

Gli illeciti penali nella procedura di concordato preventivo.

Gli effetti della riforma 2015. Il nuovo ruolo del PM

*di Vincenzo Sica**

1. Introduzione

Le disposizioni penali applicabili nel caso di concordato preventivo, sono raccolte nell'art. 236 L.F.

Nel tempo è risultato palese il difetto di coordinamento delle estensioni delle disposizioni penali strutturate per il fallimento alle altre procedure concorsuali, estensioni effettuate con abuso dei rinvii a catena e senza particolare attenzione alla compatibilità e così all'effettiva operatività.

Quanto al concordato preventivo, il legislatore ha previsto che la procedura possa fondarsi non soltanto sull'insolvenza, ma anche sulla crisi.

Questa diversa situazione economica, che caratterizza l'ammissione al procedimento potrebbe rappresentare uno status diverso e rendere incerta l'applicabilità della fattispecie penale, oppure indurre a ritenere che quest'ultima continui ad operare.

Ad aumentare le incertezze interpretative è valsa l'indicazione normativa che equipara l'insolvenza alla crisi, superando, di fatto, ogni perplessità al riguardo.

La dottrina si è fatta carico di stabilire se il decreto di ammissione alla procedura di concordato preventivo espliciti i medesimi effetti previsti per la dichiarazione di fallimento, ponendosi l'interrogativo se i delitti sanciti dall'articolo 236 del R.D. 267/42 siano sottoposti alla condizione di punibilità dell'ammissione dell'imprenditore al concordato preventivo.

Il problema non si pone per i reati di cui al primo comma della disposizione in esame, per la cui consumazione non è necessaria l'apertura del procedimento concorsuale, ma riguarda la disciplina di cui al secondo comma.

Il prevalente orientamento sembrava propendere per la soluzione che, assimilando il decreto di ammissione alla medesima funzione della sentenza dichiarativa di fallimento, avrebbe reso punibili i fatti ad esso antecedenti.

Non erano mancate le voci contrarie, secondo cui i fatti delittuosi di cui al secondo comma dell'articolo 236 L.F. si riferiscono esclusivamente al periodo posteriore all'instaurarsi del concordato.

Sembra potersi affermare, sulla base dell'indirizzo giurisprudenziale di legittimità, che il reato di cui all'articolo 236 si realizza a prescindere dalla dichiarazione di fallimento

e sulla base del solo decreto di ammissione al concordato preventivo, essendo in esso insito l'accertamento dello stato di insolvenza¹.

Ci si è ancora chiesto se la punibilità degli illeciti di cui alla normativa in esame potesse essere esercitata qualora al concordato preventivo non facesse seguito la dichiarazione di fallimento, ma era prevalsa l'opinione che l'articolo 236 costituisse un'autonoma regolamentazione applicabile alle fattispecie delittuose commesse prima o dopo il concordato preventivo, senza che potessero assumere rilievo le vicende successive².

Il comma 1 dell'articolo 236 è finalizzato a garantire il corretto accesso alla procedura di concordato preventivo, colpendo chi espone una situazione economica non veritiera, al fine di ottenere benefici di tale procedura.

Il reato può essere commesso soltanto dall'imprenditore individuale e non anche da titolari di funzioni organiche nell'ambito di società commerciali.

L'estensibilità a tali soggetti che non sono espressamente indicati dalla norma, è, infatti, escluso per effetto del divieto di applicazione analogica delle norme incriminatrici, benché tale circostanza sia risultata alla maggior parte degli autori, una lacuna legislativa.

Il legislatore non è mai intervenuto sulla norma in commento, provocando un copioso dibattito dottrinale.

Accanto alla possibilità di perseguire i rappresentanti societari per truffa ovvero per il reato di cui all'articolo 483 c.p. nella convinzione che la relazione della società sia destinata a provare la verità, la dottrina dopo aver sostenuto la tesi della funzione certificativa della relazione resa dal professionista ex-articolo 161, co. 3 con conseguente applicabilità, in caso di sua falsità, ancorché ideologica, della previsione degli artt. 479 e 480 c.p., dovrà nuovamente rincorrere il legislatore, che con il D.Lgs 169/2007, ha richiamato, anche in materie di concordato preventivo, l'articolo 67, co. 3 L.F. aprendo la strada alla possibilità di incriminare l'esperto per il reato di falsa perizia, punito dall'articolo 373 c.p.

Il reato si può concretizzare, con riferimento alle ipotesi di attribuzioni di attività inesistenti, principalmente mediante l'alterazione dello stato analitico ed estimativo delle attività ex-articolo 161 lettera b).

La natura del reato è di mera condotta e di pericolo e si consuma semplicemente con la mendace denuncia, e cioè nel momento in cui il soggetto si attribuisce attività o simula passività, presentando l'istanza per l'ammissione al concordato preventivo. Elemento soggettivo del reato è il dolo specifico. La pena prevista è la reclusione da uno a cinque anni. Il capoverso dell'articolo 236 nn. 1,2,3,4 differenzia l'applicazione delle

¹ Commentario breve alla legge fallimentare, diretto da A. Maffei Aliberti, che richiama Cass. Pen. 24.04.2012, n. 16000

² F. Antolisei, Manuale di diritto penale, pag. 224.

G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, 2015.

disposizioni degli artt. 223 e 224 agli amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori di società; con le disposizioni ex-articolo 227 applicabili agli institori dell'imprenditore; con quelle degli artt. 228 e 229 applicabili al commissario giudiziale ed infine quelle di cui agli artt. 232 e 233 applicabili ai creditori.

In riferimento alla prima ipotesi, viene soltanto richiamata l'attribuzione di attività inesistenti, quando il disposto sarebbe risultato più completo se fosse stata considerata anche la simulazione di passività, in quanto anche con questo mezzo si può conseguire lo scopo di cui è causa.

La relazione del debitore nei suoi contenuti, nonché i contenuti della documentazione ad essa collegata, vengono a costituire veicoli che, potendo presentare indicazioni di attività inesistenti e simulazione di debiti, determinano la realizzazione da parte dell'imprenditore debitore, dell'ipotesi di cui all'articolo 236, comma 1, L.F.

Poiché non tutte le possibili falsità sono contemplate, si è prospettato, quindi, il ricorso alla fattispecie di cui all'articolo 640 c.p. allorquando si determini un danno patrimoniale ai creditori.

Il dolo specifico si caratterizza, nella prima forma che il reato può assumere, nel solo scopo di essere ammesso alla procedura di concordato preventivo, sicché esulano dalla fattispecie, per carenza di concretizzazione del momento soggettivo, tutti i casi di finalità diverse da quella afferente alla procedura concorsuale; nella seconda forma il dolo specifico viene identificato nello scopo di influire a proprio vantaggio sulla formazione delle maggioranze. Deve pertanto trattarsi di comportamenti rispettivamente diretti a trarre in inganno il Tribunale e gli organi della procedura o i creditori³.

Occorre ricordare che ai sensi dell'articolo 173 legge fall., il Commissario Giudiziale, se accerta che il debitore ha occultato o dissimulato parte dell'attivo, dolosamente omesso di denunciare uno o più crediti, esposto passività inesistenti o commesso altri atti di frode, deve riferire immediatamente al tribunale, il quale apre d'ufficio il procedimento per la revoca dell'ammissione al concordato, dandone comunicazione al P.M. ed ai creditori.

Sulla responsabilità degli amministratori, dei direttori generali, dei sindaci e dei liquidatori di società, molto si è discusso; ed è noto come le obiezioni maggiori, così come i tentativi di ridefinizione della portata e dei limiti della responsabilità stessa abbiano riguardato essenzialmente la conciliabilità delle norme sulle bancherotte, fondate sulla logica di una procedura di esecuzione forzata collettiva a connotati chiaramente liquidatori qual è il fallimento, come una procedura del tutto differente, caratterizzata da rationes e scopi consecutivi.

³ Trattato di diritto penale, Alessandra Rossi, *Illeciti penali nelle procedure concorsuali* (Giuffrè Editore).

Tuttavia, pur riconoscendo le differenze sostanziali tra le procedure concorsuali, non può che affermarsi in positivo la responsabilità penale di detti soggetti.

2. Modifiche alla disciplina penale fallimentare

Il D.L. 83/2015 convertito con L. 132/2015, estende l'applicabilità di alcune disposizioni penali (dettate per il fallimento e concordato preventivo) all'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e alla convenzione in moratoria.

“E' punito con la reclusione da 1 a 5 anni, l'imprenditore che, al solo scopo di essere ammesso alla procedura di concordato preventivo o di ottenere l'omologazione di un accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari o il consenso di intermediari finanziari alla sottoscrizione della convenzione moratoria, si sia attribuito attività inesistenti, ovvero, per influire sulla formazione delle maggioranze, abbia simulato crediti in tutte o in parte inesistenti”.

E' poi previsto che in caso di accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari o di convenzione moratoria:

- 1) Si applicano le norme che puniscono la bancarotta fraudolenta (art. 223 L.F.) e la bancarotta semplice (art. 224 L.F.) agli amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori di società.*
- 2) Si applica agli institori la norma di cui all'articolo 227 L.F.*
- 3) Si applica ai creditori la norma che punisce domande di ammissione di crediti simulati o distrazioni (art. 232 L.F.) e quella che punisce il mercato del voto (art.233 L.F.)*

Le medesime disposizioni, come era già previsto, si applicano alle procedure di concordato preventivo, aggiungendo, in tale caso, il punto 3) del secondo comma dell'articolo 236 ove si prevede che “le disposizioni degli articoli 228 e 229 si applicano al commissario del concordato preventivo.

3. Il ruolo del PM a seguito dell'incremento delle comunicazioni obbligatorie.

Prima della nuova disciplina (D.L. 83/2015) era previsto soltanto che al PM fosse trasmessa la domanda di concordato preventivo (articolo 161, comma 5), nonché il provvedimento con cui il Tribunale, eventualmente, decidesse di aprire il sub procedimento di revoca dell'ammissione (art.173, comma 1).

Nessuna comunicazione era prevista ove fosse stata presentata domanda di omologa di accordi di ristrutturazione dei debiti ex-articolo 182 bis L.F.

Nel tempo, quindi, l'effettiva partecipazione del PM ai procedimenti concordatari, è risultata particolarmente ridotta e, conseguenzialmente, è risultata limitata la possibilità di correlare a tali procedimenti indagini penali concernenti reati ex-artt. 236 e 236 bis ⁴.

In relazione a tale situazione risultava pressoché complesso per il PM far partire iniziative di indagini e di approfondimento, per valutare l'eventuale sussistenza di reati perseguibili, senza disporre degli atti della procedura concordataria.

*Con la legge di conversione del D.L. 83/2015, è stato anzitutto introdotto un inciso all'articolo 161, comma 5, statuendo che **“al pubblico ministero è trasmessa altresì copia degli atti e documenti depositati a norma del secondo e del terzo comma del presente articolo, nonché copia della relazione del commissario giudiziale prevista dall'articolo 172”**.*

Vanno, quindi, trasmessi al PM il ricorso unitamente a tutti gli allegati, nonché la relazione del professionista, designato dal debitore che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano.

*Il legislatore ha poi introdotto nell'articolo 165, un quinto comma, a tenore del quale: **“Il Commissario Giudiziale comunica senza ritardo al pubblico ministero i fatti che possono essere interessare ai fini delle indagini preliminari in sede penale e dei quali viene a conoscenza nello svolgimento delle sue funzioni”**.*

In tal modo, in maniera particolarmente pregnante, si introduce un ulteriore adempimento a carico del Commissario Giudiziale, che consentirà al PM un'immediata conoscenza dei documenti, incidendo su un rapporto più stretto tra Commissario Giudiziale e PM, che fino ad oggi è risultato alquanto marginale nonostante il Commissario abbia da sempre rivestito le funzioni di pubblico ufficiale. Resta, allo stato, da comprendere perché analoghe previsioni non siano state introdotte anche per gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex-articolo 182 bis L.F., attese anche le modifiche apportate all'articolo 236 L.F.

Altra novità riguarda, poi, la previsione di cui all'articolo 163, comma 2 n° 4 bis, in forza della quale il tribunale, con il decreto di ammissione, ordinerà al ricorrente di consegnare al commissario giudiziale entro 7 giorni copia informatica o su supporto analogico delle scritture contabili e fiscali obbligatorie.

Con tale innovazione si è ulteriormente rafforzato l'apparato di controllo a disposizione degli organi della procedura e, quindi, del PM in ragione degli obblighi introdotti dalle nuove disposizioni di legge.

⁴ Filippo Lamanna, Presidente Tribunale di Nocera, Direttore scientifico de “Ilfallimentarista.it”

Tali novità renderanno sicuramente meno incentivante il ricorso a procedure concordatarie "indecenti" per i creditori, attese l'efficienza che si determinerà dell'indagine penale ed il ruolo necessariamente più attento del Commissario Giudiziale superando definitivamente, quell'atteggiamento perpetrato nel tempo, secondo il quale il concordato rappresenterebbe un facile colpo di spugna ai diversi profili penali.

Tale convincimento ha trovato, fino ad oggi, una ragione di immeritata diffusione.

Le nuove disposizioni sugli obblighi informativi verso il PM, si applicano ai procedimenti di concordato preventivo introdotti successivamente all'entrata in vigore della legge di conversione.

Il Legislatore, pertanto, con la nuova normativa ha inteso rafforzare ulteriormente la tesi che il concordato preventivo non è un premio per scriminare la responsabilità penale e gli effetti della esdebitazione sono voluti solo rispetto al debitore principale (articolo 184 L.F.) Il concordato preventivo non scrimina gli amministratori dalla responsabilità penali per fatti di bancarotta fraudolenta, pur se è vero che la giurisprudenza poco si è occupata di bancarotta concordataria. L'idea, ampiamente diffusa, che il concordato potesse costituire un salvacondotto efficace dal rischio di imputazione penale per fatti di bancarotta, è il frutto di un equivoco posto che la responsabilità per fatti di bancarotta permane anche con l'apertura del concordato preventivo⁵, considerato che le nuove esimenti di cui all'articolo 217bis della L.F. hanno uno spettro applicativo limitato alla bancarotta preferenziale ed alla bancarotta semplice.

Il concordato preventivo è una procedura concorsuale che se talora può essere attivata per neutralizzare il rischio del fallimento, deve oggi essere intesa in senso moderno come strumento di regolazione della crisi di impresa. Uno strumento che guarda all'impresa ed ai suoi creditori e, assai meno che in passato all'imprenditore⁶.

Il terreno elettivo delle responsabilità dei soggetti che hanno gestito l'impresa non è il procedimento di concordato e, in particolare, il sub-procedimento di cui all'articolo 173 l.f. ma lo sono le azioni di responsabilità e le iniziative del pubblico ministero sul fronte penale.

Occorre cambiare cultura, anche da parte degli organi della procedura concordataria, e gli amministratori non debbono pensare al concordato preventivo come ad un salvacondotto delle azioni di responsabilità e della bancarotta, ma come uno strumento che deve reagire alla crisi di un'impresa e che gli amministratori hanno il dovere di attivare.

⁵ Cass. Pen., Valsecchi, 18.05.2012, n. 33230

⁶ A. Jorio, Introduzione, in Trattato delle procedure concorsuali – SASSANI, Milano 2014

Pertanto sia le azioni di responsabilità da parte dei creditori sociali, sia le azioni da parte del pubblico ministero, possono essere promosse in costanza di concordato preventivo e pur dopo la sua esecuzione⁷.

**Dottore Commercialista in Torre Annunziata*

⁷ Corte di Appello di Lecce, 17.06.2015. Tribunale di Bolzano, 30.04.2015. Tribunale di Piacenza 12.02.2015. Commento di Massimo Fabiani 2015.