

**LA FATTISPECIE INCRIMINATRICE DI CUI AL NUOVO ARTICOLO
236-BIS DELLA LEGGE FALL.; LA RESPONSABILITÀ PENALE
DELL'ATTESTATORE¹**

DI PAOLO GIOVANNI DEMARCHI ALBENGO

Sommario: Introduzione – 1. Il soggetto attivo - 2. L'interesse protetto – 3. Gli elementi del reato e l'informazione - 4. La connotazione del reato nelle singole procedure. 4.1. I piani attestati di risanamento. 4.2. Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti. 4.3. Finanziamenti prededucibili e continuità aziendale. - 5. La pena. – 6. Le aggravanti. - 7. Entrata in vigore.

Introduzione

La lunga stagione di riforma del diritto fallimentare si può dire caratterizzata da un obiettivo di fondo: spostare quanto più possibile i controlli di merito dal tribunale ai creditori.

Quale che sia il motivo di questa scelta, è certo che oggi le procedure volte alla ricerca di una soluzione della crisi d'impresa alternativa al fallimento sono caratterizzate da un ruolo ridotto degli organi giurisdizionali e da un notevole potere dispositivo dei creditori.

Il ridimensionamento dei poteri di controllo del tribunale non è stato, però, controbilanciato dalla predisposizione di apposite sanzioni contro l'attestatore infedele.

Si consideri che, pur non essendo quello del tribunale un mero controllo di tipo notarile, purtuttavia la decisione definitiva sulla proposta (intesa come prognosi di adempimento) compete ai soli creditori; e se è vero che nel corso della procedura è prevista una

¹ Il presente commento è destinato ad essere inserito nell'opera "La riforma della legge fallimentare nella L. 134/2012. Profili concorsuali, societari e fiscali", a cura di S. Ambrosini, in corso di pubblicazione per i tipi di Zanichelli.

relazione di natura pubblicistica, essendo il commissario giudiziale pacificamente pubblico ufficiale, non è men vero che tale relazione interviene solo in un secondo momento e che alcune delle procedure alle quali si applica l'art. 236-bis non contemplano la nomina del commissario (ad esempio i piani attestati di cui all'articolo 67), per cui è fondamentale garantire fin da subito la veridicità dei dati contenuti nella relazione.

La moltiplicazione delle procedure di gestione negoziale delle crisi di impresa, e quindi il peso sempre più rilevante degli attestatori, ha fatto sentire sempre più la mancanza di una tutela penale, con funzione deterrente più che sanzionatoria, a salvaguardia della corretta esplicazione delle procedure di composizione della crisi.

L'intervento penale si è comunque reso necessario in seguito alla adozione di analoghe misure in seno alla nuova legge sull'insolvenza civile, posto che era evidente, a questo punto, il disequilibrio che si veniva a creare tra due situazioni molto simili. Nella relazione illustrativa al decreto legge 83/2012 si è opportunamente sottolineato che il nuovo art. 236-bis della legge fallimentare si imponeva per evitare asimmetrie irragionevoli, in un'ottica costituzionale, rispetto alla rilevanza penale della condotta dell'organismo di composizione della crisi da sovraindebitamento del debitore non fallibile.

Un presidio penale a garanzia della corretta esplicazione del ruolo dell'attestatore non poteva essere rinvenuto nell'articolo 236, trattandosi pacificamente di reato proprio dell'imprenditore e con un minor ventaglio di applicazioni (sia perché riferibile solo al concordato preventivo, sia perché non esteso ad ogni ipotesi di false dichiarazioni).

1. Il soggetto attivo

La norma punisce il professionista che nelle relazioni o attestazioni di cui agli articoli 67, terzo comma, lettera d), 161, terzo comma, 182-bis, 182-quinquies e 186-bis espone informazioni false ovvero omette di riferire informazioni rilevanti; come si è accennato al paragrafo precedente, trattasi di reato proprio, che può essere

commesso solo dal professionista, anche se non si può escludere la possibilità di un concorso esterno.

Peraltro, trattandosi di reato di condotta che si esaurisce in un atto (nell'attestazione), non è facile che vi possano concorrere altri soggetti (se non, forse, nella fase preparatoria del reato). Si può dare, però, il caso che il reato sia commesso direttamente da soggetto non rientrante nelle categorie professionali autorizzate all'attestazione; ad esempio assumendo fittiziamente una qualifica non posseduta, ovvero predisponendo l'attestazione ed apponendovi falsamente la sottoscrizione di un ignaro professionista. In questi casi vi è svolgimento in fatto della funzione tipica; facendo riferimento a quella giurisprudenza di legittimità che attribuisce rilievo determinante alle funzioni di fatto, possiamo affermare che chiunque si inserisca nello sviluppo causale dell'azione, simulando una qualifica che non possiede, sarà comunque destinatario diretto della sanzione penale.

2. L'interesse protetto

Il nucleo della norma in oggetto, che connota la condotta tipica, è costituito dalla esposizione di informazioni false ovvero dalla omissione di informazioni rilevanti, e ciò nell'ambito di un evidente obbligo di completezza informativa che incombe sul professionista chiamato a attestare la veridicità dei dati e a formulare una prognosi di fattibilità del piano presentato dal debitore.

L'interesse protetto dalla norma sembra, dunque, essere quello dei creditori ad una corretta informazione, al fine di consentire loro di esprimere consapevolmente il proprio voto in ordine all'approvazione del piano proposto dal debitore; non si deve tuttavia dimenticare che il terzo comma dell'articolo 236-bis prevede un'aggravante nel caso di verifica di un danno per i creditori, il che significa che il reato base sussiste anche in mancanza di lesione diretta di questi ultimi. Ne consegue che la norma individua un reato di pericolo, in cui il verificarsi dell'evento di danno costituisce un'aggravante; l'interesse principale protetto dalla norma deve pertanto individuarsi nella tutela dei creditori ed è sufficiente che i loro diritti siano messi in pericolo – attraverso

un'informazione non corretta - per fare scattare la sanzione penale. Ove il pericolo si tramuti in danno effettivo, sarà applicabile anche l'aggravante speciale di cui al terzo comma.

Non sembrano tuttavia sformite di fondamento le affermazioni di parte della dottrina secondo cui il bene giuridico oggetto di tutela si identifica (anche, diciamo noi) con l'affidamento di cui devono godere le relazioni ed attestazioni in relazione al loro contenuto ed in funzione del certo e sollecito svolgimento delle procedure paraconcorsuali cui le stesse accedono.

3. Gli elementi del reato e l'informazione.

La norma punisce colui che espone informazioni false ovvero omette di riferire informazioni rilevanti; il reato può dunque assumere una doppia faccia, a seconda che la condotta del professionista assuma una connotazione positiva (alterando la realtà mediante inserimento di informazioni non veridiche), ovvero di tipo omissivo (con il mancato inserimento di informazioni rilevanti).

Si tratta, peraltro, di due facce della stessa medaglia; se consideriamo il singolo elemento, allora è diverso esporre un dato falso rispetto alla mancata contemplazione di un dato vero. Ma se si considera la relazione nel suo complesso, allora l'effetto non cambia: non esporre un dato esistente e rilevante configura, infatti, sempre una falsa rappresentazione della realtà, giacchè il risultato complessivo della relazione ne risulterà inquinato. D'altronde, è noto che il falso può essere sia commissivo (affermo l'esistenza di un dato che non esiste o che è in realtà difforme) che di tipo omissivo (non affermo l'esistenza di un dato che invece dovrei riportare, falsando la rappresentazione complessiva dello status quo).

Pertanto, se si valuta il risultato finale della relazione ci si trova comunque di fronte all'esternazione di una informazione falsa.

Ma cosa deve intendersi per informazione? È tale solo quella che si riferisce a dati oggettivi oppure anche i giudizi di tipo valutativo costituiscono oggetto di tutela da parte della norma penale?

La questione assume rilevanza non solo con riferimento alla ineludibile dicotomia veridicità dei dati/fattibilità del piano, ma anche in relazione al fatto che alcuni dati contabili presuppongono l'espressione di giudizi critici (ad esempio il grado di esigibilità dei crediti aziendali). Sotto tale profilo ci si limita in questa sede ad osservare che una interpretazione troppo rigorosa della norma potrebbe comportare esiti contrari rispetto alle finalità perseguite dal legislatore; si deve considerare, infatti, che l'attestatore che interviene in una situazione di crisi aziendale normalmente trova una contabilità imperfetta ed ha a sua disposizione un tempo molto limitato per gli accertamenti del caso. Ciò è già sufficiente per determinare l'allontanamento da questa attività di molti professionisti, ma se si ritiene che l'attestatore risponda anche della correttezza della prognosi (che in questi casi è inevitabilmente incerta), allora c'è il rischio che siano solo i professionisti più spregiudicati ad eseguire le attestazioni in vista della soluzione negoziale delle crisi. La norma penale, dunque, deve trovare un punto di equilibrio - in questo caso nell'interpretazione che di essa viene fatta - tra esigenze di repressione di condotte antiggiuridiche e salvaguardia di un'attività professionale non priva di rischi; trattandosi di reato doloso, sarà presumibilmente sotto il profilo soggettivo che si giocherà la partita della ragionevolezza della norma incriminatrice.

Venendo ai casi concreti che si possono verificare, si può convenire sul fatto che l'esposizione di informazioni false presuppone normalmente un'indagine sulla reale situazione aziendale, giacché non si può consapevolmente esporre il falso se non si conosce il vero; si potrebbe dire, allora, che un soggetto che espone dati a caso, senza alcuna verifica contabile, non può aver coscienza di commettere un falso, perché per quanto ne sa i dati potrebbero anche corrispondere al vero. Ebbene, tale soluzione non appare percorribile, posto che le probabilità che l'esposizione di dati casuali trovi corrispondenza nella realtà è remota, confinabile in percentuali da lotteria.

Il vero problema, peraltro, è quello del soggetto che esegue l'attestazione sottoscrivendo una relazione già predisposta da altri (magari dal consulente dell'impresa), senza compiere alcuna verifica. Si tratta di un caso tutt'altro che ipotetico, dal momento che imprenditori senza scrupoli potrebbero comportare lo sviluppo di una professionalità criminale di *blind certifier*. In questo caso, si

può dire che il reato sia supportato dal necessario elemento soggettivo? Posto che il reato di cui all'art. 236-bis è doloso e quindi richiede la consapevolezza e la volontà di affermare il falso, può dirsi che ciò accada con riferimento ad una omissione di controllo oppure, in questo caso, ci si trova piuttosto davanti ad una fattispecie colposa, non punibile?

Una soluzione di carattere generale non esiste; in questi casi giocherà un ruolo determinante il profilo soggettivo e per l'accusa tornerà particolarmente utile la figura del dolo eventuale. Ma il dolo eventuale non risolve tutte le ipotesi, perché in alcuni casi il professionista che attesta una situazione contabile senza eseguire alcun controllo manifesta solo negligenza ed insensibilità alle possibili conseguenze del suo comportamento, mentre in altri casi si rende conto che dalla sua omissione può scaturire una falsa rappresentazione della situazione aziendale, con accettazione del rischio che tale situazione si verifichi; in altri casi ancora, conoscendo lo scopo fraudolento perseguito da colui che materialmente ha predisposto la relazione (spesso sarà lo stesso imprenditore od il suo consulente), l'attestatore fa finta di non vedere (qui il dolo assume la connotazione classica, perché il professionista è consapevole della falsità delle sue attestazioni).

Ad ogni modo, per risolvere il problema dell'attestatore "di comodo", non sembra inutile fare riferimento alla giurisprudenza in materia di bancarotta per omesso controllo da parte dell'amministratore formale sul gestore di fatto o sul professionista incaricato di tenere le scritture contabili; saranno le circostanze concrete a dire se la fattispecie configuri un'ipotesi colposa ovvero rientri a pieno titolo nella previsione della norma, che punisce il dolo.

Una volta accertato il reato di cui all'articolo 236-bis, mi pare che sotto il profilo "civilistico" la conseguenza non possa che essere l'apertura di una procedura ai sensi dell'articolo 173 della legge fallimentare; sebbene l'attestazione sia riferibile al professionista e non all'imprenditore, non si deve dimenticare che l'attestatore non fa altro che garantire la veridicità dei dati aziendali allegati al ricorso per concordato dal debitore, per cui è evidente che in caso di esposizione di informazioni false, tale falsità sia riconducibile sia all'imprenditore (che le ha esposte nella domanda di concordato), sia al professionista che ne ha attestato la veridicità.

Ed allora, rilevata la falsità dell'informazione offerta con una domanda di concordato (ricorso + allegati + relazione attestata del professionista), non resta altro che notiziarne il tribunale affinché apra d'ufficio il procedimento per la revoca dell'ammissione al concordato ai sensi dell'articolo 173; normalmente sarà il commissario giudiziale ad accorgersi della falsità dell'informazione contenuta nell'attestazione e quindi l'indagine penale sarà conseguente e cronologicamente successiva alla procedura di cui all'articolo 173 della legge fall. (della quale il pubblico ministero deve essere informato per legge). Sarà, dunque, il commissario giudiziale, indirettamente, ad attivare l'organo di accusa e non viceversa; qualora, peraltro, sia il pubblico ministero ad accorgersi per primo della falsità delle informazioni che accompagnano il piano di concordato, ne riferirà al commissario giudiziale affinché promuova presso il tribunale l'attivazione della procedura di cui all'articolo 173.

3.1. I singoli dati e l'informazione complessiva

La legge parla di informazioni e non di dati; si deve desumere da ciò che per valutare la sussistenza del reato si deve avere riguardo al risultato finale complessivo, rimanendo irrilevanti le singole falsità che non si traducano alla fine in una falsa informazione? Non ci si riferisce tanto al problema del difetto di lesività della fattispecie tipica (il cosiddetto falso inoffensivo), quanto piuttosto ai plurimi dati falsi che si annullano a vicenda. Come $2-2=0$, possiamo dire che due dati falsi di eguale misura e di segno opposto si annichilano a vicenda, ai fini della fattispecie penale? La risposta non può che essere negativa, posto che l'inserimento di poste contabili false (pur se la loro somma sia uguale a zero) da un lato influisce sulla percentuale di riparto promessa ai creditori (aumentandola artificialmente), dall'altro altera la qualità dell'informazione (tanto più importante oggi di fronte ad una valutazione "di merito" riservata ai creditori).

E' rilevante, dal punto di vista penalistico, sia una attestazione completamente falsa, sia una falsità che attiene ad un singolo dato, salvo che si tratti di falsità priva di portata offensiva; peraltro, se la falsità è incapace di mettere in pericolo l'interesse protetto, allora è

verosimile che difetti anche l'elemento soggettivo, mentre in caso di falsità consapevole e volontaria è difficile che essa non abbia lo scopo di avvantaggiare qualcuno, a danno dei creditori.

Si deve notare, peraltro, che la formulazione letterale della norma sembra assegnare una diversa rilevanza al comportamento attivo rispetto all'omissione; mentre, infatti, l'omissione di dati è punita solo se si tratta di dati rilevanti, l'esposizione di dati falsi non conosce limiti espressi alla sua punibilità; se ne dovrebbe desumere che l'innocuità del falso rileva solo per il caso di omissione di dati e non invece per l'esposizione di dati falsi. Ma una tale tesi, pur corretta sotto un profilo interpretativo, lascia qualche perplessità.

4. La connotazione del reato nelle singole procedure

Si pone, per tutte le procedure negoziali della crisi di impresa, il problema dei limiti di responsabilità dell'attestatore con riferimento all'oggetto della sua certificazione; da un lato si parla di informazione, che sembra riferibile a dati oggettivi, mentre nelle singole procedure, cui l'articolo 236 bis fa rinvio, si delimitano i compiti dell'attestatore con riferimento sia alla verifica dei dati aziendali, sia con riferimento alla fattibilità del piano.

Non è chiaro, pertanto, se l'attestatore risponda penalmente solo per aver enunciato dati falsi od omesso informazioni rilevanti, ovvero se egli debba ritenersi responsabile anche per attività valutativa che si riveli a posteriori errata. Mi sembra che tendenzialmente sia da preferire la prima soluzione, atteso che il profilo di idoneità o fattibilità del piano attiene ad un elemento valutativo necessariamente opinabile ed incerto, quanto meno nel suo sviluppo futuro. Ed allora il giudizio di fattibilità potrà al più essere oggetto di valutazione in sede penale non per la semplice mancata corrispondenza tra la prognosi positiva e l'esito infausto, quanto piuttosto laddove lo stesso ragionamento critico non risponda ai canoni di valutazione propri della professione esercitata.

Dunque, con riferimento alla possibile riuscita del piano, dovrà tenersi ben distinta la fattibilità oggettiva – quale assenza di elementi ostativi alla sua realizzazione – dal giudizio soggettivo di

concreta efficacia dell'operazione di risanamento, che può dipendere da variabili non totalmente controllabili e prevedibili (congiuntura economica, crisi del settore, mancato pagamento di forniture, ecc.).

In conclusione, il professionista può ritenersi responsabile del fallimento del piano limitatamente ai soli profili oggettivi di fattibilità, salvo una palese e dolosa sopravvalutazione delle possibilità di riuscita.

4.1. I piani attestati di risanamento

I pagamenti e le garanzie concesse su beni del debitore non sono soggetti all'azione revocatoria se posti in essere in esecuzione di un piano che appaia idoneo a consentire il risanamento della esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria; la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano devono essere attestate da un professionista indipendente designato dal debitore, iscritto nel registro dei revisori legali ed in possesso dei requisiti previsti dall'articolo 28, lettere a) e b) della legge fallimentare.

A parte la stranezza di una formulazione lessicale che pare obbligare l'attestatore a certificare l'apparenza (di idoneità), piuttosto che la realtà, si osserva come il dato saliente del piano attestato – rispetto alle altre procedure di gestione della crisi - sia l'assenza di conoscibilità da parte dei “terzi”; sebbene oggi sia prevista la iscrizione (facoltativa) del piano nel registro delle imprese, è facile pronosticare che tale formalità sarà raramente adempiuta, preferendo l'imprenditore non sbandierare ai quattro venti il proprio stato di crisi.

La norma penale, che presidia la correttezza dell'attestazione, in realtà non tutela direttamente il diritto ad un'informazione corretta, funzionale all'espressione del consenso dei creditori, quanto piuttosto un interesse dello Stato a che l'esenzione da revocatoria sia collegata ad un progetto che sia meritevole di fiducia o, quantomeno, sia fondato su dati veridici. Nondimeno, è interesse anche dei creditori futuri, che contratteranno con l'imprenditore, che il piano sia idoneo, al fine di poter godere dei benefici di cui all'articolo 67.

Si può ben dire, dunque, che l'interesse tutelato dall'art. 236-bis, con riferimento ai piani attestati di risanamento, è un interesse composito, che si differenzia notevolmente da quello relativo al concordato preventivo ed agli accordi di ristrutturazione.

4.2. Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti.

Con la domanda per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo, il debitore deve presentare: - una aggiornata relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa; - uno stato analitico ed estimativo delle attività e l'elenco nominativo dei creditori, con l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione; - l'elenco dei titolari dei diritti reali o personali su beni di proprietà o in possesso del debitore; - il valore dei beni e i creditori particolari degli eventuali soci illimitatamente responsabili; - un piano contenente la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta.

Il piano e la documentazione di cui sopra devono essere accompagnati dalla relazione del professionista che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano medesimo (ed analogo relazione deve essere presentata nel caso di modifiche sostanziali della proposta o del piano); fermi restando i limiti indicati in apertura del paragrafo 4, con riferimento agli elementi valutativi della relazione, in questo caso esso svolge una funzione di informazione dei creditori (anteriori) al fine di metterli nelle condizioni di valutare l'opportunità di votare favorevolmente all'approvazione del concordato proposto, se per loro conveniente.

Analogamente, nella procedura convenzionale di ristrutturazione dei debiti, l'omologazione dell'accordo stipulato con i creditori (rappresentanti almeno il sessanta per cento dei crediti) è subordinata all'esistenza di una relazione redatta da un professionista sulla veridicità dei dati aziendali e sull'attuabilità dell'accordo stesso (con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei).

L'utilizzo di un sostantivo diverso (attuabilità invece di fattibilità) non sembra aver alcun significato concreto, trattandosi di un sinonimo, anche se l'attuazione sembra evocare un momento

più dinamico dell'azione. Piuttosto, non si comprende il motivo di questo cambio lessicale, proprio solo degli accordi di ristrutturazione.

In ogni caso, la vera differenza è rappresentata dal fatto che per l'accordo di ristrutturazione viene individuato un nucleo essenziale del piano, su cui l'attestatore deve porre particolare attenzione; si tratta della idoneità ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei. La ragione di questo diverso trattamento è presto detta: mentre i creditori che consentono alla riduzione del proprio credito contrattano direttamente con il debitore, gli altri creditori non vengono nemmeno interpellati (o negano il loro consenso) e pertanto è particolarmente importante che i loro diritti non vengano pregiudicati (salve le dilazioni di pagamento di cui al nuovo testo dell'articolo 182-bis della legge fallimentare).

L'articolo 48, comma due, del decreto legge 31 maggio 2010, numero 78, con le successive modifiche inserite dal decreto legge 22/06/2012, numero 83, ha previsto un ombrello protettivo per l'imprenditore che ha in corso trattative per la ristrutturazione dei debiti; il divieto di iniziare o proseguire azioni cautelari o esecutive (che consegue direttamente alla pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese) può essere anticipato alla fase delle trattative, se l'imprenditore, depositando presso il tribunale la documentazione di cui all'articolo 161 e una proposta di accordo, autocertifica che sono in corso trattative con almeno il 60% dei crediti ed un professionista avente i requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), attesta l'idoneità della proposta, se accettata, ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori con i quali non sono in corso trattative o che hanno comunque negato la propria disponibilità a trattare. Anche in questo caso è inserita una differenza terminologica (idoneità della proposta invece che fattibilità od attuabilità), il cui significato sfugge all'interprete; la vera differenza con gli accordi già conclusi sta nel fatto che in caso di semplici trattative in atto il professionista non attesta la veridicità dei dati aziendali allegati dall'imprenditore. Si tratta evidentemente di una attività molto più snella ed assai meno pericolosa per il professionista, anche perché egli si limita a formulare un giudizio che, come si è detto, è sindacabile dal giudice penale solo entro limiti molto ristretti.

4.3. Finanziamenti prededucibili e continuità aziendale

Ai sensi dell'articolo 182-quinquies della legge fallimentare (Disposizioni in tema di finanziamento e di continuità aziendale nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti), il debitore che presenta una domanda di ammissione al concordato preventivo o una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti (o una proposta di accordo) può chiedere al tribunale di essere autorizzato a contrarre finanziamenti prededucibili che siano funzionali alla esecuzione del progetto di ristrutturazione; a tal fine è necessario che un professionista, designato dal debitore e in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), verifichi il complessivo fabbisogno finanziario dell'impresa sino all'omologazione ed attesti che i finanziamenti sono funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori.

Analogamente, quando il piano di concordato prevede 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, anche di nuova costituzione (articolo 186-bis. Concordato con continuità aziendale), la relazione del professionista deve attestare che la prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori.

In questi due casi (finanziamenti prededucibili e continuità aziendale), sembra che il professionista non debba attestare la veridicità dei dati aziendali, ma in realtà tale espressa previsione manca negli articoli 182-quinquies e 186-bis perché trattasi di casi particolari di procedure in cui, pertanto, sono già previste la relazione e l'attestazione sui dati aziendali e sulla fattibilità del progetto. L'attestazione che il finanziamento o la prosecuzione dell'attività sono funzionali al miglior soddisfacimento dei creditori rappresenta, quindi, un *quid pluris* rispetto ai normali piani liquidatori che non prevedono alcuna forma di finanziamento prededucibile.

Sotto il profilo penalistico, si rileva che in questi casi l'attestazione del professionista non concerne un dato oggettivo, ma ancora una volta un giudizio valutativo, con tutte le perplessità del

caso sulla possibilità di sanzionare penalmente una prognosi errata (salvo i casi di dolo evidente).

5. La pena.

La pena detentiva per il reato di falso in attestazioni e relazioni va da due a cinque anni di reclusione e da 50.000 a 100.000 euro di multa; trattasi di sanzioni concorrenti e non alternative.

La pena detentiva è piuttosto elevata, ma in linea con quelle degli altri reati “fallimentari” e soprattutto con quella prevista dall'articolo 236 per l'imprenditore che si attribuisce attività ovvero simula crediti in tutto o in parte inesistenti.

La pena pecuniaria è molto elevata, partendo addirittura da un minimo di € 50.000; il motivo sembra doversi ricercare nella funzione deterrente della pena stessa. Posto che deve scongiurare la tentazione di sottrarre attività all'impresa in crisi, allora la norma penale deve rendere antieconomica l'attività illecita; è per tale motivo che la pena è stata determinata in misura così elevata con riferimento alla sanzione penale di natura patrimoniale.

I limiti di pena consentono la custodia in carcere, ove ricorrano i gravi indizi di colpevolezza e le necessarie esigenze cautelari.

6. Le aggravanti.

Il secondo ed il terzo comma della norma in esame contengono due aggravanti.

Se il fatto è commesso al fine di conseguire un ingiusto profitto per se' o per altri, la pena è aumentata. Ciò che distingue questa ipotesi dalla figura generale di reato è, dunque, la presenza di un dolo specifico.

Si può discutere, a questo proposito, se l'ipotesi di cui al secondo comma individui una diversa fattispecie di reato, richiedendo una particolare qualificazione dell'elemento soggettivo, o solo una circostanza aggravante; sembra preferibile ritenere che non si tratti di un reato diverso, ma solo di una versione aggravata del reato base. D'altronde la legge riconosce altri casi in cui l'aggravante è

costituita da un particolare atteggiarsi dell'elemento soggettivo (basti pensare alle ipotesi di cui ai numeri uno e due dell'articolo 61 del codice penale) e che l'aggravante possa essere di natura soggettiva è poi espressamente previsto dall'articolo 70 del codice penale.

Il profitto perseguito dall'agente, cioè dall'attestatore e dall'eventuale concorrente nel reato, oltre ad essere ingiusto, deve essere diretto a favorire se stesso ovvero anche un terzo; è più che probabile, infatti, che le falsità dell'attestatore siano funzionali a favorire in qualche modo l'imprenditore, o consentendogli di sottrarre risorse alla procedura concorsuale, ovvero permettendogli di accedere ad una procedura negoziale che gli sarebbe verosimilmente preclusa dai creditori o dallo stesso tribunale in caso di fedele attestazione. Tale considerazione permette di fare una prognosi di frequente ricorrenza della aggravante in questione, ponendosi peraltro anche in questo caso un problema di natura probatoria; sarà la stessa natura ed entità della falsificazione ad indicare in prima battuta se ci si trovi di fronte ad una ipotesi aggravata o meno, anche se sembra piuttosto improbabile che l'attestatore si sottoponga ad un rischio di pena (detentiva e pecuniaria) così elevata senza avere la prospettiva di un elevato profitto personale.

Altro problema che si pone è quello relativo alla individuazione del profitto penalmente rilevante; è tale solo un effettivo incremento patrimoniale, ovvero si deve considerare qualunque utilità che il professionista, l'imprenditore o qualsiasi altro terzo possano in qualche modo ricevere dalla condotta falsificatoria? Tale quesito assume una rilevanza determinante, posto che in molti casi sarà il desiderio di orientare positivamente il voto dei creditori ad indurre l'imprenditore a scegliere un professionista compiacente.

Ad ogni modo, non è necessario che il profitto sia realizzato, essendo sufficiente il perseguimento di tale scopo da parte del professionista.

Il secondo comma dell'articolo 236-bis non indica la misura dell'aumento di pena applicabile, per cui si tratta di circostanza aggravante speciale ad effetto ordinario; ai sensi dell'articolo 64 del codice penale l'aumento della pena base può arrivare fino ad un terzo.

Se dal fatto consegue un danno per i creditori la pena e' aumentata fino alla meta'. Trattasi di circostanza oggettiva ai sensi dell'articolo 70, numero uno, del codice penale.

L'aggravante, comportando un aumento di pena superiore ad un terzo, è ad effetto speciale ai sensi dell'articolo 63, comma terzo, cod. pen.

Quando si riscontra l'aggravante in questione, ci si trova di fronte ad un reato di condotta aggravato dall'evento.

Si pone a questo punto il problema dell'individuazione del danno: è necessario un pregiudizio di natura patrimoniale, ovvero il solo fatto di aver acconsentito all'approvazione di una procedura negoziale che altrimenti sarebbe naufragata è sufficiente a far ritenere sussistente un danno per i creditori? E come si può sapere se in caso di informazione corretta i creditori avrebbero votato diversamente, in assenza di ragioni ostative di carattere oggettivo all'ammissibilità della procedura? E cosa succede se la falsità venga scoperta prima dell'approvazione, ovvero dopo la stessa, ma prima della distribuzione ai creditori vengano reperite le attività eventualmente occultate? Sembra preferibile ritenere che il danno, per poter aggravare la pena, debba essere effettivo, mentre di tentativo di reato aggravato si potrà parlare solo qualora non si sia perfezionata la fattispecie tipica di cui all'articolo 236-bis della legge fallimentare.

Ciò che è certo è che il danno che rileva penalmente è solo quello che colpisce i creditori e pertanto risulterà del tutto indifferente la produzione di un danno per altri soggetti (ad esempio per l'imprenditore inconsapevole della falsità ideologica commessa dal professionista).

7. Entrata in vigore

Le disposizioni di cui ai commi 1 e 2 (che comprendono anche gli articoli 236 bis e 217 bis) si applicano ai procedimenti di concordato preventivo e per l'omologazione di accordi di ristrutturazione dei debiti introdotti dal trentesimo giorno successivo a quello di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, nonché ai piani di cui al comma 1, lettera a), n. 1) (cioè i piani di cui all'art. 67, comma terzo, lett. d) elaborati successivamente al predetto termine.

La legge di conversione (LEGGE 7 agosto 2012 , n. 134) è stata pubblicata sul supplemento ordinario n. 171 alla Gazz. Uff. dell'11 agosto 2012, n. 187) e all'articolo 1, comma due, dispone l'entrata in vigore il giorno successivo a quello della sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale.

Dunque, la legge 134/2012 è entrata in vigore il 12/08/2012, il che significa che le disposizioni introdotte dal decreto-legge, così come modificate in sede di conversione, si applicano ai procedimenti di concordato preventivo e per l'omologazione di accordi di ristrutturazione dei debiti introdotti dall'11 settembre 2012, nonché ai piani di cui all'art. 67, comma terzo, lett. d) elaborati successivamente al predetto termine.

Non è chiaro, peraltro, cosa debba intendersi per "introduzione" di un procedimento di soluzione negoziale delle crisi e soprattutto quale sia il momento di "elaborazione" del piano attestato di risanamento; non si tratta di semplice disquisizione scolastica, perché dalla risposta ai precedenti quesiti dipende la punibilità o meno della condotta tipica tenuta in prossimità della operatività delle nuove disposizioni civili.

Sarà punibile un professionista che abbia svolto la propria relazione prima dell'11 settembre, ma con riferimento ad un ricorso per concordato depositato successivamente a tale termine? La risposta non può che essere negativa per le relazioni predisposte prima del 12 agosto (data di entrata in vigore della legge di conversione) e positiva per quelle datate post 11 settembre, ma che dire per quelle sottoscritte dal testatore, e dunque perfezionate, in questo termine intermedio (tra il 12 agosto e l'11 settembre) ed allegate ad un piano depositato successivamente?

Ma a questo punto si pone anche un problema di individuazione della data di redazione, tanto più nel caso dei piani attestati di risanamento che non hanno alcuna data certa cui ancorarsi; mentre le relazioni delle proposte di concordato o di accordo di ristrutturazione devono per forza essere anteriori alla data di deposito della domanda che accompagnano, i piani attestati di cui all'articolo 67, salvo che il debitore ne chieda la pubblicazione del registro delle imprese, non hanno alcuna data certa.

È prevedibile, dunque, che per un certo periodo si produrrà un notevole contenzioso in ordine alla prova della data di perfezionamento del reato; a meno di considerare che, pur

trattandosi di reato di condotta, lo stesso si perfezioni non con la semplice redazione e sottoscrizione dell'attestazione, ma con il deposito della domanda che accompagna. Tale tesi si potrebbe sostenere sulla considerazione che la norma punisce le attestazioni collegate ad una procedura negoziale di soluzione della crisi d'impresa e non invece il falso in se stesso. Dunque, seguendo questa tesi sarebbero punibili tutte le relazioni, anche anteriori all'entrata in vigore della norma (12/08/2012), purché allegate ad un ricorso per concordato depositato successivamente all'11 settembre.

Si pone, però, con riferimento a tale interpretazione un problema di natura soggettiva, posto che l'attestatore può non essere consapevole del momento in cui la proposta di concordato sarà depositata (atteso che la sua funzione si esaurisce con la stesura della relazione accompagnatoria). È possibile, infatti, che una relazione formata prima dell'11 settembre, e financo prima del 12 agosto, sia poi allegata ad una proposta di concordato depositata successivamente alla piena operatività delle nuove norme.