


In questo numero:

- Quattro chiacchiere col bilancio
- Problematiche sull'autoriciclaggio
- Segnalazione dello stato di insolvenza, iniziativa del P.M. e terzietà del Giudice fallimentare: l'evoluzione del diritto vivente



Se lavori in proprio,
possiamo fare
business insieme.

Oggi chi lavora in proprio ha un aiuto in più. È Business Insieme, un'ampia offerta di servizi e prodotti personalizzati per sostenere liberi professionisti, commercianti, artigiani e piccoli imprenditori. Vieni in Filiale a parlare con uno dei nostri Gestori. Troverai la soluzione adatta alle tue esigenze.

BUSINESS
INSIEME



CASSA DEI RISPARMI
DI FORLÌ E DELLA ROMAGNA
Vicini a voi.

Banca del gruppo
INTESA  SANPAOLO

Messaggio Pubblicitario con finalità promozionale.
Per le condizioni contrattuali consultare i Fogli Informativi
disponibili in Filiale e sul sito internet della Banca.



ORIENTAMENTI

RIVISTA DI STUDI ECONOMICI GIURIDICI SOCIALI



*La rivista Orientamenti è espressione
dell'Associazione Dottori Commercialisti di Rimini
con il patrocinio dell'Ordine dei Dottori Commercialisti
e degli Esperti Contabili della Circoscrizione del Tribunale di Rimini*



UNA MANO PER LA RIPRESA

I NOSTRI SOCI E CLIENTI CI AFFIDANO
I LORO RISPARMI. E NOI LI INVESTIAMO
SUL LORO TERRITORIO.
È COSÌ CHE FACCIAMO
GIRARE L'ECONOMIA LOCALE.

La ripresa è più vicina solo se interessa anche il tuo vicino. Solo se mette in moto tutta l'economia locale. Per questo lavorano le nostre 15 filiali, perchè lo sviluppo del territorio parta dal territorio. Per noi questo è il circuito virtuoso della finanza. "La mia Banca è differente" significa anche questo.

 **VALMARECCHIA**
BANCA DI CREDITO COOPERATIVO

VALMARECCHIA

BANCA DI CREDITO COOPERATIVO



**Una moderna e funzionale struttura per tutti i servizi finanziari ed assicurativi,
con professionalità, riservatezza e cortesia**

Filiale CORPOLO'

Sede Legale
Via Marecchiese 569 Corpolò
Tel. 0541.368600

Filiale MARECCHIESE

Via Marecchiese 227 Rimini
Tel. 0541.368501

Filiale MARZABOTTO

Via Caduti di Marzabotto 42 Rimini
Tel. 0541.368610

Filiale TIBERIO

Via Tiberio 87 Rimini
Tel. 0541.368680

Filiale FLAMINIA

Via Flaminia 161 Rimini
Tel. 0541.368700

Filiale MIRAMARE

V.le Regina Margherita 207 Rimini
Tel. 0541.368760

Filiale PRAGA

Via Praga 7 Rimini
Tel. 0541.368690

Filiale VILLA VERUCCHIO

Via Garibaldi 2 Villa Verucchio
Tel. 0541.368640

Filiale POGGIO BERNI

Via Santarcangiolese 2990
Poggio Berni
Tel. 0541.368660

Filiale SANTARCANGELO

Piazza Marini 33/34
Santarcangelo Di Romagna Tel. 0541.368750

Filiale PIETRACUTA

Via Gramsci 35/37 Pietracuta
Tel. 0541.368670

Filiale NOVAFELTRIA

VIA Garibaldi 5/7 Novafeltria
Tel. 0541.368720

Filiale PENNABILLI

Via Roma, 39/41 Pennabilli
Tel. 0541.368540

Filiale CARPEGNA

Piazza dei Conti, 12 Carpegna
Tel. 0722.727118

Filiale SAN MAURO PASCOLI

Via G. Pascoli 36/38 S.Mauro Pascoli
Tel. 0541.368544

SEDE AMMINISTRATIVA e DIREZIONE GENERALE Via Marecchiese 227 Rimini Tel. 0541.368411

Sito www.bancavalmarecchia.it
Email info@valmarecchia.bcc.it



SOMMARIO

Quattro chiacchiere col bilancio.

di Giancarlo Ferrucini, Dottore Commercialista

Pag. 5

Problematiche sull'autoriciclaggio.

di Fabio Di Vizio, S. Procuratore della Repubblica di Forlì

Pag. 19

**Segnalazione dello stato di insolvenza,
iniziativa del P.M. e terzietà del Giudice fallimentare:
l'evoluzione del diritto vivente.**

di Filippo Santangelo, S. Procuratore della Repubblica di Forlì

Pag. 35

Direttore Responsabile: Giancarlo Ferrucini

I contenuti e i pareri espressi negli articoli sono da considerarsi opinioni degli autori e non impegnano pertanto il Direttore e la Redazione.

*Note, articoli e altro materiale da pubblicarsi nella Rivista vanno spediti al Direttore Dott. Giancarlo Ferrucini, via Garibaldi, 69 - 47921 Rimini - Telefax 0541/635070 - Telefono 0541/786574
I manoscritti anche se non pubblicati non si restituiscono.*

*Autorizzazione del Tribunale di Rimini n. 6/92 del 22.04.1992
Pubblicazione con pubblicità inferiore al 70%.*

PROPRIETÀ EDITORIALE:

Associazione Culturale Orientamenti - via Garibaldi, 69 - Rimini

STAMPA:

*Arti Grafiche Ramberti - Viserba di Rimini
Chiuso in redazione il 30 Aprile 2013.*



Testata associata all'Unione Stampa
Periodica Italiana

QUATTRO CHIACCHIERE COL BILANCIO.

di Giancarlo Ferrucini¹

* * *

1. Aspetti generali.

Il bilancio di un'azienda si compone di due parti, lo **stato patrimoniale** ed il **conto economico**, oltre alla nota integrativa.

Il primo ha lo scopo di individuare e quantificare il **patrimonio**, mentre il secondo si pone l'obiettivo d'individuare il **reddito** cioè di verificare l'ammontare dell'incremento o del decremento del patrimonio.

SITUAZIONE PATRIMONIALE	
<u>ATTIVO</u>	<u>PASSIVO</u>
<i>Banca</i>	<i>Capitale di rischio (mezzi propri)</i>
<i>Merce in Rimanenza</i>	<i>Capitale di credito (finanziamenti – mezzi di terzi)</i>
	<i>Utile</i>

CONTO ECONOMICO	
<u>COSTI</u>	<u>RICAVI</u>
<i>Acquisti</i>	<i>Vendite</i>
<i>Interessi passivi su finanziamenti</i>	
<i>Utile</i>	

La nascita di un'azienda necessita di risorse che spesso consistono nell'ammontare di denaro depositato in banca.

Le risorse possono essere acquisite attraverso un **capitale di rischio**, cioè con mezzi propri, o con un **capitale di credito**, cioè finanziamenti che rappresentano mezzi di terzi.

Il **capitale di rischio** viene remunerato con l'**utile**, mentre il **capitale di credito** viene remunerato con un **interesse**.

La gestione si avvale quindi di fattori produttivi: alcuni esauriscono la loro utilità

¹ Dott. Giancarlo Ferrucini, Dottore Commercialista in Rimini.

immediatamente quali l'acquisto delle merci, altri definiti fattori produttivi pluriennali, esauriscono la loro utilità in un periodo più lungo (*immobili, mobili ecc...*).

Un'azienda commerciale è finalizzata ad ottenere un reddito (*utile o perdita*) che si realizza attraverso la compravendita delle merci.

Si può guadagnare o perdere.

Ci sono fatti di gestione che **modificano il patrimonio** e fatti di gestione che **modificano il reddito**. Questo, a sua volta, modifica il patrimonio.

Le operazioni di compravendita vengono rappresentate da due punti di vista: quello **economico** e quello **patrimoniale**.

L'acquisto di merce genera un costo, dal punto di vista economico, ed un debito nei confronti del fornitore, dal punto di vista patrimoniale.

La vendita di merce genera un ricavo, dal punto di vista economico, ed un credito, dal punto di vista patrimoniale.

Pertanto queste operazioni modificano sia il patrimonio sia il reddito.

L'aspetto economico del **costo** e del **ricavo** si concretizza nel **debito** e nel **credito** che va ad incidere sull'entità del patrimonio.

Il primo bilancio di un'impresa si presenta così:

Stato Patrimoniale			
ATTIVO		PASSIVO	
Banca	100.000,00	Patrimonio	100.000,00

Conto Economico			
COSTI		RICAVI	
	-----		-----

Lo stato patrimoniale raccoglie beni attivi e beni passivi, la cui differenza, se positiva, fornisce l'ammontare del patrimonio.

Il conto economico indica i costi, cioè gli elementi che incidono negativamente sul patrimonio, ed i ricavi, gli elementi che, viceversa, incidono positivamente sul patrimonio.

La differenza fra ricavi e costi, se positiva, rappresenta l'**utile**, cioè il guadagno in un determinato periodo di tempo, se negativa, la **perdita**.

Lo stato patrimoniale è la fotografia dei beni attivi, dei beni passivi e del patrimonio o del deficit patrimoniale in un certo momento.

Il conto economico fotografa l'ammontare dei ricavi e dei costi che si sono verificati in un certo arco di tempo.

Lo stato patrimoniale è statico, mentre il conto economico è dinamico.

Dopo l'acquisto delle merci, oggetto di rivendita il bilancio si presenta così:

Stato Patrimoniale			
ATTIVO		PASSIVO	
Banca	40.000,00	Patrimonio	100.000,00
Merce	60.000,00		
<i>Totale</i>	<i>100.000,00</i>	<i>Totale</i>	<i>100.000,00</i>

Conto Economico			
COSTI		RICAVI	
Acquisto merci	60.000,00	Merce da vendere	60.000,00

L'acquisto di merce dà luogo ad un costo. Alla fine di un certo periodo di tempo, se la merce non viene venduta, la stessa rappresenta sia un bene attivo, sia un ricavo da realizzare.

In caso di vendita totale della merce per €. 80.000,00 il bilancio si presenta come segue:

Stato Patrimoniale			
ATTIVO		PASSIVO	
Banca	120.000,00	Patrimonio	100.000,00
		Utile	20.000,00
<i>Totale</i>	<i>120.000,00</i>	<i>Totale</i>	<i>120.000,00</i>

Conto Economico			
COSTI		RICAVI	
Acquisto merci	60.000,00	Merce venduta	80.000,00
Utile	20.000,00		
<i>Totale</i>	<i>80.000,00</i>	<i>Totale</i>	<i>80.000,00</i>

La vendita della merce rappresenta un ricavo e nel contempo una diminuzione dell'attivo.

La differenza fra il ricavo di €. 80.000,00 ed il costo d'acquisto di €. 60.000,00 costituisce l'utile, cioè il guadagno dell'operazione di compravendita.

Tale posta si ritrova pertanto sia nel conto economico quale differenza fra ricavi e costi sopportati, ma anche nello stato patrimoniale quale aumento del patrimonio per €. 20.000,00.

Pertanto al termine del periodo l'investimento patrimoniale di €. 100.000,00 ha ottenuto un guadagno di €. 20.000,00.

Qualora la vendita fosse fatta a credito il bilancio si presenterebbe come segue:

Stato Patrimoniale			
ATTIVO		PASSIVO	
Banca	40.000,00	Patrimonio	100.000,00
Crediti vs clienti	80.000,00	Utile	20.000,00
<i>Totale</i>	<i>120.000,00</i>	<i>Totale</i>	<i>120.000,00</i>

Conto Economico			
COSTI		RICAVI	
Acquisto merci	60.000,00	Merce venduta	80.000,00
Utile	20.000,00		
<i>Totale</i>	<i>80.000,00</i>	<i>Totale</i>	<i>80.000,00</i>

Non si modifica il conto economico, dal quale si evince un guadagno di €. 20.000,00.

Viene modificata la composizione dell'attivo con due beni, quello della banca di €. 40.000,00 e quello dei crediti verso clienti di €. 80.000,00.

Successivamente viene incassato parte del credito per €. 50.000,00:

Stato Patrimoniale			
ATTIVO		PASSIVO	
Banca	90.000,00	Patrimonio	100.000,00
Crediti vs clienti	30.000,00	Utile	20.000,00
<i>Totale</i>	<i>120.000,00</i>	<i>Totale</i>	<i>120.000,00</i>

Conto Economico			
COSTI		RICAVI	
Acquisto merci	60.000,00	Merce venduta	80.000,00
Utile	20.000,00		
<i>Totale</i>	<i>80.000,00</i>	<i>Totale</i>	<i>80.000,00</i>

Non si modifica il conto economico, dal quale si evince un guadagno di €. 20.000,00.

Viene modificata la composizione dell'attivo con quello della banca che aumenta ad €. 90.000,00 mentre si riducono i crediti verso clienti a €. 30.000,00.

Successivamente si accerta che il cliente è fallito e quindi non pagherà il suo debito:

Stato Patrimoniale			
ATTIVO		PASSIVO	
Banca	90.000,00	Patrimonio	100.000,00
Perdita del periodo	10.000,00		
<i>Totale</i>	<i>100.000,00</i>	<i>Totale</i>	<i>100.000,00</i>

Conto Economico			
COSTI		RICAVI	
Acquisto merci	60.000,00	Merce venduta	80.000,00
Perdite su crediti	30.000,00	Perdita del periodo	10.000,00
<i>Totale</i>	<i>90.000,00</i>	<i>Totale</i>	<i>90.000,00</i>

Con tale operazione si annullano i crediti verso clienti e la differenza fra il patrimonio e la banca rappresenta una diminuzione dello stesso per €. 10.000,00 (*perdita del periodo*).

Il mancato incasso del credito rappresenta una perdita sui crediti e quindi la differenza fra i ricavi di €. 80.000,00 e l'ammontare di costi di €. 90.000,00, conferma la perdita del periodo di €. 10.000,00.

Merita quindi osservare che la situazione patrimoniale evidenzia beni attivi e beni passivi la cui differenza, se positiva, costituisce il patrimonio dell'azienda, concretamente manifestato nel caso specifico da risorse di denaro in banca, patrimonio che è diminuito per effetto del mancato pagamento di un credito di €. 30.000,00.

Il conto economico nel caso specifico evidenzia una perdita di €. 10.000,00, dovuta alla differenza fra ricavi e costi.

Ricavi e costi rappresentano un concetto immateriale che trova la sua materializzazione nella situazione patrimoniale.

Continuando nell'esempio l'azienda acquista ulteriore merce per €. 70.000,00 e sopporta una spesa per il personale dipendente di €. 10.000,00:

Stato Patrimoniale			
ATTIVO		PASSIVO	
Banca	10.000,00	Patrimonio	100.000,00
Merce	70.000,00		
Perdita del periodo	20.000,00		
<i>Totale</i>	<i>100.000,00</i>	<i>Totale</i>	<i>100.000,00</i>

Conto Economico			
COSTI		RICAVI	
Acquisto merci	130.000,00	Merce venduta	80.000,00
Perdite su crediti	30.000,00	Merce da vendere (presunto ricavo)	70.000,00
Personale	10.000,00	Perdita del periodo	20.000,00
<i>Totale</i>	<i>170.000,00</i>	<i>Totale</i>	<i>170.000,00</i>

La spesa del personale aumenta la perdita del periodo ad €. 20.000,00, tale posta si trova sia nel conto economico, quale differenza fra costi e ricavi, che nel conto patrimoniale, quale differenza fra patrimonio iniziale e beni attivi residuati.

In sostanza le operazioni effettuate fino a questo momento hanno ridotto il patrimonio aziendale.

L'azienda a questo punto vende tutta la merce incassando per contanti la somma di €. 30.000,00, e ricevendo una cambiale di €. 50.000,00 ed il resto, di €.20.000,00 a credito.

Stato Patrimoniale			
ATTIVO		PASSIVO	
Banca	10.000,00	Patrimonio	100.000,00
Cassa	30.000,00	Utile del periodo	10.000,00
Cambiali	50.000,00		
Crediti vs clienti	20.000,00		
<i>Totale</i>	<i>110.000,00</i>	<i>Totale</i>	<i>110.000,00</i>

Conto Economico			
COSTI		RICAVI	
Acquisto merci	130.000,00	Merce venduta	180.000,00
Perdite su crediti	30.000,00	Merce da vendere (presunto ricavo)	
Personale	10.000,00		
Utile del periodo	10.000,00		
<i>Totale</i>	<i>180.000,00</i>	<i>Totale</i>	<i>180.000,00</i>

La vendita di merce ha realizzato un altro ricavo di €. 100.000,00 che ha portato i ricavi del periodo ad €. 180.000,00.

Da tale somma vengono detratti i costi già sopportati, €. 130.000,00 per l'acquisto della merce, €. 10.000,00 per la spesa del personale, €. 30.000,00 per perdite su crediti verso clienti. Residua pertanto un guadagno di €. 10.000,00.

La situazione patrimoniale evidenzia un aumento del patrimonio da €. 100.000,00 ad €. 110.000,00, patrimonio che è investito concretamente in risorse monetarie presso la banca di €. 10.000,00, contanti di €. 30.000,00 in cassa, cambiali per €. 50.000,00 e crediti verso clienti di €. 20.000,00.

A questo punto l'azienda acquista i muri di un negozio per €. 500.000,00 facendo ricorso ad un mutuo ipotecario di €. 450.000,00.

Stato Patrimoniale			
ATTIVO		PASSIVO	
Immobile	500.000,00	Patrimonio	100.000,00
Cambiali	50.000,00	Banca	10.000,00
Crediti vs clienti	20.000,00	Mutuo Ipotecario	450.000,00
		Utile del periodo	10.000,00
<i>Totale</i>	<i>570.000,00</i>	<i>Totale</i>	<i>570.000,00</i>

Conto Economico			
COSTI		RICAVI	
Acquisto merci	130.000,00	Merce venduta	180.000,00
Perdite su crediti	30.000,00	Merce da vendere (presunto ricavo)	
Personale	10.000,00		
Utile del periodo	10.000,00		
<i>Totale</i>	<i>180.000,00</i>	<i>Totale</i>	<i>180.000,00</i>

Il conto economico non subisce modifiche.

Lo stato patrimoniale mette in evidenza il bene attivo dell'immobile e i beni passivi del mutuo ipotecario per €. 450.000,00 e la banca c/c per €. 10.000,00.

Il patrimonio ammonta ad €. 110.000,00 (*patrimonio iniziale €. 100.000,00 maggiorato dell'utile del periodo di €. 10.000,00*).

Tale patrimonio trova corrispondenza nei beni attivi dell'immobile per €. 500.000,00, nelle cambiali per €. 50.000,00 e nei crediti vs clienti per €. 20.000,00 e nei beni passivi nel c/c bancario per €. 10.000,00 e nel mutuo ipotecario per €. 450.000,00.

A questo punto l'azienda individuale si trasforma in società con due soci di cui uno è costituito da una società fiduciaria.

I soci finanziano la società versando in banca la somma di €. 100.000,00 cadauno.

Il bilancio si presenta come segue:

Stato Patrimoniale			
ATTIVO		PASSIVO	
Immobile	500.000,00	Patrimonio	100.000,00
Cambiali	50.000,00	Finanziamenti soci	200.000,00
Crediti vs clienti	20.000,00	Mutuo Ipotecario	450.000,00
Banca	190.000,00	Utile del periodo	10.000,00
<i>Totale</i>	<i>760.000,00</i>	<i>Totale</i>	<i>760.000,00</i>
Conto Economico			
COSTI		RICAVI	
Acquisto merci	130.000,00	Merce venduta	180.000,00
Perdite su crediti	30.000,00	Merce da vendere (presunto ricavo)	
Personale	10.000,00		
Utile del periodo	10.000,00		
<i>Totale</i>	<i>180.000,00</i>	<i>Totale</i>	<i>180.000,00</i>

Il conto economico resta invariato.

La situazione patrimoniale vede un incremento della banca c/c, che da un debito di €. 10.000,00 aumenta a un credito di €. 190.000,00.

Allo stesso tempo aumenta un debito per finanziamento soci di €. 200.000,00.

La società sopporta spese di pubblicità per €. 10.000,00.

Stato Patrimoniale			
ATTIVO		PASSIVO	
Immobile	500.000,00	Patrimonio	100.000,00
Cambiali	50.000,00	Finanziamenti so- ci	200.000,00
Crediti vs clienti	20.000,00	Mutuo Ipotecario	450.000,00
Banca	180.000,00		
<i>Totale</i>	<i>750.000,00</i>	<i>Totale</i>	<i>750.000,00</i>

Conto Economico			
COSTI		RICAVI	
Acquisto merci	130.000,00	Merce venduta	180.000,00
Perdite su crediti	30.000,00	Merce da vendere (<i>presunto ricavo</i>)	
Personale	10.000,00		
Spese di pubblicità	10.000,00		
<i>Totale</i>	<i>180.000,00</i>	<i>Totale</i>	<i>180.000,00</i>

Nel conto economico si registra un costo per €. 10.000,00 e pertanto l'utile si azzera.

Nella situazione patrimoniale diminuisce la consistenza del conto corrente bancario per €. 10.000,00 e si riduce il patrimonio ad €. 100.000,00.

2. Anomalie e criticità nel bilancio.

A volte, bilanci apparentemente corretti nascondono artifici contabili dietro i quali si nascondono fatti di rilevanza penale:

- 1) l'ammontare eccessivo di **spese di pubblicità** potrebbe nascondere la costituzione di **fondi neri**, non essendo state sostenute concretamente tali spese;
- 2) la voce **finanziamenti soci** potrebbe accogliere risorse anomale, in nero o addirittura sporche;
- 3) un eccessivo e costante ammontare sotto la voce **cassa** potrebbe nascondere **incassi non realizzati**, qualora tale risorsa non fosse effettivamente presente nell'azienda;
- 4) un eccessivo e costante ammontare sotto la voce crediti può mettere in evidenza che sono stati effettivamente **incassati ma non registrati**; spesso capita che tale ammontare di credito venga girato sotto la **voce di crediti inesigibili** con una conseguente perdita che incide negativamente sul reddito;
- 5) intestazione delle azioni a **società fiduciaria** alla quale ha dato mandato una **società estera**.

1° CASO

F.O.I. (Fatture per operazioni inesistenti) e costituzione di fondi neri

Le **spese di pubblicità** che vengono annotate fra i costi del conto economico a volte riguardano fatture vere che riportano operazioni inesistenti.

Nel caso riportato la contropartita finanziaria è rappresentata dalle uscite della banca per €. 50.000,00, somma corrisposta all'emittente delle fatture, il quale ne trattiene una parte, ad esempio €. 10.000,00.

La rimanente parte di €. 40.000,00 viene restituita all'amministratore della società ALFA S.p.a. e può costituire un fondo nero, probabilmente destinato al pagamento di tangenti.

Fatture per operazioni inesistenti (F.O.I.) emesse dalla società BETA per €. 50.000,00 pagate con assegno bancario.

Società ALFA S.p.a.

Situazione patrimoniale			
Attivo		PASSIVO	
		Banca c/c	€.50.000

Fondi neri per €. 40.000,00 (destinati al pagamento di tangenti)

Conto Economico			
Costi		Ricavi	
Spese di Pubb.	€. 50.000		

La società ALFA corrisponde a titolo di spese di pubblicità alla società BETA la somma di €. 50.000,00.

Società BETA S.p.a.

Situazione patrimoniale			
Attivo		PASSIVO	
Banca c/c	€. 10.000		

Conto Economico			
Costi		Ricavi	
		Servizi Pubb.	€. 10.000

La società BETA trattiene la somma di €. 10.000,00 e restituisce la somma di €. 40.000,00.

2° CASO

Riciclaggio denaro sporco tramite finanziamenti soci

La voce “*finanziamenti soci*” può costituire un “*cavallo di troia*” per trasferire denaro sporco, cioè denaro frutto di reati (*evasione fiscale, furti, rapine, ecc...*).

A volte dietro tale voce non ci sono soci, bensì terzi soggetti che devono reinvestire denaro frutto di reati.

Situazione patrimoniale			
Attivo		Passivo	
		Finanz. soci	€. 100.000

Situazione patrimoniale			
Attivo		Passivo	
Banca c/c	€. 100.000		

3° CASO

Anomalie della voce “cassa”

UN ARTIFIZIO CONTABILE CHE MASCHERA UNA “GESTIONE USURAIA”.

La registrazione contabile di *cambi-assegni* può avvenire attraverso un **artificio contabile** che non permette l’identificazione degli **usurati**.

Infatti nelle scritture contabili tali operazioni bancarie (*emissioni di assegni bancari e versamenti*) non vengono attribuite a tali soggetti, come dovrebbe avvenire, con l’apertura di apposite voci contabili a loro nome, bensì vengono sempre registrate in un’unica “anonima” voce contabile, il conto “cassa”.

Ad esempio:

a) l’emissione di assegno bancario corrisposto al signor Rossi Mario per £. 70.000 veniva registrata come segue:

- addebito nella voce “banca” €. 70.000;
- accredito nella voce “cassa” €. 70.000;

Situazione patrimoniale			
Attivo		PASSIVO	
		Banca	€. 70.000

Situazione patrimoniale			
ATTIVO		PASSIVO	
Cassa	€. 70.000		

b) la restituzione della somma di €. 72.000 da parte del signor Rossi Mario viene registrata come segue:

- accredito nella voce “banca” (per il versamento della somma ricevuta da Rossi Mario) €. 72.000;
- addebito nella voce “cassa” €. 72.000.

In sostanza nelle scritture contabili vengono registrate sotto la voce “banca”, gli effettivi movimenti bancari, e sotto la voce “cassa”, i movimenti finanziari degli usurati.

Situazione patrimoniale			
Attivo		Passivo	
Banca	€. 72.000		

Situazione patrimoniale			
Attivo		Passivo	
		Cassa	€. 72.000

La tenuta dei movimenti finanziari della voce “*cassa*”, attraverso l’artificio contabile sottodescritto, permette di effettuare prestiti di natura usuraia a soggetti non identificabili.

Di conseguenza la voce “*cassa*” può presentare elevati saldi nel caso in cui le somme corrisposte in prestito sono superiori, in quel momento, a quelle restituite.

Ambedue le situazioni descritte sono anomale in quanto segnalano un fatto di rilevanza penale, cioè una gestione usuraia.

Viceversa il saldo di cassa potrebbe anche presentare saldi negativi nel caso in cui le somme restituite sono superiori, in quel momento, a quelle corrisposte in prestito.

4° CASO

Distrazioni tramite l’incasso di crediti

È il caso dell’imprenditore ALFA che incassa il credito vantato dalla propria azienda verso un’altra azienda, BETA, ma non lo registra in contabilità.

Anzi in contabilità registra che il credito si è reso **inesigibile** con conseguente “*perdite su crediti*”, e in aggiunta il beneficio di un costo che riduce il risultato d’esercizio e quindi l’entità dell’imposta da pagare.

Società ALFA S.p.a.

Situazione patrimoniale			
Attivo		Passivo	
Crediti	€. 100.000		

Società ALFA S.p.a.

Situazione patrimoniale			
Attivo		Passivo	
		Crediti (credito inesigibile)	€100.000

Società ALFA S.p.a.

Conto Economico			
Costi		Ricavi	
Perdita su crediti	€. 100.000		

Un controllo incrociato fra la contabilità di ALFA e quella BETA **farebbe emergere l’anomalia**. Infatti BETA avrebbe registrato il pagamento del debito nei confronti di ALFA.

Società BETA S.p.a.

Situazione patrimoniale			
Attivo		Passivo	
		Banca	100.000,00

Situazione patrimoniale			
Attivo		Passivo	
Debiti	€. 100.000,00		

5° CASO

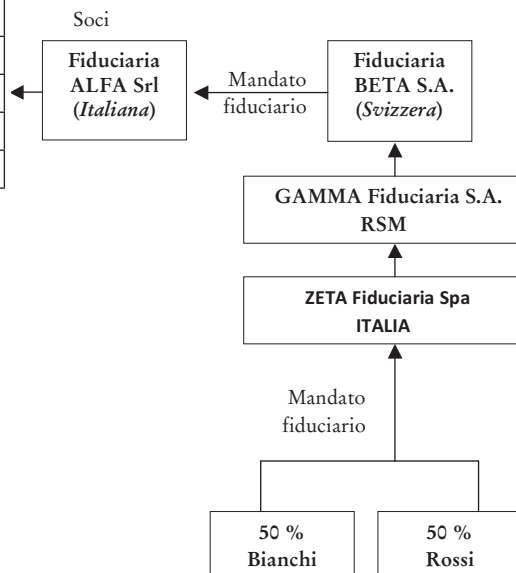
Anomale partecipazioni

Un caso molto diffuso è quello dell'intestazione delle azioni ad una società FIDUCIARIA alla quale ha dato mandato una società estera (SVIZZERA) che, a sua volta, è controllata da un'altra società FIDUCIARIA estera (GAMMA FIDUCIARIA S.A. - RSM).

Quest'ultima riceve un mandato fiduciario da una società FIDUCIARIA italiana (ZETA FIDUCIARIA S.P.A.) alla quale ha conferito mandato fiduciario l'amministratore unico della società ZETA S.p.a., signor Bianchi, unitamente al signor Rossi.

Zeta Spa (A.U. Bianchi, Socio Rossi)

Situazione patrimoniale			
Attivo		Passivo	
		Cap. Soc.	€. 1.000.000



PROBLEMATICHE SULL'AUTORICICLAGGIO.

*di Fabio Di Vizio*¹

* * *

Difficoltà della prova dell'elemento soggettivo del riciclaggio con specifico riferimento alla provenienza dei capitali illeciti da particolari tipologie di reati presupposto, inclusi quelli in materia fiscale. La punizione penale dell'autoriciclaggio quale possibile soluzione.

- **A) Ragioni della necessità e comunque dell'opportunità di punire l'autoriciclaggio**
- **efficacia della tutela penale:** il privilegio di autoriciclaggio espresso dalla clausola di esclusione con cui si apre l'articolo 648 bis c.p. (*peraltro piena di indicazioni implicite, dovendosi ritenere che il concorso si riferisca al reato presupposto ovvero alla consumazione del reato presupposto commesso da un unico soggetto*) viene usualmente giustificato quale espressione del principio di non punibilità del post factum; quest'ultimo, costituendo il <<normale sbocco>> di altri reati ovvero il consolidamento dei loro effetti, vedrebbe il proprio disvalore interamente assorbito in quello di tali reati – antefatto, commessi dallo stesso soggetto, con cui il lucro (effetto) viene prodotto; dunque, la pena prevista per l'antefatto sconterebbe già nel suo ammontare il disvalore del post-fatto (Cass., V, 873/1997 accenna ad << un prolungamento materiale e logico dell'iter criminis del reato presupposto >>); la figura di riciclatore avuta presente dal nostro legislatore pare, infatti, eminentemente, quella dell'intermediario, ossia di colui che congiunge la fase del collocamento (riferibile all'autore del reato presupposto, che offre il denaro illecitamente acquisito e come tale non punibile per tale condotta di riciclaggio) con quella della stratificazione; l'incriminazione si estende anche a chi successivamente acquista il possesso delle disponibilità illecite, intervenendo in una delle possibili ulteriori fasi della stratificazione (naturalmente in presenza delle altre condizioni necessarie, a partire dalla conoscenza della provenienza), mantenendosi l'illiceità della provenienza dell'oggetto materiale e potendosi ammettere sequenze di progressioni di

¹ Audizione del Dott. Fabio Di Vizio. S. Procuratore della Repubblica, al Gruppo di Studio sull'autoriciclaggio presso il Ministero della Giustizia, in Roma il 24 gennaio 2013.

comportamenti successivi di riciclaggio in relazione ai medesimi proventi (in tali successive fasi di stratificazione, il comportamento di chi fornisce o riceve le disponibilità illecite, diverso dall'autore del reato principale, è punibile); sennonché, l'esperienza giudiziaria segnala che specie nei contesti di criminalità organizzata, in particolare quella orientata verso le violazioni finanziarie, il riciclaggio segue un **processo circolare**, pervenendo alla restituzione delle disponibilità (quantunque per la Cass., II, n. 7224/1999 tale finalizzazione non necessaria per la punibilità del riciclaggio), una volta rese irriconoscibili nell'origine delittuosa, proprio al soggetto che le ha prodotte con il reato presupposto, rimastone sostanziale proprietario per tutto il processo e certo non estraneo (almeno in senso materiale e morale) all'attività di riciclaggio; l'«operosa intraneità» dell'autore del reato presupposto, come la definisce il collega Donadio, è assolutamente ordinaria nelle condotte di sostituzione e trasferimento, il riciclaggio presentandosi in concreto come **fattispecie plurisoggettiva necessaria**, integrata dalla **costante partecipazione dell'autore del reato**. Anche per questo l'attuale impossibilità di punire un intraneus pressoché necessario (come l'autore del reato principale) pone seri problemi di efficacia della tutela penale;

- ancora, nel caso di **riciclaggio indiretto**, avente ad oggetto denaro, beni o utilità non scaturenti direttamente dai delitti non colposi presupposti, ma già oggetto di condotte di ripulitura (sostituzione, trasferimento o altre operazioni di ostacolo all'identificazione della provenienza), si pone la problematica dell'estensione del nesso di **provenienza nel suo ambito temporale** (in presenza di condotte successive che si stratificano); la rilevanza della provenienza indiretta attraverso successivi passaggi è comunemente accettata in giurisprudenza (Cass., 34066/2002; Cass. 2611/1990; Cass., 7382/1987; Cass., 6508/1986), considerando che la fattispecie del riciclaggio non si consuma con il primo atto di sostituzione, trasferimento o ostacolo, estendendosi a tutti i successivi comportamenti della stessa specie compiuti sulle stesse disponibilità (cfr. Cass. n. 546/2011, «avendo ogni singolo atto di prelievo e trasferimento autonomia delittuosa rispetto ai precedenti segmenti operativi che detta provvista hanno costituita» riferendosi, nel caso in valutazione, ad una provvista in un c/c alimentato, anche, da una pluralità di versamenti di proventi illeciti dispersi in essa e non più distinguibili una volta operati, posta la naturale fungibilità del denaro); il pericolo di inefficacia della tutela penale, in un tal caso è che il reato presupposto non sia quello che ha prodotto in origine il lucro ma l'atto di riciclaggio immediatamente precedente;

in tal evenienza ricostruttiva, proprio per la clausola di riserva in commento, ciascun atto successivo di riciclaggio per essere punibile dovrebbe essere realizzato da soggetto diverso da quello che ha realizzato il primo illecito ma anche da quello che ha realizzato l'operazione di riciclaggio immediatamente precedente; solo immaginando che la provenienza vada parametrata unicamente al delitto scaturigine originaria del provento illecito (scelta interpretativa legittima ma in qualche termine non priva di profili di arbitrarietà) si eviterebbe un vuoto di punizione per le molteplici ulteriori operazioni di riciclaggio sugli stessi beni realizzate, in sequenza, dal medesimo soggetto; il riciclaggio indiretto, usualmente ricorrente nelle operazioni di ripulitura, complesse ed articolate, con propagazione prolungata e temporalmente non limitabile (Cass. II, 546/2011), evidenzia una ulteriore controindicazione alla persistenza della clausola di punibilità dell'autoriciclaggio;

- **irragionevolezza della pena e di politica criminale:** con l'estensione del 1993 dei reati presupposti del riciclaggio a tutti i delitti non colposi, emergono profili di possibile irragionevolezza del trattamento sanzionatorio; l'attività criminosa presupposta, infatti, acquista caratteristiche di grande eterogeneità e sovente è punita con pene assai meno gravi di quelle che puniscono l'attività post delictum del riciclaggio (sperequazione solo in parte temperata dall'attenuante ex a. 648-bis, co.3 c.p.). Situazione non sempre giustificabile in termini di politica criminale, ove si consideri che il riciclaggio conduce a buon fine condotte illecite produttrici di lucro e sovente è, sin da principio, uno dei motivi principali del compimento di esse; a ben vedere, proprio l'introdotta eterogeneità in discorso impone di considerare due eventualità in cui provare la tenuta della giustificazione teorica della non punibilità dell'autoriciclaggio, tenendo distinti il caso in cui il riciclaggio costituisce elemento necessitato e naturale del reato presupposto da quello in cui ne è elemento accidentale ed eventuale, al pari del conseguimento occasionale di un lucro economico dalla sua consumazione, prescindendo dalle caratteristiche della fattispecie base (ad esempio i compensi per la consumazione di un delitto contro la persona); in tal ultima evenienza non si vede come si possa sostenere che l'autoriciclaggio è implicito nell'antefatto (di certo di esso non si è tenuto conto nella commisurazione della pena edittale prevista per quest'ultimo) e non pare condivisibile la usuale giustificazione della irrilevanza del post fatto di autoriciclaggio;
- **contraddizione con il bene giuridico del riciclaggio:** le ragioni della pu-

nizione del riciclaggio non si esauriscono più nella tutela di interessi patrimoniali particolari, quanto nella salvaguardia del corretto funzionamento di intermediari finanziari e delle altre imprese legali ed in generale dell'interesse all'ordinato funzionamento dell'economia nel suo complesso; se il <<nuovo>> bene giuridico del delitto di riciclaggio ha assunto contenuti complessi, al pari della finalità e della sua plurioffensività, appare incomprendibile escludere che i beni dell'ordinato funzionamento dell'economia, dell'ordine pubblico generale e dell'amministrazione della giustizia patirebbero compromissione (a livello di pericolo o di danno) dalle immissioni dei proventi illeciti nel sistema legale ascrivibili agli autori dei reati presupposti; in tal senso, quanto più autonomo risulta il profilo di lesività del riciclaggio, maggiore è l'irragionevolezza del privilegio di autoriciclaggio, probabilmente per tale aspetto più coerente con fattispecie rimaste connotate in termini più eminentemente patrimoniali;

- **difficoltà di distinguere il riciclaggio dal concorso nel reato presupposto:** risulta equivoca ed disagiata l'individuazione concreta del discrimine tra riciclaggio e concorso nel reato presupposto.
 - > nel caso di concorso occasionale nel delitto base, in astratto la distinzione è ancorata all'esistenza tra l'autore del reato base ed il riciclatore di un accordo, distinguendo i casi in cui esso precede il compimento del delitto presupposto da quelli in cui lo segue. Nel primo caso, la disponibilità a riciclare i proventi del delitto non ancora commesso vale concorso in quest'ultimo, rafforzando l'agente nell'intento criminoso (Cass., V, n. 873/1997). Nel secondo caso, non vi è contributo (né materiale, né psicologico) alla realizzazione del reato base e non vi è spazio per invocare la clausola di riserva che apre l'articolo 648 bis c.p.. Il criterio temporale (che per vero resta valido in termini orientativi) introduce una distinzione forse troppo rigida e quasi meccanicistica, atteso che nel caso di accordo preventivo potrebbe difettare un concreto contributo causale, anche solo in termini di influenza morale, rispetto alla determinazione a commettere il reato presupposto, profilo che resta centrale accertare per risolvere il titolo di responsabilità.
 - > nel caso di riciclaggio dei proventi dell'associazione a delinquere, la giurisprudenza sovente ha individuato il riciclaggio dei proventi ottenuti dall'attività criminale un aspetto imprescindibile dell'azione associativa, ascrivendo a colui che la svolge, per criterio di specializzazione, il ruolo di appartenente (anche organizzatore) del sodalizio criminoso

con assorbimento dell'azione del riciclatore in quella dell'associato e attrazione della condotta di riciclaggio tenuta dal sodale nella fattispecie associativa; nel caso di associazione a delinquere di stampo mafioso, la condotta dell'associato riciclatore degli ingiusti guadagni di essa (profitti o vantaggi che possono derivare anche dal compimento di attività in sé lecite, delle quali, tuttavia, è stato ottenuto il controllo attraverso la forza intimidatrice espressa dall'associazione mafiosa), in virtù della clausola di riserva, non acquista autonoma rilevanza e l'unico titolo di punizione è rappresentato dalla fattispecie descritta dall'articolo 416 bis c.p., con assorbimento in essa del delitto di riciclaggio, ad essa degradata, pur in presenza di diverse oggettività giuridiche e con un trattamento sanzionatorio di irrazionale favore rispetto a quello riservato al riciclatore estraneo al sodalizio mafioso; d'altro canto, il sodale di un'associazione per delinquere che ricicla proventi di delitti – fine non programmati in anticipo (imprevisti ed occasionali) e cui non partecipa fattivamente non può invocare la clausola di riserva e resta punibile sia per l'associazione che per il riciclaggio (concorso formale); diversamente, allorché il sodale (specializzato in riciclaggio e sul quale gli altri sodali confidano quando realizzano i reati – fine dell'associazione) di un'associazione per delinquere ricicla proventi di delitti – fine rientranti nell'oggetto sociale dell'associazione, alla luce del criterio temporale del previo accordo, si potrebbe esser persuasi ad escludere la punibilità per riciclaggio, assumendola interamente assorbita nella responsabilità per la fattispecie associativa; valorizzando il criterio del concreto contributo causale, per contro, potrebbe dover rispondere sia del riciclaggio che dell'associazione, salvo che si dimostri una attiva partecipazione alla realizzazione del reato base (che renderebbe non configurabile a suo carico il riciclaggio);

- **pratiche di arbitraggio criminale:** l'impossibilità di punire l'autoriciclaggio, in presenza di condotte di riciclaggio di natura transnazionale, offre opportunità di pratiche di arbitraggio criminale pericolose e sostanzialmente non contrastabili; per converso la punizione dell'autoriciclaggio si inserirebbe in un processo di definizione e completamento di regole diffuse e uniformi, volte a contenere, anzitutto sul piano penale, scelte di arbitraggio criminale e creare spazio reale a forme efficaci di collaborazione internazionale. La clausola di riserva che compare in apertura dell'articolo 648 bis c.p. rende il nostro Paese luogo elettivo (e quasi attrattivo) di realizzazione di pratiche riciclatorie realizzate dagli autori dei reati presupposto (in assoluta sicurezza

di impunità), non dissimilmente da quello che avviene allorché i criminali sfruttano la circostanza che in alcuni paesi il riciclaggio non è criminalizzato ovvero che alcune condotte non lo sono (può esserlo il trasferimento ma non la sostituzione) ovvero può interessare solo particolari oggetti materiali e non altri, ovvero nelle giurisdizioni nazionali in cui i proventi di particolari attività non costituiscono reati presupposto ovvero non attribuiscono rilevanza agli antefatti (pure reati) ove commessi all'estero, assumendo rilevanza solo gli illeciti presupposti commessi all'interno dello stesso territorio. La distribuzione accurata delle varie fasi della condotta complessiva (*dall'illecito produttivo di lucro, al collocamento, alla stratificazione sino alla definitiva integrazione dei capitali illeciti nell'economia legale ed al trasferimento di essi, ormai resi irriciclabili, nella disponibilità dell'organizzazione criminale che li ha prodotti, che oltre a goderne potrà investirli proseguendo in una attività ciclica, potenzialmente inarrestabile*) tra giurisdizioni diverse sfruttando i differenziali di regolamentazione, consente di sottrarsi a conseguenze penali per fatti che, se compiuti per intero in singole giurisdizioni, avrebbero viceversa rilevanza penale; per converso, la persistente impunità per autoriciclaggio nella legislazione nazionale italiana dell'autore del reato presupposto può costituire ragione di un "tranquillo" propagarsi nel nostro Paese di effetti nocivi per l'economia, con basso (se non nullo) rischio di essere svelato, garanzia quasi sicura di assente o al più mite trattamento sanzionatorio; quest'ultimo, peraltro, eventuale, in quanto connesso solo all'accertamento del reato presupposto e ad esso parametrato, ove realizzato in Italia, non potendosi escludere che ove lo stesso sia compiuto all'estero non sia accompagnato da omogenea valutazione di disvalore penale. Senza che, in tal contesto, gli strumenti usualmente impiegati per contrastare tali forme di arbitraggio criminale (collaborazione tra autorità antiriciclaggio, organismi investigativi e giudiziari e tra autorità di controllo) possano porre rimedio a differenze normative tra ordinamenti nazionali, consapevolmente non uniformi né armonizzati, rette da insane logiche concorrenziali. E certo il nostro Paese non ha bisogno né si può permettere di competere attraverso tali differenze di regolamentazione, quand'anche esse dovessero valere ad attirare disponibilità dall'estero, di origine obiettivamente illecita e con sicura attitudine inquinante;

- **indicazioni provenienti da fonti internazionali e comunitarie:** vi sono certo previsioni che legittimano la possibilità di escludere la punibilità per riciclaggio dell'autore del reato presupposto: Convenzione del Consiglio di

Europa di Strasburgo del 1990 (at. 6, co.2), Convenzione di Palermo delle Nazioni Unite del 200 (art. 6, co.2 lett. e), Convenzione di Varsavia del 2005 del Consiglio di Europa (art. 9, co.2 lettera b), Raccomandazione n 1 del GAFI (che lo prevede, al pari della Convenzione di Palermo, laddove sia necessario in forza dei principi fondamentali dell'ordinamento dello Stato); la deroga non ha invece corrispondenze nelle disposizioni comunitarie ed anzi possiede profili di contrasto con essa, limitando indebitamente l'ambito della punibilità del riciclaggio e risulta segnalata come inopportuna dal FMI

- **B) definizione della nozione di <<proventi>> dei reati presupposto, beni giuridici sottesi alla disciplina penale del riciclaggio e la rilevanza dei reati presupposti commessi all'estero**
- in base alla Convenzione del Consiglio di Europa <<sul riciclaggio, la ricerca il sequestro e la confisca dei proventi da reato>> di Strasburgo del 1990, i proventi dei reati presupposto oggetto di riciclaggio (art. 1, lettera a e b) si identificano in <<ogni vantaggio economico derivato da reati>>, ossia in <<qualsiasi valore patrimoniale>>, ovvero <<valori patrimoniali in qualsiasi modo descritti, materiali o immateriali, mobili o immobili, nonché documenti legali o strumenti comprovanti il diritto di proprietà o altri diritti sui predetti valori>> . La definizione vale anche per la individuazione dell'ambito dei presupposti del riciclaggio, assumendo a tal fine rilevanza tutti i reati idonei a generare disponibilità suscettibili di formare oggetto di riciclaggio, secondo una nozione in parte tautologica, che non opera riferimenti a specifici tipi di reato ma richiama la fattuale idoneità concreta a produrre lucro da riciclare;
- nella Terza Direttiva n. 2005/60/CE la definizione comunitaria dei reati presupposto elimina il riferimento a <<reati suscettibili di generare proventi significativi>>, contenuto nella Seconda Direttiva comunitaria n. 2001/97/CE, incentrandosi sul criterio della soglia (quella di <<reati puniti con la pena privativa della libertà o con una misura di sicurezza privativa della libertà di durata massima superiore ad un anno ovvero, per gli Stati il cui ordinamento giuridico prevede una soglia minima per i reati, reati puniti con la pena privativa della libertà o con una misura di sicurezza privativa della libertà di durata minima superiore a sei mesi>>), con integrazione dell'elencazione di alcuni reati costituenti il nucleo comune a tutti i Paesi comunitari (finanziamento del terrorismo, traffico di stupefacenti, reati di criminalità

organizzata, frode agli interessi finanziari delle Comunità Europee, corruzione) e riconoscimento della facoltà degli Stati membri di individuare discrezionalmente altre figure di reato meritevoli di essere ricompresi tra quelli presupposto di riciclaggio; la definizione comunitaria, in tal senso, dell'attività criminosa presupposta, nonostante l'esempio proveniente da coeve fonti internazionali e probabilmente per ragioni di armonizzazione del catalogo dei reati presupposto nei paesi membri, sembra valorizzare la valenza <<strumentale>> e <<servente>> del riciclaggio, come prosecuzione della sfera di efficacia degli stessi presupposti, nella direzione nel post-fatto, prolungando l'area della tutela apprestata attraverso la punizione degli antefatti; ciò in difformità rispetto al diverso approccio che pone attenzione all'<<attitudine dell'attività criminosa a fornire i proventi>>, che importa il riconoscimento di un grado elevato di <<autonomia>> della fattispecie di riciclaggio, attribuendole un'area di tutela distinta da quella presidiata dalle fattispecie presupposto e peculiari finalità di politica criminale (anzitutto la protezione dell'integrità del sistema economico rispetto alle distorsioni generate dall'introduzione in esso di capitali di origine illecita), affrancate da un legame strumentale con la disciplina penale dei reati-base; in sostanza, l'attenzione si sposta dai <<delitti>> ai <<proventi>>;

- quest'ultima tendenza si registra anche nell'ultima versione nazionale del reato di riciclaggio, che ne ha importato una significativa estensione nella portata, sia quanto ai reati presupposti (delitti non colposi) che quanto alla condotta, all'oggetto materiale iniziale (<<altre operazioni>> <<in relazione>> - e non su - a denari, beni ed utilità di provenienza delittuosa in modo da ostacolarne l'identificazione) e finale (potendosi trattarsi, in tutte le forme di condotta di riciclaggio - *sostituzione, trasferimento e altre operazioni idonee ad ostacolare l'identificazione della provenienza illecita* - di denaro, beni, utilità ma anche di <<cose>> di diversa natura, anche non di valore economico, restando punibile anche la sostituzione eterologa); il bene giuridico protetto dalla norma ne risulta corrispondentemente ampliato e trasformato, affiancandosi agli interessi patrimoniali particolari, obiettivi più ampi di tutela dell'ordinato funzionamento dell'economia (sotto i profili dell'allocazione delle risorse, dell'accesso al credito, della concorrenza e della stabilità, per i riflessi che esso importa sull'efficienza funzionamento dei mercati e degli intermediari finanziari) e dunque dell'integrità del sistema economico complessivo; la natura economica del reato pare oltremodo valorizzata, pur nella sua persistente plurioffensività (interessi patrimoniali

particolari ma anche tutela dell'amministrazione della giustizia, allontanando i proventi dalla loro origine finalistica);

- la provenienza del denaro, dei beni e delle utilità da attività delittuose, vale a selezionarle in quelle dalle quali può scaturire, per nesso di derivazione, un lucro (prodotto, profitto e prezzo ovvero qualsiasi altro arricchimento consistente in un incremento patrimoniale ovvero nell'evitare una giusta perdita), tradottosi in denaro, beni ed altre utilità, oggetti materiali riciclabili
- **C) reati fiscali come illeciti penali presupposto del riciclaggio per la loro attitudine ad originare utilità, ovvero denaro illecitamente risparmiato, suscettibile di essere riciclato**
- la provenienza può consistere in un flusso (diretto o indiretto) di disponibilità (prodotto, profitto e prezzo) dal delitto presupposto, incrementative della ricchezza, ma anche in risparmi (mancati impieghi) ottenuti illecitamente, evitando perdite che si sarebbero verificate senza la commissione dei reati presupposti (quali le frodi fiscali, le false comunicazioni sociali, i reati di falso), e dunque a prescindere dalla (originaria) provenienza lecita o illecita delle disponibilità illecitamente risparmiate;
- a conforto di questa interpretazione possono essere adottati i seguenti elementi:
 - > il delitto ex a. 648 bis c.p. richiama quale presupposto qualsiasi delitto non colposo, senza esclusioni;
 - > il lucro prodotto, ovvero l'incremento patrimoniale, può consistere anche in una mancata perdita (pagamento dell'imposta), che sarebbe derivata dall'adempimento degli obblighi tributari, attraverso i reati fiscali (delitti non colposi), dunque non necessariamente in entrate nuove ed aggiuntive, derivanti da condotte ablativo di altrui disponibilità (cfr. reati patrimoniali) o creative di fondi aggiuntivi;
 - > la provenienza deve essere intesa in senso economico, quale lucro (incremento o mancato depauperamento) che deriva causalmente dal compimento di quel delitto, poiché senza di esso non si sarebbe determinato; e dunque non in senso fisico-materialistico come ingresso nel patrimonio di ricchezza addizionale, prodotta da un fatto idoneo a generarlo e da un apporto esterno materialmente individuabile;
 - > le frodi fiscali ed altri delitti sono idonei a generare arricchimento nella

forma del risparmio, ossia del mancato depauperamento, pur non ledendo il patrimonio altrui né provocando un flusso materiale di disponibilità in entrata;

- > varie fonti internazionali e comunitarie hanno ribadito la necessità di aver riguardo al riciclaggio di disponibilità provenienti da illeciti fiscali (art. 1 decisione quadro del Consiglio dell'U.E n. 2001/500/GAI del 26.6.2001; art. 2 della Convenzione di Strasburgo del Consiglio di Europa del 1990, criterio n. 18 elaborato dal GAFI per l'individuazione dei paesi non cooperativi nella lotta al riciclaggio); provvedimenti della Banca d'Italia del 12.1.2001;
- recenti pronunce della Cassazione hanno avallato questa interpretazione, per vero non priva di contrasti in dottrina. In particolare, in una recente statuizione (Cass., II, n. 6061/2012) è stato svolto un approfondito esame della configurabilità del delitto di frode fiscale quale reato presupposto del riciclaggio, in passato sovente accennata in termini incidentali (Cass. 1024/2008 per cui *<<il delitto di riciclaggio può presupporre come reato principale non solo delitti funzionalmente orientati alla creazione di capitali illeciti, quali la corruzione, la concussione, i reati societari, i reati fallimentari, ma anche i delitti che, secondo una visione più rigorosa e tradizionalmente ricevuta del fenomeno, vi erano estranei, come ad esempio i delitti fiscali e qualsiasi altro>>*; Cass. 45643/2009; Cass., 49427/2009; Cass. 23396/2005), pervenendo a convincente soluzione positiva. In particolare, i giudici della Corte, all'esito delle ricostruzioni delle diverse formulazioni dell'articolo 648 bis c.p., sino alla novella della legge n. 328/1993, hanno posto in rilievo come con l'ampliamento dei reati presupposti, della condotta incriminabile e dell'oggetto del reato, il legislatore abbia inteso colpire con il delitto di riciclaggio *<<ogni vantaggio derivante dal compimento del reato presupposto>>*, utilizzando la locuzione *<<altre utilità>>* come clausola di chiusura rispetto al denaro ed ai beni per evitare che sfuggissero alla repressione penale utilità (qualunque fossero) derivanti dal reato presupposto e delle quali l'agente, grazie all'attività di riciclaggio realizzata da un terzo, potesse usufruire; utilità, dunque, come valore economicamente apprezzabile, comprensiva non solo degli elementi che incrementano il patrimonio dell'agente ma anche quello che costituisce il frutto delle attività fraudolente a seguito delle quali si impedisce che il patrimonio si impoverisca. Tale il mancato decremento del patrimonio, ossia il risparmio di spesa realizzando evitando di pagare le imposte dovute attraverso la perpetrazione di un reato fiscale.

Come ulteriormente avallato dalla consolidata individuazione giurisprudenziale del profitto dei reati tributari nella somma corrispondente all'imposta evasa - in virtù della novella dell'articolo 1, co.143 delle legge finanziaria n. 244/2007 sottoponibile a sequestro preventivo finalizzato alla successiva confisca - suscettibile di essere riciclata per ostacolarne l'identificazione della provenienza delittuosa e sottrarla alla pretesa impositiva dello Stato

- questo non significa sottacere le difficoltà (ma è tema che riguarda l'accertamento e la prova e non la configurabilità giuridica del riciclaggio), di individuare le disponibilità ottenute attraverso l'illecito fiscale atteso che esse possono confondersi nel patrimonio dell'autore del reato ed essere difficilmente isolabili; lo stesso autore del delitto fiscale, pur consapevole di averlo compiuto, potrebbe essere sprovvisto della coscienza di operare proprio sul provento di esso e ancor meno agevole appare la configurazione dell'elemento soggettivo del riciclaggio in capo al terzo riciclatore (che dovrebbe essere consapevole dei debiti fiscali non ottemperato e, in taluni casi, della sua entità); ma neppure si può escludere che la ricorrenza di anomalie nelle operatività connesse con le frodi fiscali internazionali o con le frodi delle fatturazioni (cfr. comunicazione UIF del 24.4.2012), specie ove si realizzino e si mantengano per non trascurabile lasso di tempo, riguardino risorse versate su rapporti bancari segregati, connotati da intensa operatività, ingenti importi depositati in contanti da parte di soggetti privi di strutture operative, di mezzi patrimoniali e di affidamenti presso il sistema finanziario, possono offrire conforto della concreta configurabilità del riciclaggio di proventi dei delitti fiscali (anche dichiarativi) già consumati, in relazione alle utilità da essi generate e, in particolare, alla liquidità corrispondente al valore pari al profitto con essi realizzato in termini di risparmio di imposta; elementi che possono confortare anche la ragionevolezza della corrispondente consapevolezza nel riciclatore dell'origine delittuosa dei proventi nascosti, ma anche le ragioni di una prossima (auspicata) scelta di politica criminale quale quella della punizione dell'autoriciclaggio.
- del resto escludere siffatta possibilità di configurare la frode fiscale quale presupposto del riciclaggio equivarrebbe a vanificare alla radice l'efficacia stessa dell'intero sistema dell'antiriciclaggio, non solo perché capitali obiettivamente illeciti potrebbero continuare in assoluta tranquillità ad inquinare ed alterare l'economia (e note sono le dimensioni e quantitative di tali capitali) ma anche perché finirebbe per trasformare la convinzione di trovarsi

difronte a risorse provenienti <<solo>> da illeciti fiscali in un potente ed insuperabile alibi, sostanzialmente mai sconfessabile, capace di rassicurare e giustificare ogni gestione azzardata di disponibilità di opaca provenienza.

- **D) problemi probatori, generali: l'<<accertamento della provenienza>> dei capitali illeciti da reati e della <<consapevolezza di essa>> da parte di chi realizza le condotte di obiettiva portata riciclatoria**
- nella Convenzione del Consiglio di Europa di Varsavia del 2005 è prevista la non indispensabilità di una previa condanna per l'antefatto del riciclaggio atteso che è possibile la condanna per quest'ultimo anche se non preceduta o accompagnata dalla condanna per l'illecito presupposto (art. 9. Co. 5); inoltre, per addivenire ad una condanna per riciclaggio è sufficiente la prova che i proventi derivano da uno dei reati compresi tra quelli rilevanti come presupposto, senza che sia necessario provare specificamente di che tipo di reato si tratti (art. 9, co. 6);
- nella Convenzione di Vienna delle Nazioni Unite contro il traffico delle sostanze stupefacenti e psicotrope del 1988, indicato (art. 3) che il carattere doloso della condotta di riciclaggio può essere inferito <<da obiettive circostanze di fatto>>, indicazione utile per agevolare la dimostrazione della consapevolezza nell'agente della provenienza illecita dei beni oggetto della condotta; stessa indicazione nella Convenzione di Palermo del 2000 sulla criminalità organizzata transnazionale, nella Terza Direttiva comunitaria (art. 1, co.2 e 5 direttiva 2005/60/CE) e nella raccomandazione n. 2 de GAFI;
- secondo la giurisprudenza di legittimità, quanto all'accertamento o alle vicende del reato presupposto:
 - > l'accertamento di esso non deve essere contenuto in una sentenza irrevocabile, in esito ad autonomo processo, bastandone una sussistenza che risulti processualmente al giudice chiamato a decidere della ricettazione come del riciclaggio, emergendo una provenienza illecita delle utilità oggetto delle operazioni compiute, in base a prove logiche; ad esempio l'esistenza del reato presupposto è evincibile non tanto (e certo non solo) dalla mancata giustificazione del possesso di importi ma dalla mancata giustificazione di una serie di operazioni bancarie senza ragionevole fine e senza effettivo incremento o utilizzazione del capitale economicamente

apprezzabile, con operazioni prive di senso dal punto di vista della gestione patrimoniale, rafforzando tali elementi con l'assenza di lecite fonti di reddito (Cass., II, 35763/2010); ovvero da operazioni particolarmente opache contrastanti con riferite giustificazioni economiche di movimentazioni finanziarie afferenti conti cifrati e società domiciliate in paesi offshore (Cass. II, 32936/2012);

- > non devono esserne individuati gli autori, potendo anche essere rimasto a carico di ignoti (Cass. 9410/1990) né è necessario che sia identificato con precisione il soggetto passivo (Cass., II, 546/2011) ;
- > non rileva che gli autori del delitto non colposo siano non imputabili o non punibili (art. 648, u.c. c.p.), risultando l'insensibilità della punibilità del riciclaggio rispetto alla estinzione dell'illecito base (art. 170, co.1 c.p.) allorché essa intervenga dopo il compimento del riciclaggio (diversamente dall'evenienza in cui intervenga prima); stessa soluzione in caso di sopravvenuta abolitio criminis (anche per depenalizzazione) nonché di derubricazione della antefatto in illecito penale dopo la consumazione del riciclaggio (*ove si ritenga che la qualificazione giuridica dell'antefatto costituisca elemento esterno alla fattispecie e non elemento materiale costitutivo della norma incriminatrice e che resti inalterato la acquisizione illecita dei proventi, suscettibile di produrre effetti economici distortivi; sul punto, quanto alla ricettazione, cfr. Cass., n. 36281/2003, per l'estinzione e l'abrogazione del reato presupposto*) ovvero ricorra causa di giustificazione che esclude la anti giuridicità del reato presupposto ovvero intervenga successivamente causa di non punibilità per il reato presupposto, come nel caso del condono tributario (Cass. II, n. 23396/2005) ;
- > è imprescindibile la natura delittuosa e non colposa del reato presupposto, ma non è richiesta la esatta qualificazione di esso o l'individuazione della sua precisa tipologia (Cass., II, 546/2011);
- > può essere costituito anche da un reato commesso all'estero, per cui manchi la condizione di procedibilità, in carenza di richiesta ministeriale (purché ricorra la penale sanzionabilità tanto nel paese di produzione della ricchezza, quanto in quella dove è commessa la ripulitura); la prima emersione del principio di rilevanza di reati presupposti commessi all'estero si rinviene nella convenzione del Consiglio di Europa del 1990 di Strasburgo e nella prima direttiva comunitaria antiriciclaggio del 1991; con la Convenzione di Palermo delle Nazioni Unite del 2000, la raccomandazione n.1 del GAFI e la Convenzione di Varsavia del Consiglio di Europa del 2005 si richiede una condizione di duplice incriminabilità;

in particolare rilevano i fatti che costituiscono reato nello Stato in cui commessi - *probabilmente non necessariamente rientrando tra quelli presupposto di riciclaggio per quello stesso Stato e non con la stessa qualificazione giuridica attribuita dallo Stato di consumazione del riciclaggio* - e che parimenti avrebbero costituito reato anche nel diverso Stato in cui si consuma il riciclaggio; questa medesima condizione pare riconosciuta nel sistema italiano in virtù della previsione dell'articolo 648, u.c. c.p. (introdotto sulla scia dell'articolo 6, co.2 della legge n. 328/1993 di ratifica della Convenzione di Strasburgo del Consiglio di Europa del 1990 per cui "è irrilevante il fatto che la Parte abbia o non abbia giurisdizione penale in relazione al reato presupposto"), alla cui stregua la ricettazione, il riciclaggio ed l'impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita non è esclusa quando l'autore del delitto, da cui il denaro o le cose provengono, non è imputabile o non è punibile ovvero quando manchi una condizione di procedibilità riferita a tale diritto; tra queste ultime vi è la richiesta del Ministero della Giustizia per la perseguibilità del reato commesso all'estero

- il riciclaggio non richiede interessenze fra l'autore del delitto presupposto ed il riciclatore, né la conoscenza tra i due soggetti né la conoscenza da parte del riciclatore dell'identità dell'autore del delitto presupposto (Cass. II, 35763/2010; Cass., II, 546/2011);
- **l'elemento soggettivo** del delitto di riciclaggio è integrato dal dolo generico, che ricomprende la volontà di compiere le attività volte ad ostacolare l'identificazione della provenienza delittuosa di beni o altre utilità, nella consapevolezza di tale origine, senza riferimento a scopi di profitto e/o di lucro (Cass. II, 546/2011); la prova dell'elemento soggettivo può essere raggiunta anche sulla base dell'omessa o non attendibile indicazione della provenienza della cosa ricevuta, rivelatrice di una volontà di occultamento logicamente spiegabile con un acquisto in mala fede (Cass. II, 546/2011; Cass., II, 22663/2010) e comunque sulla base degli elementi che confortano la dimostrazione in via logico-indiziaria della provenienza delittuosa, ossia le caratteristiche oggettive dell'operazione posta in essere, le connotazioni soggettive delle parti contraenti (fiduciario operante in paese off-shore, qualità di parte contraente di società di diritto estero prive di concreta operatività e di reali finalità imprenditoriali) e delle eventuali anomalie dell'operazione stessa (operazione priva di plausibile giustificazione sul piano eco-

nomico o giuridico, col ricorso a società di comodo o domiciliate in paesi a fiscalità privilegiata o alla interposizione fittizia soggettiva, estero vestizione dell'operazione stessa). Una sicura condizione di semplificazione può derivare dalla ritenuta compatibilità del *dolo eventuale* con il delitto di riciclaggio (Cass. II, 18407/2012) atteso che le condotte, come il loro presupposto, sono strutturate in termini di oggettività non finalizzata del dato fattuale e che il disvalore giuridico sociale non è depotenziato dal dubbio (superato mediante l'accettazione del rischio) che solo precede la rappresentazione finale in positivo dell'accadimento dell'evento (Cass., I, 17.6./15.7.2010, Screti, Rv. 247718). Avendo sempre ben chiaro che il dolo eventuale è configurabile in presenza della rappresentazione da parte dell'agente della <<concreta possibilità della provenienza della cosa da delitto e della relativa accettazione del rischio, non potendosi desumere da semplici motivi di sospetti né potendo consistere in un mero sospetto>>. Così Cass. S.U., n. 12433/2010 che ha chiarito che tale dolo eventuale, quando non emerga dalle dichiarazioni dell'agente, viene desunto dalla circostanze del caso, ossia da una situazione fattuale di significato inequivoco, che impone all'agente la scelta consapevole tra l'agire, accettando l'eventualità di commettere il reato, ed il non agire, potendosi ragionevolmente concludere che <<l'agente, rappresentandosi l'eventualità della provenienza delittuosa della cosa, non avrebbe agito diversamente anche se di tale provenienza avesse avuto certezza>>;

- l'individuazione dei confini tra frode fiscale e riciclaggio risulta complicata dal privilegio dell'autoriciclaggio e dalla disciplina del concorso di persone nei delitti fiscali delineata dall'articolo 9 del d.lgs. n. 74/2000 (che esclude il concorso tra chi emette le fatture per operazioni inesistenti e chi le utilizza, annotandole). Gli atti di disposizione dei proventi dei delitti di frode fiscale realizzati dagli autori di essa non permettono la punizione di questi ultimi a titolo riciclaggio. Ma nel caso in cui il soggetto che ha emesso le f.o.i. sia anche fiduciario di chi le utilizza, annotandole, e destinatario di dazioni di denaro (apparenti corrispettivo delle inesistenti prestazioni indicate nelle fatture) che versa su conti esteri domiciliati in Stati non collaborativi (provvisi di una regolamentazione del segreto bancario particolarmente rigorosa e di accordi di cooperazione giudiziaria poco stringenti), sovente frapponendo uno schermo giuridico insediato in paese off-shore, restituendo (rigorosamente in forma extracontabile) le disponibilità ricevute, in adempimento di pactum fiduciae, previa decurtazione del costo della operazione, al soggetto annotante, eventualmente su relazioni bancarie estere o in contanti, non può

dirsi che tali dazioni di denaro siano in rapporto sinallagmatico con le fatture (emesse a fronte di prestazioni inesistenti), essendo poste in essere solo per costituire disponibilità extracontabili. Il privilegio dell'autoriciclaggio copre il flusso di ricchezza prodotto dal risparmio di imposta (profitto della frode fiscale), ma non i trasferimenti di denaro verso il fiduciario, in particolare ove il contribuente eserciti l'impresa in forma societaria. Effettuare pagamenti in esecuzione di cause giustificative insussistenti e criminose può integrare il delitto di appropriazione indebita ai danni della società contribuente (con abuso dei poteri di amministratore o nell'esercizio di un potere di dominio sulle somme); la costituzione di riserve di denaro extrabilancio, gestite occultamente, con distrazione a favore di terzi per scopi illeciti ed estranei all'interesse sociale ed alle finalità aziendali (disposizione arbitraria *uti dominus* con perdita irreversibile per il proprietario) integra il delitto di appropriazione indebita (Cass., 4.4.1997, n. 5166 Bussei). L'inversione de possesso può realizzarsi già al momento della consegna del denaro al fiduciario, ancor prima del consumarsi dei delitti fiscali, a carico del quale configurabile il delitto di riciclaggio, in relazione ai proventi del reato presupposto di appropriazione indebita posto in essere dal contribuente ai danni della società.

SEGNALAZIONE DELLO STATO DI INSOLVENZA,
INIZIATIVA DEL P.M. E TERZIETÀ DEL GIUDICE FALLIMENTARE:
L'EVOLUZIONE DEL DIRITTO VIVENTE.

di *Filippo Santangelo*¹

* * *

PREMESSA.

In occasione della pubblicazione dell'articolo "*Il ruolo del Pubblico Ministero nelle procedure concorsuali*" (Orientamenti, Rivista di Studi Economici Giuridici Sociali, n. 2, lug. – Dic. 2008, chiuso in redazione il 3 giugno 2009, pag. 21) si aveva modo di evidenziare che "Successivamente alla stesura del presente lavoro e durante la pubblicazione è intervenuta sull'argomento la sentenza della Cassazione Civile, Sezione I, 26 febbraio 2009, n. 4632, Pres. Proto, Rel. Planteda, P.M. Russo (*pubblicata nella rivista "Il Fallimento e le procedure concorsuali" n. 5/2009 con commento di Francesco De Santis*), che opta per il principio secondo il quale la segnalazione ex a. 7, n° 2, L. Fall., non legittima l'iniziativa del P.M. se proveniente dal tribunale fallimentare ("*e tantomeno dal giudice designato per la relativa istruttoria*").

L'arresto giurisprudenziale in buona sostanza individua un limite alla legittimazione del P.M. a proporre la domanda fallimentare ex aa. 6 e 7 L. Fall., qualora l'insolvenza risulti dalla segnalazione proveniente dal Tribunale fallimentare (e, *a fortiori*, dal giudice delegato per l'istruttoria): la sentenza conferma la legittimità della pronuncia della corte di appello di Milano (15/29 novembre 2007), che aveva dichiarato la nullità della decisione impugnata, per violazione della L. Fall., artt. 6 e 7, riformata, con l'essenziale precisazione che l'iniziativa dell'organo pubblico non può essere sollecitata dallo stesso tribunale fallimentare "*e tanto meno dal giudice designato per la relativa istruttoria*", in quanto comporterebbe la disapplicazione di una norma inderogabile, diretta a superare ogni contrasto delle citate norme fallimentari con il principio del giusto processo stabilito dall'art. 111 Cost.

¹ Dott. Filippo Santangelo, S. Procuratore della Repubblica di Forlì.

In questa sede si procederà all'individuazione ed all'illustrazione dello stato dell'arte su un profilo della legittimazione del P.M., non esplorato per ragioni contingenti, allorché venne licenziato il lavoro in principio citato. Infine, si proporranno osservazioni e conclusioni sul tema.

LO STATO DELL'ARTE PRIMA DELLA RIFORMA DEL DIRITTO FALLIMENTARE.

I. I “venti di riforma” del diritto fallimentare nella giurisprudenza di merito. Il Tribunale di Saluzzo e la Corte Costituzionale.

Sulla questione che ci occupa i “*venti di riforma*” cominciano a *soffiare* nella giurisprudenza di merito all’indomani dell’espressa costituzionalizzazione del principio del c.d. giusto processo (L. cost. 23 novembre 1999, n. 2): con ordinanza depositata il 31 marzo 2001 il Tribunale di Saluzzo chiede la declaratoria di incostituzionalità, in relazione all’art. 111, secondo comma, Cost., dell’art. 6, limitatamente all’espressione “*oppure d’ufficio*”, e dell’art. 8 della L. fall., nella parte in cui dispone che il giudice civile debba riferire della *notitia decoctionis* al tribunale competente, anziché al Pubblico Ministero presso quest’ultimo (quale organo istituzionalmente preposto all’esercizio, ex art. 75 del regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12, recante l’ordinamento giudiziario, dell’azione civile nei casi previsti dalla legge, nonché all’esercizio, ex art. 73, comma 2, dello stesso regio decreto, dell’azione diretta a fare eseguire ed osservare le leggi di ordine pubblico), perché confliggenti insanabilmente con il principio della domanda, indefettibile corollario logico di quelli della terzietà ed dell’imparzialità del giudice.

La vicenda, sottoposta dal giudice piemontese all’attenzione del Giudice delle Leggi, si era articolata come segue.

Il giudice civile del Tribunale di Saluzzo, richiesto di un decreto ingiuntivo contro una s.a.s., ravvisava, a carico della stessa società, elementi sintomatici dello stato di insolvenza e trasmetteva la relazione di cui all’art. 8 del R.D. 16 marzo 1942, n. 267 alla sezione fallimentare; il presidente nominava il giudice relatore “*per riferirne in camera di consiglio*”; su relazione del giudice nominato, il Tribunale di Saluzzo, con ordinanza depositata il 31 marzo 2001, promuoveva l’incidente costituzionale.

Secondo il Tribunale rimettente meritano attenzione i seguenti profili.

- La carenza di effettivo esercizio della c.d. azione fallimentare da parte dei soggetti diversi dall’organo giudiziario chiamato a decidere (creditori, debitore in proprio e pubblico ministero) violerebbe il principio *nulla jurisdictio sine actione*, risultante dal combinato disposto degli artt. 99 e 112 c.p.c.;
- il principio *ne procedat iudex ex officio* sarebbe violato dagli artt. 6 e 8, secondo comma, della legge fallimentare (mentre esulerebbero dall’area

dell'esercizio officioso dell'azione fallimentare, stante il loro tratto di doverosità, le ipotesi di automatica dichiarazione di fallimento risultanti dal negativo esperimento del concordato preventivo e dall'amministrazione controllata, e quelle, alle prime assimilabili, della dichiarazione di fallimento delle grandi imprese soggette ad amministrazione straordinaria, dell'accertamento dello stato di insolvenza anteriore alla liquidazione coatta amministrativa e di quello delle imprese soggette ad amministrazione straordinaria);

- non meriterebbe condivisione la tesi (di cui a Cass. 9 marzo 1996, n. 1876) che il tribunale, apprendendo la *notitia decoctionis* nel corso dell'ordinaria attività giurisdizionale ovvero da fonte qualificata, come il giudice civile, si limiterebbe ad anticipare l'esercizio dell'azione da parte dei creditori, dalla cui effettiva volontà, espressa tramite la domanda di ammissione al passivo, dipende la sorte della procedura, “*provvisoriamente*” aperta dal Tribunale;
- l'art. 6 L. Fall. costituirebbe una vera e propria ipotesi di “*giurisdizione senza azione*” attivabile, ogni volta in cui si apprenda una notizia in ordine alla decozione, anche al di fuori del canale informativo dell'art. 8 della legge fallimentare, tenuto conto che la segnalazione del giudice civile non costituisce assolutamente esercizio;
- i principi di imparzialità e di terzietà del giudice, evincibili dal combinato disposto degli artt. 24, 25, 97, 101, 106 Cost. (“*allo stato diffuso*”), sarebbero stati rafforzati dall'attribuzione di autonoma dignità costituzionale ai caratteri del giusto processo, secondo la linea interpretativa fatta propria dalla Corte costituzionale con le pronunzie rese con riguardo all'art. 34 del codice di procedura penale;
- la stessa lettera dell'art. 111, secondo comma, della Costituzione (“*davanti a giudice terzo ed imparziale*”) paleserebbe la necessità di una dialettica processuale tra “parti” contrapposte le quali, invece, vengono a mancare ove “*l'autorità giudiziale sia quella stessa che si è autonomamente attivata contro la parte cui il provvedimento decisorio è destinato*”, sicché la trasformazione del giudice in attore vulnera in maniera insanabile il principio di imparzialità che deve connotare l'attività giudiziaria anche nel suo apparire;
- nel nuovo assetto costituzionale non sarebbe più ipotizzabile un processo giurisdizionale, senza due parti contrapposte (ciò che è sotteso alla stessa locuzione di “*giudice terzo*”), la cui assenza determina l'insorgenza di un pre-giudizio nella valutazione decisionale la quale, in tal modo, si snoderebbe secondo una *logica autoreferenziale*.

La Corte Costituzionale, con ordinanza 26/07/2002 n. 411, dichiara la

manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale, con le successive osservazioni.

- L'incidente costituzionale origina dal Tribunale di Saluzzo in sede di camera di consiglio convocata dal Presidente per la relazione del giudice da lui nominato a tale esclusivo fine;
- la ricezione della *notitia decoctionis* ex art. 8 Legge fallimentare non determina l'inizio di un "giudizio" (Cass. 14 marzo 1985, n. 1980): solo a seguito dell'atto con il quale il Tribunale dispone la comparizione, ex art. 15 della legge fallimentare, dell'imprenditore in camera di consiglio sorge per il Tribunale stesso l'obbligo di pronunciarsi sulla sussistenza dei presupposti per la dichiarazione di fallimento;
- conseguentemente, la questione di legittimità costituzionale non è stata sollevata, nella specie, "nel corso di un giudizio", ai sensi dell'art. 23, legge 11 marzo 1953 n. 87.

Dunque, decisione sul rito, non nel merito.

II. Il Tribunale di Saluzzo, La Corte di Appello di Venezia e la Corte Costituzionale.

L'anno successivo il Giudice del *Colle* (Quirinale) viene nuovamente interessato della questione di costituzionalità, in termini sostanzialmente identici, dal Tribunale di Saluzzo (ordinanza del 5 ottobre 2002) e dalla Corte di Appello di Venezia [n. 4 ordinanze del 18 (n. 2 ordinanze), del 29 e del 27 maggio 2002], tanto che, in via preliminare, i procedimenti vengono riuniti (sentenza 15/07/2003 n. 240).

Tribunale di Saluzzo 5 ottobre 2002.

Preso atto della citata ordinanza di manifesta inammissibilità per ragioni di rito, il giudice relatore del Tribunale piemontese ha proceduto alla convocazione del socio accomandatario e, su decreto collegiale, all'assunzione di informazioni; poi, ha riferito al collegio: il Tribunale collegiale, quindi, ha pronunciato nuova ordinanza, con la quale ripropone identica questione di legittimità costituzionale e dispone la sospensione del procedimento prefallimentare.

Corte d'Appello di Venezia 18, 29 e 27 maggio 2002.

La vicenda, sottoposta dal giudice veneziano all'attenzione del Giudice delle Leggi, si era articolata come segue.

– La Corte della Laguna, nel corso di quattro giudizi di appello, promossi da società di capitali fallite nei confronti dei curatori dei rispettivi fallimenti, avverso le sentenze del Tribunale di Padova (in data 29 aprile 1999), con le quali erano state rigettate le opposizioni alle dichiarazioni di fallimento, ha sollevato questione di legittimità costituzionale, in riferimento all'articolo 111, secondo comma, della Costituzione, dell'articolo 6 del R. D. 16 marzo 1942, n. 267, nella parte in cui consente la dichiarazione d'ufficio del fallimento dell'imprenditore, in violazione del principio di terzietà del giudice.

– Il fallimento delle quattro società appellanti era stato dichiarato d'ufficio, con distinte sentenze in data 19 luglio 1996, a seguito di ispezione giudiziale dell'amministrazione delle medesime società, disposta dal Tribunale di Padova con decreto del 28 giugno 1996, ai sensi dell'art. 2409 c.c., dei risultati della quale, il giudice delegato all'istruzione della procedura, aveva riferito al presidente della sezione, il quale, a sua volta, lo aveva nominato giudice delegato all'audizione dei legali rappresentanti, avviando il procedimento officioso.

In punto di *non manifesta infondatezza* secondo la Corte d'Appello rimettente meritano attenzione i seguenti profili.

– il principio della “terzietà” del giudice, costituzionalmente sancito dal nuovo art. 111 Cost., richiederebbe che il giudice non solo agisca come terzo, ma appaia anche tale, *«poiché la mancanza di tale condizione esteriore è sufficiente a compromettere la credibilità della sua funzione di garante della corretta applicazione del diritto»*;

– il principio non può prescindere dalla distinzione tra il soggetto che propone una domanda giudiziale e quello che sulla stessa è chiamato a pronunciarsi;

– discende da ciò l'inderogabilità del principio della domanda e la non compatibilità, con la garanzia costituzionale, dei procedimenti ad iniziativa dell'organo giudicante;

– in particolare, l'art. 6 L. fall., nel prevedere che il fallimento possa essere dichiarato d'ufficio, quando il giudice competente alla pronuncia, nell'esercizio della sua attività o per rapporto di altro giudice (a norma dell'art. 8 L. fall.), acquisisca la conoscenza dello stato di insolvenza di un imprenditore, consentirebbe l'avvio del procedimento prefallimentare ad iniziativa dello stesso organo giudicante, sulla base di una delibazione che non può essere puramente formale, ma che implica necessariamente una valutazione sommaria di merito dei presupposti legittimanti l'iniziativa medesima, di modo che si dà avvio ad un giudizio che non appare rispettoso del principio di terzietà;

– la specialità della procedura fallimentare, giustificata dalle connotazioni pubblicistiche e dalle esigenze d'urgenza, assume rilevanza in relazione al rispetto dell'indicato principio tutelato dalla Carta fondamentale: le esigenze sottese all'iniziativa officiosa potrebbero trovare sufficiente tutela nell'iniziativa per la dichiarazione di fallimento affidata al Pubblico Ministero dallo stesso art. 6 L. fall., al quale dovrebbe riconoscersi portata generale, non limitata alle ipotesi tipizzate nel successivo art. 7.

Corte Costituzionale 15/07/2003 n. 240.

La Consulta dichiara “*non fondate le questioni di legittimità costituzionale*”, per come proposte, entrando, questa volta, nel merito del problema. Ecco riportati sinteticamente i ragionamenti giuridici offerti dal Giudice Romano.

- In passato la Corte aveva più volte deliberato che, di per sé, eccezioni alla regola *ne procedat iudex ex officio* non importano lesione del principio della imparzialità del giudice» (sentenze n. 17 del 1965; n. 123 del 1970; n. 148

del 1996); aveva espressamente riconosciuto la legittimità costituzionale di iniziative officiose (sentenza n. 133 del 1993) e, talvolta, le aveva ripristinate (sentenze n. 41 del 1985 e n. 46 del 1995), stabilendone la compatibilità con il valore del “*giusto processo*”;

- anteriormente alla L. cost. n. 2 del 1999, aveva ripetutamente fatto riferimento al principio di imparzialità-terzietà, come connaturale alla funzione giurisdizionale (sentenze n. 93 del 1965; n. 41 del 1985; n. 148 del 1996; n. 351 del 1997; n. 363 del 1998) e, poi, aveva chiarito che, quanto alla tutela di tale principio, il novellato art. 111 Cost. non introduce alcuna sostanziale innovazione o accentuazione (ordinanze n. 75 e n. 168 del 2002);
- meramente nominalistico appare l’argomento che, in senso contrario, vorrebbe dedursi dalla locuzione “*giudice terzo e imparziale*”, quasi che essa sia espressiva di un nuovo valore di livello costituzionale e non già la sintesi di una serie di valori che connotano il modo in cui, nel suo complesso, l’ordinamento deve far sì che il giudice si ponga di fronte alla *res iudicanda*.
- Certamente contraria (anche prima della L. cost. n. 2 del 1999) al principio di imparzialità-terzietà è la fusione, in un unico soggetto, delle funzioni del domandare e del giudicare sulla domanda: ciò non implica la costituzionalizzazione del processual-civilistico principio della domanda e il bando di qualsiasi iniziativa officiosa, per cui soltanto l’impulso iniziale al procedere deve provenire da un soggetto diverso da quello chiamato a giudicare (le ordinanze di rimessione rivelano che il “principio della domanda” sia, da esse stesse, assunto esclusivamente nella accezione, ben diversa da quella, processual-civilistica, che ha per corollario il principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato);
- gli stessi remittenti non *sospettano* di illegittimità costituzionale le numerose ipotesi in cui la legge fallimentare parla di dichiarazione d’ufficio del fallimento in relazione al concordato preventivo (artt. 162, 163, 173, 179, 181, 186 legge fall.) e all’amministrazione controllata (artt. 188, 192 e 193 l. fall.);
- il “principio della domanda”, costituzionalizzato dal novellato art. 111 Cost., dunque, si identifica con un qualsiasi atto di impulso, proveniente da soggetto diverso dal giudice, che sottoponga al suo giudizio una situazione fattuale potenzialmente riconducibile (anche se dall’istante non ricondotta) ai presupposti del fallimento: se l’imprenditore che propone il concordato preventivo esplicita lo stato d’insolvenza in cui versa, altrettanto farebbe, pur se qualificandolo come temporanea difficoltà di adempiere, l’imprenditore che chiede di essere ammesso all’amministrazione controllata, sicché

le due ipotesi hanno in comune l'estraneità dell'impulso iniziale rispetto al giudice e si differenziano soltanto per la diversa qualificazione giuridica che l'istante dà (nell'istanza di ammissione all'amministrazione controllata) ad una situazione di fatto che il giudice è libero di valutare e qualificare come insolvenza.

- Così precisato il significato del “*principio della domanda*” (“*costituzionalizzato*”, a parere dei giudici *a quibus*, dall'art. 111 Cost.), si sottrae alla censura di illegittimità costituzionale ogni ipotesi in cui (come ritenuto dalla giurisprudenza di legittimità) la dichiarazione di fallimento intervenga a conclusione di un procedimento, comunque avviato da soggetto diverso dal giudice decidente: dal creditore sedicente o non legittimato o rinunciante, ovvero dal pubblico ministero.
- Secondo l'opinione dominante in giurisprudenza e in dottrina, l'art. 8 L. fall. comprende, oltre a quella in cui altro giudice riferisca dell'insolvenza al tribunale, l'ipotesi in cui lo stato d'insolvenza di un imprenditore emerga davanti al tribunale competente per la dichiarazione di fallimento: in questa ipotesi (diversa dalla vicenda che ha originato la questione sollevata dal Tribunale di Saluzzo, ma coincidente con quanto denunciato dalla Corte d'appello di Venezia) si pone il problema della identità del giudice che assume l'iniziativa per la dichiarazione di fallimento con il giudice che su tale iniziativa è chiamato a pronunciarsi.
- Secondo il costante orientamento della Corte Costituzionale “*il principio di imparzialità-terzietà della giurisdizione ha pieno valore costituzionale con riferimento a qualunque tipo di processo, in relazione specifica al quale, peraltro, può e deve trovare attuazione con le peculiarità proprie di ciascun tipo di procedimento*” (sentenza n. 387 del 1999);
- ne deriva che l'identità del giudice può coniugarsi con “*la sua veste giurisdizionale e quindi super partes*”, senza far sì che il giudice agisca, e appaia, come l'attore del procedimento sul quale giudica (sentenza n. 148 del 1996); in altri termini, anche l'iniziativa officiosa, prevista dal legislatore in ragione di peculiari esigenze di effettività della tutela giurisdizionale, non lede il fondamentale principio di imparzialità-terzietà del giudice, quando il procedimento è strutturato in modo che, ad onta dell'officiosità dell'iniziativa, il giudice conservi il fondamentale requisito di *soggetto super partes* ed *equidistante rispetto agli interessi coinvolti*;
- il fondamentale requisito sarebbe compromesso se al tribunale fallimentare fosse consentito, come pure in passato è stato, di promuovere il procedimento prefallimentare sulla base di una *notitia decoctionis* comunque acquisita;

- il requisito non può dirsi compromesso ove la conoscenza di una situazione di fatto, in ipotesi riconducibile allo stato di insolvenza, derivi (non già da quella che, attesa l'informalità della fonte, ben può definirsi *scienza privata del giudice*, bensì) da una fonte qualificata, perché formalmente acquisita nel corso di un procedimento, del quale il giudice sia, come tale, investito [si noti la ben diversa formulazione degli artt. 6 e 8 L. fall., rispetto alla corrispondente norma (art. 688) del codice di commercio (che autorizzava il tribunale a dichiarare d'ufficio il fallimento "*se sia notorio o se per altri mezzi siavi sicura notizia che un commerciante abbia cessato di fare i suoi pagamenti*")];
- solo in tale ipotesi, il giudice investito di un procedimento, del quale sia parte (o al quale, comunque, partecipi) l'imprenditore, può legittimamente acquisire la conoscenza di una situazione di fatto, deliberata positivamente la quale deve avviare la procedura prefallimentare e giudicare, dopo aver consentito all'imprenditore il pieno esercizio del diritto di difesa in relazione ai fatti delibati, della fondatezza della *notitia decoctionis*;
- infatti, il tribunale, acquisita, nelle forme di legge, la notizia di una situazione di fatto, nella quale si profilano i presupposti di cui agli artt. 1 e 5 L. fall. e delibata la consistenza, è tenuto ad aprire il procedimento per accertare la sussistenza dei presupposti, senza avere alcuna discrezionalità al riguardo, essendogli del tutto preclusa dalla legge ogni valutazione di opportunità: in simile ipotesi, quindi, l'iniziativa officiosa è "doverosa", non meno che nelle specifiche ipotesi di dichiarazione di fallimento d'ufficio previste dalla legge fallimentare;
- le prevalenti finalità pubblicistiche, che caratterizzano la procedura fallimentare (sentenze n. 141 e n. 142 del 1970, n. 110 del 1972, n. 148 del 1996), impongono al tribunale di attivarsi anche in assenza di un'iniziativa di parte, dando così attuazione alla volontà della legge, che ha già valutato, preventivamente ed una volta per tutte, l'interesse pubblico sotteso: non può dubitarsi che il tribunale, procedendo d'ufficio, "*agisca non come attore, ma nella sua veste giurisdizionale e quindi super partes*" (sentenza n. 148 del 1996).
- Così stando le cose, solo all'esito dell'attività istruttoria, da espletarsi nel pieno rispetto delle garanzie difensive e del principio del contraddittorio, può pervenirsi all'accertamento dei presupposti del fallimento: è da escludere che l'imprenditore, convocato in camera di consiglio, possa trovarsi di fronte ad un giudice che abbia maturato il suo convincimento (il "*convincimento di un giudice-attore*", per usare un'espressione della sentenza n. 148 del 1996), questo dovendo formarsi dopo, non prima, dell'atto di iniziativa officiosa;

- l'esigenza che il tribunale sia formalmente investito di un procedimento dal quale emerga lo stato di insolvenza giustifica pienamente, oltre alla dichiarazione d'ufficio connessa a procedure concorsuali minori, la estensione d'ufficio del fallimento della società ai soci illimitatamente responsabili (art. 147 legge fall.);
- il contrario varrebbe per l'art. 13 legge fall.: la norma, infatti, si limita a prevedere che il presidente del tribunale, come tale non investito di alcuna "ordinaria attività giurisdizionale", riceva l'elenco dei protesti levati nei quindici giorni precedenti, e, pertanto, si limita a far acquisire un elemento istruttorio, utilizzabile (dal collegio), ove sia legittimamente iniziato il procedimento, disponendo l'audizione del fallendo (ordinanza n. 411 del 2002).
- Neppure può dirsi legittimamente investito di un procedimento il singolo magistrato componente di un collegio, se al collegio soltanto la legge riconosce la qualità di giudice e se il collegio soltanto, quindi, può legittimamente acquisire e legittimamente deliberare la *notitia decoctionis* (nel caso di cui alle ordinanze di rimessione nn. 348, 349, 368 e 372 del 2002, fornita da un ispettore nominato ex art. 2409, secondo comma, cod. civ.);
- non può certamente riconoscersi, ove la legge non riservi al singolo componente del collegio (ad es., al giudice istruttore) una sua propria funzione, né al relatore, né al presidente del collegio, *uti singuli*, la qualità di giudice, sicché soltanto al collegio spetta il potere di disporre l'audizione del fallendo, in tal modo determinando l'inizio del procedimento;
- l'eventuale iniziativa, adottata da singoli magistrati, e non dal giudice (id est, dal collegio), non pone questioni di legittimità costituzionale degli artt. 6 e 8 L. fall., bensì questioni di legittimità del procedimento, devolute al giudice di merito;
- si sottrae *a fortiori* alla censura d'incostituzionalità l'ipotesi (esplicitamente disciplinata dall'art. 8 legge fall.) in cui un giudice civile - diverso dal tribunale competente per la dichiarazione di fallimento - riferisca a quest'ultimo dell'insolvenza emersa nel corso di un giudizio civile davanti a lui pendente e del quale sia parte l'imprenditore insolvente, perché non merita dubitare che in questa ipotesi si è in presenza di una *notitia decoctionis* non soltanto "formalizzata", ma acquisita *ab externo*, sicché è escluso in radice che il tribunale, essendo chiamato ad accertare con pienezza di poteri l'esistenza dei presupposti (soggettivo e oggettivo) che altro giudice, investito come tale di un procedimento giurisdizionale, si è limitato a sommariamente deliberare, possa assumere, anche solo apparentemente, la veste di attore.

La Corte Costituzionale conclude che gli artt. 6 e 8 legge fall., correttamente interpretati, non confliggono con la denunciata norma della Costituzione, rientrando nella discrezionalità del legislatore riconoscere al giudice il potere officioso sopra descritto ovvero disporre che il giudice riferisca in ogni caso dell'insolvenza, perché si attivi, al Pubblico Ministero.

Dunque, le disposizioni fondamentali per scandagliare il tema che ci interessa sono contenute negli artt. 6, 7 ed 8² R.D. 16 marzo 1942, n. 267 ("riformate" dal D.L. vo 09 gennaio 2006, n. 5³ con entrata in vigore il 16 luglio 2006).

2 Si riportano i testi anteriori alla riforma.

Articolo 6 (Iniziativa per la dichiarazione di fallimento) *"Il fallimento è dichiarato su richiesta del debitore, su ricorso di uno o più creditori, su istanza del pubblico ministero, oppure d'ufficio"*.

Articolo 7 (Stato d'insolvenza risultante in sede penale) *"Quando l'insolvenza risulta dalla fuga o dalla latitanza dell'imprenditore, dalla chiusura dei locali dell'impresa, dal trafugamento, dalla sostituzione o dalla diminuzione fraudolenta dell'attivo da parte dell'imprenditore, il Procuratore della Repubblica che procede contro l'imprenditore deve richiedere il tribunale competente per la dichiarazione di fallimento"*.

Articolo 8 (Stato d'insolvenza risultante in giudizio civile) [*"Se nel corso di un giudizio civile risulta l'insolvenza di un imprenditore che sia parte nel giudizio, il giudice ne riferisce al tribunale competente per la dichiarazione del fallimento"*.] Abrogato dall'articolo 6 del D.Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, con effetto a decorrere dal 16 luglio 2006.

3 Si riportano i testi novellati ed in vigore.

Articolo 6 (Iniziativa per la dichiarazione di fallimento) *"Il fallimento è dichiarato su ricorso del debitore, di uno o più creditori o su richiesta del pubblico ministero"*.

Nel ricorso di cui al primo comma l'istante può indicare il recapito telefax o l'indirizzo di posta elettronica presso cui dichiara di voler ricevere le comunicazioni e gli avvisi previsti dalla presente legge".

Articolo 7 (Iniziativa del pubblico ministero) *"Il pubblico ministero presenta la richiesta di cui al primo comma dell'articolo 6:*

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

2) quando l'insolvenza risulta dalla segnalazione proveniente dal giudice che l'abbia rilevata nel corso di un procedimento civile".

LO STATO DELL'ARTE DOPO LA RIFORMA (2006 – 2007) DEL DIRITTO FALLIMENTARE.

III. La Relazione allo schema del D.L. vo 09 gennaio 2006, n. 5. La prevalente giurisprudenza di merito.

In primis vale assolutamente la pena di rammentare che la **Relazione illustrativa dello schema di decreto legislativo**, recante la riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali, sostiene che *“la soppressione della dichiarazione di fallimento di ufficio ... risulta bilanciata dall'affidamento al pubblico ministero del potere di dar corso alla istanza di fallimento su segnalazione qualificata proveniente dal giudice al quale, nel corso di un qualsiasi procedimento civile, risulti l'insolvenza di un imprenditore; quindi anche nei casi di rinuncia (c.d. desistenza) al ricorso per dichiarazione di fallimento da parte dei creditori istanti”*.

La giurisprudenza di merito (v. infra) mostra *prevalentemente* di aderire alla soluzione interpretativa propugnata dal Relatore (cfr., ad esempio, **sentenza 1384/08 della Corte d'Appello di Bologna, in data 29 Agosto 2008**, secondo cui *“il generico riferimento all'emersione dell'insolvenza, nell'ambito di un procedimento civile, non consente di escludere che la segnalazione possa provenire dal Tribunale davanti al quale si svolge il procedimento insorto a seguito di istanza di fallimento, nei casi di rinuncia al ricorso del creditore istante. Il legislatore ha invero inteso espungere dal sistema l'iniziativa officiosa in senso stretto (quella spettante al Tribunale) e demarcare le occasioni legittimanti la presentazione della domanda di fallimento da parte del P.M., ma non ha affatto voluto escludere che la segnalazione dell'insolvenza possa provenire dal Tribunale investito del procedimento che prende avvio dall'istanza di fallimento presentata da un creditore”*).

IV. Il primo arresto della giurisprudenza di legittimità. La Corte di Appello di Milano.

Ebbene, nonostante l'(autorevole) opinione dei redattori del testo legislativo, come in premessa ricordato, il primo pronunciamento di legittimità, successivo alla riforma del 2006 (Cass., Sezione I, 26 febbraio 2009, n. 4632), è andato di contrario avviso (accogliendo l'opinione minoritaria del Giudice *ambrosiano* di secondo grado) enucleando il principio così massimato: *“In tema di fallimento, l'esigenza di assicurare la terzietà e l'imparzialità del tribunale fallimentare, emergente da un'interpretazione sistematica della legge fallimentare (così come modificata dal d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5) ed in particolare degli artt. 6 e 7, letti alla luce del novellato art. 111 Cost., porta ad escludere che l'iniziativa del P.M. ai fini della dichiarazione di fallimento possa essere assunta in base ad una segnalazione proveniente dallo stesso tribunale fallimentare, in tal senso depo- nendo, oltre alla soppressione del potere di aprire d'ufficio il fallimento ed alla riduzione dei margini d'intervento del giudice nel corso della procedura, anche il n. 2 dell'art. 7 cit., che limita il potere di segnalazione del giudice civile all'ipotesi in cui l'insolvenza risulti, nei riguardi di soggetti diversi da quelli destinatari dell'iniziativa, in un procedimento diverso da quello rivolto alla dichiarazione di fallimento, nonché dagli interventi correttivi del d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169, che hanno reso totalmente estranea al sistema l'ingerenza dell'organo giu- dicante sulla nascita o l'ultrattività della procedura”*.

Corte d'Appello di Milano 15/29 novembre 2007.

La vicenda, sottoposta all'attenzione del giudice *meneghino*, si era articolata come segue.

La Corte d'appello di Milano, con sentenza 15/29 novembre 2007, su impug- nazione di una società di capitali, avverso la sentenza 17 luglio 2007 del tribu- nale di Milano, che ne aveva dichiarato il fallimento, su richiesta del Pubblico Ministero, cui il tribunale aveva trasmesso gli atti, dopo che il creditore ricor- rente aveva desistito dalla istanza, avendo ritenuto la sussistenza dei presuppo- sti per l'apertura della procedura concorsuale, dichiarò la nullità della decisione impugnata, per violazione della Legge Fallimentare, artt. 6 e 7, riformata.

Ecco riportati sinteticamente i ragionamenti giuridici offerti dal Giudice milanese.

- l'iniziativa dell'organo pubblico non può essere sollecitata dallo stesso tribunale fallimentare *“e tanto meno dal giudice designato per la relativa*

- istruttoria*”, in quanto ciò comporterebbe la disapplicazione di una norma inderogabile, diretta a superare ogni contrasto delle evocate norme fallimentari con il principio del giusto processo stabilito dall’art. 111 Cost.;
- la L. Fall., art. 6, riformata ha soppresso la possibilità che la procedura sia aperta d’ufficio, lasciando l’iniziativa al riguardo al debitore, al creditore ed al pubblico ministero;
 - la formulazione del successivo art. 7 porta ad escludere che l’iniziativa di quest’ultimo possa essere sollecitata dallo stesso tribunale fallimentare, il quale non può procedere alla dichiarazione di fallimento, una volta che sia intervenuta la desistenza del creditore istante: ciò al fine di assicurare il rispetto del principio del giusto processo, come voluto, dal testo attuale dell’art. 111 Cost.;
 - la norma di cui all’a. 7, n. 2, *“laddove parla di situazioni di insolvenza emerse nel corso del procedimento civile, si riferisce ad ogni giudizio civile diverso da quello per la dichiarazione di fallimento”*, con l’effetto che la decisione resa *“risulta affetta da nullità assoluta”*.

Corte di Cassazione, Sezione I, 26 febbraio 2009, n. 4632.

La corte di legittimità dichiara infondato il ricorso del curatore fallimentare che ha proposto il quesito di *diritto processuale fallimentare* se, ai sensi della L. Fall., artt. 6 e 7, come novellati, sia ammissibile il ricorso per dichiarazione di fallimento, presentato dal Pubblico Ministero, a seguito della segnalazione di insolvenza, rilevata dal tribunale fallimentare, adito dal creditore per la dichiarazione d’insolvenza, poi desistente (così da indurre improcedibilità della domanda attorea) e se la disposizione di cui all’art. 7, n. 2, non consente distinzioni, all’interno di un procedimento civile, nel senso che *“qualsiasi giudice civile nel corso di un qualsivoglia procedimento civile”* sia autorizzato alla segnalazione.

Nessuna delle argomentazioni offerte da ricorrente viene condivisa ed al quesito si dà risposta negativa, *“in quanto finiscono per svuotare le ragioni della premessa relativa alla perdita del potere del giudice di aprire il fallimento di ufficio, che lo stesso ricorrente identifica nella esigenza di terzietà ed imparzialità dell’organo decidente, rimarcate dal novellato testo del richiamato art. 111 Cost. (Legge Cost. 23 novembre 1999, n. 2, art. 1; L. 29 marzo 2001, n. 89), dal legislatore apprezzate come essenziali ai fini del corretto svolgimento del procedimento prefallimentare, riportato nell’area dei giudizi ad iniziativa di parte, secondo il principio nemo iudex sine actore, che governa la giurisdizione”*.

Ecco riportati sinteticamente i ragionamenti giuridici offerti dalla Corte romana.

- Il legislatore della riforma della legge fallimentare ha inteso superare la soluzione propugnata dall'illustrata sentenza della Consulta (15 luglio 2003 n. 240), nell'intendimento di escludere, in modo assoluto, qualunque dubbio sulla posizione di terzietà del giudice, chiamato a rendere la decisione, secondo il rigoroso dettato della Carta costituzionale, concepito al fine di rendere giusto il processo, ben oltre il requisito della imparzialità, giacché la terzietà suppone che nella vicenda portata al suo esame egli non abbia assunto iniziative, che lo abbiano in qualche modo impegnato in valutazioni che quel carattere pongano in discussione;
- a tale fondamentale principio la riforma della legge fallimentare ha inteso assegnare un'ampia e significativa portata, che ha riguardato, non solo la fase prefallimentare, ma l'intera procedura che segue alla sentenza dichiarativa, riducendo i margini dell'intervento del giudice nel corso di essa ed incidendo anche nella procedura di concordato fallimentare e in quella di concordato preventivo, tutte allineate sotto il medesimo perentorio precetto della soppressione della iniziativa di ufficio, in quanto diretta all'apertura del fallimento;
- l'assunto risulta dal disposto novellato della L. Fall., art. 147 e degli artt. 162, 173 e 180, ristrutturati dal Decreto Correttivo 12 settembre 2007 n. 169, il primo dei quali non consente - a differenza del testo *ante* riforma - l'estensione di ufficio del fallimento della società ai soci illimitatamente responsabili, che tali risultino dopo la sentenza dichiarativa, e gli altri stabilendo che, nelle ipotesi in cui non ricorrano i presupposti contemplati dagli artt. 160 e 161, ovvero in quelle considerate dall'art. 173, di occultamento o dissimulazione di parte dell'attivo, di dolosa omissione della denuncia di uno o più crediti o ancora di esposizione di passività insussistenti, nonché di commissione di altri atti di frode, (art. 180, u.c.), il fallimento possa essere dichiarato solo "su istanza del creditore o su richiesta del Pubblico Ministero, accertati i presupposti di cui agli artt. 1 e 5" (art. 162, comma 1; art. 173, comma 2; art. 180, u.c.);
- la circostanza che in siffatte situazioni nessuna segnalazione del giudice civile è contemplata, induce a ritenere che la previsione dell'art. 7, non possa avere l'espansione voluta dal ricorrente, che, altrimenti, non vi sarebbe stata ragione per non averla considerata nelle fattispecie su richiamate, in cui le condizioni per la estensione a terzi ovvero per il passaggio, con la apertura del fallimento, dalla procedura minore alla maggiore sono percepite di-

rettamente dal tribunale e tuttavia non consentono, in difetto di espresso disposto normativo, di essere da esso segnalate all'organo cui è demandata la iniziativa pubblica, peraltro nella ipotesi della L. Fall., art. 147, nemmeno considerata;

- se, dunque, non è l'avvenuto accertamento dello stato di insolvenza - né quello del presupposto soggettivo - che possa giustificare la predetta segnalazione, in fattispecie in cui una procedura concorsuale è già pendente ed è stata avviata, essendo stati entrambi i presupposti (o quanto meno, per ciò che attiene a quello oggettivo, la crisi di impresa) verificati, e non ha potuto raggiungere il suo epilogo naturale, meno ancora risulta possibile la inclusione del procedimento avviato per la dichiarazione di fallimento, non procedibile (ed anzi estinto) per rinuncia del ricorrente, nell'area del procedimento civile considerata dalla L. Fall., art. 7, n. 2.
- la sostituzione del "procedimento" al "giudizio" è significativa della esigenza di utilizzare una espressione suscettibile di comprendere qualunque tipo di attività giurisdizionale - di cognizione, di esecuzione, sommaria, cautelare, camerale, monitoria - come peraltro era *ius receptum*, in relazione al testo ante riforma - e non appare, comunque, idonea ad includere l'organo della giurisdizione investito della decisione, anche quando l'abbia già resa in termini di improcedibilità o di estinzione del procedimento, a causa della posizione di terzietà che il legislatore ha avuto cura di tutelare, come è emerso dalla rassegna delle disposizioni esaminate, va considerato che la espressione "*imprenditore parte del procedimento*" non è rifluita nell'attuale disposto del n. 2, dell'art. 7;
- la circostanza che, unitamente a quella che la insolvenza debba "*risultare*" e non essere oggetto di specifico accertamento, porta ulteriormente a concludere che l'oggetto del procedimento civile, nel quale trova occasione per essere esercitato il potere - dovere di segnalazione, non possa essere quello per la dichiarazione di fallimento;
- nella legge fallimentare *ante* riforma, in cui era consentita l'iniziativa di ufficio, il riferimento all'imprenditore "parte del giudizio" non lasciava dubbi che il procedimento non fosse quello prefallimentare, non essendo concepibile la segnalazione del tribunale a sé medesimo;
- la soppressione di tale riferimento appare giustificata dalla necessità di evitare che, con il venir meno della iniziativa di ufficio, possa essere ritenuta comunque legittima la segnalazione, proprio alla stregua del fatto che il procedimento prefallimentare ha come parte l'imprenditore soggetto al fallimento;

- l'attuale formulazione non trova invece difficoltà ad essere applicata all'ipotesi che il tribunale fallimentare segnali al pubblico ministero la insolvenza che incidentalmente "risulti" nei riguardi di soggetti diversi da quelli destinatari della iniziativa per la dichiarazione di fallimento, non trovando in tal caso la segnalazione ostacolo nei principi che governano la giurisdizione e nel carattere di terzietà del giudice, non essendo egli investito, in relazione ad essi, della funzione giudicante e non essendo, dunque, impegnato in accertamenti neanche sommari, che lo trovino incompatibile a decidere, quando la segnalazione sia assecondata dalla richiesta del pubblico ministero, al punto da risultare o comunque apparire *autosegnalazione* e realizzare la soppressa iniziativa di ufficio, in elusione della volontà del legislatore.
- Non vale obiettare che la astensione ovvero la ricusazione costituiscano il rimedio a tale evenienza, giacché, al di là della difficoltà di inserire la fattispecie di cui si tratta nella ipotesi della astensione obbligatoria, che sola giustifica la ricusazione, non sembrano ipotizzabili - sul piano sistematico, a causa degli interventi compiuti con la novella prima e con il correttivo dopo e con il disposto della L. Fall., art. 25, penultimo comma, secondo cui "il giudice delegato non può trattare i giudizi che abbia autorizzato ne' può far parte del collegio investito del reclamo proposto contro i suoi atti", che a quegli interventi si correla - interpretazioni che legittimino pratiche operative che non siano rigorosamente consonanti con il rispetto del principio di terzietà, oltre che di imparzialità del giudicante, e che trovino soltanto negli artt. 51 e 52 c.p.c., ragione per essere contrastate.
- Neppure giova la l'argomento desunto dalla Relazione illustrativa dello schema di decreto legislativo recante la riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali, in cui, con riguardo all'art. 7, n. 2, nel considerare che la soppressione della dichiarazione di fallimento di ufficio risulta bilanciata dall'affidamento al Pubblico Ministero del potere di dare corso alla istanza di fallimento su segnalazione qualificata proveniente dal giudice civile, al quale nel corso di un qualsiasi procedimento civile risulti l'insolvenza di un imprenditore, ha ipotizzato "*anche i casi di rinuncia (c.d. desistenza) al ricorso per dichiarazione di fallimento*".
- al di là del valore giuridico che può assegnarsi alla Relazione accompagnatoria di uno schema di legge, quanto in generale ai suoi lavori preparatori, ed a prescindere dalla esemplificazione concreta, che non è espressa da alcun dato normativo, ma semmai costituisce una proposta di interpretazione estensiva della norma, che con la relazione si è inteso offrire;
- il segno ancora più marcato dato dal legislatore, con i successivi interventi

del Decreto Correttivo 12 settembre 2007, n. 169 sugli artt. 162, 173, 180 e 186, al punto da rendere totalmente estranea al sistema la ingerenza del giudicante sulla nascita o sulla ultrattività del procedimento, ha portato al ridimensionamento di quell'elemento, rimarcando in modo netto il disegno di sottrarre al tribunale qualunque tipo di iniziativa e di rinunciare totalmente all'avallo conservativo del potere officioso, offerto dal giudice delle leggi che, con sent. 15 luglio 2003 n. 240, ha ritenuto che la posizione di terzietà è *assicurata ogni volta che il procedimento per dichiarazione di fallimento sia sollecitato ab externo e ab externo sia acquisita la notizia decoctionis*.

- Anzi, l'argomento giova, persino nel mutato quadro normativo, ad assegnare alle decisioni della Consulta sul punto un rilievo contrario alla tesi affermativa, in quanto evidenziano il *vulnus* che riceverebbe il principio di terzietà del giudice, allorché, nel procedimento in cui è chiamato a rendere giustizia, che sia estinto per rinuncia, anziché dichiararla e così dichiararsi *functus munere suo*, per essere venuto meno l'impulso dell'attore, si impegnasse a rivitalizzarlo, chiamando sostanzialmente in causa, a surrogare la iniziativa della parte privata, l'organo pubblico, formalmente ad essa abilitato, in tal modo agendo e comunque apparendo "*come l'attore del procedimento sul quale giudica*" (Corte Cost. n. 148/1996).

V. Le ribellioni della giurisprudenza di merito e le nuove (e recenti) pronunce di legittimità. La Corte d'Appello di Bologna e la Corte d'Appello di Catanzaro.

L'arresto di legittimità del 2009 non trova consensi unanimi nella giurisprudenza di merito, così il dibattuto tema di diritto processuale fallimentare torna nel 2012 all'attenzione degli *Ermellini* di Piazza Cavour.

La Corte di cassazione, sez. 1, con sentenze n. 9857 e n. 9858 del 15/06/2012 supera (quantitativamente, con motivazioni identiche in punto di diritto) il precedente orientamento negativo ed è "ripristinata" il principio di diritto secondo cui *"Il P.M. può esercitare l'iniziativa per la dichiarazione di fallimento anche quando la "notitia decoctionis" gli sia segnalata dal tribunale fallimentare, che abbia rilevato l'insolvenza nel corso del procedimento ex art. 15 legge fall., poi definito per desistenza del creditore istante, in quanto anche a questo "giudice" e a questo "procedimento civile" si riferisce l'art. 7, n. 2, legge fall., modificato dal d.lgs. n. 5 del 2006, quando dispone che l'insolvenza deve essere segnalata al P.M. "dal giudice che l'abbia rilevata nel corso di un procedimento civile". Tale interpretazione, conforme ai lavori preparatori della riforma del 2006, non contrasta con i principi di terzietà e imparzialità del giudice, sanciti dall'art. 111 Cost., in quanto la segnalazione è un atto "neutro", privo di contenuto decisivo e assunto con valutazione "prima facie", potendo sempre il tribunale, all'esito dell'istruttoria prefallimentare e a cognizione piena, respingere la richiesta del P.M., originata da detta segnalazione"* (annulla con rinvio App. Bologna, 04/03/2010).

La vicenda di cui alla sentenza 9857, sottoposta all'attenzione del giudice del *Palazzaccio*, si era articolata come segue.

Corte d'Appello di Bologna 4 marzo 2010, n. 266.

Con sentenza 4 marzo 2010, n. 266, la Corte d'Appello di Bologna accoglieva il reclamo, interposto L. Fall., ex art. 18, di una società di capitali, dichiarata fallita dal Tribunale di Forlì il 9 ottobre 2009, ritenendone viziata la pronuncia per essere stata emessa a seguito di illegittima iniziativa del locale Pubblico Ministero (Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Forlì) dopo che al medesimo era pervenuta segnalazione dell'insolvenza da parte dello stesso tribunale fallimentare (in origine investito di una istanza di fallimento da parte di un creditore, con successiva desistenza).

- La corte bolognese, condividendo l'unico arresto di legittimità pertinente al caso deciso (S.C. 26.2.2009, n. 4632), ha escluso che la nozione di procedimento civile di cui alla L. Fall., art. 7, n. 2, possa altresì ricomprendere il procedimento per la dichiarazione di fallimento, nel cui ambito alla desistenza del creditore istante era succeduta la menzionata segnalazione, dubitando del rispetto del principio del giusto processo ove permanga un'ingerenza dell'organo giudicante sulla nascita o sull'ultrattività della procedura già avanti a sé pendente.
- Il Fallimento della società propone ricorso principale per cassazione, sostenuto dai ricorsi incidentali del P.M. della Procura presso il Tribunale di Forlì e del P.M. presso la Procura Generale presso la Corte d'Appello di Bologna.

Corte di Cassazione, sezione 1^a, sentenza 15/06/2012, n. 9857.

La Corte regolatrice, nell'accogliere i ricorsi, ricorda i precedenti dei due giudici di merito che avevano investito la Corte costituzionale, dubitando della legittimità costituzionale della disciplina dell'apertura del fallimento d'ufficio, alla luce del nuovo testo dell'art. 111 Cost. (i rimettenti ritenevano che l'iniziativa officiosa del tribunale per la dichiarazione di fallimento, prevista dal previgente L. Fall., art. 6, confliggesse con i principi di terzietà e imparzialità del giudice, "di cui il canone *nulla iurisdictio sine actione* costituisce l'indefettibile corollario logico").

Quando la stessa autorità che deve decidere si è autonomamente attivata contro la parte cui il provvedimento decisorio è destinato si verificherebbe la violazione, appunto, del principio di terzietà e imparzialità.

Dubbio di incostituzionalità esteso al previgente L. Fall., art. 8, nella parte in cui prevedeva che la segnalazione dell'insolvenza dovesse essere fatta al tribunale anziché al pubblico ministero).

Passa, poi, ad esaminare il ragionamento giuridico della Corte costituzionale secondo cui:

- si sottraeva alla censura di illegittimità costituzionale ogni ipotesi in cui la dichiarazione di fallimento intervenisse a conclusione di un procedimento comunque avviato da soggetto diverso dal giudice decidente, come il creditore sedicente o non legittimato o rinunciante, ovvero dal pubblico ministero o, infine, dallo stesso imprenditore che chiedeva l'ammissione ad una procedura concorsuale, così come le ipotesi di fallimento dichiarato d'ufficio in via di estensione L. Fall., ex art. 147 (nel testo previgente);

- “l’iniziativa officiosa prevista dal legislatore in ragione di peculiari esigenze di effettività della tutela giurisdizionale - non lede il fondamentale principio di imparzialità - terzietà del giudice, quando il procedimento è strutturato in modo che, ad onta dell’officiosità dell’iniziativa, il giudice conservi il fondamentale requisito di soggetto *super partes* ed equidistante rispetto agli interessi coinvolti”.
- “le prevalenti finalità pubblicistiche, che caratterizzano la procedura fallimentare (Sentenze 141-142/1970, 110/1972, 148/1996), imponevano al tribunale di attivarsi anche in assenza di un’iniziativa di parte, dando così attuazione alla volontà della legge, che ha già valutato, preventivamente e una volta per tutte, l’interesse pubblico sotteso;
- non poteva dubitarsi che il tribunale, procedendo d’ufficio, agisse non come attore, ma nella sua veste giurisdizionale e quindi *super partes* (Sentenza 148/1996)”.
- la L. Fall., artt. 6 e 8 (nel testo previgente), “correttamente interpretati”, non erano in contrasto con l’art. 111 Cost., comma 2;
- “soltanto al collegio spetta il potere di disporre l’audizione del fallendo”, dopo avere acquisito e deliberato legittimamente la *notizia decoctionis*, questa dovendo provenire *ab externo* (rispetto al collegio), quale riferimento del giudice civile L. Fall., ex art. 8 (ora abrogato);
- va definito illegittimo il comportamento del giudice relatore che disponga la comparizione del debitore in luogo dell’organo collegiale che è il “giudice” fornito del potere giurisdizionale di deliberare la *notizia decoctionis* al fine dell’instaurazione *ex officio* del procedimento prefallimentare. In altri termini, sulla base delle norme ora modificate, avrebbe potuto il giudice delegato ai fallimenti segnalare al collegio la *notizia decoctionis*;
- il tribunale avrebbe, poi, dovuto disporre ulteriore istruttoria, delegando un componente del collegio e, deliberata come non manifestamente infondata la *notitia decoctionis*, avrebbe dovuto ordinare la convocazione del fallendo per contestargli le risultanze dell’istruttoria (o preistruttoria) e metterlo in grado di difendersi.

La Corte di Cassazione nel prendere in considerazione le nuove disposizioni introdotte dalla riforma osserva in sintesi quanto segue.

- il nuovo art. 6 L. Fall., non prevede più l’iniziativa officiosa del tribunale per la dichiarazione di fallimento;
- il nuovo art. 7 (Iniziativa del pubblico ministero), introdotto dal D.Lgs. n. 5 del 2006, dispone che il pubblico ministero presenta la richiesta di cui al

comma 1, art. 6:

- 1) quando l'insolvenza risulta nel corso di un procedimento penale, ovvero dalla fuga, dalla irreperibilità o dalla latitanza dell'imprenditore, dalla chiusura dei locali dell'impresa, dal trafugamento, dalla sostituzione o dalla diminuzione fraudolenta dell'attivo da parte dell'imprenditore;
 - 2) quando l'insolvenza risulta dalla segnalazione proveniente dal giudice che l'abbia rilevata nel corso di un procedimento civile.
- il primo comma dell'a. 7 riprende sostanzialmente il testo previgente della disposizione, con la significativa variante che l'insolvenza non deve più risultare necessariamente da un procedimento penale "contro l'imprenditore" insolvente ma, semplicemente, "*nel corso di un procedimento penale*";
 - il legislatore ha individuato nel Pubblico Ministero l'organo terzo dal quale - secondo la menzionata sentenza della Corte costituzionale - la notizia de-coctionis potesse pervenire, "*questa dovendo provenire ab externo (rispetto al collegio)*", alla pari del "riferimento del giudice civile L. Fall., ex art. 8", essendo egli legittimato - come il debitore o i creditori - a proporre istanza di fallimento ai sensi del nuovo art. 6 L. Fall.;
 - l'art. 8 è stato abrogato ed il suo contenuto è stato inserito nell'art. 7, comma 2, con la precisazione che l'insolvenza può risultare dalla "*segnalazione proveniente dal giudice che l'abbia rilevata nel corso di un procedimento civile*" e non più - come previsto dall'abrogata disposizione - se "*nel corso di un giudizio civile risulta(va) l'insolvenza di un imprenditore (che fosse) parte nel giudizio*" (e in tal caso, il giudice ne doveva riferire al tribunale competente per la dichiarazione del fallimento).

La nozione di procedimento civile è diversa e più ampia di giudizio civile e vale a ricomprendere l'istruttoria prefallimentare "disciplinata ex novo dalla L. Fall., art. 15, nel testo introdotto dalla riforma del 2006, come un procedimento speciale a cognizione piena" (Sez. 1, Sentenza n. 1098 del 2010);

- la Relazione illustrativa dello schema di decreto legislativo recante la riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali segnala che "*la soppressione della dichiarazione di fallimento di ufficio..... risulta bilanciata dall'affidamento al pubblico ministero del potere di dar corso alla istanza di fallimento su segnalazione qualificata proveniente dal giudice al quale, nel corso di un qualsiasi procedimento civile, risulti l'insolvenza di un imprenditore; quindi anche nei casi di rinuncia (c.d. desistenza) al ricorso per dichiarazione di fallimento da parte dei creditori istanti*";
- l'intenzione storica del legislatore quale che in concreto essa sia non risulta mai vincolante per l'interprete, ma da essa non si può prescindere, qualora

sia conforme al risultato del procedimento ermeneutico condotto alla luce dei criteri indicati dall'art. 12 preleggi al c.c., come insegna la Corte costituzionale, allorquando, ad esempio, pone a base del giudizio di costituzionalità il significato della norma quale risultato di "interpretazione, fatta palese dalla lettera del precetto" che appaia "perfettamente in consonanza rispetto a quanto emerge dai lavori preparatori" e come "si rileva in modo assolutamente inequivoco dalla Relazione al testo definitivo" (C. cost. 7 luglio 1992 n. 340. Per altri esempi di utilizzazione di tale procedimento ermeneutico, cfr. C. cost. 23 marzo 2010 n. 138; C. cost. 3 maggio 2005 n. 282; C. cost. 11 luglio 1985 n. 214; C. cost. 7 maggio 1975 n. 120);

- se i lavori preparatori hanno un valore limitato, esistono alcuni casi in cui è legittimo fare ricorso al c.d. "argomento psicologico", almeno come argomento ausiliario (cfr. Cass., sez. un., 26 gennaio 2004 n. 1338; Cass. 17 gennaio 2003 n. 654; Cass. 16 marzo 1996 n. 2238; Cass. 27 febbraio 1995 n. 2230; Cass. 7 dicembre 1994 n. 10480; Cass., sez. un., 30 ottobre 1992 n. 11843; Cass. 7 dicembre 1994 n. 10480);
- dunque, il nuovo art. 7 L. Fall., va letto nel senso che, ove un giudice civile, nel corso di un procedimento civile, rilevi l'insolvenza di un imprenditore "deve" farne segnalazione al Pubblico Ministero e - specularmente - il pubblico ministero presenta la richiesta di cui al comma 1, art. 6 "*quando l'insolvenza risulta dalla segnalazione proveniente dal giudice che l'abbia rilevata nel corso di un procedimento civile*" (con la precisazione che *giudice civile* è anche il tribunale fallimentare che abbia rilevato l'insolvenza nel corso di un procedimento L. Fall., ex art. 15, anche se definito per desistenza del creditore istante).

Infine, la Corte del *Palazzaccio*, in punto di conformità al precetto di cui all'art. 111 Cost. della interpretazione accolta, oltre alla evocata pronuncia della Corte costituzionale, rimarca:

- il rilievo della dottrina, secondo cui la trasmissione al Pubblico Ministero della *notitia decoctionis*, emersa nel corso del procedimento, non è un atto avente contenuto decisorio, neppure come precipitato di una cognizione di tipo sommario e non incide - né direttamente, né indirettamente - sui diritti di alcuno, mentre il giudice che a ciò procede non fa altro che esercitare il potere-dovere di denuncia di fatti che *prima facie* gli appaiano potenzialmente lesivi dell'interesse pubblico ad eliminare dal sistema economico i focolai d'insolvenza. Trattandosi di un atto "*neutro*", privo di specifica valenza procedimentale o decisoria, "il cui impulso riposa su una valutazione

estemporanea, che non vincola nessuno”, la valutazione decisoria del tribunale non è tecnicamente “pregiudicata” dall’avvenuta segnalazione, perché il tribunale, all’esito dell’istruttoria prefallimentare, può rigettare con decreto la richiesta del pubblico ministero;

- la natura di valutazione *prima facie* dell’insolvenza ed il potere esercitato dal tribunale fallimentare, a seguito di cognizione piena, se del caso difformemente da quella prima valutazione, sta a confermare, semmai, la terzietà dell’organo giudicante.

Invece, la seconda vicenda, di cui alla sentenza 9858, sottoposta all’attenzione del giudice del *Palazzaccio*, si era articolata come segue.

Corte d’Appello di Catanzaro 27.12.2010.

Una società di persone ed il socio accomandatario dichiarato fallito hanno proposto ricorso per cassazione contro la sentenza depositata il 27.12.2010 con la quale la Corte di appello di Catanzaro ha rigettato il reclamo da essi proposto contro la sentenza dichiarativa di fallimento della società ricorrente e del socio pronunciata dal Tribunale di Vibo Valentia il 22.7.2010, a seguito di richiesta formulata dal Pubblico Ministero dopo che lo stesso tribunale aveva archiviato il procedimento pre-fallimentare per desistenza del creditore istante, trasmettendo gli atti al Procuratore della Repubblica.

La questione è stata risolta in termini argomentativi e giuridici identici alla precedente.

CONCLUSIONI E CONSIDERAZIONI.

1. *In primis*, non si conviene sul presupposto dal quale muove la tesi negativa, secondo cui l'iniziativa del P.M., nel caso che ci occupa, sarebbe in distonia sistematica con la *ratio* della recente riforma della legge fallimentare e con i principi costituzionali di terzietà e di imparzialità del giudice fissati dall' art. 111, a causa dell'asserita implicita equivalenza tra iniziativa d'ufficio del Tribunale fallimentare e mera segnalazione al Pubblico Ministero della insolvenza (secondo la decisione n. 4.632/2009 violerebbe il divieto di “*ingerenza dell' organo giudicante sulla nascita o l'ultrattività della procedura*” introdotto dalla novella e contrasterebbe con l'art. 111 Cost.).

2. L'impostazione trascura la natura e la portata, anche sotto il profilo sistematico, che la segnalazione dell'organo giurisdizionale riveste: in particolare, non tiene conto che la stessa, al pari di quella proveniente da altro tribunale civile ex art. 7, n. 2, l. Fall., indiscutibilmente “legittima”, non ha natura decisoria, neppure “*come precipitato di una cognizione di tipo sommario*”, in quanto “*non incide sui diritti di alcuno, non è suscettibile di impugnazione*” (De Santis, *Segnalazione d' insolvenza, iniziativa del Pm e terzietà del giudice*, in *Il Fallimento*, 2009, p. 534); né, infine, postula ineluttabilmente la definizione dell'istruzione prefallimentare e l'accertamento dello stato di insolvenza dell'imprenditore.

Come sottolineato dal commentatore della sentenza di legittimità si sostanzia in un “*atto neutro, privo di specifica valenza procedimentale o decisoria*”, espressione del potere-dovere del giudice di segnalare la c.d. *notitia decotionis* (qualificata per la provenienza), in ragione dell'apparenza di dati sintomatici di uno stato di insolvenza e, in quanto tali, potenzialmente offensivi del pubblico interesse, al soggetto, il Pubblico Ministero, che, dopo la riforma e la “fine” del potere officioso del tribunale fallimentare, è istituzionalmente preposto a proteggere l'interesse collettivo con le iniziative ex artt. 6 e 7 l.f..

Insomma, la riforma fallimentare pare aver ribadito la funzione di tutela di interessi pubblicistici affidata al pubblico ministero, esaltandone la responsabilità e pungolandone la tempestiva sorveglianza, soprattutto se si pensa alla drastica riduzione dei termini per le revocatorie operata con l. 14 maggio 2005, n. 80 (Pacileo, *Il pubblico ministero nel processo civile*, Cass. Pen. 2006, 10, 3411B).

Ha, dunque, fondamento l'affermazione che *“abolito il potere del tribunale di procedere alla dichiarazione di fallimento senza domanda di parte (artt. 6, 8), al P.M. viene affidato il ruolo di autorità pubblica che funge da collettore della segnalazioni provenienti dal giudice penale e dal giudice civile”* (Grossi, *La riforma della legge fallimentare*, Giuffrè, 2008, pag. 47, I).

3. Sul piano sistematico la “trovata” del legislatore appare coerente e si giustifica agevolmente con le attribuzioni di vigilanza sul rispetto della legge affidate al P.M. dall'art. 73 ord. giud.⁴

S'aggiunga che l'assenza di qualsivoglia valore decisorio appare di per sé idonea ad escludere un possibile *inquinamento* della terzietà e della imparzialità del Tribunale che giudicherà sull'eventuale istanza di fallimento che il P.M. riterrà opportuno presentare.

D'altra parte, nessuno dubita, sempre sotto il profilo della coerenza costituzionale e sistematica, che il P.M. eserciti legittimamente l'azione penale anche quando la c.d. *notitia criminis* sia altrettanto qualificata, perché proveniente dal giudice penale: come nel procedimento civile i valori costituzionali sono assicurati dalle regole che disciplinano l'incompatibilità, l'astensione e la ricsuzione del giudice.

4. La riforma del 2006, sgomberando il campo da “tradizionali” equivoci ed incertezze, ha “visibilmente” chiarito la situazione, riconoscendo il potere di azione “fallimentare” al P.M.: si evince sia dall'eliminazione di una serie di dati letterali (di conforto alla opinione tradizionale che attribuiva al P.M. un potere di mera segnalazione al tribunale, affinché provvedesse *ex officio*) sia dall'aumento delle prerogative del P.M. in sintonia con il ruolo (altrimenti incomprendibile) di agente o di attore in causa.

Va da sé che l'esercizio del potere di azione postula necessariamente l'attribuzione di un'ampia autonomia valutativa. Salvi casi specifici ed inequivoci, in capo al P.M. non grava un obbligo di agire, spettandogli sempre una certa discrezionalità di scelta (Morozzo della Rocca, *Pubblico ministero*, in Enc. Dir.,

⁴ Si riporta il testo.

(Attribuzioni generali del pubblico ministero)

“Il pubblico ministero veglia alla osservanza delle leggi, alla pronta e regolare amministrazione della giustizia, alla tutela dei diritti dello Stato, delle persone giuridiche e degli incapaci, richiedendo, nei casi di urgenza, i provvedimenti cautelari che ritiene necessari; promuove la repressione dei reati e l'applicazione delle misure di sicurezza; fa eseguire i giudicati ed ogni altro provvedimento del giudice, nei casi stabiliti dalla legge. Ha pure azione diretta per fare eseguire ed osservare le leggi d'ordine pubblico e che interessano i diritti dello Stato, [e per la tutela dell'ordine corporativo,] sempre che tale azione non sia dalla legge ad altri organi attribuita.”

vol. XXXVII, 1988, p. 1083), anche in ragione della mancanza di una norma impositiva, mentre esistono previsioni costituzionali e processuali in materia penale (c.d. obbligatorietà dell'azione penale). Confortano questa impostazione (c.d. *argumentum a contrariis*) le ipotesi nelle quali il legislatore ha sancito un espresso dovere di azionare, come ai sensi dell'a. 102, comma ultimo, c.c., che prescrive i casi in cui il P.M. "*deve sempre fare opposizione al matrimonio*" (Morozzo della Rocca, *Pubblico ministero*, cit., p. 1084).

Ciò significa che, qualora il P.M. riceva la *notitia decoctionis*, è tenuto a vagliarla, dal momento che *agisce per dovere d'ufficio e nell'interesse pubblico* (De Santis, *op. cit.*, 2009, p. 532), ma non è tenuto a presentare l'istanza di fallimento che, secondo i principi generali di cui agli artt. 69 e 70 c.p.c., formulerà solo laddove rilevi la sussistenza delle condizioni di legge per la dichiarazione di fallimento.

Inoltre, il P.M. potrebbe presentare, per ragioni di competenza per territorio, la richiesta ad un tribunale diverso da quello segnalante, escludendo *in radice* qualsiasi dubbio di terzietà.

In buona sostanza, la piena discrezionalità valutativa che connota la posizione del Pubblico Ministero, in sintonia con le finalità prese di mira dal legislatore, esclude che una semplice segnalazione al P.M. legittimi un giudizio giuridico di equivalenza tra iniziativa d'ufficio del tribunale (abolita) e domanda di fallimento formulata dalla parte pubblica indotta dalla segnalazione del tribunale fallimentare e la conclusione della surrettizia reintroduzione del potere officioso.

5. Secondo i principi generali, sul pubblico ministero, in quanto *agente, attore o ricorrente*, grava l'*onus probandi* (aa. 2967 c.c. e 115 c.p.c.): ha l'onere di sottoporre al giudice gli elementi di prova che attestano l'esistenza dei presupposti soggettivi (art. 1 l. fall.) ed oggettivi (art. 5 l. fall.) per l'accoglimento della domanda di dichiarazione di fallimento (Ferro, *Legge Fallimentare, Commentario teorico-pratico*, Cedam, 2007, pag. 50), al pari di ogni soggetto che formula una domanda di giurisdizione.

Il principio dell'onere della prova in capo all'attore opera anche nei casi previsti dagli artt. 6 e 7 l. fall., salva, comunque, la verifica della fondatezza della domanda da parte del giudice (Panzani e Colombini, *Il fallimento. Profili applicativi*, Utet, 1999, p. 23 s.).

I fautori del carattere generale del potere di azione (per così dire "*oltre le intenzioni dell'a. 7 L. Fall.*") precisano che, in ogni caso il pubblico ministero, per fondare la propria istanza, non deve dimostrare la sussistenza di un inte-

resse generale al fallimento (Maffei Alberti “*Commentario breve alla LEGGE FALLIMENTARE*”, Cedam, 2000, sub a. 6, V, 2, pag. 28).

Insomma, il tribunale decide sul ricorso presentato dal P.M. e non sulla segnalazione del tribunale stesso: ineluttabilmente l’oggetto del nuovo giudizio sarà diverso da quello del processo estinto per desistenza del creditore, con perfetta osservanza del principio di terzietà del giudice.

D’altro canto, se si accedesse a conclusioni diverse, si dovrebbe optare per la violazione dell’art. 111 Cost. anche quando la segnalazione dell’insolvenza riguardi un terzo, diverso dal debitore soggetto all’istruttoria prefallimentare: ipotesi incoerentemente ritenuta ammissibile ai sensi dell’ art. 7, c. 2, l. Fall. dalla pronuncia di legittimità n. 4632/2009.

La posizione del giudice che assume quest’ultima iniziativa pare del tutto identica a quella riguardante la segnalazione a carico del debitore: varrebbero, quindi, le medesime considerazioni in punto di terzietà e di imparzialità.

6. Secondo la pronuncia 4632/2009 l’art. 7, punto 2, l. Fall. limiterebbe il potere di segnalazione del giudice civile all’ipotesi in cui l’insolvenza risulti, nei riguardi di soggetti diversi da quelli destinatari dell’iniziativa, in un procedimento diverso da quello rivolto alla dichiarazione di fallimento; nello stesso senso deporrebbero gli interventi correttivi del D.L. vo 169/2007, che hanno reso totalmente estranea al sistema l’ingerenza dell’organo giudicante sulla nascita o l’ultrattività della procedura: la norma si riferirebbe ad ogni procedimento diverso da quello per la dichiarazione di fallimento.

La lettura offerta non convince, perché pretermette il valore, sotto il profilo interpretativo, della nuova formulazione dell’ art. 7, punto 2, laddove, il generico riferimento al “*procedimento civile*” ha sostituito il precedente, più circoscritto, “*giudizio civile*” di cui all’ abrogato art. 8 l. Fall. La modifica consente di ricondurre l’iniziativa della segnalazione nell’ambito di qualsiasi tipo di procedimento di cognizione, ordinario, speciale e camerale e di esecuzione. Secondo alcuni, ricomprende anche i processi speciali, come quello amministrativo e tributario.

A fortiori vi rientra l’istruttoria prefallimentare, riconducibile a pieno titolo nella nozione di processo civile a cognizione ordinaria. Sul punto concorda la più volte citata sentenza della suprema corte di cassazione, con il *distinguo* della limitazione, quanto alla rilevanza, esclusivamente alla ipotesi dell’insolvenza di un imprenditore terzo (cioè diverso dal debitore fallendo).

Si tratta di interpretazione restrittiva di dubbia cittadinanza costituzionale: l’ipotizzato problema dell’ imparzialità e della terzietà del giudice si ripropor-

rebbe, infatti, negli stessi identici termini, soggettivi ed oggettivi, delineati con riferimento all'ipotesi di segnalazione dell'insolvenza del debitore, soggetto all'istruttoria prefallimentare, rendendo assolutamente irragionevole, ai sensi dell'art. 3 Cost., la diversità dei trattamenti prospettati.

Inoltre, se si concludesse in tal senso, si finirebbe per l'ammettere che *la legittimazione alla segnalazione possa dipendere dall'oggetto e/o dall'attività svolta nello specifico giudizio*, con l'inevitabile ed illogica conseguenza di una disciplina diversa della *notitia decoctionis* e del potere di azione fallimentare del P.M., a seconda del soggetto in stato di insolvenza: differenza non prevista dalle disposizioni dell' art. 7 l. Fall. e distonica rispetto alla *ratio* generale della riforma.

7. D'altra parte, sull' ambito applicativo dell' art. 7, punto 2, si è espressa senza equivoci la relazione ministeriale: la volontà del legislatore della riforma era quella di attribuire al P.M. il potere di azione fallimentare anche per il caso della segnalazione "qualificata" dell'insolvenza proveniente dal tribunale fallimentare, in caso di rinuncia del creditore istante alla domanda, da intendersi come strumento di necessario bilanciamento dell'eliminazione del c.d. potere officioso del tribunale.

Non sfugge che la relazione allegata al progetto legislativo non vincola sul piano dell'ermeneutica, ma, senza dubbio, rappresenta un elemento importante e imprescindibile per il procedimento interpretativo, sia in funzione della ricostruzione sistematica della *voluntas legis*, sia per l'individuazione dell'ambito precettivo della disposizione in esame.

Merita essere rimarcato che la lettura offerta dal relatore si allinea coerentemente alla struttura del nuovo procedimento fallimentare, considerato a pieno titolo quale processo di cognizione ordinaria ad iniziativa di parte, nel quale il P.M. rappresenta (a differenza del passato: oltre all'iniziativa del P.M., ridotta al rango di "potere di mera segnalazione al tribunale", esisteva "l'assorbente" potere del tribunale di procedere *ex officio*) l'unico soggetto "pubblico" legittimato ad agire in via fallimentare nell' interesse pubblico.

Solo in questa logica si spiegano le efficaci constatazioni secondo le quali *"Il P.M. conclude, pertanto, in analogia alle regole processuali di diritto comune, il cammino che lo porta in sede concorsuale da titolare di in potere di impulso processuale di intensità diversa dal potere di azione in senso stretto spettante al creditore nonché dal diritto soggettivo a titolare di uno speciale diritto di azione (editio actionis) in linea con le norme di diritto comune che gli riconoscono l'iniziativa nel processo civile"* e *"abolito il potere del tribunale di procedere alla*

dichiarazione di fallimento senza domanda di parte (artt. 6, 8), al P.M. viene affidato il ruolo di autorità pubblica che funge da collettore della segnalazioni provenienti dal giudice penale e dal giudice civile” (Grossi, La riforma della legge fallimentare, Giuffrè, 2008, pagg. 47 – 48 - 49).

Sicchè, del tutto coerentemente con il sistema e con la sede naturale (pre-fallimentare: non ne esistono di più qualificate, per quanto qui interessa), nella quale l’insolvenza è emersa, si è ragionevolmente argomentato (De Santis, op. cit., p. 533) che *la notitia decoctionis mantiene il suo potenziale interesse ai fini dell’attivazione dell’iniziativa del PM anche in caso di desistenza*: situazione nella quale il pericolo di pagamenti preferenziali, a favore dei creditori che hanno chiesto il fallimento, appare elevatissimo (si evidenzia che nel caso in esame significativamente si sono succedute ben tre domande di fallimento nel corso di un anno, sistematicamente rinunciate).

8. Neppure meritano seguito le obiezioni di carattere testuale o sistematico fondate su riferimenti alla disciplina del concordato preventivo, in particolare, agli artt. 162, 173, 180 e 186, e dell’estensione del fallimento ex art. 147 l. Fall.

Nel primo caso la mancata previsione di un potere di segnalazione deriva dall’aver previsto la riforma del 2007 la comunicazione al P.M. della domanda di concordato preventivo (a. 161, ultimo comma) e dell’apertura del procedimento di revoca dell’ammissione al concordato (a. 173, comma 1): le comunicazioni al P.M. vanno considerate sintomatiche della volontà del legislatore di assicurare la partecipazione del pubblico ministero al procedimento, soprattutto, ma non solo, in funzione dell’attivazione del potere di richiedere il fallimento.

Infatti, le previsioni normative che sanciscono la contestualità fra decreto negativo in tema di concordato e sentenza di dichiarazione del fallimento, su richiesta del P.M. (o su istanza del creditore: curiosamente si invertono i termini rispetto al “vecchio” articolo 6), sembrano dare per scontata una sorta di immanenza del P.M. nel procedimento di concordato preventivo: altrimenti, questi non sarebbe “pronto”, prima dell’adozione del decreto, per depositare il ricorso e per provare i presupposti soggettivi ed oggettivi di cui agli aa. 1 e 5 L. fall. per l’accoglimento con sentenza della domanda.

Per quanto riguarda l’istituto dell’estensione del fallimento ai soci vale la pena sottolineare che, comunque, l’art. 147 l. Fall. attribuisce il potere di iniziativa anche ad un’altra figura pubblica della procedura: il curatore, che agisce, al pari del P.M., a tutela e nel nome di un pubblico interesse.

Insomma, non ammettere la segnalazione da parte del tribunale fallimentare, in caso di desistenza del creditore, finirebbe, contrariamente alla *ratio* dell’in-

tero sistema in materia di procedura fallimentare, per sacrificare, solo in questa ipotesi, l'interesse pubblico nel nome del quale agisce il Pubblico Ministro.

9. Non a caso altri argomenti di conforto della soluzione positiva si ricavano dall'art. 238 l. fall., che consente al P.M. di esercitare l'azione penale per i reati di bancarotta. prima della dichiarazione di fallimento, sia nei casi di cui all'art. 7 l. fall., sia quando sussistono gravi motivi e, congiuntamente, sia stata o venga presentata «domanda» affinché venga pronunciato il fallimento: è irragionevole rafforzare i poteri del P.M. per la persecuzione e la repressione dei reati e, allo stesso tempo, privarlo del potere di azione esclusivamente nell'ipotesi della *notitia decotionis* trasmessa dal giudice della procedura prefallimentare conclusasi per desistenza del creditore.

Così ragionando, poiché per “diritto vivente” la sentenza di fallimento ha carattere di “condizione di esistenza” del reato fallimentare (così, ad esempio, Cass., sez. V, 08 aprile 2008, n. 29907, C., *CED Cass. pen. 2008, 240444*), nell'ipotesi di desistenza del creditore, il Pubblico Ministero non è in grado di svolgere il ruolo istituzionale di “*pubblico accusatore*” nella giurisdizione penale: la soluzione induce seri dubbi di legittimità costituzionale, tanto avuto riguardo ai principi di eguaglianza e di ragionevolezza (a. 3 Cost.), quanto con riferimento al principio di obbligatorietà dell'azione penale (a. 112 Cost.). Diversamente, l'interpretazione qui condivisa appare “*costituzionalmente orientata*”.


10. Infine, in sintonia con quanto evidenziato, *mutatis mutandis*, per il procedimento penale, non deve sfuggire che il diritto positivo affida la chiave di risoluzione dei dubbi, in materia di rispetto dei principi di terzietà e di imparzialità del giudice, agli istituti dell'astensione e della ricusazione di cui agli artt. 51 e 52 c.p.c.: rappresentano il mezzo generale voluto dal legislatore per assicurare nel processo il rispetto di quei fondamentali principi.

Non a caso il problema, in concreto, riguarda la situazione del giudice chiamato a decidere sulla richiesta del P.M., avanzata dopo la segnalazione del tribunale fallimentare, che ha svolto la istruttoria: non esistono ragioni logiche e giuridiche per escludere la fattispecie dal novero delle ipotesi di astensione obbligatoria di cui all' art. 51 c.p.c.

In altri termini, l'ordinamento processuale prevede un meccanismo generale ed esclusivo che “scioglie” i dubbi in merito alla terzietà del giudice, assicurando alle parti adeguati poteri di tutela. Ivi compreso il potere di impugnazione della sentenza, qualora la ricusazione venisse respinta.

In conclusione, alla stregua delle argomentazioni e delle considerazioni svolte, appare conclusione interpretativa costituzionalmente orientata quella secondo la quale il P.M. ha legittimazione attiva nel processo fallimentare, anche nell'ipotesi di segnalazione da parte del tribunale fallimentare dei sintomi di insolvenza emersi nel corso dell'istruttoria fallimentare, in caso di desistenza (rinuncia) del creditore procedente.

Finito di stampare
da Arti Grafiche Ramberti
nel mese di maggio 2013



TU vuoi più semplicità
nella gestione del tuo business.

NOI ti offriamo
**CONTO BUSINESS
INSIEME.**

La soluzione migliore è sempre quella più semplice. Per questo nasce Conto Business Insieme, il conto corrente flessibile che aiuta i piccoli imprenditori ad amministrare il proprio business. Permette di scegliere il canone più adatto, riducibile con la sottoscrizione di nuovi prodotti, gestire incassi e pagamenti, eseguire bonifici tramite internet e telefono senza commissioni e accedere al servizio POS di Setefi. Inoltre, con le due carte Commercial e Superflash Commercial, consente di fare acquisti ovunque con un alto grado di sicurezza. Perché gestire una piccola impresa è sempre un grande lavoro.

BUSINESS
INSIEME
CONTO

Vieni in Filiale a parlarne con uno dei nostri gestori.
www.smallbusiness.intesanapaolo.com

Messaggio pubblicitario con finalità promozionale. Per le condizioni economiche e contrattuali dei prodotti/servizi/finanziamenti consultare i Fogli informativi a disposizione in Filiale e sui siti internet delle Banche che commercializzano il conto. La concessione delle carte e dei finanziamenti è soggetta alla valutazione della Banca.

Banca del gruppo
INTESA  SANPAOLO



**CASSA DEI RISPARMI
DI FORLÌ E DELLA ROMAGNA
Vicini a voi.**