

LE PROCEDURE DI COMPOSIZIONE NEGOZIALE DELLE CRISI D'IMPRESA: OPPORTUNITA' E RESPONSABILITA'

La responsabilità penale dei protagonisti delle procedure di composizione negoziale delle "crisi" d'impresa

Dott. Domenico Pasquariello, giudice delegato ai fallimenti presso il Tribunale di Modena

1. Il quadro della riforma incompiuta 2. I soggetti pubblici 2.1 Il commissario giudiziale 2.2 Il liquidatore 3. Il debitore 3.1 La bancarotta concordataria 3.1a L'imprenditore individuale 3.1b I soggetti gestori di impresa in forma societaria 3.2 Altre ipotesi comuni ai soggetti debitori 3.3 La nuova fattispecie di sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte e di falso nelle transazioni fiscali 3.4 Reati fallimentari dopo l'insuccesso delle procedure di composizione della crisi 4. I professionisti attestatori e stimatori 4.1 Il falso 5. Il completamento della riforma: i lavori in corso.

1. Il quadro della riforma incompiuta

La riforma della legge fallimentare è si è articolata in più tappe, nell'ultimo quinquennio, ed è ancora da completare.

Dopo il prologo costituito dal DL 14\3\05, convertito dalla L. n. 80 del 14\5\05, con la novellazione della revocatoria fallimentare e del concordato preventivo, si sono succeduti i due decreti legislativi di attuazione della legge delega per la riforma, n. 5 del 9\1\06 (entrato in vigore nel luglio 2006) e n. 169 del 12\9\07 (in vigore dal gennaio 2008).

Lungo il percorso riformatore si sono inseriti ulteriori interventi normativi più contingenti e di area più ristretta, quali ad esempio la definizione autentica dello stato di crisi nella disciplina del concordato, introdotta dall'art. 36 DL 30\12\05, convertito dalla L. n. 51 del 23\2\06, e da ultimo la revisione della disciplina della prededuzione per i crediti da finanziamenti erogati in funzione di piani concordatari o di accordi di ristrutturazione.

Riguardo alla materia penale la legge n. 80/05 non ha invece stata conferito alcuna delega al Governo, e nel periodo considerato si possono unicamente registrare solo due interventi normativi eterogenei, estemporanei e contingenti, costituiti dalla nuova formulazione dell'art. 218 LF in tema di ricorso abusivo al credito, operata dall'art. 32, c.1, L. 28\12\05 n. 262 di Tutela del risparmio e disciplina dei mercati finanziari, e dall'introduzione dell'art. 217bis LF, recentemente effettuata dall'art. 48, c. 2bis della L. 30\7\10 n. 122¹, in tema di esenzione da rilievo penale –per le ipotesi di bancarotta fraudolenta preferenziale o

¹ Di conversione del D.L. 31\5\10 n. 78; la previsione in questione, non contemplata nel decreto legge, è stata introdotta in sede di conversione, facendo seguito alle espresse sollecitazioni pervenute dall'ABI nel novembre 2009 e dalla Banca d'Italia nel maggio 2010 nelle audizioni avanti le Commissioni riunite Camera dei Deputati incaricate dell'esame del Ddl 1741 del 3\6\09 "Delega al Governo per il riordino della legislazione in materia di gestione delle crisi aziendali", sollecitazioni riportate in circolare ABI 23\8\10.

di bancarotta semplice- delle operazioni eseguite in esecuzione di procedure negoziali di soluzione della crisi d'impresa.

Tutte le innovazioni della normativa commerciale, strutturali o contingenti, hanno avuto immediati e rilevanti riflessi sulla disciplina penale di settore, riflessi che generano profonde incertezze interpretative e zone oscure sulla liceità di molteplici ipotesi di condotta degli operatori.

Il diritto penale fallimentare è costituito dall'insieme delle norme che sanzionano le condotte dell'imprenditore, o di altri soggetti qualificati, commesse nel contesto del dissesto dell'impresa; è conseguente che qualsiasi modificazione civilistica riguardante il fenomeno del dissesto si rifletta immediatamente sull'area di applicabilità della sanzione penale.

D'altro canto anche il legislatore delegante non ignorava che la riforma organica degli strumenti giuridici concorsuali comportava la necessità del coordinamento con i presidi penali e che, in difetto della revisione del titolo VI della Legge fallimentare, la riforma fallimentare fosse un'opera incompiuta.

Ciò nonostante in sede di lavori parlamentari dal complessivo articolato, depositato dalla Commissione Trevisanato, l'emendamento riguardante la disciplina penalistica venne stralciato ed abbandonato².

Il “*non liquet*” del legislatore delegante si è protratto sino ad oggi e si trascina antinomie e scogli interpretativi pressoché unanimemente censurati dai commentatori, nonché profonde incertezze, dagli effetti di sistema certo non virtuosi, per gli operatori commerciali circa la liceità delle condotte pregresse e la possibile riviviscenza della penalità, nell'eventualità che all'insuccesso delle procedure negoziali di risanamento d'impresa segua il fallimento.

Di conseguenza una disamina, per quanto rapida, dei profili di responsabilità degli attori sulla scena della crisi d'impresa, deve porre la obbligatoria premessa della disarmonia fra nuovo impianto normativo “commerciale”, disegnato sul potenziamento della autonomia negoziale privata e sul correlativo arretramento dell'intervento pubblicistico, e permanenza

2 Per conseguenza di contrasti non sull'impianto sanzionatorio o sulla costruzione delle fattispecie astratte incriminate o depenalizzate, ma sulla modulazione delle pene edittali; contrasti, a parere di chi scrive, solo apparentemente di dettaglio, ove si considerino le conseguenze processuali (con risultato ultimo di efficacia sostanziale dell'impianto punitivo) -in tema di prescrizione, potenzialità d'indagine e cautelari (intercettazioni, possibilità o meno di misure cautelari personali, benefici sanzionatori o detentivi (possibilità di sospensione condizionale della pena, misure premiali od alternative alla detenzione)-, che derivano dalla variazione della forbice della pena astratta edittale e dalla pena concreta irrogata.

Per un esame critico della vicenda parlamentare vedi G.G. Sandrelli, *La riforma della legge fallimentare: i riflessi penali.*, in Cass. Pen., 4\06, p. 1296, e S. Fiore, *Gli orientamenti della commissione Trevisanato per una riforma dei reati fallimentari: una prima (disilludente) lettura*, in AA.VV., *Crisi dell'impresa ed insolvenza*, Milano, 2005, p. 277.

dei vecchi presidi penali, imperniati all'opposto sulla pubblicizzazione dell'insolvenza, nonché sulla tutela dei beni giuridici del patrimonio dell'impresa, atomisticamente considerata³, e delle aspettative di soddisfazione dei creditori su tale intangibile patrimonio secondo inderogabile par condicio, nonché della evidente provvisorietà del sistema che ne deriva.

Disarmonia e provvisorietà cui si devono aggiungere i difetti di segno opposto, costituiti dalla lacune di tutela del “nuovo” bene giuridico meritevole di massima protezione, costituito dalla corretta, adeguata ed esaustiva informazione dei creditori nei nuovi strumenti negoziali di composizione della crisi d'impresa.

2. I soggetti pubblici

2.1 Il commissario giudiziale

Per quanto concerne i soggetti che partecipano al controllo ed all'intervento pubblicistico la riforma lascia sostanzialmente immutati i riferimenti di rilievo penalistico.

Ciò in primo luogo per la figura del commissario giudiziale nel concordato preventivo, espressamente investito della qualifica di pubblico ufficiale, per quanto attiene l'esercizio delle sue funzioni, dall'art. 165 LF, con la conseguente ipotizzabilità delle figure tipiche codicistiche di reato proprio a presidio di abuso, mercimonio o sviamento finalistico delle pubbliche funzioni⁴, od ancora del falso nell'atto pubblico.

Ad esse si aggiungono, con eventuale rapporto di specialità in concreto, le previsioni incriminanti, stante il richiamo posto dall'art. 236, 2° c., LF, dell'interesse privato nell'esercizio delle funzioni o dell'accettazione di retribuzione non dovuta già rivolte al

³ Negativamente esemplare è la “collisione” normativa, su cui infra, nell'ipotesi di operazioni con vantaggio compensativo infragruppo: lecite (o meglio non illecite) ex art. 2634 CC al momento della commissione della condotta, ed illecite, a seguito del dissesto successivo e della sentenza di fallimento, penalmente sanzionate dagli artt. 216 LF o 223 LF, tramutandosi nella cosiddetta bancarotta per distrazione infragruppo; in proposito la giurisprudenza di legittimità non “fa sconti”: vedi Cass. pen., sez. V, n. 23241 del 24/3/03 “Il “vantaggio compensativo” nell'ipotesi del collegamento o del gruppo di società, ai sensi dell'art. 2634, comma 3, c.c., come riformulato dall'art. 1 d.lg. 11 aprile 2002 n. 61 (secondo cui “in ogni caso non è ingiusto il profitto della società collegata o del gruppo, se compensato da vantaggi, conseguiti o fondatamente prevedibili, derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo), presuppone un conflitto di interessi tra il soggetto agente (amministratore, direttore generale e liquidatore) che compie l'atto dispositivo e la società. Tale conflitto deve essere effettivo ed attuale e non può ritenersi insito in ogni atto che vada a nocimento di una società ed a vantaggio di un'altra, collegata o facente parte del gruppo. Il vantaggio compensativo non può, tuttavia, andare oltre la sfera dell'“infedeltà patrimoniale” per la quale è previsto e non è, dunque, applicabile all'ipotesi di bancarotta fraudolenta impropria riguardante una società collegata od appartenente al gruppo, in quanto il fenomeno del collegamento societario non vulnera il principio dell'autonomia soggettiva delle società interessate ed il fallimento di una di esse prescinde dalla considerazione degli interessi del gruppo societario. “

⁴ Da ultimo si può segnalare in tema Cass. pen., sez. II, n. 3327 del 26/1/10, circa l'integrazione del delitto di peculato, e non di truffa aggravata, nell'ipotesi di appropriazione con raggiri contabili di somme della procedura da parte del professionista investito della pubblica funzione.

curatore fallimentare dagli artt. 228 e 229 LF, con completa equiparazione⁵ delle due figure e della simmetria, per la riflessione penalistica, sentenza di fallimento-decreto di ammissione al concordato.

2.2 Il liquidatore

Nella fase dell'esecuzione del concordato liquidatorio per cessio bonorum, si può invece porre questione di qualificazione giuridica della figura del liquidatore nominato dal Tribunale.

Dottrina⁶ e giurisprudenza⁷ tradizionalmente desumevano l'attribuzione delle funzioni di pubblico ufficiale, nel vigore della precedente normativa, alla natura pubblicistica della procedura concordataria, pur dovendosi registrare l'opinione dissenziente di chi⁸ concentrava l'attenzione sui tratti privatistici dell'istituto, deducendo analogia tra l'attività funzionale del liquidatore e quella di altri soggetti privati designati alla gestione di cose altrui, quali il tutore, il curatore dell'eredità giacente o l'amministratore di sostegno, per poi collocare la figura nel tipo del mandato, con le responsabilità –solo privatistiche, salvo frodi tutelate dall'ipotesi della truffa- del mandatario (del debitore, o dei creditori).

D'altro canto, ed incidentalmente, la giurisprudenza, incentrando l'attenzione sulla natura dell'attività piuttosto che sul tipo pubblicistico o privatistico della procedura, è stata pressoché unanime, nella materia della liquidazione del compenso al liquidatore, nell'equiparare le sue funzioni a quelle del curatore fallimentare, ponendo in rilievo come, per effetto dell'omologazione, quegli sia *“investito di un ufficio costituito allo scopo di provvedere alla liquidazione dei beni ceduti ed al soddisfacimento dei creditori”* e di funzioni *“assimilabili a quelle del curatore nella gestione e nella liquidazione del patrimonio del fallito”*⁹.

Anche per tale via, che presuppone e richiama l'esercizio di un *munus publicum*, il risultato è l'estensione, per identità di funzioni, della previsione qualificatrice posta dall'art. 30 LF anche al liquidatore giudiziale, con la conseguente attribuzione, assai diffusa anche negli orientamenti di merito e nelle prassi, dei compensi secondo i criteri stabiliti dal D.M. 570 del 1992, anziché secondo tariffe per l'attività dei dottori commercialisti previste dall'art. 30 DPR n. 645 del 1994.

⁵ Ad eccezione della esclusione del richiamo alla residua ipotesi di reato del curatore, posta dall'art. 230 LF (*Omessa consegna di cose del fallimento*), eccezione che, se pur marginale, non trova spiegazione.

⁶ G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, Milano, 2002, 253, con conseguente estensione della disciplina applicabile al commissario giudiziale ed al curatore fallimentare anche per la responsabilità civile.

⁷ Per l'attribuzione della qualificazione di pubblico ufficiale si veda Cass. n. 4761 del 11\11\94.

⁸ Maffei Alberti, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 2000, 91.

⁹ Cass. n. 23706 del 21\12\04.

Occorre ora chiedersi se la mutata disciplina del concordato preventivo offra nuovo vigore interpretativo alla teoria del mandatario e consenta diverse conclusioni.

In proposito si ritiene di dover opinare che né il riferimento alla natura della procedura concorsuale, né l'eventuale assenza di "indicatori" pubblicistici delle funzioni esercitate, giustificano revirement¹⁰

Il potenziamento dell'autonomia negoziale nel nuovo concordato non sottrae l'istituto al genus delle procedure pubblicistiche, sia nella fase deliberativa, in cui permane il sindacato pubblico esercitato dal Tribunale non solo su requisiti di ammissibilità, ma anche di fattibilità, ed –eventualmente- anche di convenienza nell'ipotesi di cram down, sia nella fase esecutiva, che si esplica sulla base del decreto di omologazione e delle modalità di esecuzione ivi statuite, e comunque con nomina pubblica, con la vigilanza ed il controllo degli organi giudiziari, con l'obbligo di informazione dell'autorità giudiziaria, ex art. 185 LF.

E' inoltre da riportare il recente intervento, con specifico riferimento alla fase di liquidazione, delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione¹¹, che hanno avvalorato la corrispondenza tra liquidazione in sede esecutiva e concorsuale concordataria.

Il riferimento all'analogia con l'attività liquidatoria del patrimonio del debitore effettuata dal curatore fallimentare (rispetto al quale anzi la riforma ha posto il giudice delegato in rapporto funzionale di vigilanza, come per il liquidatore, e non di direzione), è pertanto perfettamente riproponibile anche nel novellato istituto del concordato, di talchè rimane intatta l'autorità dei precedenti giurisprudenziali in tema di remunerazione dell'attività del liquidatore, quale pubblico ufficiale e non quale libero professionista.

Anzi, il richiamo espresso, per effetto dell'art. 182, c.2, LF, all'art. 39 LF disciplinante i compensi al curatore, rafforza per espressa volontà del legislatore gli indicatori della natura pubblicistica delle funzioni esercitate.

In conclusione, quindi, si deve ritenere permanga nel liquidatore la qualità di pubblico ufficiale ai sensi dell'art. 357 CP, con la conseguente specifica ed accentuata responsabilità penale nelle ipotesi di patologico esercizio delle funzioni e di falsità ideologica nella redazione degli atti tipici (relazione periodica, ove prevista nella sentenza di omologazione, rendiconto ex artt. 182-116 LF).

3. Il debitore

¹⁰ In tal senso vedi E. Albamonte, *La qualificazione giuridica del liquidatore del concordato preventivo, dopo la riforma delle procedure concorsuali*, in Giur. Merito 2008, 6, 1618.

¹¹ N. 19506 del 16/7/08.

3.1 La bancarotta concordataria

La disciplina essenziale di riferimento è posta dall'art. 236 LF, che commina sanzioni penali specifiche per il concordato preventivo e per i soggetti debitori proponenti; la norma, introdotta dal legislatore del 1942, come detto è stata lasciata immutata dalla riforma e da qualsiasi intervento correttivo.

Va detto che si tratta di incriminazione sino ad ora di scarsa applicazione pratica, con rari precedenti noti, sia per il più limitato precedente ricorso al concordato ante riforma, sia perché questo imponeva il sindacato giurisdizionale sulla meritevolezza dell'imprenditore, anche in parte tipizzata con requisiti soggettivi; ciò che ricadeva quindi nell'area, ben più ampia della condotta punita dall'art. 236, della "non meritevolezza" (anche sotto il profilo della previsione di accoglibilità e nella autocensura nel ricorso all'istituto) precludeva lo stesso concordato, e quindi la commissione dei fatti sanzionati in relazione ad esso.

La disciplina si articola in due previsioni incriminatrici, differenziate soggettivamente, strutturalmente e per tecnica normativa nei due commi dell'articolo.

3.1a L'imprenditore individuale

Nel 1° comma sono previste due incriminazioni, dirette al solo imprenditore individuale, che sanzionano "l'attribuzione di attività inesistenti" per l'ammissione alla procedura, ovvero "la simulazione di crediti" allo scopo di influire sulla formazione delle maggioranze.

Il limite principale del presidio sanzionatorio è che la norma, la cui datazione preindustriale in questo caso emerge manifesta, incrimina le sole condotte fraudolente dell'imprenditore individuale, con discrasia peraltro di fatto meno rilevante nel vecchio sistema concordatario, laddove l'inammissibilità della proposta comportava la dichiarazione di fallimento.

Ora, come noto, sottratti i poteri di declaratoria d'ufficio del fallimento ed eliminati gli automatismi tra non ammissione al concordato e fallimento, in coerenza con la diversa estensione del presupposto fattuale d'impresa (stato di crisi ed insolvenza irreversibile), si accentuano le irragionevoli disparità di trattamento tra identiche condotte, commesse dall'imprenditore individuale o dall'amministratore di società, che in precedenza erano accumulate dalla medesima previsione di penalità dal successivo fallimento e dai reati fallimentari.

Parimenti le lacune dell'impianto sanzionatorio disegnato dall'art. 236 LF risultano più evidenti, giacché nell'ipotesi di concordato preventivo non ammesso, o non omologato,

non seguito da dichiarazione di fallimento, alcune ipotesi di condotta fraudolenta e/o distrattiva del debitore-impresa in forma societaria rischiano di rimanere prive di sanzione. Nell'attualità si deve prendere atto che il divieto di analogia in malam partem toglie rilevanza penale agli atti commessi dagli amministratori di società, ed alla presentazione di fraudolenti piani di composizione debitoria concordatari, nel caso di società di capitali, come del resto da opinione unanime¹² e consolidata già in riferimento al vecchio concordato.

E' del tutto evidente, in conclusione, la residualità della previsione sanzionatoria rivolta al solo imprenditore individuale e la sua inidoneità a reprimere l'eventuale l'attestazione non fededegna dei dati aziendali, proprio nei casi di maggior rilievo economico e commerciale. Quanto alla previsione irragionevolmente limitata nella lettera della norma alla falsificazione delle sole poste attive, senza fare menzione dell'ipotesi dell'occultamento delle passività, altrettanto grave per indurre in errore i creditori e gli organi della procedura, la lacuna ha spinto tuttavia la giurisprudenza a forzature interpretative, fino a ricomprendere anche *"l'omessa indicazione di debiti e la sopravvalutazione di immobili, e, in definitiva, la simulazione o la dissimulazione anche parziali, dell'attivo o del passivo, operazioni che, alterando il risultato finale della denuncia della situazione dell'impresa al momento della proposta di concordato, comportano, implicitamente ed esplicitamente, una automatica attribuzione di attivo, ideologicamente falsa"*¹³.

Sentenza isolata, peraltro, che elude il divieto di estensione analogica proprio del diritto penale, a fronte della lettera della norma che limita la rilevanza della frode alla sola alterazione delle attività, escludendo dal fatto tipico le ben diverse condotte di sopravvalutazione di attività esistenti, occultamento o sottovalutazione di passività esistenti.

Non vi è coincidenza, infine, tra le condotte che ex art. 173 LF possono condurre alla revoca dell'ammissione al concordato e quelle che ex art. 236, c.1, LF possono condurre ad accertamento di responsabilità penale del debitore, con irragionevole disparità di trattamento a parità di offensività del bene giuridico protetto dell'amministrazione della giustizia.

Il reato è caratterizzato dal dolo specifico, giacchè la condotta incriminata deve essere finalizzata "al solo scopo di essere ammesso alla procedura di concordato preventivo", con

¹² Già così Nuvolone, *Il Diritto penale del fallimento*, Milano, 1955, p. 188.

¹³ Cass. pen., sez. V, n. 3736 del 23/3/00.

ciò anche anticipando la soglia di rilevanza penale, giacchè il momento consumativo, in forza della previsione, deve essere individuato nel deposito della proposta concordataria, con irrilevanza della successiva ammissione o meno.

3.1b I soggetti gestori di impresa in forma societaria

Il secondo comma della art. 236 LF, sempre configurando reati propri, è rivolto invece agli amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori di società, ed utilizza la tecnica normativa del rinvio ad altre fattispecie di reato fallimentare, disponendo che ad essi “si applicano le disposizioni degli artt. 223 e 224” LF.

A propria volta gli artt. 223 e 224 rimandano agli artt. 216 e 217 LF per le sanzioni edittali e, per la tipizzazione del fatto, in parte ancora agli artt. 216 e 217 ed in parte alla sanzioni penali poste in materia societaria (anch'esse rimodellate dalla L. 262\05 di Tutela del risparmio) dal codice civile, con un puzzle di richiami normativi disarmonico e di complessa interpretazione e con l'effetto di riproporre, nel contesto post riforma del nuovo diritto fallimentare, vecchi problemi non compiutamente risolti e di causarne di nuovi.

Innanzitutto si pone, in maniera speculare all'art. 236, 1° comma, la questione della inapplicabilità della fattispecie all'imprenditore individuale, con analoghi rilievi di irragionevole disparità di trattamento di condotte identiche (id est costituzionalità, che peraltro giammai può essere posta in forma additiva e punitiva), diversificate unicamente dalla forma individuale o collettiva dell'impresa debitrice.

In via di approssimazione e di lettura “incrociata” delle norme richiamate in forza del cpv dell'art. 236 LF al ceto gestorio delle società, “*nel caso di concordato preventivo*” si applicano le figure incriminatrici della bancarotta impropria semplice (artt. 224-217 LF) e fraudolenta (artt. 223, 1° c.,-216), nelle varie ipotesi, tipizzate in relazione al fallimento, di bancarotta distrattiva (art. 216, n.1), documentale (216 n.2) preferenziale (216, c.3), bancarotta societaria per falso in bilancio in rapporto causale o concausale con il dissesto (223, c.2 n.1) -2621 e 2622 c.c.) od operazioni economiche dolosamente orientate al dissesto (223, c.2 n.2).

La massiccia e grossolana “migrazione” nel concordato preventivo -istituto ora dalla struttura, finalità e connotati pubblicistici rivoluzionati rispetto a quello considerato dal legislatore penale del 1942- delle figure di reato fallimentari apre decisi fronti di collisione fra le norme ed aree di incompatibilità.

Un primo ordine di problemi è posto dalla sopravvenuta diversità del presupposto per l'ammissione alla procedura concorsuale, prima identico al fallimento (di qui anche la

definizione di bancarotta concordataria per le figure di reato dell'art. 236 LF), ora estesa dalla riforma allo stato di crisi, dizione come noto dalla portata definitoria incerta, ma comunque vasta e maggiore dell'insolvenza irreversibile correlata al fallimento: estendendo il territorio del possibile ricorso alla procedura, aumenta anche quello della possibile incriminazione¹⁴, che per effetto della variazione normativa civilistica ora automaticamente anche condotte compiute in stato di crisi, ma non di dissesto fallimentare.

Se la diffusa ed irreversibile insolvenza, ratificata dal fallimento, giustifica il rigore repressivo per le condotte deprivanti il patrimonio a garanzia della soddisfazione dei creditori, per effetto degli automatismi causati dal massiccio richiamo normativo in esame lo stesso rigore deriva applicato al contesto dello stato di crisi, con poca giustificazione e, in definitiva, in contrasto con gli stessi obiettivi della riforma fallimentare, tesi anche all'anticipazione dell'emersione dell'insolvenza, evidentemente frustrati dall'anticipazione del rischio penale.

Una maggiore, ancorchè "casuale" perché frutto di modifiche normative eterogenee e stratificate nel tempo, coincidenza fra presupposto per l'applicazione della sanzione penale è ravvisabile nell'ipotesi di reato del ricorso abusivo al credito, prevista dall'art. 218 LF, come detto riformulato dall'art. 32 della L. 262\05, con estensione incriminatrice svincolata dalla sussistenza di dichiarazione di fallimento, per effetto della delineazione del fatto tipico "anche al di fuori dei casi di cui agli articoli precedenti" (cioè dalla bancarotta).

Certamente apprezzabile, tornando all'art. 236, c.2, LF, è l'interpretazione sistematica di chi¹⁵, almeno riguardo l'ipotesi dei fatti di bancarotta societaria di cui al n. 1) dell'art. 223 LF, riportati nel concordato, in ragione del necessario collegamento causale con l'evento tipico del dissesto, demanda una più ridotta applicabilità della norma penale all'accertamento, da compiersi da parte del giudice penale, del concordato ammesso in presenza di dissesto irreversibile ovvero di mero stato di crisi.

Via impervia, questa, ed aperta a scenari giurisprudenziali dai contorni incerti, sia per l'accertamento postumo in fatto da compiersi, sia per il necessario presupposto dell'equivalenza semantica normativa tra dissesto e stato d'insolvenza irreversibile.

Quanto invece alle lacune, nei reati propri degli amministratori societari, di cui all'art. 236, c.2, LF, manca il richiamo agli artt. 220-226 L.f. (denuncia di crediti inesistenti od occultamento di attività), o di qualsivoglia tipizzazione, come invece operato dal comma

¹⁴ Per l'ipertrofia dell'intervento penale, quale risultato dell'estensione della disciplina concorsuale allo stato di crisi, v. G.G. Sandrelli, cit., p. 1296.

¹⁵ F. Antolisei, *Manuale di diritto penale, Leggi complementari*, vol. II, XII ed., Milano, p. 339; E. Nesti, *La riforma della legge fallimentare ed i suoi riflessi penali*, p. 19.

precedente per l'imprenditore individuale, a condotte fraudolente nella esposizione dei dati aziendali, con una carenza non giustificabile, trattandosi di un profilo evidentemente nevralgico per il corretto funzionamento della procedura concorsuale, nonché offensivo dei beni giuridici dell'amministrazione della giustizia e dell'integrità del patrimonio aziendale a garanzia della soddisfazione dei creditori, più tradizionalmente considerati giustificanti l'intervento penale in ambito concorsuale.

3.2 Altre ipotesi comuni ai soggetti debitori

Nell'eventualità di frode "espositiva", rimandata ulteriore riflessione al capitolo successivo riguardante i professionisti attestatori (con i quali si pongono reciproche e speculari ipotesi di concorso nel reato) va esclusa la possibilità di applicare le norme societarie penali poste dal Codice civile (artt. 2621 e 2622), possibilità che non passa attraverso le giuste strettoie penalistiche della letteralità delle previsioni incriminatrici e della riconducibilità alla nozione di "comunicazioni sociali previste dalla legge, dirette ai soci od al pubblico" della relazione sulla situazione patrimoniale dell'impresa, prevista dall'art. 161 LF, corredata della relazione asseveratrice del professionista, o di altri documenti analoghi.

E' immediato infatti osservare in proposito che le comunicazioni fornite per l'ammissione al concordato preventivo non sono dirette al pubblico, ma al ceto predeterminato e circoscritto dei soggetti creditori.

Peraltro non è forse ragionevole prevedere che, nel vuoto sanzionatorio lasciato dalla mancata riforma degli artt. 216 e segg. LF, vi possano essere opinamenti giurisprudenziali e forzature in direzione opposta, facenti leva sulla pubblicazione ex art. 166 LF del decreto di ammissione, e quindi sulla pubblicità indiretta così derivante alla proposta ed alle comunicazioni a corredo; ciò comunque sempre negli attuali ristrettissimi limiti punitivi nei quali riposano tranquilli i reati di false comunicazioni sociali, dopo la loro novellazione del 2005 (reati contravvenzionali con brevissimi termini di prescrizione di grado e massimo, particolari condizioni di procedibilità, soglie quantitative di "alterazione contabile" al di sotto delle quali l'illecito è per così dire "tollerato").

Altra ipotesi prospettabile è quella della truffa, anche e soprattutto in relazione agli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182bis LF, la cui natura più francamente negoziale¹⁶ si adatta maggiormente all'ipotesi; ciò laddove gli artifici e raggiri si siano incentrati nella falsa rappresentazione dei dati aziendali e del piano di risanamento, con mendacio influente

¹⁶ Vedi sentenza SS.UU. 22468/09, riportata alla nota 23.

per indurre in errore il creditore nell'espressione della propria volontà negoziale e sul provvedimento di omologazione.

La questione è aperta, ma proprio tale ultimo requisito, a mio giudizio, è determinante nel ricondurre a residualità l'ipotesi, restringendo le possibilità applicative alle sole procedure interamente negoziali.

Laddove infatti vi sia controllo pubblicistico e sindacato giurisdizionale (e non credo che ciò possa escludersi per la sentenza di omologazione), vi è esclusione dello schema tipico della truffa contrattuale.

Indubbiamente il provvedimento di omologa, nella misura in cui si fonda su di una esposizione falsificata (ma soggetta al controllo operato dal commissario giudiziale e dal Tribunale) dell'assetto della impresa debitrice, è viziato da errore provocato da inganno; manca però, per potersi integrare il paradigma astratto della truffa contrattuale, l'atto dispositivo del patrimonio della parte offesa, che è solo indirettamente riconducibile, quanto all'efficacia, al provvedimento giurisdizionale, non avendo l'ufficio giudiziario la titolarità e la disponibilità del patrimonio danneggiato.

Ancora, quindi, la copertura penalistica nell'ipotesi patologica di abusivo e fraudolento ricorso alle procedure, si rivela insufficiente, residuale, nel caso di specie limitata alle procedure totalmente negoziali, ed in buona sostanza che non siano disvelate dal mancato felice esito delle medesime.

Cosicché, in definitiva, l'area di protezione penalistica della correttezza della discovery di informazioni economiche e finanziarie e della sostenibilità del piano commerciale di ristrutturazione dei debiti e/o di liquidazione rimane verosimilmente confinata alla incerta applicabilità della previsione generale codicistica della truffa, procedibile a querela (con palese incongruenza rispetto al bene giuridico pubblico da tutelarsi) se non aggravata a norma dell'art. 61 n. 7) CP., con eccezione della sottofattispecie comportante danno erariale, su cui immediatamente infra.

3.3 La nuova fattispecie di sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte e di falso nelle transazioni fiscali.

Le lacune sanzionatorie riguardanti il mendacio espositivo sono state da ultimo temperate dalla L. 30\7\10 n. 122, ma ciò solo in ambito erariale, ed ancora con intervento estemporaneo e comportante irragionevole disparità di trattamento.

L'art. 29, c.4, L. 108\10 (lasciando immutato in punto il testo convertito del DL 78\10) ha riformulato l'art. 11 del D. Lgs. 10\3\00 n. 74 in materia di frode esattoriale, introducendo

fra l'altro al secondo comma dell'art. 11 citato il nuovo delitto di falso nella documentazione presentata ai fini di una transazione fiscale¹⁷.

La norma non appare felicemente formulata, e richiede esegesi non immediata.

Se infatti è indubbia l'applicabilità alla procedura di transazione fiscale prevista dall'art. 182ter LF, eventualmente integrante il piano di risanamento presentato ex art. 160 LF, risulta oscura la riferibilità agli altri istituti di conciliazione erariale (adesione all'accertamento e conciliazione giudiziale), rivisti dal comma 7 dello stesso art. 29 L. 108\10 con la limitazione al fatto doloso della responsabilità contabile, e per i quali però non v'è il termine transazione nella titolazione della disciplina.

L'interpretazione è dubbia, ed è l'aspetto di interesse nella presente sede, riguardo la previsione della soglia di punibilità.

Una prima lettura sembrerebbe dar rilievo, alternativamente, a qualsiasi valore inferiore a quello effettivo per le poste attive, ed all'alterazione superiore ad euro 50.000 per le poste passive.

Tale interpretazione letterale porta a risultato totalmente irragionevole, tanto è evidente l'identità di disvalore, di offensività concreta e di efficienza trasgressiva tra il mendacio nella esposizione di elementi attivi o passivi.

Non è quindi comprensibile l'introduzione di una soglia di valore per la punibilità, cioè di rilevanza penale del fatto, introdotta per le sole poste passive; all'art. 3 del D. Lgs 74\00 analogo limite di rilevanza ha efficacia indistinta.

Per di più l'aggravante ad effetto speciale opera al superamento del valore di euro 200.000 per entrambi i casi.

Non resta che superare la lettera malaccorta della dizione incriminatrice e, con interpretazione adeguatrice e costituzionalmente orientata (consentita in quanto in bonam partem), ritenere la soglia di punibilità riferita anche alla alterazione delle poste attive.

Resta anche un giudizio negativo per l'estemporaneità e contingenza degli interventi legislativi sulla penalità della crisi d'impresa, l'incongruenza con l'assenza di previsioni incriminanti per frodi e mendacio in danno collettivamente del ceto creditorio, anziché del solo creditore erariale, e l'accentuarsi della urgenza di un intervento complessivo ed organico di revisione della materia.

¹⁷ *“E' punito con la reclusione da sei mesi a quattro anni chiunque, al fine di ottenere per sé od altri un pagamento parziale dei tributi e relativi accessori, indica nella documentazione presentata i fini della procedura di transazione fiscale elementi attivi per un ammontare inferiore a quello effettivo od elementi passivi fittizi per un ammontare complessivo superiore ad euro 50.000”.*

3.4 Reati fallimentari dopo l'insuccesso delle procedure di composizione della crisi

In merito alle ipotesi prospettabili nell'ambito del ricorso ad accordi di ristrutturazione od a piani attestati, i presidi penali, con l'eccezione della figura generale della truffa e del "nuovo" ricorso abusivo al credito di cui si è detto, possono intervenire solo in caso di esito negativo dei piani di risanamento e di dichiarazione fallimento, con l'operatività dei reati fallimentari, laddove invece, come visto, nel caso di concordato preventivo, pur con tutti i limiti evidenziati, soccorre lo specifico art. 236 LF, per conseguenza del solo deposito della domanda o della ammissione alla procedura.

Ancora per grandi aree è però da disegnare la mappa dell'area di rischio penale nell'ipotesi di insuccesso delle procedure di concordato e negoziali, seguite da dichiarazione di fallimento¹⁸.

Al riguardo il maggior disorientamento degli operatori derivava, e può tuttora derivare, dalla previsione di legalità concernente i pagamenti eseguiti in contesto di dissesto finanziario o commerciale, leciti, o meglio efficaci, se rientranti nel novero di non revocabilità ex art. 67 LF -alcuni (operazioni solutorie di finanziamenti in funzione della presentazione di domanda di ammissione al concordato o di omologazione di accordo di ristrutturazione, ex art. 182quater LF, introdotto dalla L. 122\10) dei quali ora addirittura antergati nel piano concorsuale- e viceversa tramutati in illecito penale dall'evento fallimento, quali fatti di bancarotta preferenziale, ex art. 216, c.3, LF.

Ancorchè sempre fonte di incertezze per gli operatori economici, l'antinomia era già stata variamente risolta sotto il profilo dogmatico, ora riducendo oggettivamente l'estensione del fatto tipico incriminato ponendo una necessaria coincidenza fra negozi revocabili e bancarotta preferenziale¹⁹, ora escludendo l'antigiuridicità sotto il profilo dell'elemento soggettivo del reato, o per carenza del dolo specifico dell'intenzione di favorire alcuni creditori in danno di altri²⁰, o per l'operatività della scriminante del consenso dell'avente diritto²¹, cioè dei creditori titolari del diritto a soddisfazione secondo par condicio.

E' da ultimo sopravvenuta, con intento chiarificatore, l'introduzione dell'art. 217bis LF ad opera dell'art. 48, c.2bis, della L. 122\10, di "esenzione dai reati di bancarotta".

¹⁸ Per una compiuta rassegna problematica vedi G. Insolera, *Riflessi penalistici della nuova disciplina del concordato preventivo e delle composizioni extragiudiziali della crisi della impresa*, in Giur. comm. 2006, 3, p. 449, e F. Mucciarelli, *Stato di crisi, piano attestato, accordi di ristrutturazione, concordato preventivo e fattispecie penali*, Riv. trim. dir. pen. econ., 2009, 4, p. 825.

¹⁹ G.G. Sandrelli, cit., p.1300; Alessandri, *Profili penalistici in tema di soluzioni concordate delle crisi d'impresa*, Riv. it. dir. proc. pen., 2006, 111.

²⁰ In tal senso, unitamente a contestuale richiamo sul piano oggettivo, è Cass. pen, sez. V, n. 31168 del 20\5\09.

²¹ G. Insolera, cit., p. 466, con sistemazione dogmatica che, se più soddisfacente per "la conseguenza che, viziato il consenso prestato, verrà meno la situazione scriminante" deve conciliarsi con i meccanismi di approvazione maggioritaria e per classi nel concordato, e quindi con il difetto di consenso dei dissenzienti, quantomeno.

In forza della nuova previsione “*le disposizioni di cui all’art. 216, terzo comma, e 217 non si applicano ai pagamenti e alle operazioni compiuti in esecuzione di un concordato preventivo di cui all’art. 160 o di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato ovvero del piano di cui all’art. 67, terzo comma, lett. d).*”.

Non è ben comprensibile per qual motivo la restrizione della norma incriminatrice non sia stata estesa alle altre operazioni non soggette a revocatoria ex art. 67, c.3, LF, nel rispetto della continuità tra revocabilità sul piano civile e sanzione penale.

Al di là di ciò, ed anche se non è agevole definire la natura giuridica dell’esenzione attuata con la formula atecnica della “non applicazione”, novella ed intenti sono certo opportuni, ma non raggiungono definitiva sistemazione della materia, che continua a scontare la contraddizione di sistema tra ambito penale, pensato a tutela della par condicio, e riforma degli strumenti di composizione della crisi che quella vuole superare (arrivando agli estremi opposti della predeuzione per taluni crediti, dei quali parte persino “normalmente” postergata ex lege, quali i finanziamenti soci).

Permangono infatti vive le questioni, già in precedenza sollevate, non solo della liceità penale dei pagamenti effettuati in vista ed in funzione dell’ammissione al concordato e dell’omologazione degli accordi ex art. 182bis LF, non seguiti da decreto ammissivo od omologazione²², giacchè l’art. 217bis CP pone esenzione da penalità riferita “all’esecuzione” del concordato o degli accordi omologati e non retroagisce alla fase preparatoria di questi (in cui l’impresa in crisi-dissesto e poi insolvente continua ad operare commercialmente), ma anche e soprattutto dell’autonomia del giudizio penale rispetto al giudicato (e se di giudicato in senso stretto si tratta) in sede di ammissione-omologazione.

E’ da chiedersi, in altri termini, se il rischio penale per operazioni preferenziali sia in radice escluso dal fatto storico, escluso dalla tipizzazione incriminatrice integrata dall’art. 217bis CP, della legittimazione conferita dal provvedimento giurisdizionale di ammissione – omologazione, quale patente intangibile di liceità postuma, ovvero se al giudice penale siano consentite una rivisitazione (ad esempio in ipotesi di risoluzione od annullamento del concordato, ma non solo) ed una autonomo giudizio postumo, con valutazione ex ante, delle condizioni di ammissibilità delle procedure negoziali o seminegoziali esperite.

E’ evidente che la soluzione discende dalla connotazione più o meno pubblicistica della procedura e dall’estensione valutativa tipica assegnata al provvedimento giudiziale di ammissione ed omologazione.

²² F. Mucciarelli, cit., p. 846 e segg..

Questi ovviamente mancano nei piani attestati ex art. 67 LF, ed in relazione a tali accordi esclusivamente negoziali, ed alle operazioni solutorie effettuate secondo il piano di risanamento, non potrà negarsi un possibile recupero di penalità e di autonomia del vaglio penale ex ante sulla idoneità e sulla ragionevolezza del piano medesimo; ciò, si ripete, nello scenario di una successiva dichiarazione di fallimento.

In caso contrario la esenzione penale dipenderebbe esclusivamente dalla privata ed incontrollata autonomia negoziale privata.

Quanto agli accordi di ristrutturazione, è questione aperta se l'omologazione –per giunta dai contenuti di incerta estensione in ipotesi di opposizioni ex art. 182bis, c. 4, LF- debba semplicemente muoversi sulla verifica dei requisiti formali della proposta o se debba spaziare nel sindacato di merito della attuabilità dell'accordo; gli orientamenti giurisprudenziali di merito sono ancora ondivaghi, epperò un recente ed autorevole obiter dictum delle SS.UU della Corte di Cassazione²³ lascia intravedere potenziale recupero di rilevanza penale, a seguito di possibile ri-valutazione da parte del giudice penale dei parametri di legittimità degli accordi, pur omologati.

E non è da dimenticare che l'art. 2, c.1, CPP attribuisce al giudice penale il potere-dovere di risolvere autonomamente ogni questione da cui dipende la decisione, salvo che sia diversamente stabilito.

La questione è ancora aperta, quindi, per più profili, e fa prevedere scelte giurisprudenziali variegate, orientate dalla tensione del caso di merito, ed in definitiva soggette alla variabile della concreta estensione della motivazione del provvedimento di omologazione.

Così le incertezze permangono, pertanto, nonostante la recente novella e la introduzione dell'art. 217bis LF, che del resto è norma di natura eccezionale, in quanto disposizione che limita l'applicazione di una norma penale generale (anche in questo senso non è felice la formula letterale cui ricorre la L. 108\10), come tale soggetta ad interpretazione restrittiva, a dimostrazione della inadeguatezza degli interventi legislativi contingenti in materia complessa ed intricata: non è cambiando una sola tessera che il mosaico può essere risistemato e le linee ricomposte.

4. I professionisti attestatori e stimatori

²³ N. 22468\09 del 26\2\09 in tema di abolitio criminis della bancarotta societaria connessa all'amministrazione controllata per difetto di continuità normativa con il nuovo concordato, e secondo le quali l'accordo di ristrutturazione "si colloca in area privatistica di sfondo negoziale e il sopravvenire dell'omologazione non attribuisce connotazione pubblicistica".

Quanto alla categoria dei liberi professionisti, si può scorrere rapidamente il campo della possibile responsabilità a titolo di concorso dell'extraneus, nei reati propri dell'imprenditore individuale o del ceto di gestione e controllo nell'impresa collettiva²⁴, nel quale la riforma non introduce elementi di novità, se non che la positiva configurabilità del concorso ex art. 110 CP dell'extraneus-consulente dell'autore proprio, è ipotizzabile sia per consiglio (teso all'illecito) di ordine tecnico, sia nella condotta del professionista attestatore che, dolosamente e di concerto con l'imprenditore proponente, si renda responsabile di false attestazioni allo scopo di consentire a questi l'accesso alla procedura concordataria.

Invero, e su questo ci si deve soffermare, la riforma ha assegnato un proprio ruolo di attore protagonista sulla scena della composizione negoziale della crisi d'impresa al professionista attestatore e stimatore, appartenente alle categorie indicate alle lettere a) e b) dell'art. 28 LF ed iscritto all'albo dei revisori contabili²⁵.

Nel concordato preventivo si richiede la relazione di un professionista "*che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano medesimo*"; nel caso di accordi di ristrutturazione dei debiti la relazione deve invece attestare "*l'attuabilità dell'accordo stesso, con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare il pagamento dei creditori estranei*"; per i piani di risanamento dell'esposizione debitoria infine l'attestazione concerne "*la ragionevolezza ai sensi dell'art. 2501bis, c.4, C.c.*" di un piano "*idoneo al risanamento*"; ancora nel concordato preventivo può essere prevista la soddisfazione non integrale dei creditori privilegiati, solo sulla base di una relazione giurata dei medesimi professionisti.

Da ultimo la casistica delle attestazioni professionali necessarie per l'attivazione delle procedure di composizione del debito è arricchita, negli accordi di ristrutturazione, della "*dichiarazione del professionista circa la idoneità della proposta ad assicurare il regolare pagamento dei creditori con i quali non sono in corso trattative o che hanno negato la disponibilità a trattare*", prevista ad obbligatorio corredo della domanda di divieto di iniziare o proseguire azioni cautelari od esecutive, ex art. 182bis, cc 5 e segg. LF, aggiunti dall'art. 48, c.2, L. 108\10.

Gli strumenti negoziali di composizione o ristrutturazione del debito, attuabili come noto anche in deroga al (ex) caposaldo codicistico della par condicio, sono imperniati sulla corretta discovery dei dati aziendali e sulla adeguata informazione ai creditori ai fini della espressione della loro volontà negoziale, tanto che la definizione di consenso informato,

²⁴ G. Insolera, *Il concorso di persone nei reati fallimentari*, Riv. it. dir. pen. proc., 2002, 817 ss.

²⁵ Oggetto di riassetto normativo con l'entrata in vigore del Registro dei revisori contabili istituito con il D. Lgs. N. 39 del 27\1\10, attuativo della direttiva 2006\43\CE.

conciata per gli atti dispositivi ricadenti su beni personalissimi e primari, quali l'integrità fisica, si può enfaticamente importare per l'accettazione informata da parte del ceto creditorio.

Correttezza ed adeguatezza delle informazioni e del piano di risanamento sono ora affidate alle certificazioni dei professionisti attestatori e stimatori, la cui attività è quindi nevralgica per il corretto funzionamento del sistema.

L'ipotesi di patologiche attestazioni informative, in difetto di previsioni incriminanti specifiche, mal si attaglia alle figure di reato preesistenti alla riforma.

In prima battuta l'area della rilevanza penale deve essere sgombrata da tutto ciò che attiene all'opinamento prognostico: attività riferite alle nozioni di "ragionevolezza", di "idoneità", o "fattibilità" escludono in radice a priori la ricorrenza non solo dell'elemento soggettivo doloso delle fattispecie penali richiamabili (non sono ipotizzabili fattispecie colpose), ma anche taluni elementi oggettivi tipici specializzanti l'ipotesi di reato, quali ad esempio "artifici e raggiri" nella truffa, non potendosi definire fraudolento in senso penalistico ciò che attiene alla esplicitazione –per quanto corredata dalla affidabilità professionale- di convincimenti prognostici soggettivi, ontologicamente esposti all'alea ed alla opinabilità.

4.1 Il falso

La prima ipotesi che sovviene, in caso di mendace asseverazione, attiene ai cosiddetti reati di falso.

Va in primo luogo richiamata immediatamente l'estraneità alla materia penale di tutto ciò che attiene ai giudizi prognostici o squisitamente valutativi secondo parametri sottratti a leggi scientifiche; tutto ciò che rientra in una valutazione probabilistica per una prognosi di successo del piano di risanamento, per giunta sovente legata a fattori imprevedibili quali l'andamento di mercato, è estranea alla dicotomia vero\falso che qualifica il mendacio penale.

Residuano di eventuale rilievo penale esclusivamente la (falsa e consapevole) asseverazione di fatti (dati aziendali, inesistenza od occultamento di debiti o crediti) contrari al vero, nonché le valutazioni che si fondino su basi fattuali intenzionalmente alterate, o conosciute alterate, quali premessa.

La rilevanza della falsa asseverazione –così intesa- riconduce alla categoria dei falsi ideologici.

Peraltro detti reati sono reati "propri" del pubblico ufficiale, o dei soggetti tipici indicati dall'art. 357 CP.

La punibilità dell'attestatore passa quindi attraverso la ravvisabilità in capo a questi delle pubbliche funzioni, esplicate in atto pubblico od in pubblica certificazione, il che è da escludersi innanzitutto e radicalmente in riferimento all'attività attinente a procedure negoziali o seminegoziali.

E' però parimenti da escludersi per quanto attiene all'attestazione nella proposta di concordato preventivo²⁶.

I motivi sono plurimi, ed univocamente a sostegno della negatoria di responsabilità penale: in primo luogo, dal punto di vista contenutistico, difetta nell'attestazione professionale un vero e proprio potere certificativo pubblico, tipico della pubblica funzione e caratterizzato dalla idoneità ad incidere direttamente nella sfera delle facoltà private, nonché dalla validità erga omnes, anche nella parte non prognostica.

La certificazione "pubblica" può inoltre esclusivamente ravvisarsi nella esplicitazione in atti tipici di conoscenze dell'ufficio pubblico, e non derivanti dall'indagine personale dell'attestatore.

In secondo luogo, riguardo il soggetto autore della certificazione ed alle espresse qualificazioni normative, è da osservarsi come la riforma fallimentare abbia lasciato intatte le precedenti attribuzioni di pubblico ufficiale nei riguardi esclusivamente del curatore (art. 30 L.f.) e del commissario giudiziale (art. 165 L.f.); l'argomentazione a contrario, circa la figura del professionista attestatore o stimatore, è immediata.

Infine, ponendo riguardo alla fonte dell'incarico professionale ed alle obbligazioni da quella discendenti, è conclusivo osservare come –nell'ambito del complessivo disegno privatistico cui è ispirato il nuovo concordato- l'incarico stesso sia sostanzialmente inquadrabile esclusivamente nel contratto d'opera professionale, con obbligazione di pagamento in capo al debitore proponente (si pensi all'ipotesi della mancata ammissione alla procedura per inammissibilità della proposta od altre ipotesi di mancata omologazione), e comunque con totale estraneità del soggetto pubblico al conferimento dell'incarico.

Né d'altra parte appare possibile il ricorso all'art. 64 del CPC, con il conseguente richiamo delle disposizioni del codice penale relative ai periti (falsa perizia punita dall'art. 373 CP), in quanto tale norma speciale, come tale già di per sè non estensibile, è limitata al solo esperto nominato dall'autorità giudiziaria; fattispecie ben diversa, con riferimento ai piani

²⁶ In tal senso l'unico precedente noto, Trib. Torino 31\3\10, in Fall., 7, 2010, 873 (solo massima).

attestati ex art. 67 lett. d) LF, della eventuale “designazione”²⁷, che sempre conduce al conferimento dell’incarico professionale da parte del debitore.

Da qualsiasi prospettiva si affronti la questione la conclusione è che difettano, sia soggettivamente che oggettivamente, gli indici tradizionalmente fissati dalla giurisprudenza penale per ravvisare la sussistenza di pubbliche funzioni o dell’incarico di pubblico servizio.

Pertanto, anche nella parte propriamente attestativa e non prognostica della relazione del professionista, nell’ipotesi di mendaci attestazioni non sarà possibile ravvisare i delitti di falso previsti dagli artt. 476 e segg. C.p..

Ricondotta all’alveo esclusivamente privatistico e negoziale l’attività professionale in esame, il sistema codicistico penale, quanto ai delitti di falso commessi dal privato, incrimina unicamente il falso materiale, del tutto inconferente alle ipotesi di patologia dei comportamenti professionali, con conseguente accentuata lacuna di tutela sanzionatoria nei casi di dolosa e fraudolenta attestazione.

L’unica residuante ipotesi di falso non materiale del privato richiamabile a tutela è individuabile nella previsione di cui all’art. 483 C.p. (falsità ideologica commessa dal privato in atto pubblico).

Peraltro in proposito è immediato osservare come la fattispecie astratta prevista dalla norma incriminatrice punisca unicamente l’attestazione diretta al pubblico ufficiale, e da questi recepita in atto pubblico, a propria volta certificativo, ancorché la giurisprudenza, circa l’ultimo suddetto elemento tipizzante, in altre materie (fattispecie delle false attestazioni del tecnico abilitato nelle procedure urbanistiche per il rilascio di concessioni, ora permesso di costruire) si sia dimostrata “elastica”; lo schema tipico posto dall’art. 483 CP, che sanziona la pubblica attestazione di fatti da parte del pubblico ufficiale, viziata da precedente falsità del privato, secondo un rapporto di causa-effetto immediato, non si presta a recepire la concatenazione complessa di falsa attestazione-proposta-accettazione-provvedimento di omologazione, essendo quest’ultimo non un atto derivato ed obbligato, ma autonomo del pubblico ufficio, adottato ad esito di specifici controlli e procedura.

Appartiene infine al genus dei reati di falso anche quello previsto dall’art. 2624 C.c. (“falsità nelle relazioni o nelle comunicazioni delle società di revisione”), ma ancora il richiamo appare improponibile, giacchè il fatto tipico incriminato – la frode nell’attività concernenti società sottoposte a revisione – è differente da quello in esame; de iure

²⁷ L’ipotesi della “designazione” del Tribunale ricorre anche nel caso di relazione giurata nel concordato fallimentare, ex art. 124, c.3, LF, il cui piano non preveda la soddisfazione integrale dei creditori privilegiati con analogo effetto di mera indicazione vincolante, e successivo conferimento di incarico con contratto d’opera professionale tra privati.

condendo peraltro si può ritenere che detta norma incriminatrice, per ratio, analogia di condotta e soggetto agente (“i responsabili della revisione i quali ... nelle relazioni od in altre comunicazioni ... con l’intenzione di ingannare i destinatari delle comunicazioni, attestano il falso od occultano informazioni concernenti la situazione economica...”), ed estensione allargata al cosiddetto mendacio valutativo, si pone come più aderente paradigma sanzionatorio alla materia che ci occupa.

5. Il completamento della riforma: i lavori in corso.

Appare in conclusione manifesto il vuoto di tutela della cruciale necessità di fidefacienza delle informazioni destinate ai creditori nelle soluzioni negoziali della crisi d’impresa.

Laddove la scelta legislativa è di affidarsi al libero mercato ed alle libere manifestazioni di volontà negoziale, non si può rinunciare ad uno specifico sistema sanzionatorio, a presidio della correttezza delle informazioni, presupposto essenziale per la corretta tenuta e la eticità del sistema, e da considerarsi nuovo bene giuridico meritevole di somma protezione.

La considerazione di bene giuridico e la centralità dei documenti descrittivi ed informativi, ai fini della regolarità del mercato, in armonia con la normativa europea, sono del resto avvalorate dalla introduzione nell’ordinamento penale commerciale, dei reati di falsità nelle relazioni o nelle comunicazioni dei responsabili della revisione legale e di corruzione dei revisori, previsti dagli artt. 27 e 28 del D. Lgs. n. 39 del 27\1\10.

Al riguardo fin dalle tappe iniziali della riforma fallimentare vi era come detto unanime consapevolezza, tanto è vero che per offrire specifica protezione penale nelle ipotesi di infedeltà certificative o di ingannevole prospettazione degli esiti della procedura negoziale già il testo depositato dalla Commissione Trevisanato (art. 16, c.8) aveva introdotto nuove e specifiche fattispecie incriminatrici sia per le false informazioni, sia per le condotte fraudolente in corso di procedura.

Nell’attualità il Ddl 3\6\09, all’esame della Camera dei Deputati, di delega al Governo per il riordino della legislazione in materia di gestione delle crisi aziendali e per la riforma della disciplina dei reati fallimentari, all’art. 2 pone la espressa direttiva di disciplinare il delitto di falsa esposizione di dati o di informazioni²⁸.

²⁸ Consistente, secondo la lettera h) dell’art. 2 della legge delega: “ 1) nell’esposizione di informazioni false o nell’omissione di informazioni imposte dalla legge per l’apertura delle procedure di concordato preventivo al fine di potervi accedere, ovvero per ottenere l’omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell’articolo 182-bis del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, e successive modificazioni, l’ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria di cui al decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270, e al decreto-legge 23 dicembre 2003, n. 347, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 febbraio 2004, n. 39, ovvero per ottenere l’approvazione degli accordi

Riprendendo in conclusione quanto osservato sub 1, è avvertita con urgenza la necessità di completare la riforma fallimentare con il riassetto penalistico.

E' agevole prevedere che le "ricadute" penali della crisi economica porranno viepiù in risalto l'irragionevolezza della protezione penalistica accentuata e capillare a beni giuridici che sono meno primari di prima, a fronte di lacune di protezione a beni giuridici che sono essenziali per il corretto funzionamento dei nuovi strumenti negoziali.

Laddove ipotesi patologiche di rilievo non trovano al momento tutela penale, sovente al contrario ed al contempo le vecchie disposizioni penali entrano in franca incompatibilità con la riforma, "rivoluzionaria" nell'abbandonare il dogma della indisponibilità dell'insolvenza per la privatizzazione della crisi d'impresa.

Il risultato complessivo di repressioni antinomiche e lacune di tutela, cioè di zone di accentuata e disarmonica repressione e zone di mancata tutela di nuovi beni primari, genera sconcerto negli interpreti e disorienta gli operatori economici, con i duplici effetti negativi, tipici delle situazioni di nebbia normativa, delle autocensure e reticenze d'intervento negli operatori virtuosi, restii ad avventurarsi in territori male illuminati, e delle indesiderabili forti attrattive, anche per "forum shopping" sovranazionale, viceversa, per gli operatori più spregiudicati ed i possessori di capitali non leciti.

Attrattive inoltre che già attecchiscono nel terreno mal seminato della ricordata bagatellarizzazione delle false comunicazioni comunicazioni, prive di concreta deterrenza penale²⁹, e che hanno allontanato la fiducia del mercato sull'attendibilità dei bilanci sociali.

Il governo dell'economia ha come presidio fondamentale la certezza delle regole, presidio fortemente compromesso dal non liquet in materia penale.

di ristrutturazione dei debiti da parte del Ministero dello sviluppo economico; prevedere altresì la punibilità delle condotte fraudolente commesse nel corso di tali procedure.”

²⁹ Pedrazzi, In memoria del falso in bilancio, in *Diritto penale*, III, Scritti di diritto penale dell'economia, pag. 843.