

LA RESPONSABILITÀ PENALE E CIVILE DELL'ATTESTATORE NEI PROCEDIMENTI DI COMPOSIZIONE DELLA CRISI D'IMPRESA

di Michele Monteleone, Presidente della Sezione Civile presso il Tribunale di Benevento

SOMMARIO: 1. La responsabilità penale dell'attestatore: *ratio* della fattispecie incriminatrice – 1.1. Il soggetto attivo, l'oggetto materiale del reato e la condotta. – 1.2. L'elemento psicologico. – 1.3. La pena. – 1.4. Le circostanze aggravanti. - 2. La responsabilità civile dell'attestatore.

1. *La responsabilità penale dell'attestatore: ratio della fattispecie incriminatrice.*

Il d.l. n. 83/2012 (cosiddetto “decreto sviluppo”), convertito, con modificazioni, in l. 7.8.2012, n. 134, ha introdotto, *ex novo*, nella legge fallimentare, il reato di falso in attestazioni e relazioni del professionista nell'ambito delle soluzioni concordate delle crisi d'impresa, vale a dire nei piani attestati di risanamento ex art. 67, comma 3, lett. d), l.f., nel concordato preventivo ex art. 161, comma 3, l.f., negli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 *bis* l.f., nel concordato con continuità aziendale ex art. 186 *bis* l.f., nonché in tema di finanza interinale nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione ex art. 182 *quinquies* l.f.

L'art. 236 *bis* l.f., rubricato “Falso in attestazioni e relazioni”, prevede, al comma 1, che “*il professionista che nelle relazioni o attestazioni di cui agli articoli 67, terzo comma, lett. d), 161, terzo comma, 182 bis, 182 quinquies e 186 bis, espone informazioni false ovvero omette di riferire informazioni rilevanti, è punito con la reclusione da due a cinque anni e con la multa da € 50.000 a € 100.000*”; al comma 2, che “*se il fatto è commesso al fine di conseguire un ingiusto profitto per sé o per altri, la pena è aumentata*”; al comma 3, che “*se dal fatto consegue un danno per i creditori la pena è aumentata fino alla metà*”.

Il nuovo reato di falso in attestazioni o relazioni ex art. 236 *bis* l.f. consiste, sostanzialmente, nella esposizione, da parte del professionista attestatore, di informazioni false, oppure nella omissione di informazioni rilevanti.

Le ragioni che hanno indotto il legislatore a introdurre nel corpo della legge fallimentare il reato ex art. 236 *bis* l.f. sono molteplici e si identificano nella esigenza di tutela della fede pubblica, in considerazione dell'affidamento che le procedure del piano di risanamento attestato, del concordato preventivo, degli accordi di ristrutturazione dei debiti e del concordato con continuità aziendale ripongono sulle relazioni o attestazioni del professionista; nella necessità di controbilanciare adeguatamente il ruolo centrale riconosciuto al professionista attestatore dall'intero intervento legislativo; nella esigenza di garantire al ceto creditorio una corretta informazione sui dati aziendali e sul piano proposto dal debitore; nella necessità di evitare asimmetrie irragionevoli, ovvero non giustificate, rispetto alla rilevanza penale, ex art. 16, comma 2, della l. n. 3/2012, come sostituito dal d.l. 179/2012, della condotta dell'organismo di composizione della crisi da sovraindebitamento del debitore non fallibile, ovvero del professionista di cui all'art. 15 co. 9, che rende false attestazioni in ordine alla veridicità dei dati contenuti nella proposta o nei documenti a essa allegati ovvero in ordine alla fattibilità del piano di ristrutturazione dei debiti proposto dal debitore.

In tale senso depone, innanzitutto, la Relazione illustrativa del d.l. n. 83/2012, la quale, con specifico riferimento alla disposizione dell'art. 236 *bis*, prevede che la introduzione del delitto di falso in attestazioni e relazioni, oltre che *“per saldare i meccanismi di tutela e bilanciare adeguatamente il ruolo centrale riconosciuto al professionista attestatore nell'intero intervento normativo”*, s'impone anche *“per evitare asimmetrie irragionevoli, in ottica costituzionale, rispetto alla rilevanza penale della condotta dell'organismo di composizione della crisi da sovraindebitamento del debitore non fallibile che rende false attestazioni in ordine alla veridicità dei dati contenuti nella proposta e nei documenti a essa allegati ovvero*

in ordine alla fattibilità del piano di ristrutturazione dei debiti proposto dal debitore, a norma dell'art. 19, comma 2, della legge n. 3 del 2012".

All'indomani dell'intervento legislativo in esame, l'Ufficio Studi della Corte di Cassazione, con Relazione n. III/7/2012 del 13 luglio 2012¹, nel richiamare il contenuto della Relazione illustrativa del d.l. n. 83/2012 innanzi citato, ha evidenziato, altresì, che *"...il bene oggetto di tutela"* ai sensi dell'art. 236 bis l.f., *"sembra dunque identificarsi con l'affidamento di cui devono godere le menzionate relazioni ed attestazioni in relazione al loro contenuto e in funzione del certo e sollecito svolgimento delle procedure paraconcorsuali cui le stesse accedono qualificando in definitiva la nuova fattispecie come reato contro la fede pubblica. Bene quest'ultimo la cui tutela risulta comunque strumentale a quella degli interessi patrimoniali del ceto creditorio – utente privilegiato e, in un certo senso, naturale delle relazioni e attestazioni oggetto materiale del reato – come del resto sembra suggerire proprio il contenuto della seconda delle aggravanti..."*.

Analoghe considerazioni sono state espresse dalla dottrina², la quale ha ritenuto che la introduzione della fattispecie criminosa ex art. 236 bis l.f. si *"rendeva quantomeno opportuna in ragione dell'affidamento che le procedure del piano di risanamento attestato, del nuovo concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione – privatisticamente intonate – ripongono sulla relazione del professionista, in mancanza, tuttavia, di alcuno specifico presidio sanzionatorio, a protezione degli interessi del ceto creditorio, contro eventuali falsità; né la correttezza delle informazioni sulla situazione economica, patrimoniale e finanziaria dell'imprenditore trovava, comunque, adeguata tutela nel sistema penale esistente...La mancanza di una*

¹ Relazione n. III/07/2012, in www.cortedicassazione.it.

² R. 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 www.dirittopenalecontemporaneo.it, 6.11.2012, 1 e ss.; V.R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *Operazioni di risanamento, professionisti nel mirino*, in *Guida al diritto*, 2012, n. 29, 45; P.G. DEMARCHI ALBENGO, *La fattispecie incriminatrice di cui al nuovo articolo 236-bis della legge fallimentare; la responsabilità penale dell'attestatore*, in www.ilcaso.it, II, 325/2012, 1 e ss.; F. MUCCIARELLI, *Il ruolo dell'attestatore e la nuova fattispecie penale di falso in attestazioni e relazioni*, in *Il Fallimentarista*, 2012, 5.

fattispecie di reato propria del professionista attentatore era divenuta ancora più ingiustificabile e significativa dopo che la l. 27.1.2012, n. 3..., disciplinando per l'appunto la composizione della crisi da sovraindebitamento dell'imprenditore non assoggettabile a fallimento e concordato preventivo, aveva sanzionato penalmente ex art. 19, comma 2...il componente dell'organismo di composizione della crisi che rende false attestazioni in ordine all'esito della votazione dei creditori sulla proposta di accordo formulata dal debitore ovvero in ordine alla veridicità dei dati contenuti in tale proposta o nei documenti a essa allegati ovvero in ordine alla fattibilità del piano di ristrutturazione dei debiti proposto dal debitore...”.

Tale nuova previsione normativa opportunamente è venuta a colmare un vuoto legislativo che aveva già creato, in dottrina e giurisprudenza, più di una incertezza.

Infatti di fronte alla falsificazione ideologica delle certificazioni rilasciate dai professionisti incaricati nell'ambito delle richieste e delle attività di ammissione alle procedure di ristrutturazione del debito da parte delle imprese, si erano ipotizzate diverse prospettive di responsabilità penale.

Si era infatti ritenuta praticabile l'ipotesi di una “qualifica pubblicistica” in capo al professionista, con il risultato che questi, quale pubblico ufficiale, avrebbe dovuto rispondere del reato di falso in atto pubblico ex art 479 c.p..

Tuttavia il Tribunale di Torino (*Sez. IV penale, 31 marzo 2010, in Fall, 2010,1439*) su tale questione si era espresso negativamente, escludendo la circostanza che il professionista potesse essere considerato un pubblico ufficiale; del resto a proposito di soluzioni alternative circa l'eventuale rilievo penale delle condotte in commento da parte di alcuna dottrina e di taluni uffici della procura della repubblica si era fatto riferimento alla prospettiva di un illecito ex art. 481 c.p. (sul presupposto che il professionista potesse essere considerato “esercente un servizio di pubblica necessità” ex art. 358 c.p.) o anche ex art. 483 c.p., e in altri casi si era ipotizzato addirittura un concorso nei reati fallimentari dell'imprenditore, qualora fosse intervenuto successivamente il fallimento dell'impresa.

Infine, da ultimo innovativa dottrina³, prendendo le mosse dalla circostanza che la nomina dell'attestatore compete in via esclusiva al debitore, in sintonia con le dinamiche di autonomia che il legislatore ha dichiaratamente privilegiato, ha tentato di individuare una difficile collocazione sistematica di un soggetto che, pur non essendo designato dal giudice, di fatto svolge un compito istruttorio decisivo.

Per certo non si tratta di un consulente tecnico di ufficio, né tantomeno di un consulente tecnico di parte, anche a voler valorizzare quella garanzia di "indipendenza" che costituisce, come noto, un'ulteriore novità dell'ultimo intervento legislativo.

Così ricostruendo l'istituto alla luce dei principi generali del codice di rito, ritenuta la definizione, per nulla ignota al diritto anglosassone, del professionista quale "testimone tecnico", si è pensato di poter far rientrare la condotta incriminatrice in commento nel reato di falsa testimonianza, con il conseguente rilievo che il reato dovrebbe essere ricompreso tra quelli contro l'amministrazione della giustizia.

1.1. Il soggetto attivo, l'oggetto materiale del reato e la condotta.

Il delitto di falso in attestazioni o relazioni ex art. 236 *bis* l.f., nonostante i diversi sforzi di inquadramento innanzi cennati, si ritiene debba essere ricondotto alla categoria codicistica dei delitti contro la fede pubblica e, in particolare, alla specie dei delitti di falsità in atti; trattasi di un reato proprio, atteso che, per espressa previsione della norma, il soggetto attivo del reato è il professionista incaricato di redigere una delle relazioni o attestazioni di cui agli artt. 67, comma 3, lett. d), 161, comma 3, 182 *bis*, 182 *quinqüies* e 186 *bis* l.f.

Ciò non esclude, in base ai principi generali, che, con il professionista attestatore, possano concorrere nel reato ex art. 236 *bis* l.f. altri soggetti, tra i quali il debitore.

Oggetto materiale del reato ex art. 236 *bis* l.f. sono le relazioni e attestazioni previste dagli artt. 67, comma 3, lett. d), 161, comma 3, 182 *bis*, 182 *quinqüies* e 186 *bis* l.f.,

³ M. FABIANI in *Riflessioni precoci sull'evoluzione della disciplina della regolazione concordata della crisi d'impresa*, su il www.caso.it, doc. 303/2012 del 01 agosto 2012.

che riguardano i piani di risanamento, il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti.

La condotta descritta dall'art. 236 *bis* l.f. - in termini simili a quelli utilizzati dal legislatore per altri reati di falsità ideologica in atti privati, quali le false comunicazioni sociali ex artt. 2621 e 2622 c.c. - consiste nella esposizione di “informazioni false” ovvero nella omissione di “informazioni rilevanti”.

Si tratta, quindi, di due modalità alternative della condotta penalmente rilevante ex art. 236 *bis* l.f.: la prima (esposizione di “informazioni false”) ha natura intrinsecamente commissiva, nel senso che non può prescindere da un comportamento attivo del soggetto qualificato (professionista attestatore), e consiste nel riferire informazioni false; la seconda (omissione di “informazioni rilevanti”) ha natura omissiva e, come evidenziato dalla dottrina⁴, può realizzarsi nelle forme del silenzio e della reticenza antidoverosi.

Naturalmente, le condotte alternative previste dall'art. 236 *bis* l.f. possono anche concorrere.

E' evidente l'asimmetria tra le due condotte previste dalla norma incriminatrice, la quale in relazione alla condotta commissiva ritiene sufficiente la esposizione di “informazioni false”, mentre in relazione alla condotta omissiva ritiene necessario che si tratti di “informazioni rilevanti”.

La formulazione della norma incriminatrice, quindi, come evidenziato dall'Ufficio Studi della Suprema Corte di Cassazione con la citata Relazione n. III/07/2012 e dalla dottrina innanzi richiamata, rivela una “distonia non giustificabile” tra le condotte previste, con conseguente rischio che qualsiasi falsità commissiva, ancorché avente a oggetto informazioni non rilevanti, sia sufficiente a integrare la condotta penalmente sanzionata dall'art. 236 *bis* l.f., a fronte, invece, della previsione più restrittiva della falsità omissiva connotata dal requisito di “rilevanza” delle informazioni omesse.

⁴ R. BORSARI, *Il nuovo reato di falso in attestazioni e relazioni del professionista nell'ambito delle soluzioni concordate delle crisi d'impresa. Una primissima lettura*, cit., 15 e ss.

Appare quindi condivisibile, anche per evidenti esigenze di uguaglianza, la interpretazione estensiva, costituzionalmente orientata, suggerita sia dall'Ufficio Studi della Suprema Corte di Cassazione con la citata Relazione n. III/07/2012, sia dalla richiamata dottrina, secondo cui il “*requisito di rilevanza*” va esteso anche alla condotta commissiva, vale a dire alla esposizione di informazioni false.

D'altra parte, diversamente opinando, alla falsità commissiva ex art. 236 *bis* l.f. non troverebbe nemmeno applicazione la categoria del falso inoffensivo, o cosiddetto falso innocuo, elaborata in materia di falsità in atti, secondo cui non sono punibili le falsità ideologiche quando la non corrispondenza al vero dell'atto risulta marginale rispetto al significato complessivo dello stesso atto.

Stante la genericità della qualificazione “rilevanti”, utilizzata dal legislatore per definire soltanto le informazioni omesse, una ulteriore questione che si pone sul piano pratico è quella di stabilire quando una informazione debba essere considerata rilevante e, quindi, idonea a integrare la fattispecie di reato ex art. 236 *bis* l.f..

Ad una prima lettura fondati appaiono i dubbi circa la costituzionalità della norma in commento per indeterminatezza della fattispecie e per mancanza di tipicità della condotta, eccessivamente generica nella previsione “*di omissione di informazioni rilevanti*”; è noto che qualora la fattispecie delittuosa sia composta da elementi tassativi, è lo stesso legislatore che esprime la discrezione di ciò che valuta illecito, mentre, altre volte, il passaggio dal piano della valutazione, da parte del legislatore, al piano della descrizione della condotta è fatto da parte del giudice, caso per caso.

Così qualsiasi discrezionalità nell'applicazione della sanzione penale può ritenersi di per se stesso convertita nell'apprezzamento giudiziale operato in vista della determinazione (*ex post* ed in concreto) degli elementi indeterminati (posti in essere nella condotta dall'attestatore *ex ante* ed in astratto), da cui discende una nozione molto ampia di fattispecie, comprensiva, a questo punto, di tutti gli elementi incidenti sull'*an* della sanzione (in relazione al quale imprescindibile risulta certamente il riferimento alla “*tipicità del fatto punibile*”), sia sul *quantum* di essa.

Tale ampio concetto di fattispecie abbraccia, con qualche rischio in relazione alla determinatezza, sia i casi tradizionalmente definiti “discrezionali” sia i cd. “*elementi elastici o indeterminati*”; infatti l’attestatore può essere chiamato a rispondere dei comportamenti dolosi posti eventualmente in essere nei confronti dei creditori e dei terzi danneggiati. Ciò che è oscuro è il grado di responsabilità correlato al professionista, tenuto conto, tra l’altro, che gli viene richiesto un giudizio di fattibilità del piano il quale, pur espresso secondo la propria perizia ed esperienza, si articola inevitabilmente come una congettura⁵.

Condivisibile appare quindi l’orientamento della dottrina e dell’Ufficio Studi della Corte di Cassazione, secondo cui “*la genericità del requisito*” in questione “*potrebbe essere attenuata qualora si ipotizzasse che il legislatore abbia ritenuto necessario per la configurabilità del reato, che lo scostamento dalla realtà debba considerarsi <rilevante> quando risulti idoneo a falsare, nel complesso e in maniera significativa, la relazione o l’attestazione*”.

In altri termini, secondo la dottrina⁶, *la rilevanza va valutata in relazione al giudizio finale della relazione o attestazione*; sicché, il reato ex art. 236 bis l.f. dovrebbe ritenersi integrato soltanto nel caso in cui la informazione abbia falsato tale giudizio.

Una ulteriore questione che si pone sul piano pratico è quella di stabilire se le “informazioni” a cui fa riferimento l’art. 236 bis l.f. siano rappresentate soltanto dai dati aziendali oggettivi, oppure anche dai giudizi ovvero dalle valutazioni espresse dal professionista attestatore nell’ambito delle procedure di composizione negoziale delle crisi d’impresa.

⁵ M. FERRO, *I nuovi strumenti di regolazione negoziale dell’insolvenza e la tutela giudiziaria delle intese fra debitore e creditori: storia italiana della timidezza competitiva*, in Fallimento 2005.

⁶ R. BORSARI, *Il nuovo reato di falso in attestazioni e relazioni del professionista nell’ambito delle soluzioni concordate delle crisi d’impresa. Una primissima lettura*, cit., 19; F. MUCCIARELLI, *Il ruolo dell’attestatore e la nuova fattispecie penale di falso in attestazioni e relazioni*, cit., 4.

Non vi è dubbio che le “informazioni” a cui fa riferimento l’art. 236 *bis* l.f. si identifichino principalmente nei dati aziendali, vale a dire in quelli economici, finanziari e patrimoniali del debitore, nonché in quelli economici di contesto, se funzionalmente richiamati nel piano, la cui “verità” il professionista è chiamato espressamente ad attestare non più soltanto nell’ambito del concordato preventivo, ma anche delle procedure del piano di risanamento attestato e degli accordi di ristrutturazione, ai sensi e per gli effetti degli artt. 67, comma 3, lett. d), 161, comma 3, e 182 *bis* l.f.

Può ritenersi, conformemente all’orientamento della dottrina prevalente⁷, che siano riconducibili alle “informazioni” a cui fa riferimento la norma, e quindi alla fattispecie di reato ex art. 236 *bis* l.f., anche i giudizi che il professionista attestatore esprime nelle relazioni o attestazioni di cui ai richiamati artt. 67, comma 3, lett. d), 161, comma 3, 182 *bis*, 182 *quinques* e 186 *bis* l.f., vale a dire i giudizi sulla fattibilità del piano di risanamento o del piano concordatario (art. 67, comma 3, lett. d e art. 161, comma 3, l.f.); sull’attuabilità dell’accordo di ristrutturazione, con particolare riguardo alla idoneità ad assicurare l’integrale pagamento dei creditori nei termini di legge (art. 182 *bis*, comma 1, l.f.); sulla idoneità della proposta di accordo di ristrutturazione, se accettata, ad assicurare l’integrale pagamento dei creditori con i quali non sono in corso trattative (art. 182 *bis*, comma 6, l.f.); sulla funzionalità dei finanziamenti alla migliore soddisfazione dei creditori, verificato il complessivo fabbisogno finanziario della impresa fino alla omologazione (art. 182 *quinques*, comma 1, l.f.); sulla essenzialità delle prestazioni di beni e servizi alla prosecuzione dell’attività d’impresa e sulla funzionalità delle stesse ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori (art. 182 *quinques*, comma 4, l.f.); sulla funzionalità della prosecuzione dell’attività d’impresa al migliore soddisfacimento dei creditori (art. 186 *bis*, comma 2, l.f.); sulla

⁷ R. BORSARI, *Il nuovo reato di falso in attestazioni e relazioni del professionista nell’ambito delle soluzioni concordate delle crisi d’impresa. Una primissima lettura*, cit., 19; F. MUCCIARELLI, *Il ruolo dell’attestatore e la nuova fattispecie penale di falso in attestazioni e relazioni*, cit., 2 e ss., il quale ha evidenziato che “...non può nascondersi come anche il giudizio prognostico sulla fattibilità del piano costituisce, nella sua oggettività, una informazione (consistente nella notizia della esistenza di un piano attestato come fattibile)”.

conformità al piano della continuazione del contratto pubblico e sulla ragionevole capacità di adempimento (art. 186 *bis*, commi 3 e 4, l.f.).

Infatti, va considerato che, secondo l'orientamento prevalente della dottrina⁸ e della giurisprudenza⁹, i suddetti giudizi o prognosi sono caratterizzati da un margine di discrezionalità non assoluta, ma tecnica, ovvero vincolata ai principi della tecnica professionale, a cui è necessario fare riferimento nelle relazioni o attestazioni, e, pertanto, vanno espressi dal professionista attestatore sulla base non solo dei dati aziendali (patrimoniali, economici e finanziari), ma anche dei criteri e delle metodologie dichiarati dallo stesso attestatore, nonché sulla base dei criteri e metodologie previsti dalla scienza aziendale, ovvero delle linee guida elaborate dalle Commissioni di studio istituite presso il Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili.

Pertanto, non sembra che possano ritenersi estranee alla fattispecie incriminatrice ex art. 236 bis l.f. le ipotesi in cui i suddetti giudizi o prognosi si reggano su dati falsi, o su criteri diversi da quelli dichiarati, o su criteri e metodi non conformi alla scienza aziendale.

Rilevante sul punto risulta la recentissima pronuncia del Tribunale di Benevento del 23/04 – 02/05.2013 in cui è dato leggere: “... *l'attestatore deve enunciare, in maniera ordinata e coerente, i criteri ricognitivi, estimativi e prognostici seguiti, in modo da rendere manifesti il percorso logico, i ragionamenti e le motivazioni su cui si fonda l'attestazione.*

Con specifico riguardo all'attestazione di veridicità dei dati aziendali, il giudizio dell'attestatore non può limitarsi a una mera dichiarazione di conformità, ovvero di corrispondenza formale dei dati utilizzati per la predisposizione del piano a quelli

⁸ R. BORSARI, *Il nuovo reato di falso in attestazioni e relazioni del professionista nell'ambito delle soluzioni concordate delle crisi d'impresa. Una primissima lettura*, cit., 19; F. MUCCIARELLI, *Il ruolo dell'attestatore e la nuova fattispecie penale di falso in attestazioni e relazioni*, cit., 2 e ss.; G. VERNA, *La relazione professionale che accompagna il piano di concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2008, 240.

⁹ Corte di Cassazione, sez. I, 14.2.2011, n. 3586, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, n. 2, 240; Corte di Cassazione, sez. I, 25.10.2010, n. 21860.

risultanti dalla contabilità, ma, al contrario, comporta che il professionista accerti e attesti che i dati in questione siano “effettivamente reali” ((cfr. in tal senso Tribunale Firenze, 9.2.2012, in Redazione Giuffrè, 2012; nonché Tribunale Mantova, 28.5.2012, in www.ilcaso.it, doc. 7257/2012, secondo cui “Il giudizio dell’attestatore di cui all’articolo 161, legge fallimentare non può limitarsi alla dichiarazione di conformità della proposta ai dati contabili, dovendo, invece, desumere i dati in questione dalla realtà dell’azienda, che egli deve indagare verificando la reale consistenza del patrimoni, esaminando e vagliando i dati che lo compongono...”).

Infatti, secondo la interpretazione consolidata, il concetto di “veridicità” deve essere ricondotto a quello di “rappresentazione veritiera e corretta” ex art. 2423 c.c., e, quindi, deve essere inteso in termini di “corrispondenza al vero”.

In questa prospettiva, il professionista è tenuto a esaminare e verificare i singoli elementi contabili ed extracontabili su cui il piano si fonda, vale a dire tutti i dati di natura contabile, aziendalistica e giuridica rilevanti ai fini dell’attuabilità del piano.

Particolare attenzione, l’attestatore deve prestare agli elementi di maggiore importanza in termini quantitativi (ad esempio, crediti rilevanti), alle componenti del capitale circolante che generano flussi di cassa (ad esempio, scorte, crediti, debiti, ecc.), agli elementi con profili di rischio elevato ai fini dell’attestazione (ad esempio, avviamenti di assets da dismettere, Fondi di rischio e oneri).

La tipologia del controllo del professionista non può prescindere dalle caratteristiche del piano. Così, ad esempio, in un piano di tipo liquidatorio, il professionista dovrà accertare e attestare l’appartenenza al debitore dei beni immobili e degli altri cespiti e la libera disponibilità degli stessi, la effettiva esistenza e la corretta valutazione dei crediti commerciali, la effettiva presenza di giacenze di magazzino e la concreta possibilità di collocazione sul mercato.

Al fine di effettuare l’attestazione della veridicità dei dati, il professionista deve verificare la reale consistenza del patrimonio dell’azienda, esaminando e vagliando gli elementi che lo compongono. Egli deve, quindi, accertare che i beni materiali ed

immateriale esposti in domanda (diritti di esclusiva, brevetti, giacenze di magazzino, macchinario, beni immobili, eccetera) siano esistenti e correttamente valorizzati, anche prendendone visione diretta o, in caso di dubbio, richiedendo apposite stime (senza che ciò non lo esima da una valutazione critica della stima); deve accertare che i crediti vantati siano esistenti e “concretamente esigibili”, in quanto relativi a debitori solvibili, effettuando le opportune verifiche (circolarizzazione del credito, esame della situazione patrimoniale del debitore, ecc.); deve accertare il valore delle partecipazioni societarie calandosi nella realtà della società partecipata. Il tutto con “criterio di prudenza” ovvero assumendo, nel dubbio, le attività esposte al valore più basso.

Quanto alle passività, egli deve verificare che quelle esposte siano (quantomeno) quelle risultanti dalla contabilità e dagli altri documenti aziendali (non solo dal bilancio), nonché dalle informazioni che egli possa assumere presso clienti, banche e fornitori; che il debitore abbia tenuto conto, nella proposta, della natura dei crediti vantati nei suoi confronti (privilegiati o chirografari), indagando la condizione del creditore e la causa del credito; che il debitore abbia palesato l'esistenza di diritti reali di garanzia esistenti sui suoi beni; che abbia tenuto conto delle passività potenziali connesse agli obblighi contributivi o fiscali, ovvero la posizione di garanzia assunta rispetto ai lavoratori; che abbia adeguatamente considerato i rischi connessi ai contenziosi pendenti o prevedibili; che abbia risolto (o programmato di risolvere) secondo legge e contratto i rapporti giuridici pendenti. Anche in questo caso, dovrà seguire criteri di prudenza assumendo, nel dubbio, al valore più alto le passività accertate ...

Alla luce di quanto prospettato, il professionista non poteva, dunque, esimersi da una preliminare verifica in ordine alla veridicità dei dati e alla correttezza delle appostazioni contabili, essendo tale attività propedeutica e strumentale alla successiva prognosi di fattibilità del piano.

... La domanda di concordato, infatti, non può ritenersi neppure fattibile e, alla luce dei motivi innanzi esposti, risulta chiaramente inammissibile, ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 161 e 162 l.f..

... Alla luce dei gravi comportamenti innanzi evidenziati, va disposta altresì la trasmissione degli atti al sig. Procuratore della Repubblica – sede –, perché valuti la proponibilità dell'azione penale in relazione alla fattispecie delittuosa prevista e punita dall'art 236 bis l.f. nei confronti del professionista attestatore”.

1.2. L'elemento psicologico

Sotto il profilo dell'elemento psicologico, il delitto di falso in attestazioni o relazioni ex art. 236 bis l.f. è punibile a titolo di dolo generico nella fattispecie base prevista dal comma 1, e specifico nella ipotesi aggravata prevista dal comma 2 della norma citata.

Il dolo generico deve investire tutti gli elementi della fattispecie di reato di cui all'art. 236 bis l.f. e consiste, quindi, nella consapevolezza della falsità delle informazioni esposte e/o della omissione di informazioni, nonché della rilevanza di tali informazioni, e nella volontà di esporre informazioni false e/o di omettere di riferire informazioni rilevanti.

Affinché sussista il dolo specifico richiesto dal comma 2 dell'art. 236 bis l.f. con riguardo alla ipotesi aggravata del reato in esame sono necessarie, altresì, la consapevolezza e volontà di conseguire un ingiusto profitto per sé o per altri.

Sul piano dell'elemento psichico del reato ex art. 236 bis l.f. va tenuto conto che, secondo il pacifico orientamento della giurisprudenza di legittimità¹⁰ in materia di falsità in atti, nonché della dottrina¹¹, il dolo non può ritenersi implicito nella materialità del fatto, vale a dire in *re ipsa* e, quindi, va rigorosamente provato. L'accertamento dell'elemento psichico doloso è particolarmente complesso e delicato, soprattutto nella ipotesi di omissione di informazioni, in cui non è agevole distinguere

¹⁰ Cassazione pen., sez. V, 3.6.2010, in CED, 2010.

¹¹ R. BORSARI, *Il nuovo reato di falso in attestazioni e relazioni del professionista nell'ambito delle soluzioni concordate delle crisi d'impresa. Una primissima lettura*, cit., 21.

i casi di falsità consapevole da quelli di falsità dovuta a semplice negligenza o imperizia e quindi riconducibili a mera colpa.

La valutazione rigorosa della sussistenza dell'elemento psicologico limiterebbe tuttavia di non poco il rischio, oggettivamente ampio e concretamente esistente, di incorrere nel reato, posto che da una parte non è detto che all'attestatore siano fornite tutte le informazioni (essendo invece probabile il contrario) e dall'altra parte bilancerebbe il concetto "eccessivamente soggettivo" di rilevanza dell'informazione.

Pertanto in concreto nel tentativo di ricondurre ad unità il *modus procedendi* dell'attestatore, si potrebbe ipotizzare che la relazione sia sempre accompagnata "*da una descrizione analitica dei documenti esaminati e delle informazioni ricevute dall'imprenditore*", con relativa sottoscrizione accertativa del debitore, potendo tale condotta essere ritenuta sufficiente a scriminare il reato.

1.3. *La pena.*

La pena per il reato di falso in attestazioni o relazioni ex art. 236 *bis* l.f. è particolarmente severa, essendo prevista la reclusione da due a cinque anni congiuntamente alla multa da € 50.000 a € 100.000.

Si tratta, quindi, di sanzioni concorrenti, e non alternative.

La pena è aumentata per la ipotesi aggravata prevista dal comma 2 dell'art. 236 *bis* l.f., e per la ulteriore ipotesi aggravata prevista dal comma 3 è aumentata fino alla metà.

I limiti di pena consentono l'applicazione, ai sensi degli artt. 273 e 274 c.p.p., della misura cautelare custodiale in carcere, naturalmente ove ricorrano i gravi indizi di colpevolezza e le esigenze cautelari.

1.4. *Le circostanze aggravanti.*

Come accennato, l'art. 236 *bis* prevede due circostanze aggravanti.

La prima, disciplinata al comma 2, consiste nell'aver agito al fine di conseguire, per sé o per altri, un ingiusto profitto, e, quindi, richiede il dolo specifico.

Si tratta di una circostanza aggravante che, sul piano pratico, sembra di automatica applicazione, considerato che un falso non è mai fine a se stesso atteso e che il profitto perseguito può essere anche di terzi estranei all'agente¹².

La norma non indica la misura dell'aumento di pena applicabile, per cui si tratta di circostanza aggravante speciale a effetto ordinario.

Pertanto, ai sensi e per gli effetti dell'art. 64 c.p., l'aumento della pena base può arrivare fino a un terzo.

La seconda aggravante, a effetto speciale, con un aumento di pena sino alla metà, è prevista dal comma 3 dell'art. 236 *bis* l.f., per il caso in cui dal fatto sia derivato un danno ai creditori.

La dottrina¹³ ha evidenziato che il danno a cui fa riferimento la circostanza aggravante ex art. 236 *bis*, comma 3, l.f. è senz'altro quello patrimoniale, derivante dalla perdita, sia pure parziale, delle ragioni del proprio credito.

2. La responsabilità civile dell'attestatore.

La delicatezza e la complessità del compito del professionista attestatore espongono quest'ultimo anche a responsabilità civile.

In base ai principi generali dell'ordinamento giuridico è configurabile la responsabilità civile dell'attestatore nei confronti sia dell'imprenditore - debitore, sia dei creditori o di qualsiasi altro soggetto interessato.

¹² Sul punto, R. BORSARI, *Il nuovo reato di falso in attestazioni e relazioni del professionista nell'ambito delle soluzioni concordate delle crisi d'impresa. Una primissima lettura*, cit., 22; F. MUCCIARELLI, *Il ruolo dell'attestatore e la nuova fattispecie penale di falso in attestazioni e relazioni*, cit., 5.

¹³ R. BORSARI, *Il nuovo reato di falso in attestazioni e relazioni del professionista nell'ambito delle soluzioni concordate delle crisi d'impresa. Una primissima lettura*, cit., 22; F. MUCCIARELLI, *Il ruolo dell'attestatore e la nuova fattispecie penale di falso in attestazioni e relazioni*, cit., 5.

E' opinione diffusa della dottrina che il professionista, qualora attesti il falso in ordine alla veridicità dei dati, possa incorrere in responsabilità civile per i danni arrecati sia al debitore ricorrente che ai creditori¹⁴.

La responsabilità civile nei confronti dell'imprenditore è di tipo contrattuale, in ragione del vincolo negoziale, vale a dire del contratto di opera professionale, tra imprenditore e attestatore, derivante dal conferimento, da parte del primo in favore del secondo, dell'incarico professionale (cd. mandato professionale) ed è commisurata alla diligenza professionale.

Affinché sia configurabile la responsabilità dell'attestatore nei confronti dell'imprenditore è necessario che la condotta del professionista sia stata negligente, ovvero che l'attestatore non abbia usato, nello svolgimento dell'incarico, la diligenza professionale richiesta dall'art. 1176, comma 2, c.c., secondo cui *“nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata”*.

La dottrina¹⁵ ritiene applicabile alla materia della responsabilità civile dell'attestatore la disposizione di cui all'art. 2236 c.c., che delimita la responsabilità professionale al dolo e alla colpa grave nella sola ipotesi in cui la prestazione implichi la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà.

¹⁴ Così BOZZA Giuseppe, *La proposta di concordato preventivo, la formazione delle classi e le maggioranze richieste dalla nuova disciplina*, in *Il Fall.* 10/2005, 1213; D'AMORA Salvatore, in *Note esegetiche sul nuovo concordato preventivo e le procedure di ristrutturazione dei debiti*, consultabile su www.ipsoa.it/fallimento, 6. La responsabilità civile per illecito ex art. 2403 c.c. è sostenuta da G. Alessi, *Il nuovo concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2005, I, 1131.

¹⁵ G. Lo Cascio, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali. Appendice di aggiornamento al d.lgs. 12.9.2007, n. 169*, Milano, 2008, 285; D. Galletti, *Commento all'art. 160 l.f. in Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da A. Jorio, Bologna, 2007, 2331; S. Ambrosini, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, Padova, 2008, 70-71.

Quanto alla responsabilità del professionista attestatore nei confronti dei creditori o di terzi danneggiati, una parte della dottrina¹⁶ ritiene che si tratti di responsabilità contrattuale in senso lato, in quanto derivante dalla violazione di un obbligo di protezione che il professionista, in virtù del suo ruolo, ha *ex lege* nei confronti di tutti i soggetti direttamente coinvolti.

Si tratta di responsabilità verso i singoli creditori che sono stati lesi dalle dichiarazioni infedeli del professionista. Nello specifico, per i creditori anteriori alla predisposizione del piano, si tratta di lesione del loro interesse alla conservazione del patrimonio del debitore che verrebbe compromessa dal concorso di altri creditori a causa del ritardo nella dichiarazione di fallimento; per i creditori successivi alla predisposizione del piano, si tratta di lesione della libertà contrattuale, in quanto sono stati indotti dalle false dichiarazioni ad assumere, erroneamente, decisioni favorevoli al piano di concordato.

Irrisolto appare il problema di stabilire se, in caso di successivo fallimento, possa ravvisarsi una responsabilità dell'esperto nei confronti della massa dei creditori e se, di conseguenza, il curatore sia legittimato a proporre azione risarcitoria a suo danno¹⁷. In questo caso, l'azione risarcitoria produrrebbe anche l'effetto di ricostruire l'attivo fallimentare, quale avrebbe dovuto essere, senza le falsi attestazioni rese per favorire il debitore, includendo quanto

¹⁶ A. PATTI, *I diritti dei creditori nel nuovo concordato preventivo*, in *La tutela dei diritti nella riforma fallimentare. Scritti in onore di G. Lo Cascio*, a cura di M. Fabiani e A. Patti, Milano, 2006, 280.

¹⁷ Bruno CENATI, in merito alle responsabilità dell'esperto/professionista, sostiene nella relazione predisposta per il convegno Synergia del 21/10/2005, presente nel sito internet www.tribunale.milano.it/documenti/documentazione/Studi_giuridici/relazioniCenati_esperti.pdf, che una eventuale responsabilità del professionista nei confronti della massa, con conseguente azione di risarcimento esercitata dal curatore nei suoi confronti, presuppone, innanzitutto, il riconoscimento di un nesso di causalità tra le carenze o falsità della relazione e le perdite realizzate a seguito dell'esecuzione del piano e, poi, l'accertamento di eventuali corresponsabilità del professionista, in concorso con quelle degli organi della società, a causa della ritardata dichiarazione di fallimento.

ricavabile mediante l'attivazione delle azioni revocatorie, altrimenti perdute in caso di ritardata dichiarazione del fallimento.

Nell'attestazione della fattibilità del piano, il *professionista attestatore*, deve, dunque, prestare molta attenzione a valutare i rischi derivanti dall'attuazione degli atti previsti dal piano del concordato (con specifico riferimento all'ipotesi della continuità aziendale ex art. 186 *bis* l.f.) soprattutto di quelli derivanti da obbligazioni, contratte dall'imprenditore ricorrente al fine di superare la crisi, ma, in realtà, a condizioni svantaggiose e, sicuramente, peggiorative della garanzia patrimoniale dei creditori.

Una sottovalutazione di tali rischi, qualora il piano del ricorrente non giunga ad esiti positivi in fase di esecuzione, potrebbe portare alla considerazione dell'ipotesi di una corresponsabilità del professionista, nel tentativo del debitore di ritardare la dichiarazione di fallimento e di distrarre beni dal proprio patrimonio, aggravando, di conseguenza, il dissesto aziendale e compromettendo il diritto dei creditori al soddisfacimento dei propri crediti.

Le responsabilità sopra menzionate vengono meno, totalmente o parzialmente, qualora il professionista incaricato dell'attestazione richiesta sia indotto in errore dall'atteggiamento ingannevole assunto dal debitore che, in maniera fraudolenta, potrebbe aver nascosto passività o aver esposto attività inesistenti utilizzando falsa documentazione.

Ad evitare il coinvolgimento in situazioni del genere e poter tutelare il proprio operato da successive accuse di corresponsabilità nella falsa testimonianza, vengono suggeriti al professionista accorgimenti tecnico-operativi¹⁸, tra cui, ad esempio, la redazione di verbali riassuntivi degli interventi effettuati, in cui

¹⁸ Suggerimenti in tal senso sono espresse da Riccardo BONIVENTO, in *Le relazioni del professionista nelle soluzioni concordate e stragiudiziali della crisi*, relazione tenuta in

menzionare dettagliatamente la documentazione effettivamente ricevuta, quella verificata e l'attività di controllo svolta, da far sottoscrivere al debitore ricorrente o all'organo amministrativo in caso di società, oppure il rilascio di dichiarazioni, a firma dei responsabili in questione, in cui si attesti di non aver nascosto fatti idonei ad alterare l'attendibilità dell'informazione fornita ai terzi.