



IL FALSO DEL PROFESSIONISTA NELLE PROCEDURE NEGOZiate DELLA CRISI D'IMPRESA¹ di Marco Grotto

Abstract

L'ordinanza del Tribunale di Torino del 16 luglio 2014 rappresenta una delle primissime applicazioni giurisprudenziali (in sede cautelare) del “nuovo” delitto di “Falso in attestazioni e relazioni”, previsto dall'art. 236-bis l. fall. Tale reato costituisce un presidio sanzionatorio importante a garanzia del corretto svolgimento dei compiti spettanti al “professionista attestatore” nelle soluzioni concordate delle crisi d'impresa, ma solo una “lettura correttiva” lo rende rispettoso del principio costituzionale di tassatività-determinatezza.

The order of the Court of Turin is one of the first jurisprudential applications (as a precautionary measure) of the “new” offense of “False claims and relationships”, art. 236-bis l. fall. This crime provides with the sanctions to guarantee the proper performance of the duties of the business consultant (“professionista attestatore”) on the agreed solutions in the business crisis. However, only a “corrective reading” makes the crime respectful of the constitutional principles.

Sommario: I. Il fatto; – II. Genesi della fattispecie e sua necessità nel sistema penale-fallimentare; – III. Il fatto tipico penalmente rilevante; – III.A. L'oggetto materiale della condotta; – III.B. Aspetti problematici delle condotte tipiche: le false attestazioni; – III.C. (*Segue*): le informazioni omesse; – III.D. La carenza di tassatività-determinatezza. Una possibile lettura correttiva; – IV. L'elemento soggettivo; – V. L'ordinanza del Tribunale di Torino; – IV. Conclusioni.

I. IL FATTO

Le coordinate fattuali sottostanti al provvedimento cautelare in commento sono le seguenti.

¹ Si rappresenta che la Nota dell'Avv. Marco Grotto (Dottore di Ricerca presso l'Università degli Studi di Trento) è stata già pubblicata nella Rivista “Cassazione Penale”, fasc. 6/2015. Il contributo viene ripubblicato in questa Sede per gentile concessione della Rivista.

Nell'ambito di un concordato c.d. in bianco, un professionista ha redatto la relazione prevista dall'art. 161 l. fall. attestando la fattibilità del piano, che prevedeva che le risorse necessarie per pagare i creditori della società istante fossero reperite mediante la cessione dell'azienda ad un compratore e che l'operazione fosse garantita da una fideiussione bancaria a prima richiesta. In particolare, prima il tribunale civile, in sede di declaratoria di inammissibilità del ricorso per concordato preventivo, e poi la Procura della Repubblica hanno censurato il comportamento del professionista, rilevando che questi non aveva svolto alcuna indagine sulla capienza patrimoniale della società dalla quale proveniva la proposta irrevocabile d'acquisto dell'azienda, né sulla banca che avrebbe dovuto costituirsi garante. Qualora l'attestatore avesse considerato i predetti aspetti ed avesse svolto le indagini suddette, egli – concludono i magistrati – sarebbe giunto a conclusioni opposte rispetto a quelle condensate nell'attestazione *ex art. 161, comma 3 l. fall.* presentata al tribunale.

Condividendo tali affermazioni, il Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Torino ha ritenuto sussistente il *fumus commissi delicti* del reato di cui all'art. 236-*bis* l. fall. e, per l'effetto, ha applicato al professionista-attestatore la misura cautelare personale dell'interdizione all'esercizio della professione di dottore commercialista.

Il provvedimento in commento rappresenta una delle primissime applicazioni giurisprudenziali del delitto di «falso in attestazioni e relazioni» ed è quindi l'occasione per riflettere sulla portata applicativa della neo-introdotta fattispecie sanzionatoria.

II. GENESI DELLA FATTISPECIE E SUA NECESSITÀ NEL SISTEMA PENALE-FALLIMENTARE

Il reato di «falso in attestazioni o relazioni» è stato introdotto dal d.l. n. 83/2012 (conv., con modif., nella l. n. 134/2012) e punisce con la reclusione da due a cinque anni e con la multa da 50.000 a 100.000 euro il professionista che, nelle relazioni o attestazioni di cui agli artt. 67, comma 3, lett. *d*); 161, comma 3; 182-*bis*, 182-*quinqüies* e 186-*bis* l. fall., «esponde informazioni false ovvero omette di riferire informazioni rilevanti».

A differenza di quanto accade nei reati di bancarotta – che la giurisprudenza tende ad applicare anche a condotte che non hanno alcun rilievo con le procedure concorsuali ⁽¹⁾, la fattispecie in commento rappresenta un presidio penale intimamente connesso con le procedure “negoziate” della crisi d’impresa, costituite dal piano attestato, dal concordato preventivo, dagli accordi di ristrutturazione dei debiti e dal concordato con continuità aziendale.

La scelta di criminalizzazione compiuta dal legislatore del 2012 è peraltro coerente dal punto di vista sistematico: se sono sanzionate le falsità commesse dal componente dell’organismo di composizione nelle crisi da sovra-indebitamento dei soggetti non fallibili (art. 16, comma 2, l. n. 3/2012) ⁽²⁾, a maggior ragione è opportuno siano presidiate da sanzione le falsità dell’attestatore che intervengano nell’ambito delle procedure previste dalla legge fallimentare con riferimento ai soggetti fallibili ⁽³⁾.

Secondo la dottrina maggioritaria l’opzione incriminatrice appare poi opportuna sia sotto il profilo dell’efficacia-effettività, che sotto l’aspetto della necessità ⁽⁴⁾. Pur nell’assenza di dati empirico-criminologici che confermino che, successivamente all’introduzione del

⁽¹⁾ In questo senso COCCO, *Il ruolo delle procedure concorsuali e l’evento dannoso nella bancarotta*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2014, p. 68.

⁽²⁾ In generale sull’istituto, recentemente riformato, si veda BATTAGLIA, *I nuovi procedimenti di composizione della crisi da sovraindebitamento dopo il maquillage della l. n. 3 del 2012*, in *Fallimento*, 2013, p. 1433 ss. Una disamina dalle norme sanzionatorie contenute nella l. n. 3 del 2012 si trova in FILIPPI, *Gli aspetti penali della procedura*, *ivi*, 2012, p. 1114 ss.; SPINOSA, *Nuova procedura da sovraindebitamento e sanzioni penali: è nata la bancarotta del piccolo imprenditore e del consumatore?*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2014, p. 787 ss.; MERENDA, *Profili penali della disciplina sul sovraindebitamento*, in *questa rivista*, 2013, p. 3355 ss.

⁽³⁾ Così BERSANI, *La responsabilità penale del professionista attestatore ai sensi dell’art. 236-bis l.f.*, in *Ind. pen.*, 2014, p. 108; MUCIARELLI, *Il delitto di falso in attestazioni e relazioni: il professionista-attestatore e le valutazioni*, *ivi*, 2014, p. 129 ss.; GUERINI, *La responsabilità penale del professionista attestatore nell’ambito delle soluzioni concordate per la crisi d’impresa*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, p. 4; TETTO, *La (ritrovata) indipendenza del professionista attestatore nelle soluzioni concordate della crisi d’impresa*, in *Fallimento*, 2013, p. 679 s.; CONSULICH, *Nolo conoscere. Il diritto penale dell’economia tra nuovi responsabili e antiche forme di responsabilità «paracolpevole»: spunti a partire dal nuovo art. 236-bis l.f.*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2012, p. 614 ss.

⁽⁴⁾ La terminologia qui proposta è ripresa da DEMURO, “Ultima ratio”: *alla ricerca di limiti all’espansione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, p. 1660 s., il quale afferma che ogni fattispecie penale di nuova introduzione dovrebbe essere rispettosa del “principio di efficacia” (nel senso che la criminalizzazione di una condotta dovrebbe essere in grado di produrre un effetto di prevenzione generale: la previsione di un fatto come reato dovrebbe comportare un’automatica diminuzione numerica di quel fatto nel mondo degli accadimenti sociali), del “principio di effettività” (da intendersi come idoneità, scientificamente prognosticata *ex ante*, empiricamente verificabile *ex post*, del mezzo-pena ad inibire comportamenti socialmente disfunzionali, realizzando un utile sociale apprezzabilmente superiore rispetto al danno sociale prodotto dalla criminalizzazione del comportamento) e del “principio di necessità, o sussidiarietà” (intesa come verifica dell’assenza di altri mezzi a raggiungere la medesima o prossima efficacia della sanzione penale).

delitto in commento, le attestazioni false o reticenti siano numericamente diminuite, si ritiene verosimile che la “minaccia penale” sia da sé sola in grado di condizionare il comportamento dei professionisti-attestatore. Infatti, sia le pene principali, sia quelle accessorie (una per tutte l’interdizione da un mese a cinque anni dall’esercizio della professione *ex* artt. 30 e 31 c.p.), sia, infine, gli altri effetti derivanti da un’eventuale condanna penale (ad esempio l’impossibilità di essere nominato amministratore o sindaco di società *ex* artt. 2382 e 2399 c.c.) hanno un’afflittività tale da comportare un serio danno all’attività libero-professionale dell’autore del reato. Né altri istituti in senso lato “repressivi” – vuoi di stampo civilistico (5), vuoi disciplinare – appaiono avere uguale efficacia general-preventiva.

Sul piano politico-criminale, dunque, non si può che convenire sull’opportunità della scelta legislativa, anche in considerazione del fatto che le altre fattispecie codicistiche risultano difficilmente applicabili (6).

Quanto ai livelli sanzionatori, c’è da rilevare che essi sono più gravosi rispetto a quelli previsti nell’ambito delle crisi da sovra-indebitamento e prossimi a quanto contemplato dal reato di «interesse privato del curatore negli atti del fallimento»; ciò sebbene sia oramai abbastanza pacifico che il professionista-attestatore, a differenza del curatore e del commissario giudiziale, non è né pubblico ufficiale, né incaricato di pubblico servizio, ma esercente un servizio di pubblica necessità (7).

(5) Lo strumento della responsabilità civile, sufficientemente duttile in molte altre ipotesi, appare in questo specifico caso di complessa applicabilità. Chi è ipoteticamente legittimato ad agire contro il professionista che abbia attestato il falso: l’imprenditore che gli ha dato l’incarico oppure ciascuno dei creditori “ingannati” oppure ancora il curatore fallimentare eventualmente nominato in seguito alla declaratoria di inammissibilità del piano ed all’intervenuto fallimento? E come deve valutarsi l’ammontare del danno da risarcire: attribuendo un valore economico all’informazione falsamente attestata oppure valutando la rilevanza di quell’informazione rispetto al piano presentato ovvero rispetto al sopravvenire del successivo fallimento? Ciò senza contare che l’effetto deterrente della sanzione civile è vanificato dalla presenza di un’eventuale copertura assicurativa a manleva del professionista.

(6) Sul punto, v. PIVA, *Vecchie soluzioni per nuovi problemi nella falsa attestazione del professionista*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, p. 2 s.; BORSARI, *Il nuovo reato di falso in attestazioni e relazioni del professionista nell’ambito delle soluzioni concordate delle crisi d’impresa. Una primissima lettura*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2013, p. 84. In giurisprudenza, v. Trib. Rovereto, 12 gennaio 2012, M.N., in *Fallimento*, 2012, p. 834 ss., con nota di TETTO, *Le false o fraudolente attestazioni del professionista ex art. 161, comma 3 l. fall.: alla ricerca di un’evanescente tipicità penalmente rilevante*.

(7) Che il curatore ed il commissario giudiziale siano “pubblici ufficiali” si ricava dagli artt. 30 e 165 l. fall. Sul tema della qualifica soggettiva del professionista attestatore, si veda BERSANI, *La responsabilità penale del professionista attestatore*, cit., p. 113 ss.; PIVA, *Vecchie soluzioni per nuovi problemi nella falsa attestazione del*

III. IL FATTO TIPICO RILEVANTE

La tecnica normativa impiegata nella scrittura dell'art. 236-*bis* l. fall. rende particolarmente complessa la ricostruzione del fatto tipico. Da un lato, le condotte incriminate – consistenti nell'«esporre informazioni false» ovvero nell'«omettere di riferire informazioni rilevanti» – sono descritte con un insufficiente grado di tassatività/determinatezza. Dall'altro è lo stesso oggetto materiale della condotta ad essere generico: il contenuto delle relazioni o attestazioni che la legge fallimentare riserva al professionista non è strettamente predeterminato e comporta la necessità di esprimere valutazioni ed effettuare giudizi prognostici inevitabilmente soggettivi.

La dottrina penalistica non ha certo stentato ad accorgersi di tale peculiarità ed ha tentato di ricostruire, in termini quanto più esatti possibili, i perimetri applicativi della fattispecie in commento.

III.A. L'oggetto materiale della condotta

Le informazioni false o rilevanti del professionista devono concernere le attestazioni e le relazioni previste dagli artt. 67, comma 3, lett. *d*); 161, comma 3; 182-*bis*; 182-*quinqüies* e 186-*bis* l. fall. (8).

Ai sensi dell'art. 67 l. fall. il professionista è chiamato ad «attestare la veridicità dei dati aziendali» – la norma, purtroppo, non specifica di quali “dati” si tratti – «e la fattibilità del piano», che deve essere «idoneo a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa ed ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria» (9).

Il professionista è chiamato ad esprimere un analogo giudizio anche ai sensi dell'art. 161, comma 3. In questo secondo caso, tuttavia, i “dati” (o, meglio, le “informazioni”) oggetto della valutazione di “veridicità” sono quelli contenuti nella documentazione di cui alle lettere da *a*) a *d*) del medesimo art. 161, comma 2 (ovvero la relazione sulla situazione

professionista, cit., p. 5; GUERINI, *La responsabilità penale del professionista attestatore*, cit., p. 10; CONSULICH, *Nolo conoscere*, cit., p. 619 ss. Si veda anche Trib. Rovereto, 12 gennaio 2012, cit., p. 834 ss.

(8) Per una trattazione sistematica dell'argomento, v. MUCCIARELLI, *Stato di crisi, piano attestato, accordi di ristrutturazione, concordato preventivo e fattispecie penali*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2009, p. 824 ss.

(9) Sul contenuto del “piano ex art. 67 l. fall.”, v. LA CROCE, *Il confezionamento di un piano di salvataggio dell'impresa in crisi da attestare*, in *Fallimento*, 2014, p. 979 ss.

patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa; lo stato analitico ed estimativo delle attività; l'elenco nominativo dei creditori con l'indicazione delle cause di prelazione; l'elenco dei titolari di diritti reali o personali sui beni di proprietà o in possesso del debitore; la stima del valore dei beni del debitore e dell'ammontare dei debiti degli eventuali soci illimitatamente responsabili), mentre la valutazione di "fattibilità del piano" ha più specificamente ad oggetto le modalità ed i tempi di adempimento della proposta concordataria.

Analoghe locuzioni si ritrovano nell'art. 182-*bis*. In aggiunta, al comma 1 di tale articolo si prevede che il professionista, oltre alla veridicità dei dati aziendali (ovvero delle informazioni contenute nei documenti elencati all'art. 161, cui l'art. 182-*bis* fa espresso rinvio), debba anche valutare l'«attuabilità» dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, con particolare riferimento alla sua idoneità a soddisfare l'integrale pagamento dei creditori estranei ovvero dissenzienti rispetto all'accordo stesso. L'accordo di ristrutturazione dei debiti, infatti, non richiede un'adesione totalitaria del ceto creditorio, potendo essere stipulato anche solo «con i creditori rappresentanti almeno il sessanta per cento dei crediti» (10).

Un'attestazione simile è poi prevista al comma 6 dell'art. 182-*bis* per il cosiddetto «accordo di ristrutturazione in bianco» (11).

Ancora: ai sensi dell'art. 182-*quinquies*, comma 1, serve la relazione del professionista per attestare se il ricorso a finanziamenti prededucibili ai sensi dell'art. 111 l. fall. in costanza di una procedura di concordato preventivo oppure di un accordo di ristrutturazione dei debiti (anche in bianco) sia funzionale «alla migliore soddisfazione dei creditori» (12).

(10) In argomento, CARMELLINO, *Accordi di ristrutturazione e controllo giudiziale*, in *Fallimento*, 2013, p. 625 ss.; AMBROSINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti dopo la riforma del 2012*, *ivi*, 2012, p. 1137 ss.

(11) Sul tema, di recente, SALVATO, *Nuove regole per la domanda di concordato con riserva*, in *Fallimento*, 2013, p. 1209 ss.

(12) In argomento VELLA, *Autorizzazioni, finanziamenti e prededuzioni nel nuovo concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2013, p. 661 ss. Sul tema della prededucibilità dei finanziamenti che intervengono successivamente alla presentazione della domanda di concordato ordinaria o con riserva ma prima del decreto di apertura di questo (cd. finanza interinale), v. CENSONI, *Concordato preventivo e nuova finanza*, *ivi*, 2014, p. 384 ss. In giurisprudenza, Trib. Modena, 16 dicembre 2014, in *ilcaso.it*, distingue tra finanziamenti *ex art. 182-quater*, commi 2 e 3, contratti in funzione della presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo, anche con riserva (finanziamenti ponte); finanziamenti ai sensi dell'art. 182-*quinquies*, comma 1, contratti successivamente alla presentazione della domanda di ammissione al concordato e prima dell'omologazione (finanziamenti interinali), e finanziamenti di cui all'art. 182-*quater*, commi 1 e 3, contratti

Peraltro con riferimento a questo istituto la giurisprudenza di merito ha chiarito che l'attestazione della veridicità dei dati aziendali, sebbene non espressamente prevista né richiamata, costituisce un passaggio implicito ed imprescindibile delle valutazioni che è chiamato a fare il professionista (13).

Il comma 4 del medesimo art. 182-*quinquies* prevede, poi, che il debitore possa chiedere al Tribunale di essere autorizzato al pagamento “privilegiato” di crediti che siano anteriori alla presentazione della domanda per l'ammissione al concordato preventivo ovvero alla domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti quando il professionista attesti «che tali prestazioni sono essenziali per la prosecuzione dell'attività di impresa e – ancora – funzionali ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori».

Infine, nel caso di concordato con continuità aziendale (art. 186-*bis*), al professionista è richiesto nuovamente di attestare «che la prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato è funzionale al migliore soddisfacimento dei creditori» oppure che la «continuazione di contratti pubblici» ovvero la «partecipazione a procedure di assegnazione di contratti pubblici» è “conforme al piano” e l'impresa ha una «ragionevole capacità di adempimento» (14). Con specifico riferimento al primo giudizio, peraltro, alcuna dottrina fallimentaristica ha parlato di compito «certamente complesso, ma ragionevole» (15), mentre altri hanno evidenziato, in chiave critica, che all'attestatore è demandato di comparare alternative e variabili non specificate. In particolare, ci si è chiesti se, ai fini del miglior soddisfacimento dei creditori, sia necessario operare un raffronto tra il concordato con continuità e la procedura fallimentare, oppure se debbano essere assunte a termine di paragone anche le altre procedure concorsuali, oppure ancora se si debbano considerare anche opzioni extraconcorsuali. Ci si è poi chiesti se l'aggettivo “migliore” rimandi ad una valutazione unicamente quantitativa oppure anche qualitativa. Né – si è evidenziato – la norma chiarisce rispetto a quali o quanti creditori vada espresso

successivamente all'omologazione, in esecuzione di un concordato (finanziamenti in esecuzione). In argomento, v. anche Trib. Siena, 20 febbraio 2015, *ivi*.

(13) Ad esempio, v. Trib. Terni, 16 gennaio 2013, in *Fallimento*, 2013, p. 1463 s., con nota di NOCERA, *L'attestazione del professionista e le verità dei dati aziendali*.

(14) Sul tema, PATI, *Il miglior soddisfacimento dei creditori: una clausola generale per il concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2013, p. 1099 ss.; STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale*, *ivi*, 2013, p. 1222 ss.; VELLA, *Autorizzazioni, finanziamenti e predeuzioni nel nuovo concordato preventivo*, cit., p. 659 ss.

(15) STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale*, cit., p. 1227.

il giudizio: se con riferimento alla totalità di essi (nel senso che tutti i creditori devono trovare, nell'attuazione del piano di concordato in continuità, un "miglior soddisfacimento") o solo ad una parte (potendo capitare che la soluzione del concordato in continuità sia migliorativa per il ceto chirografario, ma, per esempio, danneggi i creditori privilegiati in virtù dell'insorgere di crediti prededucibili connessi alla procedura) (16).

In sintesi, ferma la veridicità dei dati aziendali, nei concordati e negli accordi liquidativi l'esperto documenterà l'attitudine liquidatoria dei piani presentati; nei concordati ed accordi di continuità il professionista dovrà anche attestare che la prosecuzione dell'attività d'impresa è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori; infine, nell'ulteriore ipotesi in cui il debitore, nell'ambito del concordato con continuità, chieda l'autorizzazione ad acquisire finanziamenti interinali, il professionista dovrà dichiarare se l'erogazione di tali finanziamenti sia o meno migliorativa per la condizione dei creditori (17).

Si è poi precisato che, pur in assenza di indicazioni normative, l'attestazione di "veridicità" non può tradursi in un mero vaglio di corrispondenza tra i dati contabili tenuti dalla società e quelli utilizzati dal debitore nel ricorso, ma deve passare attraverso l'esame di tutti i dati extracontabili al fine di accertare che le risultanze cartolari corrispondano alla realtà (18). Analogamente, nel giudizio di fattibilità il professionista dovrebbe compiere una valutazione sorretta da un'adeguata motivazione, senza impiego di formule di stile,

(16) Queste considerazioni sono sviluppate da TIZZANO, *L'indeterminatezza del giudizio di migliorata e l'attestazione ex art. 186-bis, comma 2, lett. b), l. fall.*, in *Fallimento*, 2014, p. 137 ss.

(17) In questi termini NOCERA, *L'attestazione del professionista e le verità dei dati aziendali*, cit., p. 1466.

(18) Secondo LO CASCIO, *Il professionista attestatore*, in *Fallimento*, 2013, p. 1330, il professionista deve provvedere ad un riscontro fisico-contabile delle immobilizzazioni tecniche, delle giacenze di magazzino, della cassa, della situazione di fornitori, creditori, banche e clienti e deve raffrontare i risultati così ottenuti con la documentazione fornita dai terzi (banche, anagrafe tributaria, istituti previdenziali). Occorre, altresì, che il professionista svolga un'analisi del portafoglio ordini, della massa passiva dell'impresa, delle eventuali sopravvenienze passive, dei diritti reali e personali sui beni in possesso del debitore, delle cause di prelazione, delle eventuali garanzie reali e personali rilasciate da società e soci illimitatamente responsabili, dei principali contratti pendenti e della posizione del contenzioso. Un elenco delle penetranti "indagini" che il professionista sarebbe chiamato a svolgere si trova anche in I. NOCERA, *L'attestazione del professionista e le verità dei dati aziendali*, cit., p. 1467 ss. Concorde SANDRELLI, *Le esenzioni dai reati di bancarotta e il reato di falso in attestazioni e relazioni*, in *Fallimento*, 2013, p. 800, che ritiene il professionista responsabile per l'omessa acquisizione di informazioni rilevanti.

esprimendo con argomentazioni logiche e coerenti come si sia pervenuti al risultato rappresentato (19).

In punto di oggetto materiale della condotta se ne ricava, quindi, che al professionista è richiesta una variegata serie di attestazioni, importanti valutazioni di estrema complessità, da effettuarsi *pro futuro* e secondo una base di giudizio *ex ante*, da rilasciarsi – almeno secondo la giurisprudenza civile (20)– previo svolgimento di un’approfondita “investigazione personale” sulla reale corrispondenza tra i fatti quali essi sono e la loro rappresentazione documentale-contabile.

III.B. Aspetti problematici delle condotte tipiche: le false attestazioni

Anche le condotte tipiche, purtroppo, non sono facilmente ricostruibili.

La norma sanziona l’«esporre informazioni false» oppure l’«omettere di riferire informazioni rilevanti» in una delle attestazioni in precedenza descritte.

Solo apparentemente si tratta di espressioni semanticamente circoscritte.

Se il significato di “esporre” è certamente chiaro – trattandosi della condotta attiva di inserimento dell’informazione in una delle attestazioni sopra elencate –, il concetto di “falso” presenta, invece, confini alquanto slabbrati nell’ambito del diritto penale dell’economia, potendo essere declinato in termini “quantitativi” (es.: il professionista espone un calcolo degli interessi per mutuo senza capitalizzazione periodica), in termini “qualitativi” (es.: il professionista considera esigibile un credito verso un soggetto in stato di decozione) oppure in termini “valutativi” (es.: il professionista stima il valore di un magazzino assumendo a parametro un prezzo non di mercato). Soprattutto nell’ultimo caso, un giudizio che in apparenza potrebbe sembrare univoco ed alternativo – e dunque semplice da rendere (appunto “vero”/“falso”) – si rileva, in realtà, complesso da formulare e denso di discrezionalità.

(19) Trib. Mantova, 8 maggio 2014, in *ilcaso.it*; Trib. Benevento, 23 aprile 2013, Casaria Vassallo srl in liquid., in *Fallimento*, 2013, p. 1373 s. con nota redazionale di RANALLI; Trib. Mantova, 28 maggio 2012, in *ilcaso.it*.

(20) *Contra* si è espresso, in sede penale, G.i.p. Trib. Firenze, 25 novembre 2014, in *ilcaso.it*, che, sebbene incorrendo in qualche imprecisione terminologica (il “professionista attestatore” è menzionato quale “perito”) ha precisato che l’attestatore, oltre a non dover entrare nel merito delle scelte aziendali, non deve nemmeno «ricercare eventi, comportamenti o situazioni suscettibili di evidenziare responsabilità a carico di qualcuno o provocare la mancata ammissione della proposta, essendo l’attestatore neutro rispetto alle vicende societarie».

Consapevoli di queste problematiche, i primi commentatori hanno formulato diverse proposte interpretative, tra loro non alternative.

C'è chi ritiene che siano sanzionabili le sole false rappresentazioni di dati contabili, economici o finanziari che servano da presupposto per la valutazione di fattibilità del piano (21).

In alternativa si è proposto di giudicare della falsità delle attestazioni e relazioni secondo il “criterio della ragionevolezza”, cosicché il giudice non dovrà considerare tutte le valutazioni o stime che si discostino «in misura non rilevante» dal vero (22). Nonostante il criterio goda di ampio apprezzamento nell'ambito del diritto penale dell'economia (23), ci sembra, però, che si tratti di una soluzione tautologico-argomentativa nei fatti poco applicabile (24).

Altri, infine, hanno proposto di leggere il concetto di “verità” dei dati aziendali come «rappresentazione veritiera e corretta» (ex art. 2423 c.c.) (25). Operando in tal modo si estenderebbe alla fattispecie penale la “nozione di verità” propria dei bilanci sociali, “misurabile” alla stregua degli *standard* nazionali ed internazionali che presiedono alla loro formazione (26). Questa soluzione – che pure è quella maggiormente condivisibile –

(21) TETTO, *La (ritrovata) indipendenza del professionista attestatore*, cit., p. 685.

(22) PIVA, *Vecchie soluzioni per nuovi problemi nella falsa attestazione del professionista*, cit., p. 11; BORSARI, *Il nuovo reato di falso in attestazioni e relazioni del professionista*, cit., p. 95 s.; GUERINI, *La responsabilità penale del professionista attestatore*, cit., p. 16; SANDRELLI, *Le esenzioni dai reati di bancarotta e il reato di falso in attestazioni e relazioni*, cit., p. 801.

(23) Con riferimento all'art. 2621 c.c., parla di accoglimento, da parte del legislatore della riforma del 2002, del «principio della “conformità tra il prescelto ed il dichiarato”» CULTRERA, *Le false comunicazioni sociali*, in AA.VV., *Diritto penale delle società*, a cura di Canzio, Cerqua e Luparia, Cedam, 2014, p. 87, mentre secondo MAZZACUVA, *Le mutazioni normative (e non) in tema di false comunicazioni sociali*, in AA.VV., *Diritto penale dell'economia*, a cura di Mazzacuva e Amati, Cedam, 2010, p. 159, l'attuale formulazione normativa si rifà al canone della ragionevolezza.

(24) Critico verso il concetto di “ragionevolezza” anche FIORE, *Nuove funzioni e vecchie questioni per il diritto penale nelle soluzioni concordate della crisi d'impresa*, in *Fallimento*, 2013, p. 1192.

(25) NOCERA, *L'attestazione del professionista e la verità dei dati aziendali*, cit., p. 1469; SANDRELLI, *Le esenzioni dai reati di bancarotta e il reato di falso in attestazioni e relazioni*, cit., p. 801; TETTO, *La (ritrovata) indipendenza del professionista attestatore*, cit., p. 685 ss. Suggestiscono di ricorrere alla scienza aziendale ed ai criteri elaborati dalle commissioni di studio istituite presso il Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti BERSANI, *La responsabilità penale del professionista attestatore*, cit., p. 125 s.; MUCIARELLI, *Il delitto di falso in attestazioni e relazioni*, cit., p. 136 ss. e BORSARI, *Il nuovo reato di falso in attestazioni e relazioni del professionista*, cit., p. 95.

(26) Nella seduta del 3 settembre 2014 il Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili ha approvato i “Principi di attestazione dei piani di risanamento”, che ambiscono a costituire «modelli comportamentali condivisi ed accettati riguardanti le attività che l'attestatore deve svolgere». Per un primo

sembra solo mitigare e non anche risolvere il problema, considerato che tanto i principi contabili nazionali (OIC) che quelli internazionali (IAS/IFRS) riducono ma non eliminano i margini delle “valutazioni discrezionali”, che sono inevitabilmente demandate all’operatore. A ciò va poi aggiunto che il giudice penale ha storicamente sempre rivendicato il diritto ad un’“interpretazione autonoma” delle fattispecie incriminatrici, scevra da influenze derivanti da altri settori dell’ordinamento.

III.C. (*Segue*): le informazioni omesse

Se possibile ancor più “fragili” sono i contorni della seconda condotta, consistente nell’«omettere informazioni rilevanti».

Innanzitutto al concetto “informazioni” possono essere ricondotti sia i “fatti materiali”, sia i “dati” economici o numerici sia, infine, l’interpretazione di quei fatti o dati, tanto in chiave retrospettiva quanto prospettica, anche se è evidente che è su quest’ultimo aspetto che s’appunta il presidio penale, perché è proprio nella “lettura” dei dati aziendali in termini di veridicità e nel loro utilizzo per formulare giudizi prognostici di fattibilità che si sostanzia il mandato del professionista.

Circa poi il concetto di “rilevanza”, non è chiaro se trattasi di giudizio da formulare in termini “assoluti” oppure “relativi”. In breve: è “rilevante” qualsiasi scostamento tra la realtà e quanto attestato dal professionista (pericolo astratto) oppure solo quell’informazione che possa influire sul buon esito della procedura (pericolo concreto)? La seconda opzione è quella maggiormente condivisibile per quattro ordini di ragioni: perché evita inutili formalismi; perché le informazioni contenute nella relazione del professionista hanno dei destinatari precisi (il tribunale fallimentare ed i creditori); perché i reati di pericolo astratto pongono maggiori problemi rispetto a quelli a pericolo concreto; perché – come si spiegherà *infra* – la fattispecie deve rappresentare un presidio avverso i soli comportamenti concretamente ingannatori (27).

Infine, per definire la condotta dell’“omettere” occorre preliminarmente capire se il professionista abbia esclusivamente l’obbligo di verificare la documentazione che gli viene

commento si veda AMBROSINI-TRON, *I principi di attestazione dei piani di risanamento approvati dal CNDCEC ed il ruolo del professionista*, in *ilcaso.it*, p. 1 ss.

(27) Pare esprimersi in questo senso anche BORSARI, *Il nuovo reato di falso in attestazioni e relazioni del professionista*, cit., p. 96, che afferma il reato è integrato solo se l’informazione (rilevante) omessa avrebbe mutato il segno del giudizio racchiuso nella relazione del professionista.

messa a disposizione (*id est*: la proposta di piano ed i dati aziendali) – e quindi commetta il reato solo quando non indichi nella propria relazione/attestazione dati (rilevanti) evincibili dai predetti documenti – oppure se egli abbia anche il compito di accertare, tramite indagini proprie, che la rappresentazione documentale corrisponde effettivamente alla realtà – e quindi sia sanzionabile anche quando non abbia scoperto oppure non si sia accorto (e dunque non abbia riferito) di problematiche occulte –.

Gli argomenti per sostenere la seconda opzione – che, come visto con riferimento al giudizio di veridicità, è quella preferita della giurisprudenza civile – non mancano. Le norme che disciplinano le procedure concordatarie richiedono che il professionista sia indipendente, ovvero non legato al debitore da rapporti personali o professionali, e tale previsione – si potrebbe ritenere – ha senso solo qualora si riconosca all’attestatore un “potere/dovere di indagine” e gli si richieda un giudizio completo ed incondizionato. Gli artt. 67, comma 3, lett. *d*); 161, comma 3; 182-*bis*; 182-*quinquies* e 186-*bis* l. fall. utilizzano la locuzione «*veridicità dei dati*» senza ulteriori specificazioni; dal che si potrebbe sostenere che le informazioni acquisibili e riportabili nelle attestazioni sono, in realtà, tutte quelle utili. Infine, si potrebbe ritenere riduttivo che il ruolo del professionista sia solo quello di esaminare la documentazione allegata alla domanda concordataria per confermarne e ribadirne il contenuto, essendo più verosimile che il legislatore abbia previsto il suo intervento per disvelare le ipotesi di scollatura tra la realtà e la sua rappresentazione da parte del debitore.

Pur tuttavia, sposare l’idea di un “professionista-investigatore” allarga in maniera incontrollabile i confini della fattispecie incriminatrice e le maglie del controllo penale, perché l’oggetto, la direzione, il grado di approfondimento dell’indagine richiesta all’attestatore sono difficilmente determinabili *ex ante* e facilmente riempibili con il senno del poi (28).

L’intervento penale, al contrario, deve caratterizzarsi per essere circoscritto a condotte ben definite, predeterminabili *ex ante*. Tale principio assume ancora maggior valenza

(28) Si adattano al caso del professionista-attestatore le riflessioni di CENTONZE, *La nuova disciplina penale della revisione legale dei conti*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 662, che, appunto con riferimento alle verifiche dei revisori, parla di oggettiva impossibilità di estenderle a tutti i fatti economicamente rilevanti ed alla contabilizzazione e valutazione degli effetti di ciascuno di essi. Sul punto MUCIARELLI, *Il delitto di falso in attestazioni e relazioni*, cit., p. 135.

nell'ambito dei reati omissivi propri (e di condotta), con riferimento ai quali dev'essere assolutamente chiaro quali siano i comportamenti da tenere per evitare di essere sanzionati. Tanto più si riuscirà a circoscrivere l'obbligo di cui il soggetto attivo del reato è destinatario, tanto più saranno rispettati i principi cardine di tassatività e determinatezza propri del diritto penale (29).

A tanto s'aggiunga poi che l'attestatore appare sprovvisto di effettivi poteri conoscitivi e d'indagine (come peraltro capita nel caso degli altri c.d. *gatekeepers* economici) (30).

In virtù di questo ragionamento sistematico-metodologico si deve, dunque, concludere che sarà penalmente sanzionabile solo quel professionista che ometta di riferire informazioni rilevabili dai dati aziendali (intesi nella loro "nozione minima": ovvero contabilità e bilanci) ovvero dagli altri documenti presentati dal debitore (*id est*, il piano di risanamento nel caso dell'art. 67 l. fall.; la documentazione prevista dell'art. 161 l. fall. in tutti gli altri casi (31)).

III.D. La carenza di tassatività-determinatezza. Una possibile lettura correttiva

Come si è cercato di mettere in luce, l'interprete è gravato del compito di ricostruire un fatto tipico sfuggente tanto nella condotta quanto nel suo oggetto materiale. In sostanza non è chiaro quale sia il comportamento lesivo in cui consiste il reato e, di conseguenza, non è possibile precisarne con esattezza l'oggetto della tutela.

Si può forse adattare al caso di specie la nozione di "diritto reticolare", ovvero di un diritto penale dove il legislatore definisce il comportamento sanzionato non da solo, in via esclusiva, bensì coordinandosi con "attori" che si muovono su direttrici diverse (il legislatore e la giurisprudenza fallimentari) (32). La fattispecie penale, generale ed astratta, assume così concretezza solo se "raccordata" con gli istituti del diritto fallimentare, per come interpretati dalle corti civili.

Questo "assetto della normativa" è, tuttavia, estremamente lontano dal principio di tassatività/precisione/determinatezza, il quale vorrebbe che il legislatore scrivesse le

(29) Su questa direttrice pare muoversi anche FIORE, *Nuove funzioni e vecchie questioni per il diritto penale nelle soluzioni concordate della crisi d'impresa*, cit., p. 1192 s.

(30) CONSULICH, *Nolo conoscere*, cit., p. 632.

(31) Gli artt. 182-bis (*Accordo di ristrutturazione dei debiti*) e 186-bis l. fall. (*Concordato con continuità aziendale*) contengono un espresso richiamo all'art. 161 l. fall. ed alla documentazione ivi prevista.

(32) BERNARDI, *Sui rapporti tra diritto penale e «soft law»*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Romano*, a cura di Bertolino, Forti ed Eusebi, Jovene, 2011, p. 21 s.

norme in maniera tale che l'interprete sia messo in grado di comprendere ciò che è consentito e che è vietato dalla sola lettura della fattispecie incriminatrice (33).

Sono, dunque, prospettabili in astratto questioni di legittimità costituzionale per violazione del principio di legalità (art. 25 Cost.), anche se è noto quanto ristretti siano gli ambiti di giustiziabilità del corollario della determinatezza (34).

Una via alternativa – che la Corte costituzionale, per parte propria, suggerisce sempre di esplorare (35)– è quella di verificare se, attraverso un'interpretazione dichiaratamente adeguatrice, si riesca a rendere l'art. 236-*bis* l. fall. più coerente con i principi che governano la materia penalistica.

Partendo da queste basi, alcuni hanno sostenuto – crediamo a ragione – che debba ritenersi tipica ai sensi della norma in commento solo quella condotta che abbia una concreta ed effettiva capacità ingannatoria (36). Riteniamo, cioè, che debba essere assunto per tipico solo quel comportamento che sia anche idoneo ad indurre in errore i destinatari delle attestazioni, nel senso che, con un criterio di prognosi postuma, andrà stabilito se questi ultimi si sarebbero determinati diversamente qualora le informazioni

(33) Parla di «trasfigurazione della legalità penale, da granitica a liquida», con riferimento alla pluralità di fonti ed al ruolo «creativo» della giurisprudenza, AMARELLI, *Legge penale e giudice: un vecchio rapporto alla ricerca di un nuovo equilibrio*, in questa rivista, 2013, p. 405. Sul tema della legalità-determinatezza, tra l'ampia bibliografia si possono richiamare le recenti monografie (con posizioni opposte) di RAMPIONI, *Dalla parte degli «ingenui». Considerazioni in tema di tipicità, offesa e c.d. giurisprudenza «creativa»*, Cedam, 2007 e di VOGLIOTTI, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, Giappichelli, 2011. In argomento v. anche BRICHETTI, *Lo stato della legalità penale nella giurisprudenza*, in *Criminalia*, 2012, 261 ss.; BLAIOTTA, *Legalità, determinatezza, colpa*, in *Criminalia*, 2012, 375 ss.; FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, in *Quaderni fiorentini*, 2007, 1247 ss.; PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio «fondamentale»*, *ibidem*, 1279 ss.; DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Giuffrè, 2006; PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 430 ss.; PALAZZO, *Il principio di determinatezza in diritto penale*, Cedam, 1979; RONCO, *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Giappichelli, 1979.

(34) Parla, invece, di un'applicazione «a tutto campo» del principio di legalità da parte di Sez. un., 29 marzo 2012, n. 21837 e Sez. un., 28 ottobre 2010, n. 1235; ANDREAZZA, *Il principio di legalità in recenti pronunce della Corte di Cassazione penale*, in questa rivista, 2012, p. 3303 ss.

(35) Secondo in AMARELLI, *Legge penale e giudice*, cit., p. 409, il fatto che la Consulta inviti il giudice *a quo* a procedere a tentativi di rilettura del testo controverso prima di (*recte*: piuttosto che) sollevare una questione di legittimità costituzionale stravolge il principio di determinatezza: da principio statico rivolto al legislatore a principio dinamico per la cui concretizzazione ed attuazione c'è bisogno anche dell'intermediazione del giudice.

(36) Concordi PIVA, *Vecchie soluzioni per nuovi problemi nella falsa attestazione del professionista*, cit., p. 9; BERSANI, *La responsabilità penale del professionista attestatore*, cit., p. 121; FIORE, *Nuove funzioni e vecchie questioni per il diritto penale nelle soluzioni concordate della crisi d'impresa*, cit., p. 1189 s.; CONSULICH, *Nolo conoscere*, cit., p. 624. Un accenno anche in GUERINI, *La responsabilità penale del professionista attestatore*, cit., p. 11.

fornite dal professionista fossero state veritiere e complete (37). D'altronde, sul piano sistematico va evidenziato che è sempre in quest'ottica – ovvero come concreta attitudine ad ingannare – che viene letto il concetto di “atti in frode” importanti la revoca del concordato ai sensi dell'art. 173 l. fall. (38).

Va peraltro chiarito che tra i destinatari delle attestazioni del professionista rientra anche il tribunale fallimentare (39). La tesi secondo cui tali relazioni si indirizzerebbero ai soli creditori (40) conserva validità con esclusivo riferimento al “piano attestato” previsto dall'art. 67 l. fall., dovendo invece ritenersi superata rispetto alle altre procedure concorsuali non fallimentari (concordato preventivo, anche “in bianco”; accordo di ristrutturazione dei debiti; concordato con continuità). Le Sezioni unite civili della Corte di cassazione hanno, infatti, stabilito che l'attestatore svolge da un lato funzioni assimilabili a quelle di un ausiliario del giudice, mentre dall'altro la sua relazione deve essere, oltre che rappresentativa della situazione dell'impresa, anche idonea a consentire ai creditori di esercitare un voto informato e consapevole (41). Dal che si ricava che la

(37) In termini analoghi MUCIARELLI, *Il delitto di falso in attestazioni e relazioni*, cit., p. 139.

(38) *Ex multis*, App. Milano, 10 gennaio 2014. Che il criterio di valutazione sia unico e medesimo nelle diverse fasi di ammissibilità, revoca ed omologazione in cui si articola la procedura di concordato preventivo è confermato anche da Sez. un. civ., 23 gennaio 2013, n. 1521, Idrastica Sud sas c. Fallimento Idrastica Sud sas, in *Le Società*, 2013, p. 435 ss., con nota di DE SANTIS, *Le Sezioni Unite ed il giudizio di fattibilità della proposta di concordato preventivo: vecchi principi e nuove frontiere*; in *Fallimento*, 2013, p. 149 ss., con nota di FABIANI, *La questione “fattibilità” del concordato preventivo e la lettura delle Sezioni Unite*, e poi ancora *ivi*, 2013, p. 279 ss. con note di DE SANTIS, *causa «in concreto» della proposta di concordato preventivo e giudizio «permanente» di fattibilità del piano*; di PAGNI, *Il controllo di fattibilità del piano di concordato dopo la sentenza 23 gennaio 2013, n. 1521: la prospettiva “funzionale” aperta dal richiamo alla “causa concreta”* e di DI MAJO, *Il percorso “lungo” della fattibilità del piano proposto nel concordato*. Sul tema v. anche Sez. I civ., 31 gennaio 2014, n. 2130, Shopping House spa in liquid. c. Fallimento Shopping House spa in liquid., *ivi*, 2014, p. 765 ss., con nota di SIRIANNI, *La veridicità dei dati aziendali come presupposto per il giudizio di fattibilità del piano di concordato*.

(39) In questo senso anche CONSULICH, *Nolo conoscere*, cit., p. 618.

(40) LO CASCIO, *Il professionista attestatore*, cit., p. 1329: «la relazione che [il professionista] è chiamato a redigere è rivolta ai creditori e non al tribunale». Sembra aderire a tale impostazione anche BERSANI, *La responsabilità penale del professionista attestatore*, cit., p. 122.

(41) Il dibattito che anima la dottrina fallimentaristica è, sul punto, estremamente variegato. In estrema sintesi si può affermare che in seguito alla citata pronuncia delle Sezioni unite 23 gennaio 2013, n. 1521, cit., il giudizio sulla fattibilità del piano è stato scisso in due differenti valutazioni: quella relativa alla “fattibilità giuridica” e quella relativa alla “fattibilità economica”; la prima appannaggio del giudice, la seconda dei creditori. Ritiene la Corte che, essendo la fattibilità economica del piano legata ad un giudizio prognostico, che fisiologicamente presenta margini di opinabilità ed implica possibilità di errore e quindi un rischio per gli interessati, in coerenza con l'impianto generale dell'istituto concordatario appare ragionevole che di tale rischio si facciano carico esclusivamente i creditori. Affinché tale rischio sia però “consapevolmente assunto” è necessario – continua il Collegio – che sul punto vi sia stata corretta informazione: proprio su questo aspetto si

relazione del professionista è uno strumento che serve “anche” al tribunale per esercitare la funzione che gli è propria: ovvero quella di sindacare la “fattibilità giuridica” del piano proposto (42).

In sostanza, riteniamo che il requisito della “rilevanza” vada esteso anche alla condotta attiva (43): sono da sanzionare solo quelle falsità e quelle omissioni che abbiano l’idoneità ad incidere sul giudizio che il tribunale ed i creditori sono chiamati ad esprimere e che siano dunque “rilevanti” ai fini della normativa fallimentare. Rilevanti ai fini dell’art. 236-*bis* l. fall. sono, allora, quelle informazioni che, se date in maniera veritiera anziché falsa oppure se fornite anziché sottaciute, siano tali da influenzare o modificare il giudizio sulla fattibilità giuridico-economica del piano avanzato dal debitore.

La soluzione che s’è proposta – indubitabilmente ma inevitabilmente “forzata” (44) – ha il non secondario effetto di rendere *tutta* la fattispecie in commento un reato a pericolo

appunta il giudizio demandato al giudice circa la “fattibilità giuridica” della proposta. Il giudice ha dunque un diritto di sindacare la proposta concordataria sotto il duplice aspetto del controllo di legalità sui singoli atti in cui si articola la procedura e della verifica della loro rispondenza alla causa del procedimento di concordato preventivo, la quale si sostanzia nella regolazione e nel superamento dello stato di crisi dell’imprenditore mediante il soddisfacimento delle ragioni dei creditori. Su questi aspetti v. anche Trib. Cagliari, 16 gennaio 2015, in *ilcaso.it*; Sez. I civ., 17 ottobre 2014, n. 22045, *ivi*; App. Venezia, Sez. I, 6 marzo 2014, in *Fallimento*, 2014, p. 1322 ss., con nota di AMATORE, *Il giudizio di fattibilità del piano: dubbi interpretativi*; Sez. I civ., 6 novembre 2013, n. 24970, in *ilcaso.it* e Sez. I civ., 9 maggio 2013, n. 11014, *ivi*; in dottrina, tra i tanti, VELLA, *La giurisprudenza della Cassazione sul controllo di fattibilità del concordato preventivo dopo le Sezioni Unite del 2013*, *ivi*, 2015, p. 1 ss.; SIRIANNI, *La veridicità dei dati aziendali come presupposto per il giudizio di fattibilità del piano concordato*, cit., p. 770 s.; LO CASCIO, *Concordato preventivo: natura giuridica e fasi giurisprudenziali alterne*, in *Fallimento*, 2013, p. 525 ss.; F. DE SANTIS, *Rapporti tra poteri delle parti e poteri del giudice nel concordato preventivo: i poteri del giudice*, *ivi*, 2013, p. 1070 ss.; VELLA, *Autorizzazioni, finanziamenti e prededuzioni nel nuovo concordato preventivo*, cit., p. 659. Il tema della “causa” del concordato – da intendersi ai sensi degli artt. 1325 c.c. – ha poi suggerito ad alcuni tribunali di ritenere inammissibile proposte concordatarie che prevedevano la soddisfazione dei creditori chirografari in percentuali troppo ridotte (Trib. Bergamo, 4 dicembre 2004, in *ilcaso.it*; Trib. Modena, 3 settembre 2014, *ivi*) ed ha indotto alcuna dottrina ad estendere anche per la materia concorsuale non fallimentare le nozioni della “buona fede” e del divieto di “abuso del diritto” (LO CASCIO, *Il punto sul concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2014, p. 8 s.).

(42) In questo senso Sez. I civ., 25 settembre 2013, n. 21901, in *ilcaso.it*.

(43) Analogamente BORSARI, *Il nuovo reato di falso in attestazioni e relazioni del professionista*, cit., p. 96 e CONSULICH, *Nolo conoscere*, cit., p. 625. *Contra* – nel senso che ai fini del reato rilevarebbe qualsiasi informazione falsa fornita nell’ambito delle attestazioni, indipendentemente dalla sua rilevanza e capacità ingannatoria – BERSANI, *La responsabilità penale del professionista attestatore*, cit., p. 125. Ritengono irragionevole che la “rilevanza” sia richiesta solo per le informazioni omesse e non anche per quelle falsamente date GUERINI, *La responsabilità penale del professionista attestatore*, cit., p. 10 e TETTO, *La (ritrovata) indipendenza del professionista attestatore*, cit., p. 681.

(44) Sul tema dell’interpretazione adeguatrice si veda BERTOLINO, *Dalla mera interpretazione alla «manipolazione»: creatività e tecniche decisorie della Corte Costituzionale tra diritto penale vigente e diritto vivente*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Romano*, cit., p. 131 ss.

concreto. Se tale connotazione è, infatti, agilmente rinvenibile con riferimento alla condotta omissiva – che, come visto, già per previsione legislativa deve avere ad oggetto informazioni “rilevanti” –, non lo stesso può dirsi relativamente alla condotta attiva di falsificazione, rispetto alla quale la lettera della legge non richiede specificazioni qualitative ulteriori e che, dunque, appare qualificabile come delitto di pericolo astratto. Tale categoria di reati, però, da tempo incontra le resistenze di molta dottrina, che li considera non costituzionalmente legittimi (45). Pertanto, il considerare entrambe le condotte come concretamente pericolose per il bene giuridico tutelato rende il «falso in attestazioni o relazioni» maggiormente aderente al principio di offensività (46).

Sul punto riteniamo, peraltro, di dover precisare che la norma non ci pare tutelare né l'amministrazione della giustizia (47) né la fede pubblica (48), ma più semplicemente – se si vuole in una chiave normofilattica (49) – il buon andamento della procedura concorsuale, consistente nel corretto attivarsi dei meccanismi che la regolamentano (50).

(45) D'ALESSANDRO, *Pericolo astratto e limiti soglia. Le promesse non mantenute del diritto penale*, Giuffrè, 2012, p. 146 ss., 244 ss., 296, 313 s., 334. In argomento, anche PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Giuffrè, 2010, p. 595 ss. (spec. p. 666 ss.)

(46) Sul principio di offensività come canone interpretativo, v. MANES, *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2012, p. 105 s.

(47) In questo senso GUERINI, *La responsabilità penale del professionista attestatore*, cit., p. 6 ss., secondo il quale il bene giuridico tutelato andrebbe individuato nell'amministrazione della giustizia (declinato quale correttezza delle decisioni giudiziarie) in tutti i casi in cui gli altri “accordi” di composizione della crisi si svolgano nell'ambito di un procedimento governato dalla presenza del giudice e nella fede pubblica – intesa come garanzia che dichiarazioni di provenienza privatistica possano essere considerate “fededegne” – nel caso dei piani di risanamento ex art. 67, comma 3, lett. c) l. fall.

(48) Così BERSANI, *La responsabilità penale del professionista attestatore*, cit., p. 109; VITALE, *Nuovi profili penali della crisi d'impresa: l'esenzione dai reati di bancarotta e la responsabilità del professionista attestatore*, in *Arch. pen.*, 2014, p. 23; BORSARI, *Il nuovo reato di falso in attestazioni e relazioni del professionista*, cit., p. 91; BRICHETTI, *Soluzioni concordate delle crisi di impresa e rischio penale dell'imprenditore*, in *Le Società*, 2013, p. 689; LO CASCIO, *Il professionista attestatore*, cit., p. 1335; TETTO, *La (ritrovata) indipendenza del professionista attestatore*, cit., p. 680. Opportuno il rimando alle considerazioni di COCCO, *Il falso bene giuridico della fede pubblica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2010, p. 68 ss.

(49) La concezione classica della tutela dei beni giuridici pretende di poter determinare concretamente ed extrasistematicamente l'oggetto di protezione del diritto penale ed ambisce anzi a vincolare legislatore ed interprete, offrendo, almeno in linea di principio, un termine di paragone rispetto al quale vagliare la legittimità di scelte di politica criminale. Secondo tale impostazione, il bene giuridico è una realtà empiricamente afferrabile, corrispondente ad interessi dell'individuo in vista della sua libera autorealizzazione ma concepiti in chiave funzionale alla società, preesistente all'incriminazione e ricavabile dalla Costituzione. La concezione normofilattica, invece, è una teoria descrittiva ed uno strumento puramente analitico, che non propone fondazioni assiologiche, ma «si limita ad osservare per comprendere» e che ricava il fondamento della sanzione penale a partire dalla norma stessa, prescindendo dal problema di una valorizzazione teleologica della giustizia del sistema stesso, che è considerato un problema di politica criminale. Così CORNACCHIA, *Tutela di beni giuridici*

4. L'ELEMENTO SOGGETTIVO

Dal punto di vista dell'elemento soggettivo, il delitto di cui all'art. 236-*bis* l. fall. è punibile a titolo di dolo generico e senza che siano richiesti particolari requisiti di frodolenza (51).

In un accertamento rigoroso dell'elemento soggettivo si dovrebbe distinguere tra la non completa percezione (sensoriale o normativa) delle circostanze rilevanti ai fini della tipicità – coperta dalla norma sull'errore (art. 47 c.p.) – e la mancata loro rappresentazione dovuta ad una intenzionale non conoscenza (intendendosi per tale sia l'ipotesi in cui l'agente si astenga dall'indagare perché sicuro di quale sarà il risultato sia l'ipotesi in cui l'agente, pur avendo i mezzi per farlo, ometta di indagare al fine di non sapere). Solo nel secondo caso si potrebbe predicare l'esistenza del dolo ricorrendo al “meccanismo” dell'*actio libera in causa* (52).

versus tutela di norme, in AA.VV., *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, a cura di S. Vinciguerra e Dassano, ESI, 2010, p. 217 ss. La bibliografia sull'argomento è pressoché sterminata; pertanto, tra gli scritti apparsi più di recente, ci si limita a richiamare, per la completezza della riflessione e della bibliografia, DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2013, p. 4 ss.

(50) In questo senso, condivisibilmente, FIORE, *Nuove funzioni e vecchie questioni per il diritto penale nelle soluzioni concordate della crisi d'impresa*, cit., p. 1185, 1187 ss. Ammette che il diritto penale possa tutelare anche “funzioni” D'ALESSANDRO, *Pericolo astratto e limiti soglia*, cit., p. 344. Rientra nel concetto di corretto andamento della procedura concorsuale anche l'aspettativa di sostanziale terzietà del professionista. Come ogni “controllore” che sia nominato dal “controllato”, anche l'attestatore viene fisiologicamente a trovarsi in una situazione di conflitto: egli è chiamato ad anteporre gli interessi della massa creditoria, che reclama veridicità e chiarezza, rispetto alla soddisfazione del debitore-committente, che ha interesse a che il proprio piano sia giudicato verifico e fattibile, ed all'aspettativa propria di ricevere il compenso pattuito per il rilascio di quell'attestazione. Tale ultimo peculiare aspetto pare cogliersi nell'aggravante di cui al comma 2 dell'art. 236-*bis* l. fall.: «se il fatto è commesso al fine di conseguire un ingiusto profitto per sé o per altri, la pena è aumentata». Su questo aspetto SANDRELLI, *Le esenzioni dai reati di bancarotta e il reato di falso in attestazioni e relazioni*, cit., p. 796 s.

(51) L'assenza dei requisiti di frodolenza è sottolineata da PIVA, *Vecchie soluzioni per nuovi problemi nella falsa attestazione del professionista*, cit., p. 13 e da FIORE, *Nuove funzioni e vecchie questioni per il diritto penale nelle soluzioni concordate della crisi d'impresa*, cit., p. 1193. Per un confronto, si veda invece l'elemento soggettivo richiesto dal reato di «falsità nelle relazioni o nelle comunicazioni dei responsabili della revisione legale» (art. 27 del d. lg. n. 39 del 2010), definito di «barocca costruzione» da CENTONZE, *La nuova disciplina penale della revisione legale dei conti*, cit., p. 666.

(52) Su queste tematiche (e sulla categoria “intermedia” della “*willful blindness*”), v. RUGGIERO, *Sull'accertamento del dolo. Note e spunti di diritto comparato*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, cit., p. 882 s. e CONSULICH, *Nolo conoscere*, cit., p. 636 ss.

Ritenendo, poi, di respingere le applicazioni giurisprudenziali in tema di dolo alternativo (53), si dovrebbe distinguere il dolo della condotta attiva rispetto a quello della condotta omissiva, non potendo darsi indifferentemente per provato l'uno oppure l'altro.

Infine, si dovrebbe tener conto del fatto che nella fattispecie *de qua* l'agente non è tenuto a rappresentarsi ed accettare l'evento, che non c'è, bensì – nella lettura che s'è proposta – il rischio che la propria relazione inganni tribunale e creditori. Nei reati a pericolo concreto, infatti, la prossimità dell'offesa al bene giuridico è parte del fatto tipico e rientra nell'oggetto del dolo (54).

Per contro, ci pare che la prova di uno “stato” interiore sì strutturata sia pressoché impossibile da raggiungere sulla base degli elementi fattuali sensorialmente percepibili. Complice anche il fatto che il confine tra dolo eventuale e colpa cosciente, tracciabile a fatica in via astratta (55), è poi di difficilissima identificazione e “prova” nei singoli casi

(53) Critico rispetto a tale giurisprudenza MEZZETTI, *Dolo alternativo. Rigorismi giurisprudenziali in tema di accertamento dell'elemento psicologico del reato*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Romano*, cit., p. 1155 ss.

(54) Analogamente VITALE, *Nuovi profili penali della crisi d'impresa*, cit., p. 22. In termini simili FIORE, *Nuove funzioni e vecchie questioni per il diritto penale nelle soluzioni concordate della crisi d'impresa*, cit., p. 1193 s.

(55) Sconfinata la letteratura. Tra i contributi più recenti, senza pretesa di esaustività: AIMI, *Dolo eventuale e colpa cosciente: il caso Thyssen al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2014, p. 49 ss.; DONINI, *Il dolo eventuale: fatto-illecito e colpevolezza*, *ivi*, 2014, p. 70 ss.; EUSEBI, *Verso la fine del dolo eventuale? (Salvaguardando, in itinere, la formula di Frank)*, *ivi*, 2014, p. 118 ss.; AIMI, *Dolo eventuale e colpa cosciente al banco di prova della casistica*, *ivi*, 2013, p. 301 ss.; CANESTRARI, *La distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente nei contesti a rischio di base «consentito»*, in AA.VV., *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, a cura di Castaldo, De Francesco, Del Tufo, Manacorda e Monaco, Editoriale Scientifica, 2013, p. 435 ss.; CANESTRARI, *Dolus eventualis in re illicita: limiti e prospettive*, in *Ind. pen.*, 2013, p. 23 ss.; GENTILE, «Se io avessi previsto tutto questo...». *Riflessioni storico-dogmatiche sulle formule di Frank*, in AA.VV., *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, cit., p. 643 ss.; MAZZANTINI, *Dolo eventuale e colpa con previsione: dai concetti “generali” agli indicatori “di settore”*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 1143 ss.; PAOLONI, *In tema di dolo eventuale e colpa cosciente nei delitti di omicidio o lesioni personali connessi alla circolazione stradale*, in questa rivista, 2013, p. 2287 ss.; PIVA, “Tesi” e “antitesi” sul dolo eventuale nel caso Thyssenkrupp, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2013, p. 204 ss.; DEMURO, *Sulla flessibilità concettuale del dolo eventuale*, *ivi*, 2012, p. 142 ss.; DE FRANCESCO, *L'enigma del dolo eventuale*, in questa rivista, 2012, p. 1974 ss.; FIANDACA, *Sul dolo eventuale nella giurisprudenza più recente, tra approccio oggettivizzante-probatorio e messaggio generalpreventivo*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2012, p. 142 ss.; DE VERO, *Dolo eventuale, colpa cosciente e costruzione «separata» dei tipi criminosi*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Romano*, cit., p. 883 ss.; EUSEBI, *La prevenzione dell'evento non voluto. Elementi per una rivisitazione dogmatica dell'illecito colposo e del dolo eventuale*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Romano*, cit., p. 963 ss.; MANNA, *Colpa cosciente e dolo eventuale: l'indistinto confine e la crisi del principio di stretta legalità*, in AA.VV., *Studi in onore di Franco Coppi*, a cura di Brunelli, Giappichelli, 2011, p. 201 ss.; RONCO, *Le radici metagiuridiche del dolo eventuale*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Romano*, cit., p. 1175 ss.; SILVESTRI, *Dolo eventuale e colpa con previsione*, in questa rivista, 2015, supplement al n. 4/2015, p. 32 ss.

concreti, c'è dunque il concreto rischio che, con riferimento a questa fattispecie, si giudichi come cosciente e volontaria la condotta del professionista che per disattenzione, superficialità, inesperienza – in sostanza, per colpa – non s'accorga della falsità di alcuni dati oppure non colga profili di problematicità di alcune informazioni che, invece, potrebbero emergere ad un più approfondito esame degli atti (56). Breve: temiamo che, come accade frequentemente nel diritto penale dell'economia (57), «si faccia passare per dolo ciò che è colpa» (58).

V. L'ORDINANZA DEL TRIBUNALE DI TORINO

Il provvedimento annotato pare coerente con buona parte delle osservazioni che si sono formulate sopra.

Il caso di specie dimostra, innanzi tutto, che la scelta di incriminazione del legislatore è opportuna. In alternativa, situazioni quali quella considerata dalla pronuncia in commento rimarrebbero prive di una specifica sanzione penale, a discapito vuoi del ceto creditorio vuoi dell'interesse pubblicistico alla corretta attivazione delle procedure concordatarie.

Nel merito, si può ritenere – insieme con il giudice torinese – che, da un lato, la proposta di acquisto di una società istante il concordato preventivo (per di più “in bianco”) non possa considerarsi connotata da serietà ed affidabilità laddove provenga da un soggetto la cui solvibilità non sia stata verificata e, dall'altro, che appaia certamente riconducibile al fatto tipico dell'art. 236-*bis* l. fall. il contegno del professionista che attesti la fattibilità del piano, che proprio su di una tale “incerta” proposta d'acquisto si fondi. Impregiudicata ogni valutazione in ordine alla veridicità dei dati aziendali (non essendo dato sapere se, nel caso concreto, le garanzie offerte da terzi fossero vere oppure no), nella situazione *de qua* risulta comunque compromessa l'attitudine liquidatoria della proposta formulata dal

(56) Ci si riferisce all'esame degli atti in quanto – come detto – si ritiene che il professionista non debba farsi investigatore. Qualora, invece, si preferisca sposare tale tesi, si dovrà tener conto non solo di quanto l'attestatore avrebbe potuto apprendere leggendo con maggior attenzione i documenti di cui all'art. 161 l. fall. e la contabilità aziendale, ma anche di quanto egli avrebbe potuto scoprire se si fosse prodigato in controlli incrociati.

(57) V. sul punto le approfondite riflessioni di PIERDONATI, *Dolo ed accertamento nelle fattispecie penali c.d. “pregnanti”*, Jovene, 2012, p. 40 ss.

(58) Già in BERSANI, *La responsabilità penale del professionista attestatore*, cit., p. 127 si legge: «riteniamo che... attraverso l'applicazione dell'istituto del c.d. “dolo eventuale” si possa giungere a ritenere integrato l'elemento soggettivo anche in ipotesi che... possiamo ricondurre a casi di “mancanza di professionalità”».

debitore – che, come visto, rappresenta l’oggetto precipuo dell’attestazione fatta dal professionista – e dunque la concreta ed effettiva “fattibilità” del piano. La violazione del disposto dell’art. 161, comma 3 l. fall. è piuttosto evidente in un caso – come quello in esame – in cui la realizzazione della proposta concordataria si “regga” sull’apporto di finanza esterna di dubbia esistenza.

Quanto alla condotta tipica, per parte nostra riteniamo che il professionista sia incorso in un’ipotesi di “omissione di informazioni rilevanti”: nella propria relazione egli avrebbe dovuto segnalare che la solvibilità del promittente acquirente e del suo garante non erano state verificate ed, in ragione di ciò, avrebbe realisticamente dovuto concludere per l’incerta “fattibilità” del piano. Peraltro il caso specifico va analizzato tenendo presente che tra i compiti del professionista c’è anche quello di verificare la sufficienza delle informazioni fornite dal debitore e la congruità dei dati aziendali. Ciò significa che, anche ad ammettere che – come sostenuto – vada respinta l’idea che di un “attestatore-investigatore”, v’è comunque la necessità che le informazioni ed i documenti forniti dal debitore istante vengano analizzati con oculatezza, ovvero attraverso il *know how* che il professionista *deve* possedere.

Il tribunale, per contro, ha preferito richiamare il concetto di “falsità”, anche se lo ha riferito non – come richiesto dalla fattispecie incriminatrice dell’art. 236-*bis* l. fall. – alle “informazioni” contenute nel piano concordatario, bensì al giudizio complessivo sulla fattibilità del piano, previsto dalla norma civile di cui all’art. 161 l. fall. Infatti, secondo l’estensore dell’ordinanza in commento non è “falsa” la proposta d’acquisto, bensì è “falso” il giudizio sulla possibilità di ricavare, attraverso tale vendita, le risorse necessarie a pagare i creditori sociali e, dunque, la valutazione di concreta eseguibilità del piano concordatario proposto dal debitore.

Al di là di questo aspetto – che ci è parso opportuno evidenziare per dar conto di quale sia la difficoltà anche solo di individuare precisamente il fatto contemplato dalla fattispecie incriminatrice – ci sembra che il Tribunale sviluppi argomentazioni condivisibili laddove, con un giudizio di prognosi postuma, ritiene «evidente che se l’indagato avesse valutato gli elementi a disposizione nell’unico modo ragionevole nel quale avrebbe potuto valutarli [...] il suo giudizio di fattibilità sarebbe stato radicalmente

diverso». Ancora da sottoscrivere è il passaggio in cui il giudice conclude che «è fuor di dubbio che, oggettivamente, l’attestazione in discorso fosse in grado di incidere in modo determinate sulle valutazioni finali» e, dunque, sulle determinazioni assumibili dal tribunale fallimentare e dai creditori. Si tratta di affermazioni coerenti con la valutazione di “concreta capacità ingannatoria”, che s’è auspicato possa guidare l’interprete nelle situazioni in cui vi sia un qualche dubbio sulla corrispondenza della condotta al tipo ovvero sulla sua offensività.

Quanto all’elemento soggettivo, il G.i.p. presso il Tribunale di Torino ritiene sufficientemente provato il dolo generico in ragione della qualifica soggettiva del professionista («è – si scrive – un dottore commercialista in possesso dei requisiti di cui all’art. 67, comma 3, lett. d) l. fall.») ed in virtù del fatto che l’attestatore si sarebbe discostato dai c.d. “principi contabili OIC”, sebbene esposti nella premessa della sua relazione. Il tribunale richiama dunque gli *standard* tecnici non per giudicare della “falsità” delle informazioni – e dunque per esprimere un giudizio di “tipicità” – bensì per sviluppare un ragionamento in termini di colpevolezza. Cosicché emerge in maniera palese il problema che si è segnalato poc’anzi, ovvero della – inevitabile! – necessità di “rinvenire” l’imperizia per “edificare” il dolo.

VI. CONCLUSIONI

Anche in ragione del provvedimento in commento, appaiono confermate le perplessità sopra espresse circa un’effettiva compatibilità tra l’art. 236-*bis* l. fall. così come attualmente formulato ed i principi di legalità/tassatività/determinatezza e di colpevolezza.

Con riguardo al primo aspetto, è praticabile – come si è visto – una lettura correttiva che attenua i profili di conflitto, senza tuttavia riuscire ad eliminarli del tutto, perché il “doppio rinvio” (dalla norma penale a quella fallimentare e da quest’ultima alla disciplina aziendalistica) ha un carattere inevitabilmente “approssimativo” e comunque rimette all’interprete lo svolgimento di attività valutative e discrezionali. Potrebbe dunque essere il caso di pensare, *de iure condendo*, alla introduzione di soglie di punibilità, così come s’è fatto

nell'ambito del diritto penale societario e tributario ⁽⁵⁹⁾: in tal modo la discrezionalità propria di ogni valutazione verrebbe, se non a sterilizzarsi, almeno a temperarsi nella “camera di compensazione” del “fatto tipico sottosoglia”.

Con riferimento al principio di colpevolezza ed, in particolare, alla necessità di evitare indebite sovrapposizioni tra dolo e colpa, ci sembra che non siano individuabili soluzioni ermeneutiche efficaci. Anche su questo aspetto sarebbe, dunque, opportuno un intervento novellistico che, rivedendo al ribasso le cornici edittali, trasformi la fattispecie da delitto in contravvenzione sì da rendere punibili le condotte colpose non solo “di fatto” ma anche “di diritto”.

⁽⁵⁹⁾ GUERINI, *La responsabilità penale del professionista attestatore*, cit., p. 10. Di recente, sulla qualificazione giuridica delle soglie di punibilità nell'ambito dei reati societari v. FLOR, *Le ipotesi di false comunicazioni sociali: natura, rilevanza ed operatività delle soglie di punibilità*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2010, p. 83 ss. e nell'ambito dei reati tributari v. RENZETTI, *La natura giuridica delle soglie di punibilità nei reati tributari (nota a Sez. III, 26 maggio 2011, n. 25213)*, in *questa rivista*, 2013, p. 286 ss. e VENEZIANI, *Le soglie di punibilità nei delitti tributari*, in *AA.VV., Studi in onore di Mario Romano*, cit., p. 2141 ss.