il tribunale circa situazioni rilevanti ai fini della procedura, quali la limitata attendibilità della relazione del professionista ovvero la falsa rappresentazione della situazione patrimoniale ed economica del debitore.

Ove si voglia limitare lo sguardo alla legge fallimentare, sussistono riprove plurime di quanto anticipato, tenuto conto delle fattispecie penali poste a presidio della correttezza della rappresentazione della situazione aziendale offerta per accedere alla procedura concordataria e volte ad evitare che quest'ultima si trasformi in occasione di occultamento di infedeltà, informative e gestorie, pregiudizievoli per i creditori.

Ai sensi del vigente **art. 236, comma 1**, legge fall., anzitutto, sussiste sanzione penale per l'imprenditore, che, al solo scopo di essere ammesso alla procedura di concordato preventivo o di ottenere l'omologazione di un accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari o il consenso degli intermediari finanziari alla sottoscrizione della convenzione di moratoria, di amministrazione controllata, si sia attribuito *attività inesistenti*, ovvero, per influire sulla formazione delle maggioranze, abbia *simulato crediti*, in tutto o in parte, inesistenti. Inoltre, l'**art. 236-bis**, legge fall., punisce il professionista che nelle relazioni o attestazioni di cui agli *articoli 67*, terzo comma, lettera d), *161*, terzo comma, *182-bis*, *182-quinquies*, *182-septies* e *186-bis* legge fallimentare *espone informazioni false ovvero omette di riferire informazioni rilevanti*; con aumenti di pena per il caso in cui il fatto sia commesso al fine di conseguire un ingiusto profitto per sé o per altri o se dal fatto consegue un danno per i creditori²³⁵.

L'**art. 236, comma 2**, legge fall., infine, favorisce una vasta *estensione delle previsioni penali fallimentari*, stabilendo che nel caso di concordato preventivo si applicano le disposizioni degli artt. 223 e 224 legge fall. agli amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori di società, la disposizione dell'art. 227 legge fall. agli institori dell'imprenditore, le disposizioni degli artt. 228 e 229 legge fall. al commissario

²³³ BOZZA (*Il pubblico ministero nel concordato preventivo*, in Fall., 2010, 888), sulla scia delle indicazioni giurisprudenziali, segnala numerosi indici del processo di privatizzazione della crisi attraverso l'affidamento ai soli creditori della valutazione circa l'opportunità e la convenienza del concordato, ammettendo l'intervento dell'autorità giudiziaria solo in caso di dissenso o di opposizione di talune classi. Tra essi si rammentano: (i) la privazione del giudice di qualsiasi potere officioso in ordine alla valutazione sulla convenienza del concordato, se non sollecitata dai creditori in sede di omologazione; (ii) la limitazione del vaglio del concordato alla sola fattibilità giuridica (e quindi alla possibilità di realizzazione effettiva della causa concreta collegata al superamento della crisi ed alla soddisfazione dei creditori: Cass., Sez. Un. 21.1.2013, n. 1521); (iii) l'eliminazione dei requisiti soggettivi per accedere al concordato preventivo; (iv) la libertà di determinazione del contenuto della proposta concordataria; (v) il superamento del principio della *par condicio creditorum* mediante la possibilità di differenziazione dei creditori in classi; (vi) l'eliminazione dell'automaticità del passaggio dalla procedura minore a quella fallimentare in caso di inammissibilità.

²³⁴ LENOCI, *op.cit.*, richiama i problemi occupazionali, le questioni tributarie, i rapporti con l'"indotto" del territorio.

²³⁵ Per un quadro in materia cfr. LO CASCIO, *Il professionista attestatore*, il Fallimento, 2013, 11, 1325; SANDRELLI, *Le esenzioni dai reati di bancarotta e il reato di falso in attestazioni e relazioni*, in Fallimento, 2013, 7, 789 (commento alla normativa); CERQUA, *La tutela penale del concordato e dei piani attestati*, in Fallimento, 2014, 10, 1116.

del concordato preventivo o dell'amministrazione controllata e le disposizioni degli artt. 232 e 233 legge fall. ai creditori.

2.1.2. Le esenzioni previste dall'art. 217 bis L.F. e gli spazi di configurabilità dei reati di bancarotta

La partecipazione diretta del pubblico ministero può agevolare l'acquisizione di una **conoscenza più approfondita del contenuto del piano e della proposta omologata**, utile per le **valutazioni penalistiche** affidate all'organo inquirente. Tra esse rientrano le verifiche circa l'applicazione dell'esenzione *ex art. 217-bis legge fall.*, norma alla cui stregua le disposizioni degli articoli 216, terzo comma (bancarotta preferenziale), e 217 (bancarotta semplice) della legge fall. non si applicano, tra l'altro, ai pagamenti e alle operazioni compiuti *in esecuzione* di un concordato preventivo di cui all'articolo 160 legge fallimentare.

Restano **aperte questioni interpretative** rilevanti sulla natura della previsione dell'art. 217-bis legge fall., in merito alle figure di bancarotte minori di cui è ragionevole ritenere esclusa la configurabilità, in ordine alle tipologie di pagamenti e operazioni che la norma "immunizza" da riprovazione penale, oltre che sulla possibilità di sindacato del giudice penale con riferimento alla verifica delle condizioni per l'applicabilità della disposizione rispetto a soluzioni negoziali già vagliate dal giudice civile.

Senza pretesa di esaustività, in merito alla **natura giuridica** della previsione, a fronte di una rubrica che richiama letteralmente il concetto, penalisticamente enigmatico, di «*esenzione*», è condivisibile la tesi che si attesta su un approccio ricognitivo e descrittivo, identificandovi un **limite esegetico di natura normativa delle fattispecie incriminatrici richiamate** (la bancarotta preferenziale e quelle semplici) ovvero un «*concetto qualitativo di degradazione della tipicità*»²³⁶. In altre parole, la norma in esame svolge una funzione delimitativa, per sottrazione e specificazione, della struttura dei reati di bancarotta, precisandone i confini applicativi. Soluzione preferibile rispetto alle diverse ricostruzioni pure presenti nella riflessione giuridica (volte a sostenerne la natura di causa oggettiva di giustificazione, di causa di esclusione della colpevolezza e causa di non punibilità in senso stretto).

Quanto alle **fattispecie penali autenticamente "delimitate"** dalla norma in esame, lo spazio controverso non riguarda la **bancarotta preferenziale**, che si attaglia convenientemente ai contenuti della procedura di concordato²³⁷. La disciplina della prededucibilità dei crediti sorti *in occasione* o *in funzione* delle procedure di soluzione della crisi, in assenza dell'opportuno raccordo penalistico, avrebbe finito per generare una diffusa incertezza e una paralisi esiziale degli istituti introdotti dalle riforme succedutesi a far data dal 2005²³⁸.

²³⁶ Così ZINCANI, *Il nuovo art. 217-bis l.fall: la ridefinizione dei reati di bancarotta*, in Fall., 2011, cit., 520. Definizione ripresa da VITALE, *Nuovi profili penali della crisi di impresa: l'esenzione dai reati di bancarotta e la responsabilità del professionista attestatore*, in Archivio Penale, 2014, n.1.

²³⁷ Secondo parte della dottrina (MUCCIARELLI, *L'esenzione dai reati di bancarotta*, in Diritto penale e processo, n. 12/2010, pagg. 1474 e ss.) dall'immunizzazione penale dell'articolo 217-bis, legge fall., deve ritenersi estranea la simulazione di titoli di prelazione intesa in senso civilistico, posto che «una condotta di tal genere non può in alcun modo essere ricompresa fra le operazioni poste in essere in esecuzione di una delle procedure finalizzate alla soluzione della crisi d'impresa, proprio per la natura simulatoria della stessa (...) Comportamenti caratterizzati in tal senso ben difficilmente possono essere fatti rientrare in un piano o in accordo, che necessitano, proprio per la loro stessa natura, di essere una rappresentazione fedele non soltanto della situazione economica, patrimoniale e finanziaria dell'impresa, ma anche dei vari passaggi attraverso i quali si sviluppa il piano per il superamento razionale della crisi». Tuttavia, in caso di effettiva costituzione di titoli di prelazione, per la maggioranza dei commentatori (BRICCHETTI-PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari. Dottrina e giurisprudenza a confronto*, Milano 2011, pag. 158; D'ALESSANDRO, *Il nuovo art. 217 bis legge fall.*, in Le società, n. 2/2011, pag. 212; TROYER, *Il concorso dell'istituto di credito nei fatti di bancarotta, tra libertà d'iniziativa economica e controllo del giudice penale, problemi ancora aperti e occasioni mancate*, relazione tenuta al Convegno "La procedura pre-fallimentare ed i reati fallimentari: problematiche vecchie e nuove, Milano, 23 gennaio 2012) non v'è ragione di escludere la piena operatività dell'art. 217 bis cit.

²³⁸ Come ricorda la relazione n. III/09/10 del Massimario della Cassazione, «piani di risanamento erano frequentemente portati all'attenzione del giudice penale, anche prima della citata riforma, dalla persona accusata di bancarotta

I profili più complessi riguardano, a ben vedere, la **disposizione a più norme dell'art. 217 legge fallimentare**. Seriamente **problematica**, infatti, appare l'estensione della non punibilità in argomento all'attuazione qualificata della procedura concordataria in relazione alle *spese personali o familiari eccessive* (art. 217, comma 1, n.1, legge fall.), ovvero all'*inadempimento* delle obbligazioni assunte in un *precedente concordato* preventivo o fallimentare (art. 217, comma 1, n.5, legge fall.). Se risulta connotata da maggiore coerenza sistematica la non punibilità di alcune delle condotte descritte dal n. 2 (consumazione di una notevole parte del suo patrimonio in *operazioni manifestamente imprudenti*), dal n. 3) (operazioni di *grave imprudenza per ritardare il fallimento*) e dal n. 4) dell'art. 217 *cit.* (*aggravamento del proprio dissesto*, astenendosi dal richiedere la dichiarazione del proprio fallimento o con altra grave colpa), può dubitarsi di quella relativa ad alcune condotte previste dal **n. 2** dell'art. 217 *cit.* (consumazione di una notevole parte del suo patrimonio in operazioni di *pura sorte*) e dal **secondo comma** (bancarotta documentale semplice) della disposizione in esame. Non si ravvisa, infatti, sufficiente uniformità tra tali contegni e le caratteristiche dei piani o degli accordi intesi genuinamente, sia pure con valutazione *ex ante*, a superare la crisi di impresa.

Nella **nozione di pagamenti** rientra ogni modalità solutoria del debito, mentre al concetto di **operazioni** sono riconducibili gli atti ed i negozi giuridici concretamente funzionali ed idonei a realizzare una della procedure di appianamento della crisi²³⁹. Controverso il significato della locuzione «**in esecuzione**», che segue le espressioni “pagamenti” e le “operazioni”. Non risulta agevolmente condivisibile l'opinione che ne sottolinea l'accezione funzionale rispetto alle procedure di superamento della crisi, prima che attuativa di esse. Ad essere ritenuta identitaria²⁴⁰ è «*la polarizzazione dei pagamenti e delle operazioni al perseguimento del risultato prefigurato dal legislatore (la realizzazione delle procedure per la soluzione della crisi d'impresa)*. Sebbene il termine *esecuzione* paia alludere a comportamenti **attuativi** di alcunché di già deliberato o di compiutamente definito, nel contesto sistematico sembra preferibile una lettura più ampia, nel senso di una strumentalità di detti comportamenti, finalizzata al perseguimento dello scopo legalmente assegnato (la soluzione della crisi d'impresa)». La formula in discorso rimarcherebbe la valenza funzionale, direttamente collegata allo

preferenziale, con l'evidente scopo di dimostrare l'insussistenza del dolo specifico caratterizzante il reato; tuttavia, solo se si accertava, in concreto, l'esclusiva finalità di risanamento e non sussistevano dubbi sulla sua praticabilità, l'accusa cadeva per mancanza dell'elemento psicologico. Ma non era semplice. Soltanto nella effettiva ricerca di "respiro" in una prospettiva di pagamento di tutti i creditori, una volta superata la crisi finanziaria, debitore e creditore non incappavano nei rigori della norma incriminatrice. E la previsione di salvezza doveva essere percepita come effettivamente realizzabile perché se essa era, fin dall'inizio, sentita come dubbia o addirittura "disperata" e, ciò nonostante si agiva, l'incriminazione era incombente. Ad integrare il dolo della bancarotta preferenziale, d'altra parte, si ritiene sufficiente, per ciò che attiene al danno dei creditori, la mera accettazione del rischio di una siffatta conseguenza. Solo la soggettiva certezza di poter superare le difficoltà economiche era, dunque, ritenuta idonea ad escludere il dolo specifico della bancarotta preferenziale nella forma anche del dolo eventuale, il cui limite è dato dalla "certezza soggettiva del non verificarsi dell'evento" (mentre non valeva a tal fine la semplice speranza di evitare o ritardare il fallimento attraverso il pagamento preferenziale)».

²³⁹ In questo senso, MUCCIARELLI, *ult. op. cit.*, che osserva: «Se il termine pagamenti trova la sua ragion d'essere nell'evidente parallelismo che si voleva istituire con la fattispecie della bancarotta preferenziale, è allora agevole ritenere che il suo valore semantico corrisponde a quello di cui s'è detto: verrà quindi in considerazione ogni forma di pagamento, rilevando qualsiasi modalità solutoria di un debito (purché effettivo: ove non lo fosse, anche soltanto parzialmente, si verterebbe in un'ipotesi di bancarotta fraudolenta patrimoniale, come tale esclusa dall'operatività dell'art. 217- bis l. fall.). Il termine operazioni, di chiara matrice aziendalistica, ha una valenza molto meno rigorosa sul piano giuridico e ad esso sembra lecito attribuire una portata assai ampia: nel contesto della disposizione e sul piano sistematico, non è certo azzardato ritenere che il vocabolo in discorso designi qualunque atto, negozio giuridico o fatto in concreto funzionale alla realizzazione di un piano ex art. 67, comma 3, ovvero di un accordo ex art 182- bis l. fall., ovvero ancora di un concordato preventivo. In altre parole: la intrinseca latitudine del lemma operazioni e il suo carattere giuridicamente atecnico inducono a ritenere che, per tal modo, il legislatore abbia inteso comprendere nella previsione una serie indeterminata di situazioni, difficilmente riducibile a un'elencazione tassativa ed esaustiva, preferendo invece individuarle sul versante della loro finalità e destinazione: quella d'esser strumentalmente funzionali alla realizzazione di una delle procedure di soluzione della crisi d'impresa. Nella nozione di operazioni ben possono essere quindi compresi, proprio in quanto funzionali allo scopo legalmente assegnato alle procedure di soluzione della crisi, riscadenziamenti o consolidamenti del debito, impegni a confermare linee di credito per un certo ambito temporale (in genere coincidente con la durata prevista per il piano)».

²⁴⁰ MUCCIARELLI, *ult.op.cit.*, in Dir. Pen. Proc., 2010.

scopo perseguito dalle procedure, riconoscibile, dunque, anche rispetto a «**comportamenti prodromici alla realizzazione di un piano o di un accordo** (si pensi, per esemplificare, ad una moratoria ovvero a un finanziamento-ponte, entrambi immediatamente precedenti e direttamente funzionali alla predisposizione di un piano)», onde, «qualunque comportamento qualificabile come operazione (da chiunque posto in essere) potrà rientrare nella previsione dell'art. 217-bis legge fall. purché, ovviamente, **strumentale alla realizzazione di una delle procedure per la soluzione della crisi d'impresa**». Tale interpretazione, distaccando il significato dell'espressione "in esecuzione" da una rigida equivalenza rispetto all'attuazione, rivela non secondarie criticità sotto i profili dell'indeterminatezza, della oscurità dei propositi soggettivi e, in buona sostanza, della verificabilità postuma della irrilevanza penale di attività prospettate come strumentali rispetto alla riuscita dei piani e degli accordi da ultimo, per ragioni opache, non perfezionati.

Venendo, infine, al **vaglio del giudice penale** rispetto alla sussistenza dei presupposti dei pagamenti e delle operazioni realizzate in esecuzione della procedura di concordato, va premesso che il **concordato preventivo** è organizzato su un piano di soluzione dello stato di crisi da prospettarsi con la domanda comunicata al pubblico ministero, la cui "fattibilità" esige di essere valutata (cfr. art. 161, comma terzo, legge fall.), tenendo presente che il controllo del tribunale in sede di ammissione alla procedura appare più pregnante²⁴¹ di quello che si esprime rispetto agli accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis legge fallimentare.

In linea generale, a *maggior vaglio del giudice civile, corrisponde minore spazio per una rivalutazione in seno alla giurisdizione penale delle condizioni di legittimità delle operazioni realizzati sulla base delle prospettazioni, delle intese e degli accordi tra soggetti economici*. Non sussistono dubbi sul fatto che la formazione di piani attestati di risanamento ex art. 67, comma 3, lett. d), legge fall., fondati su dati falsi o la realizzazione di atti fraudolenti, indicati dall'art. 173 legge fall.²⁴², nel contesto di una procedura di concordato preventivo, **non garantiscano l'effetto immunizzante** previsto dall'art. 217-bis legge fall., **quanto alle forme di bancarotta fraudolente**, non comprese neppure letteralmente nel cono di operatività della disposizione²⁴³. Ne ha offerto recenti conferme anche la giurisprudenza di legittimità.

²⁴¹ Per la Cassazione (Sez. U, Sentenza n. 1521 del 23/01/2013, Rv. 624796), in tema di concordato preventivo, «il giudice ha il dovere di esercitare il **controllo di legittimità sul giudizio di fattibilità della proposta** di concordato, non restando questo escluso dall'attestazione del professionista, mentre rimane **riservata ai creditori la valutazione in ordine al merito del detto giudizio**, che ha ad oggetto la **probabilità di successo economico del piano ed i rischi inerenti**. Il menzionato **controllo di legittimità** si realizza facendo applicazione di un unico e medesimo parametro nelle diverse fasi di ammissibilità, revoca ed omologazione in cui si articola la procedura di concordato preventivo, e si attua **verificandosene l'effettiva realizzabilità della causa concreta**: quest'ultima, peraltro, da intendersi come obiettivo specifico perseguito dal procedimento, non ha contenuto fisso e predeterminabile, essendo dipendente dal tipo di proposta formulata, pur se inserita nel generale quadro di riferimento finalizzato al superamento della situazione di crisi dell'imprenditore, da un lato, e all'assicurazione di un soddisfacimento, sia pur ipoteticamente modesto e parziale, dei creditori, da un altro».

²⁴² Art. 173 (Revoca dell'ammissione al concordato e dichiarazione del fallimento nel corso della procedura): «1. Il commissario giudiziale, se accerta che il debitore ha occultato o dissimulato parte dell'attivo, dolosamente omesso di denunciare uno o più crediti, esposto passività insussistenti o commesso altri atti di frode, deve riferirne immediatamente al tribunale, il quale apre d'ufficio il procedimento per la revoca dell'ammissione al concordato, dandone comunicazione al pubblico ministero e ai creditori. La comunicazione ai creditori è eseguita dal commissario giudiziale a mezzo posta elettronica certificata ai sensi dell'articolo 171, secondo comma. 2. All'esito del procedimento, che si svolge nelle forme di cui all'articolo 15, il tribunale provvede con decreto e, su istanza del creditore o su richiesta del pubblico ministero, accertati i presupposti di cui agli articoli 1 e 5, dichiara il fallimento del debitore con contestuale sentenza, reclamabile a norma dell'articolo 18. 3. Le disposizioni di cui al secondo comma si applicano anche se il debitore durante la procedura di concordato compie atti non autorizzati a norma dell'articolo 167 o comunque diretti a frodare le ragioni dei creditori, o se in qualunque momento risulta che mancano le condizioni prescritte per l'ammissibilità del concordato».

²⁴³ MUCCIARELLI, ult. op.cit., svolge le seguenti puntualizzazioni, circa le conseguenze di dati patrimoniali, economici e finanziari (posti alla base del piano o dell'accordo) emersi come difformi dal vero al successivo accertamento del giudice penale: «In proposito occorre distinguere tra due differenti situazioni: (i) se la falsità dipende da una condotta colposa (id est: negligente, imprudente o imperita) di chi ha predisposto tali dati (l'imprenditore o chi per lui, ad esempio un advisor, ovvero il professionista in fase di attestazione); (ii) se la falsità dipende da una consapevole e deliberata (id est: dolosa) scelta. Nel caso (i) per i soggetti diversi da coloro che forniscono i dati non rispondenti al vero, permane l'applicabilità della previsione dell'art. 217-bis l. fall. per due distinte ragioni. Con riferimento ai reati di natura dolosa ivi richiamati,

Un piano di risanamento aziendale formato ai sensi dell'art. 67, comma 3, lett. d), della legge fall. deve essere redatto in una prospettiva di continuazione dell'attività d'impresa (e non già in funzione della sua liquidazione al di fuori di qualsiasi controllo pubblico), dovendo apparire idoneo «a consentire il risanamento della esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria». Proprio l'armonia con tale funzione ed attitudine risanatoria (per il valore che l'impresa a rappresenta per l'ordinamento), validata da attestazioni di professionisti qualificati, giustifica che i pagamenti effettuati in esecuzione del piano siano esclusi dalla revocatoria fallimentare. Peraltro, un tale piano, come ricorda la Cassazione (Sez. 5 Pen., sentenza n. 8926/2016) **«non si sottrae alla valutazione di congruenza e fattibilità del giudice penale (come non si sottrae, in caso di successivo fallimento, alla valutazione del giudice civile) allorché sia strumentalmente destinato a "proteggere" attività negoziali che, per essere svolte in un momento di crisi dell'impresa, si appalesano idonee a distogliere il patrimonio dalla sua finalità tipica (la garanzia per i creditori)»**²⁴⁴.

Con riferimento all'evenienza in cui le autorizzazioni giudiziali per la finanza interinale ex art. 182-quinquies legge fall. in vista del perfezionamento del concordato preventivo o degli accordi ex art. 182-bis, comma 1, legge fall. siano conseguite sulla base di una falsa e consapevole prospettazione da parte del debitore o del professionista di circostanze rilevanti (quali la funzionalità dei finanziamenti per la migliore soddisfazione dei creditori, ovvero le urgenti necessità relative all'esercizio dell'attività aziendale in situazione di impossibilità di reperire altri finanziamenti o, ancora, il pericolo, in assenza di tali finanziamenti, di un pregiudizio imminente ed irreparabile all'azienda) resta praticabile la contestazione della bancarotta preferenziale, vieppiù resa evidente dalla *«intenzione dolosa di ledere o porre in pericolo la par condicio»*²⁴⁵.

Ai fini in discorso vivace risulta la riflessione di recente sviluppatasi in seno alla giurisprudenza di merito e di legittimità circa gli **spazi di configurabilità di atti distrattivi realizzati in presenza ed a seguito di concordati omologati**.

La Corte regolatrice²⁴⁶ ha sgombrato il campo da qualsiasi attitudine penale scriminante riferita al consenso negoziale storicamente consacrato dall'omologa. Al riguardo deve ribadirsi che non sussiste un'area di irresponsabilità penale, di carattere oggettivo, per i fatti spoliativi commessi *dopo l'ammissione al concordato preventivo*, non potendo ritenersi che essi siano comunque "coperti" dal decreto di omologa, con il parere

mancherebbe in ogni caso il requisito soggettivo richiesto; nel caso delle fattispecie richiamate dal citato art. 217-bis l. fall. e punibili invece a titolo di colpa, l'operatività della disposizione in discorso troverebbe fondamento nella circostanza che costoro, per un verso, non rivestono una posizione di garanzia in ordine alla veridicità dei dati aziendali, mentre, per l'altro, potrebbero invocare la sussistenza di un affidamento legittimo che trova fondamento nella attestazione del professionista (affidamento che raggiunge il grado massimo nell'ipotesi dell'art. 161 l. fall, posto che - come detto - la previsione normativa estende l'attestazione anche alla veridicità dei dati aziendali). Nel caso (ii), indipendentemente dalle responsabilità penali che graverebbero su coloro che fornirono i dati non veritieri, l'applicabilità dell'art. 217-bis l. fall. ai soggetti diversi da costoro troverebbe ragion d'essere nel non controvertibile rilievo che detti soggetti non erano consapevoli della falsità dolosamente realizzata da altri. Si tenga però presente che, in accordo con le regole generali del sistema, l'eventuale consapevolezza della congetturata falsità in capo a coloro che pur non la realizzarono, importerebbe la non operatività della disposizione che esonera dalla responsabilità penale anche tali soggetti. In altri termini, se della falsità dei dati aziendali, destinata ad inficiare il giudizio di idoneità del piano, fossero a conoscenza (qualunque fosse la fonte di tale conoscenza) anche soggetti che concorrono alla realizzazione dei pagamenti e delle operazioni cui si riferisce l'art. 217-bis l. fall., qualora tali condotte dovessero integrare gli estremi dei reati fallimentari richiamati dalla norma in esame, tali fattispecie incriminatrici sarebbero pienamente applicabili, non operando la clausola del più volte ricordato art. 217-bis l. fall.».

²⁴⁴ In situazione caratterizzata dall'avvio della procedura prefallimentare, giunta fino alla comparizione del debitore dinanzi al Tribunale, la Corte regolatrice ha ritenuto che il debitore non avesse nessuna facoltà di vendere tutti i beni aziendali, approfittando del fatto che non era stata immediatamente pubblicata la sentenza di fallimento, giacché tale attività - posta in essere, al di fuori di qualsiasi procedura pubblicistica, quando la società non era, pacificamente, in grado di soddisfare tutte le sue obbligazioni - concretava indiscutibilmente un'attività distrattiva, dal momento che privava l'impresa della totalità del patrimonio senza nessuna garanzia di soddisfacimento integrale dei creditori.

²⁴⁵ SANTORIELLO, *La rilevanza penale delle innovazioni in materia fallimentare introdotte con il d.l. n. 83/2015*, in Fallimento, 2016, 2, 129.

²⁴⁶ Cass. Pen., Sez. 5, 51277/2016.

favorevole dei creditori, del commissario giudiziale e dunque autorizzati dal giudice delegato. In altre parole, non può affermarsi che le condotte di spoliazione di un debitore ammesso al concordato preventivo non abbiano comunque rilievo penale o che lo perdano a seguito dell'omologa dello stesso, alludendo ad una causa di giustificazione che l'ordinamento non conosce. Del resto, l'art. 217 *bis* legge fall. «*esclude la responsabilità per le operazioni compiute in esecuzione di un concordato preventivo solo quando di ipotizzi la commissione del delitto di bancarotta preferenziale o di bancarotta semplice e non quando si ravvisino fatti concretanti un delitto di bancarotta fraudolenta patrimoniale*». Se resta esclusa la punibilità per i delitti di bancarotta fraudolenta, ai sensi dell'art. 236 legge fall., del *liquidatore* nominato nel concordato preventivo con cessione di beni²⁴⁷ (per non essere lo stesso espressamente menzionato nella norma) non viene meno la previsione di responsabilità degli *altri soggetti* elencati nel comma secondo dello stesso art. 236 legge fall., e «*ciò non solo per i fatti antecedenti all'ammissione al concordato ma anche per quelli successivi (posto che altrimenti l'affermazione della irresponsabilità del liquidatore giudiziale, nominato con l'ammissione del concordato, non avrebbe avuto ragion d'essere)*»²⁴⁸.

Il tema è estremamente complesso specie se si ha riguardo alla nuova *disciplina* del concordato preventivo, realizzato con una proposta di piano che può prevedere la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso *qualsiasi forma*, dunque anche mediante cessione dei beni, accollo, o altre operazioni straordinarie" (art. 160 legge fall.) idonee a risolvere la crisi (con percentuali di soddisfazione del ceto creditorio da ultimo vincolate per il concordato liquidatorio per effetto del d.l. 27 giugno 2015, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla L. 6 agosto 2015, n. 132). All'imprenditore è data altresì facoltà (*ex art. 186 bis* legge fall.) di presentare un piano che ammette «*la prosecuzione dell'attività di impresa [...], la cessione dell'azienda in esercizio ovvero il conferimento dell'azienda in esercizio in una o più società, anche di nuova costituzione*», sulla base di criteri e valori determinati dal proponente e asseverati da un professionista abilitato. Ebbene, se i parametri definiti dalla giurisprudenza civile sono noti (l'approvazione della proposta è rimessa alla fondamentale volontà dei *creditori*, restando in capo al *tribunale fallimentare* il compito di assicurare il rispetto dei principi che regolano la materia concordataria, tra cui, principalmente, quello che ai creditori venga fatta una proposta chiara, sulla base di una veridica rappresentazione della situazione aziendale, con presentazione di un piano fattibile), la Corte fissa tre principi nitidi su nodali questioni di interesse penale: (i) attraverso un *piano concordatario*, pur approvato dai creditori ed omologato dal tribunale, in quanto *utilizzato in frode* al ceto creditorio²⁴⁹ (per realizzare, dunque, un interesse illecito del

²⁴⁷ Sez. U, n. 43428 del 30/09/2010, Corsini, Rv. 248381.

²⁴⁸ Il caso concreto afferiva ad una prospettata cessione fraudolenta di azienda per corrispettivo inferiore al valore di mercato, in tesi di accusa inserita in un più ampio piano volto a svuotare di risorse la società ammessa al **concordato preventivo** in favore di altre società, italiane ed estere, dello stesso gruppo, sempre riconducibili al *dominus* della prima (piano avvalorato dall'inserimento nel contratto di affitto di azienda, stipulato *in limine* alla messa in liquidazione volontaria della società concordataria, della clausola che prevedeva la cessione dell'azienda all'affittuaria al prezzo al quale era poi avvenuta). Mentre il tribunale del riesame aveva ritenuto irrilevante, posto questo quadro complessivo, la circostanza che la vendita si fosse perfezionata all'interno della procedura di concordato preventivo, sotto la vigilanza degli organi della procedura, la Corte di Cassazione (Sez. 5 Pen., n. 18997/2016) ha sostenuto che, sebbene il quadro complessivo delle incolpazioni fosse idoneo ad avvalorare il sospetto del piano criminoso, non potesse essere silita la funzione della rete di controlli apprestati dalla legge a tutela dell'interesse dei creditori nella cessione dei beni concordatari, dovendosi affrontare *ex professo* il tema della scelta degli organi della procedura di autorizzare quell'atto, distinguendo quella libera da quella frutto di ingannevole prospettiva.

²⁴⁹ L'approvazione dei creditori e l'omologa del Tribunale, infatti, «*non escludono, in astratto, che la procedura concordataria venga utilizzata in frode al ceto creditorio, per la realizzazione di un interesse illecito del soggetto proponente. L'art. 236 cit., nel prevedere l'applicazione degli artt. 223 e 224 legge fall. "nel caso di concordato preventivo", si riferisce non solo ai fatti commessi ante procedura, ma - com'è desumibile dallo stesso tenore letterale della norma - anche ai fatti commessi "attraverso la procedura", indebitamente piegata a fini illeciti. Perché ciò si verifichi occorre, però, che il piano sia congegnato in maniera frodatoria, per la realizzazione di interessi diversi da quelli sottesi alla normativa concordataria, pensata e voluta dal legislatore per favorire il risanamento delle imprese o la loro liquidazione: sempre, però, nel rispetto dei principi che sovrintendono all'esercizio dell'attività imprenditoriale e alla definizione concordata delle crisi. Ciò comporta che «l'imprenditore, il quale si rivolga al ceto creditorio per coinvolgerli nella gestione della*

soggetto imprenditoriale proponente) è possibile che siano compiuti atti dissipativi o distrattivi del patrimonio del debitore, rilevanti ex artt. 236, 216 legge fallimentare; (ii) la *giurisdizione penale* può attivarsi *prima* che sia disposta, da parte degli organi fallimentari, la revoca del concordato, ex art. 173 legge fall.²⁵⁰; (iii) il carattere frodatorio del piano va *accertato in concreto* e deve rivelare una *chiara e indiscutibile manipolazione della realtà aziendale*, tale da falsare il giudizio dei creditori e orientarli in maniera presumibilmente diversa rispetto a quella che sarebbe conseguita alla corretta rappresentazione della situazione aziendale²⁵¹.

Un *equilibrio complicato*, come si vede, tra tutela dell'impostazione negoziale della gestione della crisi e visione lealistica dell'accesso alla procedura con effetti esdebitatori ex art. 184 legge fall. che recupera interesse per i contenuti della fedeltà della rappresentazione sottesa alla proposta ed al piano e della loro esecuzione. Sono questi, infatti, a giustificare l'intervento della pubblica accusa sia pure entro confini di nitidezza probatoria non sempre facilmente conseguibili. I piani connotati da più insidiosa portata decettiva, infatti, sono proprio quelli artatamente predisposti per consentire al tribunale di vedere solo quanto il normale e noto potere indagatorio del medesimo, eminentemente cartolare, può consentirgli di scorgere.

2.1.3. L'esenzione ex art. 69-septiesdecies del d.lgs. n. 385/1993. Cenni

Alla stregua dell'art. 69-septiesdecies del d.lgs. n. 385/1993, alla conclusione degli **accordi di sostegno finanziario** previsti dal capo 02-I titolo IV del TUB e alla prestazione di sostegno finanziario in loro esecuzione non si applicano le disposizioni di cui all'art. 53, comma 4, e agli artt. 2391-bis, 2467, 2497-*quinqüies* e 2901 del codice civile, nonché agli artt. 64, 65, 66 e 67, **216, comma 1, n. 1) e comma 3 e 217, l. fall.**

Si tratta di previsione di particolare rilievo ma di *ampia problematicità*, introducendo una complicata esenzione normativa per la bancarotta patrimoniale, sia semplice che fraudolenta, residuando un'area maggiore d'interesse rispetto all'inibizione della configurazione della bancarotta preferenziale.

In proposito, può ricordarsi²⁵² che *«la definizione dell'accordo deve rispettare premesse rigorose, quali l'assenza al momento della sua conclusione dei presupposti per*

propria crisi, anche attraverso la rinuncia, totale o parziale, ai loro crediti, debba farlo in maniera trasparente e attraverso la rappresentazione della reale situazione aziendale, per consentire ai creditori l'espressione di un voto consapevole e al Tribunale l'adempimento della sua funzione di verifica. Tanto, è dimostrato - se ci fosse mai stato qualche dubbio - dalla previsione della "revoca dell'ammissione al concordato" - ove venga posto in essere uno degli atti previsti dall'art. 173 legge fall. - e dalla recente introduzione, nell'ordinamento penale, dell'art. 236-bis legge fall., che punisce, in maniera severa, il professionista che, nelle relazioni o attestazioni di cui agli artt. 67, comma 3, lett. d), 161, comma 3, 182/bis, 182/quinqüies, 182/septies e 186/bis (vale a dire, in tutti i casi in cui è richiesta la sua opera "attestatrice"), esponga informazioni false od ometta di riferire informazioni rilevanti in funzione del corretto svolgimento delle procedure di risoluzione della crisi d'impresa (in questo senso si è già pronunciata questa Corte con sentenza del 12/4/2016, n. 18997, in un caso che riguardava lo stesso soggetto ricorrente)».

²⁵⁰ La Corte di Cassazione richiama la tendenziale autosufficienza della giurisdizione penale, che le consente di risolvere ogni questione da cui dipenda la decisione (art. 2 cod. proc. pen.). Poiché l'art. 236 legge fall. fa salva espressamente l'applicabilità degli artt. 223 e 224, legge fall., ne consegue che ogni condotta rivolta a commettere i reati previsti dalle norme suddette, in qualunque momento posta in essere (prima dell'ammissione alla procedura concordataria, durante lo svolgimento della procedura o dopo la revoca del provvedimento di ammissione), diviene perseguibile dal giudice penale.

²⁵¹ Infatti, la "frode" «non può consistere in una diversa lettura dei dati esposti nel piano da parte dei soggetti cui è demandata la funzione di verifica, ma presuppone una rappresentazione non veritiera della realtà aziendale, attuata attraverso la volontaria pretermissione - nel piano - di cespiti rilevanti (beni strumentali, crediti, ecc.), attraverso l'indicazione di attività o l'esposizione di passività inesistenti, ovvero in presenza di qualunque altro comportamento oggettivamente idoneo ad ingannare i creditori e che legittimerebbe la revoca del concordato, ex art. 173 legge fall.. L'indicazione legislativa contenuta nella norma suddetta costituisce, infatti, valido riferimento per giungere non solo alla risoluzione del concordato preventivo, ma anche per punire, sub specie di distrazione o dissipazione, condotte che tradiscono, in modo indiscutibile e non congetturale, lo spirito e la funzione degli istituti di "risoluzione della crisi d'impresa", pensati dal legislatore per favorire la salvaguardia di valori aziendali inevitabilmente compromessi dal fallimento e non certo per consentire all'imprenditore di avvantaggiarsi, a danno dei creditori, delle "crisi" cui ha dato luogo; semprché, ovviamente, le condotte censurate determinino una distrazione o dissipazione di attività aziendali»

²⁵² DI VIZIO, *Il nuovo sistema di prevenzione e gestione delle crisi bancarie. Disciplina amministrativa e tutela penale del risparmio*, 2016, p.60.

*un intervento precoce, nonché principi, quali la piena informazione sulla situazione dei beneficiari, che collidono con il compimento delle condotte colpose della bancarotta semplice. Si ponga mente a quelle collegate alla consumazione di notevole parte del patrimonio in operazioni di pura sorte o manifestamente imprudenti, ovvero al compimento di operazioni di grave imprudenza per ritardare il fallimento ovvero di aggravamento del dissesto, astenendosi dal richiedere la dichiarazione del proprio fallimento o con altra grave colpa. Venendo, poi, alle condotte di bancarotta fraudolenta, le consapevolezze che devono sostenere i comportamenti tipici (distrazione, occultamento, dissimulazione, distruzione o dissipazione dei beni ovvero di esposizione o riconoscimento di passività inesistenti, allo scopo di recare pregiudizio ai creditori), paiono inconciliabili non solo con tali premesse e principi, ma anche con le **condizioni congiunte di erogazione del sostegno finanziario ex art. 69quinquiesdecies TUB**. Si consideri, ad esempio, la ragionevole aspettativa che sarà pagato un corrispettivo e rimborsato il prestito da parte della società beneficiaria ovvero alla possibilità di recuperare per intero, anche in via di surroga o regresso, capitale, interessi e spese. Nonché, ancora, la necessità che la concessione del sostegno finanziario non metta a repentaglio la liquidità o solvibilità della società del gruppo che lo fornisce ovvero che la società sovventrice rispetti nel momento in cui lo fornisce, i requisiti in materia di capitale, liquidità, grandi esposizioni e gli altri requisiti specifici eventualmente imposti dal Reg. (UE) n. 575/2013 e dalle disposizioni di attuazione della Dir. 2013/36/UE. Si abbia riguardo, infine, alla condizione che la concessione del sostegno finanziario non pregiudichi la risolvibilità della società del gruppo che lo fornisce. Considerazioni che inducono a ritenere che l'esenzione penale dell'art. 69septiesdecies TUB, all'effetto pratico, risulterà **impraticabile rispetto alla più parte dei reati fallimentari** indicati per difetto delle premesse necessarie e per contrarietà ai rigorosi principi di conclusione degli accordi di sostegno finanziario ovvero per assenza delle rigide condizioni di erogazione di esso. Salvo, per contro, che non si intenda conferire alla stipula dell'accordo o all'erogazione del sostegno finanziario, in situazioni di apparente rispetto delle premesse e dei principi di stipula o di illusoria sussistenza delle condizioni di concessione, un effetto immunizzante del rilievo penale di propositi, consapevolezze e condotte autenticamente fraudolente».*

2.2. Le verifiche in merito alle situazioni ex art. 173, comma 1, L.F.: gli atti in frode antecedenti

Settore di elezione dell'intervento del pubblico ministero in seno alla procedura di concordato attiene all'**acquisizione di informazioni circa l'esistenza di atti in frode** rilevanti ai fini della revoca dell'ammissione al concordato preventivo **ex art. 173 legge fall.**, suscettibili di importare l'interruzione della procedura.

Secondo la vigente versione della disposizione, all'esito delle modifiche dall'art. 14 del d.lgs. 12.9.2007, n. 169, il commissario giudiziale, se accerta che il debitore ha *occultato o dissimulato parte dell'attivo, dolosamente omesso di denunciare uno o più crediti, esposto passività insussistenti o commesso altri atti di frode*, deve riferirne immediatamente al **tribunale**, il quale **apre d'ufficio** il procedimento per la revoca dell'ammissione al concordato, **dandone comunicazione al pubblico ministero** e ai creditori²⁵³. La Corte ha chiarito che nell'ambito dei **fatti accertati** dal commissario giudiziale «rientrano, oltre ai fatti "**scoperti**" perché del tutto ignoti nella loro

²⁵³ La comunicazione ai creditori è eseguita dal commissario giudiziale a mezzo posta elettronica certificata ai sensi dell'articolo 171, secondo comma, legge fall. secondo l'insegnamento della Corte di Cassazione (Sez. 1, n. 1169/2017). La Corte di Cassazione (Sez. 1, Sentenza n. 9271 del 24/04/2014, Rv. 631127 - 01) ha anche precisato che «il procedimento per la revoca dell'ammissione al concordato preventivo, a norma dell'ad. 173, primo comma, legge fall., è aperto d'ufficio dal tribunale e non richiede una specifica richiesta in tal senso del commissario giudiziale, cui spetta solo il compito di accertare gli eventuali atti di frode compiuti dal debitore e di riferirne al tribunale, che, indipendentemente dalle espressioni usate dal commissario, procederà alla relativa qualificazione giuridica».

materialità, anche i fatti **non adeguatamente e compiutamente esposti** in sede di proposta di concordato e nei suoi allegati»²⁵⁴.

All'esito del procedimento, che si svolge nelle forme di cui all' articolo 15 legge fall., il tribunale provvede con decreto e, su istanza del creditore **o su richiesta del pubblico ministero**, accertati i presupposti di cui agli articoli 1 e 5 legge fall., **dichiara il fallimento** del debitore con contestuale sentenza, reclamabile a norma dell'articolo 18 legge fallimentare.

La norma delinea **specifici atti di frode** suscettibili di determinare la revoca dell'ammissione al concordato, affidando ad un'**espressione generica** ("altri atti di frode") la funzione di includere residuali evenienze omogenee.

Vengono in rilievo, anzitutto, **comportamenti dolosi**²⁵⁵ **anteriori** rispetto all'ammissione al concordato. Essi sono sanzionati in quanto *suscettibili di compromettere la fedele ricostruzione del patrimonio aziendale* (come nel caso di occultamento o dissimulazione di parte dell'attivo, ovvero di omessa dolosa denuncia di crediti) e, in ogni caso, in grado di **ostacolare la consapevole espressione del voto da parte degli stessi creditori**²⁵⁶, precludendo l'adeguata valutazione della convenienza della proposta di concordato, tenendo conto del possibile soddisfacimento per l'intero o in percentuali maggiori. L'esposizione di passività inesistenti, invece, «*determina anch'essa un **condizionamento della volontà dei creditori**, tendendo a privilegiare illegittimamente alcuni soggetti e potendo creare delle maggioranze fittizie*»²⁵⁷.

Quanto agli «**altri atti di frode**» ex art. 173, comma 1, legge fall., l'espressione si riferisce ad ogni **deliberata condotta di rilievo informativo e patrimoniale** suscettibile di **pregiudicare** la formazione di un **consenso** immune da vizi da parte dei creditori²⁵⁸. In tal senso, la natura *dolosa* della *condotta ignota*, da un lato, e la sua *attitudine a pregiudicare le aspettative informative e patrimoniali dei creditori* e, dunque, *ad influire sul loro giudizio*, dall'altro, costituiscono l'ossatura di tale residuale categoria²⁵⁹, secondo quanto confermato dalla giurisprudenza di merito²⁶⁰ e di legittimità²⁶¹.

²⁵⁴ Cass. Civ. n. 9050/2014, 17191/2014.

²⁵⁵ Il carattere doloso viene normativamente enunciato con riferimento alla omessa denuncia di crediti, ma appare connaturato anche agli altri comportamenti.

²⁵⁶ AMBROSINI -DEMARCHI-VITIELLO, *Il concordato preventivo e la transazione fiscale*, Bologna-Roma 2009, 137.

²⁵⁷ LENOCI, *op.cit.*

²⁵⁸ AMBROSINI -DEMARCHI-VITIELLO, *ult.op.cit.*, 135; FAUCEGLIA, *Revoca dell'ammissione al concordato e dichiarazione di fallimento in corso di procedura*, in Fauceglia G. - Panzani L. (a cura di), *Fallimento e altre procedure concorsuali*, III, Utet, Torino, 2009, 1700.

²⁵⁹ Osserva LENOCI, *op.cit.*: «*In effetti, il venire meno del requisito della meritevolezza e della incensuratezza dell'imprenditore escludono l'ammissibilità di un giudizio "etico" sulla persona del debitore, e quindi la rilevanza di eventuali atti di frode che non arrechino pregiudizio ai creditori. Sicuramente esulano dalla nozione di "atti di frode", inoltre, i semplici addebiti di mala gestio o di pagamenti revocabili (purché non integranti fatti di bancarotta preferenziale) mossi dal commissario nei confronti degli amministratori della società in concordato, trattandosi di condotte normalmente non dolose, e quindi non preordinate a pregiudicare i creditori*».

²⁶⁰ Tribunale di Firenze 6 maggio 2013 est. Mariani (reperibile all'indirizzo <http://www.osservatorio-oci.org/>) rileva che integra la fattispecie degli altri atti di frode, prevista dall'art. 173, co.1, legge fall., l'omissione, nel piano e nell'attestazione professionale, di circostanze idonee ad influire sull'entità dell'attivo e del passivo concordatario e comunque sul giudizio di convenienza rimesso ai creditori, ancorché l'omissione stessa venga giustificata dal debitore con la ritenuta irrilevanza delle circostanze taciute ai fini dell'adempimento della proposta e dell'esecuzione del piano, dovendo comunque il tribunale ed i creditori essere posti in grado di effettuare direttamente simile valutazione. Infatti, «*la nozione di atto in frode commesso anteriormente all'apertura della procedura di concordato esige che la condotta del debitore sia stata volta ad occultare situazioni di fatto idonee ad influire sul giudizio dei creditori, cioè tali che, se conosciute, avrebbero presumibilmente comportato una valutazione diversa e negativa della proposta e, dunque, che esse siano state accertate dal commissario giudiziale, cioè da lui scoperte, essendo prima ignorate dagli organi della procedura o dai creditori: sempre che, peraltro, pur essendo state dichiarate dal preponente, non siano dipese da comportamenti depauperativi del patrimonio posti in essere dal medesimo, con la prospettiva e la finalità di avvalersi dello strumento del concordato, ponendo i creditori di fronte a una situazione di pregiudicate o insussistenti garanzie patrimoniali in modo da indurli ad accettare una proposta comunque migliore della prospettiva liquidatoria*» (Trib. Milano 14.1.2015, reperibile all'indirizzo www.ilfallimentarista.it). Sulla revoca dell'ammissione quando vi sia un comportamento idoneo a pregiudicare i creditori sia sotto il profilo informativo che sotto l'aspetto patrimoniale, cfr. Trib. Trento 30.10.2015, reperibile all'indirizzo www.ilfallimentarista.it; Cass. 29.7.2014, n. 17191, Giust. civ., Mass. 2014; Trib. Ravenna

Per la Cassazione²⁶², in tema di concordato preventivo, l'accertamento, ad opera del commissario giudiziale, di atti di occultamento o di dissimulazione dell'attivo, della dolosa omissione della denuncia di uno o più crediti, dell'esposizione di passività insussistenti o della commissione di altri atti di frode da parte del debitore determina la **revoca** dell'ammissione al concordato, a norma dell'art. 173 legge fall., **indipendentemente dal voto espresso dai creditori in adunanza** e, quindi, **anche** nell'ipotesi in cui questi ultimi siano stati **resi edotti** di quell'accertamento²⁶³.

Le situazioni elencate nel primo comma dell'art. 173 della legge fall. giustificano, dunque, l'intervento del P.M., a garanzia di **interessi pubblici**. In una procedura concorsuale governata dal principio di maggioranza assume tale veste **la correttezza della rappresentazione della situazione economico-patrimoniale del debitore e dell'informazione ai creditori**, la cui lesione può meritare riprovazione penale, essa stessa segno dell'insufficienza di una tutela esclusivamente privatistica²⁶⁴. In effetti, *«deve essere rilevato che il Tribunale, e, sotto certi profili, anche il commissario giudiziale, operano sulla base di apporti conoscitivi forniti dallo stesso debitore, ed anche il professionista attestatore, non va dimenticato, viene nominato dallo stesso debitore...Il*

22.10.2014, reperibile all'indirizzo www.iusexplorer.it; Trib. Ravenna 27.10.2015, reperibile all'indirizzo www.ilfallimentarista.it, esclude la frode ai creditori nelle ipotesi di irregolarità contabili, quando non sia posta in discussione la veridicità della rappresentazione contabile al momento della presentazione della domanda di concordato preventivo. Rimarca la natura "sanzionatoria" della norma di cui all'art. 173 legge fall. Trib. Rovigo 9.3.2016, reperibile all'indirizzo www.iusexplorer.it.

²⁶¹ La Cassazione (22.2.2016, n. 3409) ha ritenuto rilevante ex art. 173 l. fall. ai fini della revoca o del diniego dell'omologazione, *«un dato di fatto occultato, afferente al patrimonio del debitore, tale da alterare la percezione dei creditori e, sul piano soggettivo, un comportamento assunto con dolo. Non basta, invece, un'operazione potenzialmente pregiudizievole per i creditori, ma conosciuta dal commissario giudiziale e approvata dagli stessi creditori»*.

²⁶² Sez. 1, Sentenza n. 14552 del 26/06/2014 (Rv. 631503 - 01). Nella specie, la S.C. ha confermato la decisione impugnata, reiettiva dell'omologa di un concordato preventivo proposto da una società che, come accertato dal commissario e comunicato ai creditori, aveva distribuito utili, pur versando in situazione finanziaria critica, aveva definito un contenzioso in corso mediante una transazione di contenuto pregiudizievole e non aveva incluso, nella relazione sulla situazione patrimoniale, ingenti crediti vantati da società terze nei suoi confronti. Cfr. anche Cass. Civ. Sez. 1, 25165/2016.

²⁶³ Nello stesso senso: Corte di Appello di Trento del 10.3.2015 est. Tagliatela (reperibile in <http://www.osservatorio-oci.org/>) secondo la quale gli atti di occultamento o di dissimulazione dell'attivo (consistenti, nella specie, nella mancata dichiarazione di rilevanti crediti che la società proponente vantava nei confronti di alcune società controllate) giustificano la revoca dell'ammissione al concordato *indipendentemente dal voto espresso dai creditori*, anche quando questi ultimi siano stati tempestivamente edotti del comportamento fraudolento del debitore dal commissario giudiziale, posto che ciò che rileva è la *sussistenza di tale comportamento e non anche l'effettiva consumazione della frode*. Né è idonea ad impedire la revoca la tardiva dichiarazione del proponente, con la quale l'attivo precedentemente occultato viene messo a disposizione dei creditori successivamente alla sua scoperta. Anche Tribunale di Sassari del 13 settembre 2011 est. Mura (reperibile in <http://www.osservatorio-oci.org/>) osserva: *«secondo lo spirito della riforma, è il Commissario giudiziale l'organo cui è affidato il compito di riscontrare la veridicità, o meno, dei dati aziendali, senza che il sindacato del Tribunale possa estendersi ad accertamenti ulteriori, in quanto demandati in via esclusiva allo stesso Commissario. Ne deriva un duplice ordine di conseguenze. Da un lato, è sufficiente una falsa rappresentazione della realtà (patrimoniale o contabile), quale quella documentalmente riscontrata dal Commissario nella specie, in difetto di adeguate e plausibili ragioni e chiarimenti da parte dell'amministratore della società convenuta, perché si configurino le condizioni sufficienti alla revoca dell'ammissione al concordato, ai sensi della disposizione in esame. È sufficiente, infatti, che l'inganno, portato da tale falsa rappresentazione, sia potenzialmente idoneo a ledere gli interessi dei creditori, senza che si debba, altresì, indagare sull'esistenza, o meno, in concreto del pregiudizio per il ceto creditorio (nella sua interezza, come possibile destinatario di tali effetti). L'esigenza fondamentale perseguita dalla disciplina dettata per il concordato preventivo non può, infatti, che essere volta alla salvaguardia di questo e, precisamente, a far sì che tutti i creditori siano messi al riparo da rappresentazioni (patrimoniali o contabili) artificiose o infedeli, non adeguate alla reale situazione aziendale, come tali ingannevoli e idonee astrattamente (con giudizio, dunque, ex ante, sulla prospettazione di tale esposizione di dati) a viziare il consenso o, ancor meglio, la sua informazione e la sua, solo successiva ed eventuale (ossia, nel progredire fisiologico della stessa procedura), espressione, con cognizione piena di causa (attraverso il voto). Da altro lato, l'arresto imposto dai profili ex art. 173 l.f., impedisce che possano essere introdotte modifiche ulteriori a proposte afferenti una procedura concordataria non più in corso, atteso che il vaglio officioso del Tribunale riprende interezza e coinvolge non più l'esame dello stato di crisi ammesso dallo stesso debitore proponente (attraverso il piano concordatario), ma lo stato di insolvenza denunciato dai creditori o dal PM, attraverso domanda nuova, conseguente ai detti rilievi commissariali (nel caso di proposta concordataria avanzata per la prima volta in assenza di un procedimento prefallimentare, non ancora sorto), ovvero reiterazione (come nel caso in discorso) di quella già proposta congiuntamente (nell'ambito del procedimento prefallimentare pendente) (analogamente, cfr. Corte App Milano, IV civile, sent. 1955/2011, del 16/6/2011). Entrambe le ragioni impediscono la progressione della procedura, come tale inammissibile, consentendo di respingere le eccezioni sul punto sollevate dalla debitrice proponente attraverso le proposte concordatarie successivamente inoltrate, assunte quali migliorative»*.

²⁶⁴ BOZZA, op. cit., 890.

pubblico ministero, quindi, può operare in questi casi come **amicus curiae**, segnalando al Tribunale eventuali condotte fraudolente, e promuovendo l'eventuale richiesta di fallimento»²⁶⁵. Altri interessi pubblici presidiati da tale intervento, poi, sono l'**integrità e la correttezza del mercato**, la **libertà delle negoziazioni** (soprattutto quando complicate da un gran numero di crediti) e la **tutela delle minoranze dissenzienti** nell'ambito del procedimento di approvazione del concordato²⁶⁶.

2.3. Le verifiche in merito alle situazioni ex art. 173, comma 3, L.F.: gli atti in frode successivi

Le disposizioni di cui all'art. 173, comma 2, legge fall. si applicano anche se il debitore **durante la procedura** di concordato compie **atti non autorizzati** a norma dell'articolo 167 L.F.²⁶⁷ **o comunque diretti a frodare le ragioni dei creditori**, o se in qualunque momento risulta che **mancano le condizioni prescritte per l'ammissibilità** del concordato²⁶⁸.

Altre **condotte fraudolente rilevanti**, dunque, possono profilarsi **in tempo successivo** all'ammissione al concordato preventivo. E' il caso, anzitutto, del compimento di **atti di straordinaria amministrazione non autorizzati ai sensi dell'art. 167 l. fallimentare**. In proposito, si ritiene decisiva la *contraddizione dell'atto rispetto al piano concordatario e la sua attitudine a pregiudicarne l'attuazione*. Per tale ragione, non rilevano gli atti che, seppur non preventivamente autorizzati, sono stati successivamente *ratificati* dal giudice delegato, nonché gli atti assoggettati alla *condizione sospensiva della ratifica* (trattandosi di atti privi di qualsiasi effetto), mentre sono da considerare sanzionabili gli atti soggetti ad *analoga condizione risolutiva e non ratificati* ovvero quelli *consensualmente risolti*²⁶⁹.

In secondo luogo, possono importare la revoca dell'ammissione gli **atti "diretti a frodare le ragioni dei creditori"**, ovvero qualsiasi atto idoneo a pregiudicare la posizione dei creditori (distrazioni patrimoniali, pagamenti diretti o indiretti di creditori anteriori, etc.), in violazione dei *principi di buona fede e di correttezza* nei rapporti tra debitore e creditori. La Cassazione ha rimarcato, al riguardo, che i **pagamenti** eseguiti dall'imprenditore ammesso al concordato preventivo **in difetto di autorizzazione** del giudice delegato comportano la revoca ex art. 173, comma 3, legge fall. solo ove venga accertato, dal giudice del merito, che tali pagamenti sono diretti a frodare le ragioni dei creditori, in quanto **pregiudicano le possibilità di adempimento** della proposta formulata con la domanda di concordato²⁷⁰.

Da ultimo, la revoca può intervenire «*se in qualunque momento risulta che mancano le condizioni prescritte per l'ammissibilità del concordato*». Sono tali, certamente, la qualità di imprenditore ai sensi dell'art. 1 legge fall., la sussistenza dello stato di crisi, la presentazione di un piano di concordato completo ed esauriente, il

²⁶⁵ Così LENOCI, *op.cit.*

²⁶⁶ Così LENOCI, *op.cit.*

²⁶⁷ Occorre, rammentare che la procedura di concordato non opera uno spossamento del debitore che conserva l'amministrazione dei suoi beni e l'esercizio dell'impresa, sotto la vigilanza del commissario giudiziale. La sanzione del compimento di atti eccedenti l'ordinaria amministrazione (i **mutui, anche sotto forma cambiaria, le transazioni, i compromessi, le alienazioni di beni immobili, le concessioni di ipoteche o di pegno, le fideiussioni, le rinunzie alle liti, le ricognizioni di diritti di terzi, le cancellazioni di ipoteche, le restituzioni di pegni, le accettazioni di eredità e di donazioni**), compiuti senza l'autorizzazione scritta del giudice delegato è l'inefficacia rispetto ai creditori anteriori al concordato. Il tribunale può stabilire con decreto un limite di valore al di sotto del quale non è dovuta l'autorizzazione di cui al secondo comma.

²⁶⁸ Nella previgente versione, al ricorrere dell'accertamento di tali situazioni, il tribunale avrebbe potuto, anche d'ufficio, in termini quasi automatici, dichiarare il fallimento del debitore, essendo comune il presupposto delle due procedure (lo stato di insolvenza) e la natura premiale del concordato per l'imprenditore "meritevole", travolta già dalla riforma operata dal d.l. 35/2005, conv. in l. 80/2005.

²⁶⁹ FILOCAMO, *Commento all'art. 173*, in Ferro M. (a cura di), *La legge fallimentare. Commento teorico-pratico*, III ed., Padova 2014, 2323; LENOCI, *op. cit.*

²⁷⁰ Cass. 19.2.2016, n. 3324, D&G, 2016.

rispetto delle formalità previste dall'art. 161 legge fall. e l'attestazione del professionista²⁷¹.

Dibattuta, invece, è la **persistente fattibilità** del piano proposto. La giurisprudenza prevalente²⁷² la considera *condizione di ammissibilità* del concordato, accertata in sede di ammissione attraverso la relazione del professionista ma che deve altresì permanere per l'utile prosecuzione della procedura. Ciò significa anche che, in caso di sopravvenuta valutazione di non fattibilità del piano, la procedura deve interrompersi²⁷³. La fattibilità **giuridica**, in particolare, si delinea quale presupposto di ammissibilità del concordato, soggetto a diretto **controllo giudiziale** nelle diverse fasi della procedura, mentre il controllo sulla fattibilità **economica** resta **affidato ai creditori**, al di fuori di verifiche giudiziali, salvo che per l'accertamento dell'assoluta e manifesta inattitudine del piano del debitore proponente a raggiungere gli obiettivi prefissati, ovverosia *a realizzare la causa* concreta del concordato, in riferimento alle specifiche modalità indicate²⁷⁴. L'**inammissibilità** della richiesta di concordato, dunque, può essere **rilevata in qualsiasi fase** ed è proprio la portata di duplice controllo di cui all'art.173, legge fall. a permettere la sussunzione nella fattispecie della revoca di ogni vicenda di inammissibilità, anche per il venir meno delle condizioni di cui agli artt.160-

²⁷¹ AMBROSINI - DEMARCHI - VITIELLO, *Il concordato preventivo e la transazione fiscale*, cit., 140.

²⁷² Per la Cassazione (Sez. U, Sentenza n. 1521 del 23/01/2013, Rv. 624796), in tema di concordato preventivo, «il giudice ha il dovere di esercitare il **controllo di legittimità sul giudizio di fattibilità della proposta** di concordato, non restando questo escluso dall'attestazione del professionista, mentre rimane **riservata ai creditori la valutazione in ordine al merito del detto giudizio**, che ha ad oggetto la **probabilità di successo economico del piano ed i rischi inerenti**. Il menzionato **controllo di legittimità** si realizza facendo applicazione di un unico e medesimo parametro nelle diverse fasi di ammissibilità, revoca ed omologazione in cui si articola la procedura di concordato preventivo, e si attua **verificandosi l'effettiva realizzabilità della causa concreta**: quest'ultima, peraltro, da intendersi come obiettivo specifico perseguito dal procedimento, non ha contenuto fisso e predeterminabile, essendo dipendente dal tipo di proposta formulata, pur se inserita nel generale quadro di riferimento finalizzato al superamento della situazione di crisi dell'imprenditore, da un lato, e all'assicurazione di un soddisfacimento, sia pur ipoteticamente modesto e parziale, dei creditori, da un altro». Per un'interessante posizione critica cfr. Corte d Appello di Firenze est. Riccucci, Sentenza n. 2023/2016 pubbl. il 06/12/2016, reperibile all'indirizzo www.ilcaso.it la quale a sostegno dell'estensione del controllo giudiziale alla fattibilità economica osserva «Conservare nella mani del Tribunale la valutazione della fattibilità economica non significa quindi introdurre una surrettizia valutazione di convenienza, di cui restano padroni i creditori, significa salvaguardare lo scopo essenziale della procedura concorsuale. Mancando una seria prospettiva di adempimento del concordato, la crisi d'impresa non viene definita, ma soltanto procrastinata e questo il sistema non può sopportarlo. Ecco perché il giudice, privato del ruolo di garante della convenienza, deve restare garante della fattibilità, intesa come nucleo essenziale, come zoccolo duro, della prognosi di adempimento». Confrontandosi con il dictum delle Sezioni unite la Corte di appello fiorentina afferma: «tale impostazione distorce il dettato normativo e si rivela intrinsecamente illogica. La locuzione "fattibilità giuridica" invero non sta nella legge, nasce dalla creatività dell'interprete al fine di sottrarre al giudice il potere/dovere di valutare la fattibilità economica della proposta concordataria, ma appare un mostro semantico, una sorta di ircocervo, come sarebbe l'abbinamento inverso di "giuridicità fattuale". L'aggettivazione infatti, non solo è testualmente arbitraria, ma si pone in antinomia col sostantivo. Per afferrare compiutamente il significato della locuzione, occorre stabilire se il referente consista in un giudizio di diritto oppure di fatto. Nel primo caso, il composto lessicale diventa sinonimo di legittimità, nel senso che è giuridicamente fattibile ciò che è lecito, mentre non è fattibile ciò che illecito, ma allora l'espressione si risolve in innocua stravaganza terminologica. Volgendosi al mondo dei fatti, invece, la qualificazione "giuridica" della "fattibilità" diventa incongrua, essendo chiaro a chiunque che il termine "fattibilità" denota la possibilità di mettere in pratica un progetto, l'opportunità di tradurre un'idea in realtà, senza assumere alcuna inflessione giuridica». Ed ancora: «Se il giudice deve sincerarsi della fattibilità attestata dal professionista, è chiaro che si tratta appunto della fattibilità economica, giacché questa e soltanto questa compete all'asseveratore, mentre la cosiddetta "fattibilità giuridica", intesa come "non incompatibilità con norme inderogabili", già rientra a pieno titolo nei compiti autonomi del giudice, senza alcun bisogno di ricollegarsi ad eventuali opinioni professionali altrui». Secondo il giudice fiorentino «avendo sottratto all'ufficio la valutazione di convenienza (oltre che di meritevolezza), il legislatore ha pensato bene di lasciare al giudice un controllo basilare sulla fattibilità della definizione della crisi proposta dal debitore, la quale potrà essere in sé più o meno conveniente, come giudicheranno i creditori in piena coerenza con la fisionomia negoziale dell'operazione concordataria, ma che comunque non deve andare avanti se non è concretamente fattibile». Osserva ancora la Corte fiorentina: «Sarebbe assurdo omologare un concordato che, sebbene conveniente a parole, non sia in grado di tradurre le promesse in fatti, anche se i creditori se ne disinteressano. Onde evitare che questo accada, dopo aver concesso il massimo spazio all'autonomia contrattuale nella fase genetica del patto concordatario, la legge lascia al Tribunale un potere residuale di blocco in prospettiva funzionale. La sovranità dei creditori nella stima della convenienza idealmente non confligge col potere del giudice di fermare un concordato non seriamente eseguibile: se sta bene ai creditori, nulla osta ad ammettere una proposta poco conveniente, purché sia almeno fattibile. Quando il requisito primario manca, diventa irrazionale avallare una sistemazione concordataria destinata a dissolversi in uno spreco di energie processuali».

²⁷³ Cfr. Trib. Cagliari 20.3.2009, www.iusexplorer.it; Trib. Pescara 16.10.2008, *Giur. merito*, 2009, 1, 125; App. Bologna 30.6.2006, in *Fall.*, 2007, 470.

²⁷⁴ Cass., S.U., 23.1.2013, n. 1521, cit.; Cass. 5.2.2016, n. 2320, Guida al diritto, 2016, 16, 85.

161 legge fall. e ciò ai sensi dell'ultimo comma della citata disposizione. Così, la Cassazione²⁷⁵ ha ripetuto che «nella valutazione delle condizioni prescritte per l'ammissibilità del concordato preventivo, qualunque sia la sede in cui avvenga (ammissione ex art. 162, secondo comma; revoca ex art. 173, terzo comma; omologazione ex art. 180, terzo comma, legge fall.), al tribunale non è consentito il controllo sulla regolarità ed attendibilità delle scritture contabili, ma è permesso il sindacato sulla **veridicità dei dati aziendali esposti nei documenti prodotti unitamente al ricorso** (ad. 161, secondo comma, lett. a, b, c, e d, legge fall.), sotto il profilo della loro effettiva consistenza materiale e giuridica, al fine di consentire ai creditori di valutare, sulla base di dati reali, la convenienza della proposta e la stessa fattibilità del piano. Resta, invece, precluso ogni sindacato sulla stima del valore degli elementi patrimoniali effettuata dal professionista attestatore, salvo il caso di incongruenza o illogicità della motivazione».

I fatti elencati nell'art. 173, comma 3, legge fall. possono persuadere il pubblico ministero della necessità di avanzare **richiesta di fallimento**.

Non è certo **se il pubblico ministero possa segnalare le condotte ex art. 173 legge fallimentare**. In termini letterali la norma riserva tale iniziativa al *commissario giudiziario*²⁷⁶, ma è anche vero che *l'apertura del procedimento da parte del tribunale* può avvenire *di ufficio*, cosicché non si intravedono ragioni dell'inammissibilità di segnalazioni provenienti da altri soggetti, quali il pubblico ministero o un creditore²⁷⁷. Inoltre, il pubblico ministero *potrebbe segnalare e trasmettere al commissario* gli atti oggetto delle sue indagini che rivelino i fatti ex art. 173 cit., favorendone le valutazioni e le ulteriori determinazioni.

²⁷⁵ Cass. Sez. 1, n. 1169/2017; Cass. 2130/2014, 12533/2014.

²⁷⁶ in questo senso BOZZA, *op. cit.*, 892.

²⁷⁷ GALLETTI, *La revoca dell'ammissione al concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 2009, 730.

3. Le forme dell'intervento eventuale del P.M.

Il carattere eventuale dell'intervento rassicura sulla *validità* degli atti della procedura concordataria per il caso, invero affatto infrequente, di mancata partecipazione del pubblico ministero.

Le *modalità* di tale intervento in seno ad un procedimento camerale non paiono espressamente disciplinate²⁷⁸. Comunemente si assume che esso si realizzi con il *deposito di atti scritti*, ovvero con la *partecipazione alle udienze* davanti al Collegio o davanti al giudice delegato alla procedura.

L'intervento non implica un'inevitabile *richiesta di fallimento*, corrispondendo a facoltà del pubblico ministero svolgerlo anche solo per *discutere* sulle ragioni di inammissibilità della procedura o sulle situazioni suscettibili di originare la revoca dell'ammissione. Per contro, almeno in via astratta, non pare possibile che l'organo pubblico si opponga all'*omologazione* del concordato preventivo, spiegando a tal fine un apposito intervento, volto alla tutela dell'interesse privatistico dei creditori, più che di un interesse pubblico. Piuttosto, prima della definizione del giudizio di omologazione, il pubblico ministero può *segnalare le condizioni* per la revoca, attivando il procedimento eventuale *ex art. 173 legge fallimentare*²⁷⁹.

4. I rapporti del pubblico ministero con il commissario giudiziale: le verifiche, l'inventario, la relazione *ex art. 172 L.F.* e la comunicazione *ex art. 165, comma 5, L.F.*

Durante la procedura di concordato preventivo il debitore conserva l'**amministrazione ordinaria** dei suoi beni e l'esercizio dell'impresa, mentre al commissario giudiziale, nominato con il decreto con cui è dichiarata aperta la procedura di concordato, è affidato un fondamentale ruolo di *vigilanza* per evitare che la procedura possa pregiudicare i creditori. Nell'esercizio delle sue funzioni il **commissario giudiziale** è un **pubblico ufficiale** ed ad esso si applicano gli articoli 36, 37, 38 e 39 della legge fallimentare. Non casualmente peraltro, l'art. 236, comma 2, legge fall., estendendo al commissario le disposizioni dell'*art. 228 legge fall.* (prevista per interesse privato del curatore negli atti del fallimento) richiama una norma di applicazione dichiaratamente residuale rispetto alle fattispecie degli artt. 315, 317, 318, 319, 321, 322 e 323 del codice penale.

A fronte dei numerosi **compiti del commissario giudiziale**, occorre segnalare che, a seguito dell'ammissione al concordato preventivo e dell'accettazione dell'incarico, tale pubblico ufficiale deve realizzare una serie di **accertamenti** di grande rilievo, anche per le valutazioni del pubblico ministero, in ragione degli apporti informativi che possono provenirne.

Anzitutto, il commissario giudiziale *verifica l'elenco dei creditori e dei debitori* con la scorta delle scritture contabili presentate a norma dell'art. 161, *cit.*, apportando le necessarie rettifiche (art. 171, comma 1, legge fall.) e *redige l'inventario*²⁸⁰ *del patrimonio del debitore*. Inoltre, forma una **relazione particolareggiata** sulle cause del dissesto, sulla condotta del debitore, sulle proposte di concordato e sulle garanzie offerte ai creditori, depositandola in cancelleria almeno quarantacinque giorni prima

²⁷⁸ Osserva LENOCI, *op.cit.*: «Nella fase dell'ammissione, questa si svolge attraverso un procedimento in camera di consiglio. L'intervento del P.M. nei giudizi camerali è regolamentato dall'art. 738, comma 2, c.p.c., che prevede la preventiva trasmissione degli atti a tale organo, che "stende le sue conclusioni in calce al provvedimento del presidente". Tale norma, tuttavia, fa riferimento soltanto ai casi di intervento obbligatorio del P.M., e non anche alla fattispecie dell'intervento facoltativo. D'altro canto, la disciplina prevista negli artt. 72 c.p.c. e dagli artt. 2 e 3 disp. att. c.p.c. fa riferimento a qualsiasi tipo di intervento del P.M., necessario o facoltativo, ma nelle cause di cognizione ordinario».

²⁷⁹ Così LENOCI, *op.cit.*

²⁸⁰ Ai fini della redazione dell'inventario, su richiesta del commissario, il giudice può nominare uno stimatore che lo assista nella valutazione dei beni (art. 172, comma 3, legge fall.).

dell'adunanza dei creditori (art. 172, comma 1, legge fall.). In essa il commissario deve anche illustrare le utilità che, in caso di fallimento, possono essere apportate dalle azioni risarcitorie, recuperatorie o revocatorie che potrebbero essere promosse nei confronti di terzi. La relazione va comunicata a mezzo posta elettronica certificata a norma dell'articolo 171, secondo comma, legge fall., mentre copia di essa va **trasmessa al pubblico ministero** (art. 161, comma 5, legge fall.). Oltre alla **relazione integrativa** con cui riferisce del deposito di proposte concorrenti (da depositare in cancelleria e comunicare ai creditori, con le modalità di cui all'articolo 171, secondo comma, almeno dieci giorni prima dell'adunanza dei creditori), analoga **relazione** viene redatta dal commissario qualora emergano **informazioni che i creditori devono conoscere ai fini dell'espressione del voto** (art. 172, comma 2, legge fall.).

Come è intuibile, la verifica dell'elenco dei creditori e dei debitori, l'inventario del patrimonio del debitore, così come la relazione particolareggiata e quelle integrative possono porre in evidenza **fatti di interesse penale** collegati alle diverse fattispecie di bancarotta (fraudolenta di natura patrimoniale o documentale, impropria e societaria), specie raffrontando le informazioni acquisite e verificate con quelle riferite dal debitore nella documentazione allegata al ricorso.

La **vigilanza** del commissario giudiziale, peraltro, non si esaurisce con l'omologazione. Dopo di essa, infatti, inizia **la fase dell'esecuzione del concordato**, di cui il commissario giudiziale sorveglia l'adempimento, secondo le modalità stabilite nella sentenza di omologazione. Egli deve riferire al giudice **ogni fatto dal quale possa derivare pregiudizio ai creditori**, essendovi tenuto con particolare solerzia (*“senza indugio”*) ove si avveda che il debitore non sta compiendo gli atti necessari a dare esecuzione alla suddetta proposta o ne sta ritardando il compimento. Il tribunale, sentito il debitore, può in tale evenienza, al fine di garantire l'esecuzione del concordato, giungere ad attribuire al commissario giudiziale i poteri necessari a provvedere in luogo del debitore al compimento degli atti a questo richiesti (art. 185 legge fall.).

Secondo recente disposizione (introdotta dall'art. 4, comma 1, lett. d), D.L. 27 giugno 2015, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla L. 6 agosto 2015, n. 132), con obiettiva funzione di chiusura degli obblighi informativi, il commissario giudiziale **«comunica senza ritardo al pubblico ministero i fatti che possono interessare ai fini delle indagini preliminari in sede penale e dei quali viene a conoscenza nello svolgimento delle sue funzioni»** (art. 165, comma 5, legge fall.).

Da più parti si è addotta la superfluità della previsione, per aver ribadito un dovere insito nel sistema normativo, come dimostrerebbe la sanzione penale dell'omessa denuncia del pubblico ufficiale ex art. 361 c.p.²⁸¹. In realtà proprio tale norma avvalorava un diverso significato del dovere informativo ex art. 165, comma 5, *cit.*: l'espressione **«fatti che possono interessare ai fini delle indagini preliminari in sede penale»** rivela una **maggior ampiezza di contenuti** rispetto alla denuncia di un reato imposta dall'art. 361 c.p.²⁸². In particolare, essa è diretta a favorire forme più intense di interlocuzione con

²⁸¹ In base a tale norma «il pubblico ufficiale, il quale omette o ritarda di denunciare all'Autorità giudiziaria, o ad un'altra Autorità che a quella abbia obbligo di riferirne, un reato di cui ha avuto notizia nell'esercizio o a causa delle sue funzioni, è punito con la multa da trenta euro a cinquecentosedici euro. La pena è della reclusione fino ad un anno, se il colpevole è un ufficiale o un agente di polizia giudiziaria, che ha avuto comunque notizia di un reato del quale doveva fare rapporto».

²⁸² Secondo la giurisprudenza di legittimità (Corte di Cassazione, Sez. 5, Sentenza n. 10590 del 23/09/1993 Ud., dep. 22/11/1993, Rv. 196295) integra il reato di *interesse privato* del commissario giudiziale negli atti del fallimento, ai sensi degli art. 236, comma secondo, n. 3 e 228 legge fallimentare, la condotta del medesimo che, nel redigere le relazioni per il giudice delegato, previste nel corso della procedura del concordato preventivo, ometta di rappresentare l'esistenza di accordi segreti intercorrenti tra l'imprenditore *insolvente* ed un assunto occulto del concordato, consentendo a questi di sottrarsi al controllo degli organi pubblici e dei creditori (fattispecie nella quale è stata respinta la tesi difensiva, secondo cui si sarebbe trattato di un fatto puramente omissivo, inquadrabile nella fattispecie ipotizzata dall'art. 328 cod. pen.). A rilevare è l'esplicazione di una *concreta attività* (prendere interesse è, infatti, diverso dall'avere interesse) volta a realizzare attraverso l'ufficio un interesse non ricollegabile in via esclusiva alla finalità propria della procedura. Se non basta l'astratta coincidenza dell'interesse privato con quello pubblico della procedura concorsuale o la sola incompatibilità delle funzioni esercitate, il reato è integrato in termini oggettivi laddove si realizzi un'effettiva ingerenza profittrici e

il pubblico ministero rispetto ad irregolarità e anomalie gestionali e documentative che, senza assurgere al rango di fatti definiti negli elementi essenziali di reato procedibili di ufficio (come tali suscettibili di originare il dovere di denuncia presidiato *ex art.* 361 c.p.), possono rivelarsi sintomatiche o dimostrative di essi. Parimenti, può darsi che sia stato il pubblico ministero ad aver rappresentato al commissario la necessità di comunicare le risultanze di verifiche su tematiche coerenti con l'esercizio delle funzioni di sorveglianza già interessate da indagini penali. E' possibile, ancora, che il commissario, dopo aver già inoltrato comunicazioni di fatti di reato al pubblico ministero senza identificare specifiche responsabilità penali soggettive, nello svolgimento delle sue funzioni venga a conoscenza di elementi di prova rilevanti per la definizione dei contenuti dell'eventuale ipotesi criminosa segnalata o per favorirne l'attribuzione soggettiva. Può così ritenersi che la sanzione penale per l'inadempimento del dovere comunicativo *ex art.* 165 *cit.* sia individuabile non solo nell'*art.* 361 c.p. ma anche, almeno per le ipotesi di segnalazioni di fatti diversi da quelli di reato che possono interessare le indagini penali, negli articoli 236, 228 legge fall., 328²⁸³ codice penale. In argomento, la Corte di Cassazione²⁸⁴ ha riconosciuto nella **trasmissione della relazione** *ex art.* 172 legge fall. **una modalità adeguata di assolvimento del dovere di denuncia** incombente sul commissario giudiziale quale pubblico ufficiale *ex artt.* 165 legge fall. e 361 c.p., tenuto conto dei contenuti e dei soggetti destinatari della relazione in discorso e della loro sovrapponibilità rispetto a quelli previsti dagli artt. 331-332 c.p.p. Ciò autorizza a ritenere che un'esposizione completa in seno alla relazione *ex art.* 172 *cit.* (copia della quale, come segnalato, viene anche trasmessa al pubblico ministero ai sensi dell'*art.* 161, comma 5, *cit.*) delle eventuali irregolarità sintomatiche rilevate nello svolgimento della propria attività possa permettere di assolvere adeguatamente al dovere comunicativo dell'*art.* 165 *cit.* Ad essere favorito, in ogni caso, è un *approccio critico*, non ostile ma neppure meramente passivo, dell'organo di vigilanza, fondamentale garanzia contro il pericolo di abusi di una procedura connotata da sostanziali effetti esdebitatori *ex art.* 184 legge fallimentare²⁸⁵.

cioè un concreto comportamento del pubblico ufficiale posto in essere con la consapevolezza di associare un interesse privato ad un atto del fallimento, indipendentemente dalla legittimità o meno dell'atto e dal danno o vantaggio che può derivarne alla procedura (cfr. Cass. Sez. 5, Sentenza n. 2668 del 07/12/1979 Ud., dep. 22/02/1980, Rv. 144465).

²⁸³ Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che indebitamente rifiuta un atto del suo ufficio che, per ragioni di giustizia o di sicurezza pubblica, o di ordine pubblico o di igiene e sanità, deve essere compiuto senza ritardo, è punito con la reclusione da sei mesi a due anni.

²⁸⁴ Cass. Pen., Sez. 5, 21 marzo 2016, n. 11921.

²⁸⁵ **Art. 184 (Effetti del concordato per i creditori):** Il concordato omologato è obbligatorio per tutti i creditori anteriori alla pubblicazione nel registro delle imprese del ricorso di cui all' articolo 161. Tuttavia essi conservano impregiudicati i diritti contro i coobbligati, i fideiussori del debitore e gli obbligati in via di regresso. Salvo patto contrario, il concordato della società ha efficacia nei confronti dei soci illimitatamente responsabili.

Parte III

Il P.M. e gli accordi di ristrutturazione dei debiti

www.osservatorio-oci.org

Capitolo 1- La scoperta di un ruolo inedito

1. Il quadro normativo

Ai sensi dell'**art. 182-bis della legge fall.** l'imprenditore in **stato di crisi**²⁸⁶ può domandare l'omologazione di un **accordo** di ristrutturazione dei debiti stipulato con i creditori che rappresentino almeno il sessanta per cento dei crediti. A tal fine deve depositare tempestivamente²⁸⁷ la **documentazione di cui all'art.161 legge fall.** ed una **relazione** redatta da un professionista, designato dal debitore, in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, terzo comma, lettera d), legge fall. sulla **veridicità dei dati aziendali** e sull'**attuabilità dell'accordo**, con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare l'**integrale pagamento dei creditori estranei**.

L'accordo è **pubblicato** nel registro delle imprese e acquista **efficacia** dal giorno della sua pubblicazione, *inibendo*, per sessanta giorni, ai creditori per titolo e causa anteriore a tale data, di iniziare o di proseguire *azioni cautelari o esecutive* sul patrimonio del debitore, ovvero di acquisire *titoli di prelazione* se non concordati. Le prescrizioni che sarebbero state interrotte dagli atti predetti rimangono sospese e le decadenze non si verificano.

Entro trenta giorni dalla pubblicazione i creditori e altri interessati possono proporre **opposizioni**, decise dal tribunale, che poi procede all'**omologazione** in camera di consiglio con **decreto motivato, reclamabile** dinanzi alla corte di appello ai sensi dell' art. 183, legge fall., in quanto applicabile, entro quindici giorni dalla sua **pubblicazione** nel registro delle imprese.

Già **nel corso delle trattative e prima della formalizzazione dell'accordo** ex art. 182-bis legge fall. può operare il divieto di iniziare o proseguire le azioni cautelari o esecutive nonché il divieto di acquisire titoli di prelazione, se non concordati, ove il debitore depositi presso il tribunale competente ai sensi dell'articolo 9 la *documentazione* di cui all' articolo 161, primo e secondo comma, lettere a), b), c) e d), legge fall. e una *proposta di accordo* corredata da una *dichiarazione dell'imprenditore*, avente valore di autocertificazione, attestante che sulla proposta sono *in corso trattative* con i creditori che rappresentano almeno il sessanta per cento dei crediti e da una *dichiarazione del professionista* avente i requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), legge fall. circa la idoneità della proposta, se accettata, ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori con i quali non sono in corso trattative o che hanno comunque negato la propria disponibilità a trattare. *L'istanza di sospensione* è *pubblicata* nel registro delle imprese e produce gli effetti *inibenti* anzidetti. Il tribunale, verificata la completezza della documentazione depositata, fissa con decreto *l'udienza* entro il termine di trenta giorni dal deposito dell'istanza di sospensione, disponendo la comunicazione ai creditori della documentazione stessa. Nel corso dell'udienza, riscontrata la sussistenza dei presupposti per pervenire ad un **accordo** di ristrutturazione dei debiti con le maggioranze di cui al primo comma dell'art. 182-bis legge fall. e delle condizioni per l'integrale pagamento dei creditori con i quali non sono in corso trattative o che hanno comunque negato la propria disponibilità a trattare, il tribunale dispone, con decreto motivato reclamabile, gli *effetti inibenti anticipati* assegnando il termine di non oltre sessanta giorni per il deposito dell'accordo di ristrutturazione e della relazione redatta dal professionista. A seguito del deposito di un accordo di ristrutturazione dei debiti nei termini assegnati dal tribunale trovano applicazione le disposizioni di cui al secondo (decorrenza dell'efficacia), terzo

²⁸⁶ Quantunque il presupposto oggettivo dello **stato di crisi** dell'impresa sembri coincidere con quello del concordato preventivo, solo nel contesto di quest'ultima procedura "*per stato di crisi si intende anche lo stato d'insolvenza*" (art. 160 c. 3 l.f.). Ne consegue che l'accordo di ristrutturazione è omologabile soltanto laddove la crisi non sia ancora insolvenza (cfr. MUCCIARELLI F., *Stato di crisi, piano attestato, accordi di ristrutturazione, concordato preventivo e fattispecie penali*, in Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia, 2009, n. 4, 831).

²⁸⁷ Entro centoventi giorni dall'omologazione, in caso di crediti già scaduti a quella data, ed entro centoventi giorni dalla scadenza, in caso di crediti non ancora scaduti alla data dell'omologazione.

(effetti inibenti), quarto (proposizione e decisione delle decisioni) e quinto (reclamo del decreto) comma dell'art. 182-*bis*, legge fall., mentre se nel medesimo termine è depositata una domanda di concordato preventivo si conservano gli effetti di cui ai commi sesto (istanza di sospensione ed effetti inibenti anticipati) e settimo (trattazione dell'istanza di sospensione) dell'art. 182-*bis*, legge fallimentare.

Ai sensi dell'art. 182-*sexies* legge fall., dalla data della domanda per l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione di cui all' articolo 182-*bis cit.* ovvero della proposta di accordo a norma dell'articolo 182-*bis* comma 6, legge fall. sino all'omologazione, non si applicano gli articoli 2446, commi secondo e terzo (**riduzione del capitale per perdite** nelle società per azione), 2447 (riduzione del capitale per perdite al di sotto del limite legale nelle società per azione), 2482-*bis*, commi quarto, quinto e sesto (riduzione del capitale per perdite in seno alle società a responsabilità limitata), e 2482-*ter* (riduzione del capitale per perdite al di sotto del limite legale in seno alle società a responsabilità limitata) del codice civile. Per lo stesso periodo, non opera la causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli articoli 2484, n. 4, e 2545-*duodecies* del codice civile. Resta ferma, per il periodo anteriore al deposito delle domande e della proposta l'applicazione dell'articolo 2486 del codice civile.

L'art. 182-*septies* legge fall. (inserito dall'art. 9, comma 1, D.L. 27 giugno 2015, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla L. 6 agosto 2015, n. 132) delinea una disciplina particolare per l'**accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari** e per la **convenzione di moratoria**. Essa viene in rilievo quando un'impresa ha **debiti verso banche e intermediari finanziari in misura non inferiore alla metà dell'indebitamento complessivo**, situazione che legittima l'integrazione della disciplina di cui all'articolo 182-*bis* legge fall. da parte delle disposizioni contenute nei commi secondo, terzo e quarto dell'art. 182-*septies* legge fall., comportanti **deroga agli articoli 1372** (sull'efficacia del contratto) e **1411** (sul contratto a favore di terzo) **del codice civile**.

Fermi i diritti dei creditori diversi da banche e intermediari finanziari, infatti, l'accordo di ristrutturazione dei debiti di cui all'articolo 182-*bis cit.* può individuare una o più categorie tra i creditori rappresentati da **banche e intermediari finanziari** che abbiano fra loro **posizione giuridica e interessi economici omogenei** e con la domanda di omologa il debitore può chiedere che gli **effetti dell'accordo vengano estesi anche ai creditori non aderenti** che appartengano alla medesima categoria.

A tal fine sono indispensabili le seguenti condizioni: (i) **tutti i creditori** della categoria devono essere stati **informati** dell'avvio delle trattative e **messi in condizione** di parteciparvi in buona fede; (ii) i **crediti delle banche e degli intermediari finanziari aderenti** devono rappresentare il **settantacinque per cento dei crediti della categoria**, ammettendosi che una banca o un intermediario finanziario possa essere titolare di crediti inseriti in più di una categoria e senza tener conto delle ipoteche giudiziali iscritte dalle banche o dagli intermediari finanziari nei novanta giorni che precedono la data di pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese; iv) oltre agli adempimenti pubblicitari già previsti, il debitore deve **notificare il ricorso e la documentazione di cui al primo comma dell'articolo 182-*bis cit.* alle banche e agli intermediari finanziari ai quali chiede di estendere gli effetti dell'accordo**, dalla data della notificazione decorrendo per essi il termine per proporre l'opposizione.

Il tribunale procede all'**omologazione** previo **accertamento**, avvalendosi, ove occorra, di un **ausiliario**, che le *trattative si siano svolte in buona fede* e che *le banche e gli intermediari finanziari ai quali il debitore chiede di estendere gli effetti dell'accordo*: a) abbiano *posizione giuridica e interessi economici omogenei* rispetto a quelli delle banche e degli intermediari finanziari aderenti; b) abbiano ricevuto *complete ed aggiornate informazioni sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria del*

debitore nonché sull'accordo e sui suoi effetti e siano stati messi in condizione di partecipare alle trattative; c) possano risultare soddisfatti, in base all'accordo, in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili.

L'articolo 182-septies, comma 5, legge fall. delinea, inoltre, il nuovo istituto della **convenzione di moratoria**. In particolare, l'impresa debitrice può stipulare con una o più banche o intermediari finanziari una convenzione diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi attraverso una *moratoria temporanea dei crediti* nei confronti di una o più banche o intermediari finanziari. Allorché venga raggiunta la maggioranza di cui all'art. 186-septies, comma 2, legge fall. (vale a dire quando i crediti delle banche e degli intermediari finanziari aderenti rappresentino il 75% dei crediti della categoria), la convenzione di moratoria, in deroga agli articoli 1372 e 1411 del codice civile, produce *effetti anche nei confronti delle banche e degli intermediari finanziari non aderenti* se questi siano stati informati dell'avvio delle trattative e siano stati messi in condizione di parteciparvi in buona fede, e un professionista in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), *attesti l'omogeneità della posizione giuridica e degli interessi economici* fra i creditori interessati dalla moratoria.

Le banche e gli intermediari finanziari non aderenti alla convenzione possono proporre **opposizione** entro trenta giorni dalla comunicazione (alternativamente, mediante lettera raccomandata o posta elettronica certificata) della convenzione stipulata, accompagnata dalla relazione del professionista designato a norma dell'articolo 67, terzo comma, lettera d), legge fallimentare. In tal modo la banca o l'intermediario finanziario può chiedere che la convenzione non produca effetti nei suoi confronti e il tribunale, con decreto motivato²⁸⁸, decide sulle opposizioni, verificando la sussistenza delle condizioni di cui al comma quarto, terzo periodo, art. 182-septies, legge fallimentare.

In nessun caso, per effetto degli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e delle convenzioni di moratoria, **ai creditori non aderenti può essere imposta** l'esecuzione di nuove prestazioni, né la concessione di affidamenti, il mantenimento della possibilità di utilizzare affidamenti esistenti o l'erogazione di nuovi finanziamenti. Per esenzione normativa, non si considera “nuova prestazione” la prosecuzione della concessione del godimento di beni oggetto di contratti di locazione finanziaria già stipulati.

La **relazione dell'ausiliario** è trasmessa a norma dell'articolo 161, quinto comma, legge fall.; copia di essa, dunque, deve essere comunicata al **pubblico ministero**.

2. La natura dell'istituto

Il quadro che precede testimonia la **natura variegata** assunta dagli accordi di ristrutturazione. Tradizionalmente, infatti, essi sono stati considerati **contratti di diritto privato** di contenuto complesso (*pactum de non petendo*, remissione parziale di debito, costituzione di una garanzia, conversione di credito in capitale) produttivi di effetti legali nella misura in cui sottoposti al vaglio del giudice in sede di **omologazione**, fase giudiziale priva di natura concorsuale²⁸⁹, distinta dal procedimento di ammissione al

²⁸⁸ Nel termine di *quindici* giorni dalla comunicazione, il decreto del tribunale è reclamabile alla corte di appello, ai sensi dell'articolo 183, legge fall.

²⁸⁹ Secondo la dottrina (cfr. FABIANI, *L'ulteriore upgrade degli accordi di ristrutturazione e l'incentivo ai finanziamenti nelle soluzioni concordate*, in Fallimento, 2010, 902; NARDECCHIA, *La protezione anticipata del patrimonio del debitore negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in Fallimento, 2011 p. 708) diversi sono motivi per i quali l'accordo di ristrutturazione non può essere considerato una procedura concorsuale: «1) non è previsto un procedimento, né un provvedimento di apertura; 2) non vi è la nomina di organi quali un commissario, un amministratore giudiziale, un giudice delegato, un comitato dei creditori; 3) non è prevista, né può verificarsi una regolazione concorsuale del dissesto, non tutti i creditori sono coinvolti nell'accordo e qualunque regolazione venga scelta ed attuata con l'accordo essa non coinvolge tutti i creditori, né ha una efficacia erga omnes; 4) i creditori non sono organizzati come collettività dei creditori ma come somma di tante teste; 5) il debitore resta dominus dell'impresa, non solo perché continua nei suoi pieni poteri di

concordato preventivo²⁹⁰. Ma con la particolare figura delineata dall'art. 182-septies legge fall.²⁹¹ è stata introdotta anche un'importante **deroga al principio generale della relatività degli effetti del contratto**, producendone, al ricorrere di precise **condizioni**, anche verso la **minoranza dissenziente**. Con tale tipologia di accordo viene saldato «*l'interesse del debitore, volto al superamento della crisi, e l'interesse delle banche che maggiormente hanno finanziato il debitore stesso, oltre che alla soluzione della crisi stessa, come pure alla più conveniente e opportuna gestione della esposizione creditoria che a queste banche fa capo*»²⁹². La minoranza istituzionale "riottosa" deve essere debitamente avvisata dell'avvio delle trattative, messa in condizione di parteciparvi in buona fede, informata in maniera aggiornata e completa della situazione patrimoniale, economica e finanziaria del debitore nonché dell'accordo e dei suoi effetti. Inoltre, la stessa minoranza deve avere posizione giuridica e interessi economici omogenei rispetto a quelli delle banche e degli intermediari finanziari aderenti ed essere soddisfatta, in base all'accordo, in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili. La nomina, pur eventuale, di un ausiliario per acclarare tali presupposti di efficacia *erga omnes* pare sorretta da una embrionale logica concorsuale.

3. Il giudizio di omologa

E' noto che l'art. 182-bis legge fall. **non definisce il criterio di giudizio** cui il tribunale deve attenersi, situazione che legittima **diverse letture interpretative**.

Anche indipendentemente dalla presenza di opposizioni, la maggioranza degli autori²⁹³ attribuisce al tribunale un **potere di verifica in ordine al merito dell'accordo**, inteso non quale valutazione della convenienza economica, bensì nei termini di "**esame valutativo della documentazione**" con strumenti di accertamento

gestione e direzione, ma anche perché non si verifica alcuna forma di spossessamento, neppure attenuato, in quanto i suoi atti non subiscono alcun vincolo ed alcun controllo».

²⁹⁰ Cfr. PAJARDI, *Codice del fallimento*, a cura di Bocchiola M. e Paluchowski A, Milano, 2009; Cass. SS.UU. 26 febbraio 2009 n. 24468.

²⁹¹ INZITARI (Gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e la convenzione di moratoria: deroga al principio di relatività del contratto ed effetti sui creditori estranei, in Dir. Fall., 2015, 6, 10517) ha individuato l'origine dell'introduzione di tali forme di accordi di ristrutturazione ad opera del D.L. n. 83/2015, convertito con L. n. 132 del 2015, nelle difficoltà manifestatesi nei casi di esposizione debitoria prevalente nei confronti delle banche, la cui posizione giuridica ed i cui interessi economici possono risultare notevolmente divergenti e, conseguentemente, rendere più difficoltosa o addirittura impedire la costruzione della soluzione della crisi. Per ciò, «*la novella fallimentare ha inteso regolare secondo il sistema maggioritario tale conflitto, fornendo un'articolata serie di strumenti idonei ad estendere gli effetti dell'accordo anche alle banche minoritarie, stabilendo in questo modo una importante deroga al principio secondo cui il contratto ha effetti solo tra le parti ed aprendo, al contrario, ad una rilevante efficacia del patto negoziale nei confronti dei terzi. In particolare, allorquando la complessiva esposizione debitoria dell'impresa è rivolta verso il sistema bancario, la posizione delle banche appare differenziata tra quelle banche maggiormente esposte, talora disposte a subire nell'immediato anche rilevanti sacrifici pur di evitare il naufragio della crisi nella generale insolvenza del debitore, e le banche che presentano una minore esposizione creditoria, che sono piuttosto interessate solo alla soddisfazione del credito e possono essere tentate di assumere il ruolo di creditori estranei all'accordo, al fine di ottenere l'immediata ed integrale soddisfazione del loro credito con possibile compromissione degli esiti dell'accordo negoziato*». Come osserva l'Autore, «*le strategie delle banche sulle modalità di ristrutturazione dei debiti dell'impresa in crisi sono sovente tutt'altro che omogenee e le decisioni possono essere profondamente diversificate, in quanto gli intermediari finanziari possono avere interesse alla continuazione dell'attività del debitore e possono risultare disponibili anche ad erogare finanza nuova, mentre in altri casi gli intermediari finanziari hanno interesse alla mera liquidazione dei beni. A ciò si aggiunge l'interesse di alcune banche a consolidare le garanzie che erano state precedentemente ottenute o comunque a non far emergere un'insolvenza che potrebbe avere effetti pesanti sui bilanci delle stesse banche. È ben noto, del resto, che la crisi e la prospettiva della possibile insolvenza del debitore comportano l'emergere di conflitti assai rilevanti tra i creditori concorrenti*». In tal modo, «*sul piano sistematico emerge una rilevante deroga al principio generale della relatività degli effetti del contratto; sul piano funzionale lo strumento dell'accordo con effetti anche verso la minoranza dissenziente è espressione della saldatura funzionale tra l'interesse del debitore, volto al superamento della crisi, e l'interesse delle banche che maggiormente hanno finanziato il debitore stesso, oltre che alla soluzione della crisi stessa, come pure alla più conveniente e opportuna gestione della esposizione creditoria che a queste banche fa capo*».

²⁹² INZITARI, *ult. op. cit.*

²⁹³ Per le diverse estensioni del vaglio del giudice penale derivante dalla **diversa** ampiezza delle verifiche del giudice civile in sede di omologa cfr. MUCCIARELLI, *L'esenzione, op. cit.*

officioso. In linea con tale opinione la **giurisprudenza**, specie di merito, **nega** che quello giudiziale costituisca **mero controllo di regolarità formale**²⁹⁴.

Non manca un orientamento²⁹⁵ che riferisce alla **valutazione giudiziale in ordine alla fattibilità** degli accordi di ristrutturazione un'intensità diversa, a seconda dell'esistenza, o meno, di **opposizioni da parte di creditori non aderenti**. In **manca di esse**, infatti, il tribunale deve esaminare la *chiarezza espositiva e la completezza della relazione* del professionista, verificando che *le analisi e le valutazioni svolte dall'esperto siano accurate, logiche, coerenti ed esaustive*. Il profilo della fattibilità è quindi valutato su un *piano astratto*, strettamente ancorato alla *razionalità argomentativa* della relazione²⁹⁶. Ove, per contro, **vi siano opposizioni**, il controllo assume un'estensione e una concretezza maggiori, immediatamente correlate alle *doglianze* che sono svolte dai creditori oppositori con facoltà di esaminarle nel merito e di verificarne ogni possibile ricaduta sulla *concreta attuabilità* dell'accordo o sulla sua capacità di assicurare il *pieno soddisfacimento ai creditori estranei*.

Non sembra, in ogni caso, che il c.d. giudizio di merito possa oltrepassare i confini di una **rivalutazione critica dell'opinione del professionista**, non disponendo il tribunale di poteri istruttori e non essendo prevista una figura che controlli i dati offerti dal ricorrente²⁹⁷. Per altri Autori²⁹⁸ il giudizio di omologazione investe la **verifica dei presupposti dell'accordo** enunciati al primo comma dell'art. 182-bis, legge fall. (vale a dire, della documentazione ex art. 161 legge fall., dell'adesione da parte di almeno del 60% dei creditori, della relazione del professionista sulla veridicità dei dati aziendali e sull'attuabilità dell'accordo, con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare il

²⁹⁴ In questi termini si è pronunciato il Trib. Milano 24 gennaio 2007, ad avviso del quale «il controllo non deve limitarsi alla mera constatazione asettica dell'intervenuta approvazione del piano, ma deve anche concretamente entrare nel merito del ricorso e soffermarsi con attenzione sulla **concreta attuabilità del piano**, intesa come il rispetto coerente degli accordi prospettati sulla base delle concrete prospettive di realizzo, basandosi su un ragionevole grado di monetizzazione, con particolare attenzione alla posizione dei creditori estranei all'accordo». Anche secondo il Trib. Roma 5 novembre 2009 (Pres. Monsurrò Est. Di Marzio, reperibile all'indirizzo www.ilcaso.it documento 1894/2009), se il giudice deve prescindere dalla valutazione di merito sulla convenienza dell'accordo deve però verificare se la *relazione* fornisce un quadro attendibile e veritiero dei dati riportati e dell'attuabilità dell'accordo e se l'*attestatore* ha fornito un quadro coerente e completo. Secondo Trib. Milano 15 ottobre 2009 Pres. Lamanna Est. Perrotti, edita su www.ilcaso.it documento 1979/2010, «la valutazione che il tribunale è chiamato a compiere in ordine alla fattibilità degli accordi di ristrutturazione è d'intensità diversa, a seconda che vi siano o meno opposizioni di creditori non aderenti. In mancanza di opposizioni il tribunale deve procedere alla disamina della chiarezza espositiva e della completezza della relazione del professionista, verificando che le analisi e le valutazioni svolte dall'esperto siano accurate, logiche, coerenti ed esaustive. Il profilo della fattibilità è quindi scrutinato su un piano astratto, strettamente ancorato alla razionalità argomentativa della relazione. Laddove, invece, vi siano opposizioni, il controllo assume un'estensione e una concretezza maggiori, immediatamente correlate alle doglianze che sono svolte dai creditori oppositori con facoltà di esaminare nel merito le censure svolte dai creditori contrari all'omologa e di verificarne ogni possibile ricaduta sulla concreta attuabilità dell'accordo e/o sulla sua capacità di assicurare il pieno soddisfacimento ai creditori estranei». Il Tribunale di Bologna 3 dicembre 2009, est. Atzori (reperibile all'indirizzo <http://www.osservatorio-oci.org>) assume che in sede di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, la percentuale dei creditori che deve aderire all'accordo, ex art. 182bis legge fall., va calcolata sul totale dei crediti, indipendentemente dalla loro natura e numero, dovendo poi il tribunale valutare l'attuabilità dell'accordo stesso, con particolare attenzione alle prospettive di realizzo, tali da consentire il pagamento dei creditori estranei.

²⁹⁵ Cfr. Trib. Milano 15 ottobre 2009 Pres. Lamanna Est. Perrotti, reperibile su www.ilcaso.it documento 1979/2010.

²⁹⁶ In senso conforme anche il Tribunale di Palermo del 31.1.2013, est. Terranova (reperibile all'indirizzo <http://www.osservatorio-oci.org/>) che ritiene che in sede di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti in assenza di opposizioni, il controllo del tribunale deve riguardare - oltre alla competenza del giudice adito, alla sussistenza dei requisiti soggettivo e oggettivo, e alla completezza del corredo documentale - l'effettiva esistenza di un accordo pubblicato nel registro delle imprese e stipulato con i creditori che rappresentano il sessanta per cento dei crediti, la correttezza del procedimento con il quale il professionista, avente i requisiti previsti dall'art. 67, co. 3, lett. d), l.f., è giunto ad attestare la veridicità dei dati aziendali, nonché la congruità e logicità delle motivazioni addotte nella relazione dell'esperto con riferimento all'attuabilità dell'accordo.

²⁹⁷ MUCCIARELLI, *ult. op. cit.*, 834.

²⁹⁸ Così INZITARI (*Gli accordi di ristrutturazione ex art. 182-bis l. fall.: natura, profili funzionali e limiti dell'opposizione degli estranei e dei terzi*, in Il Caso.it, II, 263/2011). L'Autore, pur dando atto che il giudizio di attuabilità necessariamente comprende una valutazione di affidabilità dei dati contabili e fattuali raccolti, esclude la sussistenza di un obbligo di attestazione della veridicità dei dati aziendali, poiché il contenuto della relazione risulterebbe autonomamente disciplinato dall'ultima parte del primo comma dell'art. 182-bis, L.F., senza far riferimento alcuno a tale attestazione. La posizione non pare più sostenibile neppure sotto il profilo del dato normativo letterale, atteso l'esplicito riferimento alla veridicità dei dati aziendali introdotto dall'art. 33, comma 1, lett. e), n. 1), D.L. 22 giugno 2012, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla L. 7 agosto 2012, n. 134.

regolare pagamento dei crediti estranei). Se alcuni di tali elementi (quali la documentazione, le percentuali minime di adesione, i requisiti e la relazione dell'esperto) potranno essere accertati sulla base di un riscontro obiettivo, la verifica giudiziale della attuabilità e dell'idoneità dell'accordo a pagare regolarmente i crediti degli estranei comporta una prognosi sulla meritevolezza degli atti di disposizione contenuti nell'accordo a conseguire, nell'eventuale successivo fallimento, l'esenzione dalla revocatoria fallimentare e dai reati fallimentari²⁹⁹.

Il quadro delle conclusioni resta, in larga parte, ancora incerto. Va richiamata, infatti, da un lato, la posizione assunta dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (sentenza 26 febbraio 2009, n. 22468) in favore di un potere giudiziale di **verifica della legalità procedimentale**, allorché ha relegato l'accordo «*in un'area privatistica a sfondo negoziale*», cui l'omologazione non attribuisce connotazione pubblicistica³⁰⁰. Inoltre, le verifiche approfondite sopra ricordate, ora richieste al tribunale per omologare gli accordi di ristrutturazione con **banche e intermediari finanziari ex art. 182-septies** legge fall. e autorizzare la **deroga al principio generale della relatività degli effetti del contratto**, producendone, al ricorrere di precise **condizioni**, anche verso la **minoranza** istituzionale finanziaria **dissenziante** e la stessa nomina, pur eventuale, di un ausiliario per acclarare tali presupposti di efficacia *erga omnes*, potrebbero indurre a ritenere che, al di fuori di questo limitato ambito, il vaglio giudiziale sia di portata fondamentalmente "notarile".

4. Il ruolo del pubblico ministero

Sino al varo del decreto legge 27 giugno 2015, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla L. 6 agosto 2015, n. 132, la disciplina degli accordi di ristrutturazione **non svolgeva riferimenti al ruolo del pubblico ministero**. L'omologa dell'accordo di ristrutturazione, inoltre, non rappresentava elemento costitutivo né presupposto di esistenza dei reati fallimentari, diversamente dalla sentenza di fallimento e dal decreto di ammissione del concordato. La Corte di Cassazione³⁰¹ aveva espressamente escluso che l'art. 236 legge fall. consentisse di applicare analogicamente le norme penali della legge fallimentare al debitore che avesse fatto ricorso all'omologa ex art. 182-bis legge fallimentare.

La situazione è mutata con la **novella del 2015**, pur limitatamente agli **accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari ex art. 182-septies** legge fallimentare. E' ora previsto, infatti, che la **relazione dell'ausiliario** (eventuale) del giudice (che lo coadiuva nell'opera di accertamento delle condizioni necessarie affinché l'accordo sia omologato e produca effetti nei confronti delle minoranze finanziarie

²⁹⁹ Sempre INZITARI, *ult. op. cit.*, osserva: «la attuabilità dell'accordo, sotto il profilo della idoneità a pagare i creditori ed in particolare i creditori estranei, costituisce, infatti, la migliore e più realistica e pragmatica verifica della esistenza o meno di una fondata giustificazione per disporre una deroga al regime generale dell'insolvenza (la quale prevede, come è noto la possibilità per il curatore di revocare, con la proposizione della specifica azione gli atti di disposizione del debitore che hanno pregiudicato la par condicio creditorum) e quindi per la concessione del privilegio ai creditori aderenti all'accordo della più volta menzionata esenzione dalla revocatoria e dalla bancarotta. Se infatti l'accordo risulta, sulla base della valutazione effettuata dal Tribunale in sede di omologa sulle modalità e sulle risorse desumibili dall'accordo, dal piano e dalla relazione dell'esperto, idoneo a soddisfare gli elementi alle condizioni dell'accordo e gli estranei, deve ritenersi che ricorrano giustificati motivi per concedere la esenzione in parola. Si tratta, quindi, della concessione o se si vuole del riconoscimento di una deroga alla generale disciplina fallimentare sugli atti pregiudizievoli ai creditori. Quindi la concessione della esenzione dalla revocatoria è pur sempre volta ad un risultato valutativo prospettico, riassumibile nella ragionevole previsione che, avendo potuto verificare che con l'attuazione dell'accordo, i creditori aderenti potranno essere soddisfatti secondo le regole contrattuali dell'accordo e i creditori estranei potranno essere soddisfatti regolarmente e alla scadenza, il Tribunale procedendo all'omologazione dell'accordo, potrà così concedere il privilegio della esenzione dalla revocatoria, in quanto tale deroga alle regole fallimentari, non arreca (o non dovrebbe) prevedibilmente arrecare pregiudizio ai creditori».

³⁰⁰ In linea con tale *opinione* parte della dottrina ritiene che in assenza di opposizioni il giudice debba limitarsi alla sola verifica della *regolarità* formale degli adempimenti procedurali (LO CASCIO, *Codice commentato del fallimento*, Milano, 2009). *Contra* PAJARDI, *Codice del fallimento*, a cura di Bocchiola M. e Paluchowski A, Milano, 2009, 1787.

³⁰¹ Cass. Pen. SSUU 26.2.2009 n. 22468; MUCCIARELLI, *ult. op. cit.*, 837.

dissenzienti) sia trasmessa ai sensi dell'art. 161, comma 5, legge fall., vale a dire in copia anche al pubblico ministero. Inoltre, a seguito della medesima novella, nel caso di accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari o di convenzione di moratoria, si applicano le **disposizioni estensive** dello spazio di rilevanza penal-fallimentare previste dell'articolo 236, comma 2, numeri 1), 2) e 4), legge fall., ovverosia le disposizioni degli artt. 223 e 224 agli amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori, di società, la disposizione dell' art. 227 agli institori dell'imprenditore, le disposizioni degli artt. 232 e 233 ai creditori.

In ogni caso, anche con riferimento all'accordo di ristrutturazione "comune" ex art. 182 *bis* legge fall. il silenzio del legislatore non giustifica l'estraneità e men che meno il disinteresse del pubblico ministero rispetto alla procedura. Lo stato di crisi, quand'anche in concreto distinto dall'insolvenza, resta meritevole dell'attenzione del pubblico ministero che, in esito agli approfondimenti, acquisita la prova dell'insolvenza, può determinarsi ad avanzare richiesta di fallimento. Inoltre, le procedure di omologa di accordi di ristrutturazione riguardano e comunque coinvolgono **imprese di notevoli dimensioni**, la cui crisi può diventare diffusiva, ragione che di per sé giustifica l'interesse e può legittimare l'intervento del pubblico ministero^{302 303}.

4.1. La conoscenza della pendenza dei ricorsi ex art. 182 *bis* L.F.

Gli accordi di ristrutturazione devono essere **depositati nella cancelleria** del tribunale fallimentare, con la richiesta di omologa, e **pubblicati nel registro delle imprese**.

In via generale, per il deposito e la pubblicazione **non** sono previste **specifiche comunicazioni al pubblico ministero**. Nulla vieta, in ogni caso, che l'ufficio del pubblico ministero chieda, con cadenze periodiche, alla cancelleria del Tribunale la segnalazione dei ricorsi ex art. 182-*bis* legge fall. depositati.

L'acquisizione della conoscenza dell'iniziativa ex art. 182-*bis* legge fall. appare inevitabile nel **caso in cui sia il pubblico ministero ad avere avanzato richiesta di fallimento**. Infatti, secondo la giurisprudenza, l'accordo di ristrutturazione è *sindacabile incidentalmente* nel procedimento per la dichiarazione di fallimento³⁰⁴ e *non ne preclude la procedibilità* ai sensi dell'art. 182-*bis*, comma 3, legge fall., atteso che l'iniziativa del pubblico ministero non è omogenea alle iniziative cautelari dei creditori. Appare necessario, in ogni caso, che i due procedimenti siano *riuniti* per il rapporto di connessione e di pregiudizialità tra la richiesta di omologa (il cui accoglimento importa il superamento dello stato di crisi) e quella di fallimento.

4.2. L'opposizione all'omologa

Come anticipato, entro trenta giorni dalla pubblicazione i creditori e «**ogni altro interessato**» possono proporre **opposizione** all'accordo (art. 182 *bis*, comma 4, legge fall.). Quest'ultima categoria potrebbe comprendere anche il **pubblico ministero** che ritenga di intervenire nel giudizio di omologa³⁰⁵, comportamento astrattamente giustificabile anche in base all'art. 70, comma 3, c.p.c..

L'opposizione **non è equipollente alla richiesta di fallimento**. In *difetto di omologa*, infatti, *il tribunale non può dichiarare il fallimento* ove non sia presentata una specifica richiesta, peraltro eventuale, occorrendo la prova dell'insolvenza e non del generico stato di crisi. Il pubblico ministero opponente potrebbe non aver aperto alcun

³⁰² ORSI, *op. cit.*

³⁰³ Trib. Milano 15 ottobre 2009 Pres. Lamanna Est. Perrotti, *citata*.

³⁰⁴ C. App. Trieste 4 settembre 2007 edita in Diritto fall., 2008 parte seconda, 297.

³⁰⁵ Così ORSI, *op. cit.*, che richiama Trib. Milano 15 ottobre 2009 Pres. Lamanna Est. Perrotti e Trib. Milano 25 marzo 2010 Pres. Lamanna est. Vitiello.

procedimento penale in seno al quale riconoscere l'emersione dell'insolvenza e dunque essere privo della legittimazione *ex art. 7, comma 1, n. 1, legge fall.* (almeno ove non si riconosca la portata generale del potere di iniziativa *ex art. 6 legge fall.*). Si tratta di situazione normalmente "rimediabile" ove l'esame del bilancio del debitore o le indicazioni dei creditori valgano a porre in evidenza *notizie dei reati ex artt. 2621, 2622 c.c.* o di appropriazione indebita. Inoltre, in presenza di rilevata insolvenza è altamente probabile che il Tribunale che rifiuti l'omologa *segnali* la circostanza al pubblico ministero *ex art. 7, comma 1, n. 2, legge fallimentare*.

4.3. Reclamo e richiesta di fallimento dopo l'omologa

Il decreto di omologa o di rigetto è **reclamabile** in Corte d'appello *ex art. 183 legge fall.*, in quanto applicabile, entro quindici giorni dalla sua pubblicazione nel registro delle imprese (art. 182-bis, comma 5, legge fall.). Si ritiene che il **pubblico ministero** possa proporre reclamo contro l'omologa, contestandola, quando non abbia legittimazione o elementi di prova d'insolvenza per chiedere il fallimento del debitore³⁰⁶.

Come il deposito dell'accordo neppure l'omologa preclude la procedibilità dell'iniziativa fallimentare del P.M., ove legittimato e sussista l'insolvenza³⁰⁷, da valutare però alla luce degli effetti inibenti e sospensivi *ex art. 182-bis, commi 3, 6, 7, 182-septies, comma 2, legge fallimentare*.

4.4. Mancata omologa

I legittimati all'iniziativa per la dichiarazione d'insolvenza possono chiedere il fallimento non solo in pendenza del procedimento di omologa ma anche quando, *a fortiori*, il ricorso per l'omologa sia stato respinto. In ogni caso occorre l'iniziativa di un creditore o del pubblico ministero. All'esito del procedimento di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti, ove il tribunale rigetti la domanda di omologazione e dal ricorso, dalla documentazione allo stesso allegata e dalla relazione del professionista emerga una situazione di insolvenza dell'imprenditore richiedente, quest'ultima deve essere segnalata al pubblico ministero a norma dell'art. 7, n. 2, legge fall.³⁰⁸.

5. I reati fallimentari collegati all'omologa dell'accordo di ristrutturazione

Come anticipato, l'omologa dell'accordo di ristrutturazione non costituisce presupposto di esistenza dei reati fallimentari, salvo che non si tratti di accordo con intermediari finanziari *ex art. 182-septies, legge fallimentare*.

Occorre, inoltre, considerare che in base all'**art. 217-bis** legge fall. le disposizioni di cui all'articolo 216, terzo comma (bancarotta preferenziale), e 217 (bancarotta semplice) legge fall. non si applicano, tra l'altro, ai pagamenti e alle operazioni compiuti in esecuzione di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato ai sensi dell'articolo 182-bis legge fall.

Oltre ai dubbi sulla natura giuridica di tale previsione (cfr. *supra* in tema di concordato preventivo), la verifica della "attuabilità" dell'accordo da parte del giudice penale, secondo valutazione *ex ante*, risente delle incertezze sull'estensione della valutazione affidata al tribunale in sede di omologa. Ove essa si dilati sino al "merito"

³⁰⁶ ORSI, *ult. op. cit.*

³⁰⁷ Come ricorda ORSI, il Trib. Milano (15 ottobre 2009, *cit.*) che ha omologato gli accordi presentatigli ed ha rigettato la richiesta di fallimento *ex art. 7 l.f.*, ha statuito che "*all'ufficio del PM sarà affidata ...un'opera di attenta vigilanza sulla regolare attuazione degli accordi.*"

³⁰⁸ Così Tribunale di Roma del 27.1.2010 est. Ruggiero, reperibile all'indirizzo <http://www.osservatorio-oci.org>.

delle condizioni di legalità dell'accordo, incorporando una valutazione giudiziale di "attuabilità", divenuto definitivo potrebbe limitare in maniera consistente la sindacabilità da parte del giudice penale, tenuto altresì conto che l'esenzione pare ricollegata al fatto storico dell'omologazione. In senso contrario, milita la portata generale dell'art. 2, comma 1, cod. proc. pen., che attribuisce al giudice penale il potere - dovere di risolvere ogni questione da cui dipende la decisione, salvo che sia diversamente stabilito. Con l'ulteriore implicazione per cui ove si dovesse escludere che il giudice civile svolga una valutazione sulla fattibilità del piano di ristrutturazione, quando venga invocata l'operatività dell'art. 217-bis, legge fall. il medesimo vaglio non potrebbe essere impedito al giudice penale.

www.osservatorio-oci.org

Parte IV

Prospettive di riforma e conclusioni. Cenni

La disciplina delle procedure di accertamento e di gestione delle crisi d'impresa vive una stagione di **intensivi fermenti** in seno al processo riformatore sospinto dai risultati dei lavori della commissione Rordorf. Ne offre testimonianza il percorso parlamentare del disegno di legge di iniziativa governativa che ne è scaturito ed è tuttora in corso³⁰⁹. Secondo il dichiarato spirito di semplificazione e di armonizzazione delle procedure, perseguendo l'obiettivo e l'aspirazione di *pervenire ad una definizione ferma dello stato di crisi e di stato di insolvenza, ancora più forte appare l'esigenza di organizzazione e di specializzazione delle competenze del pubblico ministero*.

L'organo pubblico inquirente dovrà sempre più immergersi in un ambito procedurale nel quale «*dovrà darsi, finché possibile ed avendo cura di scoraggiare comportamenti strumentali, la prevalenza agli strumenti negoziali di risoluzione della crisi d'impresa e di ristrutturazione rispetto a quelli meramente disgregatori*»³¹⁰, in modo da «*dare priorità di trattazione, salvi casi di abuso, alle proposte che comportino il superamento della crisi assicurando la continuità aziendale, anche per il tramite di un diverso imprenditore, e riservando la liquidazione giudiziale ai casi nei quali non venga proposta una soluzione alternativa adeguata*»³¹¹.

Inoltre, il pubblico ministero sarà richiesto di confrontarsi con gli esiti delle **innovative procedure di allerta e di composizione assistita** della crisi, introdotte sulla scia della Raccomandazione n. 2014/135/UE e volte a «*consentire alle imprese sane in difficoltà finanziaria di ristrutturarsi in una fase precoce, per evitare l'insolvenza e proseguire l'attività*»³¹². Allo stato dei lavori parlamentari, mantenute le misure premiali³¹³, sembra

³⁰⁹ Il DDL **3671-bis** «*Delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza*» è stato approvato dalla Camera dei deputati il 1° febbraio 2017 e trasmesso alla Presidenza del Senato il 3 febbraio 2017 ove ha preso il numero **2681 S**.

³¹⁰ RORDORF, *Relazione allo schema di legge delega per la riforma delle procedure concorsuali*, 29.12.2015, reperibile all'indirizzo <http://www.osservatorio-oci.org>.

³¹¹ Così lo schema di disegno di legge delega recante «*Delega al Governo per la riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza*», elaborato dalla Commissione ministeriale istituita dal Ministro della Giustizia con Decreto 28 gennaio 2015 (e successive integrazioni) reperibile all'indirizzo <http://www.osservatorio-oci.org>.

³¹² Con tali procedure si immagina, per usare le parole di RORDORF, *ult. op. cit.*, «*un luogo d'incontro tra le contrapposte -ma non necessariamente divergenti- esigenze del debitore e dei suoi creditori, secondo una logica di mediazione e composizione, non improvvisata e solitaria, bensì assistita da organismi professionalmente dedicati alla ricerca di una soluzione appropriata*». Si tratta di una fase preventiva di «*allerta*», diretta a percorrere l'emersione della crisi attraverso una rapida *analisi* delle cause della difficoltà economica e finanziaria dell'impresa e, ove necessario, un *supporto ai negoziati* in funzione dell'accordo con i creditori o alcuni di essi (quelli meno conflittuali, o più strategici). Procedure gestite da un'apposita sezione degli Organismi di composizione della crisi (già previsti dalla normativa in tema di sovra-indebitamento), dunque, al di fuori del tribunale, regola derogata solo in caso di misure protettive (volte ad impedire o paralizzare eventuali aggressioni dei creditori al patrimonio del debitore o dell'impresa nel periodo di tempo occorrente all'espletamento della procedura ed all'eventuale raggiungimento di accordi negoziali con i creditori medesimi) o di risoluzione giudiziale dei possibili conflitti tra diritti ed interessi, anche di terzi, potenziali o già in essere. L'esito naturale di tali procedure sarà l'adozione di **misure di riorganizzazione dell'impresa** idonee a favorire il superamento del malessere finanziario ed a prevenire lo stato d'insolvenza, oppure la tempestiva messa in campo degli **strumenti negoziali di gestione e superamento della crisi** già presenti nella normativa. Ove, poi, non si pervenga all'autonomo risanamento dell'impresa né si raggiungano accordi con i creditori per scansare la crisi e prevenire l'insolvenza, si determineranno le condizioni per la **successiva instaurazione di procedure giudiziali destinate all'accertamento ed alla gestione delle situazioni di crisi o d'insolvenza**, pur sempre rimesse all'iniziativa dei soggetti legittimati.

³¹³ Nel progetto RORDORF si trattava di misure premiali, sia di natura patrimoniale sia in termini di responsabilità personale, in favore dell'imprenditore attivatosi tempestivamente con la presentazione dell'istanza all'organismo competente ad addivenire ad una soluzione della crisi concordata con i creditori o con la richiesta di omologazione di un accordo di ristrutturazione o con la proposta di un concordato preventivo o con ricorso per l'apertura della procedura di liquidazione giudiziale. Tra tali misure premiali in termini di responsabilità personale sono ancora previste in seno al disegno di legge approvato dalla Camera dei deputati la causa di non punibilità per il delitto di bancarotta semplice e per gli altri reati previsti dalla legge fallimentare, quando abbiano cagionato un danno patrimoniale di speciale tenuità ai sensi all'articolo 219, terzo comma, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, un'attenuante ad effetto speciale per gli altri reati, nonché una congrua riduzione degli interessi e delle sanzioni correlati ai debiti fiscali dell'impresa, fino alla conclusione della medesima procedura; con la precisazione che il requisito della tempestività ricorre esclusivamente quando il debitore ha proposto una delle predette istanze, entro il termine di sei mesi dal verificarsi di determinati indici di natura finanziaria da individuare considerando, in particolare, il rapporto tra mezzi propri e mezzi di terzi, l'indice di rotazione dei crediti, l'indice di rotazione del magazzino e l'indice di liquidità (art. 4, comma 1, h DDL n. 2681 Senato).

venuta meno la prospettiva di introdurre, quale strumento sanzionatorio, un'ulteriore fattispecie di bancarotta semplice, ai sensi degli *articoli 217 e 224 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267*, per l'imprenditore che ingiustificatamente ostacoli o non ricorra a tali procedure di mediazione, pur in presenza dei relativi presupposti³¹⁴.

Ma accanto a questi istituti, che impongono al pubblico ministero contegni di *sobrio contenimento delle proprie iniziative a fronte di genuine ed autonome attivazioni delle misure di anticipata composizione della crisi in sede extragiudiziale*, vengono profilandosi significativi **mutamenti** destinati ad **incidere in maniera consistente sull'esperienza professionale del magistrato inquirente** ed accrescerne l'impegno e le responsabilità. In breve, le **novità** sono riepilogabili: (i) nell'estensione dell'iniziativa del pubblico ministero *in ogni caso in cui lo stesso abbia notizia dell'esistenza di uno stato di insolvenza*³¹⁵ (cfr. art. 2, comma 1, lett d, DDL S. 2681); (ii) nell'attribuzione al pubblico ministero dell'iniziativa per l'apertura delle soluzioni liquidatorie, *pure in pendenza di procedure esecutive individuali*, quando l'insolvenza riguardi l'imprenditore³¹⁶ (art. 9, lett. h), DDL S. 2681); (iii) nel riconoscimento anche al pubblico ministero dell'iniziativa *per la conversione in procedura liquidatoria, nei casi di frode o inadempimento* (art. 9, lett. m, DDL S. 2681); (iv) nell'informazione al pubblico ministero presso il tribunale del luogo in cui il debitore ha sede, da parte del collegio costituito in seno all'organismo che assiste il debitore nella procedura di composizione assistita della crisi, della mancata individuazione di misure idonee a superare la crisi e dell'attestazione dello stato di insolvenza, ai fini del tempestivo accertamento dell'insolvenza medesima, (art. 4, comma 1, lett b, DDL n. 2681 Senato).

Se queste previsioni "estensive" si conserveranno nella definitiva versione della riforma (e sempre che essa riuscirà a trovare approdi saldi) dovrà riconoscersi che l'impegno del pubblico ministero nelle procedure di soluzione della crisi di impresa risulterà grandemente innovato, venendo meno quei limiti alla sua azione che tradizionale orientamento annotava quale naturale complemento della privatizzazione della regolazione della crisi. **L'organo inquirente recupererà**, così, pienamente **la sua funzione di garanzia e di controllo della lealtà dell'accesso alle procedure non liquidatorie** in linea con la sua natura di soggetto pubblico indipendente. Con parziale ripensamento, al ricorrere delle situazioni di insolvenza, della scelta operata dall'art. 1 del d.lgs. n. 6/2003 di limitare il controllo del pubblico ministero sulla regolarità della gestione *ex art. 2409 c.c. alle sole società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio*, preferendo la stabilità e la serenità gestionale.

Ciò implicherà, uno **sforzo organizzativo** sinora sconosciuto in seno alla più parte degli Uffici di Procura, già gravati di numerose incombenze "ordinarie", con esposizione a *rischi di disorientante variabilità territoriale ed incertezza nella gestione della conoscenza dell'insolvenza o della crisi d'impresa*. Pericolo quanto mai funesto poiché si accompagnerebbe alla **trasformazione del pubblico ministero in un alibi spento del sistema**. Un controllo pubblico "sulla carta", che non potrebbe mancare per esigenza di sistematica razionalità, ma

³¹⁴ Ne trae conferma l'opinione in base alla quale l'esercizio responsabile e moderno dell'attività d'impresa si declina anche attraverso la competente e tempestiva attivazione degli strumenti e rimedi offerti dall'ordinamento per prevenire la crisi e porvi rimedio. Coerentemente, il disinteresse o l'antagonismo rispetto a tali innovativi strumenti integrava nuova forma di responsabilità imprenditoriale, meritevole di interesse e repressione penale finendo per costituire la base di riferimento dei giudizi di riprovazione già comuni alle forme sin qui note di bancarotta semplice. Un nuovo reato di pericolo, quanto mai necessario, capace di salvaguardare la tempestività dell'intervento, muovendo dalla consapevolezza che «*le possibilità di salvaguardare i valori di un'impresa in difficoltà sono direttamente proporzionali alla tempestività dell'intervento risanatore e che, viceversa, il ritardo nel percepire i prodromi di una crisi fa sì che, nella maggior parte dei casi, questa degeneri in vera e propria insolvenza sino a divenire irreversibile ed a rendere perciò velleitari - e non di rado addirittura ulteriormente dannosi - i postumi tentativi di risanamento*» (così la Relazione al progetto di riforma in commento).

³¹⁵ Osserva RORDORF, *op. cit.*, al riguardo: «*Il potere d'iniziativa attribuito al pubblico ministero non si discosta significativamente da quello previsto dalla normativa vigente, salvo che per il fatto di poter essere esercitato in ogni caso in cui egli abbia notizia di uno stato d'insolvenza. Sul piano logico, posto che l'attribuzione di tale potere evidentemente risponde ad un'esigenza di tutela di interessi di natura pubblica, mal si giustifica la sua restrizione ai soli casi nei quali la notizia dell'insolvenza pervenga al pubblico ministero attraverso canali determinati*».

³¹⁶ Sempre RORDORF, *op. cit.*, chiosa «*E' apparso coerente contemplare tale potere d'iniziativa anche nell'ambito delle procedure relative all'insolvenza di imprenditori la cui dimensione non ne contemplerebbe oggi il fallimento, ma non quando si tratti di debitori non aventi veste imprenditoriale*».

che non potrebbe funzionare davvero e fino in fondo, per necessità di gestire ulteriori e tradizionali attività.

Le soluzioni negoziali della crisi di impresa costituiscono valori da preservare ma non possono valere ad annientare gli spazi del controllo pubblico, perché, come sperimentato, l'insolvenza è fenomeno di innegabile rilevanza non solo privata. In particolare, non può assecondarsi la pretesa di affrancare dal controllo pubblico non già la valutazione della convenienza economica dello strumento di composizione della crisi ma la stessa genuinità e completezza delle sue premesse informative, alimentando aspirazioni d'immunità penale per gravi e nascoste infedeltà patrimoniale antecedenti e successive all'intesa negoziale. La difesa del mercato sano, rispettoso delle regole di ingaggio, non sembra valore suscettibile di essere sacrificato sull'altare della soluzione apparente della crisi economica.

Ciò implicherà anche la costruzione di un **linguaggio**, ancora non del tutto testato, **utile allo scambio di informazioni tra i soggetti pubblici**, che dovranno potenziare la capacità di condividere la responsabilità del controllo, abbandonando i deresponsabilizzanti recinti dell'incomunicabilità reciproca.

BIBLIOGRAFIA

AMBROSINI -DEMARCHI-VITIELLO, *Il concordato preventivo e la transazione fiscale*, Bologna-Roma 2009.

AMBROSINI, *Istruttoria prefallimentare: la segnalazione della notitia decoctionis da parte del Tribunale e l'iniziativa del p.m. notitia decoctionis da parte del tribunale e l'iniziativa del p.m.*, in *Giurisprudenza di Merito*, fasc.3, 2013.

AMBROSINI, *Il Concordato preventivo*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali* diretto da F. Vassalli – F.P. Luiso – E. Gabrielli, Torino, 2014.

ANDRIOLI, *Fallimento* (dir. priv.), Enc. D., XVI, Milano, 1967.

AULETTA *L'iniziativa per la dichiarazione di fallimento (specie del creditore sedicente o non legittimato o rinunciante)*, *Fall.*, 2010.

BONFATTI-CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2004.

BONGIORNO, *La dichiarazione di fallimento*, in G. Ragusa Maggiore - C. Costa (diretto da), *Le procedure concorsuali. Il fallimento*, Torino, 1997.

BONGIORNO *La riforma del procedimento dichiarativo*, in DIDONE A. [a cura di], *La riforma della legge fallimentare*, 2009.

BONSIGNORI, *Il fallimento*, in F. Galgano (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, Padova, IX, 1986.

BOZZA, *Il pubblico ministero nel concordato preventivo*, in *Fall.*, 2010.

BRICCHETTI-PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari. Dottrina e giurisprudenza a confronto*, Milano, 2011.

BROGI, *La procedura di concordato preventivo: i nuovi poteri di verifica del Tribunale sulla proposta e sulla fattibilità del piano*, reperibile all'indirizzo <http://www.osservatorio-oci.org>, gennaio 2017.

BROGI, *L'irrilevanza della desistenza successiva alla pubblicazione della sentenza*, in *Quotidiano Giuridico* 6.10.2016.

CARBONARA, *sub art. 33 l.f.*, in CAVALLINI (diretto da), *Commentario alla legge fallimentare*.

CAVALLI, *La dichiarazione di fallimento*, in S. Ambrosini (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, Bologna, 2006.

CAVALLI, in *Comm. Jorio – Fabiani*, Bologna, 2006.

CAVALLI, *Gli organi del fallimento*, in COTTINO (a cura di), *Trattato di dir. comm.*

CERQUA, *La tutela penale del concordato e dei piani attestati*, in *Fallimento*, 2014, 10, 1116.

CIPRIANI, *L'agonia del pubblico ministero nel processo civile*, in *Foro it.*, 1993.

CLEMENTE A.- GISONDI A., in SANDULLI M.-NIGRO A. [a cura di], *La riforma della legge fallimentare*, Torino, 2006.

COSENTINO, *I crediti prededucibili nel concordato preventivo*, *Il diritto degli affari.it*, 20 ottobre 2014.

COSTA, *La conversione dell'amministrazione straordinaria in fallimento ed i poteri dell'autorità giudiziaria*(commento alla normativa) in *Dir. Fall.*, 2014, 1.

D'ALESSANDRO, *Il nuovo art. 217 bis legge fall.*, in *Le società*, n. 2/2011.

D'AQUINO, *Questioni in tema di dichiarazione d'ufficio del fallimento*, *Fall.*, 2003, 1102-1107

D'ARRIGO, *L'iniziativa per la dichiarazione di fallimento*, in *Crisi d'impresa e procedure concorsuali* (a cura di O.CAGNASSO- L. PANZANI), 2016.

DE SANTIS, *Legittimazione ad agire del Pubblico Ministero per la dichiarazione di fallimento e rapporti con le procedure concorsuali alternative*, *Fall.*, 2010.

DE SANTIS, *La dichiarazione di fallimento*, in *Trattato di diritto fallimentare*, diretto da Buonocore e Bassi, I, Padova 2010.

DIMUNDO, *L'iniziativa per la dichiarazione di fallimento*, in AA.VV., *Diritto fallimentare*, Milano, 1996.

DIMUNDO, *Il giudizio di dichiarazione di fallimento* in AA.VV. *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, diretto da L. Panzani, Torino, 2000.

DI VIZIO, *I riflessi penali della proposta di riforma elaborata dalla Commissione Rodorf*, in *Quotidiano Giuridico*, 8.3.2016.

DI VIZIO *La relazione ex art. 172 l.fall. quale equipollente della denuncia e della notizia di reato*, in *Quotidiano Giuridico*, 5.4.2016.

DI VIZIO, *La confessione al curatore è documento autosufficiente per il giudice penale*, in *Quotidiano Giuridico*, 2016.

DI VIZIO, *Le "pericolose confessioni" dell'amministratore di fatto al Giudice delegato*, in *Quotidiano Giuridico*, 2016.

DI VIZIO, *Il nuovo sistema di prevenzione e gestione delle crisi bancarie. Disciplina amministrativa e tutela penale del risparmio*, 2016.

DI VIZIO, *Bancarotte: le responsabilità penali collegate alla crisi d'impresa*, reperibile all'indirizzo <http://www.osservatorio-oci.org>, gennaio 2017.

FABIANI, *Pubblico ministero, iniziativa di fallimento e potere di impugnazione*, in *Il Fallimento*, 2007.

FABIANI, *Nota a Cass. 5 dicembre 2001*, in *Foro it.*, 2002, I, c. 375.

FABIANI, *Commento sub artt. 6-7 legge fall.*, *Comm. Jorio-Fabiani*, Bologna, 2006, I.

FABIANI, *L'istruttoria prefallimentare*, in *Il Fallimento*, 1994, 493; FABIANI, *Pubblico ministero, iniziativa di fallimento e potere di impugnazione*, in *Il Fallimento*, 2007.

FABIANI, *Il nuovo diritto fallimentare*, Bologna-Roma, 2008.

FABIANI, *L'ulteriore upgrade degli accordi di ristrutturazione e l'incentivo ai finanziamenti nelle soluzioni concordate*, in *Fallimento*, 2010.

FABIANI, *Diritto fallimentare. Un profilo organico*, Bologna, 2011.

FARINA, *La legittimazione del P.M. a presentare la "richiesta" di fallimento in caso di insolvenza risultante in sede penale*, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2011.

FAUCEGLIA, *Revoca dell'ammissione al concordato e dichiarazione di fallimento in corso di procedura*, in Fauceglia G. - Panzani L. (a cura di), *Fallimento e altre procedure concorsuali*, III, Utet, Torino, 2009.

FERRARA, *Il fallimento*, Milano, 1989.

FERRARA-BORGIOI, *Il fallimento*, Milano, 1995.

FERRETTI, *L'attività di relazione del curatore*, in APICE (diretto e coordinato), *La dichiarazione e gli effetti del fallimento*, Giappichelli, 2010.

FERRO, *Piano di risanamento non eseguito, desistenza del creditore istante, ricorso del p.m. e fallimento d'ufficio: le modalità di apertura e prosecuzione istruttoria dell'indagine sull'insolvenza*, in *Fall.*, 2000.

FERRO *L'istruttoria prefallimentare*, Torino, 2001.

FERRO, *La legge fallimentare, Commentario*, Padova, 2007.

FERRO, *La terzietà spettatrice del giudice dell'insolvenza: le segnalazioni al pubblico ministero e l'iniziativa per la dichiarazione di fallimento*, C.g., 2009.

FERRO (*L'istruttoria pre-fallimentare e l'iniziativa del P.M.*, Giornata di studi 23 gennaio 2012 "La procedura pre-fallimentare ed i reati fallimentari", Corte d'Appello di Milano, reperibile all'indirizzo http://www.ca.milano.giustizia.it/allegato_corsi.

FERRO, *Misure di allerta e composizione assistita delle crisi*, in *Fallimento*, 2016.

FILIPPI, *Il processo prefallimentare*, G.mer., 2007.

FILIPPI, *Contrasti su ... poteri dei creditori e ruolo del pubblico ministero*, in *Giurisprudenza di Merito*, fasc.6, 2009.

FILIPPI, *Art. 7*, in M. Ferro (a cura di), *La legge fallimentare. Commentario teorico pratico*, 3, Padova, 2014.

FILOCAMO, *Commento all'art. 173*, in Ferro M. (a cura di), *La legge fallimentare. Commento teorico-pratico*, III ed., Padova 2014.

FIMMANO, *Estinzione fraudolenta della società e ricorso di fallimento "sintomatico" del Pubblico ministero*, in *Dir. fall.*, 2013.

GALLETTI, *La revoca dell'ammissione al concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 2009, 730.

GIOVETTI e CONCA, *La dichiarazione di fallimento. Analisi sistematica e profili procedurali*, Ipsoa, 2002.

GRASSO, *Pubblico ministero. Diritto processuale civile*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXV, 1991.

GUGLIELMUCCI, *Lezioni di diritto fallimentare*, Torino, 2004.

GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, Torino, 2011.

IBBA-DEMURO, *Il fallimento dell'impresa pubblica in forma societaria in Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, op. cit.

INZITARI, *Gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e la convenzione di moratoria: deroga al principio di relatività del contratto ed effetti sui creditori estranei*, in *Dir. Fall.*, 2015.

INZITARI, *Gli accordi di ristrutturazione ex art. 182-bis l. fall.: natura, profili funzionali e limiti dell'opposizione degli estranei e dei terzi*, in *Il Caso.it*, II, 263/2011.

LENOCI, *Il ruolo del Pubblico Ministero nella procedura di concordato preventivo*, relazione presso la Scuola Superiore della Magistratura, Scandicci, 4 ottobre 2016.

LO CASCIO, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Milano, 2002.

LO CASCIO, *Il professionista attestatore*, il Fallimento, 2013.

JORIO, *Le crisi d'impresa. Il fallimento*, Milano, 2000.

JORIO, *Fallimento (diritto privato e processuale)*, in *ED, Annali*, III, Milano, 2010.

MACAGNO, *La Suprema Corte apre nuovi orizzonti all'iniziativa del Pubblico ministero*, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2/2015.

MANDRIOLI, *Lo stato di insolvenza dell'impresa*, in *Didone* (a cura di), *Le riforme della legge fallimentare*, Torino, 2009.

MANERA, *Brevi considerazioni sull'intervento obbligatorio del p.m. nei procedimenti civili non contenziosi*, in *Giur. merito*, 1995.

MINUTOLI, *Riflessioni sul potere di azione del pubblico ministero tra vecchia e nuova legge fallimentare*, *Fall.*, 2006.

MONTANARO, *Il procedimento per la dichiarazione di fallimento*, in *Didone - a cura di - Le riforme della legge fallimentare*, I, Torino, 2009.

MOZZARELLI, *Il presupposto soggettivo in Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, *UTET*, 2016, (a cura di O.CAGNASSO- L. PANZANI).

MUCCIARELLI, *Stato di crisi, piano attestato, accordi di ristrutturazione, concordato preventivo e fattispecie penali*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2009.

MUCCIARELLI, *L'esenzione dai reati di bancarotta*, in *Diritto penale e processo*, n. 12/2010.

NARDECCHIA, *La protezione anticipata del patrimonio del debitore negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Fallimento*, 2011.

NIGRO-VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, Bologna, 2009.

NIGRO, *Sub art. 5*, in *Nigro-Sandulli-Santoro* (a cura di), *La legge fallimentare dopo la riforma*, I, Torino, 2010.

ORSI, *Il ruolo del PM nella fase prefallimentare e la sua legittimazione alla richiesta dei provvedimenti cautelari o conservativi ex art. 15 c. 8 l.f.*, 2011, reperibile all'indirizzo http://www.ca.milano.giustizia.it/allegato_corsi.

PACCHI, *La dichiarazione di fallimento*, in *A. Maffei Alberti* (a cura di), *Diritto fallimentare*, Bologna, 2002.

PACILEO, *Il pubblico ministero nel processo civile*, *Cass. pen.*, fasc.10, 2006.

PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, 3^a ed., Giuffrè, 1986.

PAJARDI – PALUCHOWSKY, *Manuale di diritto fallimentare*, 2008.

PAJARDI, *Codice del fallimento*, a cura di Bocchiola M. e Paluchowski A, Milano, 2009.

PANZANI, *La riforma delle procedure concorsuali. Il secondo atto*, 2006, in www.ilquotidianogiuridico.it.

PRESTI, *Stato di crisi e stato di insolvenza*, in *CAGNASSO- L. PANZANI* (a cura di) *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, *UTET*, 2016.

RORDORF, *Relazione allo schema di legge delega per la riforma delle procedure concorsuali*, 29.12.2015, reperibile all'indirizzo <http://www.osservatorio-oci.org>.

ROSSI, *Le crisi d'impresa*, in *Diritto fallimentare. Manuale breve*, Milano, 2013.

SANDRELLI, *I reati della legge fallimentare diversi dalla bancarotta. Il ruolo del curatore nel processo penale*, Giuffrè, 1990.

SANDRELLI, *Le esenzioni dai reati di bancarotta e il reato di falso in attestazioni e relazioni*, in *Fallimento*, 2013, 7, 789 (commento alla normativa).

SANDULLI, *Sub art. 5*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da Jorio, coordinato da Fabiani, I, Bologna, 2007.

SANTANGELI, *PM e fallimento, relazione al corso "Poteri e compiti del P.M. in materia civile e fallimentare"*, Scuola Superiore della Magistratura, Scandicci, 4 ottobre 2016.

SANTANGELO, *Il ruolo del pubblico ministero nelle procedure concorsuali*, in *Orientamenti*, anno XVII, dicembre 2008.

SANTORIELLO, *La rilevanza penale delle innovazioni in materia fallimentare introdotte con il d.l. n. 83/2015*, in *Fallimento*, 2016.

TERRANOVA, *Stato di crisi, stato d'insolvenza, incapacienza patrimoniale*, in Dir. fall., 2006.

TROYER, *Il concorso dell'istituto di credito nei fatti di bancarotta, tra libertà d'iniziativa economica e controllo del giudice penale, problemi ancora aperti e occasioni mancate*, relazione tenuta al Convegno "La procedura pre-fallimentare ed i reati fallimentari: problematiche vecchie e nuove, Milano, 23 gennaio 2012.

VASSALLI, *Diritto fallimentare*, Torino, I, 1994.

VELLANI, *Pubblico ministero* (Diritto processuale civile), in NN.D.I., App., Torino, 1986.

VERNA, *La relazione del curatore fallimentare*, in dir. fall., 2009/5.

VITALE in *Nuovi profili penali della crisi di impresa: l'esenzione dai reati di bancarotta e la responsabilità del professionista attestatore*, in Archivio Penale, 2014.

ZINCANI, *Il nuovo art. 217-bis l.fall: la ridefinizione dei reati di bancarotta*, in Fall., 2011.