

IL CURATORE ED IL P.M.: RELAZIONE EX ART. 33 L.F. ED ATTI SUCCESSIVI

Dott. Stefano d'Orsi

TRIBUNALE DI BOLOGNA

AULA DELLA CORTE D'ASSISE – PALAZZO PIZZARDI – VIA FARINI , 1

Bologna, 17 giugno 2011 ore 15.30

LE FATTISPECIE RICORRENTI DI REATO CONSEQUENTI AL DISSESTO DELL'IMPRESA

Le fattispecie penalmente rilevanti al verificarsi delle quali scatta l'obbligo dell'azione penale sono previste dalle seguenti norme:

- bancarotta semplice, art. 217 e 224 r.d. 16.3.1942, n. 267;
- bancarotta fraudolenta, art. 216 e 223 r.d. cit.;
- ricorso abusivo del credito, di cui all'art. 218 e 225 r.d. cit.;
- denuncia di crediti inesistenti e altre inosservanze di cui all'art. 220 e 226 r.d. cit.;
- altre ipotesi previste dal cod. civ. ed elencate nel disposto dell'art. 223, secondo comma, n. 1 r.d. cit. e precisamente

- false comunicazioni sociali, di cui all'art. 2621 c.c.
 - false comunicazioni sociali in danno della società, dei soci o dei creditori, di cui all'art. 2622 c.c.
 - indebita restituzione dei conferimenti, di cui all'art. 2626 c.c.
 - illegale ripartizione di utili e riserve, di cui all'art. 2627 c.c.
 - illecite operazioni sulle azioni o quote sociali o della società controllante, di cui all'art. 2628 c.c.
 - operazioni in pregiudizio dei creditori, di cui all'art. 2629 c.c.
 - formazione fittizia del capitale, di cui all'art. 2632 c.c.
 - indebita ripartizione dei beni sociali da parte dei liquidatori, di cui all'art. 2633 c.c.
 - infedeltà patrimoniale, di cui all'art. 2634 c.c.
-
- omesso versamento IVA e indebita compensazione IVA > € 50.000 per ciascun periodo imposta di cui all'art. 10ter e 10quater del D.Lgs. n. 74/00
 - omesso versamento ritenute IRPEF > € 50.000 per ciascun periodo imposta di cui art. 1 comma 441 Legge Finanz. 2005
 - concordato preventivo di cui all'art. 236 r.d. cit.
 - esenzioni dai reati di bancarotta di cui all'art. 217 bis r.d. cit.

LO SCHEMA ESEMPLIFICATIVO DELLE FATTISPECIE PENALMENTE RILEVANTI

Un mero schema esemplificativo, per consentire un'agevole indicazione, se ritenuta necessaria, della relativa disposizione di legge, senza alcuna pretesa di sistematicità, impossibile e superflua in questa sede.

Sottrazione e distrazione di attività da parte del fallito, mediante condotte che realizzano il reato p.p. art. 216, primo comma, n. 1 r.d. 16.3.1942, n. 267, quali:

- materiale asportazione dei beni o prelevamento del corrispondente valore in numerario;
- impiego di tali beni o liquidità per scopi del tutto estranei all'oggetto sociale e, più in generale, alla concreta gestione aziendale;
- vendita di consistenti beni per scopi estranei all'impresa effettuata con incongrui criteri economici, in epoca prossima al fallimento (ad eccezione delle ipotesi in cui all'alienazione seguano vantaggi compensativi anche di tipo non patrimoniale in capo al fallito);
- alienazione degli unici *asset* di valore (spesso immobiliari) posseduti dalla società ai soci proprietari ovvero a soggetti giuridici compiacenti che – a loro volta – li rivendono a terzi apparentemente in buona fede;
- assunzione a carico dell'impresa di obbligazioni o oneri estranei alla gestione, quali:

- emissioni di cambiali ed autorizzazioni di tratte, prive di effettivo rapporto sottostante;
 - prestazione di garanzie (concessione di ipoteca, assunzione di fidejussione) per soggetti distinti ed estranei all'impresa, senza la corrispondente instaurazione di rapporto obbligatorio tra tali enti e la fallita;
 - locazione di immobili dell'impresa, della stessa azienda o di suoi rami, di beni costituenti la parte rilevante del patrimonio sociale a terzi estranei con condizioni contrattuali (in ordine alla durata, al canone, etc.) palesemente sbilanciate a favore del locatario;
- stipula di negozi giuridici simulati ovvero dissimulati ;
- concessione ingiustificati finanziamenti (soprattutto nell'ambito del gruppo) o comunque quando il rimborso sia decisamente improbabile e manchino congrue garanzie;

Distruzione o dissipazione consapevole e volontaria di beni del fallito, mediante condotte, che pure realizzano il suddetto reato, quali:

- eccesso di prodigalità personale o nell'interesse altrui;
- erogazione di spese, anche in ambito aziendale, ma con carattere di totale inutilità, assoluta improduttività, lusso esteriore, non giustificate da alcuna esigenza commerciale.

Esecuzione di pagamenti in favore di taluni creditore; la così detta bancarotta preferenziale di cui all'art. 216, terzo comma, r.d. 16.3.1942, n. 267. Si noti che la fattispecie delittuosa richiede:

- che ci sia consapevolezza di versare in stato di insolvenza;
- che il fallito non abbia agito, in stato di necessità, dovendo per esempio far fronte ai creditori più aggressivi, dotati di titoli più efficacemente azionabili, etc.;
- che sussista la volontà di favorire taluni creditori in danno degli altri e che, pertanto, il fallito non abbia agito all'interno di un piano di salvataggio dell'impresa, imprudente (e nel caso, allora, ricorrerebbe il reato di cui all'art. 217, primo comma, n. 3 r.d. 16.3.1942, n. 267), ma non dolosamente preordinato « in odio » ai creditori;
- che non siano pagamenti effettuati nel rispetto dei diversi gradi di privilegio;
- che non siano pagamenti così detti essenziali per la vita dell'impresa e, cioè, di quei crediti che nascono da spese effettuate per sopperire alle necessità elementari della vita e della sopravvivenza dell'impresa (ad es. la retribuzione degli stipendi dei dipendenti, i canoni di locazione dei locali, il pagamento delle materie prime occorrenti per l'attività

L'art. 223, secondo comma, r.d. 16.3.1942, n.267 stabilisce che sono puniti con le sanzioni di cui all'art. 216 gli amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori di società:

- che hanno commesso alcuno dei reati previsti dagli articoli del cod. civ. ivi elencati. Tra essi, particolarmente significativo è il delitto di cui all'art. 2621 c.c, per il quale sono puniti:

- coloro che espongono nei bilanci e nelle altre comunicazioni sociali circostanze false ovvero omettono di esporre circostanze idonee ad alterare in modo sensibile la rappresentazione della situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo al quale essa appartiene.

Affinché l'alterazione possa considerarsi sensibile, dunque punibile, occorre, alternativamente:

- a) una variazione del risultato economico superiore al 5%;
- b) una variazione del patrimonio netto superiore all'1%;
- c) valutazione estimativa singolarmente considerata differente per almeno il 10% rispetto a quella corretta.

Affinché si concretizzi la fattispecie di reato è necessario che il bilancio "sensibilmente alterato" abbia causato o concorso a causare il dissesto.

- coloro che, in mancanza o difformità di bilancio approvato o in base ad un bilancio falso, ripartiscono in qualsiasi forma utili indistribuibili,

- coloro (anche i soci conferenti) che (anche in parte) formano od aumentano fittiziamente il capitale sociale mediante:

- a) attribuzione di azioni o quote in misura superiore all'ammontare del capitale sociale,
- b) sottoscrizione reciproca di azioni o quote,

- c) sopravvalutazione rilevante di conferimenti di beni in natura o crediti (per il concetto di rilevanza si fa riferimento a quello di alterazione sensibile di cui all'art. 2621 c.c., dunque deve trattarsi di valutazione estimativa singolarmente considerata differente per almeno il 10% rispetto a quella corretta),
 - d) sopravvalutazione rilevante del patrimonio della società in caso di trasformazione,
- che hanno cagionato con dolo o per effetto di operazioni dolose il fallimento della società; condotta materiale (legata da un nesso causa-effetto col dissesto) che potrebbe sostanziarsi:
- in ripetute truffe o appropriazioni indebite in danno dei creditori;
 - in frode fiscale, che già sia di per sé penalmente rilevante;
 - in qualsiasi altra attività che, pur non rivestendo i caratteri dell'illecito penale, ma rappresentando, comunque, una evidente violazione dei doveri derivati dalla legge e/o del mandato della società, sia stata consapevolmente posta in essere dall'imprenditore per provocare una situazione di insolvenza, della quale poi sia derivato, come logica ed inevitabile conseguenza, il fallimento.

Gli artt. 217 e 224, r.d. cit. annoverano tra i fatti di bancarotta semplice commessi dal fallito o da terzi soggetti i seguenti:

- l'aggravamento del dissesto da parte del fallito che si astiene dal richiedere la dichiarazione del proprio fallimento;
- l'aggravamento del dissesto della società con l'inosservanza degli obblighi imposti agli amministratori dalla legge (tipica mancata messa in liquidazione della società, di fatto, sciolta per perdita del capitale sociale).

L'art. 218, r.d. 16.3.1942, n.267 stabilisce che sono puniti gli amministratori, direttori generali, i liquidatori di società e gli imprenditori esercenti attività commerciali:

- che ricorrono o continuano a ricorrere al credito dissimulando il dissesto o lo stato d'insolvenza della società.

L'art. 2634 codice civile stabilisce che sono puniti gli amministratori, direttori generali, i liquidatori di società:

- che avendo un interesse in conflitto con quello della società, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto o altro vantaggio, compiono o concorrono a deliberare atti di disposizione dei beni sociali, cagionando intenzionalmente alla società un danno patrimoniale.

L'art. 236, r.d. 16.3.1942, n.267 stabilisce che sono puniti gli amministratori, direttori generali, i liquidatori di società, gli imprenditori esercenti attività commerciali e terzi soggetti:

- che, al solo scopo di essere ammessi 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 .

L'art. 217 bis, r.d. cit. stabilisce che le disposizioni di cui all'art. 216, terzo comma (banca rotta fraudolenta per distruzione o falsificazione documentale e 217 (banca rotta semplice) non si applicano ai pagamenti ed alle operazioni compiuti in esecuzione di un concordato preventivo, di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato ovvero di un piano di risanamento:

-La fattispecie penalmente rilevante si realizza in presenza di un concordato preventivo revocato, dunque tradottosi in fallimento, qualora dovesse rinvenirsi che la relazione dell'attestatore ex art. 161 L.F. (che si fonda sui requisiti di veridicità dei dati aziendali esposti nella proposta di concordato e sulla fattibilità del piano) ha certificato un piano totalmente carente dei requisiti.

In tale fattispecie, il professionista risponde a titolo di concorso dell'*extraneus* nel reato di banca rotta fraudolenta documentale ex art. 216 terzo comma ovvero nel reato di banca rotta semplice ex art. 217, salvo che abbia partecipato alla dolosa e preordinata costituzione di dati falsi volti a garantire il disegno dissimulatorio dell'imprenditore individuale o della *governance* dell'impresa. In tal caso, risponde a titolo di concorso dell'*extraneus* nel reato di banca rotta fraudolenta per distrazione ex art. 216, primo comma ovvero ex art. 223 o 236 L.F.

FATTI , ATTI E COMPORTAMENTI SINTOMATICI E/O INDIZIARI DEL REATO

Secondo una interpretazione giurisprudenziale, tanto autorevole, quanto antica e costante nel tempo, **si è in presenza di una serie di elementi indiziari da cui sorge l'obbligo di esercizio dell'azione penale** (e, pertanto, ampiamente sufficienti alla presentazione della denuncia di reato), **quando si realizzano congiuntamente le seguenti condizioni:**

- prova del ricevimento da parte dell'imprenditore, nel periodo immediatamente precedente al fallimento o anche coincidente con fase di predecozione, di beni, denaro o altra attività;
 - assenza di tali beni, in materia e/o in numerario, nell'attivo della procedura, nonostante normali ricerche effettuate dalla curatela nella sede, legale o operativa, dell'impresa;
 - impossibilità di giustificare la mancanza di tali attività, per l'assenza o la totale insufficienza della contabilità e/o per la carenza di esaurienti indicazioni dell'imprenditore, sia perché irreperibile, sia perché di fatto non collaborante.
- Furti, appropriazioni indebite, distrazioni in danno apparente del fallito da parte di dipendenti – dichiarati infedeli – o di terzi estranei alla gestione dell'impresa o di ignoti, specialmente se avvenuti con modalità inconsuete o tali da destare legittimi sospetti o perplessità. In ipotesi accusatoria, infatti, in tali casi ci si può trovare di fronte a forme mascherate e subdole di trafugamento sia di beni aziendali, sia della stessa contabilità, in accordo con terzi complici e in pregiudizio dei creditori e/o della curatela.

– Poste di bilancio anomale ed indicative di attività sospette, in particolare, perché indicative di possibili artifici e falsificazioni funzionali alla vera e propria destinazione patrimoniale:

- le sottofatturazioni o le sopravvalutazioni del magazzino (naturalmente, se per valori significativi);
- la mancanza clamorosa di poste di bilancio che avrebbero dovuto essere senza dubbio iscritte;
- la scoperta, comunque, di una contabilità «in nero», che, a dire del fallito, sarebbe stata tenuta per meri motivi di evasione fiscale;
- cassa “in rosso”
- i conti “civetta”: crediti/debiti diversi, fornitori/clienti c/anticipi, fornitori/clienti c/fatture da ricevere e emettere, ecc...
- la sproporzione significativa ed ingiustificata tra perdite avvenute in epoca per-dissesto ed il volume del fatturato;
- la sproporzione rilevante tra volume degli affari e gli utili conseguiti, specialmente se ci si ritrova in presenza di una struttura aziendale che era solida e ben organizzata, di un imprenditore che si era dimostrato capace ed attivo, di servizi o prodotti che avevano conquistato un apprezzabile settore di mercato;
- la rilevante ed altrimenti inspiegabile movimentazione per «cassa» (e, pertanto, in effettivo contante) dei relativi conti del libro giornale o dei libri fiscali;
- più in genere, i consistenti flussi in uscita o in entrata, per contanti, emergenti dalla documentazione bancaria.

- Altra attività imprenditoriale, palese occulta, intrapresa dal fallito o da persone allo stesso legate e coinvolte a vario titolo nel dissesto, specialmente se trattasi di attività iniziata nell'imminenza o in costanza del fallimento; se in realtà è il medesimo campo di attività; se vi è in tutto o in parte coincidenza di locali, mezzi di impresa, personale interno, struttura commerciale di vendita e distribuzione. Trattasi indubbiamente di una situazione sospetta, che può aver reso possibile all'imprenditore la sottrazione della clientela in pregiudizio del fallimento, nei casi in cui sia stato autorizzato l'esercizio provvisorio; ovvero il dirottamento sul nuovo soggetto di pagamenti o forniture, delle quali sarebbe creditrice la procedura; ovvero di far falsamente apparire il nuovo soggetto imprenditore come creditore dell'impresa quando era in stato di predecozione (tanto da rendere apparentemente giustificati pagamenti o consegne di merce che in realtà rappresentano distrazioni), facendo così gravare la procedura di un'insinuazione fraudolenta.
- Acquisto da parte del fallito (leggesi, in caso di società, l'amministratore o gli altri soggetti elencati all'art. 223, primo comma, r.d. 16.3.1942, n. 267), in proprio o per interposta persona, di beni immobili o di beni mobili di rilevante valore, con mezzi economici apparentemente sproporzionati al relativo tenore di vita, con strumenti di pagamento «sospetti» e in periodo coincidente con l'inizio della situazione di dissesto.
- Rilevazione da parte di soggetti economici estranei all'impresa fallita, di consistenti perdite di merci in misura enormemente superiore all'ordinario livello delle vendite, ovvero di interi rami d'azienda, in tempi , modi e situazioni (prezzo troppo contenuto, vicinanza al fallimento, equivoci rapporti tra impresa venditrice e terzo rilevatario) genericamente «sospetti».
- Presenza di attività inesistenti o di crediti in tutto o in parte inesistenti (art. 236 L.F.)

– Assenza di un piano concordatario veritiero

- Valutazione della particolare articolazione, complessità e tecnicità della fattispecie posta in essere ed analisi dell'eventuale rapporto sinallagmatico dell'azione dell'*extraneus* alla sua realizzazione mediante un apporto causale unitario.

DATI E NOTIZIE DA FORNIRE COMUNQUE ALL'ATTO DELLA PRESENTAZIONE DELLA DENUNCIA DI REATO

(Relazione ex art. 33 L.F. e/o autonoma denuncia al P.M.)

Oggetto della denuncia è innanzitutto la descrizione, in termini chiari e concisi, del fatto che si ritiene connotato da profili di illecità penale, focalizzando l'impegno dell'estensore e richiamando l'attenzione del lettore (il Pubblico Ministero, in prima battuta, il Tribunale Penale e gli altri Organi giudicanti, in prosieguo) più che altro sui dati « storici » della vicenda che si intende evidenziare, richiamando in somma l'atto giuridico o il comportamento, da cui si ritiene che siano derivate conseguenze penalmente rilevanti. E' d'altro canto evidente che, pur non vigendo un vero e proprio obbligo di indicazione della fattispecie incriminatrici e dei relativi articoli di legge, poiché il momento della qualificazione giuridica è istituzionalmente riservato all'A.G., tale indicazione potrà pur sempre agevolare un rapido orientamento nella lettura della denuncia.

In tale prospettiva, dunque, si elencano i requisiti minimi per la redazione di tale denuncia:

– Le generalità complete sia dei protagonisti (es. amministratori, gestori di fatto, imprenditori individuali, che in ipotesi sarebbero autori del reato), sia degli « spettatori » (es. dipendenti, vicini, persone comunque informate dei fatti), sia delle vittime (es. alcuni creditori, quelli truffati o i soci) della vicenda delittuosa (o della vicenda che si ritiene sospetta di reato), con indicazione:

- del luogo e data di nascita (se risulta allo stato degli atti del denunciante);

- della residenza anagrafica e/o del domicilio e/o della dimora di fatto (sempre se già risulta al denunciante);
- di ogni altra indicazione atta a consentire la pronta individuazione e generalizzazione della persona;
- del ruolo svolto nella vicenda, con menzione delle cariche rivestite ufficialmente (amministratore, liquidatore, sindaco, direttore generale) o ricoperte di fatto (con indicazione degli elementi in base ai quali si conclude che la persona in esame disponeva di poteri gestionali occulti) o delle mansioni effettivamente svolte nell'impresa fallita o in imprese ad essa collegate o in altri soggetti giuridici entrati comunque in rapporto con la fallita;
- delle singole attività di gestione, menzionando il periodo in cui ogni amministratore, di fatto o di diritto, è stato in carica, in ipotesi in cui si siano succedute differenti amministrazioni.

- Al fine di consentire al Pubblico Ministero la rapida individuazione, richiesta ed acquisizione delle notizie necessarie per avviare le indagini, si farà:

- riferimento dettagliato della sentenza di fallimento con allegazione della sentenza per esteso (nei casi di istruttoria pre-fallimentare più articolata);
- sommario, ma esauriente cenno all'oggetto sociale e, comunque, al preminente campo di attività dell'impresa fallita (con eventuale indicazione di come lo stesso si è evoluto/modificato nel corso del tempo, specialmente in prossimità del dissesto);
- indicazione dei dati tipici di riferimento dell'impresa (es. numeri del registro società commerciali, riferimenti utili per le ricerche presso la Camera di Commercio Industria ed Artigianato);

- cenno, se del caso, del capitale sociale, della sua composizione, se a suo tempo fu o meno interamente ed effettivamente versato;
- elencazione (ed evoluzione) dei rapporti bancari, di c/c o altro, che allo stato risultano in capo dell'impresa fallita e/o agli amministratori indicati in via ipotetica come autori del reato, nonché delle garanzie che assistono le linee di credito (con allegazione della Centrale dei Rischi di Banca d'Italia).

– **L'indicazione approssimativa dell'entità dello sbilancio**, per consentire al Pubblico Ministero una valutazione meramente indicativa del « livello » della vicenda; indicazione che è ricavabile dalle attività già reperite (e valutate approssimativamente) o di pronta reperibilità; dallo Stato Passivo o, se *in itinere*, delle istanze di fallimento già presentate, ovvero di preannunciata presentazione (o futura, ma certa es. fisco, INPS). Il dato potrà tranquillamente essere fornito senza i connotati della precisione: ciò che, in sostanza, conta è soltanto la possibilità da parte dell'Ufficio della Pubblica Accusa di collocare immediatamente il fatto in una scala gerarchica di gravità, importanza e urgenza di intervento.

- Le opportune notizie sull'**esistenza, reperibilità, correttezza formale e genuinità sostanziale della contabilità aziendale**. Non sono tanto importanti quei dati meramente formali, sulla validazione dei Libri e sull'ordine grafico dell'impostazione; come così pure non sono necessari i giudizi sull'opportunità o meno della scelta di un certo modo di rilevazione contabile dell'azienda in esame. E' viceversa necessario:
- l'elenco dei Libri mai tenuti; dei libri un tempo esistenti, ma ora non più rinvenuti; dei Libri incompleti; dei Libri redatti in modo fraudolento (con lo scopo, cioè di occultare perdite e ricavi, di evidenziare perdite inesistenti, etc.);

- l'indicazione di tali documenti (fatture, bolle di consegna, titoli, ordini, estratti conto, etc.) risultano mancanti, incompleti alterati o infedeli;
- l'indicazione di quali bilanci non sono stati presentati, o mancano o appaiono falsi;
- l'indicazione, anche solo a livello ipotetico, della funzionalità della falsificazione e/o dell'occultamento contabile:
 - es. mancanza del Libro Soci: impossibilità di ricostruire la compagine azionaria nel caso in cui sarebbe possibile richiedere ai soci la restituzione di dividendi illegalmente distribuiti;
 - mancanza di bolle di consegna o altra documentazione rappresentativa di transazioni commerciali: impossibilità di verificare l'attendibilità delle annotazioni a Libro Giornale; etc.

– **L'elenco dei creditori ammessi (anche se in via parziale e provvisoria)** al fine di consentire l'immediato avvio di indagine di Polizia Giudiziaria tramite sommarie informazioni, acquisizioni documentali, etc. A tal scopo sarà sufficiente allegare alla denuncia copia dello Stato Passivo, se già dichiarato esecutivo, dalla quale comunque risulti o sulla quale vengano di seguito annotati i seguenti dati:

- la denominazione e recapito dell'Ente o l'indirizzo della persona;
- il valore e la natura del credito (es. fornitura, mutuo, retribuzione, parcella professionale, spesa gestionale tipo luce, telefono, fisco etc.), specificando, in caso di insinuazione con mero titolo esecutivo l'eventuale rapporto sottostante;
- l'epoca, anche approssimativamente indicata, in cui è sorto il credito.

- Indicazione contenente analoghe informazioni delle persone « che siano in grado di riferire su circostanze rilevanti per la ricostruzione dei fatti » (cfr. art. 332 c.p.p.) e che, in caso di instaurazione di procedimento penale possano o debbano essere sentite in qualità di testimone.
- I fatti che possono costituire notizia di reato sulla scorta di fatti e comportamenti sintomatici e/o indiziari

IL FASCICOLO PENALE ED I TEMPI IN CUI SI SVILUPPA IL FLUSSO INFORMATIVO EFFICIENTE

