

Teoria e pratica

Maior

Società
fallimento
e industriale

Crisi d'impresa e procedure concorsuali

Aspetti pratici, temi e questioni

a cura di

Nicola Graziano - Andrea Petteruti - Vincenzo Vitalone



GIUFFRÈ EDITORE

La collana **Teoria e Pratica Maior** raccoglie temi fondamentali e complessi di interesse per il professionista del diritto curandone gli aspetti sostanziali e processuali. Obiettivo primario far emergere i contrasti giurisprudenziali e le ricadute pratiche affinché ogni volume rappresenti un prezioso strumento di consultazione quotidiana.

La legge fallimentare vive, oramai da dieci anni, una condizione di perenne riformabilità, generando tuttora molte incertezze, contrasti giurisprudenziali e conflitti interpretativi.

Si è purtroppo realizzato il contrario di quanto la riforma del 2006 avrebbe voluto risolvere, e cioè l'emergere di una frammentarietà di orientamenti dei tribunali fallimentari non sempre risolti dalla Cassazione, con le conseguenti prevedibili ricadute nel mondo dell'impresa e del mercato in un momento in cui la crisi economica ha reso tutto più arduo.

Il volume, con taglio pratico, esamina le questioni più rilevanti e discusse nel panorama delle procedure concorsuali, raccogliendo i contributi di autorevoli esperti in materia, sia sotto il profilo scientifico, sia con riguardo agli aspetti giudiziari che, più di altri, stimolano il dibattito sulle procedure concorsuali con l'obiettivo di offrire un panorama esauriente e sufficientemente ampio affinché, nell'imminenza di un'ulteriore annunciata riforma, si possa aver chiari i termini essenziali del complesso mondo della crisi dell'impresa, dentro e fuori le aule giudiziarie.

NICOLA GRAZIANO

Magistrato dal 1999, dal 2011 svolge funzioni di Giudice delegato ai fallimenti presso la Sezione Fallimentare del Tribunale di Napoli; nonché Giudice presso la Commissione Tributaria Provinciale di Napoli. È docente a contratto in diritto civile presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Telematica Pegaso.

ANDREA PETTERUTI

Giudice Delegato presso il Tribunale di Frosinone.

VINCENZO VITALONE

Magistrato presso il Tribunale di Roma, già giudice fallimentare presso i Tribunali di Busto Arsizio, Civitavecchia e Roma. Autore di monografie in materia fallimentare; già titolare della cattedra di diritto fallimentare presso la III Università di Roma facoltà di Economia e Commercio.



Consulta altri contenuti
in materia su
[#FALLIMENTARISTA.it](https://FALLIMENTARISTA.it)

€ 55,00
024195844

ISBN 978-88-14-21557-5



9 788814 215575

6. Il concordato "coattivo" della Legge Prodi-bis..... 424
 7. Il concordato "risanatorio" del Decreto Marzano 425

PARTI QUARTA I PROFILI FISCALI, PENALI ED INTERNAZIONALI DELLE PROCEDURE

CAPITOLO 19 RAPPORTI TRA PROCEDURE CONCORSUALI E PROCESSO PENALE

di PIERPAOLO DELL'ANNO

1. Premessa 431
 2. Il ruolo del P.M. nelle procedure concorsuali..... 432
 3. La sentenza che accerta l'insolvenza nel procedimento per reati fallimentari. I successivi risvolti processualpenalistici..... 434
 4. Natura ed efficacia nel processo penale della sentenza di fallimento 438
 5. Il ruolo istruttorio del curatore nei procedimenti per reati fallimentari 448

CAPITOLO 20 L'ESERCIZIO ANTICIPATO DELL'AZIONE PENALE NEL CONCORDATO PREVENTIVO

di FRANCESCO MANCINI

1. Profili generali..... 457
 2. La *ratio* dell'art. 238 della legge fallimentare..... 458
 3. I presupposti della tutela anticipata..... 459
 4. La autonomia delle valutazioni del pubblico ministero..... 461
 5. Le misure cautelari reali e personali quale ambito preferenziale di applicazione dell'istituto..... 462
 6. La applicabilità dei delitti di bancarotta al concordato preventivo..... 463
 7. Applicabilità della tutela anticipata di cui all'art. 238 l. fall. al concordato preventivo..... 465

CAPITOLO 21 CODICE ANTIMAFIA E RAPPORTI CON LE PROCEDURE CONCORSUALI

di TOMMASO MARVASI

1. La collocazione sistematica nel "codice antimafia" delle norme concernenti il fallimento. Prevalenza dell'interesse pubblicistico..... 467
 2. I presupposti della dichiarazione di fallimento, i soggetti legittimati alla richiesta. Il contraddittorio nel procedimento prefallimentare..... 473

RAPPORTI TRA PROCEDURE CONCORSUALI E PROCESSO PENALE

Sommario:

1. Premessa. 2. Il ruolo del P.M. nelle procedure concorsuali. 3. La sentenza che accerta l'insolvenza nel procedimento per reati fallimentari. I successivi risvolti processualpenalistici. 4. Natura ed efficacia nel processo penale della sentenza di fallimento. 5. Il ruolo istruttorio del curatore nei procedimenti per reati fallimentari.

1 Premessa

L'intricato e complesso rapporto tra procedure concorsuali⁽¹⁾ e processo penale costituisce una tematica che abbraccia una serie di rilevanti questioni giuridiche, puntualmente affrontate, ma non sempre risolte, tanto in ambito dottrinale quanto in ambito giurisprudenziale. Ad accrescere il livello di vischiosità del tema in questione è, senza dubbio, anche il fenomeno della "interferenza tra giurisdizioni"⁽²⁾.

Non può, in sostanza non rilevarsi che in questo momento storico il giurista si trovi al cospetto di un *corpus* di norme profondamente disarmonico con chiari contrasti tra la parte penalistica e quella civilistica, lacune e contraddizioni interne e, non a caso, è stato rilevato che « se le opere scritte in materia di bancarotta fino al 2005 — anno di svolta, con l'inizio della riforma fallimentare — erano robustamente fondate su un retroterra civilistico consolidato, rimasto pressoché indenne da mutamenti dal 1942, tutto ciò è cambiato con l'avvio della riforma ... »⁽³⁾.

È di tutta evidenza, peraltro, lo stretto legame che avvince le fattispecie penal/fallimentari con la disciplina delle procedure concorsuali: innanzitutto, in ragione dell'interesse protetto, che secondo la dottrina risiede

⁽¹⁾ Come noto, le procedure concorsuali disciplinate dalla legge fallimentare sono le seguenti: il fallimento, il concordato preventivo, la liquidazione coatta amministrativa, l'amministrazione controllata e l'amministrazione straordinaria. Tali procedure comportano l'intervento della Autorità Giudiziaria e sono finalizzate a garantire la parità di trattamento di tutti i creditori nell'ambito delle operazioni di liquidazione del patrimonio dell'imprenditore.

⁽²⁾ Per una visione d'insieme sull'argomento, si consigliano CHIAVARIO, *Giudizio (rapporti tra giudizi)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, 984 ss.; GUARNIERI, *Giudizio (rapporto fra il giudizio civile ed il penale)*, in *Nss. Dig. It.*, VII, Torino, 1961, 886 ss.; ZUMPANO, *Rapporti tra processo civile e processo penale*, Torino, 2000, 1 ss.

⁽³⁾ Così, ALESSANDRI, *Profili penali delle procedure concorsuali uno sguardo d'insieme*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, IV, *Concordato preventivo, liquidazione coatta amministrativa, tutela dei diritti. Profili penali*, a cura di Jorio-Sassani, Milano, 2014, 675 ss.

nella tutela delle istanze creditorie coinvolte, inoltre, nell'esigenza di un corretto svolgimento della procedura, come attestano le fattispecie incriminatrici rivolte alla condotta del curatore e dei suoi coadiutori ⁽⁴⁾.

2 Il ruolo del P.M. nelle procedure concorsuali

È noto e meritevole di considerazione in questa sede, la circostanza per la quale la riforma fallimentare ha precluso al tribunale di dichiarare di ufficio il fallimento, riconoscendo dunque, alle sole parti interessate l'onere dell'iniziativa per l'avvio della procedura. Ciò accresce, evidentemente, il ruolo della parte pubblica, il cui dinamismo o l'inerzia segnano decisamente, ben più che in passato, le sorti della vicenda concorsuale, dovendosi sotto tale profilo, anche ritenere che il pubblico ministero svolga la funzione — nel suo ruolo di titolare del diritto di azione ai sensi dell'art. 69 c.p.c. — di collettore di possibili sollecitazioni di quanti non siano formalmente legittimati ⁽⁵⁾.

La legge fallimentare prevede (all'art. 69 l. fall.), in particolare, la legittimazione del pubblico ministero alla proposizione di richiesta di avvio della procedura fallimentare verso l'imprenditore insolvente, nonché (secondo la più diffusa lettura, che sottolinea la funzione, ascritta all'organo pubblico processuale, nella tutela della regolarità dei rapporti privati) l'obbligo dell'istanza, nei casi indicati dall'art. 7.

Trattasi di norma che prende in considerazione, soprattutto, condotte tipicizzate e sintomatiche di una situazione di insolvenza (presupposto indefettibile), caratterizzate da fraudolenta manomissione del patrimonio o del corredo contabile, comunque emergenti in procedimento all'attenzione dell'organo dell'azione.

Piuttosto incerta è, invece, la disciplina e, la stessa possibilità, di atti di indagine disposti dal P.M., finalizzati all'accertamento dell'insolvenza (quindi, non immediatamente mirati all'accertamento di un reato) ed alla loro utilizzabilità nel processo penale. Perplessità che dovrebbero essere fugate considerando il P.M. — soggetto legittimato alla istanza di fallimento, per un verso, preposto alla prevenzione di fatti illeciti connessi all'insolvenza e, d'altro canto, titolare di indagini che si presentino prodromiche all'accertamento di eventuali reati concorsuali.

⁽⁴⁾ LANZI, *Riflessi penali delle procedure concorsuali vecchie e nuove*, in *Indice pen.*, 1982, 231; SANTORIELLO, *I reati di bancarotta*, Torino, 2000, 13 ss.

⁽⁵⁾ Su questi profili ORSI, *Il pubblico ministero nelle procedure concorsuali*, Relazione del 14 giugno 2010 al Consiglio Superiore Magistratura.

Ciò posto è incontestabile come il P.M., che abbia assunto l'iniziativa per la dichiarazione di fallimento, sia per ciò solo legittimato ad intervenire nel procedimento fallimentare, ai sensi dell'art. 15, comma 2, l. fall.

La sentenza dichiarativa di fallimento è comunicata (art. 17) in ogni caso al P.M. (ancorché non richiedente o non partecipe).

Prima del c.d. "decreto correttivo" (d.lgs. n. 169/2007) l'art. 162 prevedeva che il tribunale dichiarasse l'inammissibilità della proposta di concordato preventivo « sentito il pubblico ministero », sì che era maturata l'opinione che l'intervento dell'organo di accusa dovesse ritenersi comunque obbligatorio in tale contesto (nella legislazione del 1942 solo in questa ipotesi era espressamente previsto l'intervento che la giurisprudenza riteneva comunque sempre necessario nell'ambito di tale procedura) ⁽⁶⁾.

Il d.lgs. n. 169/2007 ha risolto la questione, abrogando il richiamato inciso, sostituendolo con l'obbligo di comunicazione al P.M. della domanda del debitore, redatta ai sensi dell'art. 161. Di qui sembra conseguentemente evincersi il carattere facoltativo dell'intervento, nell'ottica della c.d. "privatizzazione" della procedura e ciò, a meno di non voler richiamare l'art. 738, comma 2, c.p.c. — intesa quale norma paradigmatica dell'obbligatorietà dell'intervento del P.M. — che stabilisce che « se deve essere sentito il pubblico ministero, gli atti sono a lui previamente comunicati ». Quesito di notevole momento, giacché se l'intervento fosse comunque realmente obbligatorio, la violazione al medesimo conseguente diritto, non potrebbe non dare vita ad ipotesi di nullità rilevabile di ufficio, in seno al processo civile ⁽⁷⁾.

Sempre avendo riferimento all'intervento del pubblico ministero, giova rilevare come, secondo prevalente opinione, gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis l. fall., non darebbero vita a procedura concorsuale, ma a mera intesa negoziale e, del resto, la normativa non

⁽⁶⁾ Cfr. Cass. pen., 19 ottobre 1992, n. 11439, in *Dir. fall.*, 1994 II, 409, con nota di POLI, *Sull'intervento del pubblico ministero nel giudizio di omologazione del concordato preventivo*.

⁽⁷⁾ ORSI, *Il pubblico ministero*, cit., 15; l'Autore rammenta ulteriori profili da cui supporre l'obbligatorio intervento, sottolineando la responsabilità della parte pubblica qualora ometta la richiesta di fallimento nel caso di condotte fraudolente, sovente coincidenti che la fattispecie incriminatrice dettata dall'art. 236, giustificative della revoca del concordato, ai sensi dell'art. 173 che, infatti, obbliga il tribunale alla comunicazione del provvedimento revocativo al P.M.; nonché del doveroso promovimento di indagine nel caso di eventuale infedeltà della relazione del professionista ex art. 161, comma 2, situazioni che possono essere conosciute soltanto a seguito della presenza del P.M. alla procedura.

accenna ad alcun ruolo del pubblico ministero in seno alla formazione ed omologazione di tali intese.

Va, tuttavia, osservato che l'art. 182-bis legittima ogni interessato all'opposizione all'omologa di questi accordi, con la conseguente possibilità di leggere la norma quale richiamo all'art. 70 c.p.c. ⁽⁸⁾.

3 La sentenza che accerta l'insolvenza nel procedimento per reati fallimentari. I successivi risvolti processualpenalistici

Momento essenziale che accomuna i reati previsti dalla legge fallimentare (salvo il caso del ricorso abusivo al credito, art. 218 e 225, nella sua nuova veste dettata dall'art. 32 della l. 28 dicembre 2005, n. 262) è il provvedimento giudiziale che, dichiarando l'insolvenza di una impresa (individuale o collettiva) dà avvio alle singole vicende concorsuali, sia essa sentenza di fallimento o decreto di ammissione al concordato preventivo (art. 160), ovvero accertativo dello stato di insolvenza (art. 5), per la liquidazione coatta amministrativa o per l'amministrazione straordinaria (l'identità degli effetti tra decreto di ammissione al concordato preventivo e responsabilità per reati fallimentari è rilevabile direttamente dall'art. 236, mentre la parificazione tra le dichiarazioni giudiziali di insolvenza in seno alle diverse procedure concorsuali è stata disposta dagli artt. 95 e 99 del d.lgs. 27 luglio 1999, n. 279) ⁽⁹⁾.

In questa prospettiva, la norma che si occupa di individuare — ergo disciplinare — tempi e modalità inerenti l'esercizio dell'azione penale è l'art. 238 della legge fallimentare, la quale esordisce al primo comma che « l'azione penale è esercitata dopo la ricezione della comunicazione della sentenza di fallimento di cui all'art. 17 » ⁽¹⁰⁾.

Questa è la regola mentre nel comma successivo sono contemplate due deroghe, previste rispettivamente nei casi di cui all'art. 7 della legge falli-

⁽⁸⁾ ORSI, *Il pubblico ministero*, cit., 20 e ss.

⁽⁹⁾ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Leggi complementari*, I, 12^a ed. a cura di Grosso, Giuffrè, 2008, 236 ss.

⁽¹⁰⁾ Occorre segnalare che alcuni incisivi mutamenti si sono registrati con la riforma del 2006 che, nell'innovare modalità e termini della pubblicazione e comunicazione della sentenza di fallimento, ne ha prescritto la notificazione per esteso al fallito entro il giorno successivo al deposito in cancelleria e la comunicazione della medesima per estratto al curatore ed al richiedente il fallimento. Gli effetti nei confronti dei terzi iniziano a prodursi a far data dalla iscrizione della sentenza nel registro delle imprese ai sensi e per gli effetti del capoverso dell'art. 17 della l. fall.

mentare ⁽¹¹⁾ (quando l'insolvenza risulta nel corso di un procedimento penale, ovvero dalla fuga, dalla irreperibilità o dalla latitanza dell'imprenditore, dalla chiusura dei locali dell'impresa, dal trafugamento, dalla sostituzione o dalla diminuzione fraudolenta dell'attivo da parte dell'imprenditore ovvero quando l'insolvenza risulta dalla segnalazione proveniente dal giudice che l'abbia rilevata nel corso di un procedimento civile) e nelle ipotesi in cui ricorrano gravi motivi e già esista o sia contemporaneamente presentata domanda per ottenere la dichiarazione suddetta ⁽¹²⁾.

Il richiamato art. 238 l. fall., non è andato esente da critiche, essendo stato imputato al legislatore di non aver fatto chiarezza sui rapporti logico-giuridici intercorrenti tra la sentenza di fallimento e il procedimento penale per i reati pre-fallimentari condizionati. Con riserva di successivo approfondimento sul punto (v. *infra*, par. 3), se in precedenza la relazione tra di essi era stata ordinariamente interpretata in termini di pregiudizialità ⁽¹³⁾ della prima rispetto al secondo, nell'attuale codice di procedura penale tale istituto trova incontestabilmente diversa disciplina negli artt. 3 e 479 c.p.p. ⁽¹⁴⁾.

La pronuncia giudiziale determina comunque il *tempus commissi delicti* (e, dunque, essa fissa anche il *dies a quo* della prescrizione del reato pre-fallimentare) ed il *locus commissi delicti*, con diretti effetti processuali sulla competenza territoriale (individuata con riguardo al luogo ove è stata emessa tale sentenza, a nulla rilevando il fatto che a seguito della costituzione di nuovo tribunale gli atti del fallimento siano stati trasmessi a quest'ultimo) ⁽¹⁵⁾.

Ciò posto, e sempre con riserva di successivo approfondimento (v. *infra*, par. 3), il richiamato provvedimento giudiziale si configura, invece,

⁽¹¹⁾ Si riporta il testo dell'art. 238, comma 2, l. fall. "È iniziata anche prima nel caso previsto dall'art. 7 e in ogni altro in cui concorrano gravi motivi e già esista o sia contemporaneamente presentata domanda per ottenere la dichiarazione suddetta".

⁽¹²⁾ La dichiarazione di fallimento dell'imprenditore assume un ruolo chiave all'interno dei reati di bancarotta. La declaratoria fallimentare, infatti, costituisce vero e proprio presupposto di perseguibilità di tutte le condotte causative di un dissesto per l'impresa, in qualunque momento esse siano state poste in essere ed, in mancanza della stessa, quelle condotte non sono perseguibili come reati fallimentari (possono tutt'al più integrare, ricorrendone i presupposti di legge, altre diverse ipotesi di reato come ad esempio l'appropriazione indebita).

⁽¹³⁾ Per una panoramica, FOSCHINI, *La pregiudizialità nel processo penale*, Milano, 1942, 116 ss.; MARZADURI, *Questioni pregiudiziali (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, 83 ss.

⁽¹⁴⁾ Si veda, LO VECCHIO, *Declaratoria fallimentare nel giudizio penale di bancarotta pre-fallimentare: nuove dalla Cassazione*, in *Cass. pen.*, 1997, 806 ss..

⁽¹⁵⁾ Cass. pen., 15 dicembre 1995, Catania, in *Ced n.* 204531.

certamente presupposto del reato per i comportamenti illeciti successivi all'avvio della procedura ⁽¹⁶⁾.

Deve comunque osservarsi che, sul piano appunto squisitamente processual/penalistico, la decisione del giudice fallimentare (la cui copia, in forma di estratto, di regola trova collocazione in seno al fascicolo per il dibattimento, ex art. 431 lett. h c.p.p., intendendosi quale cosa pertinente al reato per la sua funzione probatoria) costituisca premessa indispensabile per l'avvio dei processi di bancarotta, nelle sue diverse forme, di bancarotta fraudolenta e semplice, propria e impropria, se è vero che a mente dell'art. 238, comma 1, l. fall., « [p]er i reati previsti negli artt. 216, 217, 223 e 224 l'azione penale è esercitata dopo la comunicazione della sentenza dichiarativa di fallimento di cui all'art. 17 »; disposizione quest'ultima che regola le modalità di comunicazione e pubblicazione della sentenza la cui previsione è contenuta nel precedente art. 16.

Alla luce dell'attuale sistema processuale, non appare peraltro corretto il richiamo all'« azione penale » e, giusta la formulazione degli artt. 326 e 405 c.p.p., esso deve essere meglio inteso come « le indagini necessarie per la determinazione inerenti all'esercizio dell'azione penale ». Un'analoga rettifica è stata del resto espressamente disposta (a seguito del già citato decreto correttivo) nel contesto dell'art. 33, comma 1, laddove si indica il campo di indagine del curatore, da esprimersi nella sua relazione « sulle cause e circostanze del fallimento, sulla diligenza spiegata dal fallito nell'esercizio dell'impresa, sulla responsabilità del fallito o di altri e su quanto può interessare anche ai fini delle indagini preliminari ».

L'individuazione del giudice competente, per materia, a conoscere dei reati fallimentari non presenta alcuna difficoltà di lettura. In particolare, per quanto relativo ai reati di cui agli artt. 216, 223, 228, 234 l. fall., la riforma del « giudice unico » (d.lgs. 19 febbraio 1998, n. 51) la assegna al tribunale, in composizione collegiale, anche per quanti siano destinatari di estensione dell'addebito (art. 33-bis lett. g c.p.p.) Conseguentemente, rinvia alle regole generali di cui agli artt. 5 ss. del c.p.p. per le residue ipotesi, diverse dalla bancarotta (artt. 232, 233, 234, 236, comma 2, ritenendosi nei fatti ormai abrogato l'art. 235).

Il medesimo tribunale (che è quello in cui ha luogo la sede principale dell'impresa, art. 9 l. fall.) determina, per come già accennato, la compe-

⁽¹⁶⁾ ANTOLISEI, *Manuale*, cit., 26 e ss.; CONTI, *Diritto penale commerciale, I reati fallimentari*, II, Torino, 1991, 111 ss.; GROSSO, *Osservazioni in tema di struttura, tempo e luogo del commesso reato di bancarotta pre-fallimentare*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, 568; Cass. pen., 15 dicembre 1988, Grespan, in *Giust. pen.*, 1990, II, 279.

tenza per territorio per le fattispecie pre-fallimentari, ciò prescindendo dal luogo di commissione dell'azione antidoverosa, in deroga all'art. 8, comma 1, c.p.p., secondo il ricordato e consolidato orientamento giurisprudenziale, accolto anche da quella dottrina che, secondo quanto sarà meglio successivamente evidenziato (v., *infra*, par. 3) considera quale condizione obiettiva di punibilità la pronuncia giudiziale in seno ai reati pre-fallimentari ⁽¹⁷⁾.

Per le condotte successive alla dichiarazione di insolvenza, la constatazione giudiziale dell'insolvenza si presenta quale presupposto del reato, senza invece condizionare i suoi tratti fondamentali, di qui il richiamo alla consumazione della condotta « storicamente » perpetrata ⁽¹⁸⁾.

Nel caso di fallimento dichiarato all'estero la competenza è regolata dagli artt. 9 e 10 c.p.p., purché la sentenza dichiarativa di fallimento sia deliberata in Italia ⁽¹⁹⁾ e, successivamente alla delibazione, seguendo i criteri di cui all'art. 8 c.p.

È peraltro opportuno segnalare che « ai sensi dell'art. 3, paragrafo 1, del Regolamento CE 29 maggio 2000, n. 1346/2000, relativo alle procedure di insolvenza, competenti ad aprire la procedura di insolvenza sono i giudici dello Stato membro nel cui territorio è situato il centro degli interessi principali del debitore, presumendosi — per le società e le persone giuridiche — che il centro degli interessi coincida, fino a prova contraria, con il luogo in cui si trova la sede statutaria mentre, ove anteriormente alla presentazione dell'istanza di fallimento, la società abbia trasferito all'estero la propria sede legale, e tale trasferimento appaia fittizio, non avendo ad esso fatto seguito l'esercizio di attività economica nella nuova sede, né lo spostamento presso di essa del centro dell'attività direttiva, amministrativa ed organizzativa dell'impresa, permane la giurisdizione del giudice italiano a dichiarare il fallimento » ⁽²⁰⁾.

⁽¹⁷⁾ *Ex multis*, Cass. pen. 19 ottobre 1999, Auriemma, in *Ced* n. 216433; ANTOLISEI, *Manuale*, cit., 58; PEDRAZZI, *Reati del fallito*, cit., 34 ss.; diversamente da CONTI, *Diritto penale dell'impresa*, cit., 20 e 135 ss., che focalizza il referente nella consumazione delle singole azioni antidoverose.

⁽¹⁸⁾ ANTOLISEI, *Manuale*, cit., 58 ss.; PEDRAZZI, *Reati commessi dal fallito*, cit., 256; CONTI, *Diritto pen. commerciale, II, I reati fallimentari*, Torino, 1991, 20; in giurisprudenza, Cass. pen., 15 dicembre 1988, Grespan, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 1989, 927; Cass. pen., 7 luglio 1992, Piceni, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 1993, 1355.

⁽¹⁹⁾ CONTI, *Diritto penale*, cit., 462.

⁽²⁰⁾ Cass. pen., sez. un., 18 maggio 2009, n. 11398, in *Fall.*, 2009, 785.

4 Natura ed efficacia nel processo penale della sentenza di fallimento

Decisiva e, solo in parte rilevata questione, è quella relativa al ruolo assegnato alla dichiarazione di fallimento con riferimento ai delitti di bancarotta.

In forza del disposto degli artt. 216, comma 1 e 217, comma 1, l. fall., è infatti responsabile del delitto di bancarotta fraudolenta o semplice l'imprenditore che abbia commesso uno dei fatti elencati nelle citate norme "se è dichiarato fallito". Le norme descrivono cioè una fattispecie nella quale le condotte sono poste in essere dall'imprenditore nel corso dell'attività che precede il fallimento, ma la relativa sentenza dichiarativa assume valore di requisito essenziale del reato. Ne deriva come uno dei principali nodi interpretativi riguardi, sotto molteplici e rilevanti aspetti di carattere processualpenalistico, il ruolo del fallimento all'interno della struttura giuridica della bancarotta. Problema che, evidentemente, si pone solamente in relazione alla fattispecie della bancarotta pre-fallimentare. Ed invero, le condotte di cui agli artt. 216, comma 2, e 217, comma 2, assumono infatti, espressamente rilevanza ove commesse dal « fallito ». Pertanto, nell'ambito della bancarotta post-fallimentare, soggetto attivo del reato è esclusivamente l'imprenditore che sia già stato dichiarato fallito. Conseguentemente, la sentenza di fallimento si pone pacificamente come un presupposto del reato.

Per quanto invece concerne la bancarotta pre-fallimentare, la questione è sicuramente più complessa. Secondo un'impostazione ormai risalente nel tempo, chiaramente influenzata dall'antica ottica repressiva nei confronti dei fenomeni di insolvenza, al fallimento veniva attribuito valore centrale nell'ambito della fattispecie in esame, di vero e proprio evento consumativo del reato. In pratica, si riteneva doverosamente punibile in quanto tale il fallimento, allorché esso fosse accompagnato dalla commissione di taluno dei c.d. fatti di bancarotta fraudolenta o semplice descritti nelle norme. Sviluppando tale concezione, si era in sostanza attribuito ai fatti dolosi o colposi descritti nelle fattispecie di bancarotta un inequivocabile valore sintomatico nella disamina del fatto concreto, nel senso che sul loro accertamento si doveva fondare una duplice presunzione assoluta: sia per quanto relativo al rapporto causale tra le condotte illecite e il fallimento stesso, sia in ordine alla colpevolezza dell'agente ⁽²¹⁾.

⁽²¹⁾ Per un esame di queste tesi si rinvia a CONTI, *I reati fallimentari*, 2^a ed., Torino, 1991, 105 ss., e PEDRAZZI, *Reati fallimentari*, in PEDRAZZI, ALESSANDRI, FOFFANI, SEMINARA e SPA-

Trattasi, peraltro, di una posizione ormai superata nella scienza penalistica, là dove, da tempo l'utilizzo di un metodo presuntivo è apparso in netto contrasto con i fondamentali principi vigenti in materia penale, in base ai quali è da escludere categoricamente che la sussistenza degli elementi costitutivi del reato, oggettivi e soggettivi, possa essere desunta, senza alcuna possibilità di valutazione, da altri fattori. Ciò, a maggior ragione, ove si abbia a considerare che la presunzione di una necessaria relazione di causa-effetto tra i fatti di bancarotta e il fallimento, appare non tanto il risultato dell'*id quod plerumque accidit*, quanto una pura finzione.

Conseguentemente, se è vero che le fattispecie di bancarotta si prefiggono di punire non tanto il fallimento, quanto quelle condotte dolose o colpose che rappresentano la violazione delle regole gestionali di buona amministrazione poste a protezione delle ragioni creditorie, la dottrina oggi dominante ritiene che il fallimento, non potendo essere considerato elemento costitutivo del reato per le ragioni anzidette, vada più correttamente inquadrato nella categoria della condizione obiettiva di punibilità ⁽²²⁾.

Dunque, il fallimento costituisce un limite alla repressione penale nel senso che i fatti indicati dalla legge, nonostante il disvalore ad essi immanente, vengono puniti solamente qualora l'imprenditore che li ha commessi fallisca. Secondo questa chiave di lettura, il fallimento rappresenta un avvenimento che condiziona *extrinsecus* l'applicazione della sanzione penale, posto che l'esistenza di un nesso eziologico tra i fatti puniti e il dissesto economico, pur potendo di fatto sussistere, non è astrattamente e necessariamente richiesto dalla norma. Accolta tale impostazione, l'interprete avrebbe dovuto infatti limitarsi a valutare l'esistenza di una delle condotte di bancarotta, senza porsi il problema se essa abbia influito a determinare dapprima lo stato di insolvenza e poi il fallimento. Quest'ultimo, infatti, può essere del tutto indipendente dalle condotte di bancarotta, ma, in ogni caso, legittima l'irrogazione della pena. In forza di simili premesse, si può quindi concludere che, rivestendo il fallimento natura di mera condizione obiettiva di punibilità, una volta che esso sia stato dichiarato, all'interprete competerebbe di accertare unicamente la sussistenza delle condotte incriminate e non un nesso fra tali condotte e il successivo

GNOLO, *Manuale di diritto penale dell'impresa. Parte generale e reati fallimentari*, Bologna, 2003, 108.

⁽²²⁾ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, II, a cura di Grosso, 13^a ed. Milano, 2014, 36 ss.

fallimento⁽²³⁾. Tale conclusione non è peraltro andata immune da alcuni significativi rilievi critici. Si è, invero, osservato che, portando alle estreme conseguenze le premesse ora delineate, anche fatti illeciti, di per sé insignificanti nel quadro del dissesto in atto o troppo risalenti nel tempo rispetto alla dichiarazione di fallimento, avrebbero dovuto assumere rilevanza nell'ambito delle fattispecie di bancarotta. Il tutto, non potendosi sottacere come tale risultato ermeneutico apparisse in deciso contrasto con il principio di necessaria offensività che permea l'attuale sistema penale.

Per tale motivo, pur non abbandonandosi la categoria della condizione di punibilità, si è cercato di introdurre qualche correttivo, al fine di valorizzare in qualche modo il legame tra la condotta di bancarotta e il fallimento. Si è, così, in particolare, proposto di considerare il fallimento una condizione obiettiva, ma di tipo intrinseco. In altri termini, nei delitti di bancarotta con la sentenza dichiarativa di fallimento la lesione dell'interesse passerebbe dalla potenzialità all'attualità⁽²⁴⁾.

Conseguentemente, allineandosi a tale ordine di idee, condotte, che non siano neppure potenzialmente offensive degli interessi tutelati, non potrebbero assumere rilevanza penale una volta che sia intervenuto il fallimento. Alle medesime conclusioni giunge — sia pure in una prospettiva diversa — altra parte della dottrina, la quale, fedele alla concezione del fallimento come mera condizione obiettiva di punibilità, colloca però i reati di bancarotta nella categoria dei delitti di pericolo concreto. In questa ottica, le singole condotte riconducibili alle fattispecie di bancarotta si rivelerebbero idonee ad integrare il reato fallimentare solamente a condizione che abbiano posto effettivamente in pericolo l'interesse dei creditori alla garanzia patrimoniale e ciò, ponendosi anche l'accento sulla necessità che, al momento dell'avverarsi della condizione di punibilità, persistano gli effetti delle condotte poste in essere in precedenza.

Sul piano giurisprudenziale, di contro, il prevalente orientamento, rifiuta la interpretazione da ultimo esposta, sostenendo che la sentenza di

⁽²³⁾ DESTITO, *La bancarotta fraudolenta patrimoniale propria prefallimentare*, in SANTORIELLO (a cura di), *La disciplina penale dell'economia*, I, Società, fallimento, finanza, Torino, 2008, 277.

⁽²⁴⁾ A tale proposito, infine, va segnalata una diversa e più recente ricostruzione dei rapporti fra condotta e fallimento, secondo la quale, se non si può ravvisare un nesso causale tra le condotte di bancarotta e il fallimento, può però configurarsi un nesso psichico, nel senso che previsione, volontà e prevedibilità ben possono riferirsi anche all'apertura di una procedura concorsuale [COCCO, *Reati fallimentari*, in Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, V, Milano, 2006, 4854]. Cfr. inoltre, sulla medesima questione, ancora COCCO, *Il ruolo delle procedure concorsuali e l'evento dannoso nella bancarotta*, in *Riv. trim. dir. proc. pen.*, 2014, 67 ss.

fallimento si attegga a elemento costitutivo del reato, facendo con ciò, rilevantemente coincidere il momento e il luogo di consumazione del reato con quelli dell'emissione dell'atto giudiziario dichiarativo⁽²⁵⁾.

Deve essere al riguardo peraltro anzitutto sottolineato, che la definizione del fallimento come elemento costitutivo del reato, enunciata in numerose sentenze della giurisprudenza di legittimità, appaia in realtà insoddisfacente alla risoluzione di una serie di decisive questioni, là dove, secondo il medesimo orientamento, non dovrebbe dirsi necessario un vero e proprio nesso di causalità tra le condotte e il fallimento, non essendo quest'ultimo inquadrabile come evento del reato.

Parimenti, non si pretende un collegamento psicologico tra le condotte e la dichiarazione di fallimento. Di conseguenza, per ovviare alla anomalia di considerare elemento costitutivo ciò che non è legato alla condotta da un nesso di causalità e che non deve essere oggetto del dolo dell'agente, in alcune pronunce è presente la singolare definizione della sentenza di fallimento quale condizione di esistenza giuridica del reato di bancarotta⁽²⁶⁾.

Peraltro, il consolidato assetto giurisprudenziale è stato recentemente scosso da una pronuncia della Cassazione del 2012 (nota anche come « sentenza Corvetta »), con cui i giudici della sez. V si sono posti in consapevole contrasto con l'orientamento tradizionale della Corte.

In particolare, propugnando una interpretazione maggiormente conforme ai canoni costituzionali, la pronuncia in questione afferma chiaramente la necessità che lo stato di insolvenza — proprio in quanto elemento costitutivo della fattispecie, *sub specie* di evento del reato, almeno secondo la ricostruzione operata dalla pronuncia in questione — debba, sia porsi in rapporto causale con la condotta dell'agente, sia essere preveduto e voluto dallo stesso, quanto meno a titolo di dolo eventuale⁽²⁷⁾. Orientamento che, tuttavia, è rimasto episodio isolato, giacché le successive pronunce della Cassazione hanno confermato la tradizionale impostazione interpretativa secondo cui la dichiarazione di fallimento non costituisce l'evento del reato di bancarotta e, conseguentemente, dovrebbe dirsi irrilevante il

⁽²⁵⁾ Così, Cass. pen., sez. un., 25 gennaio 1959, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1959, 921 ss. Fra le altre, nell'ambito della più recente giurisprudenza, si vedano Cass. pen., sez. V, 9 dicembre 1999, in *Cass. pen.*, 2001, 1340.

⁽²⁶⁾ Cass. pen., sez. V, 23 marzo 1999, in *Cass. pen.*, 2000, 1784.

⁽²⁷⁾ Cass. pen., sez. V, 24 settembre 2012, n. 47502.

nesso causale e il nesso psichico tra la condotta e la causazione dell'insolvenza⁽²⁸⁾.

Alla stregua di quanto fin qui evidenziato, debbono essere esaminate due importanti questioni appunto interpretativamente correlabili alla natura della declaratoria di fallimento. La prima attiene alla sfera di efficacia che la sentenza di fallimento deve assumere nell'ambito del procedimento instaurato per un reato di bancarotta di cui agli artt. 216, comma 1, e 217, comma 1, l. fall. Il secondo problema, la cui soluzione deriva solamente in parte dalla risposta data al precedente quesito, riguarda la possibilità per il giudice penale di sospendere il procedimento al fine di consentire il formarsi del giudicato civile relativo alla dichiarazione di fallimento.

A questo proposito, è innanzitutto opportuno sottolineare il duplice aspetto che assume la sentenza di fallimento. Da un lato, infatti, essa rappresenta un provvedimento giurisdizionale dal quale il giudice penale non può prescindere come espressione dell'avverarsi di quel fatto futuro e incerto, indicato testualmente dalla norma con l'espressione « se è dichiarato fallito ». Pertanto, sotto questo profilo, la cognizione del giudice penale relativamente ai fatti di bancarotta sarà sempre subordinata all'esistenza della declaratoria civile di fallimento, non potendo egli risolvere autonomamente tale questione neppure *incidenter* ai meri effetti della decisione penale. Sotto un diverso profilo, invece, la pronuncia emessa in sede civile ha un aspetto contenutistico, relativo alla valutazione di quei presupposti — *in primis* la qualifica di imprenditore commerciale — che il giudice penale è tenuto necessariamente ad esaminare con riferimento alle fattispecie di bancarotta. Ed è per l'appunto con riguardo a questo aspetto sostanziale della sentenza di fallimento che si registrano opinioni differenti.

In particolare, nella dottrina formatasi nella vigenza dell'abrogato codice di rito non si dubitava che la dichiarazione di fallimento fosse vincolante nel processo penale. Ciò in base al presupposto, ammesso dalla prevalente dottrina⁽²⁹⁾, che la decisione del giudice civile risolvesse un

⁽²⁸⁾ A smentire subito la « Corvetta » è stata peraltro un'altra sentenza dalla stessa sezione V, pronunciata il medesimo giorno; cfr. Cass. pen., sez. V, 24 settembre 2012, n. 733 in *www.penalecontemporaneo.it*. Allo stesso modo, più recentemente, negano la necessità della sussistenza del nesso eziologico Cass. pen., sez. V, 5 dicembre 2014, n. 15613, in *www.penalecontemporaneo.it*, con nota di BRAY, *La Cassazione sul caso Parmalat-Capitalia (e sul ruolo del fallimento nel delitto di bancarotta)*; Cass. pen., sez. V, 7 marzo 2014, n. 32352; cfr. anche Cass. pen., sez. V, 17 luglio 2014, n. 47616, in *Cass. pen.*, 2015, 3720, nonché Cass. pen., sez. V, 12 febbraio 2013, n. 27993, in *Cass. pen.*, 2014, 659.

⁽²⁹⁾ Come rileva puntualmente PEDRAZZI, *Reati fallimentari*, cit., 110 ss.

vero e proprio *status* della persona, e segnatamente quello di fallito. In questa prospettiva, si riteneva che la sentenza di fallimento facesse senz'altro stato in ordine sia alla qualifica soggettiva di imprenditore commerciale, sia allo stato d'insolvenza. Alla medesima soluzione giungeva la giurisprudenza della Corte di Cassazione, secondo la quale il magistrato penale chiamato a giudicare un reato di bancarotta prefallimentare — in presenza di una sentenza del giudice di fallimento contenente l'accertamento definitivo dello stato di insolvenza e della qualità di imprenditore commerciale in capo al soggetto attivo — non poteva procedere a indagini diverse e ulteriori rispetto a quelle già svolte dal giudice civile. Tale conclusione si fondava sulla premessa che l'accertamento sulla qualità di imprenditore fallito corrispondesse ad una questione di stato, pregiudiziale alla decisione sull'esistenza del reato, la cui soluzione veniva demandata alla sentenza dichiarativa di fallimento. Dopo l'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale nel 1989 il problema in esame deve essere diversamente impostato.

L'odierno codice di rito ha infatti affermato all'art. 2 il principio dell'autonoma cognizione del giudice penale riguardo alle questioni che si pongono in precedenza logica rispetto alla decisione finale. Tale principio è temperato solamente dalla clausola di riserva prevista dalla seconda parte del comma 1 della medesima disposizione, ove viene fatta salva ogni altra ipotesi in cui sia diversamente stabilito. Ulteriore eccezione alla regola posta dall'art. 2 c.p.p. è proclamata nell'art. 3 c.p.p. che limita alle mere controversie sullo stato di famiglia e di cittadinanza le ipotesi nelle quali al giudice penale è attribuita la facoltà — non l'obbligo — di sospendere il processo penale sino a quando si sia formato il giudicato civile. Ne deriva che — anche a voler prescindere dalla questione relativa all'attribuibilità del carattere di vero e proprio status alla qualità di fallito — non potrebbe in ogni caso essere oggi sostenuto che la pronuncia dichiarativa di fallimento abbia effetto di giudicato nel processo penale, risultando la medesima estranea alle ipotesi tassativamente menzionate dall'art. 3 c.p.p.⁽³⁰⁾. In quest'ottica, uno dei capisaldi dell'attuale codice di procedura penale può ravvisarsi nel potere del giudice di valutare tutti i presupposti del reato in esame senza essere vincolato da pronunce provenienti da diversi ambiti dell'ordinamento ed emesse in base a regole probatorie meno garantiste rispetto a quelle che dominano il processo penale. Proprio alla luce di tali considerazioni, parte della dottrina si è conseguentemente domandata fino

⁽³⁰⁾ Sul punto, cfr. DESTITO, *La bancarotta fraudolenta patrimoniale propria prefallimentare*, in SANTORIELLO (a cura di), *La disciplina penale dell'economia*, I, cit., 282.

a quale punto, nell'attuale sistema normativo la sentenza di fallimento possa dirsi caratterizzata da forza vincolante nel processo penale in ordine ai presupposti sostanziali della pronuncia. Vi è, infatti, chi afferma che in base al principio di autonomia di giudizio il magistrato penale non sarebbe soggetto ad alcun vincolo derivante dalla sentenza di fallimento⁽³¹⁾ e, pertanto, nell'esaminare l'esistenza della fattispecie concreta di bancarotta, egli avrebbe il potere-dovere di accertare tutti gli elementi del reato, quali la qualità di imprenditore commerciale e la sussistenza dello stato di insolvenza al fine di valutarne il collegamento con le condotte. In altri termini, il giudice penale — prescindendo dai problemi attinenti alla sfera della pregiudizialità civile — dovrebbe valutare autonomamente la qualità di imprenditore commerciale, costituendo esso un esplicito requisito della fattispecie di bancarotta, di cui agli artt. 216, comma 1, e 217, comma 1, ove si menziona « l'imprenditore » quale soggetto attivo delle condotte. Per contro, non dovrebbe essere oggetto di cognizione lo stato di insolvenza, non rappresentando un elemento della fattispecie di bancarotta, ma piuttosto un presupposto della dichiarazione di fallimento⁽³²⁾. In termini analoghi si era pronunciata anche la giurisprudenza nelle prime decisioni successive all'entrata in vigore del codice del 1989⁽³³⁾.

In particolare, prendendo atto del principio scaturente dall'art. 3, si era affermato che il giudice penale sia tenuto a recepire senza possibilità di sindacato solamente l'esistenza della dichiarazione giudiziale di fallimento quanto al *decisum*, non rimanendo peraltro vincolato alle valutazioni sottese a tale pronuncia, avendo il giudice penale l'obbligo di verificare se l'imputato avesse svolto attività di imprenditore commerciale. Nel contempo, pur affermando la libertà del giudice penale di valutare autonomamente la qualità di imprenditore commerciale, le prime pronunce avevano rifiutato l'idea che anche lo stato d'insolvenza, in quanto funzionale alla dichiarazione di fallimento, potesse essere rimesso in discussione nell'ambito del processo⁽³⁴⁾.

Tale ultimo assunto, era peraltro disatteso da un diverso orientamento

⁽³¹⁾ PISANO, *I reati tributari*, in *Trattato di diritto penale dell'impresa*, diretto da Di Amato, VII, Padova, 2002, 119; TRAVERSI-GENNAI, *Diritto penale commerciale*, Padova, 2012, 145 ss.

⁽³²⁾ Sul punto, si vedano, per tutti, PEDRAZZI, *Reati fallimentari*, in PEDRAZZI, ALESSANDRI, FOFFANI, SEMINARA e SPAGNOLO, *Manuale di diritto penale dell'impresa. Parte generale*, cit., 114-115.

⁽³³⁾ Per un quadro completo degli orientamenti giurisprudenziali successivi all'entrata in vigore del Codice del 1989, PUCETTI, *Reati fallimentari*, in GAITO e RONCO (a cura di), *Leggi penali complementari commentate*, Torino-Assago, 2009, 2694 ss.

⁽³⁴⁾ Cass. pen., sez. V, 6 marzo 1992, in *Riv. pen.*, 1993, 436.

giurisprudenziale che, valorizzando maggiormente il principio di autonomia relativo ai poteri discrezionali del giudice penale introdotto dal nuovo codice di rito, era giunto addirittura ad affermare che sia la qualità di imprenditore, sia lo stato di insolvenza determinante la condizione del fallimento, avrebbe dovuto essere oggetto di cognizione nel processo penale⁽³⁵⁾.

A fonte di tale quadro dottrinale e giurisprudenziale, con una più recente sentenza, rispetto al richiamato indirizzo, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno aderito al più risalente indirizzo, secondo cui deve considerarsi vincolante l'accertamento dello *status* di imprenditore compiuto dal giudice fallimentare anche agli effetti della legge penale. In particolare, due sono gli argomenti posti a fondamento di tale decisione. In via preliminare, la sentenza chiarisce che le modifiche apportate dal vigente Codice alla materia delle questioni pregiudiziali al processo penale non avrebbero alcuna incidenza determinante: lo *status* di fallito non rappresenterebbe, infatti, una « questione pregiudiziale » da cui dipende la decisione sui reati di bancarotta, perché questo *status* è diretto effetto della sentenza dichiarativa di fallimento, che, non è sindacabile dal giudice penale. A ciò si aggiunga — ed è questa seconda parte della motivazione quella forse più rilevante — che i nuovi contenuti dell'art. 1 l. fall. non inciderebbero su un dato strutturale del paradigma della bancarotta (semplice o fraudolenta), bensì sulle condizioni di fatto per la dichiarazione di fallimento. Il corollario di simili premesse è — ad avviso delle Sezioni Unite — il seguente: le norme che regolano la qualità di imprenditore — ed in specie l'art. 1 l. fall. — non possono dirsi norme extrapenali che interferiscono sulla fattispecie penale. Pertanto, il giudice penale, non potrebbe sindacare la sentenza dichiarativa di fallimento sulla base della normativa all'epoca vigente e, allo stesso modo, non potrebbe escluderne gli effetti sulla base di una normativa sopravvenuta⁽³⁶⁾.

La posizione assunta dalle Sezioni Unite non pare andare esente da rilievi critici. Ciò che desta legittime perplessità è, infatti, soprattutto, il punto in cui la Suprema Corte esclude che la qualità di imprenditore costituisca elemento strutturale della fattispecie. Ciò posto, anche a prescindere dal fatto che simile tesi sembra porsi in contrasto con la più autorevole dottrina penalistica e con la prevalente giurisprudenza di legittimità e di merito, è d'uopo segnalare come in ben diversi termini sia stato

⁽³⁵⁾ Così, Cass. pen., sez. V, 16 febbraio 1995, in *Cass. pen.*, 1997, 805.

⁽³⁶⁾ Cass. pen., sez. un., 28 febbraio 2008, in *Foro it.*, 2008, II, 565.

affrontato il problema dalle Sezioni Unite con riguardo alla questione della c.d. disapplicazione dell'atto amministrativo da parte del giudice penale.

E ciò, anche a tenere presente che, possibile ragione della diversa impostazione del problema, potrebbe dirsi rinvenibile nell'essere, nel primo caso, in presenza di un atto amministrativo e, nel secondo, di un provvedimento giudiziale, se è vero che, in tale ultima ipotesi, il sindacato del giudice penale non avrebbe ad oggetto il dato c.d. formale — la dichiarazione del fallimento, bensì l'aspetto contenutistico, relativo alla valutazione di quei presupposti — *in primis* la qualifica di imprenditore commerciale, che il tribunale penale è tenuto necessariamente ad esaminare con riferimento alle figure di bancarotta.

Deve in ogni caso sottolinearsi che, la giurisprudenza successiva a quella del 2008 ha seguito l'impostazione delineata dalla pronuncia delle Sezioni Unite⁽³⁷⁾.

Un secondo e diverso problema attiene alla possibilità che il procedimento penale venga sospeso in vista del possibile passaggio in giudicato della declaratoria di fallimento. La questione si pone, in particolare, in pendenza di impugnazione, ciò che porta inevitabilmente ad allungare i tempi della irrevocabilità di detta sentenza. Al riguardo, si ricorda che il d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, con l'obiettivo di una maggiore speditezza del procedimento, ha soppresso l'attuale giudizio di primo grado di opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento, la quale è ora direttamente impugnabile dinanzi alla Corte di Appello. Nel passato, la dottrina dominante, configurando come *status* la condizione di fallito, in base al previgente Codice di Procedura Penale riteneva obbligatoria la sospensione. L'art. 19 c.p.p. 1930 imponeva infatti la sospensione del processo penale e la devoluzione al giudice civile di ogni questione di stato, mentre l'art. 21 ricollegava una efficacia di cosa giudicata alla sentenza civile relativa. Oggi, peraltro, l'art. 3 c.p.p., in linea generale, ha circoscritto i casi di sospensione del processo penale alle sole controversie sullo stato di famiglia e di cittadinanza, dalle quali esulano le questioni relative alla dichiarazione di fallimento. Ciò nonostante, residua la possibilità di sospensione ai sensi dell'art. 479 c.p.p., norma che attribuisce al giudice tale facoltà purché « la decisione sull'esistenza del reato dipenda dalla risoluzione di una controversia civile o amministrativa di particolare complessità ». Tale è, quindi, nei suoi termini essenziali, lo stato della questione. Sul punto, si registrano opinioni differenti. Parte della dottrina si è espressa in senso positivo

⁽³⁷⁾ Cfr. Cass. pen., sez. V, 8 gennaio 2009, n. 9279, in *Ced Cass.*, rv. 243160; Cass. pen., sez. V, 8 maggio 2009, n. 40404, in *Ced Cass.*, rv. 245427.

rispetto alla possibilità che, in pendenza di un'opposizione seriamente fondata al fallimento, al giudice penale sia consentito sospendere il dibattimento in attesa che divenga irrevocabile quella pronuncia civile che in ogni caso condiziona la punibilità del reato di bancarotta. E ciò sul presupposto che l'eventuale revoca della sentenza di fallimento farebbe venir meno un requisito della fattispecie di bancarotta in ogni momento con effetti *ex tunc*. In termini simili viene poi impostata la questione anche con riferimento alle diverse ipotesi di bancarotta postfallimentare di cui agli artt. 216 e 217 l. fall. Dette fattispecie descrivono condotte poste in essere dal fallito, ove la declaratoria di fallimento assume la caratteristica di presupposto del reato. Dal momento della data della sentenza di fallimento, le condotte ivi descritte costituiscono quindi fatti penalmente rilevanti, posto che il fallito è tenuto a rispettare tutti i vincoli derivanti dal fallimento ancorché la relativa declaratoria non sia passata in giudicato. Una eventuale revoca della sentenza di fallimento potrebbe elidere retroattivamente il presupposto del reato, togliendo rilevanza penale ai comportamenti tenuti *medio tempore* dall'apparente fallito. Di contro, secondo una diversa tesi, proprio perché la pronuncia del giudice civile si porrebbe come mera condizione di punibilità e non di esistenza del reato, al fine di evitare superflue stasi processuali, ben potrebbe il giudice penale pronunciare la propria sentenza senza attendere che divenga irrevocabile la declaratoria fallimentare. Il tutto, fermo restando naturalmente il rimedio della revisione a norma dell'art. 630, lett. b) c.p.p., qualora la dichiarazione di fallimento venga revocata successivamente all'emissione della sentenza penale di condanna per bancarotta. Per quanto attiene alla giurisprudenza, essa è in linea con il primo indirizzo dottrinario, ritenendo la declaratoria fallimentare condizione di esistenza o elemento costitutivo del reato e inquadrando l'opposizione alla sentenza di fallimento — ma le argomentazioni sono ugualmente trasferibili all'appello di cui al novellato art. 18 l. fall. —, ove seriamente fondata, fra le ipotesi di sospensione del dibattimento ai sensi dell'art. 479 c.p.p. In tal senso, si è specificato che l'imputato che intenda chiedere la sospensione deve fornire allegazioni in ordine alla serietà della questione civile⁽³⁸⁾. Si è inoltre sottolineato che la valutazione della « particolare complessità » della controversia costituisce presupposto imprescindibile dell'ordinanza di sospensione, senza la quale detta ordinanza deve essere annullata.

⁽³⁸⁾ Cass. pen., sez. V, 5 aprile 2001, in *Cass. pen.*, 2002, 3504; Id., sez. V, 5 febbraio 1992, *Ivi*, 1993, 1742.

Ciò posto, sul punto, deve essere rilevato che, in primo luogo, la decisione fallimentare può assolvere alla funzione assegnatale, se e in quanto irrevocabile (mancando, diversamente, la stessa nozione di "sentenza" che accerti definitivamente una situazione). Inoltre, ineludibile è l'ambito valutativo del giudice penale nel vagliare i profili soggettivi, quando si presenti un quadro temporalmente distante dalla decisione fallimentare, che li ha ormai cristallizzati, senza ulteriore possibilità di nuova valutazione, e quando, invece, occorra verificarli al tempo dell'azione risultata costitutiva dell'illecito fallimentare, nel succedersi di gestioni di impresa affidate a persone diverse da quelle che risultano responsabili della conduzione al momento della sentenza dichiarativa del fallimento.

5 Il ruolo istruttorio del curatore nei procedimenti per reati fallimentari

Altro aspetto estremamente controverso e delicato, sempre frutto dell'intricato rapporto tra procedure concorsuali e processo penale, è quello del valore probatorio che assumono nel procedimento penale la relazione del curatore e gli ulteriori atti del medesimo redatti nel corso della procedura fallimentare⁽³⁹⁾. Ed, in particolare, la testimonianza che il curatore rende nel dibattimento, soprattutto se si considera che spesso tali elementi finiscono con l'assumere valore probatorio decisivo della richiesta presentata dal pubblico ministero di affermazione della responsabilità penale dell'imputato.

Prima di addentrarci nel cuore delle suesposte problematiche, sono necessarie alcune premesse.

Con la riforma della legge fallimentare il curatore è stato maggiormente sottoposto a vigilanza da parte del comitato dei creditori (organo disciplinato dall'innovativo art. 40 e divenuto titolare di poteri autorizzatori che erano di spettanza del tribunale e del giudice delegato, nonché — art. 41 — di un generale potere di vigilanza sull'operato del curatore medesimo), ma, contemporaneamente, egli è stato dotato di una più ampia sfera di competenze gestorie soprattutto per quanto attiene alla liquidazione e ripartizione dell'attivo tra i creditori (cfr., per es., art. 42,

⁽³⁹⁾ Per una completa e più esaustiva ricostruzione della questione, si veda SOANA, *La valenza probatoria della relazione del curatore nel processo penale, in I reati nelle procedure concorsuali. Gli adempimenti fiscali*, VI, in *Trattato delle procedure concorsuali*, Torino, 2012, 401 ss.

comma 3) la possibilità di rinuncia all'acquisizione di beni la cui conservazione è gravosa, o l'art. 102 consente di non dar vita al procedimento di accertamento del passivo, quando il curatore ritenga prevedibile un insufficiente realizzo, parere a cui deve seguire decreto del tribunale e parere del comitato dei creditori: al riguardo è stata prevista anche una espressa relazione portante il "programma di liquidazione" (art. 104-ter), con il quale egli prefigura le strategie di liquidazione nonché i risultati che intende conseguire).

Il curatore è lo snodo attraverso cui — per la gran parte dei casi — giungono al P.M. notizie di reato ravvisabili a seguito della pronuncia del giudice concorsuale (siano esse fallimentari, siano di tipo comune). Infatti, l'art. 33 l. fall. ascrive all'organo esecutivo della procedura l'onere di apporto informativo: si tratta della relazione del curatore, disciplinata dall'art. 33 l. fall. che rappresenta — per lo più — il primo atto procedimentale che lega il ruolo del curatore alla vicenda penale.

La legge indica anche l'oggetto dell'informazione: sul curatore grava l'obbligo di assumere informazioni sulle cause del dissesto, sulla responsabilità dei suoi protagonisti, interni ed esterni all'impresa e su quant'altro (questo "quant'altro" può essere qualsiasi altro illecito di natura penale ascrivibile non soltanto ai soggetti dell'organismo caduto in fallimento, ma a qualsiasi terzo) può interessare alla prova di illeciti penali, poiché, con la riforma, è stato precisato un onere di informazione verso il comitato dei creditori ed il giudice delegato, avente un potenziale carattere continuativo. Nel comma 5 dell'art. 33, nella versione uscita dalla riforma e dal decreto di essa integrativo, è previsto che ogni sei mesi, successivi alla presentazione della relazione, il curatore sia tenuto ad un rapporto "riepilogativo" delle attività svolte. Dunque, un ragguglio sulle vicende della gestione della procedura (come attesta l'obbligo di allegazione dei documenti di supporto finanziario della conduzione della procedura, da inviarsi al comitato dei creditori), ma anche un'informazione su tutte le notizie raccolte dopo la presentazione della prima relazione (tuttavia, per questi rapporti riepilogativi non è prevista la possibilità di "secretazione" da parte del giudice delegato, come — invece — dispone per la prima relazione l'art. 33, comma 4)⁽⁴⁰⁾.

⁽⁴⁰⁾ « Il giudice delegato ordina il deposito della relazione in cancelleria, disponendo la secretazione delle parti relative alla responsabilità penale del fallito e di terzi ed alle azioni che il curatore intende proporre qualora possano comportare l'adozione di provvedimenti cautelari, nonché alle circostanze estranee agli interessi della procedura e che investano la sfera personale del fallito. Copia della relazione, nel suo testo integrale, è trasmessa al pubblico ministero ».

Alla relazione ⁽⁴¹⁾ è attribuita una triplice funzione: *in primis* "ricostruttiva", finalizzata cioè ad inquadrare l'evolversi delle vicende dell'impresa fallita nel periodo anteriore alla dichiarazione di fallimento e con esse le cause che hanno portato al fallimento; in secondo luogo, "patrimoniale" essendo il mezzo con cui il curatore informa il giudice delegato su come intenda amministrare in via liquidatoria il patrimonio del fallito e sulle eventuali azioni civili che intende intraprendere, anche in veste recuperatoria di beni sottratti al fallimento od alla *par conditio creditorum*; infine, "penale" dal momento che il curatore è tenuto a riferire al giudice delegato sulla presenza di profili di responsabilità penale del fallito e/o di altri soggetti.

Con riferimento a tale ultima funzione, quella che più interessa in questa sede, il curatore deve indicare eventuali condotte "penalmente rilevanti" che, durante il suo incarico, siano emerse evidenziando gli elementi in fatto sui quali si basi questa sua valutazione ed i soggetti che sembrano in esse coinvolti. Occorre, inoltre, indicare qualsiasi altro dato o elemento che possa rivelarsi utile ai fini delle indagini in sede penale ⁽⁴²⁾.

La disciplina, nel conferire al curatore questo compito, che altrove l'ordinamento assegna alla polizia giudiziaria, lo ha contrassegnato di peculiari connotazioni, attribuendogli, per un verso (cfr. i requisiti dettati dall'art. 28 per la sua nomina), la premessa di una prestazione professionalmente qualificata in un ambito giuridicamente assai delicato ed, al contempo, il ruolo di garanzia per un corretto svolgimento della procedura e per la tutela delle istanze dei creditori. Egli è partecipe della funzione giudiziaria connessa ai compiti della procedura concorsuale, qualifica che non viene meno — cfr. art. 360 c.p. — con la revoca della sentenza dichiarativa di fallimento o con la chiusura dello stesso ⁽⁴³⁾.

Per questa sua posizione "terza" (quando agisce ai fini della reintegrazione del patrimonio del fallito, per es. allorché egli eserciti l'azione di responsabilità contro gli amministratori della società fallita) è stata conferita al curatore la qualifica di pubblico ufficiale (art. 30) ed a lui sono ricondotte speciali responsabilità penali (artt. 228 ss.). In questa veste

⁽⁴¹⁾ Con riferimento alla relazione del curatore si consiglia LO CASCIO, *Codice commentato al fallimento*, Milano, 2008, 288-295.

⁽⁴²⁾ La descritta "natura penale" della relazione si evince anche dalla lettura dell'art. 33 l. fall. laddove è stabilito che il giudice delegato può disporre la segretazione delle parti della relazione concernenti la responsabilità penale del fallito o di terzi qualora queste possano portare all'adozione di provvedimenti cautelari.

⁽⁴³⁾ In relazione, ovviamente, alle attività svolte in seno alla detta procedura, Cass. pen., 30 agosto 1993, Necchi, in *Mass. Cass. pen.*, 1993, n. 11, 123.

sono anche accomunati i coadiutori del curatore (anch'essi pubblici ufficiali ⁽⁴⁴⁾, ma non richiamati dall'art. 236, comma 2, l. fall., pertanto non assumono, quindi, responsabilità penali in seno al concordato preventivo) di cui egli può avvalersi, previa autorizzazione (art. 32 l. fall.). Anche costoro sono soggetti attivi dei reati propri del curatore (art. 231 l. fall.).

Nonostante la funzione di tramite con gli organi giudiziari della procedura, egli non è organo di polizia giudiziaria, né può configurarsi rapporto gerarchico tra il curatore ed il P.M., sicché nella fase antecedente o contemporanea al dibattimento non è possibile delega di indagine ex art. 370 c.p.p. al curatore.

Proprio dal dovere tipico di amministrazione e conservazione del cespite concorsuale è possibile ascrivere al curatore la legittimazione a proporre querela. Argomento che si palesa interessante nel momento che per la gran parte dei delitti penal/societari (ma anche per l'ipotesi dell'art. 624 c.p.) è stata dalla riforma dei reati penal/societari prevista questa condizione di procedibilità. E, volendo esemplificare l'argomento, per quanto attiene alla violazione degli artt. 2621 e 2622 c.c., chiaramente l'ipotesi non si pone in relazione ai bilanci, ritenuti mendaci, della medesima società caduta nella procedura di cui il curatore (o commissario) è l'organo esecutivo, perché il delitto (nella maggior parte dei casi) si inquadra nell'ambito dell'art. 223, comma 2, n. 1 l. fall., perseguibile di ufficio al titolo di bancarotta da reato societario. Ma la domanda si giustifica nel caso in cui il curatore (o commissario) sia preposto ad un organismo (individuale o collettivo) socio di una società i cui bilanci risultino infedeli e per i quali l'organismo (caduto in procedura concorsuale) ritragga un danno. La risposta è positiva: il curatore/commissario succede nella posizione contrattuale del fallito e, soprattutto, a mente dell'art. 31 l. fall., ha l'onere della amministrazione/conservazione del patrimonio fallimentare, per la quale ex art. 43 l. fall. per le vicende processuali in l' iniziativa giudiziale è nelle mani del detto organo concorsuale, ovviamente debitamente autorizzato (art. 31, comma 2, l. fall.) dal giudice delegato. Dunque, egli ha — se autorizzato — il dovere (effettuate le valutazioni di costi/benefici per gli interessi della procedura) della promozione della doglianza dell'art. 120 c.p.

Il curatore, nel corso del suo mandato può convocare, al fine di assumere dichiarazioni, sia i soggetti coinvolti nella procedura (e qui il riferimento è al fallito, agli amministratori di fatto o di diritto ecc.) sia tutti

⁽⁴⁴⁾ Cass. pen., 16 novembre 2000, Puma, in *Ced. Cass.*, n. 217834.

coloro che possono fornire informazioni utili. Come stabilito ai sensi dell'art. 49 l. fall. tali soggetti sono tenuti a presentarsi e a rendere informazioni o chiarimenti ai fini della gestione della procedura.

Ciò posto, ci si è interrogati sulla qualificazione da attribuire alla relazione, ovverosia se questa possa essere definita "atto del procedimento penale" ed in quanto tale non acquisibile nel processo oppure se vada considerata "documento" ad esso esterno soggiacendo così alla disciplina ed alle regole di cui all'art. 234 c.p.p.

Alla prima opzione ha aderito una parte della giurisprudenza, la quale ha assimilato tale relazione al rapporto giudiziario⁽⁴⁵⁾, seppur evidenziando le differenze derivanti dalla considerazione che non si tratta di attività riferibile direttamente ad un processo penale (anche se certamente suscettibile di determinare possibili risvolti in sede penale). Così ragionando ne scaturisce che la suddetta relazione non può essere acquisita al processo essendo necessario che quanto in essa indicato al giudice delegato sia, al pari di quanto avviene per un verbalizzante od un generico testimone, direttamente riferito dal curatore in dibattimento nel rispetto delle regole dell'assunzione della prova testimoniale e senza che questa deposizione sia preceduta o sostituita dal deposito della relazione⁽⁴⁶⁾.

Del medesimo avviso anche quella dottrina secondo cui l'impossibilità di acquisire la relazione deriva dalla circostanza che essendo questa rappresentativa di dichiarazioni a contenuto testimoniale o peritale (con riferimento agli accertamenti inerenti all'attivo ed al passivo dell'impresa fallita ed ai prospetti contabili) la sua acquisizione determinerebbe una violazione al principio di oralità, di immediatezza e soprattutto del contraddittorio sottraendo alla verifica dibattimentale l'attendibilità delle dichiarazioni contenute nel documento⁽⁴⁷⁾.

Preme, però, rilevare che la giurisprudenza maggioritaria di legittimità e, soprattutto, quella costituzionale hanno ritenuto preferibile la seconda opzione. È stato *in primis* osservato come l'art. 234 c.p.p. comprenda nella

⁽⁴⁵⁾ Cass. pen., sez. V, 20 novembre 1987, n. 1348, Cartotto, in *Cass. pen.*, 1989, 870, in *Riv. pen.*, 1988, 1204.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. Trib. Cassino 7 marzo 1991, D'Orazio, in *Cass. pen.*, 1991, II, 648.

⁽⁴⁷⁾ In questo senso, VITTORINI GIULIANO, *Sui limiti di utilizzabilità della relazione del curatore fallimentare*, in *Indice pen.*, 1993, 439 ss. Il medesimo autore, in altro contributo scientifico, ha poi sostenuto che, se fonte dell'accertamento è il contenuto descrittivo o narrativo della dichiarazione documentata, non si acquisisce una "prova documentata" ma una dichiarazione eludendo le norme destinate alla correttezza del procedimento probatorio (VITTORINI GIULIANO, *La relazione del curatore fallimentare nel processo penale per bancarotta. Il problema della utilizzabilità documentale*, in *Cass. pen.*, 1991, 182 ss.).

categoria dei documenti non solo gli scritti rappresentativi di dichiarazioni descrittive (narrazione di un avvenimento) o esecutive (un ordine o la promessa di cui consista un contratto) bensì qualsiasi oggetto idoneo a rappresentare fatti, persone o cose. Indi qualsiasi oggetto rappresentativo⁽⁴⁸⁾ purché questo si sia formato fuori dal processo nel quale si chiede o si dispone che ne faccia ingresso⁽⁴⁹⁾.

Sulla scorta di tali considerazioni, la giurisprudenza è giunta alla conclusione che la relazione del curatore rientri nella categoria generale dei documenti regolati nell'art. 234 c.p.p. non avendo origine nel processo penale e non essendo finalizzata ad esso⁽⁵⁰⁾.

Giova segnalare che tale granitica posizione della giurisprudenza sia rimasta immutata anche a seguito della previsione dell'obbligo di trasmissione della relazione del curatore al pubblico ministero (attualmente regolata dall'art. 33, comma 4, l. fall.), in quanto l'inserimento di tale disposizione non è venuto a modificare la natura di questo documento che rimane interno alla procedura fallimentare ed, indi, esterno ad un eventuale procedimento penale. Va, inoltre, considerato il ruolo, anche attivo, che il pubblico ministero svolge nella procedura fallimentare e che giustifica questa trasmissione che non è altro che la traduzione in norma di una prassi da sempre vigente.

Pertanto, la relazione è acquisibile prima dell'escussione del curatore e tale escussione non diviene, a tal fine, un elemento necessario potendo questa relazione essere depositata nel dibattimento anche in sua mancanza. La stessa Corte costituzionale ha sul punto confermato la natura di documento *ex art.* 234 c.p.p. della relazione del curatore e con essa la possibilità di acquisirla al dibattimento e di utilizzarla in esso come prova⁽⁵¹⁾. In chiave di sintesi, la Corte ha confermato come le disposizioni di cui agli artt. 62 e 63 e 64 c.p.p. non siano riferibili al fallito relativamente agli atti acquisiti durante la procedura concorsuale e, più specificamente, alle dichiarazioni destinate al curatore, essendo quest'ultimo un soggetto che « non è da qualificare neppure ufficiale di polizia giudiziaria » e non potendo certo sostenersi che la procedura fallimentare sia preordinata alla verifica di una *notitia criminis*.

⁽⁴⁸⁾ Cfr. Corte cost., 30 marzo 1992, n. 142, in *Cass. pen.*, 1992, 1986, con nota di MAZZA, *Formazione del fascicolo dibattimentale ed acquisizione di documenti dichiarativi*.

⁽⁴⁹⁾ V. Cass. pen., sez. V, 21 settembre 1992, n. 10654, Bolamperti, in *Foro it.*, 1993, II, 1 e *Cass. pen.*, 1992, II, 392 ss.

⁽⁵⁰⁾ Cass. pen., sez. V., 19 marzo 1997, n. 6804, Zoia, RV. 208372; Cass. pen., sez. V, 29 aprile 1998, n. 7661, Marcimino, in *Famiglia*, 1999, 1135.

⁽⁵¹⁾ Corte cost., 24 aprile 1995, n. 136, in *Giur. civ.*, 1995, 1062.

La giurisprudenza di legittimità⁽⁵²⁾ perviene peraltro alla medesima siffatta conclusione sempre rammentando l'estraneità del curatore agli appartenenti alla polizia giudiziaria e osservando come la sua attività non possa nemmeno farsi rientrare nella previsione di cui all'art. 220 disp. coord. c.p.p., che concerne le attività ispettive e di vigilanza. Conseguentemente, le dichiarazioni del fallito, per come assunte e documentate dal curatore nei suoi atti tipici assumerebbero così assunte dal curatore, acquisirebbero piena valenza processuale.

Il rilievo è importante anche per la sua estensione processuale: le annotazioni redatte e firmate dal fallito e dirette al curatore (prima dell'avvio del procedimento) non potrebbero essere considerate atti richiesti all'inquisito, bensì documenti provenienti dall'imputato, sempre utilizzabili ex art. 237 c.p.p.

Ancora: l'esame testimoniale del curatore davanti al giudice penale potrebbe vertere su quanto riferitogli dal fallito o da altro soggetto imputato, prima dell'avvio della fase procedimentale, fermo restando il diritto ex art. 195 c.p.p. delle parti di ascoltare questi ultimi come testi con le regole stabilite per la testimonianza indiretta⁽⁵³⁾.

Conclusione che non dovrebbe risultare praticabile, invece, ai sensi del disposto dell'art. 62 c.p.p., allorquando il soggetto risulti già inquisito essendosi aperto il procedimento penale a suo carico.

Orbene, sul punto, sembra doveroso rilevare come, proprio l'obbligo del curatore di riferire nell'ambito del già avviato procedimento penale ogni notizia su eventuali illeciti penali riscontrati, renda ancora più necessaria la incomprimibilità della garanzia fondamentale dettata dall'art. 63 c.p.p., identificandosi l'azione del curatore, al di là di qualsivoglia inammissibile formalismo, in quella di una pubblica autorità procedente anche per l'accertamento di eventuali ipotesi di reato.

Ciò, a maggior ragione ove si consideri che il curatore/commissario è testimone "esperto", e non testimone "laico". In altri termini, in relazione al compendio di informazioni che egli può acquisire e per lo spessore del ruolo di tramite tra la vicenda concorsuale, il curatore è testimone fondamentale nel processo ed essendo, di regola, un professionista "prestato" all'ufficio pubblico, è incontestabile che la sua dichiarazione non contenga solo attestazioni di verità storica ma, anche una ineliminabile cifra di giudizio tecnico. Una fonte di informazione non soltanto, quindi, su "quel

⁽⁵²⁾ Cass. pen., 4 ottobre 2004, Pacella, in *Ced* n. 230520.

⁽⁵³⁾ Cfr. Cass. pen., sez. V, 21 settembre 1992, n. 10654, Bolamperti, in *Foro it.*, 1993, II, 1 e *Cass. pen.*, 1992, II, 392.

che è" ma anche, su quello che la tecnica o la scienza *lato sensu* ragionieristica affermerebbe. Dunque, una figura che raccoglie in sé i profili del consulente/perito e del testimone. Del resto, sul punto, al proposito, la giurisprudenza ha affermato che « il divieto di esprimere apprezzamenti personali, posto dall'art. 194 c.p.p. non vale qualora il testimone sia una persona particolarmente qualificata per speciale preparazione professionale e che sia interrogata su fatti caduti sotto la sua percezione sensoriale ed inerenti alla sua abituale e particolare attività, giacché — in tal caso — l'apprezzamento diventa inscindibile dal fatto »⁽⁵⁴⁾.

Ed ancora, non può sottacersi per quanto relativo alle dichiarazioni rese dall'imputato in precedenza nella sua veste di fallito, di amministratore o di socio, che, essendo, per come già rilevato, tale soggetto, se convocato dal curatore a rendere dichiarazioni, obbligato a presentarsi e a rispondere secondo verità⁽⁵⁵⁾ (v. art. 49 l. fall.), il medesimo si troverebbe nella irragionevole situazione di dover scegliere tra l'autoincriminazione per un reato precedente e l'incriminazione conseguente al dovere di ostensione.

Appare pertanto chiaro come il Giudice delle leggi, nell'affrontare, per come anticipato, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 63 c.p.p. nella parte in cui questa norma stabilisce che non possano essere utilizzate contro di essa le dichiarazioni rese davanti all'autorità giudiziaria od alla polizia giudiziaria da una persona non imputata ovvero non sottoposta alle indagini, non trovando applicazione a quelle rese al curatore del fallimento e nel dichiarare tale questione non fondata, non abbia in realtà fornito una risposta alla disarmonia di sistema creata dall'art. 49 l. fall. che impone al fallito di presentarsi davanti al curatore e di riferire secondo verità. Problema, quello appena rappresentato che, secondo parte della dottrina⁽⁵⁶⁾, proprio al fine di salvaguardare il principio del *nemo tenetur se detegere* — troverebbe soluzione nella esclusione della responsabilità penale qualora il fallito renda al curatore dichiarazioni non veritiere o reticenti al fine di evitare una propria autoincriminazione. Del resto, nella appena evidenziata prospettiva, non è inutile aggiungere il principio in questione ap-

⁽⁵⁴⁾ Cass. pen., 12 dicembre 1995, Vezzolo, in *Cass. pen.*, 1997, 2206; Cass. pen., 1 ottobre 1998, Russo, in *Ced Cass.* n. 212173; Cass. pen., 12 giugno 2008, Kofilova, in *Ced Cass.* n. 241312.

⁽⁵⁵⁾ Chiaramente, la eventuale violazione di tale ultimo obbligo è sanzionata penalmente.

⁽⁵⁶⁾ Si veda SOANA, *La valenza probatoria della relazione del curatore nel processo penale*, cit., 401 ss.

paia⁽⁵⁷⁾, peraltro, strettamente connesso alla presunzione di non colpevolezza di cui all'art. 27, comma 2, Cost., oltre che, naturalmente, all'esercizio di diritti fondamentali. Ed è francamente irragionevole pretendere nei fatti, attraverso l'utilizzazione di dichiarazioni rese in precedenza, in assenza di garanzie, un contributo alla ricerca della verità da parte di chi è presunto estraneo ai fatti per cui si procede.

Al di là quindi di "bizantinismi" inammissibili, sul punto appare davvero di estremo interesse una pronuncia della Corte di Strasburgo con la quale è stata affermato che « è illegittima l'impostazione di una sanzione a carico del contribuente che, volendosi avvalere del proprio diritto al silenzio, si sottragga dal produrre i documenti, richiesti di fronte all'autorità fiscale durante una procedura di accertamento, che potrebbero portare alla propria incriminazione »⁽⁵⁸⁾.

Affermazione che, senza alcuna pretesa di esaustività su questione di tale portata, viene a indicare l'esistenza di un incoercibile diritto al silenzio quale principio ineliminabile di civiltà giuridica, ben potendosi affermare che, in sostanza, il diritto al silenzio travalica i confini dei procedimenti penali *stricto sensu*, affacciandosi come garanzia ineludibile anche nei confronti dell'autorità amministrativa.

Ne deriva, la necessità che il diritto al silenzio ed il privilegio contro l'autoincriminazione del fallito chiamato a rendere informazioni dinnanzi al curatore nella procedura fallimentare, trovi piena tutela anche nella fase preprocessuale, con le necessarie conseguenze da trarre in tema di utilizzabilità delle stesse.

⁽⁵⁷⁾ MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, in *Trattato di procedura penale*, Ubertis, Voena, Milano, 2004, VIII, 42 ss.; MARAFIOTI, *Scelte autodifensive dell'indagato e alternative al silenzio*, Torino, 2000, 114 ss.; GREVI, *Nemo tenetur se detegere. Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Milano, 1972, 3 ss.; AMODIO, *Diritto al silenzio o dovere di collaborazione? A proposito dell'interrogatorio dell'imputato in un libro recente*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, 412 ss.; GARUTI, *Diritto al silenzio e a non autoincriminarsi*, in *Dir. pen. e proc.*, 2012, 1513; MARZADURI, *Il diritto al silenzio e le esigenze dell'accertamento giudiziale*, LP, 2007, 673; MOSCARINI, *Silenzio dell'imputato (diritto al)*, in *Enc. dir.*, Annali, III, Milano, 2010, 1079; TONINI, *Giusto processo, diritto al silenzio ed obbligo di verità: la possibile coesistenza*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, II, Milano, 2000, 729; UBERTIS, *La tutela del contraddittorio e del diritto di difesa tra CEDU e Trattato di Lisbona*, in *Cass. pen.*, 2010, 2494.

⁽⁵⁸⁾ Corte EDU, sez. V, 5 aprile 2012-c.c. 6 marzo 2012, Chambaz c. Svizzera.

CAPITOLO

L'ES
DEL
NEL

Sommar

1. Pro
tutela
misur
tuto.
bilità

1. P

Il di
innovazi
economi
caratteriz
zione alle
alla origi
Certe
setto per
che le fa
operazion
accordo c
composiz
operazion
puniscor
che, in rel
zioni in o

Ma no
previsti d
pria sanz
scano tutt
operativo
prospettic

Occor
razione di
bancarotta
della giuri