



DIRITTO PENALE CONTEMPORANEO

DIRITTO PENALE
CONTEMPORANEO

Fascicolo
2/2019

COMITATO DI DIREZIONE Alexander Bell, Antonio Gullo, Luca Masera, Melissa Miedico, Alfio Valsecchi

REDAZIONE Anna Liscidini (coordinatore), Francesco Lazzeri (segretario), Alberto Aimi, Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Carlo Bray, Alessandra Galluccio, Stefano Finocchiario, Erisa Pirgu, Serena Santini, Tommaso Trinchera, Maria Chiara Ubiali, Stefano Zirulia

COMITATO SCIENTIFICO Emilio Dolcini, Novella Galantini, Alberto Alessandri, Jaume Alonso-Cuevillas, Giuseppe Amarelli, Ennio Amodio, Francesco Angioni, Roberto Bartoli, Fabio Basile, Hervé Belluta, Alessandro Bernardi, David Brunelli, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Michele Caianiello, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Francesco Caprioli, David Carpio, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Massimo Ceresa Gastaldo, Mario Chiavario, Luis Chiesa, Cristiano Cupelli, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Ombretta Di Giovine, Massimo Donini, Giovanni Fiandaca, Roberto Flor, Luigi Foffani, Gabriele Fornasari, Loredana Garlati, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Roberto E. Kistoris, Sergio Lorusso, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Jean Pierre Matus, Anna Maria Maugeri, Oliviero Mazza, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Santiago Mir Puig, Vincenzo Mongillo, Adan Nieto Martin, Francesco Mucciarelli, Renzo Orlandi, Íñigo Ortiz de Urbina, Francesco Palazzo, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Vicente Pérez-Daudí, Daniela Piana, Lorenzo Picotti, Paolo Pisa, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Joan Josep Queral, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Mario Romano, Gioacchino Romeo, Carlo Ruga Riva, Markus Rübenstahl, Francesca Ruggieri, Marco Scoletta, Sergio Seminara, Rosaria Sicurella, Placido Siracusano, Carlo Sotis, Giulio Ubertis, Antonio Vallini, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Costantino Visconti, Matteo Vizzardi, Francesco Zacchè

Diritto Penale Contemporaneo è un periodico on line, ad accesso libero e senza fine di profitto, nato da un'iniziativa comune di Luca Santa Maria, che ha ideato e finanziato l'iniziativa, e di Francesco Viganò, che ne è stato sin dalle origini il direttore nell'ambito di una partnership che ha coinvolto i docenti, ricercatori e giovani cultori della Sezione di Scienze penalistiche del Dipartimento "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano. Attualmente la rivista è edita dall'Associazione "Diritto penale contemporaneo", il cui presidente è l'Avv. Santa Maria e il cui direttore scientifico è il Prof. Gian Luigi Gatta. La direzione, la redazione e il comitato scientifico della rivista coinvolgono oggi docenti e ricercatori di numerose altre università italiane e straniere, nonché autorevoli magistrati ed esponenti del foro.

Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

Le opere pubblicate su "Diritto penale contemporaneo" sono attribuite dagli autori con licenza *Creative Commons* "Attribuzione – Non commerciale 3.0" Italia (CC BY-NC 3.0 IT). Sono fatte salve, per gli aspetti non espressamente regolati da tale licenza, le garanzie previste dalla disciplina in tema di protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio (l. n. 633/1941).

Il lettore può condividere, riprodurre, distribuire, stampare, comunicare al pubblico, esporre in pubblico, cercare e segnalare tramite collegamento ipertestuale ogni lavoro pubblicato su "Diritto penale contemporaneo", con qualsiasi mezzo e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, nei limiti consentiti dalla licenza *Creative Commons* "Attribuzione – Non commerciale 3.0 Italia" (CC BY-NC 3.0 IT), in particolare conservando l'indicazione della fonte, del logo e del formato grafico originale, nonché dell'autore del contributo.

La rivista fa proprio il Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors elaborato dal COPE (Committee on Publication Ethics).

Peer review.

Salvo che sia diversamente indicato, tutti i contributi pubblicati nella sezione *papers* di questo fascicolo hanno superato una procedura di *peer review*, attuata secondo principi di trasparenza, autonomia e indiscusso prestigio scientifico dei revisori, individuati secondo criteri di competenza tematica e di rotazione all'interno dei membri del Comitato scientifico. Ciascun lavoro soggetto alla procedura viene esaminato in forma anonima da un revisore, il quale esprime il suo parere in forma parimenti anonima sulla conformità del lavoro agli standard qualitativi delle migliori riviste di settore. La pubblicazione del lavoro presuppone il parere favorevole del revisore. Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Modalità di citazione.

Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Diritto penale contemporaneo*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 1/2017, p. 5 ss.

IL “NUOVO” RUOLO DEL P.M. TRA CRISI E PERDITA DELLA CONTINUITÀ AZIENDALE

Alcune osservazioni al Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza

di Siro De Flammeneis

SOMMARIO: 1. La linea legislativa e la distinzione tra crisi e perdita della continuità aziendale. – 2. I possibili interventi del pubblico ministero. – 2.1. La fase della *composizione* della crisi d'impresa. – 2.2. La fase della *regolazione* della crisi: l'accordo di ristrutturazione ed il concordato preventivo. – 2.2.1. L'interlocuzione del p.m. con le parti della procedura. – 3. Conclusioni.

1. La linea legislativa e la distinzione tra crisi e perdita della continuità aziendale.

Con l'approvazione in via definitiva avvenuta il 10 gennaio 2019 da parte del Consiglio dei Ministri dello schema di decreto legislativo recante il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155, ed in attesa della sua entrata in vigore, si delinea un nuovo assetto normativo con il quale il pubblico ministero, nell'ambito della propria azione investigativa e di impulso al procedimento penale, è chiamato a confrontarsi¹. In particolare, ad una prima lettura dell'articolato, appare doversi ragionare su un riallineamento della disciplina della crisi d'impresa, che sposta il baricentro dell'attenzione dell'analisi investigativa dalla declaratoria di fallimento (oggi liquidazione giudiziale) alle fasi anteriori della vita dell'impresa in crisi. Queste ultime sono disciplinate attraverso diverse procedure, tutte focalizzate sul tema della ricerca del riequilibrio economico-finanziario dell'azienda; ebbene, è proprio questo il “nuovo” spazio investigativo con il quale è necessario misurarsi attraverso gli strumenti giudiziari nella disponibilità della pubblica accusa.

La linea politica seguita con l'adozione del Codice in esame riflette coerentemente l'esigenza sociale della conservazione e continuità dell'azienda; si interviene nella gestione in modo da poter scongiurare o, quantomeno, allontanare nel tempo, lo stato insuperabile di decozione. Così, con la medesima prospettiva ha operato il legislatore anche in seno al codice antimafia di cui al d.lgs. n. 159/2011, si pensi

¹ Sul tema, si veda G.L. GATTA, [Approvato il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: scompaiono i concetti di “fallimento” e di “fallito”](#), in questa Rivista, 11 gennaio 2019; M. GAMBARDELLA, [Il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: un primo sguardo ai riflessi in ambito penale](#), in questa Rivista, 27 novembre 2018; P. CHIARAVIGLIO, [Osservazioni penalistiche “a prima lettura” sul progetto di Codice della crisi e dell'insolvenza](#), in questa Rivista, 10 maggio 2018.

soprattutto allo strumento dell'amministrazione giudiziaria di cui all'art. 34, ed ancor più di recente con le modifiche normative intervenute allo stesso codice antimafia attraverso le previsioni di cui alla legge n. 161 del 17 ottobre 2017². Con l'introduzione, tra le altre previsioni, degli artt. 41*bis* e 41*ter*, si è inteso infatti valorizzare nel predetto codice l'importanza della prosecuzione dell'operatività delle imprese, anche di quelle contaminate dalla mafia, con lo scopo di sottrarle, il più rapidamente possibile, all'infiltrazione criminale e restituirle al libero mercato una volta depurate dagli elementi inquinanti³. Ed infatti, l'art. 41*bis* fa riferimento all'aziende *in crisi*, cioè in fase di non insuperabile decozione; dunque, il tema messo al centro dal legislatore nell'attualità, anche per le aziende sequestrate e confiscate per ragioni di inquinamento mafioso, è quello della salvaguardia, in fase di crisi, della continuità aziendale per evitare la sua perdita definitiva⁴.

Coerentemente con queste recenti riforme, la fondamentale distinzione tra crisi "reversibile" e perdita "definitiva" della continuità aziendale appare essere il binario centrale su cui si muove tutta la novella normativa del Codice in commento (che già nell'intitolazione distingue tra crisi ed insolvenza). In tal senso, la nuova previsione del secondo comma dell'art. 2086 del codice civile, rubricato "Gestione dell'impresa" (art. 375 del Codice della crisi), sancisce un punto di riferimento e di lettura dell'intero articolato; la nuova norma prevede infatti che: *"L'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale."*

² Pubblicata in Gazzetta Ufficiale, Serie Generale, n. 258 del 4 novembre 2017.

³ In questi termini C. VISCONTI, [Ancora una decisione innovativa del tribunale di milano sulla prevenzione antimafia nelle attività imprenditoriali](#), in questa *Rivista*, 11 luglio 2016. Sul tema anche E. MEZZETTI, [L'entidicio: una categoria penalistica da ricostruire ed una conseguenza per l'azienda da evitare](#), in questa *Rivista*, fasc. 1/2018, p. 133 ss. Ed ancora, F. MENDITTO, [Novità in materia di misure di prevenzione. Voce per "Il libro dell'anno Treccani 2017"](#), in questa *Rivista*, 23 gennaio 2017. G. PIGNATONE, [Mafia e corruzione: tra confische, commissariamenti e interdittive](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 4/2015, p. 259 ss.

²¹ Sul punto, di recente, G. CAPECCHI, [La misura di prevenzione patrimoniale dell'amministrazione giudiziaria degli enti e le sue innovative potenzialità](#), in questa *Rivista*, 4 ottobre 2017; v., inoltre, C. VISCONTI, [Contro le mafie non solo confisca ma anche "bonifiche" giudiziarie per imprese infiltrate: l'esempio milanese \(working paper\)](#), in questa *Rivista*, 20 gennaio 2012; ID., [Proposte per recidere il nodo mafie-imprese](#), in questa *Rivista*, 7 gennaio 2014.

⁴ Il tema è centrale anche secondo l'ordinamento europeo: il regolamento 2015/848/UE del 20 maggio 2015 ha ad oggetto l'efficienza e l'efficacia delle procedure di insolvenza per il buon funzionamento del mercato interno in ragione delle sempre più crescenti implicazioni transfrontaliere delle stesse; la raccomandazione n. 2014/135/UE della Commissione del 12 marzo 2014, ha posto agli Stati membri il duplice obiettivo di garantire alle imprese sane in difficoltà finanziarie l'accesso a procedure di insolvenza che permettano alle stesse di ristrutturarsi in una fase precoce e di consentire ai soggetti falliti di tornare ad operare sul mercato; il regolamento delegato 2016/451/UE della Commissione stabilisce i principi e i criteri generali per la strategia d'investimento e le regole di gestione del Fondo di risoluzione unico; la proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 novembre 2016 si pone l'obiettivo di aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione.

All'art. 2 del Codice, poi, si definiscono i concetti essenziali; vengono distinte alle lettere a), b) e c) le definizioni di crisi, insolvenza e sovraindebitamento⁵. Il concetto fondamentale pare essere quello di crisi, che configura una situazione sensibilmente meno grave della decozione o dissesto – inteso come squilibrio economico irreversibile⁶ che si realizza soprattutto al verificarsi delle condizioni di cui all'art. 2447 c.c. – e che, pertanto, come tale va valorizzato in ottica di contenimento o, ancor meglio, di risanamento aziendale.

La differenza tra crisi e decozione/insolvenza/dissesto è sancita normativamente anche dall'intitolazione delle Sezioni che contengono le norme sull'accesso alle procedure di regolazione della crisi *ovvero* (disgiuntamente) dell'insolvenza (gli artt. 37 e ss. distinguono chiaramente le due ipotesi). Se la domanda di accesso ad una delle procedure è disciplinata in modo uniforme per tutte le procedure dall'art. 40, le singole procedure poi seguono *iter* differenti.

Svolte queste premesse di ordine interpretativo generale, si può provare ad esplorare in modo più approfondito il percorso oggi congeniato per la gestione imprenditoriale in situazione di crisi, al fine di selezionare gli spazi – esplicitamente previsti o meno – del possibile intervento del pubblico ministero.

2. I possibili interventi e controlli del pubblico ministero.

Se quella tracciata appare essere l'impostazione legislativa e politica alla base della riforma, che, dunque, per definizione, dovrebbe rappresentare la scelta della società moderna, occorre chiedersi come si pone il diritto penale e, nello specifico, la posizione del pubblico ministero, il quale è chiamato a confrontarsi con le realtà economico-imprenditoriali in crisi ed operare delle scelte investigative per la ricerca di una notizia di reato e, poi, per l'individuazione del responsabile di tale reato.

Quando si aveva a che fare principalmente con il principio della decozione, su cui è storicamente fondata la disciplina dei c.d. reati fallimentari, l'impianto investigativo era tradizionalmente delineato nell'azione rivolta ad una azienda in stato di grave difficoltà, alla definizione degli elementi costitutivi della decozione, alla statuizione del fallimento e, dunque, alla ricerca ed analisi delle condotte di rilievo penale connesse alla fase terminale della vita della singola azienda.

L'impianto normativo che si prospetta alla luce delle novità in esame richiede un ragionamento investigativo in parte differente o, meglio, più ampio: il pubblico ministero, in effetti, è chiamato a riflettere e porre la propria attenzione in situazioni

⁵ Per "crisi" si intende lo stato di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l'insolvenza del debitore, e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate; per "insolvenza" lo stato del debitore che 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; per "sovraindebitamento" lo stato di crisi o di insolvenza del consumatore, del professionista, dell'imprenditore minore.

⁶ Tra le altre, Cass., Sez. 5, sent. n. 40998 del 20/05/2014, Rv. 262189.

imprenditoriali di difficoltà pre-insolvenza, ovvero di crisi non definitiva. Si tratta di un ruolo molto importante per un duplice aspetto: da un lato, perché la parte pubblica è chiamata in questo modo a interloquire con le altre parti delle procedure concorsuali che si innestano in questa situazione di analisi anticipata della situazione economica dell'impresa, dovendo esprimere pareri e ragionando, ad esempio, sulla fattibilità concreta degli accordi di ristrutturazione ovvero sulle proposte di concordato preventivo. In secondo luogo, così facendo il pubblico ministero ha la possibilità di porre l'attenzione investigativa in una fase anticipata rispetto a quella dell'accertamento della decozione con conseguente declaratoria di fallimento, ovvero di attenzionare tutta una congerie di condotte che possono essere realizzate da parte dei soggetti responsabili dell'impresa in questo periodo di ricerca del ripianamento economico e della continuità aziendale.

Si può dire, quindi, che l'epicentro dell'analisi investigativa in materia concorsuale si è spostato all'indietro, con conseguente (volontario?) aumento dei fatti e degli atti richiesti dell'attenzione del pubblico ministero che, dunque, viene oggi ad assumerne una nuova veste di controllore ed un rinnovato potere d'azione. È bene dire subito che a tale ampliamento del raggio d'azione investigativo deve corrispondere per gli investigatori una maggiore responsabilità; questa responsabilità si traduce nella necessità di attrezzarsi dal punto di vista della conoscenza dei principali elementi di economia aziendale, di gestione d'impresa e di strategie industriali.

2.1. La fase della composizione della crisi d'impresa.

Entrando più del dettaglio del nuovo impianto legislativo, muovendosi con la lente della selezione dei possibili spazi operativi del pubblico ministero nelle fasi pre-insolvenza irreversibile, deve essere ribadito il concetto di fondo sul quale si appoggia anche l'analisi investigativa: la crisi di impresa. Secondo l'art. 13 del d.lgs. devono intendersi quali indicatori di una crisi d'impresa *gli squilibri di carattere reddituale, patrimoniale o finanziario, rapportati alle specifiche caratteristiche dell'impresa e dell'attività imprenditoriale*. Ed ancora, si precisa che: *"A questi fini, sono indici significativi quelli che misurano la sostenibilità degli oneri dell'indebitamento con i flussi di cassa che l'impresa è in grado di generare e l'adeguatezza dei mezzi propri rispetto a quelli di terzi. Costituiscono altresì indicatori di crisi ritardi nei pagamenti reiterati e significativi, anche sulla base di quanto previsto nell'articolo 24"* (gli indici sono suscettibili di progressivi aggiornamenti da parte del Consiglio nazionale dei dottori commercialisti ed esperti contabili, art. 13, comma 2). Deve trattarsi perciò, indubbiamente, di uno stato non definitivo di squilibrio, in presenza del quale scattano una serie di obblighi di segnalazione previsti dagli artt. 14 e 15. Il concetto rimarcato da queste disposizioni è quello della presenza di "fondati indizi di crisi" (art. 14, co.1), in presenza dei quali si avviano le procedure appositamente disciplinate finalizzate alla ricomposizione dello squilibrio ed al riallineamento economico dell'impresa (artt. 18 e ss. del d.lgs.), con la previsione di uno specifico organismo di composizione della crisi d'impresa.

In questa fase di componimento della crisi attraverso l'ausilio dell'OCRI non è previsto espressamente un ruolo del pubblico ministero: vengono svolte trattative con il debitore per la ricerca di una "soluzione concordata della crisi" (art. 19, co. 1) senza un esplicito potere di controllo del p.m. E però, per quanto si dirà dopo, anche il pubblico ministero necessita, ai fini del corretto e completo svolgimento del proprio ruolo in tale fase, della comprensione ed analisi degli "indicatori" della crisi aziendale; alla luce di una mancata esplicita previsione in tal senso occorre riflettere sul momento temporale in cui l'attenzione investigativa può essere attivata e con quali poteri concreti.

Superata la fase di trattativa "interna", invero, si entra maggiormente nel vivo della strutturazione concreta delle condotte di risanamento, ciò attraverso soprattutto la conclusione di un accordo di ristrutturazione del debito ovvero con la domanda di concordato preventivo; è in effetti previsto che *quando il debitore dichiara che intende presentare domanda di omologazione di accordi di ristrutturazione dei debiti o di apertura del concordato preventivo, il collegio procede, su richiesta del debitore, ad attestare la veridicità dei dati aziendali* (art. 19, co. 3).

In questa fase di *trattativa* il legislatore ha previsto specifiche fattispecie di reato, ovvero: con riferimento alle fasi relative agli accordi di ristrutturazione ed al concordato preventivo, l'art. 341 punisce l'attribuzione da parte dell'imprenditore di attività inesistenti, ovvero, per influire sulla formazione delle maggioranze, la simulazione di crediti in tutto o in parte inesistenti. L'art. 342, invece, fa riferimento alle false attestazioni e relazioni dei professionisti indipendenti nelle medesime procedure.

Parallelamente, con riferimento alla composizione del sovraindebitamento ed ai reati posti in essere dai componenti dell'organismo di composizione della crisi, sono previste le seguenti fattispecie: *"Sanzioni per il debitore e per i componenti dell'organismo di composizione della crisi"* (art. 344) ed il reato di *"Falso nelle attestazioni dei componenti dell'OCRI"* (art. 345).

Le condotte illecite descritte (in particolare nell'art. 344, co. 1, lett. a) e b) e co. 3 e nell'art. 345) si riferiscono ad ipotesi di frodi, patrimoniali e documentali, falsi documentali e falsità ideologiche di attestazione, che si inquadrano nell'ambito delle attività da compiersi nel corso della formulazione dei programmi di risanamento; invece, le condotte illecite di cui all'art. 344, co. 1, lett. c), d) ed e), riguardano la fase esecutiva di tali procedure di composizione della crisi.

Le fattispecie descritte in queste nuove norme penali sembrano astrattamente rispecchiare i fatti di reato tributari (attribuzione di attività inesistenti ovvero di crediti inesistenti) e quelli fallimentari, non essendo dissimili le violazioni punite con la nuova disciplina da quelle relative ai reati di bancarotta fraudolenta, documentale e patrimoniale, bancarotta preferenziale, e dai fatti di bancarotta semplice (specie i nn. 3, 4 e 5 del comma primo ed il comma secondo dell'art. 217 RD n. 267/1942); ciò con la precisa ed evidente differenza che le condotte di cui al Codice in esame nulla hanno a che vedere con il fallimento (oggi liquidazione giudiziale) dell'impresa ma si innestano in fasi gestorie molto anticipate.

In realtà, queste norme non hanno un reale contenuto di novità punitiva, perché derivano da disposizioni analoghe già vigenti (l'art. 344 in effetti riproduce istituti già regolati dalla legge 27 gennaio 2012, n. 3, che stabiliva identiche sanzioni all'articolo 16;

l'articolo 342 riproduce sostanzialmente il contenuto del vigente art. 236-*bis* della l. fall.); le odierne fattispecie, tuttavia, individuano i soggetti responsabili in conformità alle nuove competenze delineate dal Codice.

Aldilà dell'esegesi specifica dei "nuovi" reati⁷, ciò che preme qui sottolineare è un aspetto differente. Invero, quello che già poteva risultare con la fattispecie dell'art. 236-*bis* l. fall. e che, *a fortiori*, emerge come conseguenza della attuale riforma, è l'inevitabile creazione di "nuovi" ambiti operativi di intervento per il pubblico ministero, che viene chiamato a svolgere indagini sin nella fase del componimento della crisi della singola azienda, dovendo accertare le eventuali falsità, simulazioni, dissimulazioni, dissipazioni ed altre azioni o omissioni illecite poste in essere dal debitore ovvero dai componenti dell'organismo di composizione della crisi. Per l'accertamento di questi reati, cioè, appare evidente che debbano essere compiute approfondite analisi ed indagini sui comportamenti degli imprenditori e dei professionisti che intervengono nella fase della selezione delle ricette di risanamento ovvero nelle progettazioni dei nuovi piani industriali.

E tuttavia, vi è da chiedersi con quali tempi e con quali modalità la pubblica accusa viene messa in grado dall'attuale normativa, così riformata, ovvero sarebbe in grado, di conoscere e determinare la rilevanza penale delle condotte svolte dalle parti nel corso di queste fasi di composizione di una crisi aziendale. Invero, in assenza di esplicite previsioni in tal senso, la formulazione delle norme sopra indicate lascia propendere per una relazione prettamente interna del componimento, ovvero una trattativa che vede come parti esclusive l'imprenditore debitore e le parti istituzionali individuate dalle norme, ove non vi è traccia del pubblico ministero. Sembra, in effetti, trattarsi di vicende dal connotato prettamente economico-aziendale che si collocano in uno spazio temporale molto anticipato rispetto all'esigenza di un controllo pubblico da parte del pubblico ministero. Dunque, l'accertamento dei reati di cui agli artt. 341, 342, 344 e 345 pare doversi compiere solo a posteriori, ovvero in una fase successiva rispetto allo svolgimento della procedura di *composizione* della crisi, quando cioè è stato aperto un fascicolo procedimentale da parte del pubblico ministero, dedicato ed avente ad oggetto principalmente la fase successiva della procedura di *regolazione* della crisi d'impresa (accordo di ristrutturazione, concordato preventivo ovvero liquidazione giudiziale soprattutto), nell'ambito del quale verrebbero poste in analisi anche tutte quelle condotte realizzate anteriormente rispetto alla fase più avanzata di svolgimento della crisi in cui si trova l'impresa.

In altri termini, alla formulazione di queste fattispecie di reato, portate ad unità con il nuovo codice, superando la disgregazione normativa preesistente, non pare siano corrisposti nuovi meccanismi di controllo "anticipato" per il pubblico ministero chiamato ad accertare la realizzazione di tali reati, in modo da poter eventualmente scongiurare che le condotte siano portate ad ulteriori conseguenze dannose per le parti economiche che si relazionano con la azienda, se non anche per la collettività. Il rischio, cioè, ove non fosse possibile per l'investigatore monitorare l'andamento della procedura

⁷ Cfr. M. GAMBARELLA, *op. ult. cit.*

di *composizione* della crisi (mentre per le fasi di *regolazione* si dirà in seguito), sarebbe quello di arrivare tardi, anche molto dopo l'eventuale danno provocato dalle condotte illecite descritte dalle fattispecie agli interessi protetti.

In definitiva, occorre capire se, oltre all'accertamento da parte del pubblico ministero dei reati già consumati nel corso della procedura di componimento (*fase patologica*), sia possibile prevedere un controllo *in itinere*, al fine di apportare correttivi, suggerimenti, analisi all'interno della stessa procedura, in un processo *fisiologico* di monitoraggio, soprattutto attraverso la formulazione di pareri. Solo in questo modo, si ritiene, il senso della riforma attuale del Codice della crisi dell'impresa potrebbe trovare davvero compiutezza: concentrando l'attenzione del legislatore sulle opzioni di recupero della continuità aziendale, essendo questa la finalità della riforma in esame, il controllo della pubblica accusa nel percorso di recupero darebbe ulteriore valore e risalto a questo aspetto e completerebbe il cerchio della volontà politico-sociale sottostante la riforma.

Ebbene, si può provare ad evidenziare alcuni spiragli normativi cui eventualmente potersi appellare per inserire nel corso di queste procedure un controllo del pubblico ministero.

Innanzitutto, se la procedura di composizione della crisi di cui agli artt. 18 e 19 del d.lgs. subisce un'evoluzione patologica, ovvero un'anomala interruzione, è specificatamente prevista la segnalazione al pubblico ministero (art. 22 del Codice), che, a questo punto, potrebbe aprire un procedimento per fatti non costituenti notizie di reato e compiere opportune indagini. E però, l'art. 22 fa riferimento all'esistenza di elementi acquisiti dal collegio che rendano evidente la sussistenza di uno stato di insolvenza del debitore, ed infatti il comma secondo della medesima norma collega questa notizia all'attivazione da parte del p.m. dei poteri d'iniziativa di cui all'art. 38 del Codice (il ricorso per l'apertura della liquidazione giudiziale). Il riferimento contenuto nell'art. 22 all'insolvenza dell'azienda sposta dunque il piano di analisi degli investigatori verso un'ipotesi concreta di decozione dell'attività imprenditoriale; la norma conferma che l'iniziativa del pubblico ministero è rivolta alla sola apertura della procedura della liquidazione giudiziale, che prende il posto della procedura di fallimento. Solo a questo punto, già patologico della vicenda della trattativa per la composizione della crisi, è previsto l'intervento del controllo pubblico del pubblico ministero che, a quel punto, dovrebbe andare a scandagliare tutte le condotte antecedenti al percorso di trattativa non andata a buon fine.

Ancora meno potere di controllo anticipato per la pubblica accusa appare individuabile in caso di conclusione positiva delle trattative per il componimento della crisi, ovvero quando viene concluso un accordo tra il debitore con i creditori coinvolti; a questo punto, infatti, il pubblico ministero potrebbe non venire a conoscenza della situazione di crisi e degli accordi intrapresi tra le parti finché non soggiunge una situazione patologica. Si prevede unicamente che gli atti del procedimento possano essere utilizzati nel corso di un procedimento penale (art. 21, comma 4).

Terza ipotesi è prevista normativamente nel caso in cui la trattativa per la composizione della crisi non si conclude positivamente perché l'accordo con i creditori non viene raggiunto ma permane una situazione di crisi – e non di evidente insolvenza

–; a questo punto, anche su invito del collegio (art. 21), il debitore può fare ricorso alle procedure regolatrici della crisi cui agli artt. 37 e ss. del Codice.

2.2. *La fase della regolazione della crisi: l'accordo di ristrutturazione ed il concordato preventivo.*

Dunque, ulteriore ipotesi tracciata è quella dell'avvio delle procedure della *regolazione* (per segnare una differenza con la precedente fase della *composizione*) della crisi e si fa qui particolare riferimento all'accordo di ristrutturazione del debito ed alla domanda di concordato preventivo⁸.

In questo caso esiste una previsione specifica circa il potere di controllo da parte del pubblico ministero (già sancita dall'art. 161, co. 5, l. fall.): secondo l'art. 40 del Codice la domanda ad una qualunque delle procedure di regolazione della crisi (o dell'insolvenza) deve essere, unitamente ai documenti allegati, trasmessa al pubblico ministero. Anche in questa ipotesi quindi il pubblico ministero, ricevuta la notizia della domanda, potrà avviare un fascicolo per fatti che ancora non costituiscono una notizia di reato e svolgere le necessarie indagini.

Poiché quando il debitore effettua la domanda di cui all'art. 37, deve depositare una serie di documenti rilevanti sulla situazione economica, patrimoniale e finanziaria dell'impresa e tali documenti vengono allegati alla domanda e trasmessi al pubblico ministero, quest'ultimo avrà modo di poter analizzare tali documenti e verificare l'eventuale esistenza di ipotesi di reato, tra cui quelle sopra indicate di cui agli artt. 341 e seguenti del Codice.

Insieme alla possibilità di intervenire perseguendo ipotesi di reato già consumate avviando un apposito procedimento penale, il pubblico ministero in questa fase di regolazione della crisi è chiamato a svolgere un ulteriore ed importante compito, ovvero quello di segnalazione e di monitoraggio dell'andamento della procedura con la finalità di evitare – a differenza di quanto accade per la fase della composizione della crisi – che eventuali condotte di frode o illecite vengano portate ad ulteriori conseguenze dannose. Si fa riferimento, nella specie, a quanto sancito dall'art. 44, comma 2, (disposizione relativa all'accesso alla procedura del concordato preventivo per la sua ammissione e al giudizio per l'omologazione degli accordi di ristrutturazione) in relazione, per l'appunto, al potere del pubblico ministero (e del commissario giudiziale) di segnalare al Tribunale *ogni atto di frode ai creditori non dichiarato nella domanda ovvero ogni circostanza o condotta del debitore tali da pregiudicare una soluzione efficace della crisi*. Attraverso questa segnalazione il p.m. può provocare la revoca del provvedimento di concessione dei termini entro i quali il debitore deposita la proposta di concordato preventivo con il piano, l'attestazione di veridicità dei dati e di fattibilità e la documentazione di cui all'art. 39, comma 1, oppure gli accordi di ristrutturazione dei debiti.

⁸ È bene segnalare che il vecchio art. 160, comma 3, l. fall. equiparava ai fini della domanda di concordato lo stato di crisi allo stato di insolvenza.

La precedente disciplina della legge fallimentare, con particolare riferimento al concordato preventivo, nel combinato disposto tra gli artt. 161, comma 6, e 173, pur prevedendo il potere di controllo del p.m. sugli atti in frode posti in essere dall'imprenditore debitore, non collegava tale potere ad un esercizio preventivo di tutela da parte di quest'ultimo mediante la revoca della concessione dei termini, essendo previsto il solo potere di segnalazione del commissario giudiziale; l'intervento del p.m. era collegato principalmente, in caso di evoluzione patologica della procedura di concordato, all'istanza di fallimento dell'impresa in presenza dei relativi requisiti.

Invero, con riferimento ai termini "pre-concordatari" non era previsto in precedenza un potere di revoca del provvedimento concessorio da parte del Tribunale ma solo un potere di abbreviazione del termine *ex art. 161, comma 8, l.f.*, quando *"risulta che l'attività compiuta dal debitore è manifestamente inidonea alla predisposizione della proposta e del piano"*; il p.m. non era ricompreso nell'alveo dei soggetti legittimati a sollecitare l'utilizzo di tale potere ufficioso. Su questo aspetto, tuttavia, si tornerà a breve.

Si tratta con tutta evidenza di un potere di controllo, quello introdotto con il Codice in esame, dal sapore preventivo (speciale e generale) prima che punitivo, che invece si configurerebbe nel caso in cui le condotte segnalate costituissero specifiche ipotesi di reato: un "nuovo" spazio operativo del pubblico ministero che ne disegna un modello dai contorni diversi e forse più moderni rispetto al passato.

Con lo stesso spirito di garantire la funzionalità del controllo preventivo del p.m. è previsto, poi, dall'art. 45 del Codice, l'obbligo di comunicazione allo stesso organo inquirente del decreto di concessione dei termini per l'accesso al concordato preventivo o al giudizio per l'omologazione per il deposito degli accordi di ristrutturazione di cui all'articolo 44, comma 1, lettera a).

Ora, occorre analizzare nello specifico quali poteri per il p.m. comprende il combinato disposto di cui agli artt. 37, 40, 44 e 45 del Codice.

2.2.1. L'interlocuzione del p.m. con le parti della procedura.

In effetti, mentre in caso di procedura per la liquidazione giudiziale *ex art. 41, comma 5, del Codice* il pubblico ministero può intervenire – ad esempio con memorie e pareri – fino alla rimessione della causa per la decisione, nella nuova disciplina in tema di accordi di ristrutturazione e concordato preventivo, al di fuori dei poteri conoscitivi concessi all'investigatore pubblico ed alle segnalazioni previste dall'art. 44, ed oltre al naturale potere di avvio di un procedimento penale per l'accertamento di un fatto di reato, non sono previsti espressamente poteri di interlocuzione con le parti, specie con il Tribunale, sotto forma di pareri o osservazioni. Tantomeno la riforma ha sancito la partecipazione necessaria del pubblico ministero a pena di nullità nelle procedure in esame.

Tuttavia, una lettura interpretativa sistematica e della *ratio legis* posta alla base del nuovo articolato normativo consente di ritenere l'esistenza quantomeno di un potere di intervento interlocutorio costante del p.m. Oggi cioè risulta avere un fondamento normativo più solido rispetto al passato la considerazione circa l'esistenza del potere di

p.m., a margine della conoscenza dell'avvio della procedura di regolazione della crisi, di esprimere un parere sull'accordo di ristrutturazione, sulla domanda di concordato preventivo ai fini della sua ammissione, sulle relative richieste di omologa e dunque sulla fattibilità concreta dei piani industriali sottostanti tali procedure e sulla concessione dei termini di cui all'art. 44 del Codice: si tratta di un contributo alla dialettica processuale, non necessariamente vincolato alla proposizione di una formale opposizione alle istanze presentate, che mira a sottoporre al Tribunale le proprie osservazioni critiche sulla situazione economico-patrimoniale dell'impresa come rappresentata nelle singole istanze.

Per giungere a tale conclusione è tuttavia necessaria una ulteriore riflessione storica sull'evoluzione normativa.

Nella disciplina antecedente l'attuale riforma, oltre alla previsione generale di cui all'art. 70, u.c., c.p.c. (che prevede il potere d'intervento del pubblico ministero in ogni procedimento civile ove si ravvisi un interesse pubblico), si poteva ricostruire il potere interlocutorio del p.m. sulla base di quanto previsto dall'art. 180 e dall'art. 182-bis, comma 4, l. fall. Con riferimento alla prima norma, che disciplinava il giudizio di omologazione del concordato preventivo, si prevedeva che *qualsiasi interessato* doveva costituirsi almeno dieci giorni prima dell'udienza fissata. Nel medesimo termine era previsto però che il *solo* commissario giudiziale doveva depositare il proprio motivato parere.

L'art. 182-bis l. fall., invece, prevedeva l'opposizione all'accordo di ristrutturazione da parte dei creditori e di *ogni altro interessato* entro trenta giorni dalla pubblicazione.

Medesima considerazione poteva farsi alla stregua della precedente disciplina in relazione all'intervento del p.m. sulla domanda di ammissione ad un concordato preventivo e, a maggior ragione, sulla richiesta del termine pre-concordatario; ciò sia con riferimento alle norme già citate – specie l'art. 70, u.c., c.p.c. – sia in considerazione del fatto che l'art. 161, co. 6, l. fall. poneva sullo stesso piano la domanda di ammissione al concordato preventivo e la richiesta di omologa di un accordo di ristrutturazione.

In effetti, per un verso non avrebbe avuto senso la previsione del dovere *ex art.* 161, co. 5, l. fall. di trasmissione al pubblico ministero della copia degli atti e dei documenti relativi alla domanda di concordato se a tale dovere non fosse stato correlato un potere della parte pubblica di svolgere osservazioni anche nel momento "pre-concordatario" di cui al successivo comma 6 della medesima disposizione; per altro verso, sulla scorta di quanto sancito dall'art. 161, co. 9, l. fall. appariva logicamente opportuno – ai fini del giudizio di ammissibilità della domanda di cui al sesto comma della norma – che il p.m. potesse esprimersi quando prima dell'istanza di concessione del termine "pre-concordatario" vi fosse stato un accordo di ristrutturazione, oggetto di omologazione ma risultato ineseguibile e, dunque, infruttuoso.

Infine, l'intervento interlocutorio del p.m. sarebbe stato quanto mai utile per la procedura ai fini di un eventuale sollecito nei confronti del Tribunale dell'utilizzo del potere d'ufficio di abbreviazione del termine "pre-concordatario" di cui all'art. 161, co. 8, l. fall., già menzionato in precedenza.

Ed ancora, facendo un passo ancor più indietro nella storia, l'art. 162 l. fall., nella formulazione antecedente alle correzioni apportate dal d.lgs. 169/2007, prevedeva che nel procedimento per l'ammissione al concordato preventivo il P.M. *doveva* essere sentito e sebbene non fosse parte nel successivo giudizio di omologazione, ai sensi dell'art. 180 l. fall., il suo intervento si riteneva *necessario, a pena di nullità*, in ragione dell'interesse pubblico connesso a tale procedimento⁹. Del resto, l'interesse ad agire del p.m. gli derivava dalla stessa ragione per la quale la legge prevedeva il suo intervento nel procedimento di omologazione, allo scopo di tutelare il ceto creditorio, evitando dispersioni della massa attiva del debitore.

A fronte dell'ampiezza del disposto di legge *ante* 2007, dunque, si poteva ritenere che i provvedimenti emessi all'interno della procedura concorsuale di concordato, sia quelli di merito conclusivi del giudizio sia quelli iniziali di ammissione alla procedura, appartenessero all'area del procedimento che vedeva nel pubblico ministero un organo interlocutore interessato al corretto svolgimento della procedura; un sistema che vedeva quindi il p.m. inserito nel procedimento, in un ruolo di controllo della regolarità del suo svolgimento e del rispetto della sua funzione di impedire che il beneficio predetto fosse indebitamente concesso e che la liberazione dell'impresa dalle più gravi conseguenze del dissesto, segnate dal fallimento, non penalizzasse la massa concorsuale oltre la misura che il concordato di per sé comporta sulle ragioni creditorie, con costi suoi propri non conformi a legge¹⁰.

A seguito delle correzioni apportate dal d.lgs. 169/2007 scompariva nell'art. 162 l. fall. l'obbligo di sentire il p.m., ma, come già visto, l'organo inquirente veniva chiamato in causa nell'art. 161, u.c., l. fall. dove si disponeva la comunicazione al p.m. della domanda di concordato, nonché nello stesso art. 162, relativo al potere del p.m. di avanzare l'istanza di fallimento in caso di inammissibilità del concordato.

Nonostante queste modifiche alla legge fallimentare, certa dottrina sosteneva l'opzione interpretativa che vedeva il p.m. parte *necessaria* della procedura sia in ordine all'ammissione al concordato preventivo e sia nella successiva fase di omologazione. Si diceva, in particolare, che se la ragione della comunicazione fosse stata solo quella di consentire al p.m. di formulare l'istanza di fallimento in caso di mancato accoglimento della domanda di concordato, essa sarebbe stata esorbitante rispetto al fine, poiché non vi sarebbe stato motivo di comunicare al p.m. tutte le domande di concordato ma solo quelle per le quali veniva emesso un decreto di rigetto, poiché questo potrebbe evidenziare una situazione di insolvenza da valutarsi al fine di proporre l'istanza di fallimento, non potendo il Tribunale dichiarare il fallimento *ex officio*¹¹.

La previsione del dovere di comunicazione indiscriminato per tutte le domande di concordato, invece, sottenderebbe una logica che supera lo stretto legame con il fallimento ed intenderebbe conferire al p.m. un autonomo potere di impulso, alla stregua di quanto già prevedeva l'art. 162 l. fall. nella precedente formulazione: il Tribunale

⁹ Sul tema S. VITELLO, *Il Pubblico Ministero*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, Milano, Utet, 2012, 42 ss. Per la giurisprudenza civile, tra le altre, Cass., sez. 1, sent. n. 16396 del 24/07/2007, Rv. 598778 - 01.

¹⁰ Cfr. Cass., sent. n. 16396, cit.

¹¹ Cfr. S. VITELLO, cit., p.48.

avrebbe quindi l'obbligo a pena di nullità di sentire il p.m. in ordine alla ammissibilità della procedura.

Pertanto, la comunicazione si riteneva doversi interpretare come l'esplicitazione dell'obbligo di coinvolgere il p.m. nella procedura concordataria, con il connesso potere di esprimere pareri; in tal senso si poteva ritenere deponesse anche la previsione dell'art. 173, 1° co., l. fall. che, nell'ipotesi di revoca dell'ammissione alla procedura di concordato preventivo, imponeva al Tribunale di dare comunicazione del procedimento di revoca anche al p.m.

Al contrario, la giurisprudenza più recente esclude l'esistenza di una legittimazione necessaria del p.m. a pena di nullità nella procedura in esame; si sostiene, in particolare che: *"Nel procedimento di concordato preventivo (ed anche nella sua fase impugnatoria) non può farsi discendere dalla prevista comunicazione al Pubblico Ministero della domanda di concordato, prevista dall'art. 161, comma 5, l. fall., alcuna partecipazione necessaria di tale organo a pena di nullità, non avendo questi il potere di promuovere tale procedimento. La citata comunicazione, infatti, assolve solo allo scopo di consentire eventuali controlli nell'interesse pubblico alla verifica della regolarità della procedura, potendo il P.M. prendere parte alla camera di consiglio indetta dal tribunale per ogni audizione del debitore, in quella o altra sede, instare per la richiesta di fallimento, esplicitare poteri di sollecitazione ed introdurre elementi di fatto nei diversi incidenti di reversione nell'iter del progetto concordatizio, ma sempre all'interno della facoltatività del suo intervento"*¹².

A prescindere dall'individuazione per via interpretativa di una legittimazione necessaria del p.m. a pena di nullità nelle procedure in esame, come visto esclusa dalla giurisprudenza che invoca il divieto di interpretazione analogica e la tassatività delle previsioni normative in tal senso, la ricostruzione del potere di interlocuzione mediante pareri ed osservazioni del p.m. nel corso delle procedure di omologa dell'accordo di ristrutturazione, dell'ammissione e dell'omologazione del concordato preventivo (e della relativa concessione dei termini pre-concordatari), pur nell'abrogazione dell'obbligo di sentire il p.m. come previsto prima del 2007, risultava (e risulta oggi) comunque quanto mai necessaria per poter, sin dall'inizio delle procedure, eventualmente selezionare, isolare o quantomeno monitorare (come era nel potere del commissario giudiziale ex art. 173 l. fall.) condotte potenzialmente di rilievo penale – specie gli atti in frode ai creditori – poste in essere prima della domanda di concordato preventivo e della sua omologa, tenuto conto che il pubblico ministero ai sensi dell'art. 238 l. fall. avrebbe potuto avviare un procedimento penale ed iniziare le indagini per reati fallimentari prima che venisse aperta una procedura concorsuale¹³.

¹² In particolare, cfr. Cass. civ., sez. 1, sent. n. 5074 del 28/02/2017, Rv. 644457-01, e da ultimo, in conformità, Cass. civ., Sez. 1, ord. n. 6093 del 13/03/2018, Rv. 647755 - 01.

¹³ Vds. sul tema Cass., Sez. 1, sent. n. 16856 del 26/06/2018, secondo cui: *"In tema di revoca dell'ammissione al concordato preventivo, si configurano come atti di frode le condotte del debitore idonee ad occultare situazioni di fatto suscettibili di influire sul giudizio dei creditori, ossia tali che qualora conosciute avrebbero presumibilmente comportato una valutazione diversa e negativa della proposta e che siano state "accertate" dal commissario giudiziale, cioè da lui "scoperte", essendo in precedenza ignorate dagli organi della procedura o dai creditori. Rientrano, peraltro, tra i fatti "accertati" dal commissario giudiziale, ai sensi dell'art. 173 l. fall., non solo quelli "scoperti" perché prima del tutto ignoti nella loro materialità, ma anche quelli non adeguatamente e compiutamente esposti nella proposta concordataria*

Rispetto alle opzioni interpretative sopra esposte, appoggiate sul quadro normativo di cui al R.D. n. 267 del 1942, occorre verificare la situazione che si verrà a determinare con l'entrata in vigore della riforma in esame.

Con la riforma, come detto, non si è prevista espressamente la partecipazione necessaria del p.m. a pena di nullità nelle procedure di regolazione della crisi in esame (accordo di ristrutturazione e concordato preventivo); tuttavia, si può ritenere che con l'introduzione del Codice della crisi d'impresa non solo valgono tutte le considerazioni sopra svolte in merito, ad esempio, alla previsione generale di cui all'art. 70, u.c., c.p.c., ma la riforma, rafforzando i poteri di controllo dell'organo inquirente sulle condotte realizzate dal debitore durante le fasi di svolgimento delle procedure di composizione e regolazione della crisi, fornisce di ulteriore fondamento interpretativo e normativo la convinzione circa l'esistenza quantomeno di poteri costanti di interlocuzione del p.m., attraverso pareri e memorie, nel corso delle medesime procedure.

Innanzitutto, infatti, con il nuovo Codice avviene la piena uniformazione delle procedure di regolazione della crisi posto che la domanda è disciplinata unitariamente (per l'accordo di ristrutturazione e per il concordato preventivo) dall'art. 40; allo stesso modo, uniformemente è previsto il potere di opposizione di *qualsiasi interessato* all'omologazione del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione dei debiti dall'art. 48 del Codice.

Pertanto, medesime e più appropriate argomentazioni interpretative, prima riferibili alla lettura degli artt. 161, 180 e 182^{bis} della l. fall., possono oggi essere svolte in ordine alla correlazione tra potere di interlocuzione del p.m. nel corso delle procedure e potere di opposizione del medesimo all'omologazione *ex* art. 48 del Codice.

Tale opposizione deve essere proposta, secondo la nuova norma, con memoria depositata nel termine perentorio di almeno dieci giorni prima dell'udienza; dunque, può fondatamente ritenersi che, nell'ambito del procedimento non costituente notizia di reato aperto dal p.m. in occasione del ricevimento della notizia relativa alla domanda di regolazione della crisi avanzata dal debitore, il medesimo organo inquirente possa esprimere un parere anche prima della fissazione dell'udienza per il giudizio di omologa ovvero anche prima della concessione dei termini di cui all'art. 44 da parte del Tribunale, ovvero formulare un memoria contenente osservazioni critiche sulla situazione economia dell'impresa.

L'iniziativa del PM può dare luogo ad un confronto positivo che amplia la portata dell'eventuale giudizio di omologa, che altrimenti rischia di ridursi ad una mera convalida/non convalida della richiesta del debitore ricorrente.

Per individuare il possibile contenuto del parere deve farsi riferimento a quanto sancito dall'art. 48, comma 3, del Codice sulla *fattibilità* dell'accordo o del piano,

e nei suoi allegati, i quali, ancorché annotati nelle scritture contabili, rivelino una valenza decettiva per i creditori. (Nella specie, la S.C. ha confermato la pronuncia della corte territoriale, che aveva qualificato come atto di frode il silenzio serbato nella proposta concordataria e nel piano annesso – ancorché essa fosse annotata nelle scritture contabili – su una operazione di scissione patrimoniale, effettuata dalla debitrice già insolvente e consistita nel conferimento di immobili a una società controllata e nella successiva cessione di quote ad un terzo).

l'importanza di poter formulare rilievi su tale aspetti si ricava anche da quanto disposto dal medesimo art. 48, comma 6, del codice, secondo cui: *“se il tribunale non omologa il concordato preventivo o gli accordi di ristrutturazione, dichiara con sentenza, su ricorso di uno dei soggetti legittimati, l'apertura della liquidazione giudiziale”*.

In aggiunta, deve rilevarsi un decisivo appiglio normativo a quanto detto nella previsione dell'art. 47, comma 3, del Codice con riferimento alla domanda di concordato preventivo, secondo cui *“Il tribunale, quando accerta la mancanza delle condizioni di ammissibilità, sentiti il debitore, i creditori che hanno proposto domanda di apertura della liquidazione giudiziale ed il pubblico ministero, con decreto motivato dichiara inammissibile la proposta”*. Non avrebbe senso compiuto la previsione dell'obbligo di sentire l'organo inquirente al momento della decisione sull'ammissibilità della domanda di concordato se al medesimo organo non fosse concesso di intervenire prima di tale fase con proprie osservazioni.

Il radicamento normativo, sulla base dell'interpretazione sistematica proposta, di quanto finora ritenuto, può ulteriormente essere rinvenuto in altre disposizioni del Codice. In particolare, deve ritenersi che i poteri di informazione attribuiti dalla riforma al commissario giudiziale (si pensi all'art. 44, comma 1, lett. c) il quale, ricevute le informazioni dal debitore, deve informare in modo costante il Tribunale, possono concretizzarsi anche in forme di interlocuzione con il pubblico ministero. Ciò sicuramente deve avvenire allorché il commissario giudiziale individui nel corso dello svolgimento della procedura una notizia di reato, ma, si ritiene, ciò non è escluso ed anzi è opportuno che avvenga anche con riferimento ad altre vicende della procedura che il commissario, sulla base dei propri poteri e delle proprie conoscenze, ritiene di sottoporre all'attenzione dell'organo inquirente ai fini delle sue competenze investigative.

Invero, l'obbligo di comunicazione al p.m. è espressamente previsto dall'art. 92, comma 5, del Codice, ove si sancisce che: *“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”*. Il riferimento specifico alle indagini preliminari non dovrebbe essere interpretato in senso necessariamente stretto ovvero quando sia stato aperto un procedimento in presenza di una precisa notizia di reato; ciò perché la previsione non richiama i fatti-reato ma utilizza il termine più generico di *fatti* che, dunque, possono essere anche analizzati nell'ambito di un procedimento avviato per fatti non costituenti reato. Con il corretto e più ampio utilizzo di questo potere informativo del commissario giudiziale, il p.m. verrebbe costantemente informato sull'andamento della procedura e potrebbe esprimere osservazioni e rilievi durante tutto il corso della procedura.

Obblighi informativi del commissario giudiziale sono sanciti anche dall'art. 106 in caso di presentazione della domanda di concordato preventivo; se il medesimo commissario 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, infatti, deve informare il Tribunale che ne deve dare comunicazione al p.m.

Secondo l'art. 114, inoltre, il commissario deve trasmettere al p.m. tutte le informazioni rilevanti relative all'andamento della liquidazione dei beni nella fase di chiusura del concordato.

Infine, depongono per la piena partecipazione del pubblico ministero nelle procedure concorsuali in esame, le seguenti ulteriori previsioni:

- l'art. 55, co.4, del Codice che prevede il potere del p.m. in caso di atti di frode di chiedere al Tribunale di revocare o modificare le misure protettive per l'impresa;
- l'art. 70, commi 10 e 11, che prevedono, nel caso della procedura di composizione delle crisi da sovraindebitamento, relativamente al piano di ristrutturazione dei debiti, quando vi siano atti di frode, il potere del p.m. di chiedere al Tribunale l'apertura della procedura liquidatoria degli articoli 268 e seguenti;
- l'art. 72 che prevede, nella medesima fase di cui al punto precedente, il potere del p.m. di chiedere la revoca dell'omologazione del piano quando è stato dolosamente o con colpa grave aumentato o diminuito il passivo, ovvero sottratta o dissimulata una parte rilevante dell'attivo ovvero dolosamente simulate attività inesistenti o se risultano commessi altri atti diretti a frodare le ragioni dei creditori. Conseguono il potere di chiedere al Tribunale la conversione in procedura liquidatoria di cui all'art. 73;
- l'art. 80, co.6, che sancisce gli stessi poteri prima indicati all'art. 70, con riferimento alla mancata omologazione del concordato minore;
- l'art. 82 e 83 che rispecchiano, con riferimento al concordato minore, quanto sopra indicato agli artt. 72 e 73;

3. Conclusioni.

Il principio di tassatività dell'azione del pubblico ministero nel processo civile è in termini generali derogato con riguardo all'intervento facoltativo, possibile in ogni causa in cui la pubblica accusa ravvisi un pubblico interesse; il p.m., infatti, si qualifica come organo neutro ed imparziale che agisce per sollecitare la verifica della legalità da parte del Giudice e per la tutela degli interessi anche economici della collettività.

Questa considerazione vale anche per le procedure concorsuali relative alla crisi ed all'insolvenza delle imprese; in questo settore, però, l'esigenza di tutela della *par condicio creditorum* e, in generale, degli interessi collettivi al buon andamento dell'economia ed alla legalità nello svolgimento delle stesse procedure, spinge verso un rafforzamento dei poteri di controllo ed intervento del pubblico ministero. Con la riforma in parte qui esaminata benché non si sia optato, timidamente, per la previsione specifica di un potere generalizzato di intervento dell'organo inquirente in qualunque momento dello sviluppo di tutte le procedure concorsuali, sotto forma di legittimazione necessaria a pena di nullità, tuttavia le indicazioni normative sopra riportate e la proposta interpretazione sistematica, potrebbero garantire nuova linfa al potere di monitoraggio ed interlocuzione del p.m. nelle diverse fasi disciplinate dal Codice.

Se, infatti, con la riforma del 2007 al R.D. n. 267/1942 si verificava uno spostamento della disciplina fallimentare verso un'ottica più privatistica¹⁴, con l'entrata in vigore dell'attuale disciplina si potrebbe ritenere, in senso antitetico, un rafforzamento dei poteri di intervento pubblico in capo all'organo inquirente nelle procedure di composizione e regolazione della crisi delle imprese. Questo rafforzamento, come si è detto in premessa, risulta dovuto ad una precisa scelta politica, quella di favorire tutte le opzioni di recupero e risanamento aziendale, per limitare il più possibile le ipotesi di perdita definitiva della continuità aziendale con conseguente liquidazione giudiziale dell'impresa.

Per raggiungere compiutamente l'obiettivo del legislatore appare quanto mai necessario mettere in campo tutto lo strumentario investigativo nella disponibilità del pubblico ministero; in questo modo si apporterà un contenuto conoscitivo fondamentale nell'analisi del Tribunale sullo svolgimento delle procedure in merito ai fatti, agli atti ed alle condotte poste in essere dalle parti per la composizione o regolazione della crisi.

Peraltro, è il caso di ribadire che il controllo del Tribunale sulle istanze degli imprenditori debitori volte alla composizione o regolazione delle crisi aziendali, o della loro insolvenza, non deve limitarsi alla mera constatazione asettica della regolarità formale dei ricorsi, ma deve entrare nel merito degli stessi e soffermarsi sulla concreta attuabilità e fattibilità degli accordi e dei piani industriali; fattibilità intesa come rispetto coerente degli accordi prospettati sulla base delle concrete aspettative di realizzo, specie in presenza di creditori estranei all'accordo. Per svolgere questo compito di analisi il Tribunale non può fare a meno dei poteri e degli strumenti investigativi del pubblico ministero.

In tale ottica diventa quanto mai oggi cogente l'esigenza di fornire all'organo inquirente la possibilità tecnica di interloquire con le parti coinvolte nelle procedure concorsuali: con questa finalità potrebbe risultare davvero ottimale l'inserimento stabile all'interno degli Uffici di Procura di un soggetto – revisore contabile, commercialista, laureato in economia – che affianchi i pubblici ministeri costantemente nello svolgimento dell'analisi degli atti e dei fatti relativi alle singole procedure.

Del resto, se è prevista l'istituzione dell'OCRI all'interno delle Camere di Commercio e, nel contempo, sono sanciti precisi obblighi di segnalazione per il p.m. (art. 22 del Codice), non si comprende quale segno contrario potrebbe avere l'opzione dell'istituzione in modo permanente di un organo di ausilio al pubblico ministero per le specialità economico-aziendali.

In questo modo si potrebbero creare sinergie rafforzate e maggiormente qualificate per un accrescimento culturale e qualitativo del controllo pubblico sulle procedure concorsuali, dell'azione penale e, più in generale, dell'intero sistema giustizia, riservando la nomina di consulenti esterni, con il connesso tasso di discrezionalità e profili di compatibilità, per casi straordinari e complessi.

¹⁴ Cfr. sull'argomento A. NIGRO, *"Privatizzazione" delle procedure concorsuali e ruolo delle banche*, in AA.VV., *Le soluzioni concordate della crisi d'impresa*, Torino, 2007; F. DI MARZIO, *Le soluzioni concordate della crisi d'impresa*, in AA.VV., *Le nuove procedure concorsuali*, Bologna, 2008, 471 ss.