

La responsabilità penale ai sensi dell'art.236 L.F.

di Luigi Ferrajoli - avvocato patrocinante in Cassazione, dottore commercialista e revisore legale

La responsabilità penale prevista dall'art.236 L.F. prende in esame il momento "formativo" della domanda di concordato preventivo, che deve connotarsi, come indicato dall'art.161 L.F., da una serie di dati e documenti veritieri che possano essere idonei a rappresentare, nei confronti dei terzi, il reale stato patrimoniale, economico e finanziario in cui versa l'imprenditore.

Il concordato preventivo, istituito regolato dall'art.160 R.D. n.267/42 (la Legge Fallimentare), è una procedura concorsuale attraverso cui l'imprenditore in stato di crisi, al fine di evitare il fallimento, si propone di raggiungere un accordo con i propri creditori sotto il controllo giudiziario.

Il debitore, ai sensi dell'art.161 L.F. propone la domanda per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo mediante ricorso rivolto al tribunale del luogo in cui l'impresa ha la propria sede principale.

Al fine di una necessaria trasparenza e tutela nei confronti dei creditori, la domanda deve essere corredata da una serie di documenti che consentano una attendibile e corretta valutazione circa l'opportunità o meno di ricorrere a tale strumento, segnatamente:

- a) una relazione aggiornata sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa;
- b) uno stato analitico ed estimativo delle attività e l'elenco nominativo dei creditori, con l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione;
- c) l'elenco dei titolari dei diritti reali o personali su beni di proprietà o in possesso del debitore;
- d) il valore dei beni e i creditori particolari degli eventuali soci illimitatamente responsabili.

Alla menzionata documentazione deve inoltre accompagnarsi una relazione redatta da un professionista (commercialista, avvocato, ragioniere) che certifichi la regolarità dei dati forniti e la fattibilità del piano.

Art.236, co.1 L.F.

È punito con la reclusione da uno a cinque anni l'imprenditore, che, al solo scopo di essere ammesso alla procedura di concordato preventivo, si sia attribuito attività inesistenti, ovvero, per influire sulla formazione delle maggioranze, abbia simulato crediti in tutto o in parte inesistenti.

La norma di riferimento che disciplina le conseguenze sanzionatorie penali degli illeciti commessi in sede di concordato preventivo è l'art.236 L.F., il quale al

primo comma sanziona condotte riferibili esclusivamente all'imprenditore, mentre al secondo comma, mediante la tecnica del rinvio ad altre disposizioni della legge penale fallimentare, prende in considerazione la posizione dei titolari di funzioni gestorie, di direzione e controllo nelle imprese societarie, nonché degli stessi creditori.

La fattispecie disciplinata al primo comma è costruita come reato proprio dell'imprenditore, caratterizzato dall'elemento soggettivo di dolo specifico: è punito l'imprenditore che al solo scopo di essere ammesso alla procedura di concordato preventivo si sia attribuito attività inesistenti, ovvero, che per influire sulla formazione delle maggioranze abbia simulato crediti in tutto o in parte inesistenti.

L'attribuzione di attività inesistenti o la simulazione di crediti in tutto o in parte inesistenti realizzata allo scopo di essere ammesso al concordato preventivo da un soggetto privo della qualità di imprenditore commerciale, assoggettabile alla procedura di concordato preventivo, non integra la fattispecie in commento per mancanza del presupposto del reato inerente alla qualifica soggettiva del soggetto agente. Tuttavia, sono applicabili le norme sul concorso di persone nel reato, ex art.110 c.p., ed il soggetto non imprenditore potrà comunque essere perseguito per i fatti commessi.

Trattasi dunque di una norma che, inserendosi proprio a tutela di quell'affidamento dei terzi richiesto dalla procedura, mira ad impedire che il debitore, attraverso una inveritiera rappresentazione della realtà dell'impresa, consegua i benefici ricondotti dalla legge allo strumento in esame senza possederne i requisiti e le condizioni.

In merito all'attività simulatoria, parte della dottrina ritiene che questa possa essere integrata soltanto da una condotta commissiva del debitore. Altri autori, come pure parte della giurisprudenza, al contrario ritengono invece che nella definizione di "attribuzione di attività inesistenti" rientrerebbero anche condotte omissive: *"il reato punisce anche l'omessa*

*indicazione di debiti e la sopravvalutazione di immobili e, in definitiva, la simulazione o la dissimulazione, anche parziali, dell'attivo o del passivo, operazioni che, alterando il risultato finale della situazione patrimoniale al momento della proposta di concordato, comportano una automatica attribuzione di attivo, ideologicamente falsa*¹.

La sentenza ora richiamata ritiene punibili anche le condotte di sopravvalutazione di poste effettivamente esistenti, tuttavia, non vi è concordanza né in dottrina né in giurisprudenza nell'ammettere tale soluzione a meno di non operare un'analogia in *malam partem*.

Il momento consumativo del reato coincide con la presentazione della domanda di ammissione nella cancelleria del Tribunale. La condotta tipica sanzionata può realizzarsi sia in sede di presentazione della domanda di ammissione al concordato preventivo, sia in una fase precedente purché la domanda di ammissione al concordato preventivo venga presentata.

Art.236, co.2 L.F.

Nel caso di concordato preventivo si applicano:

- 1) le disposizioni degli artt. 223 e 224 agli amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori di società;*
- 2) la disposizione dell'art.227 agli institori dell'imprenditore;*
- 3) le disposizioni degli artt.228 e 229 al commissario del concordato preventivo;*
- 4) le disposizioni degli artt.232 e 233 ai creditori.*

Il secondo comma dell'art.236 L.F. si pone come norma di rinvio per l'individuazione delle singole disposizioni penali fallimentari che il legislatore ha inteso rendere applicabili alla procedura di concordato preventivo.

La formulazione poco chiara della norma pone dubbi riguardo i suoi presupposti ed in particolare se essa sia applicabile dal momento in cui viene presentata la domanda prima ancora dell'ammissione, dal momento dell'ammissione con decreto del Tribunale che dichiara aperta la relativa procedura, ai sensi dell'art.163 L.F., ovvero soltanto con l'adozione del decreto di omologazione ai sensi dell'art.180 L.F.

La questione non è di poco conto in quanto, le modifiche apportate alla procedura di concordato preventivo, nel caso in cui questa non si concluda, per qualsiasi motivo, nell'omologazione del concordato non determinano più l'automatica soggezione del debitore al fallimento.

Il rinvio determina la sanzionabilità delle condotte ivi richiamate indipendentemente dallo stato di insol-

¹ Cass. n.3736/00.

venza, presupposto del fallimento, ma già in una fase di mera crisi, determinando una disparità di trattamento tra le varie fattispecie.

A tal fine si rileva che la giurisprudenza ha sempre concluso per una equiparazione tra la sentenza dichiarativa di fallimento e il decreto di ammissione al concordato preventivo².

Ai sensi del n.1 del co.2 della norma in commento agli amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori di società, in caso di concordato, sono applicabili le disposizioni riguardanti la bancarotta fraudolenta di cui all'art.223 L.F. e le disposizioni riguardanti la bancarotta semplice di cui all'art.224 L.F.

L'applicazione delle disposizioni richiamate avviene a seguito della ammissione alla procedura di concordato come effetto dell'equiparazione tra sentenza dichiarativa di fallimento e decreto di ammissione al concordato preventivo di cui si è detto, indipendentemente dalla successiva pronuncia del fallimento.

La giurisprudenza estende la punibilità di cui alla norma in commento anche ai fatti commessi in una fase antecedente all'ammissione alla procedura disciplinata dall'art.161 L.F.

*"In tema di reati fallimentari, le condotte distruttive poste in essere prima dell'ammissione al concordato preventivo rientrano nell'ambito previsionale dell'art.236, comma secondo, L.F. il quale, in virtù dell'espresso richiamo dell'art.223 L.F. punisce i fatti di bancarotta previsti dall'art.216 L.F., commessi da amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori di società fallite"*³.

In merito alla posizione del liquidatore nominato nella procedura di concordato preventivo con cessione di beni, la giurisprudenza, abbracciando una tesi contraria ai precedenti orientamenti, esclude l'assimilazione con la figura del liquidatore di società, pertanto non essendo identificabile con alcuno dei soggetti espressamente indicati dall'art.236, co.2, n.1 L.F., non potrà essere qualificato come soggetto attivo dei reati di bancarotta fraudolenta o semplice richiamati dalla citata disposizione⁴.

La norma in commento al n.2, co.2, disciplina la responsabilità dell'institore dell'imprenditore, figura ausiliaria, che solitamente si riferisce ad un dipendente con la qualifica di dirigente che sia stato preposto dal titolare all'esercizio di un'impresa commerciale. Agli institori dell'imprenditore, in caso di ammissione alla procedura di concordato sono applicabili le

² Cass., n.12897/99.

³ Cass. n.16504/10.

⁴ Cass., n.43428/10.

norme di cui all'art.227 L.F., che a sua volta rinvia non solo ai reati di bancarotta fraudolenta e semplice ma punisce altresì tutte quelle condotte relative alla ricorso abusivo al credito ed alla denuncia di creditori inesistenti.

Il commissario giudiziale, di cui al n.3, co.2 dell'art.236 L.F., riveste nella procedura di concordato preventivo una funzione di coordinamento, che si esplica in molteplici attività:

- a) inviare comunicazione a tutti i creditori che risultino dalle scritture contabili del debitore in cui si rappresenti l'avvenuta ammissione alla procedura della società e la data di adunanza innanzi al giudice delegato;
- b) richiedere l'espressione di voto e l'entità del credito vantato;
- c) ove vi siano immobili e beni mobili iscritti in pubblici registri, eseguire la trascrizione del decreto presso gli uffici competenti;
- d) vigilare sull'amministrazione dei beni, verificando che l'imprenditore non effettui alcun pagamento, intraprenda nuove azioni o sottoscriva nuovi contratti senza l'autorizzazione scritta del giudice delegato;
- e) redigere l'inventario del patrimonio del debitore, attraverso una relazione sulle cause del dissesto, sulla condotta del debitore, sulla proposta di concordato e sulle garanzie offerte ai creditori, da depositarsi in cancelleria almeno tre giorni prima della adunanza dei creditori;
- f) verificare l'iscrizione della causa a ruolo;
- g) redigere parere motivato, che deve essere depositato almeno dieci giorni prima dell'udienza.

L'importanza del Commissario giudiziale nella procedura del concordato preventivo è tale che ad esso vengono ricondotte le pene stabilite dalla Legge per la figura del Curatore fallimentare, con riferimento all'interesse privato e all'accettazione di retribuzione non dovuta.

"Integra il reato di interesse privato del curatore negli atti del fallimento, ai sensi degli artt.236 co.2 n.3 e 228 L.F., la condotta del commissario giudiziale che, nel redigere le relazioni per il giudice delegato, previste nel corso della procedura del concordato preventivo, ometta di rappresentare l'esistenza di accordi segreti intercorrenti tra l'imprenditore insolvente ed un assunto occulto del concordato, consentendo a questi di sottrarsi al controllo degli organi pubblici e dei creditori"⁵.

⁵ Cass., 23 settembre 1993.

A completamento delle varie figure interessate dalla procedura e delle ipotesi che si possono concretamente realizzare nel ricorso all'istituto in parola, il Legislatore non dimentica di prendere in considerazione i creditori, che pure possono essere autori di comportamenti fraudolenti di presentazione di domande di ammissione di crediti simulati, di distrazione di beni ovvero di mercato di voto previsti dagli artt.232 e 233 L.F.. Possibili riflessi in materia penale possono derivare dalle ipotesi di revoca dell'ammissione al concordato preventivo disciplinate dall'art.173 L.F..

Qualora il commissario giudiziale accerti che il debitore ha occultato o dissimulato parte dell'attivo, dolosamente omesso di denunciare uno o più crediti, esposto passività insussistenti o commesso altri atti di frode, deve riferirne immediatamente al Tribunale, il quale apre d'Ufficio il procedimento per la revoca dell'ammissione al concordato, dandone comunicazione al pubblico ministero e ai creditori.

La revoca rende dubbia l'applicabilità del secondo comma dell'art.236 L.F., la quale, come già evidenziato ricorre "nel caso di concordato preventivo".

In particolare qualora le condotte indicate nell'art.173 L.F. siano commesse dagli amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori di società, non sarebbero automaticamente applicabili le disposizioni di cui agli artt.223 e 224 L.F..

Diversamente, ove tali condotte siano realizzate dall'imprenditore persona fisica, potrà applicarsi l'art.236 L.F., primo comma, relativamente all'ipotesi in cui questi si sia attribuito attività inesistenti allo scopo di essere ammesso alla procedura, ovvero abbia simulato crediti in tutto o in parte inesistenti per influire sulla formazione delle maggioranze. Le condotte richiamate, infatti, possono essere ricondotte all'ipotesi di "altri atti di frode" richiamati dall'art.173 L.F..

"Nella nozione di "atti in frode" idonei a determinare la revoca dell'ammissione al concordato preventivo rientra qualsiasi atto illecito commesso dal debitore che partecipi della natura degli atti tipizzati nel primo comma di tale norma; fra di essi sono ricompresi gli atti diretti ad aggravare il dissesto in modo consistente, che comportino accrescimento del passivo o diminuzione dell'attivo, idonei ad arrecare pregiudizio diretto ai creditori diminuendo la garanzia di cui all'art.2740 cod.civ., e fra essi in particolare rientrano le illegittime appostazioni di bilancio (nella specie, sopravvalutazione di un immobile), che abbiano consentito alla società di occultare le perdite e di continuare ad operare aggravando lo stato di dissesto"⁶.

⁶ Tribunale di Monza, 25.11.11.

Tuttavia, occorre precisare che: “*Ai sensi dell’art.173, R.D. n.267/42 (L.F.), deve ritenersi che non ogni atto depauperativo del patrimonio compiuto nella vita dell’impresa dia luogo alla revoca dell’ammissione della procedura di concordato, ma soltanto quegli atti che hanno determinato o hanno quantomeno concorso a determinare le dimensioni conclusive del dissesto e quindi presentino un’incidenza attuale sulla posizione dei creditori sotto il profilo della significativa alterazione delle possibilità di soddisfacimento; perché una diversa lettura della norma porterebbe, in sostanza, al ripristino del generico requisito della meritevolezza*”⁷.

I due provvedimenti del Giudice di merito sopra ri-

portati si riferiscono alla “natura” degli atti che possono assumere rilevanza per la revoca dell’ammissione al concordato preventivo.

Il Tribunale di Monza enuncia i principi cardine che possono portare a ritenere “atti in frode” determinati comportamenti del debitore.

Il Tribunale di Milano, in una medesima ottica, delinea tuttavia l’ambito di interesse, specificando che gli atti in questione devono essere tali da avere concorso a determinare le dimensioni conclusive del dissesto, incidendo in maniera rilevante sulla posizione creditoria.

⁷ Tribunale di Milano, Decreto del 24.11.11.

 **Euroconference**
Editoria

Editoria



VISION PRO

Strumenti e tecniche di sviluppo per i professionisti e gli studi professionali

Periodicità: trimestrale

L'abbonamento comprende: 4 numeri + accesso ad archivio *on-line*

Vision Pro, la prima rivista dedicata al professionista e allo sviluppo dello studio professionale, senza dimenticare gli aspetti tecnologici della professione.

Le varie rubriche sono studiate per supportare il professionista in tutte le possibili aree di sviluppo e miglioramento professionale e soprattutto per essere fruite da qualsiasi tipologia di professionista.

OFFERTE VALIDE FINO AL 30 APRILE

Vision pro

€ 72,00 + IVA (anziché € 90,00 + IVA)

Vision pro + crisi e risanamento

€ 179,00 + IVA (anziché € 191,00 + IVA)

L'offerta **non è cumulabile** con altre promozioni e scontistiche Privilege Card