

LA CRISI D'IMPRESA NELLA PROSPETTIVA INTERDISCIPLINARE

Incontro di Studio organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura

Roma 14 giugno 2010

IL PUBBLICO MINISTERO NELLE PROCEDURE CONCORDAZIONI

Relazione del dr. Luigi Orsi, sost. Proc. della Repubblica presso il Tribunale di Milano

Sommario: 1. Il PM nelle procedure concorsuali. 2. **IL RUOLO DEL PM NEL PROCEDIMENTO PER LA DICHIARAZIONE DI FALLIMENTO.** 2.1. La *richiesta* di fallimento. Natura. 2.2. Imprenditore del quale il PM può richiedere il fallimento. 2.3. Legittimazione attiva del PM. 2.3.1. La *notitia decotionis* che emerge da un procedimento penale ovvero dalla fuga, irreperibilità, latitanza dell'imprenditore, dalla chiusura dei locali o dall'impossessamento di beni (art. 7 n. 1 l.f.). 2.3.2. Le segnalazioni dei giudici civili (art. 7 n. 2 l.f.). 2.3.3. Ulteriori rilievi sulla tassatività dei casi di legittimazione del PM. Le segnalazioni di privati non legittimati e di giudici amministrativi e tributari. 2.4. Facoltatività o doverosità della richiesta di fallimento. 2.5. Competenza territoriale del PM. 2.6. Onere della prova gravante sul PM. Utilizzabilità in sede pre-fallimentare degli elementi di prova raccolti nel corso delle indagini preliminari. Accertamenti esperibili nell'ambito di procedimenti relativi a fatti non costituenti notizia di reato. 2.7. Il PM interventore ex art. 70 c. 3 c.p.c. 2.8. Provvedimenti cautelari e conservativi emessi dal Tribunale prima della sentenza (art. 15 c. 8 l.f.). 2.9. Rigetto della richiesta di fallimento. Reclamo del PM richiedente. Procedimento. Partecipazione del PM non richiedente. (art. 22 l.f.). 2.10. Sentenza di fallimento. Comunicazione al PM (art. 17 l.f.). Conseguenti determinazioni dell'ufficio. 2.11. Reclamo contro i decreti del giudice delegato e del Tribunale (art. 26 l.f.). 2.12. Rapporti del PM con il curatore. 2.13. Reclamo del debitore e di qualunque interessato contro la sentenza dichiarativa di fallimento (art. 18 l.f.). Posizione processuale del PM nel giudizio. 2.14. Sentenza di revoca del fallimento (art. 18 c. 11 e 12 l.f.). Riflessi su procedimenti penali pendenti. Iniziativa e doveri del PM. 3. **RUOLO DEL PM NELL'AMBITO DELLA PROCEDURA DI CONCORDATO PREVENTIVO (artt. 161 e ss. l.f.).** 3.1. Il c.d. nuovo profilo *privatistico* del concordato preventivo. 3.2. Intervento del PM. Obbligo o facoltà. 4. **GLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE DEI DEBITI EX ART. 182 BIS L.F.** 4.1. Il giudizio di omologa. 4.2. Il ruolo del PM. 4.2.1. Cognizione, da parte del PM, della pendenza dei ricorsi ex art. 182 bis l.f. 4.2.2. L'opposizione del PM all'omologa. 4.2.3. Decisione del tribunale, di omologa. Reclamo del PM. 4.2.4. Decisione di omologa. Richiesta di fallimento post-omologa. 4.2.5. Mancata omologa. Ma anche mancata iniziativa del PM. 4.2.6. Accordo di ristrutturazione omologato e reati fallimentari. 4.2.7. Piano di ristrutturazione omologato, conseguente procedura concorsuale e reati fallimentari. 5. **PROFILI ORGANIZZATIVI.** Il rapporto tra i giudici civili addetti alla materia (e più in generale gli organi della procedura fallimentare) ed il *pool* specializzato della Procura della Repubblica.

1. Il PM nelle procedure concorsuali e nei procedimenti di omologa di accordi ex art. 182 bis l.f.

La crisi d'impresa propone un ambito di iniziativa particolarmente impegnativo per l'ufficio del PM. Si tratta di uno dei più delicati e complessi settori d'intervento nel processo civile e, al contempo, di un importante ambito di esercizio dell'azione penale. I procedimenti penali fallimentari costituiscono un'ampia porzione del diritto penale commerciale vivente. Non si tratta di una rilevanza esclusivamente quantitativa: le vicende relative ai grandi dissesti (Banco Ambrosiano, Sasea, Parmalat, Cirio) sono ritenute paradigmatiche dell'esercizio della giurisdizione.

Un ulteriore profilo di rilevanza della materia è dato dalla particolare connessione tra procedimenti civili e penali fallimentari: in nessun ambito nel processo civile il dinamismo o l'inerzia del PM può avere un riflesso così significativo sul piano dell'esercizio della giurisdizione penale.

Il rilievo della materia è oggi aumentato, quanto meno in relazione a due fenomeni. Per un verso, la crisi d'impresa è tanto più diffusa quanto più è critico il momento dell'economia di mercato, attualmente in fase recessiva. Per altro verso, il nostro ordinamento sta sperimentando, con le novelle riformatrici della legge fallimentare intervenute nell'ultimo quinquennio, uno strumentario piuttosto nuovo ed ancora in rodaggio.

Questo scenario impone al PM una riflessione sulla portata del suo ruolo nella gestione della crisi d'impresa, un settore nel quale l'ufficio requirente può e deve migliorare la *performance*.

In questa direzione sono almeno due i compiti da assolvere: ricostruire uno statuto del PM "fallimentare" e ciò facendo chiarezza in un ambito normativo ricco di incertezze interpretative; prospettare un modello organizzativo idoneo ad un intervento così articolato quale la legge sembra richiedere.

2. IL RUOLO DEL PM NEL PROCEDIMENTO PER LA DICHIARAZIONE DI FALLIMENTO.

Il PM può assumere, rispetto al procedimento per la dichiarazione di fallimento, il ruolo di **richiedente**, quello di **interventore** o anche un ruolo **inerte**. Occorre innanzitutto definire i casi nei quali possa o debba assumere un ruolo o l'altro. Devono quindi essere chiarite le specifiche modalità dell'iniziativa (legittimazione, competenza territoriale, onere della prova) che il PM assuma *motu proprio* ma anche di quella che sia chiamato ad assumere quando l'iniziativa privata desista. Non meno importante è stabilire quale debba essere la condotta del PM dopo la dichiarazione di fallimento, specialmente con riferimento alle ricadute della procedura concorsuale sul procedimento penale (comunicazione della sentenza di fallimento, eventuale revoca della stessa, rapporto con il curatore).

2.1. La richiesta di fallimento. Natura.

L'iniziativa per la dichiarazione di fallimento è conferita al debitore, ai creditori ed al PM. Sollecitazioni indirizzate al Tribunale fallimentare da soggetti non legittimati non obbligano ad una risposta (LO CASCIO, 48). Queste segnalazioni, invece, se indirizzate al PM possono legittimarne l'iniziativa (vedasi infra, par. 2.3.3)

L'iniziativa è **autonoma** nel senso che non è condizionata dall'atteggiamento degli altri soggetti legittimati a richiedere il fallimento. Il PM può ricorrere anche se nessun altro legittimato si è mosso e, per converso, l'iniziativa dei privati non esclude quella pubblica.

L'iniziativa integra, secondo la disciplina vigente, un vero e proprio **diritto di azione** ex art. 69 c.p.c. perché:

- nella disciplina previgente l'iniziativa del PM si esercitava con un'*istanza*, tipico strumento di sollecitazione del potere ufficioso del giudice laddove la *richiesta* è un ricorso azionato da un'autentica parte processuale (FERRO, 49 ma anche LO CASCIO 58);

- la qualificazione di parte è confermata dal novellato art. 22 l.f. che attribuisce esplicitamente al PM il potere di reclamo laddove in passato da questa norma, che non inseriva il PM tra i reclamanti, si arguiva che quello del PM fosse un potere di sollecitazione.

L'azione svolta dal PM ha **carattere pubblicistico**, ciò cui si collegano alcune essenziali implicazioni:

- il potere di azione è riferito ad un *interesse indisponibile* (FERRO, 44) che impedisce al PM di negoziare desistenza ma che gli consente (ed impone) di rivedere la richiesta di fallimento laddove l'insolvenza risulti negata da accertamenti successivi alla richiesta di fallimento. Non si può dedurre da questo profilo di imparzialità dell'azione del PM l'improbabile carattere di disponibilità della stessa (così, erroneamente, DONZI, 123);

- sul versante sostanziale, l'azione del PM non interrompe la *prescrizione del credito* (M. FERRO, 44);

- sul versante processuale, non è prevista la *condanna alle spese* in caso di soccombenza (FABIANI, 150).

Caducata l'iniziativa ufficioso del Tribunale, *l'impulso del PM è l'unico contrappeso pubblicistico alla privatizzazione del procedimento concorsuale* (FERRO, 48). In particolare, il PM richiedente il fallimento è nell'ordinamento italiano, quella autorità pubblica investita di questa potestà ai sensi dell'art. 29 del regolamento comunitario n. 1346/2000. La disciplina nazionale è dettata dagli artt. 6 e 7 l.f.

2.2. Imprenditore del quale il PM può richiedere il fallimento.

In generale, imprenditore soggetto alle procedure concorsuali del fallimento può essere tanto quello *individuale* che *societario* (FERRO, 47).

Imprese escluse dal fallimento sono invece quelle dimensionalmente qualificate dall'art. 1 c. 2 l.f.

Risulta precluso al PM richiedere il fallimento del *socio illimitatamente responsabile* scoperto successivamente al fallimento della società. L'art. 147 l.f. non menziona il PM quale legittimato in ciò innovando rispetto alla giurisprudenza maturata sotto la previgente disciplina (FERRO, 47).

Non può essere avanzata richiesta di fallimento di un'impresa la cui insolvenza si sia manifestata *oltre un anno dalla cancellazione dal registro delle imprese* (art. 10 comma 1 l.f.), salvo che il PM fornisca la prova che l'imprenditore individuale o quello collettivo cancellato d'ufficio dal detto registro abbiano effettivamente proseguita l'attività nonostante la cancellazione.

2.3. Legittimazione attiva del PM.

L'art. 7 l.f. prevede che il PM presenta la richiesta:

- quando l'insolvenza risulta nel corso di un procedimento penale ovvero dalla fuga, irreperibilità, latitanza dell'imprenditore, dalla chiusura dei locali dell'impresa, dal trafugamento, sostituzione o diminuzione fraudolenta dell'attivo da parte dell'imprenditore;
- quando l'insolvenza sia segnalata dal giudice civile.

2.3.1. La *notitia decoctionis* che emerge da un procedimento penale ovvero dalla fuga, irreperibilità, latitanza dell'imprenditore, dalla chiusura dei locali o dall'impossessamento di beni (art. 7 n. 1 l.f.).

La formulazione della norma pone alcuni interrogativi, almeno i seguenti:

a) Se la pendenza di un procedimento penale sia condizione legittimante necessaria e sufficiente mentre la condotta fraudolenta dell'imprenditore non presenti alcuno di questi requisiti.

Si deve quindi stabilire:

- se il PM possa agire quando l'insolvenza emerga al di fuori di un procedimento penale;
- se possa agire quando l'insolvenza che emerga da un procedimento non sia accompagnata dalla sintomatica condotta fraudolenta dell'imprenditore;
- se possa agire quando non emerga l'insolvenza ma il PM abbia registrato alcuno dei comportamenti sintomatici indicati dalla norma dell'art. 7 l.f.

L'inciso "ovvero" può astrattamente autorizzare a ritenere che la legittimazione del PM sussista anche se la fuga, l'irreperibilità etc, emergano al di fuori di un procedimento penale. Questa interpretazione non può essere accolta perché non si vede come il PM possa venire a conoscere situazioni d'insolvenza al di fuori di procedimenti penali a sue mani (FERRO, 50, CLEMENTE-GISONDI, 31) non potendosi ammettere un potere di svolgere indagini che, in difetto di una notizia di reato, siano esclusivamente finalizzate ad accertare l'insolvenza di taluno (RAGUSA MAGGIORE- COSTA, 286). La *notitia decoctionis* acquisita dalle risultanze di un procedimento pendente non pare poi dovere essere corroborata dalla specifica condotta fraudolenta dell'imprenditore. Si ripete così che l'indicazione delle condotte fraudolente costituisce un esercizio di esemplificazione (FERRO, 50). Non pare infine plausibile ritenere la legittimazione in presenza dei suddetti comportamenti sintomatici laddove sia certamente esclusa l'insolvenza.

b) Se la nozione di procedimento penale la cui pendenza legittima il PM debba essere precisata con riferimento al titolo di reato e al ruolo che vi assuma il debitore.

Se la notizia d'insolvenza che emerge da un procedimento penale è condizione legittimante necessaria e sufficiente perché il PM richieda il fallimento, non occorre chiedersi se il procedimento sia iscritto nei confronti dell'imprenditore e se sia iscritto per un qualche specifico reato. Nulla osta a ritenere che l'insolvenza può emergere da procedimenti iscritti nei confronti di persone diverse dall'imprenditore e persino nell'ambito di procedimenti iscritti contro ignoti. La

notizia d'insolvenza che legittima il PM può emergere nell'ambito di un procedimento iscritto per le più disparate tipologie criminose (CLEMENTE-GISONDI, 32.)

Questa conclusione deve essere verificata considerando che: la norma dell'art. 7 individua comportamenti segnaletici d'insolvenza facendo esclusivamente riferimento alla persona dell'imprenditore; che la stessa norma esemplifica alcune condotte che sostanzialmente integrano la bancarotta fraudolenta patrimoniale; l'art. 238 comma 2 l.f. faculta il PM ad iscrivere il reato di bancarotta anche prima della declaratoria d'insolvenza e quando già sia stata presentata richiesta di fallimento. A partire da questi riferimenti normativi si prospetta un'interpretazione riduttiva della legittimazione del PM, sussistente nella sola ipotesi che proceda per il reato fallimentare nei confronti del debitore (SATTA, 41). Si ritiene che *“il PM legittimato a presentare l'istanza è quello che sta procedendo contro l'imprenditore e deve allegare all'istanza presentata le prove della ricorrenza delle situazioni indicate dalla norma ai fini della legittimazione”* (LO CASCIO, 61; RAGUSA MAGGIORE-COSTA, 286; AULETTA, 139).

Questa conclusione non pare persuasiva. In realtà, i comportamenti segnaletici d'insolvenza non possono che essere riferiti al debitore. Ma non si può ricavare da questa ovvia premessa che il PM utilizzi la notizia d'insolvenza esclusivamente nel caso in cui il debitore sia indagato e addirittura per una anticipata iscrizione di bancarotta fraudolenta.

c) Se fonte di legittimazione del PM richiedente possa essere anche la segnalazione pervenutagli dal giudice penale.

Non è inutile precisare la nozione di *procedimento penale* con riferimento al soggetto del rito penale che rileva l'insolvenza ed alla fase processuale nel quale l'iniziativa si svolge. Si è ritenuto che la segnalazione d'insolvenza possa pervenire al PM dal giudice penale (DONZI, 119).

Procedimento penale è, tecnicamente, quello riferito allo svolgimento delle indagini preliminari all'esercizio dell'azione penale. In questa fase la notizia d'insolvenza può e deve essere rilevata dal PM. Ma non può escludersi che il giudice di fase eventualmente operante (il giudice per le indagini preliminari) segnali al PM l'insolvenza. Se poi, esercitata l'azione penale, emerga nel processo penale detta insolvenza, non si può escludere che il giudice ne segnali la ricorrenza al PM. Si tratta comunque di ipotesi che la pratica sostanzialmente ignora.

2.3.2. Le segnalazioni dei giudici civili (art. 7 n. 2 l.f.).

Nella disciplina previgente al 2006, l'art. 8 l.f. limitava la segnalazione d'insolvenza da parte del giudice civile al caso in cui l'imprenditore fosse *“parte del giudizio”*. L'art. 7 n. 2 l.f. nella formulazione vigente amplia la segnalazione con riferimento a ***qualsiasi procedimento civile*** e quindi monitorio, cautelare, societario, di volontaria giurisdizione, esecutivo (FERRO, 50 e CAVALLI, 43).

Il PM, definito *“collettore”* delle segnalazioni provenienti dai giudici civili, non si limita a recepire gli elementi segnalatigli ma svolge gli approfondimenti necessari (LO CASCIO, 60).

Si discute se la notizia d'insolvenza possa essere indirizzata al PM dal ***giudice fallimentare***. In un caso – quando al PM sia comunicata la domanda di concordato preventivo ex art. 161 ult. c. l.f. - il la notizia d'insolvenza non *può* ma *deve* essere segnalata al PM che così è legittimato a chiedere il

fallimento ex art. 162 c. 2 l.f. Si tratta, in sostanza, di un'ulteriore ipotesi legittimante che si aggiunge a quelle ex art. 7 l.f.

Si è ritenuta nulla la sentenza di fallimento pronunciata su richiesta del PM cui il tribunale abbia trasmesso gli atti dopo che il creditore ricorrente aveva desistito, in ciò ravvisando una violazione del principio di terzietà del giudice (Cassazione sezione prima civile, Pres. Proto Rel. Plenteda n. 4632 del 26 febbraio 2009, in Foro Italiano, 2009, I, 1404). Pare una opzione alquanto drastica, che la dottrina maggioritaria non accoglie (riferimenti in FERRO p. 51). A proposito della situazione che si viene a creare quando il creditore desista, va riferita la pur isolata opinione di chi ritiene che la desistenza non elide il potere-dovere del tribunale di decidere la causa dichiarando o rigettando la domanda. Secondo questa esegesi, il tribunale non dovrebbe porsi il problema di segnalare al PM la desistenza *“altrimenti finirebbe per sottrarsi al dovere decisorio”* (AULETTA, 138). Questa ricostruzione, certamente originale, deve tuttavia confrontarsi con la difficile prospettazione di un potere istruttorio ufficioso del tribunale specialmente allorché la desistenza di un importante creditore fa dubitare dell'insolvenza rappresentata con il ricorso introduttivo.

Si dubita se siano legittimanti segnalazioni provenienti al PM da **giudici tributari od amministrativi** (FERRO, 51) e non manca proporre una soluzione affermativa al quesito (ZANICHELLI, 14 e DONZI, 120).

2.3.3. Ulteriori rilievi sulla tassatività dei casi di legittimazione del PM. Le segnalazioni di privati non legittimati e di giudici amministrativi e tributari.

Il diritto comune legittima il PM in sede civile secondo un principio di tassatività: così gli artt. 2907 c.c. (*“ove la legge lo dispone”*) e 69 c.p.c. (*“casi previsti dalla legge”*). Un potere di iniziativa di carattere generale, non limitato ai casi elencati dall'art. 7 l.f. pare privo di fondamento normativo (BONFATTI-CENSONI, 49).

In questa prospettiva si è già rilevato doversi escludere che il PM possa chiedere il fallimento:

- di un'impresa la cui insolvenza abbia conosciuto al di fuori di un procedimento penale;
- del socio illimitatamente responsabile dell'impresa societaria fallita;
- di un'impresa la cui insolvenza si sia manifestata oltre un anno dalla cancellazione dal registro delle imprese.

Si discute se siano legittimanti segnalazioni che giungano al PM da privati diversi dal debitore o da un creditore. La dottrina esclude che sia legittimante la segnalazione di privati quali gli amministratori revocati o i sindaci dell'impresa insolvente. In proposito occorre precisare che una segnalazione d'insolvenza svolta al PM da un privato può integrare la denuncia di reato procedibile d'ufficio (appropriazione indebita, truffa aggravata, false comunicazioni sociali) ed imporre l'iscrizione di notizia di reato che legittima la richiesta di fallimento ex art. 7 n. 1 l.f.

Analoghe considerazioni possono svolgersi quanto alle segnalazioni provenienti al PM da giudici tributari od amministrativi.

2.4. Facoltatività o doverosità della richiesta di fallimento.

Nella disciplina previgente, si era consolidata l'opinione che riteneva l'*obbligo* del PM di chiedere il fallimento ex art. 7 l.f. e *facoltà* quella di sollecitazione ex art. 6 l.f. (vedansi riferimenti in FERRO, 48). La vigenza del fallimento d'ufficio alleggeriva la posizione del PM la cui iniziativa era comunque vissuta come un riflesso dell'ufficiosità della procedura (DONZI, 119).

La disciplina attuale propone letture divergenti.

Secondo una prima ricostruzione, che valorizza quanto enunciato dalla Relazione ministeriale che accompagna il DL n. 5/2006, il PM è investito di un **obbligo** di richiedere il fallimento in presenza delle condizioni legittimanti (PAJARDI, p. 124 e TEDESCHI, 49). Questa esegesi valorizza: in primo luogo, l'esplicita indicazione che si legge nella relazione ministeriale; in secondo luogo, sul piano testuale, la modificata rubrica dell'art. 7 l.f. (intestata "*Iniziativa del PM*" e non più "*Stato d'insolvenza risultante in sede penale*"); in terzo luogo, ed ancora sul piano testuale, la formula attuale ("*presenta la richiesta*") quanto l'antevigente formula ("*deve chiedere al Tribunale*") non alludono ad una facoltà ma ad un vero e proprio obbligo (S. BONFATTI-P.F. CENSONI, 49).

Chi, al contrario, sostiene che al PM sia conferita una mera *facoltà* di richiedere il fallimento mette in dubbio la portata di quanto enunciato dalla relazione ministeriale, contesta che la rubrica del novellato art. 7 definisca obbligatoria l'iniziativa del PM e sottolinea che la locuzione "*presenta la richiesta*" risulta meno cogente della previdente "*deve chiedere al Tribunale*" (FABIANI, 153 e DONZI, 122).

Non manca una **opinione intermedia** secondo la quale sarebbe obbligatoria l'iniziativa ex art. 7 n. 1 e facoltativa quella ex art. 7 n. 2 l.f. (DONZI, 124).

Questa disparità di vedute è probabilmente destinata a permanere. Non si pretende qui di risolvere una controversia tanto annosa. Si propone, più semplicemente, di mutare prospettiva tralasciando per un momento quella dei processualisti fallimentari ed abbracciando quella processualpenale. Da questa prospettiva non ho dubbi che il PM a conoscenza dello stato d'insolvenza di un imprenditore la cui condotta – segnaletica di frode - integri il reato fallimentare non appena sia dichiarato il fallimento, si trova in una posizione chiarissima dal punto di vista del dovere d'ufficio.

2.5. Competenza territoriale del PM.

Il Tribunale competente al quale indirizzare la richiesta di fallimento è quello, ex art. 9 l.f., del luogo ove ha sede principale dell'impresa. Si pongono qui due questioni: quale sia la **sede principale dell'impresa** che radica la competenza del Tribunale; se il PM che riceve la notizia d'insolvenza di un'impresa la cui sede principale ricada al di fuori del circondario di competenza debba trasmettere gli atti al **PM che opera in un diverso circondario**.

Quanto al primo punto, va appena ricordato che: a) la giurisprudenza ritiene la presunzione *iuris tantum* di coincidenza della sede effettiva con quella legale; b) la sede effettiva corrisponde al centro degli interessi principali (COMI) che il regolamento del Consiglio dell'Unione Europea n. 1346/2000 definisce come "*il luogo in cui il debitore esercita in modo abituale e pertanto riconoscibile dai terzi la gestione dei suoi interessi*"; è irrilevante il mutamento effettivo o fittizio intervenuto nell'anno antecedente la richiesta di fallimento.

Definita la competenza del Tribunale, non v'è unanimità di vedute in ordine alla posizione del PM richiedente. Secondo un'opinione, il PM che acquisisce notizia d'insolvenza di un'impresa che ha sede nel circondario di un diverso Tribunale dovrebbe trasmettere gli atti al PM presso il giudice competente (DIMUNDO, 150 e LO CASCIO, 61).

Secondo altri (FERRO, 50) il PM presso un Tribunale incompetente a dichiarare il fallimento potrebbe attivarsi direttamente proponendo la richiesta al Tribunale competente. Si ritiene che la segnalazione da un ufficio di Procura ad un altro violerebbe il principio di tassatività delle fonti di conoscenza cui il PM può attingere e si propone che il PM incompetente inoltri la segnalazione al Tribunale competente perché segnali al PM competente (DONZI, 126). Questa opinione non può essere condivisa perché pare confonda il criterio legale di articolazione territoriale dell'ufficio requirente con il principio di tassatività delle situazioni che legittimano il PM a richiedere il fallimento.

2.6. Onere della prova gravante sul PM. Utilizzabilità in sede pre-fallimentare degli elementi di prova raccolti nel corso delle indagini preliminari. Accertamenti esperibili nell'ambito di procedimenti relativi a fatti non costituenti notizia di reato.

Titolare di un potere di azione, il PM deve: in punto di rito, verificare la ricorrenza delle condizioni legittimanti ex art. 7 l.f. e l'assenza di elementi ostativi (quali, ad esempio, indicati dagli artt. 1, 10 e 147 l.f.); in punto di merito, provare l'insolvenza dell'impresa di cui chiede il fallimento.

Il contesto procedimentale di questi accertamenti può modularsi variamente.

Nel caso in cui la notizia d'insolvenza emerga nel corso di indagini preliminari già pendenti (si è precisato, nei confronti di chiunque per qualsiasi reato), gli accertamenti necessari ed utili alla formulazione della richiesta di fallimento saranno condotti all'interno del procedimento penale.

Quando la notizia d'insolvenza provenga dal giudice civile e – come di solito – il PM non abbia ancora iscritto un procedimento penale riferito alla vicenda nel cui contesto si colloca l'insolvenza, gli accertamenti finalizzati alla verifica delle condizioni di formulazione della richiesta potranno essere svolti:

- a) in un procedimento penale che sia iscritto proprio e già sulla scorta degli elementi rassegnati dal giudice civile;
- b) in un procedimento relativo a fatti non costituenti notizia di reato (mod. 45).

Nel primo dei due contesti, il PM si muove, nei limiti di legge, con tutti i poteri che sono propri dell'indagine preliminare: assunzione di prove dichiarative; acquisizione coattiva di documenti; accertamenti tecnici contabili. Su questo versante, si è richiesto di verificare se via siano limiti di legge alla allegazione alla richiesta di fallimento di elementi di prova acquisiti nel corso delle indagini. La Corte d'Appello di Milano Pres. Fabrizi, rel. Barbuto 4 giugno 2010, sul reclamo presentato dalla BDH N.V., holding del noto gruppo Burani, , inedita, ha statuito che i documenti acquisiti dal PM nell'ambito delle indagini preliminari in seguito a perquisizione e prodotti con l'istanza di fallimento possono essere acquisiti al procedimento civile, al pari dei documenti prodotti

dalle altre parti, laddove – come nella specie – non sia emerso alcun vizio processuale del provvedimento di sequestro penale.

Nel secondo ambito, laddove il PM debba verificare l'insolvenza quando non è ancora emersa una notizia di reato collegata, occorre definire quali accertamenti siano consentiti. Si ritiene che siffatta verifica non possa essere condotta con l'esercizio dei poteri propri delle indagini preliminari (DONZI, 134) arrivando ad opinare che la richiesta basata su una mera segnalazione d'insolvenza e non collegata ad un'indagine penale abbia riferimento esclusivo all'insolvenza conclamata (AA.VV., *Diritto fallimentare. Manuale breve*, Milano, 2008, 185).

2.7. Il PM interventore.

L'art.15 c. 2 l.f. dispone che il PM che richiede il fallimento deve intervenire nel procedimento (riferimenti in PAJARDI, 201). Non è invece chiaro se la cancelleria del tribunale gli debba dare comunicazione della convocazione del debitore. La dottrina ritiene che questa comunicazione sia dovuta (PAJARDI, 202). Questa regola non pare doversi applicare al PM che non ha richiesto il fallimento.

Nulla impedisce peraltro l'intervento laddove l'Ufficio sia a conoscenza dell'iniziativa privata e ravvisi un pubblico interesse (PAJARDI, 202). Ci si chiede quando sussista detto interesse e se il PM debba rappresentarlo. Taluno ritiene sempre sussistente detto interesse (TEDESCHI, 61).

Il PM che interviene nel procedimento esercita tutti i poteri d'impulso processuale e di prova spettanti alle altre parti (PAJARDI 202).

2.8. Provvedimenti cautelari e conservativi emessi dal Tribunale prima della sentenza (art. 15 c. 8 l.f.).

Il PM, quale parte del procedimento prefallimentare, può richiedere al tribunale civile l'emissione di provvedimenti cautelari o conservativi finalizzati a prevenire alterazioni del patrimonio del debitore. Si tratta di uno strumento straordinariamente importante se si considera quanto arduo possa risultare per il PM la richiesta o l'adozione di un sequestro nell'ambito del procedimento penale.

2.9. Rigetto della richiesta di fallimento. Reclamo del PM richiedente. Procedimento. Partecipazione del PM non richiedente (art. 22 l.f.).

Nella disciplina previgente si dubitava che il PM potesse impugnare la sentenza di rigetto del chiesto fallimento (le discordi posizioni sono rassegnate da PAJARDI, 310). Si tratta di una significativa novità normativa introdotta con il DL n. 5/2006.

Il reclamo si propone con ricorso presentato nella cancelleria della Corte d'Appello. Il termine di proposizione – trenta giorni decorrenti dalla comunicazione effettuata dalla cancelleria del Tribunale - è perentorio e non è soggetto alla sospensione feriale (PAJARDI, 310).

Il PM che non ha chiesto il fallimento - e che non ha ricevuto quindi comunicazione del rigetto - può intervenire nel procedimento (TEDESCHI, 68).

Se il reclamo è accolto, vincola il Tribunale alla dichiarazione di fallimento che può essere pronunciata senza dover far comparire le parti. Ma può darsi che sia mutato lo scenario considerato dalla Corte d'Appello. Il Tribunale può fissare allora la comparizione delle parti. In questo caso, il PM richiedente dovrebbe partecipare anziché confidare sulla decisione della Corte non potendosi escludere che la situazione sia mutata.

2.10. Sentenza di fallimento. Comunicazione al PM (art. 17 l.f.). Conseguenti determinazioni dell'ufficio.

La comunicazione per estratto al PM è doverosa a prescindere se questi abbia presentato la richiesta di fallimento. La dichiarazione di fallimento può intervenire allorché il PM:

- non ha iscritto alcun procedimento penale;
- procede per reati che nulla hanno a che fare con quelli fallimentari la cui iscrizione sia resa obbligata dalla dichiarazione di fallimento;
- ha già iscritti reati fallimentari (bancarotta fraudolenta o semplice) ex art. 238 l.f. riferiti al fallimento dichiarato;
- ha già iscritti fatti di reato diversi dalla bancarotta e che, pronunciata l'insolvenza, devono (es.: art. 646 c.p.) o possono (es.: 2621 c.c.) essere riqualificati in termini di reato fallimentare.

In tutti i casi, l'intervento del PM deve essere il più sollecito possibile. Se il PM condiziona la valutazione penale della vicenda fallimentare al deposito della relazione del curatore ex art. 33 l.f.- di prassi acquisita a distanza di mesi dal fallimento dichiarato - iscrive notizia di reato ed inizia le indagini in un momento in cui - nei casi più gravi - gli accertamenti possono risultare pregiudicati da iniziative fraudolente post-fallimentari (sparizione di documenti cartacei ma soprattutto informatici, occultamento o distrazione di beni, condizionamento della prova dichiarativa acquisibile da persone informate ad opera di indagati).

2.11. Reclamo contro i decreti del giudice delegato e del Tribunale (art. 26 l.f.).

Si tratta di una facoltà espressamente prevista in favore del curatore, del fallito, del comitato dei creditori e di *“chiunque vi abbia interesse”*. Non è chiaro se spetti al PM un siffatto potere di carattere generale.

L'art. 143 l.f. prevede che il PM può presentare reclamo a norma dell'art. 26 l.f. contro il decreto che provvede in materia di esdebitazione del fallito.

2.12. Rapporti del PM con il curatore.

Copia della relazione ex art. 33 l.f. deve essere trasmessa al PM. Se la relazione contiene già la descrizione di fatti di reato fallimentari ed integra denuncia qualificata dei reati fallimentari, il PM, presane cognizione, iscrive notizia di reato. Quando invece il curatore informa che gli accertamenti sono incompleti, il PM – se non ha raccolto notizie di reato da altre fonti - iscrive il fascicolo a mod. 45 (relativo a fatti che non costituiscono notizie di reato) e così operando si pone in attesa di ulteriori informazioni dal curatore.

La prassi secondo la quale il PM attende il deposito della relazione ex art. 33 l.f. può essere estremamente pregiudizievole per le indagini. I tempi di redazione della relazione non sono mai troppo brevi. La relazione, poi, è destinata a riferire al giudice delegato su circostanze schiettamente estranee al procedimento fallimentare, non di rado scarsamente rilevanti per il procedimento penale. Più utile è, allora, che il PM chieda al curatore il deposito di una nota priva delle formalità e dei contenuti della relazione ex art. 33 l.f. e mirata sugli aspetti penalmente rilevanti.

Se, pure sollecitato, il curatore risulta scarsamente collaborativo pure in presenza di una procedura che segnala un sensibile profilo penale, l'alternativa per il PM non è quella di nominare un c.t., scelta che si profila non del tutto immune da censura se il procedimento è iscritto a mod. 45. In questi casi il PM potrebbe (dovrebbe) segnalare l'atteggiamento del curatore al tribunale fallimentare. L'art. 37 l.f. non indica il PM tra i legittimati a chiedere la revoca del curatore. Ma non pare potersi negare al PM quel potere di segnalazione che spetta ai singoli creditori (PAJARDI, 418)

2.13. Reclamo del debitore e di qualunque interessato contro la sentenza dichiarativa di fallimento (art. 18 l.f.). Posizione processuale del PM nel giudizio.

Il PM non è un “*qualunque interessato*” che possa impugnare la sentenza di fallimento. In dottrina si dubita che il PM sia legittimato passivo necessario nel giudizio di reclamo ancorché il fallimento sia stato dichiarato su sua richiesta (LO CASCIO, 61), avendo semmai facoltà di intervenire a norma dell'art. 70 cpc. (PAJARDI, 267). Si è invece recentemente statuito (Cass. Civ. Sez. IV, 4 settembre 2009 n. 19214, in *Il fallimento*, 2010, 4, 427 con nota di F. DE SANTIS, ivi, 430) che la corretta instaurazione del contraddittorio esige che il privato reclamante notifichi l'impugnazione al PM che aveva richiesto il fallimento. Nel caso specifico si è data questione se nel giudizio di reclamo dovesse rappresentare l'Ufficio requirente il PM di primo grado (al quale la notifica doveva essere ed è stata effettuata) o al PG presso la Corte d'Appello, al quale nessuna notifica fu fatta e che non partecipò al procedimento nel quale fu invece parte di PM presso il Tribunale. La Cassazione non ha ravvisato nell'anomalia alcun vizio procedimentale considerando il difetto d'interesse del ricorrente in sede di legittimità. Il commentatore ha invece opinato trattarsi di nullità ex art. 70 ord. giud.).

Si deve comunque osservare, prendendo spunto da questa vicenda, che un certo protocollo debba presiedere i rapporti tra gli uffici requirenti di diverso grado.

2.14. Sentenza di revoca del fallimento (art. 18 c. 11 e 12 l.f.). Riflessi su procedimenti penali pendenti. Iniziativa e doveri del PM.

Al P.M. non deve essere notificata la sentenza di revoca del fallimento, pure dichiarato su sua iniziativa, ex art. 18 comma 12 l.f. (LO CASCIO 61). La revoca della declaratoria di fallimento, allorché sia passata in giudicato, elide la configurazione dei reati fallimentari. Pare dunque importante che il PM si organizzi per essere informato della revoca e ciò per evitare di iniziare o proseguire un'iniziativa priva del presupposto di legge.

Il rischio disinformativo non è normalmente concreto laddove l'ufficio sia attivo nel procedimento penale e si confronti non occasionalmente con il curatore.

Va appena ricordato che il passaggio in giudicato della revoca della dichiarazione di fallimento non preclude nuova richiesta di fallimento, su nuovi presupposti.

3. RUOLO DEL PM NELL'AMBITO DELLA PROCEDURA PER L'AMMISSIONE AL CONCORDATO PREVENTIVO (artt. 161 e ss. l.f.).

Procedura storicamente “minore” rispetto al fallimento, il concordato preventivo è una forma di composizione concordata della crisi d'impresa rilanciato dalle recenti novelle e per nulla ridimensionato dall'inedita procedura di omologa degli accordi di ristrutturazione dei debiti.

Il ricorso al concordato preventivo non sembra marginale. A Milano queste procedure rappresentano un totale che è pari, grosso modo, ad un decimo delle procedure fallimentari. Dal punto di vista qualitativo pare che ricorrano alla procedura concordataria imprese di dimensioni più rilevanti rispetto alla media di quelle per le quali viene richiesta l'apertura della procedura fallimentare.

Questi dati bastano a far comprendere quanto possa essere rilevante l'attenzione del PM per queste procedure.

3.1. Il c.d. nuovo profilo *privatistico* del concordato preventivo.

Si è ancora recentemente osservato che nella fase dell'ammissione, il giudice avrebbe ***meri poteri di verifica formale*** o poco di più della domanda del debitore e dell'acclusa relazione del professionista (Così MUCCIARELLI, 835). Questa opinione si sarebbe certo attagliata alla disciplina introdotta dal DL 80/2005 (antevigente al DL 169/2007) a tenore della quale (ex art. 163 l.f.) il Tribunale non poteva andare oltre la “*verifica della completezza e regolarità della documentazione*” (ciò che infatti ritenevano nel 2006 ALESSANDRI, 117 e BRICCHETTI-MUCCIARELLI-SANDRELLI, 2746). Dopo l'ultima novella del 2007 questo giudizio non vale più (RAGO, 264 e ss.).

In realtà il tribunale non può né deve valutare la ***convenienza*** della proposta, questione interamente rimessa ai creditori, ma può e deve valutarne la ***fattibilità***. Il controllo che il tribunale è chiamato ad esercitare non è meramente formale ma sostanziale. La valutazione prende le mosse dalla relazione dell'attestatore – sul quale grava la responsabilità della veridicità dei dati assunti - e ne verifica la completezza informativa e logicità argomentativa (in questi termini Trib. Milano 18 marzo 2010, Est. Lamanna, edita su www.ilcaso.it, documento 2198/2010). Siffatto controllo non è segno di alcun principio di privatizzazione.

Più in generale, la procedura – pure in presenza di un presupposto oggettivo che non è più esclusivamente l'insolvenza ma il più lato *stato di crisi*, inteso come lo stato di insolvenza o di pericolo di insolvenza (PAJARDI, 1782) - continua ad essere permeata da regole finalizzate alla realizzazione di un **interesse pubblicistico**. Non a caso, in questo quadro si spiega che: la domanda sia obbligatoriamente comunicata al PM (art. 161 u.c. l.f.); il tribunale possa chiedere al debitore di integrare il piano e produrre nuovi documenti (art. 162 c. 1 l.f.); che dichiari inammissibile la proposta all'esito della verifica dei presupposti (art. 162 c. 2 l.f.); che, ammessa la procedura, nomini un commissario giudiziale che è pubblico ufficiale (art. 165 l.f.); che revochi la procedura se il debitore ha compiuto atti di frode (art. 173 l.f.); che il debitore che abbia fraudolentemente agito per conseguire l'ammissione è penalmente responsabile (art. 236 l.f.).

3.2. Intervento del PM. Obbligo o facoltà.

Nella disciplina previgente rispetto al D.L. 169/07 non vi era unanimità di vedute su questo punto. L'intervento del PM era ritenuto obbligatorio sulla base di un argomento testuale persuasivo: secondo l'antevigente art. 162 l.f. il Tribunale dichiarava inammissibile la domanda “*sentito il pubblico ministero*” (riferimenti di dottrina e giurisprudenza in PAJARDI, 1704 e LO CASCIO, 1454). La contraria opinione, basata sulla ritenuta *privatizzazione* della procedura concorsuale, era seguita da meno numerosi sostenitori (riferimenti in LO CASCIO, ult. cit.).

La disciplina introdotta dall'ultima novella, abrogativa dell'anzidetto inciso dell'art. 162 l.f. ed introduttiva dell'obbligo di comunicazione della domanda al PM ex art. 161 ult. c. l.f., viene ancora letta in modo opposto ma prevale l'opinione che reputa l'intervento del PM **facoltativo** in una cornice privatistica della procedura nella quale la comunicazione oggi dovutagli avrebbe la semplice funzione di informarlo della pendenza del procedimento, lasciandolo arbitro di intervenire o meno (riferimenti in LO CASCIO, 1455).

A sostegno della contraria opinione secondo la quale l'intervento del PM sarebbe **obbligatorio** si assume un dato di carattere testuale: dal combinato disposto degli articoli 70 e 71 c.p.c. emerge che il giudice ha l'obbligo di comunicazione della domanda al PM nei casi in cui l'intervento è obbligatorio. In questo quadro, l'obbligo di comunicazione ex art. 161 ult. c. l.f. non è altro che un'applicazione della regola ex art. 738 c. 2 c.p.c., a tenore del quale “*se deve essere sentito il pubblico ministero, gli atti sono a lui previamente comunicati*”.

Il dilemma non pare quindi irrevocabilmente sciolto. L'incertezza può generare rilevanti effetti distorsivi: l'inerzia del PM a fronte di un intervento ritenuto obbligatorio genera nullità del processo civile rilevabile d'ufficio; la medesima inerzia, che pure lascia immune da vizi il procedimento civile, integra l'omessa doverosa iniziativa PM nel campo del diritto penale fallimentare.

Se si considerano i differenti effetti di siffatta inerzia del PM nella procedura concordataria si comprende perché i cultori del processo fallimentare accolgono senza riserve la facoltatività dell'intervento del PM. In opposta prospettiva, si comprenderebbe se i penalisti – e particolarmente i pubblici ministeri – si preoccupassero degli effetti che l'inerzia può determinare sul piano del doveroso esercizio dell'azione penale.

In realtà non si può contestare che la disciplina novellata, caducando il potere di dichiarare il fallimento d'ufficio, non ha *privatizzato* la procedura (ciò che si dubita se riferito all'assottigliata discrezionalità del giudice in ordine alla valutazione della domanda) e soprattutto ha conferito al PM una funzione nevralgica, ben diversa da quella disegnata dalla previgente normativa, poco più che ornamentale. La complessiva disciplina del concordato preventivo, a ben vedere, presuppone che il PM sia effettivamente parte della procedura. Ciò emerge per più versi:

- L'art. **162 c. 2 l.f.** sembra dare per scontata la partecipazione del PM. Se questo, avvisato, non prende parte al procedimento non può venire a sapere che il Tribunale fallimentare ha rigettato la domanda. Deve escludersi che incomba al giudice una suppletiva comunicazione, ulteriore rispetto a quella iniziale ex art. 161 l.f. come tassativamente è previsto dall'art. 173 l.f. in caso di revoca del concordato. Il duplice effetto di questa inerzia (sotto il profilo fallimentare un'impresa insolvente continua ad operare sul mercato, sotto il profilo penale non si procede per reati fallimentari eventualmente sussistenti) ricade interamente sul PM.
- Il meccanismo di *responsabilizzazione* del PM è ancora più grave se si considera il procedimento di revoca del concordato preventivo. L'art. **173 c. 2 l.f.** dispone che il tribunale dichiara il fallimento (anche) su richiesta del PM al quale, ai sensi del primo comma, ha dato comunicazione della pendenza della segnalazione del commissario giudiziale. Motivo della revoca sono comportamenti che integrerebbero la violazione dell'art. 236 c. 1 l.f. da parte dell'imprenditore individuale (l'attribuzione di attivi inesistenti fatta allo scopo di ammissione alla procedura ex art. 236 c. 1 l.f. rientra certamente tra gli atti di frode ex art. 173 c. 1 l.f.) e dell'art. 223 l.f. del titolare di funzione organica nell'impresa societaria (l'occultamento e dissimulazione di attivi ex art. 173 c. 1 l.f. è ipotesi di bancarotta fraudolenta patrimoniale ex art. 223 c. 1 l.f., la dolosa omessa denuncia di crediti e l'esposizione di passività insussistenti è ipotesi di bancarotta documentale fraudolenta ex art. 223 c. 1 l.f.) se il concordato non fosse revocato. Comportamenti che – in caso di revoca ed in mancanza di richiesta di fallimento – sarebbero penalmente irrilevanti. L'effetto dell'inerzia del PM, se nessun creditore chiede il fallimento, è quindi ancora più eclatante di quello che nasce in caso di rigetto della domanda di concordato perché la revoca presuppone una condotta fraudolenta del debitore, così esente da responsabilità.
- Una situazione analoga si propone in sede di giudizio di omologa del concordato preventivo: l'art. **180 ult. c. l.f.** dispone che il tribunale, se respinge il concordato, dichiara il fallimento su iniziativa del creditore o del PM. Il quesito sull'obbligatorietà o facoltatività della comunicazione al PM di questa fase procedimentale (ritenuta obbligatoria a pena di nullità nella disciplina antevigente ed oggi facoltativa in virtù dell'iniziale comunicazione ex art. 161 l.f.) non pare centrale quanto il rilievo – che attiene allo statuto ed alla responsabilità del PM – che riguarda il grave effetto dell'inerzia dell'ufficio requirente e che consiste nell'esenzione da responsabilità penale fallimentare.
- Non va dimenticato, infine, che l'assenza del PM può avere riflessi rilevanti sul giudizio che il tribunale è chiamato a svolgere in ordine all'ammissione alla procedura e particolarmente sulla valutazione della relazione ex art. **161 c. 2 l.f.** predisposta dal debitore e quella del professionista ex art. **161 c. 3 l.f.** Se questi elaborati costituiscono, in assenza di istruttoria, i soli riferimenti sui quali il tribunale può fondare il giudizio di ammissibilità e se il potere di verifica rimesso al giudice può riguardare esclusivamente la coerenza

intrinseca delle relazioni, allora la presenza del PM – che ex art. 72 c.p.c. può produrre documenti e dedurre prove - costituisce una insostituibile dialettica processuale, idonea a prevenire e sanzionare abusi. A questo riguardo sarebbe interessante stabilire quale possa essere il rilievo penale di relazioni rappresentative di dati inveritieri. Allo stato manca giurisprudenza sul punto, probabilmente in conseguenza della non assidua presenza del PM in queste procedure. Si prospettano esegesi pregevoli ma piuttosto incerte, alle quali si rimanda senza pretesa di prospettare soluzioni (ALESSANDRI, 118; GIUNTA-SCARCELLA, 1219; BRICCHETTI-MUCCIARELLI-SANDRELLI, 2746).

3.3. I riflessi penalistici del concordato preventivo.

Si è rilevato che la presenza del PM nelle procedure concordatarie è, verosimilmente in un'ampia casistica, destinato ad allargare il numero delle dichiarazioni di fallimento con la conseguente applicazione delle norme penali fallimentari.

Ma se anche il PM rimane discosto dalle procedure concordatarie e queste vanno in porto, non perciò può ignorarne i riflessi penali ex art. 236 l.f., norma invero pressoché disapplicata.

La novellata disciplina del concordato preventivo presuppone un requisito oggettivo della procedura (lo *stato di crisi*) che, ponendosi in un rapporto di genere rispetto alla specie costituita dall'*insolvenza*, fa dubitare che le fattispecie di bancarotta cui fa rinvio l'art. 236 l.f. che si riferiscono al cagionamento del “fallimento” o del “dissesto” (art. 223 c. 2 n. 1 l.f.), intesi questi eventi nello stretto significato di “insolvenza”, siano ipotizzabili allorché il debitore ammesso al concordato versi nello stato di crisi ma non anche in quello d'insolvenza (MUCCIARELLI, 837). Si tratta di un'esegesi piuttosto sofisticata – anche considerata la corrente disapplicazione dell'art. 236 l.f. - ma che offre un interessante spunto di riflessione per il PM ma anche al tribunale fallimentare al quale implicitamente si chiede di specificare se il concordato sia ammesso su un presupposto o sull'altro.

Non pare invece di potersi accogliere quell'ulteriore sviluppo esegetico secondo il quale non dovrebbe potersi ipotizzare alcuna forma di bancarotta fraudolenta e semplice allorché il concordato presupponga il mero *stato di crisi* (ancora MUCCIARELLI, 839). Questo Autore conosce invero le ragioni per le quali il reato di bancarotta si ripeteva ipotizzabile allorché la procedura concorsuale fosse l'amministrazione controllata il cui presupposto non era l'insolvenza ma la temporanea difficoltà ad adempiere.

4. GLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE DEI DEBITI EX ART. 182 BIS L.F.

L'accordo di ristrutturazione è un **contratto di diritto privato** (*pactum de non petendo*, remissione parziale di debito, costituzione di una garanzia, conversione di credito in capitale) che, per essere produttivo di effetti legali, è sottoposto al vaglio del giudice esplicantesi nel giudizio di **omologazione**. La fase giudiziale così innescata non integra un procedimento concorsuale e differisce, in particolare, dal procedimento di ammissione al concordato preventivo (riferimenti in PAJARDI, 1781 ed in MANDRIOLI, 610, ma si consideri anche Trib. Brescia decreto 22 febbraio 2006 Pres. Cumin Rel. Sabbadini edita su www.ilcaso.it documento 410/2006; Trib. Roma 16 ottobre 2006 Pres. Severini Rel. Manzi edita ivi, documento 395/2006; Trib. Milano 24 gennaio

2007 Pres. Quatraro, edita ivi, documento 1006/2007. Si veda anche Cass. SS.UU. 26 febbraio 2009 n. 24468 edita in Cassazione penale, 2009, 4, 1304).

Non deve trarre in inganno il fatto che presupposto oggettivo del giudizio di omologa richiesto al giudice è quello **stato di crisi** dell'impresa, quella difficoltà finanziaria già incontrata quale presupposto del concordato preventivo. In realtà, è stato esattamente notato, il presupposto oggettivo dell'omologa è diverso da quello proprio del concordato preventivo perché esclusivamente in quest'ultimo ambito *“per stato di crisi si intende anche lo stato d'insolvenza”* (art. 160 c. 3 l.f.). Ciò da cui consegue che l'accordo di ristrutturazione è omologabile soltanto laddove la crisi non sia ancora insolvenza (MUCCIARELLI, 831).

4.1. Il giudizio di omologa.

L'art. 182 bis l.f. non specifica il **criterio di giudizio** che il tribunale deve seguire sicché ne conseguono opposte opzioni esegetiche. Piuttosto isolata pare l'opinione che in assenza di opposizioni il giudice debba limitarsi alla sola **verifica della regolarità formale** degli adempimenti procedurali (LO CASCIO, 1619 ed ivi ulteriori riferimenti). Un'opinione più diffusa e ripetuta dalla giurisprudenza nega trattarsi di mero controllo di regolarità formale (PAJARDI, 1787). In questi termini si sono pronunciati: il Trib. Milano 24 gennaio 2007, dianzi citato, secondo il 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”*. In termini analoghi, il Trib. Roma 5 novembre 2009 Pres. Monsurrò Est. Di Marzio, edita su www.ilcaso.it documento 1894/2009, ha deciso respinto il ricorso osservando che 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”*.

Alla stregua di queste massime, si può convenire con chi rileva che il c.d. giudizio di merito non può mai andare oltre una rivalutazione critica dell'opinione del professionista laddove il giudice non dispone di poteri istruttori e non è prevista una figura che controlli i dati offerti dal ricorrente (MUCCIARELLI, 834).

4.2. Il ruolo del PM.

La disciplina degli accordi di ristrutturazione non fa alcuna menzione del ruolo del PM. Questo silenzio non è ovviamente sufficiente a ritenere la sua estraneità rispetto alla procedura ex art. 182 bis l.f. Già il fatto che il debitore sia un'impresa insolvente è circostanza che il PM non può né deve ignorare. Anche laddove il debitore assuma di versare nel meno critico **stato di crisi**, si comprende che l'attenzione del PM non può essere distolta, non fosse che per il difficile discrimine della crisi rispetto all'**insolvenza**. Laddove il PM che sia a conoscenza del ricorso vi si opponga, amplia già per questo lo spettro di valutazione e la compiutezza del controllo giudiziale. Se poi, approfondendo l'analisi, il PM acquisisca la prova dell'irreversibile insolvenza e richieda il fallimento, svolge un compito giuridicamente precluso al tribunale e pressoché insostenibile per i creditori. A questo – che già consiglia ed impone al PM di assumere un ruolo nei giudizi in parola – va aggiunto un dato che pare significativo: la prassi recente segnala che alle procedure di omologa di accordi di ristrutturazione ricorrono spesso imprese di notevoli dimensioni, la cui crisi può contrassegnare negativamente un vasto ceto di soggetti coinvolti. Non serve aggiungere altro per segnalare la rilevanza del tema. Occorre allora affrontare le più rilevanti questioni che l'ingresso del PM in questa procedura pone.

4.2.1. Cognizione, da parte del PM, della pendenza dei ricorsi ex art. 182 bis l.f.

Gli accordi sono pubblicati nel registro delle imprese e vanno anche depositati nella cancelleria del tribunale fallimentare con la richiesta di omologa. La norma non prevede alcuna comunicazione al PM, a differenza di quanto avviene in sede di ricorso per l'ammissione al concordato preventivo. Si tratta di una situazione simile alla presentazione di un ricorso privato per la dichiarazione di fallimento. Va da sé che il PM non verifica in continuità il registro delle imprese ma neppure può permettersi di ignorare la pendenza di queste procedure. Pare quindi perfettamente ammissibile che il PM richieda alla cancelleria del Tribunale la **segnalazione dei ricorsi ex art. 182 bis l.f.** che siano stati depositati. Questa è la prassi instaurata dalla Procura di Milano.

V'è un caso in cui il PM è immediatamente a conoscenza dell'iniziativa ex art. 182 bis l.f.: quando questa viene assunta allorché **sia già pendente una richiesta di fallimento**. La giurisprudenza afferma la sindacabilità incidentale dell'accordo nel procedimento per la dichiarazione di fallimento (C.App. Trieste 4 settembre 2007 edita in Diritto fall., 2008 parte seconda, 297 con nota di D. MANENTE) ritenendo che il deposito dell'accordo non incide sulla procedibilità dell'iniziativa mirata alla declaratoria di fallimento. Si è precisato che i due procedimenti vanno riuniti per il **rapporto di connessione e di pregiudizialità** tra la richiesta di omologa – il cui accoglimento integra il superamento dello stato di crisi - e quella di fallimento e che l'iniziativa del PM rimane perfettamente **procedibile** ai sensi dell'art. 182 bis c. 3 l.f. poiché non si confonde con le iniziative cautelari dei creditori (Trib. Milano 15 ottobre 2009 Pres. Lamanna Est. Perrotti, citata).

4.2.2. L'opposizione del PM all'omologa.

L'accordo può essere oggetto di **opposizione** da parte di creditori e di *ogni altro interessato* (art. 182 bis c. 4 l.f.). In questa categoria può rientrare il PM che ritenga di intervenire nel giudizio di

omologa (Trib. Milano 15 ottobre 2009 Pres. Lamanna Est. Perrotti (vicenda Risanamento Spa, citata, ma anche Trib. Milano 25 marzo 2010 Pres. Lamanna est. Vitiello, vicenda Snia Spa). Quest'ultima decisione ha precisato che l'intervento va ricondotto sia alla previsione dell'art. 70 u.c. c.p.c. (intervento in ogni procedimento civile ove ravvisi un interesse pubblico) sia all'art. 182 bis l.f. che legittima ogni interessato.

Questa iniziativa del PM può innescare una dialettica processuale che amplia la portata del giudizio di omologa, altrimenti prossimo al significato di una mera convalida della richiesta del debitore ricorrente. L'opposizione, come tale, tuttavia, non equivale ad una richiesta di fallimento, tanto che – se il tribunale non omologa - non perciò può dichiarare il fallimento in mancanza di una richiesta. Il PM opponente può trovarsi nella situazione di non poter presentare richiesta di fallimento in almeno due ordini di casi.

Può darsi, innanzitutto, che il PM sia privo della legittimazione ex art. 7 l.f. per il fatto che non ha ancora aperto un procedimento penale dal quale emerga la vicenda d'insolvenza. In questa situazione, non è imprevedibile che, presa visione del bilancio del debitore e rilevata la falsità, iscriva notizia di reato ex art. 2621 c.c. oppure iscriva ipotesi di reato (truffe, appropriazioni indebite) segnalategli dai creditori estranei agli accordi in parola.

Può darsi che – pur legittimato – il PM non possa provare lo stato d'insolvenza, perché il debitore versa in quell'indefinito limbo che pare sia lo *stato di crisi*. Tra l'insolvenza e lo stato di crisi non ha cittadinanza l'*insolvenza prospettica*, proiettata nel futuro (Trib. Milano 15 ottobre 2009, cit.).

4.2.3. Decisione del tribunale, di omologa. Reclamo del PM.

La decisione, di omologa o di rigetto, è reclamabile in Corte d'Appello ex art. 183 l.f. Nulla sembra impedire al PM di proporre reclamo contro l'omologa potrà quando – analogamente alla situazione in cui propone opposizione al tribunale - abbia ragione di contestare l'omologa ma non abbia legittimazione o elementi di prova d'insolvenza per presentare richiesta di fallimento.

4.2.4. Decisione di omologa. Richiesta di fallimento post-omologa.

Si è rilevato che il deposito dell'accordo non incide sulla procedibilità dell'iniziativa mirata alla declaratoria di fallimento (§ 4.2.1.) Si deve ritenere che pure l'intervenuta omologa non pregiudichi iniziative ex artt. 6 e 7 l.f. Il PM può dunque svolgere richiesta di fallimento – quando sia legittimato e sussista l'insolvenza – pur dopo l'intervenuta omologa ex art. 182 bis l.f.

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*”.

4.2.5. Mancata omologa. Ma anche mancata iniziativa del PM.

I soggetti legittimati all'iniziativa per la dichiarazione d'insolvenza - i quali possono agire pur *dopo* l'omologa ex art. 182 bis l.f. - *a fortiori* possono chiedere il fallimento in pendenza del

procedimento di omologa, e – ancora a maggior ragione – quando il ricorso per l'omologa sia stato respinto (MANENTE, 307).

La mancata omologa non consente tuttavia al Tribunale di dichiarare il fallimento se non c'è l'iniziativa di un creditore o del PM.

4.2.6. Accordo di ristrutturazione omologato e difetto di successiva procedura concorsuale. Mancanza del presupposto di reati fallimentari.

Se l'accordo è omologato e non segue procedura concorsuale, non v'è spazio per la prospettazione di reati fallimentari. L'art. 236 l.f. non consente di applicare le norme penali della legge fallimentare analogicamente al debitore che abbia fatto ricorso all'omologa ex art. 182 bis l.f.. (Cass. Pen. SSUU 26.2.2009 n. 22468 edita in Cass. Pen. 2009, 4113, in dottrina MUCCIARELLI, 837).

L'applicazione del divieto di analogia pare decisivo. L'omologa ex art. 182 bis l.f. non può essere ritenuta equivalente all'ammissione al concordato preventivo. Da questo punto di vista la decisione delle Sezioni Unite non può essere messa in discussione.

Lascia forse qualche dubbio la scelta degli argomenti a partire dai quali si coglie la differenza tra i due istituti e che la Corte individua: a) nel fatto che l'accordo *“non prevede un organo di controllo per la valutazione iniziale e per lo svolgimento della procedura”* laddove *“il sopravvenire dell'omologazione non attribuisce connotazione pubblicistica all'accordo”*; b) nella circostanza che il ricorso *“non va comunicato al PM per un suo eventuale intervento”*.

In proposito occorre considerare: a) che gli accordi negoziali trovano efficacia se superano il giudizio di concreta attuabilità del piano, non esattamente un atto dovuto; b) che pare doversi qualificare *privatistica* ogni procedura nella quale i ricorsi privati non debbano essere comunicati al PM altrimenti privatistica sarebbe anche la procedura fallimentare.

4.2.7. Piano di ristrutturazione omologato, conseguente procedura concorsuale. Reati fallimentari.

Se l'accordo omologato non impedisce la successiva apertura di una procedura concorsuale, nell'ambito di quest'ultima – allorché sia aperta - si determina il presupposto dei reati fallimentari.

Questione specifica, dal punto di vista penale, è quella della valutazione dei **comportamenti tenuti dal debitore nella vigenza degli accordi omologati**. Alcuni esempi possono favorire l'introduzione al tema che si intende esplorare:

a) *se l'esecuzione degli accordi omologati reca un oggettivo pregiudizio all'integrità patrimoniale dell'impresa, questo comportamento potrà integrare la bancarotta fraudolenta patrimoniale ex art. 216 c. 1 n. 1 l.f. o quanto meno la bancarotta patrimoniale colposa ex artt. 217 c. 1 nn. 1-4 l.f. e 224 n. 2 l.f. ?*

b) *se, nel corso di vigenza degli accordi, l'imprenditore manipola le scritture contabili ex art. 216 c. 1 n. 2 l.f. o li tiene in modo colposamente irregolare ex art. 217 c. 2 l.f., questi contegni potranno integrare dette ipotesi di bancarotta documentale ?*

c) *se il fallimento dichiarato presenta un passivo significativamente accresciuto nell'arco di tempo di vigenza degli accordi vanamente omologati, la condotta del debitore può integrare la concausalità del dissesto che è ipotesi di bancarotta fraudolenta ex art. 223 c. 2 n. 2 l.f. o quanto meno l'aggravio colposo ex artt. 217 c. 1 nn. 3 e 4 e 224 n. 2 l.f. ?*

Si è persuasivamente ritenuto che le condotte integranti bancarotta patrimoniale e documentale, ipotesi di reato che non esigono la prova di un nesso causale e/o psicologico con l'evento fallimento, sono sempre configurabili a prescindere dal fatto che siano state tenute nel contesto di accordi omologati (MUCCIARELLI, 864).

In questa logica, si è invece opinato che laddove il tribunale omologhi gli accordi controllando la veridicità dei dati aziendali – e quindi secondo un approfondito giudizio di merito che, come tale, non dovrebbe soggetto a ri-valutazione in sede penale – allora i comportamenti di causazione del fallimento dovrebbero normalmente non costituire reato (difetto di dolo).

Si è infine precisato che, se il tribunale omologa secondo un giudizio meno penetrante, ne consegue la necessità di una ri-valutazione del giudice penale, sia pure formulata con il criterio di prognosi postuma del giudizio *ex ante*. Se, quindi, all'esito di questa valutazione l'accordo risulti sia stato omologato benché non attuabile, in questa situazione nulla impedirebbe la contestazione del delitto di bancarotta cagionativa del fallimento, pure in presenza di un comportamento tenuto nella vigenza dell'accordo omologato (MUCCIARELLI, 866).

Si deve allora osservare che:

- alla stregua della giurisprudenza consolidata, l'omologa non attinge mai ad un pieno giudizio di merito perché il tribunale, privo di poteri istruttori, esprime un giudizio di coerenza logica dei dati rappresentati dal debitore e dal suo professionista;

- non sussiste quindi motivo di ritenere che l'antevigenza di accordi omologati alla dichiarazione di fallimento renda il cagionamento del fallimento fatto non costituente reato.

5. PROFILI ORGANIZZATIVI. Il rapporto tra i giudici civili addetti alla materia (e più in generale gli organi della procedura fallimentare) ed il pool specializzato della Procura della Repubblica.

Un ufficio di Procura che si proponga di intervenire nelle crisi d'impresa nel rispetto delle regole che sono state rassegnate deve attuare alcuni protocolli organizzativi interni e convenire accordi organizzativi con il tribunale. Seguendo la traccia dell'esposizione che precede, si possono indicare sinteticamente i seguenti aspetti operativi rilevanti:

a) Formazione di un gruppo di magistrati specializzati all'interno dell'ufficio. Si tratta di una opportunità certamente più alla portata degli uffici con un certo numero di sostituti ma che può essere colta anche nelle altre Procure.

b) Concentrazione, all'interno del pool fallimentare, delle notizie d'insolvenza che emergano dai procedimenti penali. Se la notizia d'insolvenza può emergere da qualsiasi tipologia di

indagine, è necessario far confluire questi dati nella struttura specializzata fallimentare. Questa prassi non si confonde con quella di inoltrare al dipartimento societario-fallimentare procedimenti penali per reati comuni commessi in ambito d'impresa.

c) Dotazione organizzativa necessaria alla presentazione delle richieste di fallimento. Giova una segreteria, possibilmente centralizzata, che segua l'esecuzione degli incombeni (iscrizione dei fascicoli, deposito nella cancelleria del tribunale fallimentare, inoltramento delle conseguenti notifiche). Pure è necessario disporre di collaboratori di p.g. in grado di svolgere gli accertamenti documentali necessari (visure camerali, acquisizione di bilanci, visure anagrafe tributaria).

d) Fissazione di un calendario di udienze fallimentari compatibile con gli impegni della Procura. Questa è la prima e basilare regola operativa che può e deve essere concertata con il tribunale fallimentare. La facoltatività della presenza del PM in udienza fallimentare e la obbligatorietà della presenza in quella penale costituisce una rilevante difficoltà per una Procura oberata di udienze penali. La concentrazione delle udienze prefallimentari può costituire una soluzione.

e) Criteri di nomina dei curatori. Contributo della Procura. L'esperienza ribadisce che esistono rilevanti differenze tra i professionisti designati. Una pratica minimamente ripetuta consente al PM di individuare i curatori operosi ed efficaci dagli altri. Nei casi più gravi, il PM può ben chiedere la revoca delle figure meno valide.

f) Comunicazione al PM della sentenza di fallimento. Richiesta al curatore di una pre-relazione. Si è già rilevato che i tempi di consegna della relazione ex art. 33 l.f. sono spesso troppo lunghi per un efficace avvio delle indagini, quanto meno nei casi più allarmanti. Al di là di questo dato iniziale, il lavoro del curatore può influire decisamente sul successo delle indagini preliminari. Nel rapporto tra PM e curatore gioca un ruolo importante il dinamismo e la fermezza del giudice delegato.

g) Il curatore nel procedimento e nel processo penale per bancarotta. Il curatore costituito parte civile è normalmente un elemento di ausilio per il PM nel processo penale. La sua sola presenza segnala al giudice penale la rilevanza di danno del delitto per cui si procede.

h) La comunicazione al PM dei ricorsi per l'ammissione al concordato preventivo. Atto dovuto del tribunale, può essere interpretato dal PM in vario modo. Pare appropriato che la Procura prenda visione del ricorso (non limitandosi a ricevere la comunicazione del deposito), svolga una prima valutazione "sulle carte" e si determini quindi a verificare se la vicenda meriti approfondimento nel caso segnali anomalie che possono persino consistere nella rilevazione di fatti costituenti reato. In ogni caso pare opportuno che il PM formuli un parere scritto e – in accordo con la cancelleria del Tribunale – sia in seguito informato dell'evoluzione del procedimento. Ciò per evitare che, qualora il tribunale assuma le determinazioni di cui agli artt. 162 c. 2, 173 c.2, 180 u.c. l.f., il PM ne ignori l'esistenza mandando esente da responsabilità penale un debitore la cui condotta potrebbe essere connotata da frode.

i) Cognizione della vigenza dell'art. 236 l.f. Come si è rilevato, è la norma più disapplicata della legge fallimentare. Si può auspicarne l'entrata in vigore a quasi settant'anni dalla promulgazione.

l) Cognizione dei ricorsi ex art. 182 bis l.f. Trattandosi normalmente di procedure relative a crisi d'impresa di rilievo, pare opportuno che il PM ne sia a conoscenza. Nella prassi milanese, si è detto,

la cancelleria della sezione fallimentare segnala alla Procura la presentazione di questi ricorsi. Analogamente alle procedure concordatarie, il PM esamina la documentazione prodotta dal ricorrente e ne valuta la rilevanza. Non dovendo esprimere un parere, come per il concordato, ma potendo presentare opposizione, il PM potrà e dovrà esaminare attentamente il ricorso. Questa presenza iniziale nel procedimento di omologa potrà comunque condurre ad ulteriori iniziative: il reclamo all'omologa; l'eventuale apertura di un procedimento penale che, a partire dai dati acquisiti nel procedimento di omologa, legittima la richiesta di fallimento.

BIBLIOGRAFIA:

AA.VV., *Diritto fallimentare. Manuale breve*, Milano, 2008

ALESSANDRI A., *Profili penalistici delle innovazioni in tema di soluzioni concordate delle crisi d'impresa*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2006, p. 111 e ss.

AULETTA F., *L'iniziativa per la dichiarazione di fallimento (specie del creditore sedicente o non legittimato o rinunciante)*, in *Il Fallimento*, 2010, 2, 129 e ss..

BONFATTI S.- CENSONI P.F., *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2007)

BRICCHETTI R. - MUCCIARELLI F. - SANDRELLI G., *Il nuovo diritto fallimentare*, Bologna-Roma, 2006.

CAVALLI, *La riforma della legge fallimentare: profili della nuova disciplina* (a cura di S. Ambrosini), Bologna 2006

CLEMENTE A.-GISONDI A., *Commento all'art. 7*, in AA.VV., *La riforma della legge fallimentare* a cura di A. Nigro e A. Sandulli, Torino, 2006

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

DONZI E., *L'iniziativa per la dichiarazione di fallimento: artt. 6 e 7 l.f.*, in AA.VV., *Fallimento ed altre procedure concorsuali*, diretto da G. Fauceglia e L. Panzani, Torino 2009, p. 101 e ss.

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

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

GIUNTA F.- SCARCELLA A., *Riflessi penali della nuova disciplina del fallimento e delle procedure concorsuali*, in AA.VV., *La riforma della legge fallimentare* a cura di A. Nigro e M. Sandulli, Torino, 2009.

LO CASCIO G., *Codice commentato del fallimento*, Milano, 2009

MANDRIOLI L., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis l.f.*, in *Il fallimento*, 2010, 5, 610

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, p. 825 e ss.

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

RAGO G., *I poteri del tribunale sul controllo della fattibilità del piano nel concordato preventivo dopo il decreto correttivo*, in *Il fallimento*, 2008, n. 3 p. 264.

RAGUSA MAGGIORE-COSTA, *Il fallimento*, Torino, 1997

SATTA, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Roma, 1964

TEDESCHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, Padova, 2007

ZANICHELLI, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Torino, 2008