



9 ottobre 2017

**RESPONSABILITÀ PENALE DEGLI
ORGANI SOCIETARI IN CASO DI FALLIMENTO.
PRESENTAZIONE DI CASI PENALI DI
INTERESSE PER I FIDUCIARI**

Fabio Tasso

Relatore

Fabio Tasso, *Capo Sezione Reati Economico Finanziari presso Polizia Giudiziaria cantonale*



Indice

La responsabilità penale degli organi in caso di fallimento (art. 165 CP) <i>a cura di Fabio Tasso</i>	5
--	---

La responsabilità penale degli organi in caso di fallimento (art. 165 CP)

**Seminario OAD FCT
Lunedì, 9 ottobre 2017**



Polizia Cantonale Ticinese, Giudiziaria
Sezione Reati Economico Finanziari

Comm c spec Fabio Tasso

9 ottobre 2017

Dipartimento delle istituzioni
Polizia cantonale



1

Contenuto della presentazione

- 1. Introduzione**
- 2. Infrazioni nelle SA e Sagl**
- 3. Cattiva gestione**
- 4. Concetto di società « usa e getta »**

9 ottobre 2017

Dipartimento delle istituzioni
Polizia cantonale



2

1. Introduzione

1.1. Inchieste difficili da istruire

- Assenza di documentazione
- Importante investimento di energie e tempo
- Disproporzione fra risorse impiegate e le pene inflitte

1. Introduzione

1.2. Rischi in caso di non azione

- Far credere ai più « furbi » che è possibile fare fallimento senza alcuna conseguenza economica.
- Favorire una sorta di « concorrenza sleale » a vantaggio dei più « furbi ».

2. Infrazioni nelle SA e Sagl

2.1. Alla costituzione della società

2.1.1. Costituzione semplice

Il fondatore che non dispone del capitale, se lo fa prestare e lo rimborsa immediatamente dopo la costituzione della società.

Violazioni:

- ✓ art. 680 cpv. 2 CO (Gli azionisti non hanno il diritto di farsi restituire ciò che hanno versato)
- ✓ art. 253 CP (Conseguimento fraudolento di una falsa attestazione -> Inganno del notaio e del RC)
- ✓ art. 163 CP (*Bancarotta fraudolenta e frode nel pignoramento -> In caso di fallimento, secondo il TF*)

2. Infrazioni nelle SA e Sagl

2.1. Alla costituzione della società

2.1.2. Costituzione qualificata

Sopravvalutazione degli apporti di beni in natura o di crediti.

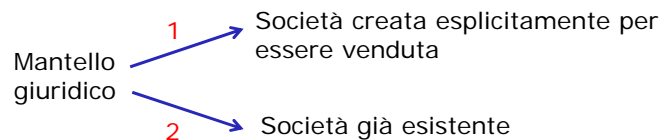
Violazioni:

- ✓ art. 251 CP (*Falsità in documenti -> Comportamento del revisore se intenzionale -> falso ideologico*)
- ✓ art. 253 CP (*Conseguimento fraudolento di una falsa attestazione -> Inganno del notaio e del Registro di commercio*)

2. Infrazioni nelle SA e Sagl

2.1. Alla costituzione della società

2.1.3. Mantello giuridico



- 1** Violazione dell'art. 253 CP (*Conseguimento fraudolento di una falsa attestazione*)
(secondo il TF si tratta di un negozio giuridico senza valore, ma la dottrina diverge a questo proposito)
- 2** Autorizzata

2. Infrazioni nelle SA e Sagl

2.2. Durante la vita della società

Violazioni possibili:

- **Inosservanza delle norme legali sulla contabilità (art. 325 CP)**
 - Non tenere la contabilità regolarmente secondo le norme del CO (art. 957 e seguenti CO)
 - Non conservare i libri di commercio, i documenti contabili, la relazione sulla gestione, la relazione di revisione per 10 anni (art. 958f CO)
- **Cattiva gestione (art. 165 CP)**
 - In caso di violazione degli obblighi di cui all'art. 725 cpv 2 CO.

2. Infrazioni nelle SA e Sagl

2.2. Durante la vita della società

- **Amministrazione infedele (art. 158 CP)**

Amministrazione infedele

1. Chiunque, obbligato per legge, mandato ufficiale o negozio giuridico ad amministrare il patrimonio altrui o a sorvegliarne la gestione, mancando al proprio dovere, lo danneggia o permette che ciò avvenga, è punito con una pena detentiva sino a tre anni o con una pena pecuniaria.

È punito con la stessa pena chi compie tali atti dopo aver assunto senza mandato la gestione del patrimonio altrui.

Il giudice può pronunciare una pena detentiva da uno a cinque anni se il colpevole ha agito per procacciare a sé o ad altri un indebito profitto.

2. Chiunque, per procacciare a sé o ad altri un indebito profitto, abusa della qualità di rappresentante conferitagli dalla legge, da un mandato ufficiale o da un negozio giuridico e cagiona in tal modo un danno al patrimonio del rappresentato, è punito con una pena detentiva sino a cinque anni o con una pena pecuniaria.

3. L'amministrazione infedele a danno di un congiunto o di un membro della economia domestica è punita soltanto a querela di parte.

Anche solo la messa in pericolo temporaneo è sufficiente !

Aggravata

2. Infrazioni nelle SA e Sagl

2.2. Durante la vita della società

- **Appropriazione indebita (art. 138 CP)**

- **Appropriazione indebita di trattenute salariali (art. 159 CP)**

Dal momento in cui la società si trova in uno stato di sovra indebitamento (art. 725 cpv 2 CO), il fatto di continuare a versare dei salari senza tuttavia versare le relative trattenute alle istituzioni sociali e, per contro, utilizzare la liquidità per pagare dei fornitori con lo scopo di posticipare il fallimento a danno dei creditori, costituisce il reato di cattiva gestione (art. 165 CP).

2. Infrazioni nelle SA e Sagl

2.3. Alla fine della vita della società

2.3.1. Reati principali

Art. 163

3. Crimini o delitti nel fallimento e nell'esecuzione per debiti.

Bancarotta fraudolenta e frode nel pignoramento

1. Il debitore che, in danno dei suoi creditori, diminuisce il proprio attivo, in particolare

distrae o occulta valori patrimoniali,

simula debiti,

riconosce debiti fittizi oppure incita un terzo a farli valere,

è punito, se viene dichiarato il suo fallimento o se viene rilasciato contro di lui un attestato di carenza di beni, con una pena detentiva sino a cinque anni o con una pena pecuniaria.

2. Nelle stesse condizioni, è punito con una pena detentiva sino a tre anni o con una pena pecuniaria il terzo che compie tali atti in danno dei creditori.

Fondi/beni nascosti ma sempre a disposizione della società

2. Infrazioni nelle SA e Sagl

2.3. Alla fine della vita della società

2.3.1. Reati principali

Art. 164

Diminuzione dell'attivo in danno dei credi-

effettivamente

1. Il debitore che, in danno dei suoi creditori, diminuisce il proprio attivo in quanto

deteriora, distrugge, svaluta o rende inservibili valori patrimoniali, aliena gratuitamente o contro una prestazione manifestamente inferiore valori patrimoniali,

rifiuta senza validi motivi diritti che gli spettano o rinuncia gratuitamente a tali diritti,

è punito, se viene dichiarato il suo fallimento o se viene rilasciato contro di lui un attestato di carenza di beni, con una pena detentiva sino a cinque anni o con una pena pecuniaria.

2. Nelle stesse condizioni, è punito con una pena detentiva sino a tre anni o con una pena pecuniaria il terzo che compie tali atti in danno dei creditori.

Fondi/beni NON si possono più recuperare (ev. revocatoria LEF)

2. Infrazioni nelle SA e Sagl

2.3. Alla fine della vita della società

2.3.1. Reati principali

Favori concessi
ad un creditore

Art. 167

Il debitore che, conoscendo la propria insolvenza e al fine di favorire alcuni dei suoi creditori in danno degli altri, compie atti tendenti a tale scopo, in ispecie **paga debiti non scaduti, estingue un debito scaduto con mezzi di pagamento diversi dagli usuali, garantisce un debito con mezzi propri senza essere obbligato**, è punito con una pena detentiva sino a tre anni o con una pena pecuniaria, se viene dichiarato il suo fallimento o se contro di lui viene rilasciato un attestato di carenza di beni.

Scopo: proteggere la parità di trattamento dei creditori

2. Infrazioni nelle SA e Sagl

2.3. Alla fine della vita della società

2.3.2. Difficoltà pratiche

- Documentazione societaria lacunosa e insufficiente per ricostruire i fatti in modo chiaro
- I casi devono essere analizzati dal punto di vista contabile da degli specialisti
- Il giudice/il procuratore deve basare la sua opinione unicamente sulla sua capacità di comprendere i tecnicismi contabili che, per definizione, non gli sono famigliari.

2. Infrazioni nelle SA e Sagl

2.3. Alla fine della vita della società

2.3.2. Difficoltà pratiche

- Difficoltà a dimostrare **il dolo eventuale** (coscienza dell'organo della società che quest'ultima non era più in grado di far fronte alle rivendicazioni dei creditori)

Queste difficoltà sono ostacoli alle verifiche e alla ricerca di prove per questi reati (art. 163/164/167 CP) che consistono in azioni precise e determinate nel tempo, nel luogo e nelle intenzioni.

2. Infrazioni nelle SA e Sagl

2.3. Alla fine della vita della società

2.3.3. Cattiva gestione

E' invece più facile raccogliere elementi di prova che presuppongano **un comportamento generale non conforme** e che costituiscono abitualmente un reato di cattiva gestione (art. 165 CP).

Questo reato punisce una gestione caratterizzata da una **leggerezza riprovevole** da parte dell'autore che peggiora la situazione finanziaria della società.

3. Cattiva gestione

3.1. Art. 165 CP

Cattiva gestione

Art. 165

1. Il debitore che, in un modo non previsto nell'articolo 164, a causa di una cattiva gestione, in particolare a causa di un'insufficiente dotazione di capitale, spese sproporzionate, speculazioni avventate, crediti concessi o utilizzati con leggerezza, svendita di valori patrimoniali, grave negligenza nell'esercizio della sua professione o nell'amministrazione dei suoi beni,

cagiona o aggrava il proprio eccessivo indebitamento, cagiona la propria insolvenza o aggrava la sua situazione conoscendo la propria insolvenza,

è punito, se viene dichiarato il suo fallimento o se viene rilasciato contro di lui un attestato di carenza di beni, con una **pena detentiva sino a cinque anni** o con una pena pecuniaria.

2. Il debitore escusso in via di pignoramento è perseguito penalmente soltanto a querela di un creditore che ha ottenuto contro di lui un attestato di carenza di beni.

La querela deve essere presentata entro tre mesi dal rilascio dell'attestato di carenza di beni.

Non ha diritto di querela il creditore che ha indotto il debitore a contrarre debiti alla leggera, a fare spese sproporzionate o speculazioni avventate, ovvero che l'ha sfruttato in modo usurario.

Crimine !

3. Cattiva gestione (art. 165 CP)

3.2. Elementi oggettivi del reato

- Dotazione insufficiente di capitale
- Spese sproporzionate (da mettere in relazione con la situazione economica della società)
- Speculazioni azzardate (speculazioni manifestamente troppo rischiose)
- Concessione e utilizzo con leggerezza di crediti
- Svendita di valori patrimoniali a un prezzo manifestamente insufficiente
- Negligenza grave nell'esercizio della professione o nell'amministrazione dei beni (dovere di avviso secondo gli art. 725 e 729 CO)

3. Cattiva gestione (art. 165 CP)

3.3. Caratteristiche

- **Autore:** (cpv. 1) solo il debitore

Se si tratta di una persona giuridica, **gli organi formali ed effettivi** (art. 29 CP) della società.

- **Comportamento punito:**

Per **azione** ma anche per **omissione** (DTF 123 IV 193, considerando 2).

Non si riferisce a un comportamento illecito specifico, ma a una gestione di principio che l'autore esercita in modo tale da deteriorare la propria situazione finanziaria rispettivamente quella della società di cui è organo.

Si tratta di un comportamento generale che il giudice esamina come un tuttuno. Tuttavia, **un solo atto di cattiva gestione può essere sufficiente per realizzare il reato.**

3. Cattiva gestione

3.3. Caratteristiche

Il comportamento deve:

- causare o aggravare il sovra indebitamento
- causare l'insolubilità o aggravare la situazione finanziaria

L'autore deve:

- essere cosciente dell'insolubilità

- **Nesso causale naturale e adeguato** fra l'atto di cattiva gestione e il sovra indebitamento o l'insolubilità
- **Elemento soggettivo :**

Il TF riconosce che il comportamento dell'autore deve, al minimo, corrispondere a una **negligenza grave** (dottrina contestata)

4. Concetto: società «usa e getta» (1/7)

Progetto del 2009 del Ministero pubblico zurighese

- **Scopo**

Sviluppare un sistema standardizzato e facilmente applicabile in modo ripetuto per sanzionare i comportamenti penali nel quadro di **fallimenti sospesi per mancanza d'attivo**.

- **Base del concetto**

A diverse riprese, il TF ha considerato che la violazione delle norme legali sulle SA e Sagl e in particolare **l'obbligo d'avviso degli organi al giudice in caso di perdita di capitale e di sovra indebitamento corrisponde a una negligenza grave** («*arge Nachlässigkeit*») ai sensi dell'art. 165 CP.

4. Concetto: società «usa e getta» (2/7)

- **Idea di fondo**

Limitare le inchieste ai casi facilmente ricostruibili sia attraverso i documenti, generalmente presenti presso gli Uffici fallimenti, sia attraverso il registro degli Uffici di esecuzione.

- **Oggetto delle verifiche**

I ritardi dei fallimenti derivanti dalla **violazione dei doveri di avviso al giudice secondo l'art. 725 CO**.

4. Concetto: società «usa e getta» (3/7)

• Autori

- Persone che, **al momento dell'apertura del fallimento**, sono iscritte al Registro di commercio come membri del Consiglio d'amministrazione o come gerente della società in fallimento.
- Persone che, **precedentemente al fallimento**, occupavano simili funzioni e che hanno violato le norme di avviso secondo l'art. 725 CO.
- Persone che, **in qualità di «uomini di paglia»**, occupavano simili funzioni (STF 6B_54/2008, consid. 6.3.2.).

4. Concetto: società «usa e getta» (4/7)

• Violazione esaminata

Obbligo di avviso secondo l'art. 725 CO (rispettivamente secondo l'art. 820 cpv. 1 CO in combinazione con l'art. 725 CO)

- Allestire un bilancio intermedio (verificato da un revisore abilitato) se esiste il fondato timore che la società abbia un'eccedenza di debiti.

Questa violazione costituisce una negligenza ancora più grave che l'omissione di avviso al giudice, in caso di constatazione di insolvenza, perché essa indica una leggerezza, una omissione manifesta dell'organo in relazione ai suoi obblighi di controllo.

4. Concetto: società «usa e getta» (5/7)

- **Importante segnale d'allarme**

Ragioni serie per supporre un sovra indebitamento esistono in particolare in caso di **problemi di liquidità** cioè quando la società ha delle difficoltà nel pagamento dei costi di gestione corrente.

- **Analisi delle procedure esecutive**

Determinare il giorno della prima procedura esecutiva riguardante un credito non pagato relativo all'attività corrente. Nel caso in cui l'organo competente non si sia procurato un bilancio intermedio revisionato nell'arco di 2 mesi, a contare dalla notifica della procedura esecutiva, egli avrà violato l'art. 725 cpv. 1 CO.

4. Concetto: società «usa e getta» (6/7)

- **Deterioramento della situazione finanziaria**

- ✓ **La procrastinazione del fallimento è la causa del deterioramento della situazione finanziaria** che, in caso di un'apertura tempestiva del fallimento, si sarebbe potuto evitare.
- ✓ La procrastinazione del fallimento comporta la **violazione dell'obbligo di concentrarsi sulla liquidazione** del patrimonio della società.
- ✓ **Ogni costo che non serve a tale scopo (la liquidazione) deteriora l'indebitamento.** Tutti i costi generati per mantenere in vita l'attività dell'impresa (costi della mano d'opera, delle infrastrutture, costi del materiale, ecc.) sono da considerarsi come dei danni finanziari verso la società.

4. Concetto: società «usa e getta» (7/7)

- ✓ Il fatto di **trasformare delle liquidità in beni mobiliari o immobiliari comporta**, per principio, in caso di rivendita in un lasso di tempo molto corto (liquidazione), **una perdita monetaria** e dunque un danno finanziario per la società.
- ✓ L'autore di simili transazioni viene incolpato di violazioni agli obblighi di cui all'art. 725 al. 2 CO e non di aver realizzato queste transazioni perché è unicamente attraverso l'omissione dei suoi obblighi che è possibile approfittare al massimo della società e ciò a scapito dei suoi creditori.

