

**LA RIFORMA DEL DIRITTO FALLIMENTARE.
DALLA LEGGE 80/2005 AL D.LGS. 5/2006**

**IL NUOVO CONCORDATO PREVENTIVO, LE NOVITA' DELLA
RIFORMA E PRIME APPLICAZIONI GIURISPRUDENZIALI**

CONVEGNO DEL 7 GIUGNO 2006

DR. MASSIMO GABALLO

1. PREMESSA.

Il nuovo concordato preventivo è stato introdotto da circa un anno. Ritengo pertanto opportuno tralasciare la descrizione della relativa disciplina, ormai nota agli operatori del settore, per soffermarmi su qualche problema interpretativo.

Le nuove norme, introdotte frettolosamente con lo strumento improprio del decreto legge nel maggio 2005, presentano numerosi e grossolani difetti di coordinamento con le altre norme della legge fallimentare non modificate neppure dalla successiva riforma organica di cui al D.L.vo 9.1.2006 n. 5, peraltro non ancora vigente. Infatti la riforma, sulla cui organicità vi è qualche motivo di dubbio, è stata a sua volta estrapolata da un più ampio testo governativo, il c.d. maxi-emendamento del 23 dicembre 2004 ad altro testo in discussione al Senato fin dal 2002.

Mi limito pertanto a schematiche **considerazioni introduttive sulla ratio della nuova disciplina** che possono fornire validi spunti interpretativi.

La **vecchia disciplina** del risanamento aziendale, che si articolava negli istituti del concordato preventivo e dell' amministrazione controllata, era ritenuta poco efficace: in primo luogo le relative procedure venivano di solito attivate in ritardo, quando la crisi era ormai irreversibile, per la riluttanza dell' imprenditore a dichiarare il suo stato d' insolvenza; inoltre le procedure erano eccessivamente rigide: si pensi alla percentuale minima del 40% di soddisfazione dei chirografari nel vecchio concordato preventivo o al presupposto dell' integrale soddisfazione dei creditori nell' amministrazione controllata.

Si ricorreva pertanto a soluzioni concordate stragiudiziali più agili e flessibili che avevano però il difetto di non tutelare i soggetti finanziatori dai rischi di revocatoria e di incriminazione per reati fallimentari.

Di qui l' esigenza di una normativa incentivante del risanamento aziendale e deflattiva del fallimento, caratterizzata dalla massima varietà delle forme di risanamento e dalla tutela delle iniziative non fraudolente.

L' accesso alla procedura di concordato preventivo è stato nettamente facilitato eliminando i requisiti di meritevolezza dell' imprenditore e i vincoli contenutistici del piano concordatario, in particolare la percentuale minima di soddisfazione dei creditori chirografari, riducendo le maggioranze richieste, ridimensionando i poteri del tribunale e semplificando la procedura.

2. LO STATO DI CRISI.

Secondo il previgente art. 160 L.F. il presupposto oggettivo del concordato preventivo era uno stato d' insolvenza che non si differenziava da quello del fallimento, se non sotto il profilo che nel concordato l' insolvenza non doveva essere di tale gravità da impedire una prognosi favorevole in ordine al pagamento dei creditori, almeno nei tempi e nelle misure minime previste dalla legge; ne conseguiva la dichiarazione di fallimento automatica in caso di inammissibilità della proposta di concordato (art. 162 L.F.), ovvero in caso di mancato deposito della somma stabilita per le spese di procedura, ovvero ancora in caso di attività fraudolente o non autorizzate del debitore (art. 173 L.F.), mancata approvazione (art. 179 L.F.) e omologazione (art. 181 comma 2 L.F.), risoluzione o annullamento del concordato (art. 186).

L' art. 160 novellato dalla legge n. 80 del 2005 consente la proposizione del concordato all' *imprenditore che si trova in "stato di crisi"*. L' art. 2 dello schema del disegno di legge di riforma delle procedure concorsuali redatto dalla Commissione istituita con DM 27.2.2004 dal Ministero della Giustizia definiva espressamente la crisi come *la situazione patrimoniale, economica o finanziaria in cui si trova l' impresa, tale da determinare il rischio di insolvenza*. **La normativa vigente invece non definisce in alcun modo lo stato di crisi**, per cui è sorto il problema di stabilire in concreto in che cosa si differenzia lo stato di crisi da quello di insolvenza.

Le prime **applicazioni giurisprudenziali**, ovviamente di merito, hanno visto due orientamenti: quello maggioritario, facendo leva sul dato sistematico del carattere fortemente incentivante della nuova disciplina, ha

accolto l'accezione più ampia della nozione di stato di crisi, riconducendovi qualsiasi situazione di difficoltà imprenditoriale che richieda un accordo col ceto creditorio, compreso lo stato d'insolvenza; non sono però mancate pronunce di segno opposto che hanno ritenuto non applicabile la procedura all'imprenditore in stato d'insolvenza, limitandone in tal modo drasticamente l'ambito di operatività.

Per fare chiarezza sulla nozione di crisi è intervenuto il DL.vo 30.12.2005 n. 273 che ha inserito nell'art. 160 L.F. un comma 2 per precisare che *ai fini di cui al primo comma per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza.*

A ben vedere ancora non abbiamo una **definizione giuridica dello stato di crisi**, che resta una nozione di carattere prettamente aziendalistico, ma il problema non ha effettiva rilevanza pratica perché appare difficile ipotizzare che chieda di essere ammesso al concordato preventivo un imprenditore che non versi quantomeno nella temporanea difficoltà di adempimento, attuale presupposto per accedere all'amministrazione controllata, della quale non a caso è prevista la soppressione.

Se lo stato di crisi è più ampio dell'insolvenza dobbiamo fare i conti con tutte le norme della legge fallimentare, non modificate, che prevedono l'**automatica conversione del concordato preventivo in fallimento** nelle ipotesi di esito non positivo del concordato menzionate nel paragrafo precedente. Mentre in passato, stante l'identità del presupposto oggettivo dello stato d'insolvenza, la mera richiesta di essere ammesso alla procedura di concordato preventivo equivaleva alla confessione dello stato d'insolvenza, oggi per farsi luogo alla dichiarazione di fallimento deve essere sempre accertato lo stato di insolvenza su richiesta di un creditore o del pubblico ministero, non essendo più prevista l'iniziativa d'ufficio, e con l'osservanza delle garanzie previste dall'art. 15 novellato.

In tema di presupposto soggettivo può sorgere il dubbio ulteriore **se al concordato preventivo possa accedere solo l'imprenditore soggetto a fallimento**, in considerazione del consistente ampliamento dell'area di non fallibilità determinato dall'art. 15 ultimo comma novellato. La soluzione positiva deve essere ancora preferita in considerazione del richiamo espresso contenuto dall'art. 2221 c.c. al fallimento e al concordato preventivo per gli imprenditori commerciali non piccoli, e anche in considerazione del nome dell'istituto, dove l'aggettivo "preventivo" indica la funzione di prevenzione rispetto ad altra procedura che non può essere altro che quella fallimentare.

I problemi più spinosi, che per ragioni di tempo non possono essere risolti in questa sede, derivano dal fatto che **la novella non ha modificato le norme che stabiliscono gli effetti del concordato preventivo**, rapportati all'impresa insolvente: si pensi alla sospensione del corso degli interessi, alla sospensione delle azioni esecutive, al regime speciale della compensazione e delle obbligazioni in solido. Tali conseguenze sono evidentemente adeguate e appropriate in relazione a imprese che devono far fronte a situazioni di vera e propria insolvenza e risultano correlate anche alla *par condicio*, mentre sarebbero non giustificate e sospette di incostituzionalità per ipotesi di mero risanamento dell'impresa in crisi ma non insolvente. Infatti l'effetto principale del concordato è quello di obbligare i creditori dissenzienti ad accettare un contenuto economico non voluto, di solito perché relativo ad una percentuale di soddisfazione troppo bassa, ma questo effetto esdebitatorio del concordato preventivo non sarebbe giustificato dal risanamento di una crisi che non consista in qualche forma d'insolvenza.

3. IL TRATTAMENTO DEI CREDITORI PRIVILEGIATI.

Il nuovo concordato preventivo può prevedere il **pagamento parziale dei creditori privilegiati**, una volta venuta meno l'espressa previsione del pagamento integrale del previgente art. 160 comma 2 n. 1?

Dalla soluzione che si dà a questo quesito dipende gran parte della funzionalità del concordato preventivo perché il pagamento integrale dei creditori privilegiati costituisce il più rilevante elemento di rigidità della nuova disciplina, dopo che è stata abolita la percentuale minima di soddisfazione dei creditori chirografari.

Il legislatore non dice espressamente se i privilegiati devono essere integralmente soddisfatti, mentre l'interpretazione sistematica, specie se si considera l'imminente riforma organica del D.L.vo 5/2006, sembra far propendere per la soluzione negativa, conforme del resto alla *ratio* incentivante della riforma.

La norma più specifica su questo argomento è l'art. 160 LF laddove si legge che il piano proposto dal debitore *può prevedere ... c) la suddivisione dei creditori in classi secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei; d) trattamenti differenziati tra creditori appartenenti a classi diverse.*

Si osserva in primo luogo che la norma prevede la possibilità di

trattamenti differenziati tra creditori appartenenti a classi diverse senza distinguere tra creditori chirografari e privilegiati; se la possibilità di trattamenti differenziati fosse stata limitata ai creditori chirografari la norma lo avrebbe specificato.

Inoltre, poiché la legge stabilisce una differenza di posizione giuridica tra creditori privilegiati e chirografari, e ulteriori differenze di grado tra i soli creditori privilegiati, la norma sopra menzionata avrebbe un senso solo se fosse consentito prevedere trattamenti differenziati tra i creditori privilegiati; infatti il trattamento differenziato tra classi di creditori chirografari non potrebbe derivare da una diversa posizione giuridica degli stessi, ma solo dagli interessi economici omogenei.

La giurisprudenza, specie quella precedente al D.Lvo 5/2006, non considera ammissibile il pagamento parziale del creditori privilegiati facendo leva soprattutto sull' art. 177 novellato (dal DL 35/2005) che al terzo comma dispone – come la disciplina previgente – che *i creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, ancorché la garanzia sia contestata, non hanno diritto al voto se non rinunciano al diritto di prelazione* (Tribunale Salerno sentenza 3.6.2005 n. 2890, Tribunale Sulmona decreto 9.6.2005).

In particolare il Tribunale Torino nella sentenza 17.11.2005 ha respinto l' interpretazione secondo la quale il divieto di voto previsto dall' art. 177 3° comma riguarderebbe solo i creditori con privilegio che tali sono rimasti per essere stati inseriti in classi con previsione di soddisfazione integrale, e non quelli inseriti in classi con soddisfazione parziale, perché se avesse avuto questa intenzione il legislatore lo avrebbe affermato espressamente.

In realtà l' argomento della privazione del diritto di voto non appare decisivo per negare la possibilità di una soddisfazione parziale dei creditori privilegiati perché ai privilegiati soddisfatti parzialmente dovrebbe essere attribuito il diritto di voto per la parte non soddisfatta.

Altro argomento forte di tale giurisprudenza è quello che i creditori privilegiati non possono essere espropriati del loro privilegio se non in forza di una previsione di legge.

Va però rilevato che a ben vedere la maggioranza che approva un concordato espropria comunque i creditori chirografari della percentuale di credito della quale non si prevede la soddisfazione; a questo punto non si ravvisano ostacoli concettuali alla falcidia dei creditori privilegiati inseriti in una classe, che ha espresso il suo consenso a maggioranza, mentre l' eventuale dissenso di tale classe potrebbe essere superato solo dal giudizio di convenienza del tribunale rispetto alla soddisfazione prevedibile in caso di fallimento (c.d. *cram down*).

La riforma organica, peraltro non ancora in vigore, introdurrà ulteriori innovazioni significative sotto il profilo sistematico nel senso della possibile soddisfazione parziale dei creditori privilegiati.

In primo luogo la **nuova disciplina del concordato fallimentare**, la cui proposta può avere un contenuto identico a quello del concordato preventivo, prevede espressamente, al terzo comma dell' art. 124 LF, la possibilità *che i creditori muniti di diritto di prelazione non vengano soddisfatti integralmente, purchè il piano ne preveda la soddisfazione in misura non inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di vendita.*

Inoltre l' art. 182 *ter* introduce il nuovo istituto della **transazione fiscale** dove si prevede espressamente la soddisfazione parziale del credito erariale privilegiato precisando che *i tempi di pagamento e le eventuali garanzie non possono essere inferiori a quelli offerti ai creditori – anche diversi dall' Erario – che hanno un grado di privilegio inferiore o a quelli che hanno una posizione giuridica e interessi economici omogenei a quelli delle agenzie fiscali.* Si stabilisce quindi che i creditori privilegiati di grado successivo non possono avere un trattamento migliore di quelli dell' Erario privilegiati falciati dalla transazione fiscale.

Può quindi ipotizzarsi che la posizione negativa della giurisprudenza possa modificarsi dopo l' entrata in vigore della riforma organica.

4. LA RELAZIONE DEL PROFESSIONISTA NELLA FASE DI AMMISSIONE ALLA PROCEDURA.

La nuova normativa, nell' ottica incentivante già evidenziata, ha eliminato tutti i requisiti di meritevolezza dell' imprenditore, in particolare la contabilità regolare che ai sensi del vecchio art. 161 doveva essere presentata insieme al ricorso. **Il nuovo art. 161 non prevede il deposito delle scritture contabili** (anche se l' art. 170 prevede che il GD vi annota il decreto di ammissione al concordato e l' art. 171 prevede che il commissario giudiziale le consulti per verificare l' elenco dei creditori e dei debitori), ma si accontenta di atti redatti *ad hoc* dal ricorrente accompagnati dalla *relazione di un professionista di cui all' art. 28 che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano medesimo.*

Questa relazione svolge un ruolo fondamentale nella fase preliminare di ammissione alla procedura concordataria perché, non essendo prevista alcuna attività istruttoria, solo su di essa si fonda il giudizio di ammissibilità

del tribunale.

Infatti l' art. 163 LF subordina l' ammissione alla procedura di concordato preventivo alla **verifica da parte del tribunale della completezza e regolarità della documentazione** (salvo il sindacato più incisivo sui criteri della eventuale suddivisione dei creditori in classi).

La mancata previsione di un' attività istruttoria non può peraltro escludere, nel caso di piani particolarmente complessi, la necessità di ricorrere ad una consulenza, considerato che il termine di sei mesi, prorogabile ad otto, per la definizione della procedura, non è di fatto perentorio, in assenza di alcuna sanzione processuale.

Sul punto si segnala l' ordinanza del Tribunale di Pescara del 20.10.2005 dove si legge che *la relazione del professionista non può limitarsi ad attestare genericamente la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano, o a prendere in considerazione dati meramente formali, ma deve contenere la **motivazione sostanziale ed oggettiva della attestazione di veridicità** ed avere riguardo ai dati contabili ed extracontabili relativi all' azienda del debitore ... necessari per la formulazione di un giudizio serio e approfondito sulla fattibilità del piano. Pertanto, relazioni generiche, approssimative, immotivate o meramente ripetitive delle previsioni del piano proposto dal debitore, senza alcuna valutazione critica e ragionata dello stesso, non possono superare il vaglio di completezza e regolarità rimesso al tribunale.*

In sostanza, come osserva il Tribunale di Torino nella sentenza 17.11.2005, *la relazione, essendo **diretta a sostituire l' attività istruttoria del Tribunale e a garantire che i creditori siano adeguatamente e correttamente informati sugli esatti termini della proposta**, non può essere un mero atto di fede nei dati aziendali. Anche se la legge non precisa la natura e soprattutto i limiti degli accertamenti affidati al professionista, è evidente che, se al predetto viene demandata l' attestazione della veridicità dei dati, ciò non può che essere il risultato di una qualche forma di verifica ... apparendo sufficiente che nelle sue attestazioni compaia comunque una motivata assunzione di responsabilità propria in ordine al risultato.*

Pertanto secondo il predetto orientamento giurisprudenziale, senz' altro preferibile a quello che richiede una verifica puramente formale della regolarità della documentazione, questo controllo "di merito" sulla attendibilità della relazione ha la **funzione di tutelare i creditori**, i quali devono essere posti in condizione di aderire o meno alla proposta concordataria conoscendo la effettiva situazione economica e patrimoniale dell' impresa (e anche degli eventuali soci illimitatamente responsabili che

fallirebbero personalmente) per valutarne la convenienza rispetto all'alternativa fallimentare.

Ne consegue che il professionista deve controllare la contabilità effettiva compresa quella c.d. fiscalmente riservata, oppure in caso di assenza deve ricostruirla, con le intuibili problematiche deontologiche, trattandosi di professionista nominato dallo stesso debitore. Essendo stato eliminato il requisito della meritevolezza, non tutte le operazioni illecite sono rilevanti, ma tali devono ritenersi quelle condotte, anche anteriori alla presentazione della proposta, che abbiano leso la *par condicio creditorum* o i creditori nel loro complesso sottraendo al concorso dei creditori, o quantomeno al loro controllo, parte del patrimonio.

Sempre in fase di ammissione il Tribunale deve anche valutare la relazione del professionista, oltre che per la sua idoneità a informare i creditori sulla reale situazione della società, anche sotto il profilo della fattibilità della proposta, intesa come validità dal punto di vista imprenditoriale. Infatti i creditori sono chiamati a esprimere il consenso su un piano e sui suoi risultati economici, sicchè lo stesso deve avere realisticamente una ragionevole probabilità di successo. Sul punto la relazione dovrà essere congruamente motivata, in modo da consentire il controllo pubblico, del commissario e del tribunale, proprio in ordine alla correttezza dell'operato dell'imprenditore, alla veridicità dei dati esposti ed alla fattibilità del piano.

Va precisato che nell'ambito della relazione del professionista deve distinguersi una parte certificativa, relativa ai dati contabili, da una parte valutativa, relativa al valore dei cespiti, nella quale si formula una prognosi sul ricavo della loro alienazione futura. La parte valutativa della relazione appare particolarmente complessa nei concordati con finalità di recupero dell'azienda, nei quali il giudizio di fattibilità deve fondarsi sull'analisi della potenzialità dell'impresa di generare la liquidità necessaria per rispettare le modalità di rientro dal debito in relazione al prevedibile andamento futuro del mercato, con la conseguenza di un minor rigore nella valutazione della responsabilità per colpa in caso di esito negativo della procedura.

L'art. 162 LF, rimasto immutato, disciplina il caso di **giudizio negativo sull'ammissibilità della domanda** *se non ricorrono le condizioni previste dal primo comma dell'art. 160 o se (il tribunale) ritiene che la proposta di concordato non risponde alle condizioni indicate nel secondo comma dello stesso articolo. In tali casi il tribunale dichiara d'ufficio il*

fallimento del debitore.

In primo luogo deve ritenersi che il debitore proponente, il quale deve essere convocato in camera di consiglio per esercitare il diritto di difesa (Corte Cost. sent. 110/72), possa modificare o integrare la domanda.

Se però il tribunale, in esito all' istruttoria camerale, ritenesse che non ricorrano i presupposti di ammissibilità (ad es. sotto il profilo della regolarità della documentazione), dovrebbe dichiarare inammissibile la proposta e (dopo l' entrata in vigore della riforma) su richiesta di un creditore o del PM, procedere ai sensi dell' art. 15 LF per l' eventuale dichiarazione di fallimento.

5. IL RUOLO DEL COMMISSARIO GIUDIZIALE.

Ai sensi dell' art. 171 LF, dopo l' ammissione alla procedura di concordato preventivo il commissario giudiziale nominato dal tribunale, espressamente definito pubblico ufficiale dall' art. 165 LF, *deve procedere alla verifica dell' elenco dei creditori e dei debitori con la scorta delle scritture contabili presentate a norma dell' art. 161* (che come già detto non ne prevede più il deposito) *apportando le necessarie rettifiche*. Deve ovviamente trattarsi di **meri errori materiali** perché l' omessa denuncia dolosa di uno o più crediti o l' esposizione di passività insussistenti comporta, ai sensi dell' art. 173 LF, l' obbligo del commissario di riferire al tribunale per l' eventuale dichiarazione di fallimento, sempre previa verifica dello stato di insolvenza.

Tale controllo del commissario giudiziale sulla contabilità, i cui esiti confluiscono nella relazione all' adunanza dei creditori di cui all' art. 175 LF e nel parere finale di cui all' art. 180 comma 2 LF, è funzionale al definitivo giudizio del tribunale in sede di omologazione/approvazione.

In particolare la prevalente giurisprudenza ritiene che, nonostante l' attuale irrilevanza del giudizio ancora previsto dall' art. 172, sulle cause del dissesto, sulla condotta del debitore e sulle garanzie offerte ai creditori, **il parere finale del commissario giudiziale debba ancora pronunciarsi sulla convenienza economica** della proposta di concordato al fine di mettere il ceto creditorio in grado di esprimere un voto il più possibile informato.

6. IL SINDACATO DEL TRIBUNALE NELL'

OMOLOGAZIONE

Una volta raggiunte le maggioranze previste, l'accordo deve essere omologato o approvato dal Tribunale.

Che cosa deve verificare in concreto il Tribunale ?

Secondo la lettera dell' art. 180 il tribunale dovrebbe limitarsi a verificare il raggiungimento delle maggioranze, salvo che non debba valutare l' opposizione di qualche controinteressato ovvero superare il dissenso di qualche classe di creditori, nel qual caso deve verificare che i creditori delle classi dissenzienti possano risultare soddisfatti in misura non inferiore rispetto al fallimento.

Il prevalente orientamento della giurisprudenza di merito attribuisce al tribunale un **nuovo controllo di merito sulla fattibilità dell' accordo**, dopo quello già effettuato in fase di ammissione.

In questa fase però il giudizio deve essere espresso non più solo in base alle allegazioni dello stesso ricorrente, come avviene in sede di ammissione alla procedura, ma **anche sulla base delle verifiche e degli accertamenti condotti su impulso del commissario giudiziale** a seguito dell' apertura della procedura. A tale scopo la norma attribuisce al tribunale poteri istruttori anche d' ufficio e quindi svincolati da eventuali opposizioni all' omologazione.

In particolare, secondo il Tribunale di Monza (sentenza 16.10.2005), dalla mancata modifica dell' art. 173 LF, che prevede la declaratoria di fallimento, tra l' altro, *se in qualunque momento risulta che mancano le condizioni prescritte per l' ammissibilità del concordato*, dovrebbe desumersi in via sistematica la volontà del legislatore di conservare al tribunale il potere di interrompere la procedura concordataria tutte le volte che per qualunque motivo, anche per eventi sopravvenuti, la proposta iniziale divenga "non fattibile".

Nello stesso senso si è espresso il Tribunale di Pescara nell' ordinanza 20.10.2005, secondo la quale la "fattibilità" consiste nella *sostenibilità e nella coerenza del programma di azione prospettato dal debitore, da valutare in relazione alle concrete modalità in cui questo si articola. In generale può dirsi che il piano deve essere coerente con la situazione di partenza; compatibile con le dinamiche del settore in cui opera l' impresa e con i risultati storici della stessa; concretamente attuabile in considerazione delle risorse già disponibili e di quelle ragionevolmente prevedibili (quali risultati della liquidazione di beni ceduti o della continuazione dell' attività imprenditoriale da parte del debitore o di un assuntore) rapportate all'*

ammontare dei crediti da soddisfare. Anche la fattibilità deve essere valutata, in sede di omologazione, alla luce delle verifiche e delle valutazioni compiute dal commissario giudiziale ed in prospettiva attuale (non avrebbe senso non tenere conto dei mutamenti della situazione di partenza intervenuti in corso di procedura e suscettibili di incidere sulla attuabilità del piano).

Deve pertanto ritenersi che il tribunale in sede di omologa, anche in assenza di opposizioni di creditori o di classi dissenzienti, sia tenuto a riesaminare le condizioni di ammissibilità del concordato e in particolare l' idoneità della documentazione prodotta a dimostrarne la fattibilità, nei termini già indicati in sede di ammissione. Tale potere trova fondamento, come giustamente rilevato dal Tribunale di Monza, nel potere di verificare in qualsiasi momento - e quindi anche in sede di omologa del concordato - se mancano le condizioni prescritte per l' ammissibilità dello stesso. Resta invece estraneo al tribunale il **giudizio sulla convenienza**, limitato all' ipotesi di classi dissenzienti, come pure il **giudizio sulla meritevolezza**, salva la ricorrenza di condotte fraudolente in danno dei creditori o di attività gestoria eccedente l' ordinaria amministrazione non autorizzata ex art. 167 LF, nel qual caso il concordato non può essere omologato e, previo accertamento dell' insolvenza, dovrebbe dichiararsi il fallimento.

7. I PROFILI PENALISTICI DELLA RIFORMA.

Abbiamo già visto che il legislatore della riforma non si è preoccupato di coordinarla col resto della disciplina concorsuale; a maggior ragione si è totalmente disinteressato delle ricadute penalistiche della stessa, con i conseguenti problemi interpretativi.

Provo ad anticiparne qualcuno relativo al concordato preventivo senza pretese di completezza.

Anche sotto il profilo penalistico il primo problema deriva dal **nuovo presupposto oggettivo costituito dallo stato di crisi**.

L' art. 236 comma 2 n. 1 e 2 LF, in relazione alla bancarotta impropria, equipara il fallimento al concordato preventivo e all' amministrazione controllata, basandosi come presupposto oggettivo sullo stato d' insolvenza o sulla temporanea difficoltà di adempiere le proprie obbligazioni. La nuova normativa ha mutato e ampliato il presupposto oggettivo del concordato preventivo dal momento che lo stato di crisi, per quanto sopra osservato, è certamente più ampio e meno definito dello stato d' insolvenza. Se lo stato di crisi dovesse ritenersi più ampio anche della temporanea difficoltà di

adempiere ne conseguirebbe una dilatazione della fattispecie incriminatrice.

Ben più rilevante sotto il profilo pratico è la **tutela penale della veridicità delle informazioni sulla situazione economica** dell' imprenditore che chiede di essere ammesso al concordato. Abbiamo infatti già visto che l' adesione del ceto creditorio alla proposta concordataria presuppone che lo stesso sia posto in grado di conoscere la situazione aziendale al fine di valutare la convenienza del concordato rispetto al fallimento.

Occorre distinguere tra le **informazioni provenienti dal soggetto che chiede di essere ammesso al concordato** e le attestazioni del professionista esterno sulla veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del concordato.

Il soggetto che chiede di essere ammesso al concordato predispone una serie di documenti elencati dal comma 2 dell' art. 161 la cui veridicità è priva di una protezione penale specifica (ricordiamo che il testo della commissione Trevisanato sanzionava penalmente sia le false informazioni che le condotte fraudolente nel corso della procedura). Tuttavia alcune infedeltà dichiarative possono trovare sanzione nel primo comma dell' art. 236 che punisce *con la reclusione da uno a cinque anni l' imprenditore che, al solo scopo di essere ammesso alla procedura di concordato preventivo o di amministrazione controllata, si sia attribuito attività inesistenti, ovvero, per influire sulla formazione delle maggioranze, abbia simulato crediti in tutto o in parte inesistenti*.

Poiché la norma non specifica in che modo debba avvenire la falsa attribuzione (se con dichiarazioni, relazioni, produzioni documentali), il reato deve ritenersi integrato in caso di mendacio sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell' impresa, sull' elenco nominativo dei creditori (in caso di consapevole esclusione di qualcuno di essi, riduzione dell' importo del credito, omessa menzione di cause di prelazione), ovvero ancora sull' elenco dei titolari di diritti reali o personali su beni di proprietà o in possesso del debitore.

Il reato **si consuma istantaneamente** col deposito della documentazione infedele, a prescindere dal raggiungimento del risultato dell' ammissione alla procedura che ne costituisce il **dolo specifico**.

In ossequio al principio di legalità non rientrano in questa fattispecie la sottostima di passività esistenti, come pure condotte genericamente fraudolente come l' omessa indicazione di precedenti operazioni depauperatrici del patrimonio.

Per lo stesso motivo la giurisprudenza di legittimità (Cass. sez. 5 sent. 2.6.1989) limita la punibilità ai soli imprenditori individuali con esclusione dei legali rappresentanti delle società.

A mio avviso, non essendo stato specificato il mezzo decettivo, si potrebbe equiparare la documentazione presentata per l' ammissione al concordato alle comunicazioni al pubblico previste dagli artt. 2621 e 2622 c.c. richiamati dall' art. 223 comma 2 n. 1 LF. Infatti i creditori fanno certamente parte del pubblico, anzi ne costituiscono la parte maggiormente interessata e meritevole di tutela, mentre non sembra dirimente l' osservazione che i creditori sarebbero una massa non indeterminata, dal momento che le false comunicazioni sono punite dalle stesse norme anche quando dirette ai soci, anch' essi non indeterminati.

Diversamente opinando si dovrebbe ricorrere ad altre fattispecie penali meno specifiche come la truffa eventualmente aggravata ovvero la falsità ideologica commessa dal privato in atto pubblico punita dall' art. 483 c.p., se si ritenesse che la relazione del debitore, diretta all' autorità giudiziaria, sia "destinata a provare la verità".

Veniamo ora all' **attestazione del professionista esterno** che ha la funzione di garantire la serietà della proposta concordataria.

Si tratta di una **figura ibrida**, di difficile qualificazione giuridica. Infatti la legge gli attribuisce una **funzione certificativa**, dato che nella fase di ammissione il tribunale non ha altro mezzo per controllare le dichiarazioni del debitore nell' interesse dei debitori e generale; inoltre la legge richiede una qualificazione professionale e soprattutto un **rappporto di estraneità rispetto al debitore proponente**, ricavabile dal richiamo all' art. 28 attualmente vigente (si consideri che all' entrata in vigore del nuovo concordato non esisteva neppure lo schema provvisorio della riforma organica): quindi il professionista non può essere parente o affine, non deve avere prestato attività professionale in suo favore, e non deve essersi ingerito nell' impresa nei due anni precedenti. Tuttavia osta al riconoscimento di una funzione pubblica la nomina da parte dello stesso debitore.

Quid iuris se il tribunale chiedesse al professionista un' integrazione della relazione? In tal caso potrebbe forse sostenersi che il professionista rivesta una funzione di consulenza in favore della procedura, assumendo ai sensi dell' art. 64 c.p.c. le responsabilità penali del CTU per rifiuto di uffici legalmente dovuti (art. 366 c.p.), falsa perizia (art. 373 c.p.), frode processuale (art. 374 c.p.).

In ogni caso, poiché la relazione, destinata all' autorità giudiziaria, è diretta a provare la verità dei dati aziendali, non può dubitarsi della sanzionabilità della falsa attestazione dei dati aziendali oggettivi ai sensi dell' art. 483 c.p., eventualmente in concorso col debitore.