

Il nuovo reato di “Falso in attestazioni e relazioni”

(art. 236 bis L.F.)

- RIFERIMENTI NORMATIVI E PROFILO DEL SOGGETTO

ATTIVO

La norma in esame punisce – con la reclusione da due a cinque anni e con la multa da 50.000 a 100.000 euro – il professionista che nelle relazioni o attestazioni di cui agli artt. 67, terzo comma, lettera d), 161, terzo comma, 182 bis, 182 quinquies e 186 bis L.F. espone informazioni false ovvero omette di riferire informazioni rilevanti.

La fattispecie appena descritta è stata introdotta dall’art. 33 del recente “Decreto Sviluppo” (d.l. n. 83/2012) - convertito, con modificazioni, nella l. n. 134/2012 - con il quale è stata, quindi, attribuita per la prima volta specifica rilevanza penale all’opera del professionista chiamato a rilasciare le attestazioni richieste dalla normativa nell’ambito del concordato preventivo, degli accordi di ristrutturazione dei debiti nonché dei piani di risanamento.

In particolare, per quanto riguarda specificamente la procedura del concordato preventivo, ciò che viene in rilievo ai fini della possibile integrazione del reato di cui all’art. 236 bis L.F. è la relazione, redatta da un professionista designato dal debitore, che – ai sensi dell’art. 161, comma terzo, L.F. (anch’esso modificato dal d.l. n. 83/2012) – deve accompagnare il ricorso presentato dal debitore stesso per l’ammissione al concordato preventivo e che deve attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano di adempimento della proposta. Non si tratta, peraltro, di

un'attività ignota al nostro sistema dal momento che, da un lato, già gli artt. 19, secondo comma, e 20, secondo e terzo comma, della l. n. 3/2012 avevano introdotto la figura del professionista deputato ad attestare la validità della proposta del piano di ristrutturazione dei debiti del soggetto inadempiente per "sovraindebitamento" e, dall'altro lato, anche la previgente versione dell'art. 161, comma terzo, L.F. prevedeva la redazione – da parte di un esperto – di una relazione sulla veridicità dei dati aziendali e sulla fattibilità del piano concordatario analoga a quella oggi rilevante anche penalmente ex art. 236 bis L.F.

Per quanto riguarda più specificamente la fattispecie incriminatrice in esame occorre, allora, innanzitutto osservare che la lettura della norma medesima, in combinato disposto con gli artt. 67, comma terzo, lett. d) e 161, comma terzo, L.F., consente di affermare che il "professionista" di cui all'art. 236 bis è in primo luogo un consulente privato, dal momento che il suo incarico deve necessariamente derivare – per espressa previsione del legislatore - dalla designazione da parte del debitore, pur non essendo richiesti a tal fine specifici requisiti formali, al di là del fatto che la nomina venga comunque resa nota all'interno della procedura concorsuale a cui si riferisce.

In secondo luogo, in forza dell'espresso richiamo all'art. 67, terzo comma, lett. d) L.F. (così come modificato dal d.l. n. 83/2012) che è contenuto nell'art. 161, terzo comma, il professionista – soggetto attivo del reato di cui al nuovo art. 236 bis L.F., oltre che essere iscritto nel registro dei revisori legali, deve essere, altresì, in possesso dei requisiti di cui all'art. 28, lett. a) e b) L.F., dovendo, pertanto, essere in possesso di titolo per esercitare la

professione di avvocato, dottore commercialista, ragioniere o ragioniere commercialista, oppure appartenere a studi professionali associati o società tra professionisti, sempre che i soci delle stesse abbiano i sopra richiamati requisiti professionali.

Il professionista, sempre in virtù dell'espressa previsione dell'art. 67, terzo comma, lett. d) L.F., deve, inoltre, soddisfare il requisito dell'indipendenza, che ricorre quando il professionista stesso "non è legato all'impresa e a coloro che hanno interesse all'operazione di risanamento da rapporti di natura personale o professionale tali da comprometterne l'indipendenza di giudizio". Ed è appena il caso di segnalare, a quest'ultimo riguardo, che, pur non essendo penalmente sanzionata l'eventuale violazione del requisito di indipendenza, è evidente che la carenza di indipendenza potrebbe comunque assumere una certa rilevanza nella valutazione della penale responsabilità del professionista – ai sensi dell'art. 236 bis L.F. - per la relazione predisposta su incarico del debitore.

D'altra parte, era stato proprio questo profilo di indipendenza, nonché di garanzia verso i terzi destinatari della relazione, a far ritenere in passato – pur nel contrario orientamento da parte della dottrina e della giurisprudenza prevalenti - che il professionista designato ai sensi dell'art. 161, terzo comma, L.F. assumesse in tal modo la qualifica di pubblico ufficiale, con rilevanti conseguenze sul piano penalistico in caso di relazione non veritiera, a partire dalla possibile configurabilità innanzitutto del reato di falso ideologico di cui all'art. 479 c.p.

In tale ultima prospettiva il nuovo art. 236 bis L.F. pare, quindi, aver risolto ogni precedente dubbio interpretativo, dal momento che la nuova fattispecie

incriminatrice prescinde dalla qualifica di pubblico ufficiale e descrive specificamente le condotte penalmente rilevanti del professionista, con ciò delineando indiscutibilmente un'ipotesi di reato proprio e prevalendo necessariamente – stante l'evidente natura di norma speciale – sull'eventuale concorrenza di altre fattispecie penali aventi ad oggetto infedeli attestazioni o stime sul patrimonio societario.

– LE “RELAZIONI O ATTESTAZIONI” DEL PROFESSIONISTA RILEVANTI AI SENSI DELL’ART. 236 BIS L.F.

Affinché possa ritenersi integrato – quantomeno da un punto di vista oggettivo – il reato in esame, la condotta decritta dalla norma incriminatrice deve essere realizzata dal professionista necessariamente nell'ambito di una delle relazioni o attestazioni specificamente richiamate nella norma stessa, e segnatamente:

- l'attestazione del piano di risanamento destinato ad escludere dall'azione revocatoria gli atti, i pagamenti e le garanzie concesse sui beni del debitore in esecuzione del piano stesso (art. 67, comma terzo, lett. d) L.F.);
- la relazione che deve accompagnare la domanda del debitore per l'ammissione alla procedura del concordato preventivo (art. 161, comma terzo, L.F.);
- la relazione che deve accompagnare la domanda dell'imprenditore per l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti (art. 182 bis L.F.);

- l'attestazione prevista per l'istanza del debitore di essere autorizzato a contrarre finanziamenti, nell'ambito di una procedura di concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione dei debiti (art. 182 quinquies L.F.);
- la relazione del professionista richiesta nelle ipotesi in cui il piano di concordato preventivo preveda la prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore, la cessione dell'azienda in esercizio ovvero il conferimento dell'azienda in esercizio in una o più società (art. 186 bis L.F.).

Da un punto di vista funzionale, le fattispecie appena richiamate si caratterizzano indubbiamente per la comune finalità di consentire un affidamento tecnico-professionale sulla proposta avanzata dal debitore in difficoltà, anche se paiono ciononostante individuabili alcune differenze circa lo specifico oggetto delle singole relazioni o attestazioni.

Art. 67, comma terzo, lett. d) L.F.:

La norma, così come modificata dall'art. 33 del d.l. n. 83/2012, richiede espressamente che l'attestazione del professionista debba avere ad oggetto la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano di risanamento presentato dal debitore.

Sotto il primo dei due profili da ultimo delineati, pare, allora, potersi ritenere che l'attestazione richiesta al professionista debba articolarsi, da un lato, nell'analisi storica dei dati e nella contestualizzazione delle dinamiche aziendali, e, dall'altro lato, nella definizione di uno scenario predittivo coerente e razionale con le condizioni di operatività interna ed esterna

dell'impresa. Ed in tale prospettiva pare potersi ritenere applicabile anche al caso di specie l'art. 2501 sexies, comma quinto, c.c., nella parte in cui esso prevede che l'esperto abbia il potere-dovere di richiedere ed ottenere dall'imprenditore tutte le informazioni utili.

Per quanto riguarda, invece, la fattibilità del piano, essa consiste essenzialmente nella valutazione della correttezza – secondo i principi di economia aziendale – degli interventi gestionali contenuti nel piano stesso, nonché della coerenza degli obiettivi indicati rispetto agli interventi programmati.

In ogni caso, anche nella prospettiva della valutazione dei possibili riflessi penalistici dell'attestazione, pare doversi evidenziare come l'attività richiesta al professionista debba essere comunque circoscritta ad un'attestazione di ragionevolezza del piano di risanamento, mentre la concreta predisposizione di quest'ultimo risulta rimessa in via esclusiva all'imprenditore.

Art. 161, comma terzo, L.F.:

Analogamente a quanto appena visto in tema di esclusione dall'azione revocatoria, anche la relazione che l'art. 161, terzo comma, L.F. demanda al professionista deve attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano presentato dal debitore con la domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo.

Sotto il primo profilo occorre, in particolare, segnalare che la giurisprudenza è concorde nell'affermare che l'esposizione dei dati aziendali può essere ritenuta integrante il requisito della veridicità se essa risulta idonea “a rappresentare l'effettiva situazione patrimoniale economica e finanziaria

della società”, ed in tale prospettiva pare, quindi, doversi ritenere che l’attività del professionista non possa esaurirsi in un semplice accertamento della corrispondenza formale dei dati contabili con quelli riportati nel ricorso per l’ammissione al concordato, ma debba estendersi anche ad una serie di controlli e verifiche (eventualmente a campione) finalizzate ad attestare la reale consistenza del patrimonio dell’azienda e, per tale via, l’affidabilità della richiamata documentazione contabile.

Anche nella prospettiva dell’esonero da ogni possibile profilo di responsabilità penale pare, allora, potersi ritenere utile che il professionista, già sotto un profilo metodologico, rediga la propria relazione in modo che sia ricostruibile l’iter logico delle sue valutazioni e che risultino i riscontri effettuati e la documentazione esaminata.

Per quanto riguarda, invece, l’attestazione della fattibilità del piano, essa deve avere ad oggetto la sostenibilità e la coerenza complessiva del piano stesso rispetto alla proposta formulata dal debitore, nel senso che il piano deve apparire realizzabile sulla base delle risorse presenti nel patrimonio aziendale e di quelle che si potranno concretamente ricavare. Con specifico riferimento alla componente da ultimo descritta – così come con riferimento all’attestazione di fattibilità in tema di esclusione dell’azione revocatoria - la relazione del professionista pare, allora, non presentarsi come una rappresentazione di fatti e dati reali, ma piuttosto come un documento espressivo di una prognosi di esito positivo del piano, corredata da un’adeguata motivazione, con la conseguenza che – rispetto a questo particolare contenuto – l’attività del professionista, esprimendo sostanzialmente un giudizio piuttosto che fornendo vere e proprie

informazioni, risulta esulare – come meglio si vedrà in seguito – dall’ambito di applicabilità della nuova fattispecie penale di cui all’art. 236 bis L.F.

Art. 182 bis L.F.:

La norma prevede che una relazione redatta da un professionista debba avere ad oggetto la veridicità dei dati aziendali e l’attuabilità dell’accordo di ristrutturazione dei debiti – stipulato dal debitore con i creditori rappresentanti almeno il 60% dei crediti e del quale l’imprenditore chiede l’omologazione – con particolare riferimento all’idoneità del piano stesso ad assicurare l’integrale pagamento dei creditori estranei.

La nuova formulazione della norma, derivante dal d.l. n. 83/2012, ha sostanzialmente equiparato – anche in corrispondenza della parziale analogia individuabile tra le due fattispecie - il contenuto della relazione del professionista richiesta nell’ambito della procedura concordataria con quella oggi necessaria anche in presenza degli accordi di ristrutturazione dei debiti, con la conseguenza di potersi richiamare in questa sede le considerazioni già svolte in relazione all’art. 161, comma terzo, L.F.

Art. 182 quinquies L.F.:

La norma richiede, innanzitutto, al primo comma, che – nell’ambito di una procedura di concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione dei debiti – la richiesta del debitore di essere autorizzato a contrarre finanziamenti prededucibili debba essere accompagnata dalla relazione di un professionista che, verificato il complessivo fabbisogno dell’impresa sino all’omologazione, attesti che quei finanziamenti sono funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori.

Presupposto dell'opera del professionista appena richiamata pare essere, pertanto, la valutazione – sotto il profilo finanziario – del fabbisogno dell'impresa sino all'omologazione, in termini di risorse finanziarie necessarie all'impresa e relative modalità di copertura, in modo da poter giungere ad un giudizio di funzionalità del finanziamento alla miglior soddisfazione dei creditori. Sembra, allora, evidente che il professionista difficilmente potrà formulare – in un tale ambito – un giudizio fondato su dati certi ed inoppugnabili, con la conseguenza che tale attività a lui richiesta pare esulare – per le ragioni che meglio si vedranno in seguito - dallo specifico campo di possibile rilevanza penale ai sensi dell'art. 236 bis L.F., facendo quest'ultima norma esclusivo riferimento ad informazioni fornite od omesse dal professionista e non anche ai giudizi ed alle valutazioni tecnico-discrezionali dallo stesso formulate.

Il quarto ed il quinto comma della norma in esame prevedono, invece, che la richiesta del debitore - nell'ambito di una procedura di concordato preventivo o di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti – di essere autorizzato a pagare crediti anteriori per prestazioni di beni o servizi debba essere accompagnata dalla relazione di un professionista che attesti che tali prestazioni sono essenziali per la prosecuzione dell'attività di impresa e funzionali ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori.

Con riferimento al profilo della funzionalità da ultimo citato valgono le medesime considerazioni già svolte in relazione al primo comma della norma in esame. L'unica differenza è rappresentata dal fatto che in questo caso la valutazione del professionista deve essere preceduta dall'accertamento della sussistenza di prestazioni effettivamente

indispensabili per la prosecuzione dell'attività e difficilmente sostituibili, dal momento che solo in presenza di siffatte condizioni la norma consente una deroga alla *par condicio credito rum*.

Art. 186 bis L.F.:

La relazione del professionista – richiesta dalla norma in esame per le ipotesi in cui il piano di concordato preventivo preveda la prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore, la cessione dell'azienda in esercizio ovvero il conferimento dell'azienda in esercizio in una o più società – deve attestare che la prevista prosecuzione dell'attività d'impresa è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori.

A tale riguardo occorre, innanzitutto, mettere in evidenza che la valutazione - richiesta in questa sede al professionista – si affianca ovviamente a quella di veridicità dei dati aziendali e di fattibilità del piano che è prevista in generale per la domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo, anche se le due indagini non necessariamente debbono coincidere. Il riferimento che l'art. 186 bis L.F. opera al soddisfacimento “dei creditori” e non “dei crediti” consente, infatti, di ritenere che possa ricorrere un interesse dei creditori – o di classi di essi – alla prosecuzione dell'attività d'impresa, distinto da quello rappresentato dalla massima realizzazione del credito concordatario, anche se va detto che l'unico termine di paragone cui il professionista deve riportare la propria valutazione di convenienza della prosecuzione dell'attività non può che essere quello rappresentato dall'alternativa della liquidazione fallimentare.

In ogni caso, trattandosi di giudizio interamente prognostico, il professionista si troverà difficilmente a che fare con dati certi e

immodificabili, potendo, anzi, formulare la propria valutazione anche solamente in termini probabilistici, con la conseguenza che paiono valere in questa sede le considerazioni – già svolte con riferimento all’art. 182 quinquies L.F. – circa la problematica configurabilità di possibili profili di rilevanza penale ex art. 236 bis L.F.

- LA CONDOTTA TIPICA

Con riferimento a tutte le fattispecie appena descritte, l’art. 236 bis punisce la condotta del professionista che espone informazioni false ovvero omette di riferire informazioni rilevanti e si riferisce, quindi, non tanto all’esito della valutazione resa dal professionista nel suo complesso, bensì alle singole componenti su cui essa si basa e che sono necessarie al giudice ed ai creditori per valutare l’idoneità del piano proposto dal debitore e la possibilità che lo stesso sia o meno ammesso alla specifica procedura richiesta. Oggetto della condotta tipica sono, quindi, essenzialmente i dati aziendali esposti dal debitore, ovvero le componenti della situazione patrimoniale, finanziaria ed economica dell’impresa debitrice, mentre vi esulano certamente i meri giudizi, nonché i richiami ai criteri normativi o di scienza ragionieristica.

Individuate, in tal modo, le “informazioni” cui si riferisce l’art. 236 bis, va precisato che la relazione redatta dal professionista può, allora, assumere penale rilevanza - ai sensi della medesima norma incriminatrice – in corrispondenza, sotto il profilo commissivo, della falsità delle informazioni fornite, oppure, sotto il profilo omissivo, della rilevanza delle informazioni non riportate.

Per quanto riguarda il primo aspetto richiamato, ciò che può venire in rilievo è, in particolare, solamente un'accertata discrasia tra i dati reali e quelli illustrati nella relazione, con esclusione non soltanto di ogni indagine circa la fondatezza o meno di giudizi prognostici o ipotetici eventualmente formulati sullo sviluppo futuro della situazione, ma anche di tutti quei dati suscettibili di una valutazione rientrante nei limiti della ragionevolezza e della discrezionalità tecnica del professionista.

Per quanto concerne, invece, il descritto profilo omissivo, la "rilevanza" delle informazioni eventualmente non riportate va necessariamente valutata con riferimento all'istanza del debitore cui la relazione del professionista si accompagna, con la conseguenza che l'omissione dovrà ritenersi, ad esempio, rilevante qualora essa ricada su dati od elementi che risulterebbero ostativi all'accoglimento della soluzione concordataria, pur caratterizzandosi una siffatta indagine per la notevole difficoltà di individuare un criterio generale e per l'impossibilità di prescindere da una valutazione caso per caso.

- L'ELEMENTO SOGGETTIVO

L'art. 236 bis L.F. configura la fattispecie criminosa in esame come reato a dolo generico, dal momento che il fine di un ingiusto profitto o l'eventuale danno per i creditori sono previsti espressamente come speciali circostanze aggravanti del reato dai successivi commi secondo e terzo della medesima norma.

Ai fini della sussistenza del reato è, quindi, necessaria la conoscenza – in capo al professionista – della reale situazione patrimoniale, finanziaria ed

economica del debitore committente e la consapevolezza della infedele illustrazione della stessa (per inserimento di informazioni false o per omissione di informazioni rilevanti) nella relazione predisposta.

Il dolo – e conseguentemente la penale rilevanza della condotta – vanno, quindi, esclusi in presenza di un errore del professionista (anche se frutto di colposa negligenza o imperizia) sui dati reali, sull'interpretazione degli stessi o nella tecnica ragionieristica, ed in questo caso una chiara esposizione dei criteri di giudizio utilizzati può senz'altro rendere palese la buona fede del redattore. Nella medesima prospettiva anche l'errore determinato dall'altrui inganno risulta certamente idoneo ad escludere il dolo, anche se per la ricorrenza di una siffatta ipotesi potrebbe non essere ritenuta sufficiente una mera lettura - da parte del professionista - del dato fornito dal debitore, senza che essa sia stata accompagnata anche da un qualche cenno di valutazione circa la veridicità del dato stesso.

D'altra parte, laddove venga ritenuta sussistente un'ipotesi di errore determinato dall'altrui inganno, troverebbe in ogni caso applicazione l'art. 48 c.p., ai sensi del quale “del fatto commesso dalla persona ingannata (nel caso di specie, il professionista) risponde chi l'ha determinata a commetterlo (nell'esempio sopra proposto, il debitore)”.

Possibili conseguenze penalistiche della contestazione del reato di “falso in attestazioni e relazioni” (art. 236 bis L.F.)

- PENE ACCESSORIE:

Non disponendo espressamente a tal proposito l'art. 236 bis L.F., la disciplina applicabile è quella generale di cui agli artt. 19-20 e 28 e ss. c.p.

Pare, in particolare, poter venire in rilievo la pena accessoria dell'interdizione temporanea da una professione o da un'arte (art. 30 c.p.), che priva il condannato della capacità di esercitare, durante l'interdizione, una professione per cui è richiesto uno speciale permesso o una speciale abilitazione, autorizzazione o licenza dell'Autorità. Tale pena accessoria, ai sensi del successivo art. 31 c.p., consegue di diritto – per quanto qui interessa - ad “ogni condanna per delitti commessi (...) con l'abuso di una professione, arte, industria, o di un commercio o mestiere, o con la violazione dei doveri ad essi inerenti”.

A tale riguardo pare, peraltro, doversi segnalare che, nel caso in cui con la sentenza di condanna venisse concessa la sospensione condizionale della pena, quest'ultima si estenderebbe automaticamente – ai sensi dell'art. 166 c.p. – anche alle pene accessorie.

- MISURE CAUTELARI

Il massimo edittale della pena prevista dall'art. 236 bis L.F. è – come già visto – pari a 5 anni e, pertanto, con riferimento alla fattispecie in esame, risultano essere applicabili, almeno astrattamente ai sensi degli artt. 280 e

287 c.p.p., tutte le misure cautelari personali, sia interdittive che coercitive, compresa anche la custodia cautelare in carcere.

A quest'ultimo riguardo occorre, peraltro, segnalare fin da subito che, ai sensi dell'art. 275, comma 2 bis c.p.p., la misura della custodia cautelare in carcere –così come quella degli arresti domiciliari (v. in questo senso, ad esempio: Cass. Pen., Sez. VI, 09.01.2008 n. 18683) – non può essere disposta “se il giudice ritiene che con la sentenza possa essere concessa la sospensione condizionale della pena”, con la conseguenza che, ai fini della prima applicazione o del mantenimento di una delle due misure cautelari appena richiamate, è richiesta al giudice – oltre alla verifica delle generali condizioni di applicabilità delle misure – anche una prognosi di non concedibilità – in caso di sentenza di condanna - della sospensione condizionale della pena.

E', inoltre, evidente che, affinché possa essere applicata una misura cautelare personale – sia essa coercitiva o interdittiva – in relazione al reato di cui all'art. 236 bis L.F., occorre che sia previamente accertata la sussistenza dei presupposti previsti in generale per l'adozione delle misure cautelari, e, quindi, da un lato, il quadro di gravità indiziaria (art. 273 c.p.p.), e, dall'altro lato, la ricorrenza di una delle esigenze cautelari previste dall'art. 274 c.p.p. (pericolo di inquinamento probatorio, pericolo di fuga, pericolo di reiterazione del reato).

Per quanto in riguarda, in particolare, le misure cautelari interdittive, pare poter venire in rilievo, nell'ipotesi in esame, la misura del divieto temporaneo di esercitare determinate professioni, imprese o uffici direttivi delle persone giuridiche e delle imprese (art. 290 c.p.p.), con la quale il

giudice può interdire temporaneamente al destinatario della misura le attività inerenti alle medesime professioni, imprese o uffici direttivi.

L'ordinanza che abbia eventualmente disposto la suddetta misura può essere impugnata - dall'indagato e dal suo difensore – esclusivamente con il mezzo dell'appello di cui all'art. 310 c.p.p., ed in ogni caso la misura è comunque destinata a perdere efficacia – ai sensi dell'art. 308, comma secondo c.p.p. – quando sono decorsi due mesi dall'inizio della sua esecuzione, a meno che la misura stessa non sia stata disposta per le esigenze probatorie di cui all'art. 274, lett. a) c.p.p., nel qual caso il giudice può disporre la rinnovazione anche oltre il termine sopra indicato.