

La responsabilità penale del professionista attestatore nelle soluzioni concordate delle crisi di impresa

Candidato

Cristina Guadagnoli

Matricola 114483

Relatore

Prof. Filippo Sgubbi

Correlatore

Prof. Angelo

Carmona

Indice

Introduzione	4
Capitolo I La crisi dell'impresa	
1 Il rischio	7
1.1 Il concetto di rischio nel diritto penale	11
1.2 Il rischio di impresa	15
1.3 Rischio di impresa e criteri di imputazione della responsabilità	19
1.4 La gestione del rischio	23
2 La crisi dell'impresa	26
2.1 La concezione del legislatore italiano	34
3 La gestione della crisi: il R.D. 267/1942	38
3.1 Il cammino delle riforme: da impostazione liquidatoria a conservativa	41
3.2 L'impostazione più recente	49
4 Le soluzioni concordate della crisi di impresa	55
Capitolo II Il professionista attestatore nelle soluzioni concordate per le crisi di impresa	
1 I requisiti del professionista attestatore	72
1.2 La nomina dell'attestatore	91
1.3 La valutazione dell'incarico	95
1.4 Il contenuto del mandato	98
2 La relazione attestativa	102
2.1 Il rapporto tra il piano del debitore e la relazione attestativa	105
2.2 Struttura della relazione attestativa e suo contenuto minimo	112
3 La verifica della veridicità dei dati	116
4 La verifica della fattibilità del piano	127

5	La valutazione del miglior soddisfacimento dei creditori	132
6	L'esecuzione del piano	134

Capitolo III La responsabilità penale del professionista attestatore

1	“Falso in attestazioni e relazioni”: evoluzione della fattispecie	137
2	L'art. 236- <i>bis</i> 1. fall.: struttura della norma e bene giuridico tutelato	145
2.1	Il soggetto attivo	150
3	Le condotte tipiche	152
3.1	La questione del falso valutativo a partire dalle “false comunicazioni sociali”	157
3.2	La “rilevanza” delle informazioni omesse o falsamente esposte	163
4	Consumazione e tentativo	169
5	L'elemento soggettivo	170
6	La pena	181
6.1	Le circostanze aggravanti	182
7	Il “falso in attestazioni e relazioni” nel sistema del diritto penale fallimentare	184
	Conclusioni	192
	Bibliografia	197

Introduzione

La riflessione svolta nel presente lavoro prende il via dal presupposto secondo cui il diritto penale non può perdere di vista le circostanze concrete della realtà e tantomeno divenire strumento politico per la soddisfazione di pretese particolari. I rischi odierni, che ormai permeano ogni ambito del sociale, hanno condotto alla proliferazione di norme tese a controllare ogni potenziale fattore di rischio, conducendo alla svalutazione del disvalore oggettivo delle condotte e al mutamento della funzione originaria della sanzione, che da strumento protettivo di un ordine naturale diventa strumento rafforzativo di un ordine artificiale.

Uno dei campi nei quali questa problematica rischia di affermarsi nella sua forma più negativa è quello della crisi d'impresa, esistendo in quest'ambito una ineliminabile e fisiologica componente di rischio del cui avveramento non può essere ritenuto aprioristicamente responsabile l'imprenditore. Evitando dunque di incorrere in eccessi sanzionatori nei confronti di tale soggetto, ed individuando un'area di "rischio consentito" nello svolgimento dell'attività in questione, è necessario indagare le cause della crisi ed i suoi possibili esiti. Ciò non significa che il giurista debba addentrarsi nel terreno delle scienze aziendali, analizzando razionalmente i fattori che hanno condotto all'insuccesso economico. Al contrario, egli dovrà partire dalla considerazione delle circostanze concrete per comprendere quale sia lo strumento migliore da utilizzare per gestire la crisi.

Circoscrivere l'area di responsabilità dell'imprenditore, infatti, va di pari passo con l'accantonamento di una concezione necessariamente liquidatoria. L'impresa deve essere guardata, infatti, non come un male necessario o come un fattore naturalmente produttivo di rischi e perciò meritevole di rappresentare terreno d'elezione della procedura fallimentare, bensì come un bene da tutelare e salvaguardare nella sua integrità. Ciò ci conduce alla riflessione sull'importanza delle soluzioni concordate, che rappresentano ad oggi una valida alternativa alla disgregazione dell'impresa e consentono all'imprenditore

di dar voce alla sua posizione, di dialogare con i creditori e di consentire la sopravvivenza dell'azienda. Con il concordato preventivo, il piano attestato di risanamento e gli accordi di ristrutturazione dei debiti il legislatore ha inteso offrire tre soluzioni differenti in base alla gravità della situazione concreta, esaltando maggiormente il ruolo del controllo giurisdizionale nella prima, alla quale si farà ricorso in caso di perdite ingenti e consistente accumulo del debito, e valorizzando maggiormente l'autonomia privata nelle restanti.

Ad assistere in queste procedure l'imprenditore e ad assicurare ai creditori l'attendibilità delle sue proposte, il legislatore ha introdotto una figura inedita, quella del professionista attestatore. Il vuoto di tutela pubblicistica lasciato dalle riforme che hanno esaltato il ruolo delle parti nella composizione della crisi rende infatti indispensabile la presenza di un'autorità che garantisca il corretto svolgimento delle operazioni e la reale praticabilità delle soluzioni proposte. Proprio per questo motivo l'attestatore è dotato di elevata capacità tecnica ed è indipendente sia dall'imprenditore che lo nomina, sia dai soggetti a vario titolo coinvolti nella gestione della crisi.

Il compito fondamentale che il legislatore gli ha consegnato è quello di attestare la veridicità dei dati aziendali – per il cui reperimento egli risulta però dipendere dall'imprenditore – e la fattibilità del piano di risanamento. Al fine di assicurare adeguata protezione all'affidamento che i destinatari della relazione ripongono circa la sua attendibilità e per responsabilizzare una figura dotata di tanta importanza, nel 2012 il legislatore è intervenuto introducendo l'art. 236-*bis* l. fall., rubricato “falso in attestazioni e relazioni”. Alla corretta intenzione di sanzionare gravemente le condotte infedeli di chi ha addirittura il compito di sostituirsi al giudice nell'accertamento della componibilità della crisi, tuttavia, non ha fatto seguito una costruzione nitida e tassativa della fattispecie. Essa infatti, oltre a mancare di adeguata armonizzazione nel sistema dei reati fallimentari, rischia di incriminare condotte non realmente colpevoli e di non consentire al professionista di individuare un proprio eventuale comportamento illecito. Il problema della rilevanza del falso valutativo, l'utilizzo di concetti poco chiari, la genericità del requisito della “rilevanza” delle informazioni, nonché l'assenza di poteri ispettivi autonomi in capo all'attestatore sono solo

alcune delle cifre problematiche che innalzano le aspettative di una risposta risolutiva da parte del legislatore.

In caso contrario, riaffiorerebbe anche per il professionista la questione inizialmente paventata per l'imprenditore: la norma penale, svuotata di contenuto, perderebbe di vista il bene giuridico tutelato, finirebbe per sanzionare comportamenti effettivamente privi di disvalore e porterebbe l'attestatore a vedersi rimproverato a prescindere da una responsabilità penale autenticamente colpevole. Il percorso di indagine che ci si accinge ad intraprendere prenderà dunque il via dalla considerazione della questione relativa alla crisi di impresa, passando poi per l'analisi del significato delle soluzioni concordate e giungendo infine al tentativo di delineare con maggiore precisione i compiti e la portata della responsabilità penale del professionista, non mancando, in ultima battuta, una considerazione circa l'effettività dell'intervento normativo del 2012 e una proposta di soluzioni interpretative che circoscrivano il campo di applicazione dell'art. 236-*bis* l. fall..

Capitolo I

La crisi dell'impresa

1 Il rischio

La riflessione sul tema del rischio ha rivestito un ruolo centrale fin dagli albori della società moderna, interessando ogni genere ed ambito di studio e assumendo un ruolo di spicco non solo in ambito economico, imprenditoriale e giuridico, ma prima ancora come tema di estrema rilevanza sociale.

Tra le innumerevoli riflessioni, assume particolare rilievo come punto di partenza la celeberrima opera del filosofo tedesco Ulrich Beck¹, alla quale si deve il merito di aver introdotto esattamente trenta anni fa quella fortunata teorizzazione della “società del rischio” capace di ispirare ancora oggi le interpretazioni dei problemi principali della società globale.

Ad oggi siamo tutti chiamati ad essere testimoni delle grandi contraddizioni del mondo in cui viviamo, dove il fine di garantire un'esistenza più semplice e scevra da rischi si scontra con i mezzi utilizzati per raggiungere lo scopo: da una parte si assiste alla contraddizione tra l'avanzare delle innovazioni tecnologiche e il conseguente aumento del benessere, che paiono essere in grado di fugare ogni pericolo e timore, e l'opposto aumento dell'incertezza e della paura collegate proprio alla società globale e ai risvolti negativi delle nuove tecnologie, in uno scenario in cui l'aumento della ricchezza è proporzionale all'aumento dei rischi. Da un altro lato, è evidente come la compulsiva produzione di leggi, soprattutto in ambito penale, allo scopo di fronteggiare e prevenire tutte le possibili situazioni negative che possono crearsi finisca al contrario per aumentare il “rischio sociale” posto a carico dei cittadini, che non

¹ U. BECK, “*La società del rischio*”, Roma 2000 (ed. orig. 1986)

sono più in grado di identificare la norma, dato che essa non è posta a protezione di valori primari e non punisce più comportamenti “*mala in se*”, ma tutela soltanto beni giuridici monopolizzati dallo Stato.

E' in particolare sulla prima delle contraddizioni evidenziate che si concentra la riflessione di Beck, che individua il “punto debole” della società nei compulsivi processi di modernizzazione tecnologica ai quali tuttavia non corrisponde un'adeguata conoscenza delle corrispondenti conseguenze rischiose², ormai non più circoscritte ed accidentali, ma intrinseche ad ogni processo produttivo, ineliminabili e capaci di coinvolgere un enorme numero di soggetti: in questo senso la riflessione del sociologo è particolarmente lungimirante, poiché proprio uno dei principali fattori di rischio per le imprese è collegato al giorno d'oggi proprio ad un'innovazione non correttamente gestita, le cui conseguenze dannose ricadono sì sull'imprenditore, ma coinvolgono senz'altro anche i creditori, i fornitori, gli investitori ed, in generale, i cosiddetti *stakeholders*.

Secondo il sociologo inoltre, anche la circostanza che la scienza e la tecnica non risiedano più in ambiti separati, ma che i risultati della prima si applichino frettolosamente alla seconda senza conoscerne gli effetti è un ulteriore dato che contribuisce, insieme alla crescente complessità del sistema, ad accrescere i fattori di rischio.

Insomma nell'età moderna, volta al conseguimento del massimo risultato nel minor tempo possibile, non si può più pensare ad un rischio circoscritto e posto a carico solamente di pochi individui, ma bensì ad un rischio che percorrendo le innumerevoli connessioni della società è capace di colpirla tutta, ed è inoltre oggi ugualmente fondamentale valutare i pericoli del “correre troppo” e del volersi evolvere a tutti i costi senza dotarsi di adeguate e stabili fondamenta, pena l'autodistruzione; i rischi di cui Beck parla sono involontariamente ed inevitabilmente gravanti sull'intera collettività, sono rischi invisibili, “prodotti aggiuntivi che vengono ingeriti e respirati assieme ad altre cose, passeggeri

² F. STELLA, “*Il rischio da ignoto tecnologico e il mito delle discipline*”, in *Quaderni della Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 5, “*Il rischio da ignoto tecnologico*”, Milano 2002, 3 ss.

clandestini del consumo di tutti i giorni” e “fanno emergere un nuovo tipo di “ascrivibilità del rischio”, tipico della nostra civiltà”.³

L’aumento crescente dei rischi nella società odierna conduce inoltre ad una loro “politicizzazione”, poiché dinanzi all’aumentare delle preoccupazioni e dei timori della collettività è proprio la politica che viene chiamata a fornire una risposta efficace tramite la creazione di strumenti di gestione o prevenzione: e tale compito viene affidato al diritto, con la conseguenza della deformazione delle finalità originarie del sistema giuridico, che invece di tutelare i valori e i beni giuridici fondamentali finisce per rispondere alle richieste dei portatori degli interessi più in vista, dando così all’esterno l’impressione della capacità di eliminare i rischi più evidenti, ma creandone invece uno nuovo: quello dell’incertezza del diritto penale.

Giungiamo così alla seconda contraddizione dell’epoca moderna inizialmente evidenziata, che vede da una parte l’interventismo e il dirigismo dello Stato sociale ed un’enorme produzione di leggi penali finalizzate a regolare ogni ambito del diritto, e dall’altra il risultato di questa tendenza, rappresentato da un ordine normativo artificiale nel quale scompare l’essenza del reato e il cittadino incorre nella responsabilità penale non per aver posto in essere un comportamento oggettivamente esecrabile, ma solo per aver trasgredito ad una prescrizione normativa.

Il reato si trasforma così come si trasforma il mondo: i rischi sono ormai aspetti intrinseci ad ogni ambito della vita sociale e, come dimostrato da numerosi studi, la loro percezione è massima ai nostri giorni, dato che ogni persona o evento paiono costituire un potenziale pericolo: di conseguenza, si cerca di allargare la rete di protezione mediante la creazione di una miriade di norme che aspirano a controllare ogni potenziale fattore negativo; lo Stato diventa il garante della sicurezza pubblica ed agisce per mano del potere giudiziario e del diritto, armati dello strumento della pena, ricco di forza simbolica e deterrente e via più comoda per giungere alla stigmatizzazione di un comportamento. E poiché lo Stato non riesce a controllare e sanzionare ogni condotta, nasce il

³ U. BECK, *op. cit.*, 53-54.

meccanismo delle *vedettes*, che conduce alla repressione delle sole trasgressioni dotate di maggior risonanza ed attribuibili ai soggetti più in vista della società, nel tentativo di applicare punizioni esemplari e simboliche, ma con l'effetto di privare di certezza il diritto.

Non interessa più tanto la moralità della condotta in sé o il suo oggettivo disvalore, ma solo che quel comportamento contrasti con una norma: “il diritto penale è sanzionatorio non più rispetto ai principi ed all'assetto naturale della società civile, bensì rispetto alle prescrizioni normative dettate per l'amministrazione autoritaria del bene (...) Da strumento per la protezione di un ordine naturale, il diritto penale diventa strumento per rafforzare un ordine normativo artificiale”⁴: esso non è più espressione dei valori della società, ma degli interessi dei gruppi sociali meglio organizzati e più rappresentativi. La disciplina penale diviene oggetto di negoziazione e di trattativa, si pone alla mercé degli interessi particolari, ed ogni categoria cerca di accaparrarsi l'immunità affinché le sue attività siano sottoposte a minori regole o affinché la maggiore quota di responsabilità sia posta a carico di altri gruppi; si creano così statuti penali differenziati in base ai ceti e alle classi sociali, ogni individuo “si trova ad essere destinatario esclusivo di disposizioni penali appositamente create in sede legislativa”, insomma “si trova all'interno di una propria area di liceità condizionata”.⁵

Il diritto penale non tutela dei beni il cui valore poggia su un sostrato che esiste prima della norma, ma garantisce il perseguimento di finalità, e non serve più a dettare ciò che è giusto o sbagliato, ma solo ad imputare a qualcuno le conseguenze giuridiche di un fatto: risultato di tutto ciò è che il destinatario della norma difficilmente riesce ad identificarla, dato che certamente conoscerà quali siano i beni giuridici primari e i più elementari imperativi etici, ma non gli risulterà agevole conoscere delle prescrizioni che niente hanno a che fare con tali principi e che sono esistenti solo grazie all'ordinamento che le crea.

⁴ F. SGUBBI, “*Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*”, Bologna 1990, 14-15.

⁵ F. SGUBBI, *op. cit.*, 32-33.

Ecco il nuovo rischio originato dalla società moderna: “il reato diventa illecito di mera trasgressione”⁶. Si svaluta così sia l’elemento oggettivo, poiché a poco rileva la concreta offesa al bene giuridico tutelato, e dimostrazione di ciò è la dominanza della categoria del pericolo astratto. Ma soprattutto si svaluta l’elemento soggettivo, in quanto interessa solo l’avvenuta trasgressione oggettivamente accertata, venendo punita la mera inosservanza della norma, e poco importando il legame psicologico tra soggetto e fatto, dato che dolo e colpa vengono assunti *in re ipsa* nella condotta illecita. In conseguenza di ciò, vittima è il principio di tassatività, nello scenario di “una responsabilità penale governata dal caso.”⁷

1.1 Il concetto di rischio nel diritto penale

E’ indubbia la centralità del tema del rischio nel diritto moderno, ed in particolare in campo penalistico, nel quale il suddetto concetto è largamente e variamente presente: basti pensare alla nozione di rischio consentito ovvero agli istituti del dolo eventuale, del reato omissivo colposo, della responsabilità oggettiva. Tale posizione di rilevanza non è tuttavia accompagnata da una sufficiente determinatezza, tanto che numerosi sono gli interrogativi da risolvere a questo proposito prima di trattare nello specifico il tema in relazione all’impresa, primo fra i quali quello della delimitazione della nozione di rischio proprio ai fini del diritto penale.

In particolare il significato di tale concetto è stato lungamente discusso in dottrina, nella quale principalmente si evidenziano due indirizzi, individuabili da una parte nell’approccio endosistemico, che conduce la rilevanza del rischio al nucleo della norma incriminatrice e alla struttura del reato, e dall’altra nella prospettiva esosistemica, secondo la quale l’importanza di esso è da collegarsi

⁶ F. SGUBBI, *op. cit.*, 22.

⁷ F. SGUBBI, *op. cit.*, 49.

all'adattamento del sistema penale alle nuove esigenze del contesto sociale, cioè alla moderna "società del rischio": in ogni caso entrambi gli orientamenti concordano sul fatto che quando si tratta di interpretare una norma il rischio non vada considerato come componente autonoma del reato, bensì svolga una funzione servente all'analisi completa della fattispecie. All'interno del sistema penale, secondo un approccio ermeneutico, il ruolo del rischio sarebbe poi quello di fungere da elemento utile all'interpretazione della disposizione, mentre secondo la prospettiva incriminatrice contribuirebbe alla struttura della norma, rappresentandone un elemento costitutivo e spiegandone la *ratio* di anticipazione della tutela.

Al fine di ridimensionare la vaghezza di questo discusso concetto è utile tracciare una distinzione, proprio in prospettiva ermeneutica, tra *pericolo* e *rischio*, sostantivi spesso utilizzati come sinonimi ma che in realtà nascondono rilevanti dissomiglianze: al nostro scopo può risultare innanzitutto utile il contributo di Niklas Luhmann⁸, la cui ricerca parte dal notare come il suddetto concetto di rischio, inesistente nelle culture più antiche, che attribuivano gli eventi infausti al caso, alla sfortuna o agli dei, si affacci compiutamente solo a partire dal Medioevo o meglio ancora dall'invenzione della stampa, epoca nella quale lo sviluppo tecnologico evidenzia il ruolo fondamentale del comportamento umano e conduce all'esigenza di prevedere il verificarsi di circostanze future al fine di evitare eventi dannosi; ma un evento infausto è evitabile solo se è frutto di un comportamento: non si potrebbe di certo evitare ciò che è frutto dell'ignoto o della casualità. Si comprende dunque come vi sia una differenza fra ciò che è il prodotto di circostanze esterne o decisioni altrui e ciò che risulta da decisioni proprie o da azioni alle quali si partecipa: seguendo tale ragionamento, il sociologo individua il concetto di rischio sulla base della distinzione da quello di pericolo, poiché mentre il primo è prevedibile e risulta da un'attività propria, al pericolo invece si è soggetti per via della condotta di altri o a causa di eventi esterni.⁹

⁸ N. LUHMANN, "*Sociologia del rischio*", Milano 1996

⁹ La concezione di rischio come "prezzo dell'agire", distinta da quella di pericolo, è ripresa da numerosi altri critici, tra i quali giova citare Wolfgang Sofsky, secondo cui "ai pericoli si è

La teoria di Luhmann si muove evidentemente sul campo della sociologia, mentre dal punto di vista penale la distinzione è ancora più sottile, e a dimostrazione di ciò l'impostazione predetta non è andata esente da critiche¹⁰. Si potrebbe prendere come punto di partenza il Regolamento n. 178/2002, che definisce il rischio come “funzione della probabilità e della gravità di un evento nocivo (...), conseguente alla presenza di un pericolo”: tale norma pare dunque da una parte suggerire un concetto probabilistico, che implica la probabilità della verifica di un evento negativo, e dall'altra pare implicare la preesistenza di un pericolo. E da tale impostazione prende le mosse l'idea di parte della dottrina¹¹, secondo cui esiste sì un significato minimo comune tra rischio e pericolo (perlomeno quello concreto¹²), costituito dalla relazione di possibilità che si crea tra una condotta e il generarsi di un evento offensivo: tuttavia, mentre il rischio è un *genus*, un concetto di categoria dotato di autonomo disvalore, il pericolo è una *species*, un attributo, un'ipotesi tipizzata di rischio, “non associata a disvalore (*in sé*, ma) in quanto *collegata* ad un accadimento ulteriore”.¹³ Il pericolo sarebbe dunque un rischio qualificato. Detto ciò, dobbiamo notare come l'impatto della modernità e la moltiplicazione dei rischi abbia condotto alla nascita di un'ulteriore questione legata al

esposti, ai rischi ci si espone”, “il pericolo incombe, mentre il rischio è causato da un'azione umana, è il risultato di un azzardo consapevole”. (W. SOFSKY, “*Rischio e sicurezza*”, Torino 2005, 16.)

¹⁰ “Al di là della considerazione per cui il solo pericolo (o, se si preferisce, il rischio) in grado di assumere rilevanza penale è quello che deriva da una condotta cosciente e volontaria, se anche si volesse sottolineare il carattere di diretta ed esclusiva derivazione dei rischi moderni da una decisione dell'uomo, la precisazione non parrebbe andare oltre una valenza meramente descrittiva. A meno che (...) la connessione così stretta tra “rischio” e “decisione” non venga implicitamente posta a fondamento di un preteso (e discutibile) impiego del principio di precauzione quale vero e proprio criterio di imputazione.” (A. MASSARO, “*Principio di precauzione e diritto penale: nihil novi sub sole?*”, in www.penalecontemporaneo.it, 2011, 6.)

¹¹ Della quale il precursore è stato, già precedentemente al Regolamento 178/2002, F. ANGIONI, “*Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva*”, Milano 1994

¹² Nelle fattispecie di pericolo astratto infatti la prospettiva muta radicalmente: la relazione di possibilità fra condotta ed evento infatti non viene ad esistenza, poiché si richiede non una probabilità, ma una certezza che il fatto si colleghi all'evento, tanto che non si richiede nemmeno il successivo accertamento della verifica concreta del pericolo da parte del giudice. Rischio e pericolo nei reati di pericolo concreto sono dunque radicalmente eterogenei, non potendo esistere una base comune di somiglianza come nelle fattispecie di pericolo non astratto.

¹³ C. PERINI, “*Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*”, Milano 2010, 378.

cosiddetto principio di precauzione, che pare rappresentare il protagonista della nostra epoca, “una delle formule magiche dei nostri tempi, grazie alla quale si è pensato e si pensa di mettere a tacere le ansie poste dai rischi pervasivi che ci circondano”¹⁴. Prima di tutto tale principio possiede un carattere operativo prudenziale e costituisce parte di una fase valutativa, permettendo che, ove vi siano dei rischi connessi allo svolgimento di un’attività, che tuttavia non possono essere determinati con certezza a causa della scarsità o contraddittorietà dei dati disponibili, ci si possa attivare per minimizzare la minaccia, anche a costo di inibire il protrarsi della suddetta attività rischiosa.

La questione relativa a questo tema riguarda la possibilità o meno di erigere il principio di precauzione ad autonomo criterio di imputazione della responsabilità, cioè l’opportunità o meno di conferirgli un ruolo superiore rispetto a quello di mero principio ispiratore: e la risposta da parte della dottrina penalistica è abbastanza unanime, evidenziandosi in maniera concorde che tale principio collide con quello della responsabilità per colpa, che presuppone esistente una regola cautelare violata. Applicando il principio di precauzione come criterio di imputazione si finirebbe per condannare qualcuno poiché doveva sospettare l’esistenza di un rischio che nemmeno la scienza è in grado di valutare, e l’unica possibilità rimanente per evitare ciò sarebbe quella di non svolgere affatto l’attività. Non solo la creazione di regole cautelari retroattive contrasta col principio di tassatività del diritto penale, ma è impossibile modificare le categorie del diritto all’unico scopo di soddisfare le esigenze della modernità¹⁵, e ciò porta alla conclusione che il suddetto principio debba essere “impiegato quale ratio ispiratrice e criterio di individuazione di regole di condotta”¹⁶.

¹⁴ G. FORTI, “”Accesso” alle informazioni sul rischio e responsabilità: una lettura del principio di precauzione”, in *Criminalia* 2006, 158.

¹⁵ L. STORTONI, “Angoscia tecnologica ed esorcismo penale”, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004. Sul punto, cfr. E. CORN, “Il principio di precauzione del diritto penale: studio sui limiti all’anticipazione della tutela penale”, Torino 2013

¹⁶ C. PERINI, *op. cit.*, 561.

1.2 Il rischio di impresa

La questione relativa all'indeterminatezza del significato di rischio si ripresenta riguardo al tema del rischio di impresa, formula tanto fortunata quanto dibattuta sia in campo commercialistico che in ambito penalistico e privatistico, in particolare in tema di responsabilità, della quale si tratterà successivamente.

Il tema del rischio di impresa infatti, pur rappresentando una delle materie più attuali ed importanti della società moderna, si presenta ancora carente di un'analisi compiuta riguardo al suo significato dal punto di vista del diritto, e nel contempo è storicamente presente un forte dibattito in proposito tra economisti e giuristi. Su questo punto infatti, mentre i primi sostengono che vi sia un'assoluta eterogeneità tra rischio di impresa e rischio economico, essendo il primo di competenza del diritto e l'altro degli economisti, i secondi al contrario, soprattutto in passato, hanno difeso l'omogeneità tra i due concetti, definendo il rischio di impresa come consistente nel possibile esito negativo della gestione, cioè nella circostanza che i costi sopportati superino i risultati conseguiti: circostanza che viene posta a carico dell'imprenditore e che può condurre all'apertura delle procedure concorsuali o al fallimento.

L'impostazione degli economisti risponde alla logica secondo cui il rischio economico sarebbe rischio di non remunerazione dei fattori produttivi, e come tale potrebbe ricadere solo sui terzi che forniscono tali fattori; l'imprenditore, che non sopporta tale eventualità, deve essere necessariamente titolare di un rischio differente, appunto quello d'impresa, che è rischio di imputazione della responsabilità giuridica. Insomma, il rischio economico graverebbe anche sui terzi e sarebbe di competenza degli economisti, quello imprenditoriale ricadrebbe solo sull'imprenditore in termini di imputazione giuridica, e perciò sarebbe affidato al diritto.

Ma questa distinzione non risolve il problema della definizione del concetto di rischio di impresa, che di certo non può essere fatto equivalere *sic et simpliciter*

al rischio dell'imprenditore collegato agli esiti negativi dell'attività: infatti, come sostenuto da Scognamiglio¹⁷, così ragionando il rischio d'impresa non avrebbe niente di *proprium*, ma andrebbe a coincidere con il rischio contrattuale nascente dalla possibile inadempienza dell'altro contraente che conduce all'esito negativo del negozio: ciò è inaccettabile, perché in tal modo il rischio dell'imprenditore non sarebbe in alcun modo diverso dal rischio che corre ogni parte contrattuale, e quindi il rischio di impresa non avrebbe alcun significato autonomo.

Per individuare il suo tratto caratterizzante dal punto di vista giuridico è invece necessario soffermarsi sul concetto di impresa come fenomeno capace di generare rischi nuovi: infatti “in tanto si può parlare giuridicamente di un “rischio di impresa”, in quanto si possa rinvenire una tipologia di rischi legati allo svolgimento dell'attività economica che *solo* l'esercizio in forma di impresa è in grado di generare”¹⁸.

Guardando allora alla nozione di impresa ricavabile dall'art. 2082 del codice civile, è possibile comprendere come il concetto di “attività economica organizzata” lì presente alluda ad un qualcosa di complesso e coordinato, ad un insieme di “atti negoziali e non negoziali che, senza perdere la loro identità e diversità, risultano collegati funzionalmente alla realizzazione di uno scopo”. Tale scopo non è dunque quello del singolo negozio, ma è costituito da una finalità superiore e generale alla quale collaborano i singoli atti, che “si collocano gli uni rispetto agli altri in un sistema reticolare e non certo soltanto lineare e sequenziale, ossia l'uno dopo l'altro”¹⁹. L'attività di impresa di cui all'art. 2082 non è dunque solo una somma di atti, ma un “*nexus of contracts*”, un reticolo di fenomeni negoziali intrecciati: tale intreccio determina una situazione diversa rispetto a quella in cui esistono più contratti indipendenti e singoli.

¹⁷ R. SCOGNAMIGLIO, “*Rischio e impresa*”, in “*Scritti per Graziani*”, tomo V, Napoli 1968, 1777.

¹⁸ A. IANNARELLI, “*Appunti per una teoria giuridica del “rischio di impresa”*”, in “*Studi in onore di Nicolò Lipari*”, tomo I, Milano 2008, 1247.

¹⁹ A. IANNARELLI, *op. cit.*, 1248

In questo risiede il *proprium* del rischio di impresa: il reticolo in questa specifica attività fa da moltiplicatore dei rischi particolari, e ciò fa sì che il mal funzionamento di un rapporto incida negativamente anche su tutti gli altri. Il cuore e la particolarità del rischio di impresa stanno dunque in questo, cioè nell'incremento dei singoli rischi a causa del “*nexus*”, del sistema, che si viene a creare²⁰: è in realtà una sorta di rischio contrattuale quello di fronte al quale ci troviamo, tuttavia ben diverso da quello generato da un negozio isolato, poiché in questo caso “l’alea di ciascun rapporto è influenzata dall’alea degli altri”²¹. Tale rischio quindi, se da un punto di vista giuridico ricade sull'imprenditore, la cui responsabilità trova la sua fonte nel potere organizzativo e decisionale del quale è dotato, dal punto di vista sostanziale invece viene distribuito anche con i terzi creditori e con gli *stakeholders*, nei cui confronti l'impresa è socialmente responsabile.

Possiamo dunque concludere che il rischio di impresa esiste fin dalla sua nascita ed è fisiologico alla sua esistenza: essa presuppone necessariamente un *sistema di rischi* tra sé congiunti che incarna una “componente ineliminabile del fenomeno azienda e [una] condizione costante dell’agire imprenditoriale”²²: l'impossibilità di prevedere cosa accadrà nel futuro, infatti, è inevitabilmente fonte di incertezza, ed essendo l'impresa per natura orientata verso l'avvenire, attuando le sue strategie non nel tempo-istante, ma bensì nel tempo-durata, essa sarà necessariamente esposta a dei rischi, derivanti dal divario tra le previsioni formulate e gli eventi effettivamente verificatisi.

Lo *status* di “sistema” attribuibile al rischio di impresa ne fa emergere una caratteristica ulteriore: esso si dimostra allo stesso tempo unico, se inteso come rischio generale, e molteplice, se si guarda alle sue singole manifestazioni in termini di rischi particolari. Rischio generale è rischio di non congrua

²⁰ In realtà secondo le più recenti teorie la peculiare natura del rischio di impresa è in grado di generare anche un risvolto positivo: come il reticolo infatti funge da moltiplicatore delle eventuali conseguenze negative scaturenti dai singoli negozi giuridici, così potrebbe incidere positivamente sull'attività in termini di margini di utilità maggiori rispetto a quelli possibilmente derivanti da un singolo rapporto in sé considerato, spronando dunque l'imprenditore a produrre nuova ricchezza.

²¹ A. IANNARELLI, *op. cit.*, 1262.

²² M. RIJA, in “*Economia aziendale. I fondamenti della disciplina.*”, G. FABBRINI, A. MONTRONE (a cura di), cap. X, “*Il rischio d'impresa*”, Milano 2006

remunerazione dei fattori produttivi impiegati, e la sua manifestazione avviene attraverso varie modalità sotto forma di rischi singoli e specifici: e tale duplice natura, a dimostrazione del fatto che il sistema dei rischi è “tagliato” sul sistema aziendale, rispecchia a ben vedere quella dell’impresa, che è elemento unico e singolo se collocato nello scenario generale del sistema economico, ma anche entità complessa e composita se si guarda ai singoli rapporti dei quali si compone.²³

Ma da che cosa vengono originati i rischi? O meglio, perché esistono fisiologicamente per l’impresa? La risposta a ciò deve essere rinvenuta ancora una volta nella stessa natura dell’azienda, che non rappresenta un sistema impermeabile, bensì un’entità esposta all’influenza di diversi fattori che, combinandosi, sono in grado di generare effetti negativi sul sistema. Fattori che sono sia interni, quando costituiscono variabili insite nell’organizzazione aziendale, ma anche esterni, se promanano dall’ambiente: quest’ultimo in particolare, essendo dotato di una forte e sempre maggiore variabilità ed imprevedibilità, va a scontrarsi con la ricorrente rigidità delle strutture aziendali, che chiedono tempi evolutivi lunghi e complessi ad uno scenario economico tutt’altro che stabile e costante.

L’obiettivo che l’impresa persegue, essendo intesa come “sistema atto a perdurare”²⁴, è quello del raggiungimento di una stabilità tra le suddette forze esterne ed interne, attuabile mediante strategie di flessibilità che permettano di ridurre l’incidenza dei singoli rischi e di mantenere di un equilibrio economico che ne assicuri la sopravvivenza.

Deve poi prestarsi attenzione, dopo la distinzione tra rischio e pericolo, alla dibattuta differenza tra rischio e incertezza, anch’essi concetti spesso confusi nel linguaggio comune ma che in realtà nascondono differenze che hanno visto dividersi la dottrina tra diversi tentativi di spiegazione: il primo, proposto da Knight²⁵ e fondato sul grado di probabilità calcolabile di verifica di un

²³ G. FERRERO, *“Istituzioni di economia d’azienda”*, Milano 1968 e U. BERTINI, *“Introduzione allo studio dei rischi nell’economia aziendale”*, Pisa 1969

²⁴ P. DI CAGNO, *“Il sistema azienda tra rischio d’impresa e rischio economico generale”*, Bari 2002

²⁵ F. H. KNIGHT, *“Rischio, incertezza e profitto”*, Firenze 1960

evento, individua l'incertezza di fronte a fenomeni dei quali non si conosca tale probabilità di accadimento, ed il rischio, al contrario, nel caso di eventi dei quali l'eventualità sia conosciuta.

Secondo un'altra teoria invece, dato che ogni individuo si basa sulla propria esperienza soggettiva e che perciò ognuno affida ad un accadimento un diverso grado di probabilità, non si potrebbe basare la suddetta distinzione su valutazioni personali e prive di fondamento certo: per questo motivo si fa invece riferimento alla natura del rischio, rifiutando le predette distinzioni e sostenendo che esso sarebbe una *species* del *genus* dell'incertezza, esistente specificamente in rapporto a perdite di utilità o a costi. Oltre alle riportate teorie maggioritarie, giova ricordare per completezza anche l'impostazione secondo cui l'incertezza sarebbe causata da dei limiti posti alla conoscenza da circostanze oggettive, contro le quali nulla può il soggetto agente, mentre al contrario il rischio sarebbe originato da carenze conoscitive individuali.

1.3 Rischio di impresa e criteri di imputazione della responsabilità

Come il tema del rischio di impresa, anche quello della relativa responsabilità risulta storicamente poco approfondito da parte della disciplina giuridica. Risalgono al XIX secolo le prime teorizzazioni a questo proposito, le quali sostenevano in particolare la necessità dell'applicazione di una responsabilità di tipo oggettivo, *sine culpa*, giustificata dal fatto che l'attività di impresa per sua natura genera un rischio, il quale necessita di essere "scontato" dall'operatore economico per il solo fatto di essere stato originato: ed il primo detrattore di tale orientamento era proprio l'impresa del tempo, che aveva trovato nella responsabilità per colpa un'ancora di salvezza dall'attribuzione del costo dei danni provocati ai terzi. In ogni caso, i tempi non sarebbero stati comunque maturi per l'applicazione di regole troppo severe, che non avrebbero fatto altro che ostacolare il nascente processo di industrializzazione.

In ogni caso pare che il passo successivo fosse obbligato, poiché dalla tendenza del XX secolo alla responsabilizzazione del datore di lavoro per i danni subiti dai dipendenti furono poste le basi per la nascita di una vera e propria responsabilità di impresa. Si succedono da lì in poi i più disparati tentativi euristici di un criterio che riuscisse a fondare tale responsabilità, dapprima individuato in una *culpa in vigilando*, poi riconosciuto nella necessità di fornire un contraltare al profitto imprenditoriale (teoria del rischio-profitto), e dopo ancora ravvisato nella conseguenza obbligata dello svolgimento di un'attività pericolosa (teoria del rischio-pericolo), ovvero nella "tassa" meritata da chi, possedendo una capacità economica maggiore, sarebbe stato tenuto a farsi carico più di altri dei danni creati.

Successivamente si identificò il fondamento della responsabilità di impresa nel criterio espresso dal brocardo latino *cuius commoda eius et incommoda*²⁶, base delle ipotesi di responsabilità oggettiva descritte dal codice civile e in particolare dell'art. 2049 c.c., espressivo del caso in cui un soggetto, cagionando un danno tramite un'attività per sé vantaggiosa, è tenuto ad assumersene le incombenze: allo stesso modo l'imprenditore dovrebbe farsi carico non solo dei vantaggi, ma anche degli oneri derivanti dalla sua posizione. Da ciò nasce la teoria del rischio di impresa²⁷, secondo il quale l'imprenditore deve rispondere anche dei rischi che crea con la sua attività, ed in particolare del rischio della provocazione di danni a soggetti esterni. Ciò è giustificato dal fatto che, producendo ogni azienda tali danni con una certa regolarità, il relativo rischio associato diventi calcolabile, e possa dunque essere inserito nei costi.²⁸ E' dunque respinta l'ipotesi più radicale di considerazione del solo nesso causale, poiché di certo la responsabilità per rischio non sarebbe applicabile nel caso in cui il danno derivi da un evento meramente fortuito ed eccezionale: devono

²⁶ R. SCOGNAMIGLIO, "Responsabilità civile", in *Riv. dir. comm.*, 1966

²⁷ P. TRIMARCHI, "Rischio di impresa e responsabilità oggettiva", in "Analisi economica del diritto privato", Milano 1998

²⁸ Secondo parte della dottrina staremmo andando incontro alla creazione di un "doppio binario" della responsabilità di impresa: da una parte infatti si configurerebbe una *responsabilità per rischio lecito*, associata ad attività consentite, seppur pericolose, e ragionevolmente calcolabile; dall'altra esisterebbe una *responsabilità per atto illecito*, riferita invece ad attività vietate e volta ad risarcimento del danneggiato.

essere attribuiti all'impresa "solo danni pertinenti a un rischio che abbia un'entità apprezzabile, tale da potersi pretendere che venga calcolato dal responsabile (...). Solo così esso può tradursi in costo".²⁹

L'attribuzione del rischio di impresa allo stesso imprenditore risponde ad una duplice funzione: da una parte permette di eliminare dal mercato quelle aziende inefficienti e passive dal punto di vista sociale in quanto distruggono più valore di quello che ne creano, ma soprattutto preme per una riduzione del rischio, dato che chi intraprende attività potenzialmente pericolose, essendo a conoscenza dell'eventualità che gli venga attribuita una responsabilità per i rischi che genera indipendente dalla colpa, sarà incentivato e spronato a porre in essere misure idonee a ridurre tali rischi e, conseguentemente, i danni. Se l'imprenditore non è in grado di farlo, sarà necessariamente tenuto a diminuire i profitti ovvero a inibire l'esecuzione di una certa attività.

Infine, ad ulteriore vantaggio di questa teoria va il fatto che un'attribuzione di responsabilità tanto agile ed automatica fa sì che si eviti una macchinosa interferenza del potere giudiziario nell'amministrazione delle imprese, che si verificherebbe qualora questo fosse chiamato ad indagare ogni singolo rischio generato, il relativo costo ed il grado di colpa del soggetto attivo.

Ma vi è un altro "rischio" al quale si va spesso incontro parlando di impresa e in particolare dei reati di bancarotta, cioè quello di conferire un'eccessiva ampiezza all'area di copertura dell'estrema sanzione prevista dal nostro ordinamento, finendo con il far coincidere rischio di impresa e rischio penale e per punire condotte di *mala gestio* inoffensive dei beni tutelati dalle suddette fattispecie.

Ed in particolare proprio al fine di scongiurare questa eventualità si è proposto di sottoporre a sanzione solamente quelle condotte poste in essere nella cosiddetta "area di rischio penale"³⁰: tesi questa che, riportata *in auge* da un disegno di legge del 2008, deve la sua genesi a Pietro Nuvolone, secondo cui, al fine di individuare un'area di rischio lecito per l'attività di impresa si sarebbe

²⁹ P. TRIMARCHI, *op. cit.*, 12.

³⁰ N. PISANI "La tesi della zona di rischio penale", in N. PISANI (a cura di), "Diritto penale fallimentare", Torino 2010

dovuta attivare la tutela penale soltanto nel momento in cui veniva concretamente posto in pericolo il bene giuridico tutelato dalla fattispecie, che egli individuava nell'amministrazione della giustizia, ed in particolare nell'interesse di questa alla equa soddisfazione dei creditori secondo la *par condicio*: risultando secondo l'autore tale interesse minacciato solo dall'insolvenza, ne è conseguenza il fatto che “fino al momento in cui non insorge [tale stato], non insorge il rischio penale”³¹.

Altra tesi³² muove da una nuova considerazione del bene giuridico tutelato dai reati fallimentari, individuato ora nell'interesse patrimoniale dei creditori: onde non porre eccessivi limiti alla libertà dell'imprenditore di disporre secondo le proprie esigenze dei beni aziendali, è necessario secondo l'autore individuare un confine mobile della zona di rischio penale, riferito in particolare ad ogni singolo atto di disposizione patrimoniale. La suddetta zona di rischio non è più dunque ferma al momento dell'insolvenza, ma varia al variare della situazione patrimoniale dell'imprenditore, che potrà vedersi attribuita una responsabilità nel caso in cui con un singolo atto vada ad condizionare negativamente la garanzia patrimoniale dei creditori: una zona di rischio, dunque, che tiene conto della realtà concreta dell'impresa e delle sue specifiche esigenze.

Insomma, solo evitando di confondere un rischio naturale e fisiologico con quello penale si riusciranno a garantire dei confini sicuri all'iniziativa economica privata, tutelata dall'art. 41 della Costituzione e sancita come “libera”, e soprattutto si eviterà che si avveri l'ipotesi prima paventata, cioè che all'imprenditore non risulti permesso di identificare i confini delle norme incriminatrici, correndo così il rischio di “imbattersi” nella responsabilità penale.

³¹ P. NUVOLONE, “*Il diritto penale fallimentare e delle altre procedure concorsuali*”, Milano 1955; L'autorevolezza della tesi non ha tuttavia impedito il sorgere di critiche, essendo stato obiettato che il limite di tale impostazione è quello di far avanzare eccessivamente il momento nel quale può attivarsi l'intervento repressivo, quando invece l'interesse dei creditori potrebbe essere violato anche in un momento precedente, cioè quando si verifica un *pericolo concreto* di insolvenza.

³² C. PEDRAZZI, “*Riflessioni sulla lesività della bancarotta*”, in “*Studi in memoria di Giacomo Delitala*”, vol. II, Milano 1984

1.4 La gestione del rischio

Si è dunque chiarito come le eventualità negative alle quali l'impresa va incontro siano innumerevoli e di natura diversa fra loro. La dottrina di ogni epoca si è dilungata nella classificazione dei rischi, operando le più disparate distinzioni: si parla allora di rischio statico quando esso è legato a fenomeni che si verificano abitualmente e che sono dunque facilmente prevedibili, di rischio dinamico quando invece ci si trova davanti a situazioni rare ed eccezionali, ovvero di rischio quasi-dinamico se il calcolo dell'eventualità che un evento si verifichi è di difficile stima.

Ancora alcuni hanno inteso distinguere tra rischio economico e non economico, a seconda che esso sia misurabile monetariamente ed influisca sui costi o sui ricavi dell'impresa o che invece comporti conseguenze solo morali per il soggetto agente, ad esempio in termini di stima o onorabilità. Così come i rischi possono essere interni se vengono generati da fattori intrinseci all'impresa, come da guasti di macchinari o da scarsa motivazione degli organi di gestione, oppure esterni se si riferiscono invece all'ambiente esterno all'azienda, ad esempio il rischio della perdita di finanziamenti da parte di una banca. Altri hanno poi proposto la distinzione tra rischi patrimoniali ed extrapatrimoniali, in funzione dei soggetti sui quali ricadono: i primi colpiscono coloro che partecipano al capitale e sono perciò esposti alla perdita della loro remunerazione o dei propri beni, i secondi invece concernono i soggetti che partecipano alla vita aziendale senza coinvolgere il proprio patrimonio, come dipendenti, collettività ed anche enti pubblici.

Dato che tra rischio e conoscenza sussiste un'interdipendenza reciproca, poiché "l'uno segna il limite dell'altra, [e] questa consente la percezione e il controllo

di quello”³³, al fine di predisporre un’adeguata azione di fronteggiamento l’imprenditore sarà in primo luogo tenuto ad avere nozione di quali siano gli eventuali fattori che possono generare i rischi e a dotarsi da una parte di una forte “coscienza del rischio”, cioè dell’attitudine ad individuarlo tempestivamente e a ridurre gli effetti, e dall’altra di un efficiente sistema informativo capace di far emergere situazioni potenzialmente negative.

La gestione del rischio (*risk management*), che consiste nell’identificazione, valutazione e misurazione dei rischi connessi all’attività di impresa, è al giorno d’oggi un’esigenza non più trascurabile.³⁴

Ciò che qui interessa è comprendere, al di là dei dati tecnici, se la gestione del rischio comporti delle responsabilità, cioè se l’imprenditore possa essere chiamato a rispondere del management del rischio, e se sì quale criterio di imputazione dovrebbe essere adottato.

Ancora una volta si assiste ad uno storico ritardo rispetto a questa tematica da parte del diritto, restio a vincolare la libera iniziativa economica dell’imprenditore, almeno fino al riconoscimento del principio di adeguatezza come principio giuridico generale al quale ispirarsi per l’eventuale imputazione della responsabilità della *mala gestio*: tale principio trova fondamento giuridico principalmente negli artt. 2381 e 2403 del codice civile, che impongono rispettivamente al consiglio di amministrazione e al collegio sindacale di valutare l’adeguatezza dell’assetto organizzativo, amministrativo e contabile dell’impresa (art. 2831 comma 3 e art. 2403 comma 1). E’ dunque alla stregua di tale parametro che si può valutare la responsabilità dell’imprenditore, e mentre a lui spetterà la predisposizione di un’adeguata gestione aziendale, sarà invece compito del diritto ricavarne le conseguenze giuridiche.

La risposta alla domanda iniziale è dunque positiva: la gestione del rischio, se non ispirata a criteri di ragionevolezza e diligenza, può comportare l’attribuzione di una responsabilità, ed il principio giuridico da applicare in

³³ L. PROIETTI, “*Rischio e conoscenza nel governo dell’impresa. Una analisi del “rischio di modello” nel gruppo Alenia Aeronautica*”, in www.sinergiejournal.it, 195 ss.

³⁴ Avvertita come fondamentale già negli anni ’30 del secolo scorso da studiosi come Henri Fayol.

questo caso è proprio quello dell'adeguatezza. Secondo la giurisprudenza,³⁵ il giudice non è chiamato a sindacare sulle scelte dell'imprenditore, ma solamente a valutare se le sue decisioni sono state prese attentamente e rigorosamente: egli, nel valutare l'adeguatezza della gestione, "dovrà far riferimento - com'è ovvio - alle linee direttrici generali dell'ordinamento (e *in primis* a quelle costituzionali: cfr. art. 41 comma terzo), ai principi della logica e ai portati di consolidata esperienza".

Potremmo chiederci infine se prevenzione del rischio d'impresa significhi solo prevenzione di reati colposi o se invece si possa immaginare l'ulteriore configurazione di una responsabilità a titolo di dolo.

Si potrebbe infatti pensare che, essendo il rischio fisiologicamente presente nell'attività imprenditoriale, dei corrispondenti reati si possa rispondere solo a titolo di colpa, poiché l'evento che si verifica, essendo conseguenza di una componente ineliminabile della suddetta attività, non può dirsi voluto dall'agente: esistendo il rischio indipendentemente dal fatto che qualcuno l'abbia voluto, non può configurarsi il dolo, la cui struttura postula la rappresentazione, la volizione e la causazione da parte del soggetto attivo.

In realtà ciò è vero solo in apparenza: infatti l'agente, conoscendo l'esistenza del rischio, potrebbe volutamente aumentarlo, oppure, pur non avendolo causato, potrebbe accettare la possibilità che esso aumenti, configurandosi dunque ora una responsabilità a titolo di dolo diretto, ora di dolo eventuale.

I modelli dunque non serviranno solo a prevenire reati colposi, derivanti da una "*culpa in vigilando*" o dall'imprudenza o negligenza nella gestione dell'impresa, ma anche quelli dolosi, derivanti da comportamenti realizzati in un'attività fisiologicamente rischiosa e che volontariamente aumentano o introducono un rischio non consentito.

³⁵ Ci si riferisce in particolare alla sentenza n. 4677 del 18 dicembre 2013, in www.penalecontemporaneo.it, con la quale la V sezione penale della Cassazione ha definitivamente sancito il riconoscimento del principio di adeguatezza.

2 La crisi dell'impresa

Strettamente connesso al tema del rischio e suo naturale prosieguo è quello della crisi di impresa. Il tentativo di inquadrare la questione si scontra fin da subito con la complessità dello stesso significato minimo del termine “crisi”: definire che cosa si intenda quando si parla di ciò non è affatto agevole, per prima cosa data la polisemia del concetto che non consente un'indagine superficiale, e successivamente dato l'uso altamente inflazionato dello stesso al quale si è assistito negli ultimi anni, dato che in modo non ponderato si parla di crisi in ogni ambito della vita e della società spesso senza prestare alcun genere di attenzione.

Alla tendenza alla superficialità che connota i nostri tempi si aggiunge, a rendere il tutto più complesso, una questione che trae origine dalla stessa etimologia greca del termine, derivante dal verbo “κρίνω”, ovvero dal sostantivo “κρίσις”, il primo nel suo significato di “separare, cernere, giudicare, valutare”, il secondo di “decisione, scelta”, che contribuisce a farci rendere conto della natura poliedrica e polisemica della “crisi”, laddove essa può sì denotare situazioni negative o catastrofiche, ma può caricarsi anche di una valenza positiva quando indichi un nuovo inizio, un'occasione per riflettere sul vecchio e costruire il nuovo a seguito di una forte rottura. D'altronde, la definizione di crisi fornita dal vocabolario come di “momento che separa una maniera di essere o una serie

di fenomeni da altra differente”³⁶ indica evidentemente come il termine non debba necessariamente caricarsi di una valenza negativa, bensì debba essere utilizzato nel descrivere un percorso complesso che, ad un certo punto, raggiunge una marcata svolta che separa le tappe precedenti da quelle successive.

Dunque, se vogliamo tentare di individuare un significato minimo del termine superando le ambiguità che esso porta con sé, potremmo in generale affermare che “la crisi si manifesta come un evento straordinario, caratterizzato da una visibilità esterna (...), un momento di perturbazione, uno scarto che altera i processi esistenti all’interno e all’esterno del sistema (...) colpito”, e che essa è “caratterizzata da ripercussioni tali da arrivare a pregiudicare l’esistenza duratura ed autonoma di un’organizzazione”³⁷.

Spostando questa analisi nell’ambito dell’impresa, notiamo innanzitutto come anche in questo campo si ripresenta la natura polisemica del termine “crisi” e non sia agevole pervenire ad un corretto inquadramento del concetto. Innanzitutto possiamo partire dal considerare come la peculiare natura dell’impresa quale sistema aperto, dinamico e complesso la porti a rendersi soggetta all’azione di variabili interne ed ambientali che influiscono sul sistema dei rischi, causando l’eventualità che essa si trovi ad attraversare, durante la sua esistenza, dei momenti di crisi.

Mentre nei tempi passati l’episodicità di tali eventi aveva comportato uno scarso interesse all’analisi della tematica, la moderna conformazione dell’economia ha condotto al fiorire di studi sia economico-aziendali, sia giuridici, volti ad individuare ed analizzare le cause del fenomeno e le tappe del suo evolversi al fine di evitare il verificarsi di squilibri tali da poter condurre l’impresa alla disgregazione, riconoscendo unanimemente i diversi orientamenti dottrinali l’importanza della tempestiva individuazione delle disfunzioni, al fine di porre in essere interventi di risanamento progettati *ad hoc* per ogni concreta situazione.

³⁶ Cfr. www.etimo.it

³⁷ C. COLLOCA, “La polisemia del concetto di crisi: società, culture, scenari urbani”, in www.fupress.net, 2011, 2.

I tempi moderni tuttavia, oltre che un maggiore interesse per la materia, hanno portato anche un nuovo punto di vista sulla stessa, collegato ancora al significato minimo del concetto di cui si tratta e alla sua etimologia: anche nell'ambito dell'impresa dunque crisi non è solo momento negativo e patologico, ma anche opportunità per la ricerca di equilibri nuovi, occasione di sviluppo, spunto per valutare cosa è stato fatto fino ad un certo momento e per decidere le correzioni da apportare tramite interventi di risanamento. Una crisi non condanna necessariamente l'impresa alla cessazione della propria esistenza e alla disgregazione, ma può fornire l'occasione per un ritorno alla vita della stessa: è proprio questa la concezione che ispira oggi il nostro legislatore, che se un tempo propendeva per la condanna degli esempi imprenditoriali meno virtuosi e alla loro eliminazione tramite il fallimento, oggi propende invece per la valorizzazione delle imprese in crisi tramite il loro mantenimento in vita e la preferenza per le procedure negoziali alternative.

Sul significato di crisi nello specifico ambito dell'impresa si sono concentrati negli anni i più vari tentativi di esegesi: alcuni, in senso finanziario, intendono la crisi come sinonimo di insolvenza, quindi di mancanza di liquidità e di incapacità di far fronte alle obbligazioni contratte, altri invece propendono per un'interpretazione "istantanea", identificandola in un preciso momento che coincide con l'atto conclusivo di un processo gestionale negativo, ed altri ancora la collocano, in senso giuridico, nel momento in cui si apre la procedura fallimentare o un'altra procedura concorsuale.

Confrontando i vari modelli interpretativi della crisi si evince che mentre negli studi più datati³⁸ si propendeva per un'interpretazione di questa in senso patologico, come momento terminale della vita dell'impresa, nelle teorie più recenti la crisi viene vista al contrario non come evento eccezionale, ma come problema da risolvere quotidianamente, un "incidente di percorso"³⁹ fisiologico all'esistenza stessa dell'azienda.

³⁸ P. CAPALDO, "Crisi d'impresa e suo risanamento", in Rivista "Banche e Banchieri", n.5, 1977.

³⁹ M. ZITO, "Fisiologia e patologia delle crisi di impresa", Milano 1999, 70

In conclusione, si può affermare che, data la natura dinamica ed aperta dell'impresa, la sua conformazione come "sistema di rischi" e la sua soggezione alle dinamiche e alle variabili dell'ambiente esterno, essa, nel tentativo di mantenere un equilibrio costante per assicurarsi la sopravvivenza, si troverà a fronteggiare quotidianamente delle situazioni di squilibrio che configurano stati di crisi potenziali e fisiologici; accanto a crisi di questo tipo si collocano poi situazioni che potremmo definire come patologiche, che costituiscono episodi particolari della vita dell'impresa e che si collegano all'incapacità di far fronte alle interazioni che si vengono a creare tra ambiente esterno e strutture aziendali e all'inadeguata gestione dei sintomi d'allarme lanciati dalle iniziali disfunzioni. Insomma, la crisi di impresa non accade in un istante, non è collocabile in un singolo momento, ma bensì si configura come un processo articolato in diverse fasi, un cammino "a tappe", un "risultato di fatti strutturali, di alterazione profonda di meccanismi di funzionamento dell'impresa, di stati di grave inefficienza e inefficacia della gestione non avvertiti tempestivamente"⁴⁰.

La crisi viene preannunciata da delle disfunzioni, essenzialmente causate da una scarsa flessibilità delle strutture organizzative e da una forte resistenza ai cambiamenti imposti dal mercato, che tuttavia non necessariamente si sviluppano in negativo: lo fanno infatti solo se non vengono tempestivamente individuate e gestite, non essendo accettabile alcuna equivalenza tra disfunzioni e crisi vera e propria, ma solo un'interpretazione che giudichi le prime come potenziali fattori scatenanti della seconda. Anche avendo riguardo ai processi di risanamento, mentre nel caso in cui si debbano affrontare delle disfunzioni il lavoro coinvolgerà solamente singole aree o singole attività dell'impresa, in presenza di una crisi al contrario dovrà procedersi ad una risistemazione ben più complessa ed articolata e che interesserà l'intero sistema.⁴¹

Nell'ottica che interpreta la crisi come un momento fisiologico e progressivo si colloca la "teoria del valore", basata sull'idea che, essendo la creazione di nuova

⁴⁰ S. SCIARELLI, "La crisi d'impresa. Il percorso gestionale di risanamento delle piccole e medie imprese", Padova 1995, 10.

⁴¹ C. VERGARA, "Disfunzioni e crisi d'impresa. Introduzione ai processi di diagnosi, risanamento e prevenzione", Milano 1988, 7 ss.

ricchezza la ragione e il fondamento della sopravvivenza dell'impresa e trovandosi necessariamente essa ad affrontare fasi negative nel corso della sua esistenza, non si possa prescindere da un risanamento costante che impedisca alla crescita dapprima di rallentare e successivamente di invertirsi.⁴²

La crisi sarebbe dunque un percorso che si compone di quattro stadi principali, individuabili nell'incubazione, nella maturazione, nella ripercussione sui flussi finanziari e nelle conseguenze sugli *stakeholders*: i primi due coincidono con il declino, i rimanenti con la crisi vera e propria.

Il declino, che “può rappresentare un passaggio relativamente fisiologico della vita di un'impresa”⁴³, si manifesta con le iniziali inefficienze e perdite e con un significativo decremento dei flussi economici, che non assumono segno negativo ma che incidono sulla fiducia degli investitori, dei clienti e dei fornitori tanto da rendere necessario un tempestivo intervento di risanamento. La crisi rappresenta un peggioramento ulteriore del declino, la fase acuta di uno stato patologico, incarna la sua degenerazione e la sua espressione all'esterno e può concretamente condurre dapprima all'insolvenza, fase nella quale l'impresa non sarà più in grado di soddisfare le obbligazioni contratte, ed infine al dissesto e alla possibile dichiarazione di fallimento. Sono insolvenza e dissesto le reali fasi terminali della vita di un'impresa, che normalmente si osservano quando ormai lo stato di crisi è giunto ad una gravità tale da richiedere, per essere gestito, il ricorso alle procedure concorsuali.

Individuare quali siano le possibili cause del declino e della crisi, quali i segnali d'allarme lanciati e quali i motivi che conducono alla perdita dell'equilibrio è

⁴² L. GUATRI, “*Turnaround. Declino, crisi e ritorno al valore*”, Milano 1995 e “*Crisi e risanamento delle imprese*”, Milano 1986. Nello stesso senso, A. DANOVI, “*Crisi di impresa e risanamento finanziario nel sistema italiano*”, Milano 2003.

Precursori della “teoria del valore” possono essere considerati Normann e Ramirez, secondo cui le imprese si troverebbero fisiologicamente e costantemente in una situazione di crisi a causa della natura dell'ambiente nel quale operano, e ciò comporterebbe la necessità di un aggiornamento continuo delle proprie strategie per sopravvivere al mercato moderno: “la competizione globale, i mercati in continuo mutamento e le nuove tecnologie aprono, in modo significativo, nuove strade per la creazione del valore”, e perciò è necessario che l'impresa si riconfiguri sempre, cambi i suoi piani e metta continuamente a punto processi di risanamento. (R. NORMANN, R. RAMIREZ, “*Lavorare insieme per produrre valore*”, in Harvard Business Review, 1995, 66.)

⁴³ G. BERTOLI, “*Crisi d'impresa, ristrutturazione e ritorno al valore*”, Milano 2000, 16.

fondamentale sia per prevenire tale degenerazione ed assicurare la sopravvivenza all'impresa, sia – soprattutto per ciò che qui interessa - per mettere a punto degli interventi di risanamento adeguati. Non si potrà infatti pianificare un'operazione di risanamento senza conoscere quali sono state le cause che hanno condotto alla crisi in modo tale da rimuoverle.

Certo è che la causa scatenante non è mai specifica ed unitaria, bensì rappresenta la risultante della combinazione di diversi fattori di natura sia interna che esterna all'impresa. Le crisi generate da fattori esterni possono essere quelle settoriali, che investono interi comparti dell'economia e che dipendono dal declino di un interno settore; oppure possono essere originate da eventi catastrofici come disastri naturali o tecnologici, o più spesso sono crisi ecologico-ambientali, dovute a limitazioni normative poste a tutela dell'ambiente e che impediscono certe modalità di produzione alle quali l'impresa aveva da sempre fatto ricorso. Ma si ritiene che spesso non siano i fattori esterni la causa davvero primaria della crisi, ma che essa sia originariamente generata da dinamiche interne dall'impresa poi amplificate dai fattori descritti precedentemente: nell'analisi delle cause endogene si seguono sostanzialmente due diversi approcci, l'uno obiettivo, che tende ad individuare fattori in grado di condurre oggettivamente al declino e alla crisi, l'uno soggettivo, che al contrario propende per attribuire la responsabilità delle inefficienze alla gestione. Coloro che appoggiano la prima interpretazione distinguono tra crisi da inefficienza, da sovraccapacità o da rigidità, da obsolescenza dei prodotti, da carenza di programmazione-innovazione e infine da squilibrio finanziario e patrimoniale.

La prima può essere causata dall'incapacità dell'azienda di adattarsi ai nuovi *standard* concorrenziali, vuoi per l'utilizzo di strumenti obsoleti ed impianti datati, per la scarsa capacità del *management*, per l'eccessivo livello dei costi di produzione rispetto agli altri produttori, o per l'inefficienza del settore commerciale o amministrativo, alla quale conseguono errori nella pubblicità e nell'area del marketing od eccesso di burocratizzazione e carenza del sistema informativo.

La crisi da sovraccapacità o rigidità si origina ora da un eccesso di produzione rispetto alla possibilità di collocazione dei beni sul mercato dovuto dalla caduta

dell'economia, da errori nella previsione della domanda, dall'ottenimento di ricavi inferiori alle previsioni o da perdita di quote, ora da una scarsa flessibilità dell'impresa, che non è in grado di rispondere alla richiesta di riorganizzazione interna ed esterna proveniente dall'ambiente.

La crisi da decadimento dei prodotti è generata da una produzione non più in linea con le richieste della clientela, dunque da una scarsa innovazione, da sbagli nella scelta dei mercati sui quali operare, dallo scadimento della qualità dei servizi offerti o dell'immagine dell'impresa: fattori questi che generano uno squilibrio che fa sì che i margini di vendita non siano più in grado di coprire i costi fissi.

Le crisi da carenza di programmazione-innovazione si sostanziano invece nell'incapacità di produrre strategie nuove ovvero nell'eccessiva concentrazione dell'impegno in aree non fruttuose o per le quali non si ha sufficiente competenza, ovvero ancora nell'incapacità di prendere decisioni a lungo termine tanto flessibili da poter essere progressivamente adattate ai mutamenti dell'ambiente.

Infine, possono condurre ad una situazione di declino anche gli squilibri finanziari e patrimoniali, che si originano da un eccesso di debiti a breve scadenza, dalla mancanza di liquidità, dallo squilibrio tra investimenti duraturi e finanziamenti stabili, dalla difficoltà nell'ottenere il credito dalle banche e dalla carenza di mezzi e beni di proprietà rispetto al *leverage*.

L'approccio soggettivo riconduce invece la responsabilità del declino e della crisi ai soggetti interni all'impresa, sottolineando come siano *in primis* essenziali la capacità degli organi di gestione di mettere a punto le giuste strategie e di individuare tempestivamente eventuali squilibri o carenze strutturali, la corretta percezione del proprio ruolo da parte dell'imprenditore, la sua capacità di iniziativa nelle situazioni di emergenza ed infine la sua volontà di aggiornare l'autorità della quale è investito per realizzare provvedimenti dolorosi ma essenziali.⁴⁴

⁴⁴ Cfr. F. CORTICELLI, "La crescita dell'azienda", Milano 1979, 205, secondo cui "la non adeguata percezione del fenomeno aziendale è espressione di un atteggiamento, se non di una forma mentale, per cui non si giunge ad individuare e interpretare dell'unità produttiva,

Una volta presa coscienza di quali possano essere i fattori in grado di scatenare una crisi, è essenziale riuscire a riconoscerne tempestivamente i primi sintomi per fare in modo che essa da momento di disgregazione assuma quella connotazione positiva della quale inizialmente si parlava, consentendo una rottura col passato e la sperimentazione di soluzioni nuove. Il processo di diagnosi è tanto fondamentale quanto complesso, soprattutto poiché nelle prime fasi i sintomi sono estremamente difficili da individuare, non incarnandosi essi in manifestazioni eclatanti ma riuscendo a rimanere latenti, celati dal complessivo andamento positivo dell'organizzazione aziendale: non è poi di poco conto l'atteggiamento dello stesso imprenditore, spesso ottimista riguardo alla gestione e perciò tendente a sottovalutare i problemi "minori" ritenendoli irrilevanti. Per fare il modo che anche le primissime manifestazioni di squilibrio vengano riconosciute è dunque necessaria la presenza di un organismo autonomo a cui sia affidato il compito di indagare ogni singola attività e settore e di far emergere eventuali situazioni patologiche tramite una tempestiva segnalazione. Oltre a questo meccanismo si possono individuare alcuni ulteriori strumenti idonei a valutare lo stato di salute dell'impresa, primo fra tutti un sistema informativo nel quale convergano i flussi di dati necessari affinché ogni centro decisionale posseda le conoscenze relative ad aspetti interni ed esterni dell'azienda, conoscenze necessarie per prendere iniziative col massimo grado di razionalità; in secondo luogo può rivelarsi utile l'analisi di bilancio, che consentendo un giudizio complessivo sullo stato di equilibrio rende possibile individuare tramite alcuni indici le disfunzioni in atto potenzialmente idonee a influire gravemente sull'impresa.

Una volta effettuata la diagnosi ed individuate le cause della patologia sarà possibile valutare la fattibilità di un'operazione di risanamento e definirne le modalità con riguardo alla situazione concreta: sarà innanzitutto fondamentale concentrarsi principalmente sulla eliminazione dei fattori che hanno scatenato la crisi, e non solo sui suoi effetti, poiché ciò porterebbe ad un risollevarmento

possibilità e limiti, esigenze ed opportunità di azione". E' cioè in primo luogo necessario, per rendere possibile l'individuazione di segnali d'allarme, che sia lo stesso imprenditore a comprendere il proprio ruolo e le dinamiche interne all'azienda.

solo apparente e temporaneo. Andr  inoltre valutata la fattibilit  dell'intervento sia in termini di volont  dei detentori del capitale, sia in termini di costi, sia soprattutto in termini di concreta probabilit  di riuscita del processo di *turnaround*. La mutata prospettiva del legislatore offre molteplici soluzioni per una composizione dello stato di crisi che privilegi l'autonomia negoziale delle parti private coinvolte, anche se principalmente sar  la spinta proveniente dall'interno dell'impresa, la sua volont  di sopravvivere e la sua determinazione nel riorganizzare la sua attivit  a giocare un ruolo primario nel successo o meno del processo di risanamento.

2.1 La concezione del Legislatore italiano

Da quanto sopra esaminato possiamo osservare come i risvolti e le sfaccettature della crisi di impresa appaiano davvero molteplici ed suscettibili di essere analizzati sotto diverse prospettive. Ci si pu  dunque concentrare sugli aspetti economici, sulle questioni relative alla gestione, sulle interazioni tra impresa e ambiente, sulla classificazione delle tipologie di crisi, ma tuttavia, se nell'ambito dell'economia e della dottrina aziendalistica tali questioni assumono un rilievo fondamentale, nel campo del diritto invece il tema della crisi di impresa si caratterizza per una coloritura totalmente differente.

Con ci  si vuole sottolineare, come premessa, la necessit  di ricondurre ogni disciplina alle sue specifiche competenze, ci  significando che se per l'analisi dei sintomi della crisi o delle sue possibili cause, ovvero per l'approfondimento delle questioni riguardanti l'organizzazione dell'impresa sar  certamente utile ed anzi doveroso far ricorso alla disciplina economica, tuttavia l'indagine sulla crisi per ci  che interessa al diritto sar  appannaggio del giurista.

La distinzione   doverosa poich  per l'esperienza giuridica non sono difatti importanti tutte le fasi o le manifestazioni della crisi, ma solamente quel momento specifico in cui essa assuma uno spessore tale da comportare

l'impossibilità di adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni: in altre parole, affinché uno stato di crisi rilevi per il diritto, da esso deve derivare l'insolvenza dell'imprenditore. Dobbiamo dunque comprendere a questo punto che cosa si intenda, dal punto di vista giuridico, con insolvenza e quali siano i confini tra questa e lo stato di crisi, considerando soprattutto che se la prima resta il presupposto del fallimento, il secondo è invece divenuto condizione per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo.

Riguardo alla prima questione, bisogna fare senz'altro riferimento all'art. 5, comma 2 della legge fallimentare, ove si esplicita il significato di insolvenza come di un fenomeno che "si manifesta con inadempimenti o altri fatti esteriori, i quali dimostrano che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni". Su cosa si debba intendere per adempimento "regolare" si è lungamente dibattuto, giungendo alla conclusione condivisa dalla maggiore dottrina e giurisprudenza secondo cui, partendo dal presupposto che ci si riferisce ad un'attività complessa ed organizzata nella quale i singoli negozi sono tra sé intrecciati, ed essendo dunque impossibile considerarli unitariamente, si dovrebbe intendere che il legislatore abbia voluto dare peso non a isolati inadempimenti, bensì a quelle situazioni che rivelano una stabile incapacità di far fronte in modo normale alle obbligazioni contratte.

Insolvente è dunque l'imprenditore che si trova in una condizione non transitoria e non solamente temporanea di incapacità di soddisfare i propri debitori⁴⁵. In realtà appare corretto anche al senso comune che un istituto gravoso quale il fallimento, che comporta delle conseguenze così pesanti sull'imprenditore, possa essere applicato solo nei casi in cui la difficoltà ad

⁴⁵ Sull'esigenza della non transitorietà dell'impossibilità ad adempiere al fine della valutazione dello stato di insolvenza si è espressa anche Cass. Civ., Sez. I, 28 gennaio 2008 n. 1760, in *Guida al diritto*, 2008, 18. Secondo Trib. Reggio Calabria, 4 marzo 2007, *ivi*, 2007, 46 è proprio la caratteristica della stabilità a differenziare lo stato di insolvenza da quello di crisi. È stato inoltre specificato che nella valutazione dell'insolvenza non è consentito fermarsi all'osservazione della situazione contingente, ma deve adottarsi un giudizio prognostico riguardante le future possibilità dell'impresa di adempiere alle obbligazioni contratte (Trib. Monza, 3 luglio 2000, in *Fallimento*, 2001, 441.)

Secondo Terranova la regolarità non ha niente a che vedere, come talvolta sostenuto, con la normalità dei mezzi di pagamento, né con l'esattezza del pagamento. (V. TERRANOVA, "Insolvenza, stato di crisi, sovraindebitamento", Torino 2013, 58.)

adempire appaia irreversibile e l'impresa, al di là del rapporto fra attività e passività, non sia più in grado di sopravvivere nel mercato, e non anche quando si configuri come una complicazione passeggera.

Passando alla seconda questione, relativa all'individuazione di una linea di confine fra crisi ed insolvenza, si nota innanzitutto che soprattutto prima della riforma del 2005 la questione ha visto schierarsi su fronti opposti dottrina e giurisprudenza: secondo la prima, mentre lo stato di crisi sarebbe stato segnato da una situazione di difficoltà economica sanabile e dunque dalla possibilità di accedere a soluzioni concordate, l'insolvenza invece si sarebbe caratterizzata per una gravità delle condizioni aziendali irrimediabile e dunque tale da condurre necessariamente al fallimento. Secondo la giurisprudenza invece era da respingersi l'idea di una così forte demarcazione, e doveva al contrario accogliersi l'interpretazione di crisi come sinonimo di insolvenza, e dunque di momento comprensivo sia di situazioni di forte negatività, sia di temporanee difficoltà ad adempiere,⁴⁶ individuando dunque la soglia minima della crisi già in quelle situazioni di illiquidità non ancora consolidata.

L'aggiunta, ad opera della citata riforma del 2005, di un ultimo comma all'art. 160 l. fall., più che risolvere le cose ha sembrato renderle ancora più complesse: esso, stabilendo che “ai fini di cui al primo comma per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza”, sembra suggerire un'equazione crisi-insolvenza che non pare essere corretta. Viene fatto notare da numerosa dottrina come non sia possibile equiparare *sic et simpliciter* l'imprenditore in crisi a quello che versa in una situazione di difficoltà ad adempiere, poiché così “non si risolve il problema dell'attribuzione allo stato di crisi di un significato diverso da quello di stato di insolvenza”⁴⁷ ed inoltre poiché “la situazione di illiquidità, ancorché statisticamente assai frequente, non costituisce un elemento indefettibile dello

⁴⁶ In questo senso si sono espressi: Tribunale Milano, 7 novembre 2005, in *Fallimento*, 2006, 51; Tribunale Pescara 20 ottobre 2005, *ivi*, 2006, 56 e 222 e 13 ottobre 2005, *ivi*, 2006, 98; Tribunale Palermo, 17 febbraio 2006, *ivi*, 2006, 570; Tribunale Sulmona, 6 giugno 2005, *ivi*, 2005, 793; Tribunale Bari, 7 novembre 2005, *ivi*, 2006, 53 e 54.

⁴⁷ L. GUGLIELMUCCI, “*La riforma in via d'urgenza della legge fallimentare*”, Torino 2005, 59

stato di crisi, potendo la condizione di malessere economico manifestarsi in altri modi”⁴⁸.

L’interpretazione corretta di crisi sarebbe quella che la vede come una fase molto ampia, che ricomprende in sé anche lo stato di insolvenza, di perdita di liquidità o “di difficoltà economico-finanziaria non necessariamente destinato ad evolversi nella definitiva impossibilità di adempiere”⁴⁹. Non sembrerebbero dunque rientrare in questo concetto tutte quelle situazioni negative passeggero od estremamente lievi⁵⁰, che costituiscono un elemento fisiologico della vita dell’impresa e che sono comunque superabili anche senza ricorrere al concordato o ad altra procedura di risanamento.⁵¹

In conclusione il legislatore, con la formula dell’ultimo comma dell’art. 160 l. fall., intende la crisi come una situazione di difficoltà economica e finanziaria dell’impresa comprensiva anche della *species* dell’insolvenza, non volendo in alcun modo equiparare le due differenti situazioni ed usare i rispettivi sostantivi come sinonimi. Non va inoltre dimenticato che la *ratio* a cui risponde l’inserimento della suddetta disposizione è quella di anticipare la possibilità di ricorrere al concordato preventivo fino ai primissimi momenti di difficoltà dell’impresa, in modo tale che essa possa subito attivarsi per porre in essere i necessari interventi risolutivi, in coerenza con l’intera finalità conservativa dell’attuale legge fallimentare.⁵²

⁴⁸ S. AMBROSINI, “Concordato preventivo: profili generali e limiti del controllo giudiziale”, 2007, in www.ilcaso.it, 3.

⁴⁹ Cass., sez. I civ., 6 agosto 2010, n. 18437, in www.ilfallimento.it

⁵⁰ Cassazione, 28 febbraio 2000, n. 2211, in *Giust. civ., Mass.* 2000, 489, ha infatti precisato come sia doveroso fare una differenziazione fra le difficoltà temporanee e la vera insolvenza, stabilendo che “lo stato di insolvenza dell’imprenditore che non consente a quest’ultimo di adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni non è escluso dalla (asserita) esistenza della possibilità di superare la crisi economica”.

⁵¹ A questo proposito è stato osservato (G. TERRANOVA, “Stato di crisi, stato d’insolvenza, incapacità patrimoniale”, in “Diritto Fallimentare delle società commerciali”, 2006, 561) che “tutto dipende dall’orizzonte cronologico al quale si fa riferimento (...): la crisi finanziaria preclude, o non preclude, il ritorno alla normalità, a seconda che la prognosi venga riferita ad un termine breve (al limite immediato), o riguardi un più lungo lasso di tempo”.

⁵² A questo proposito il Tribunale di Monza in data 11 giugno 2013 ha sancito, in tema di concordato preventivo, che “tra le condizioni soggettive di ammissione, il nuovo tenore dell’art. 160, primo comma, l. fall. evidenzia solo la qualifica di imprenditore in capo al richiedente e (...) l’ulteriore circostanza che tale soggetto si trovi in stato di crisi, concetto che è ritenuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza il più ampio *genus* nel quale si trova anche la

3 La gestione della crisi: il R.D. 267/1942

L'importanza del tema relativo alla crisi d'impresa e alla sua gestione ha fatto sì che ad esso durante il corso della storia si sia dedicato un ingente numero di riforme, lungo il cammino delle quali si assiste alla sconfitta della prospettiva liquidatoria in favore del rafforzamento di strumenti diretti al risanamento e alla gestione concordata della crisi fra imprenditore e creditori.

Nel R.D. 267/1942 l'impostazione con la quale veniva gestita la crisi rispondeva da una parte al volto dell'Italia del tempo, nella quale era protagonista la volontà di promuovere e premiare la crescita e di reprimere gli esempi imprenditoriali non virtuosi, dall'altra ad un momento storico nel quale l'esiguo numero delle imprese commerciali soccombeva dinanzi alla maggioranza delle attività agricole; a ciò si aggiungeva inoltre l'antica concezione repressiva della pena e del reato, secondo cui la condotta insolvente era degna di essere sanzionata con l'istituto del fallimento, impostato come "una sorta di gogna, a cui rimaneva

species dell'insolvenza, potendo variare da un semplice disequilibrio finanziario, economico o produttivo, fino a giungere ad ipotesi di crisi irreversibile".

Anche il Tribunale di Arezzo in data 24 gennaio 2013 ha stabilito che "ai sensi dell'art. 160 l. fall. per "stato di crisi" si intende anche lo stato di insolvenza, ossia la impotenza economica funzionale e non transitoria per la quale l'imprenditore non è più in grado di far fronte regolarmente e con mezzi normali alle proprie obbligazioni per il venir meno delle condizioni di liquidità e di credito necessarie alla propria attività. Ne consegue che lo "stato di crisi" non può che atteggiarsi con connotati di minore gravità e riguarda, quindi, tutte quelle situazioni che sono potenzialmente idonee a sfociare nella insolvenza medesima".

sottoposto l'imprenditore incapace, senza alcuna valutazione critica relativa alle cause di tale incapacità"⁵³.

A far da riprova alla finalità sanzionatoria dell'istituto del fallimento, venivano previste per l'imprenditore "colpevole" di trovarsi in stato di insolvenza serie restrizioni all'esercizio di diritti costituzionalmente garantiti, vere e proprie pene accessorie tra le quali giova ricordare l'obbligo di residenza, la consegna al curatore della corrispondenza e la perdita dell'elettorato attivo e passivo.

L'unica alternativa al fallimento, che tuttavia spesso diveniva una sua anticipazione, era l'amministrazione controllata, alla quale si poteva ricorrere all'esistenza di uno stato di temporanea difficoltà ed inefficienza, che non si fosse però ancora risolto in insolvenza: anche in questo caso però lo scopo preminente, oltre a quello, apparente, di conservazione dell'azienda, era il pagamento integrale dei creditori.

Ulteriore tratto caratterizzante della legge del 1942 era una forte accentuazione del *favor creditoris*, vale a dire del privilegio assegnato indefettibilmente alla realizzazione dell'interesse creditorio rispetto a quello imprenditoriale: ne era prova, ad esempio, l'impostazione del concordato preventivo, visto come una procedura minore e riservata agli imprenditori meritevoli, ma "sfortunati", che avessero tenuto regolarmente la contabilità nei due anni precedenti la crisi e che, nei cinque anni antecedenti, non avessero ricorso al medesimo istituto, non fossero stati dichiarati falliti e non avessero subito condanne per altri specifici reati.

Il debitore, se voleva scampare alla gravosa procedura fallimentare, aveva l'onere di assicurare il pagamento dei creditori privilegiati per intero e dei chirografari nella misura del 40 per cento, o in alternativa effettuare una sorta di "*datio in solutum*", cedendo la totalità dei propri beni agli aventi diritto, successivamente ad una valutazione di idoneità degli stessi a soddisfarne gli interessi.

⁵³ L. GHIA, C. PICCININNI, F. SEVERINI, "Trattato delle procedure concorsuali", vol. IV, Torino 2011, XVIII; S. SATTA, "Diritto fallimentare", Padova 1974, 43

Quest'ultima ipotesi, che va sotto il nome di “concordato per cessione”, si ispirava sia “a motivi di utilità pratica (essendosi questa forma di regolamento delle posizioni debitorie dimostrata idonea a far superare il dissesto dell'imprenditore)”, sia “all'esigenza di evitare il differente trattamento dei creditori che spesso si verificava”⁵⁴: prova evidente dell'unica finalità del legislatore di privilegiare il principio del *favor creditoris* rispetto a quello di conservazione e risanamento dell'impresa (anche se all'epoca non mancava chi sosteneva che la cessione dei beni rispondeva allo scopo di risanamento dell'impresa: tesi non solo debole nella teoria, ma smentita oltretutto dalla pratica, dato che erano ben poche, per non dire nessuna, le imprese che all'esito della procedura di concordato si trovavano a godere di nuova vita).

Sia nel caso del fallimento, sia in quello delle soluzioni, l'impostazione liquidatoria e sanzionatoria mostra tutta la sua inadeguatezza: è difatti poco probabile che lo smembramento dell'azienda e dalla sua sparizione dal mercato possano soddisfare l'interesse dei creditori, specie nei frequenti casi in cui essi siano a loro volta imprenditori e dunque l'impossibilità di ottenere quanto loro dovuto causi di riflesso la crisi delle loro stesse aziende, originando una sorta di circolo vizioso; ed inoltre nella maggioranza dei casi il fallimento lascerà un patrimonio quasi inesistente⁵⁵, che non garantirà dunque, come il legislatore vorrebbe, la soddisfazione del ceto creditorio, ed anzi correrà il rischio di trasformarsi in un'offesa al principio della *par condicio*, dato che si troveranno accontentati solo gli aventi diritto muniti di privilegio, lasciando sfumare le posizioni dei chirografari.

E' stato notato come esistano infatti delle categorie di creditori il cui interesse sarebbe meglio soddisfatto non dalla liquidazione dell'impresa, ma piuttosto dalla sua conservazione: ci si riferisce non solo ai titolari di un'attività collegata a quella dell'azienda in crisi, ma anche alle banche, interessate “ad impedire una

⁵⁴ G. LO CASCIO, “*Il concordato preventivo*”, Milano 2011, 186 ss.

⁵⁵ A. MAFFEI ALBERTI (cit.) ricorda inoltre che la diffusione di tecniche contrattuali nuove “che consentono all'imprenditore di avere la disponibilità, ma non la proprietà degli strumenti della produzione e che gli consentono inoltre di monetizzare immediatamente i crediti attraverso la cessione a terzi” fa sì che il patrimonio destinato alla soddisfazione delle pretese creditorie sia sempre più esiguo.

propagazione a cascata dell'insolvenza, con ripercussioni a catena sui *suoi* clienti". Cosa che divenne sempre più evidente con l'accrescersi della complessità dell'economia e dell'attività imprenditoriale: "da tutto ciò consegue che, per gli stessi creditori, sempre più spesso l'unica possibilità di un qualche soddisfacimento di un loro credito è legato alla possibilità di preservare la continuazione dell'attività di impresa sì che si possa cedere il complesso produttivo organizzato ad altri imprenditori, realizzando il plusvalore costituito dalle competenze tecniche, dal *know-how*, dai beni immateriali, dall'avviamento"⁵⁶: la complessità del mercato insomma non sarebbe solo una nota negativa, poiché favorendo un maggiore impegno dell'imprenditore arricchirebbe anche la sua perizia, la sua abilità, dunque il valore aggiunto della sua attività.

In breve, oltre che al fallimento delle imprese si assisteva anche al fallimento della concezione che aveva caratterizzato un'epoca, richiedendo l'evoluzione della storia il superamento dell'idea "patrimonialistica" di impresa in favore di un'impostazione sociale, funzionalistica, il cui scopo preminente non fosse più quello di eliminare dal mercato l'esempio meno virtuoso, ma al contrario quello di salvaguardare la continuità dell'azienda ed insieme ad essa la forza-lavoro impiegata.

3.1 Il cammino delle riforme: da impostazione liquidatoria a conservativa

Già nel 1956 c'era chi sosteneva che "il fallimento in ogni economia a vasto sviluppo e organizzazione non fosse più in verità né attuale né conveniente per disciplinare l'insolvenza (...) dati i vasti interessi economici coinvolti (...),

⁵⁶ A. MAFFEI ALBERTI, "Conservazione dell'attività di impresa e revocatoria fallimentare", in "L'interprete e l'operatore dinanzi alla crisi dell'impresa. Questioni controverse: in particolare la revocatoria fallimentare. Atti del convegno Siena 15-16 ottobre 1999- 9 giugno 2000", Milano 2001, 31 ss.

pregiudicati irrimediabilmente da una liquidazione fallimentare, con seria minaccia all'economia stessa del paese.”⁵⁷ La veloce evoluzione della società, che rese impraticabile il motto oraziano *exegi monumentum aere perennius*⁵⁸, mostrò con particolare evidenza anche l'anacronismo del modo con cui si guardava al bene impresa e alle vicende ad esso connesse e l'urgenza di dare attuazione ad una riforma del diritto fallimentare che consentisse da un lato la conservazione e la tutela dell'impresa e dall'altro la sottrazione al giudice del suo ruolo dirigitico di *dominus* della crisi.

I modelli⁵⁹ ai quali tale complesso cammino di riforma si ispira sono essenzialmente due: il primo, “premiare”, grazie al quale viene superata la concezione antica e rigida che privilegiava come strumento centrale per la risoluzione della crisi il fallimento, connotato da un forte carattere afflittivo e la cui finalità preponderante era la soddisfazione degli interessi dei creditori sulle spoglie dell'imprenditore⁶⁰, il secondo “contrattualistico”, il cui merito è quello di diminuire il potere di sindacato del giudice, a fronte di un ampliamento dell'autonomia negoziale privata e dell'introduzione di sistemi stragiudiziali di composizione della crisi.

In tal modo si è proceduto ad un adeguamento della disciplina interna alle tendenze sviluppatesi da tempo sia nei Paesi Europei che oltreoceano, rispetto alle quali è emblematico il riferimento al *Chapter 11* americano⁶¹, ossia la parte

⁵⁷ G. ROSSI, “*Il fallimento del diritto americano*”, Padova 1956

⁵⁸ R. RORDORF, introduzione a S. AMBROSINI, “*Il nuovo diritto della crisi d'impresa: l.132/15 e prossima riforma organica*”, Bologna 2016

⁵⁹ G. ROSSI, introduzione al convegno di Courmayeur “Crisi dell'impresa e riforme delle procedure concorsuali”, in “Atti del convegno”, Milano 2006, 12

⁶⁰ G. FEDERICO, R. VIVALDI, “*La riforma del concordato e della revocatoria fallimentare*”, Bologna 2005, 70

⁶¹ Il giudice fallimentare Charles G. Case II, nel suo contributo “Business crisis and reorganization: the American experience” al suddetto convegno di Courmayeur (in “Atti del convegno”, Milano 2006, 12), descrive il sistema americano come “*a procedural mechanism for adjusting the rights of parties – debtors and creditors – in a fair, efficient and transparent manner*”, dove sono presenti due modelli di riorganizzazione, “*operational reorganization*” e “*financial reorganization*”. “*The debtor remains in possession of the property (...) and is invested with the powers, the duties and responsibilities of a trustee. (...) The law provides for the appointment of an Official Creditors Committee. This Committee only represents the interests of the unsecured creditors. (...) It is the Court's role to oversee the proceedings and resolve disputes that arise. The Court is not involved in supervising the administration of the*

del codice fallimentare statunitense (*Bankruptcy Code*) che prevede la riorganizzazione dell'impresa (*corporate reorganization*) e non la sua liquidazione ove essa si trovi in stato di grave dissesto, e addirittura l'approvazione dell'accordo di risanamento se è presente anche solo una classe di creditori a favore di esso.⁶²

Un primo concreto passo in avanti rispetto all'impostazione del Regio Decreto venne attuato nel 1979 con l'introduzione della Legge Prodi (l. 3 aprile 1979, n. 5), che in anni di forte criticità per le imprese italiane affrontò il problema della crisi di quelle di grandi dimensioni, il cui fallimento causava ingenti danni alla società e al mercato.

La suddetta legge introdusse per la prima volta nel sistema fallimentare quella logica conservativa che oggi ne costituisce il tratto saliente, orientata alla salvaguardia dei complessi produttivi tramite la possibilità di predisporre dei piani di risanamento e di conseguenza di ripristinare la regolare solvibilità.

Tuttavia vent'anni dopo, a causa della sollecitazione proveniente dell'Europa al rispetto del principio concorrenziale di non assistenza statale alle imprese, tale disciplina venne abrogata, per cedere il passo alla cosiddetta legge *Prodi-bis* e alla nuova amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato

case.” Insomma, un sistema dove viene data fiducia all'iniziativa dei privati e dove il ruolo del giudice è solo quello di “*supervisor*”.

⁶² Altri spunti si traggono dal diritto anglosassone, dove vige un sistema di norme non scritte, il cosiddetto “*London Approach*”, che obbliga le banche creditrici, con l'appoggio della Banca Centrale, a fornire liquidità alle imprese in crisi, in modo tale che possano risollevarsi dal loro stato.

Più particolari invece sono il modello francese e quello spagnolo: nel primo, con la legge 26 luglio 2005 n. 845 (*loi de sauvegarde des entreprises*) si prevede una *procedure d'alerte*, nella quale i *commissaires aux comptes* hanno il compito di segnalare al consiglio di amministrazione ogni potenziale fattore di crisi, che se non tempestivamente eliminati portano all'intervento dell'autorità giudiziaria: tali strumenti d'allarme sono sempre stati posti in una luce negativa nel sistema italiano, per il timore che la loro risonanza verso l'esterno scoraggiasse i fornitori e i clienti ad intrattenere rapporti con l'impresa in conclamato stato di crisi (tutto ciò almeno fino all'intervento, nel 2015, della Commissione Rordorf, che ha proposto proprio l'introduzione nel nostro ordinamento delle procedure di allerta).

Il sistema spagnolo è caratterizzato da un'accentuazione forte dei poteri dell'autorità giudiziaria, poiché non è presente alcun riferimento ad una risoluzione “privatistica” della crisi ed è prevista un'unica procedura che si apre in ogni caso con l'istanza fallimentare: insomma, modello francese e spagnolo non rappresentavano i migliori esempi per la riforma italiana, vista la sua esigenza di favorire soluzioni concordate alla crisi d'impresa che ne evitassero la liquidazione e che favorissero gli accordi tra privati.

d'insolvenza, il cui complesso meccanismo mirava ugualmente a consentire il risanamento aziendale tramite una prima fase nella quale il compito di accertare la concreta fattibilità del piano era affidata al Tribunale che, a seguito dell'emanazione di una sentenza dichiarativa dello stato di insolvenza, nominava un giudice delegato alla procedura e uno o tre commissari: a questo punto si apriva una seconda fase, caratterizzata dall'analisi delle cause del dissesto e delle concrete possibilità di recupero delle attività imprenditoriali, le quali, se sussistenti, portavano all'apertura della procedura di amministrazione straordinaria. A seguito di ciò, il ruolo di *dominus* risultava affidato al commissario giudiziale, al quale era attribuito il potere di decidere la modalità di realizzazione del salvataggio dell'impresa, ora tramite la cessione del complesso aziendale, ora tramite la sua ristrutturazione, ovvero infine attraverso cessioni di beni e contratti nel caso delle imprese incaricate dell'erogazione di servizi essenziali alla collettività.

Chiaramente tuttavia, non essendosi ancora estinta la visione centrista dell'istituto del fallimento nell'ambito della crisi, tale procedura poteva essere aperta in ogni momento nel caso in cui venissero meno i presupposti del programma di risanamento, pendendo costantemente questa eventualità sulla testa dell'imprenditore come una "spada di Damocle".

Ugualmente i successivi interventi del legislatore, apportati in seguito alla crisi del gruppo Parmalat (cosiddetto decreto Marzano, d.l. 27 dicembre 2003, n. 347) e di Alitalia (d.l. 28 agosto 2008, n. 134), non riuscirono a superare il problema di una disciplina eccessivamente macchinosa, ed anzi portarono alla creazione di un regime differenziato fra piccole e medie imprese da una parte, per le quali rimanevano in vigore gli strumenti della legislazione fallimentare del 1942, e grandi imprese dall'altra, la cui importanza per l'economia giustificava un'impostazione conservativa.

Successivamente le spinte provenienti sia dalla dottrina aziendalistica, da sempre attenta a cogliere l'importanza fondamentale della continuità quale valore fondante l'attività di impresa da salvaguardare attraverso la risoluzione negoziale dello stato di crisi, sia dalla giurisprudenza nell'applicazione pratica

all'interno delle aule dei Tribunali, condussero all'istituzione nel 2001 di una Commissione guidata dall'Avvocato Sandro Trevisanato, avente lo scopo di elaborare un progetto di "riforma organica della disciplina della crisi d'impresa e dell'insolvenza". I travagliati lavori della Commissione sfociarono nella redazione di un disegno di legge contenente un mutamento sostanziale dell'intera materia fallimentare e nel quale era prevista "l'abolizione delle procedure concorsuali, in favore di una regolamentazione unitaria, con meccanismi di prevenzione, composizione concordata della crisi e dell'insolvenza, senza possibilità di meccanismi diversi a seconda delle dimensioni o caratteristiche dell'impresa"⁶³. In prima battuta le divergenze createsi portarono all'elaborazione di due diversi documenti, e a seguito di ciò fu convocata una terza Commissione, la cui proposta finale tuttavia non conobbe fortuna e non venne mai approvata.

A seguito di questi lavori si assiste al susseguirsi di un eterogeneo numero di interventi mirati al superamento della logica giudiziaria-liquidatoria, per giungere ad una nuova concezione, tutta contrattuale e conservativa, che identifica ad oggi la disciplina fallimentare.

Il primo passaggio di questo complesso *iter* si può rinvenire nel disegno di legge AS-1243, recante "Modifiche urgenti al R.D. 267/1942", il quale, pur essendo nato come provvedimento straordinario avente lo scopo di adeguare la normativa agli orientamenti della Cassazione e della Corte Costituzionale, sfociò in seguito nel decreto legge 14 marzo 2005, n.35 (convertito in legge 14 maggio 2005, n.80). La relazione illustrativa al decreto ricorda che "nella legislazione dei Paesi europei si è, da tempo, affermata la tendenza volta a considerare le procedure concorsuali non più in termini meramente liquidatori-sanzionatori, ma piuttosto come destinati a un risultato di *conservazione* dei mezzi organizzativi delle imprese, assicurando la sopravvivenza, ove possibile, di queste (...)": al fine di realizzare questo mutamento di prospettiva il legislatore modifica fortemente il concordato preventivo, che presuppone un

⁶³ Cfr. GHIA, PICCININNI, SEVERINI, *op.cit.*, XVII

accordo volto alla “ristrutturazione dei debiti” e alla “soddisfazione dei crediti” (art. 160 comma 1 lett. *a*)) e che prevede inoltre la possibilità di operare una suddivisione in classi dei creditori “secondo posizione giuridica ed interessi economici omogenei” e con “trattamenti differenziati tra creditori appartenenti a classi diverse” (art. 160 comma 1 lett. *c*) e *d*)).

Viene inoltre modificato l’istituto della revocatoria fallimentare, disciplinato dall’art. 67 del Regio Decreto e considerato dal legislatore del 1942 come uno degli strumenti più efficaci per realizzare la *par condicio creditorum*: il dimezzamento dei termini previsti per il periodo sospetto, che porta al ridimensionamento dell’esperibilità dell’azione revocatoria, e l’estensione dell’esonero da questo istituto ad un maggiore numero di atti eliminano quello spettro che gravava costantemente sull’imprenditore in crisi e rispondono alla nuova finalità di salvaguardia e conservazione delle aziende.

I meriti di questa riforma non terminano qui: essa infatti ha provveduto ad introdurre nuovi strumenti di risoluzione della crisi, individuabili negli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182-*bis* l. fall.) e nei piani attestati (art. 67, comma 3, lett. *d*) l. fall.): i primi furono pensati come composti da due fasi, delle quali una prima stragiudiziale, nella quale il debitore richiede l’omologazione dell’accordo stipulato con almeno il sessanta per cento dei creditori depositando la documentazione di cui all’art. 161 l. fall. ed accompagnandola alla relazione del professionista di cui all’ art. 67, comma 3, lett. *d*) l. fall., e un secondo momento nel quale interviene il Tribunale che, decise le eventuali opposizioni dei creditori che non hanno aderito all’accordo, lo omologa in camera di consiglio e con decreto motivato (art. 182-*bis*, comma 4). Per il piano attestato fu invece prevista una riduzione al minimo del controllo giurisdizionale, mancando la fase di omologazione, ma condividendo d’altra parte entrambi gli istituti introdotti un’importante esclusione dalla revocatoria per tutti gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione degli accordi, per favorire ulteriormente la conservazione dell’impresa.

Un ulteriore passo in avanti è rappresentato dal d.lgs. 9 gennaio 2006, n.5, approvato in attuazione della predetta legge e recante “Riforma organica della

disciplina delle procedure concorsuali a norma dell'art. 1, comma 5, della legge 14 maggio 2005, n. 80", con cui si assiste all'eliminazione del pubblico registro dei falliti e ad un ulteriore ridimensionamento del ruolo del giudice, il cui compito è ormai solo quello di controllare la regolarità e la completezza dei documenti presentati per l'ammissione alla procedura e di vigilare sul corretto svolgimento della stessa, senza alcuna possibilità di sindacarla nel merito.

Ma non solo: vengono eliminati quegli obblighi incostituzionali del fallito verso il Curatore che avevano il sapore di vere e proprie sanzioni accessorie, e che si rinvenivano nell'obbligo di consegnare ad esso la corrispondenza, in quello presentarsi personalmente ad ogni sua chiamata e nell'obbligo di dimora.

Infine, da una parte, nel pieno rispetto del principio del contraddittorio, viene disposto all'art. 15 l. fall. che nel procedimento per la dichiarazione di fallimento davanti al Tribunale il debitore debba essere obbligatoriamente convocato, e dall'altra si assiste all'abrogazione dell'istituto dell'amministrazione controllata.

Il cammino delle riforme continua con il d.lgs. 12 settembre 2007 n. 169, le cui ulteriori novità si concentrano da una parte sull'individuazione dei requisiti richiesti per la fallibilità dell'imprenditore, dall'altra nuovamente sul concordato preventivo. Avendo riguardo in particolare al primo punto, si nota come scompare la definizione in negativo del "piccolo imprenditore", in favore dell'introduzione di limiti dimensionali che fissano le condizioni di applicabilità della procedura fallimentare: viene così introdotto il nuovo criterio dell'ammontare complessivo dell'indebitamento non superiore a €500.000, che va così ad aggiungersi alle soglie precedentemente previste (attivo patrimoniale non superiore a €300.000, ricavi non al di sotto di €200.000), facendo sì che per godere dell'esenzione dal fallimento l'imprenditore non solo presenti tali requisiti, ma che ne dimostri inoltre il possesso congiunto: in particolare l'introduzione della nuova soglia risponde alla *ratio* di evitare che quelle imprese che presentassero un forte indebitamento non fossero assoggettate al fallimento poiché "di piccole dimensioni".

Viene inoltre definitivamente chiarita la travagliata questione sull'onere della prova, affidandolo inequivocabilmente al debitore che voglia evitare il fallimento: chiarimento fondamentale poiché altrimenti sarebbe stato pressoché impossibile per i creditori, soprattutto in frequente assenza del deposito delle scritture contabili, dimostrare il superamento dei suddetti limiti dimensionali.

Viene poi modificato l'ultimo comma dell'art. 15 l. fall., che esclude la dichiarazione di fallimento nel caso in cui "l'ammontare dei debiti scaduti e non pagati risultanti dagli atti dell'istruttoria prefallimentare sia complessivamente inferiore a euro trentamila" (art. 15, comma 9, l. fall.), così aumentando la precedente soglia fissata a euro venticinquemila.

Questa riforma è intervenuta altresì sul tema degli accordi di ristrutturazione dei debiti, inserendo nel terzo comma dell'art. 182-*bis* l. fall. un'importante garanzia per il debitore, che fa sì che dalla pubblicazione dell'accordo, cioè dal momento nel quale esso acquista efficacia, "e per sessanta giorni i creditori per titolo e causa anteriore a tale data non possano iniziare o proseguire azioni cautelari o esecutive sul patrimonio del debitore, né acquisire titoli di prelazione se non concordati" (art. 182-*bis*, comma 3 l. fall.).

Passando al concordato preventivo, viene prevista la possibilità di soddisfare solo in percentuale i creditori privilegiati, a simboleggiare a pieno il definitivo superamento del principio del *favor creditoris*, "purché il piano ne preveda la soddisfazione in misura non inferiore a quella realizzabile [...] sul ricavato in caso di liquidazione" (art. 160, comma 2 l. fall.): a tal fine, il valore del bene o del diritto sul quale insiste la causa di prelazione dovrà essere "indicato nella relazione giurata di un professionista i possesso dei requisiti di cui all'art. 67, comma 3, lett. d) l. fall."

La legge 30 luglio 2010 n. 122, di conversione del decreto legge 31 maggio 2010 n. 78, ha avuto il merito di istituire un raccordo fra le innovazioni in materia di procedure concorsuali e i tradizionali reati di bancarotta, inserendo nella legge fallimentare, all'art. 217-*bis* l. fall., un'esenzione da reato nel caso di pagamenti effettuati in esecuzione di un concordato preventivo, di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato o di un piano attestato: così facendo la riforma ha evitato il rischio che, in caso di insuccesso di uno dei suddetti

percorsi di gestione della crisi e di conseguente dichiarazione di fallimento, il debitore si trovasse ad essere accusato di bancarotta semplice ex art. 217 l. fall. ovvero di bancarotta preferenziale ex art. 216 l. fall. per aver preferito alcuni dei creditori in danno di altri.

3.2 L'impostazione più recente

Nel 2012 con il “decreto Sviluppo” (decreto legge 22 giugno 2012 n. 83, recante “misure urgenti per la crescita del Paese”, convertito in legge 7 agosto 2012, n.134) il Legislatore ha dimostrato al massimo la sua volontà di favorire la continuazione dell'attività di impresa ed ha soprattutto ha fornito rilevanza centrale alla figura dell'attestatore.

Cominciando dal principio, all'art. 67, comma 3, lett. *d*) l. fall. vengono finalmente fissati i requisiti che il professionista deve vantare: essere iscritto al registro dei revisori legali, essere nominato dal debitore, possedere le caratteristiche di cui all'art 28, lett. *a*) e *b*) l. fall., essere indipendente, presentare i requisiti dell'art. 2399 del codice civile ed infine non aver prestato lavoro alle dipendenze del debitore negli ultimi cinque anni né aver rivestito il ruolo di apicale nell'azienda.

In seguito l'inserimento del comma 6 all'art. 161 l. fall. concede la possibilità all'imprenditore di “depositare il ricorso contenente la domanda di concordato (...), riservandosi di presentare la proposta, il piano e la documentazione di cui ai commi secondo e terzo entro un termine fissato dal giudice, compreso fra sessanta e centoventi giorni e prorogabile, in presenza di giustificati motivi, di non oltre sessanta giorni”: in questo modo da una parte si permette al debitore di beneficiare degli effetti protettivi della sola presentazione del ricorso, e dall'altra si evita che i lunghi tempi necessari alla predisposizione del piano

compromettano la prosecuzione dell'attività e aggravino ancora maggiormente lo stato di crisi.

Il comma 7 dello stesso articolo inoltre, consentendo al debitore dopo il deposito del ricorso e fino all'apertura della procedura di concordato di compiere atti urgenti di ordinaria e straordinaria amministrazione, risponde alla volontà di non bloccare l'attività di impresa, mentre il fatto che vengano resi prededucibili "i crediti di terzi eventualmente sorti per effetti di atti legalmente compiuti" ha l'effetto di non scoraggiare i creditori dal contrarre con il debitore, così mantenendo vitale l'azienda.

Una novità forse ancora più importante è quella dell'inserimento del nuovo art. 182-*quinquies*, che autorizza l'imprenditore che abbia intrapreso un cammino di gestione della crisi a contrarre finanziamenti "se un professionista designato dal debitore e in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, terzo comma, lett. d), verificato il complessivo fabbisogno dell'impresa sino all'omologazione, attesta che tali finanziamenti sono funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori"; sulla stessa linea, si concede al debitore di "pagare debiti anteriori per prestazioni di beni o servizi", sempre però in presenza di una relazione del professionista che dichiara che le predette prestazioni sono "essenziali per la prosecuzione dell'attività di impresa e funzionali ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori": queste novità consentono da una parte di ovviare al problema della mancanza di risorse finanziarie, che rischia di compromettere l'esecuzione del piano di risanamento e la continuità aziendale, e dall'altra permettono al debitore di mantenere rapporti con quei fornitori che concedono le loro prestazioni solo in assenza di insoluti pregressi.

L'introduzione della fattispecie di "concordato con continuità aziendale", di cui all'art. 186-*bis* l. fall., conferma il ruolo fondamentale assegnato alla figura del professionista, chiamato ad "attestare che la prosecuzione dell'attività di impresa prevista dal piano di concordato" sia "funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori" (art. 186-*bis*, comma 2 l. fall.); inoltre, permettendo addirittura all'imprenditore la partecipazione a gare per l'assegnazione di contratti pubblici, si affida ancora alla figura dell'art 67, comma 3, lett. d) l. fall. il compito di "attestare la conformità del piano e la

ragionevole capacità di adempimento del contratto”(art. 186-*bis*, comma 5 l. fall.).

L’inedita centralità assegnata a tale personaggio vede infine il suo apice nell’introduzione dell’art. 236-*bis* l. fall., del quale si tratterà ampiamente più avanti, che pone a suo carico un profilo di responsabilità penale per falso, con relative circostanze aggravanti, che fornisce prova concreta dell’importanza e del credito affidati alle sue relazioni e attestazioni: infatti il bene giuridico tutelato dalla norma in questione – si anticipa - deve individuarsi nell’affidamento che gli organi delle procedure pongono su informazioni fondamentali per il risanamento, dalle quali dipende lo stesso destino dell’impresa e che vengono fornite da una figura professionale ed indipendente, dunque degna della massima sanzione prevista dall’ordinamento ove “tradisca” il suo ruolo causando danni consistenti all’intera procedura.

Ancora in tema di concordato preventivo è intervenuto il d.l. 21 giugno 2013 n. 69 (convertito in legge 9 agosto 2013 n. 98) apportando alcune correzioni alla precedente disciplina, ed in particolare inserendo un ulteriore onere a carico del debitore che voglia usufruire del “concordato in bianco”: oltre infatti ai bilanci degli ultimi tre esercizi, egli dovrà depositare anche “l’elenco nominativo dei creditori con l’indicazione dei rispettivi crediti” (art. 161, comma 6 l. fall.), allo scopo di evitare un utilizzo dell’istituto che abbia come fine non il superamento di uno stato di crisi, bensì la dilazione dello stesso.

Viene inoltre introdotta la possibilità da parte del Tribunale di nominare anticipatamente un commissario giudiziale che vigili sull’effettivo impegno dell’imprenditore e sulla correttezza del suo comportamento, poiché in presenza di frodi la richiesta di concordato potrà essere dichiarata improcedibile e portare dunque al fallimento.

Infine a carico del debitore sono stati posti degli obblighi periodici di informativa verso il Tribunale, comprendenti notizie sulla gestione finanziaria e l’attività compiuta, in modo tale che l’autorità giudiziaria possa periodicamente valutare la meritevolezza dell’imprenditore ed il suo effettivo impegno nel superamento dello stato di crisi.

L'intervento più recente è rappresentato dal decreto legge 27 giugno 2015, n.83, convertito in legge 6 agosto 2015 n.132: tale riforma si ispira a due principali scopi, individuabili in primo luogo nella volontà di riequilibrare i rapporti fra creditori e debitori, poiché l'avvicinarsi instancabile e confuso delle riforme, nel fermo intento di abolire il favore per i primi che aveva connotato in passato la legge fallimentare, aveva finito per assurdo per agevolare eccessivamente i secondi, ed in secondo luogo nell'intento di evitare l'abusivo ricorso all'istituto del concordato preventivo. Il primo intento è stato essenzialmente realizzato rendendo contendibile l'impresa in crisi tramite l'inserimento del meccanismo delle proposte concorrenti, che consegna un ruolo davvero incisivo ai creditori e sottrae il monopolio della domanda di concordato all'imprenditore: allo scopo, evidenziato nella Relazione illustrativa al disegno di legge, di "mettere a disposizione dei creditori concordatari una possibilità ulteriore rispetto a quella di accettare o rifiutare in blocco la proposta del debitore" è dunque consentito a uno o più creditori che rappresentino almeno il 10 per cento del totale dei crediti di presentare, al massimo trenta giorni prima dell'adunanza, un'autonoma proposta di concordato, alla condizione però che il professionista di cui all'art. 67, comma 3, lett. d) l. fall. attesti che il piano del debitore non sia in grado di soddisfare almeno il 40 per cento dei creditori chirografari nei concordati liquidatori e il 30 per cento in quelli con continuità (art. 163, commi 4 e 5 l. fall.). Deve inoltre ricordarsi l'inserimento di un nuovo articolo 163-bis l. fall., che stabilisce che ove il piano del debitore contempra un'offerta da parte di un soggetto già determinato concernente l'acquisto dell'azienda, di uno o più rami di essa o di singoli beni, il Tribunale dovrà aprire un procedimento competitivo che renda possibile la presentazione di proposte concorrenti e che sia orientato ancora una volta alla massima soddisfazione dei creditori.

Lo scopo di evitare il ricorso abusivo alla procedura di concordato preventivo è invece stato perseguito tramite l'inserimento di un ulteriore quarto comma all'art. 160 l. fall., che prevede l'obbligo a carico del debitore di soddisfare almeno il 20 per cento dei creditori chirografari: tale previsione, richiesta a gran voce nei tempi precedenti, ove si era discusso dell'esigenza di evitare

un'eccessiva penalizzazione del ceto creditorio, è in realtà oggi soggetta alle critiche di chi sostiene che essa scoraggi il ricorso all'istituto del concordato e favorisca di conseguenza l'aumento dei fallimenti ed il conseguente rallentamento della già oberata giustizia⁶⁴.

La riforma, ancora nell'intento di riconoscere nuova e decisiva importanza alla soddisfazione del ceto creditorio, ha inoltre inciso sulla lettera *e*) del secondo comma dell'art.160 l. fall., laddove si prevede che la proposta di concordato preventivo debba in ogni caso indicare "l'utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile che il proponente si obbliga ad assicurare a ciascun creditore": se da una parte dunque l'intento che pare emergere osservando l'impianto complessivo della legge di cui si tratta è quello, qui ribadito, di evitare l'ulteriore danneggiamento del ceto creditorio, va tuttavia osservato come il legislatore non abbia voluto rendere eccessivamente oneroso il ricorso alla procedura di concordato, ricorrendo con l'utilizzo del termine "utilità" ad un'espressione generica, tale dunque da ricomprendere non solo le cessioni di denaro o di beni, ma anche benefici differenti, quali ad esempio la continuazione dei rapporti commerciali. Un discorso simile vale per l'espressione "si obbliga ad assicurare", con la quale se da una parte si vuole incitare il debitore ad impegnarsi seriamente nella soddisfazione del ceto creditorio, dall'altra non si intende scoraggiare il ricorso al concordato per timore di un'eccessiva rigidità degli obblighi che ne conseguono: un'interpretazione eccessivamente rigorosa e che non lascia spazio ad alcuna variazione del grado di soddisfazione promessa contrasterebbe con il fine perseguito dal legislatore e che pervade per intero il nuovo impianto della legge fallimentare, che è quello di consentire il salvataggio delle imprese consentendo un'emersione anticipata della crisi che renda plausibile ed efficace il ricorso agli strumenti di risoluzione concordata. Ulteriore dimostrazione di tale intento è rappresentata dalla possibilità concessa

⁶⁴ Con una recente pronuncia in data 29 ottobre 2015 (in www.ilcaso.it) il Tribunale di Pistoia ha chiarito che la soglia del 20 per cento non riguarda solo i creditori chirografari ma anche quelli muniti di privilegio, in quanto stabilire il contrario significherebbe violare l'ordine delle cause legittime di prelazione. Secondo tale pronuncia spetterà al giudice valutare volta per volta il "contenuto" della detta percentuale, verificando che essa sia in concreto idonea a soddisfare il ceto creditorio.

al debitore che presenti una domanda di ammissione al concordato preventivo in bianco ovvero di omologazione di un accordo di ristrutturazione oppure ancora una proposta di accordo ex art. 182-*bis*, comma 6 di ricorrere a finanziamenti di emergenza prededucibili tramite la presentazione di una richiesta al Tribunale, finanziamenti il cui ottenimento è subordinato all'indicazione della relativa destinazione, ad un'assoluta emergenza economica che se non fronteggiata causerebbe un pregiudizio "imminente ed irreparabile all'azienda" ed infine alla impossibilità di reperire altrimenti le risorse necessarie.

L'onda delle riforme non si è comunque arrestata alla legge suddetta, poiché in tempi ancor più recenti la Raccomandazione della Commissione Europea del 12 marzo 2014 "su un nuovo approccio al fallimento delle imprese e all'insolvenza" ha affidato agli Stati Membri il compito di "istituire un quadro giuridico che consenta la ristrutturazione efficace delle imprese sane in difficoltà finanziaria e di dare una seconda opportunità agli imprenditori onesti", facendo sì che il debitore possa "procedere alla ristrutturazione in una fase precoce, non appena sia evidente che sussiste probabilità di insolvenza": sulla scorta di tale Raccomandazione, la cosiddetta commissione Rordorf ha terminato, in data 28 gennaio 2015, un disegno di legge recante "Delega al Governo per la riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza", finalizzato ad integrare le disposizioni del precedente decreto e massimamente rappresentativo sia della volontà di fornire il maggior rilievo possibile all'autonomia negoziale privata, sia della necessità di riorganizzare la disciplina fallimentare dopo anni di disomogenee stratificazioni legislative. Approvato dal Consiglio dei Ministri il 10 febbraio 2016, il disegno di legge si propone innanzitutto di sostituire il termine "fallimento" con vocaboli alternativi, quali "insolvenza" o "liquidazione giudiziale", e di introdurre la tanto agognata definizione di "stato di crisi", da intendersi come "probabilità di futura insolvenza"; viene inoltre richiamata la necessità di introdurre un modello che consenta l'accertamento celere del suddetto stato, così da poter porvi rimedio fin dalle prime fasi, insieme alla previsione di procedure di allerta

di natura confidenziale e stragiudiziale, affidate all'organismo di composizione della crisi ed aventi lo scopo di far emergere i sintomi della stessa e favorire gli accordi tra debitori e creditori.

In tema di concordato preventivo viene stabilita da una parte l'assoluta priorità per le proposte che assicurino la continuità aziendale, riservando alla liquidazione il carattere di *extrema ratio*, e dall'altra la possibilità dei terzi di presentare autonome proposte di ammissione al concordato; si interviene infine per fissare le modalità di accertamento della veridicità dei dati aziendali e della fattibilità del piano, fino a quel momento solo frutto di elaborazione dottrinale, in una prospettiva che tende ancora ad attribuire un ruolo di fondamentale importanza alla figura dell'attestatore.

3 Le soluzioni concordate per la crisi di impresa

Il quadro delle riforme sopra trattato dipinge il lungo cammino intrapreso dal legislatore nell'intento di superare la datata conformazione dirigistica e pubblicistica che aveva marcato la legge fallimentare fin dal suo nascere e che mirava ad eliminare dallo scenario economico le imprese non meritevoli e di "lasciar fallire coloro che sono meno in grado di vivere"⁶⁵, come a voler credere che sopprimendo l'esempio negativo si incoraggiasse l'impegno e la fioritura delle vicende virtuose. L'insuccesso di tale logica ed il mancato raggiungimento del risultato previsto hanno inevitabilmente condotto al banco degli imputati la datata normativa con l'accusa di inefficienza, dato che lo smembramento

⁶⁵ L. EINAUDI, "Intorno al credito industriale - Appunti", in *Riv. soc. comm.*, 1911, 119.

dell'impresa si era dimostrato un metodo inidoneo a garantire la soddisfazione del ceto creditorio e a migliorare complessivamente lo stato dell'economia. Tutto ciò ha condotto ad un progressivo mutamento di prospettiva, ispirato alla privatizzazione della materia fallimentare, alla riduzione dell'interventismo del potere giudiziario e alla maggiore considerazione della posizione del debitore, non meritevole di essere considerato colpevole della crisi e perciò degno di sanzione.

Se l'intento al quale si mira è quello di evitare la cessazione dell'impresa e la sua disgregazione, il metodo al quale oggi si ricorre è quello di agevolare il ricorso alle soluzioni concordate, concedendo un ampio spazio di autonomia al soggetto che se ne avvale, consentendo la formazione di una volontà plurilaterale e consensuale, ponendo al riparo dalla revocatoria gli atti posti in essere in esecuzione di esse e, soprattutto, assicurando la salvaguardia dell'impresa in crisi, che si libera dalla sua veste di fatto scomodo ma necessario e va ad assumere nello scenario attuale il valore di bene giuridico da difendere e tutelare nonostante le sue fisiologiche fasi di negatività.

Per verità storica non si può affermare che degli accordi volti a superare la crisi non esistessero anche agli albori della normativa in questione, e ne è esempio il testo dell'art. 118, comma 1, n. 2) l. fall., che allude alla chiusura della procedura fallimentare “quando, anche prima che sia compiuta la ripartizione finale dell'attivo, le ripartizioni ai creditori raggiungano l'intero ammontare dei crediti ammessi, o questi siano *in altro modo* estinti”: in realtà, tuttavia, tali accordi non godevano di un esplicito riconoscimento legislativo, ma venivano considerati come una pratica ammessa ma non meritevole di una specifica regolamentazione normativa. Proprio l'assenza di tale regolamentazione accentuava ancor più la posizione di supremazia dei creditori, liberi di imporre la loro forza e di ottenere il massimo soddisfacimento su di un debitore scevro da qualsiasi genere di tutela e minacciato dall'incombente dell'unica soluzione alternativa possibile in caso di rifiuto, vale a dire il ricorso ad una soluzione giudiziale.

Ad oggi, al contrario, l'esplicito riconoscimento legislativo delle procedure negoziali e il favore espresso nei confronti di esse da parte del legislatore consente all'imprenditore di dar voce alla sua posizione, di proporre autonomamente una propria soluzione alla crisi e di consentire la sopravvivenza dell'azienda. Naturalmente, come ben si evince dalle novità contenute nelle più recenti riforme, tali soluzioni non possono scordare la loro storica devozione al principio del *favor creditoris*, e per questo pur essendo pensate ad oggi a vantaggio dell'imprenditore esse devono perseguire principalmente ed immancabilmente l'interesse del ceto creditorio, al quale non può essere addossato il peso del salvataggio che si trova ad affrontare.

Le soluzioni concordate previste nel nostro ordinamento sono il concordato preventivo (art. 160 l. fall.), il piano attestato di risanamento (art. 67, comma 3, lett. d) l. fall.) e l'accordo di ristrutturazione dei debiti (art. 182-*bis* l. fall.): la prima differenza che intercorre tra tali istituti attiene alla loro natura, in quanto mentre gli ultimi due rappresentano soluzioni stragiudiziali e di conseguenza non prevedono uno svolgimento sotto il controllo del Tribunale, il primo al contrario incarna una soluzione di tipo giudiziale, dove il ruolo del suddetto organo fa da protagonista.

Il ricorso ad una procedura piuttosto che all'altra dipende essenzialmente dallo stato nel quale versa l'impresa e da fattori quali la gravità della crisi, la tipologia dei creditori e l'ammontare dei debiti: di conseguenza la modalità di risoluzione della crisi andrà selezionata considerando che ad una maggiore incidenza dei predetti fattori corrisponderà la necessità di un percorso più incisivo. Perciò mentre un'emersione tempestiva dello stato di *financial distress* permetterà l'attivazione dell'istituto meno invasivo del piano attestato di risanamento, laddove invece si siano verificate ingenti perdite finanziarie e vi sia un accumulo consistente del debito dovrà farsi ricorso ad un accordo di ristrutturazione dei debiti, per giungere infine al concordato preventivo nel caso in cui si presenti una situazione di particolare gravità che richiede, per essere risolta, l'intervento del controllo giurisdizionale.

Fondamentalmente il piano attestato di risanamento rappresenta un istituto creato dall'interprete, dato il fatto che il legislatore non ha dedicato ad esso alcuna norma o rubrica specifica, bensì l'ha collocato all'interno di una previsione, l'art. 67 l. fall., riguardante la revocatoria fallimentare. In sostanza, dunque, del piano attestato vengono indicati gli effetti, che consistono appunto nell'esenzione dall'istituto della revocatoria degli atti, dei pagamenti e delle garanzie concesse sui beni del debitore, e le qualità essenziali, vale a dire l'idoneità "a consentire il risanamento della esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria", nonché la necessità dell'attestazione di un professionista indipendente nominato dal debitore, iscritto nel registro dei revisori legali ed in possesso dei requisiti di cui all'art. 28, lett. a) e b) l. fall.. In sostanza dunque "come un restauratore, che sulla base di alcuni frammenti di un'opera, cerca di ricostruire la scultura originaria"⁶⁶, così dovrà operare l'interprete, raccogliendo gli indizi contenuti nella norma e tentando di ricomporre tramite essi il funzionamento dell'istituto. Innanzitutto esso è caratterizzato da un'ampissima libertà negoziale concessa al debitore, dato che la norma non richiede con riguardo al piano alcuna forma specifica né alcun contenuto determinato. L'opera esegetica porta tuttavia a ritenere, da un lato, che data la pluralità di parti coinvolte, le quali devono poter conoscere ed analizzare la documentazione, e data la sua complessa ed articolata natura, non si possa prescindere da una redazione per iscritto. In secondo luogo pare che il contenuto del piano debba consistere almeno nell'indicazione precisa degli atti, dei pagamenti e delle garanzie posti in essere in esecuzione dello stesso, in quanto è specificato dal dettato normativo che solamente questi sono suscettibili di essere sottratti all'azione revocatoria.⁶⁷

⁶⁶ P. G. DEMARCHI, "I piano di risanamento ex art. 67 Legge fallimentare. Tentativo di ricostruzione di un istituto non tipizzato a partire dai suoi effetti in caso di fallimento", in www.ilcaso.it, 2010, 2.

⁶⁷ Dà tutto ciò emerge l'ulteriore dato dell'importanza della data certa con riferimento al piano, che fa sì che si possano distinguere gli atti ad esso precedenti e perciò non esentabili dalla revocatoria da quelli successivi, posti in esecuzione dell'istituto *de quo* e dunque non soggetti alla predetta azione. È stato inoltre notato da parte della dottrina che, portando con sé il piano una tale esigenza di certezza, sarebbe stato opportuno che il legislatore avesse previsto delle forme di pubblicità (come la pubblicazione nel registro delle imprese) che conferissero ad esso un certo grado di ufficialità e conoscibilità; secondo altri invece la buona riuscita del piano

Dal punto di vista del presupposto oggettivo che consente all'imprenditore di ricorrere a questo istituto, esso è da rinvenire certamente nello stato di crisi, poiché solamente di fronte ad una situazione sanabile e reversibile si potrà elaborare una soluzione che consenta il salvataggio dell'azienda. L'atto potenzialmente esentato dalla revocatoria, al contrario, dovrà essere posto in essere in una situazione di insolvenza, poiché solo in tal caso si avvererebbe il presupposto del fallimento che consente ipoteticamente di revocare atti, pagamenti e garanzie: insomma, la condizione di operatività del piano attestato è proprio il fallimento, dato che solo a partire da tale momento si producono gli effetti previsti dalla norma dell'art. 67, comma 3, lett. d),⁶⁸ e di conseguenza il requisito soggettivo richiesto all'imprenditore per poter usufruire di questo istituto è proprio quello della fallibilità.

Occorre poi chiedersi in quale misura, in caso di insuccesso dal piano e di conseguente apertura della procedura fallimentare, il giudice possa sindacare il requisito di idoneità dello stesso e dunque dichiarare inefficaci gli atti posti in essere in esecuzione dell'istituto: si ritiene che il giudizio non possa condursi in astratto, poiché la stessa lettera della legge richiede che il piano "appaia" idoneo, e non che lo sia anche in concreto, essendo di fatto impossibile, vista la natura prognostica dell'istituto, prevederne il relativo sviluppo.

Dovrà dunque attribuirsi al giudice il potere di sindacare *ex post* la sussistenza dell'idoneità del piano, applicando tuttavia un ragionamento *ex ante* di prognosi postuma, basato su quanto era conoscibile al momento in cui il professionista ha elaborato la sua relazione: infatti, "conformemente all'*intentio legis* di rendere intangibili gli atti posti in essere in esecuzione del piano, le circostanze successive che impediscono il conseguimento del fine risanatorio non

dipenderebbe anche dalla sua segretezza, dato che l'eccessiva diffusione della notizia della crisi avrebbe un impatto negativo sui soggetti che gravitano attorno all'impresa e li scoraggerebbe dal contrattare con essa, condannandola al peggioramento ulteriore della sua situazione.

⁶⁸ Producendo il piano attestato di risanamento effetti solo dopo la dichiarazione di fallimento, essa sarà condizione operativa non solo dell'esenzione civilistica dalla revocatoria, ma anche dell'importante esenzione penalistica dalla bancarotta semplice e preferenziale, prevista dall'art. 217-*bis*.

giustificano il venire meno dell'esonazione"⁶⁹, in quanto esse non sarebbero state prevedibili nemmeno dal professionista attestatore. Inoltre non sarebbe legittimo che il sindacato del giudice si spinga a valutare atti che sono espressione del potere dell'imprenditore di gestire la crisi della propria azienda, potere completamente rimesso all'autonomia privata e perciò non oggetto di sindacato.

Un'ulteriore questione esegetica nasce poi dalla natura dell'istituto in questione, fortemente improntato, come si è detto, sull'autonomia privata, caratteristica che lo distingue sia dal concordato preventivo, sia dagli accordi di ristrutturazione dei debiti, nei quali è presente, seppur in misura diversa, una forma di controllo giurisdizionale: ebbene, proprio tale caratteristica ha portato spesso a ritenere che il debitore potesse operare in completa autonomia, ponendo in essere in modo puramente unilaterale il piano e senza dunque coinvolgere il ceto creditorio. Tuttavia la realtà concreta dimostra esattamente il contrario, poiché nella pratica la presenza del momento negoziale è condizione indispensabile per la buona riuscita del salvataggio, essendo improbabile una risoluzione della crisi che conti solamente sulle risorse interne all'azienda e non anche sulla collaborazione dei creditori che concedano ad esempio dilazioni sui pagamenti o nuova finanza che consenta la prosecuzione dell'attività. L'importanza della "categoria forte" nell'ambito di questa soluzione concordata è pure dimostrata dal fatto che, a ben vedere, l'esonazione dalla revocatoria non è stata pensata a vantaggio dell'imprenditore, che sarebbe in realtà indifferente, nel momento della dichiarazione di fallimento, al destino degli atti compiuti in esecuzione del piano, bensì proprio nell'interesse del ceto creditorio, che potrebbe essere scoraggiato a collaborare alla ristrutturazione per il timore di veder perduti atti, garanzie e pagamenti concessi al debitore.

La stessa predilezione per l'autonomia negoziale privata e per la finalità di conservazione dell'impresa emerge nel secondo strumento di composizione concordata della crisi, vale a dire l'accordo di ristrutturazione dei debiti (art.

⁶⁹ S. AMBROSINI, M.AIELLO, "I piani attestati di risanamento: questioni interpretative e profili applicativi", in www.ilcaso.it, 2014, 28.

182-*bis* 1. fall.). Questo istituto rappresenta ancora una volta un accordo contrattuale tra debitore e creditori che esula totalmente dello schema delle procedure concorsuali⁷⁰, agendo difatti le parti nella più piena autonomia negoziale, essendo esse libere di definire modalità e tempi dell'intesa, non essendo previsto nessun intervento da parte di soggetti terzi quali il commissario giudiziale o il curatore, né comportando tale istituto lo spossessamento dell'impresa o altre limitazioni a carico del debitore, e soprattutto non esplicandosi gli effetti dell'accordo *erga omnes*, bensì, proprio come in un negozio di diritto privato, unicamente verso coloro che vi hanno prestato adesione. Essi devono costituire almeno il sessanta per cento dei crediti, rappresentando tale cifra non una maggioranza, ma unicamente una soglia di ammissibilità dell'accordo, e rientrando in essa l'intero ammontare della massa creditoria, senza alcuna distinzione tra chirografari e privilegiati.

Anche in questo caso, come nel piano attestato di risanamento, il legislatore ha fornito all'interprete ben poche indicazioni sul contenuto del piano e sulla sua forma, limitandosi ad elencarne gli aspetti procedurali, quali il necessario preventivo deposito della medesima documentazione prevista per il concordato preventivo, la necessità della presenza di un'attestazione redatta da un professionista designato ancora una volta dal debitore ed in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, comma 3, lett. *d*), l'obbligo del pagamento integrale dell'intera massa dei creditori estranei all'accordo, la necessità della pubblicazione nel registro delle imprese dell'accordo stesso, che ne determina l'efficacia e l'inibizione delle azioni cautelari ed esecutive sul patrimonio del debitore, e dell'omologazione del Tribunale affinché la fattispecie possa produrre i suoi effetti.

L'opera esegetica porta anche in questo caso a ritenere che l'accordo, coinvolgendo un gran numero di soggetti al quale deve essere sottoposto e soprattutto implicando una pubblicazione, debba presentare forma scritta. Con riguardo al contenuto invece il legislatore, a conferma dell'assoluta predilezione

⁷⁰ La natura negoziale dell'accordo di ristrutturazione dei debiti è stata recentemente ribadita da App. Firenze, 7 aprile 2016, in www.ilcaso.it

e della ferma volontà di incoraggiare l'autonomia contrattuale privata, non ha inteso imporre dei requisiti specifici: quella in questione rappresenta dunque una fattispecie aperta, capace di racchiudere in sé le più diverse forme di negozi giuridici, tra cui ad esempio dilazioni di pagamenti o pagamenti in percentuale, concessione di garanzie, attribuzione ai creditori di partecipazioni sociali o rimessioni parziali del credito, così da permettere alle parti di raggiungere la massima soddisfazione ottenibile tramite la possibilità di selezionare la forma di pattuizione che maggiormente si adatta alle rispettive esigenze.

In ogni caso deve tenersi comunque presente la predilezione per l'appagamento del ceto creditorio, il quale infatti accetterà la proposta del debitore laddove avrà valutato che da essa possono discendere vantaggi maggiori rispetto a quelli ottenibili dall'apertura di una procedura concorsuale.

A far da garante della veridicità dei dati riferiti, dell'attuabilità dell'accordo e della sua capacità di soddisfare integralmente i terzi estranei compare la figura del professionista attestatore, il cui giudizio non dovrà concentrarsi tanto sulla possibilità pratica di dare attuazione all'intesa, in quanto egli interviene in un momento nel quale essa è già stata raggiunta, bensì sulla idoneità di questa a consentire il superamento effettivo della crisi.

Potrebbe sembrare che, in virtù del raggiungimento dell'accordo e della sua omologazione, l'effetto di ristrutturazione del debito si verifichi istantaneamente, in quanto da tale momento l'imprenditore potrà concretamente soddisfare in modo integrale i creditori estranei ed onorare quanto pattuito con gli aderenti. Tuttavia, pur essendo in astratto possibile un superamento così immediato della crisi, questo cammino richiederà in realtà tempi lunghi, in quanto rispettare l'accordo significherà per il debitore compiere delle complesse e precise valutazioni per far sì che i risultati non si discostino dalle previsioni, riflettere sulla migliore allocazione dei beni che dovrà trasferire, liquidare parti dell'azienda, compiere esatti calcoli per evitare che le risorse a disposizione non

siano sufficienti per soddisfare integralmente coloro che non hanno aderito all'intesa.⁷¹

Il presupposto oggettivo che consente di ricorrere all'istituto è lo stato di crisi, comprensivo, secondo la giurisprudenza, anche dell'insolvenza, purché essa risulti reversibile, in quanto una situazione di grave ed insanabile decozione non sarebbe di fatto compatibile con la finalità di risanamento dell'impresa; il presupposto soggettivo si rinviene invece nella fallibilità dell'imprenditore, poiché una delle conseguenze derivanti dall'omologazione dell'accordo è l'esclusione dalla recidiva (art. 67, comma 3, lett. e)), compatibile unicamente con la presenza di un imprenditore commerciale ex art. 1.

A differenza del piano attestato di risanamento, l'accordo in questione prevede, come accennato precedentemente, l'omologazione da parte del Tribunale, che deve avvenire entro trenta giorni dalla pubblicazione nel registro delle imprese al fine di concedere ai creditori e ad ogni altro interessato un termine per proporre opposizione.

Questa previsione ha dato vita ad una delle questioni più dibattute in materia, laddove mentre alcuni sostengono la natura esclusivamente stragiudiziale della fattispecie⁷² e la dimostrano affermando che i poteri del Tribunale si limitano ad un mero controllo circa la legalità e la correttezza della procedura, altri invece propendono per l'attribuzione all'istituto di una natura ibrida, essendo in realtà esso composto di due fasi, delle quali la prima viene lasciata all'autonomia privata, mentre la seconda vede al contrario la presenza del potere giudiziario che ha il compito di attribuire all'accordo efficacia *erga omnes*.

⁷¹ Cfr. B. INZITARI, "Gli accordi di ristrutturazione ex art. 182-bis l.fall.: natura, profili funzionali e limiti dell'opposizione degli estranei e dei terzi", in www.consiglionazionaleforense.it, 4, secondo cui pur non dicendo niente in proposito la lettera della legge, i creditori in caso di inadempimento potranno chiedere la risoluzione dell'accordo secondo la disciplina generale dei contratti, conducendo l'imprenditore all'apertura della procedura fallimentare.

⁷² Trib. Bari, 21 novembre 2015, in www.ilcaso.it

La maggior parte della giurisprudenza⁷³ pare essere d'accordo con questa ultima impostazione, affermando essa che nell'ambito del giudizio di omologazione il potere del Tribunale non si limita ad una mera verifica di regolarità circa il deposito della documentazione o la presenza della relazione del professionista, ma deve bensì consistere in un controllo sull'idoneità dell'accordo a consentire il superamento della crisi, ferma restando l'assenza del potere di sindacare sul merito della scelte effettuate dall'imprenditore secondo la propria convenienza. L'importanza concessa ai poteri del giudice nell'ambito di questa soluzione concordata parrebbe dunque deporre a favore della natura non completamente stragiudiziale dell'istituto, posto anche che la fase dell'omologazione comporta importantissime conseguenze, consistenti non solo nell'eliminazione dei rischi della revocatoria fallimentare e, come previsto dall'art. 217-*bis* l. fall., della bancarotta semplice e preferenziale, ma anche nell'attribuzione di una certa protezione ai creditori, che possono contare su un accordo che, pur essendo di natura privatistica, è comunque assistito dalla garanzia pubblicistica dell'avvenuto controllo giurisdizionale sulla sua idoneità.

Per diverso tempo, cadendo in una "distorsione prospettica"⁷⁴, alcuni interpreti hanno tentato di avvicinare l'istituto degli accordi di ristrutturazione a quello del concordato preventivo, considerando il primo come una declinazione semplificata del secondo, come cioè una *species* di un *genus* più conosciuto, quando in realtà tra le due fattispecie intercorrono significative differenze. Innanzitutto il concordato preventivo rappresenta una procedura complessa che prevede un provvedimento di apertura, la necessaria soddisfazione del venti per cento dei creditori chirografari (percentuale che incarna una condizione di esistenza giuridica della fattispecie), la possibilità per i creditori di avanzare proposte concorrenti e la presenza di un commissario giudiziale; la fattispecie dell'art. 182-*bis* l. fall. invece rappresenta un accordo di diritto privato nel quale la percentuale del sessanta per cento dei crediti non è una condizione di esistenza giuridica, ma una semplice maggioranza richiesta per l'omologazione,

⁷³ Trib. Roma, 5 novembre 2009, in www.unijuris.it, Trib. Bologna, 17 novembre 2011, in www.ilcaso.it, Trib. Asti, 25 giugno 2014, in www.unijuris.it

⁷⁴ S. AMBROSINI, "Le nuove procedure concorsuali", Bologna 2008, 559.

l'intesa raggiunta con alcuni creditori non vincola i non aderenti, è possibile stringere, in virtù del principio del consenso individuale, accordi differenti con ogni singola controparte, non essendo prevista la sola divisione in classi, ed infine non è presente un commissario giudiziale né un provvedimento di apertura della procedura.

Il concordato preventivo è appunto la terza delle soluzioni offerte all'imprenditore per superare uno stato di crisi che, a differenza delle ipotesi precedentemente delineate, si caratterizza questa volta per una gravità maggiore e per la conseguente necessità dell'intervento di una procedura incisiva e del controllo del Tribunale. Il presupposto oggettivo che permette all'imprenditore di accedervi è appunto lo stato di crisi, comprensivo anche dell'insolvenza reversibile, mentre quello soggettivo è il non superamento dei limiti dimensionali fissati all'art.1 comma 2 l. fall.. E' richiesto inoltre che il debitore sottoponga ai creditori un piano che preveda "la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma", l'attribuzione delle attività dell'impresa ad un assuntore ovvero la suddivisione dei creditori in classi "secondo posizione giuridica ed interessi omogenei", con la possibilità di destinare trattamenti diversi a classi diverse. Al debitore è consegnata l'ulteriore possibilità di non soddisfare per intero i creditori privilegiati, purché essi ottengano comunque almeno quanto avrebbero potuto realizzare in caso di liquidazione.

Al fine di evitare l'abusivo ricorso all'istituto con il solo scopo di sanare l'esposizione debitoria di imprese che non si trovano realmente in uno stato di crisi, la legge n. 132/2015 ha previsto l'obbligo di assicurare il pagamento di almeno il venti per cento dei creditori chirografari⁷⁵ e di indicare nel piano

⁷⁵ Tale soglia è stata diversamente interpretata: c'è chi infatti sostiene che essa rappresenti una percentuale di pagamento che il debitore assicura di corrispondere ai creditori, con la conseguenza che se tale soglia non è raggiunta il Tribunale dovrà procedere ex art. 173, e chi invece ritiene, più verosimilmente, che l'indicazione della percentuale serva a garantire un reale impegno del debitore, che dovrà dunque prospettare ai creditori una proposta avverabile, seria e fondata su elementi certi, senza tuttavia che ciò implichi l'assunzione dell'obbligo di giungere effettivamente al pagamento di almeno il venti per cento, cosa tra l'altro impossibile dato che ci troviamo nell'ambito di valutazioni prognostiche; da parte sua, il professionista

“l'utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile che il proponente si obbliga ad assicurare”. All'ulteriore fine di consentire il reale soddisfacimento dei creditori è stata poi inserita la possibilità, in capo a quanti di essi costituiscano almeno il dieci per cento dei crediti, di avanzare proposte concorrenti con quella dell'imprenditore, formulate sulla base di complete informazioni fornite loro dal commissario giudiziale.

Alla proposta del debitore deve essere allegata una relazione sulla situazione patrimoniale dell'impresa, uno stato analitico delle attività con i relativi valori e l'elenco nominativo dei creditori e dei possessori di diritti reali o personali sui beni del debitore, e devono essere indicate le modalità e i tempi di adempimento della proposta: il tutto deve accompagnare la relazione del professionista, chiamato ancora una volta ad attestare la fattibilità del piano e la veridicità dei dati esposti. Nell'ambito di questa fattispecie la presenza di tale figura unitamente a quella del Tribunale ha sollevato un dibattito giurisprudenziale incentrato fondamentalmente sulla definizione dei poteri di quest'ultimo organo riguardo alla sindacabilità della proposta già esaminata dal professionista in sede di ammissione al concordato.

Inizialmente la giurisprudenza⁷⁶ ha negato tale prerogativa al Tribunale, stabilendo che esso debba limitarsi ad un controllo di legalità della procedura e di completezza della documentazione, essendo attribuito ogni altro giudizio di merito esclusivamente ai creditori, poiché se il giudice “in sede di omologazione del concordato non può procedere d'ufficio a valutazioni di convenienza (...) non può fondatamente ritenersi, in mancanza di espressa disposizione, che il legislatore abbia attribuito al Tribunale, in sede di giudizio di ammissibilità, il potere di sindacare d'ufficio la fattibilità del piano”.

Successivamente la questione è stata affrontata in modo diverso dalle Sezioni Unite⁷⁷, le quali hanno stabilito che il controllo giudiziale “non è limitato alla

avrà il compito di valutare il grado di attendibilità della previsione dell'imprenditore. (in tal senso cfr, ad esempio, Trib. Ravenna, 27 novembre 2015, in www.ilfallimentarista.it).

⁷⁶ Cass., sez. I civ., 25 ottobre 2010, n. 21860. Nello stesso senso Cass., sez. I civ., 10 febbraio 2011 n. 3274 e 23 giugno 2011 n. 13817, tutte in www.ilcaso.it

⁷⁷ Cassazione SS.UU., 23 gennaio 2013, n. 1521, in www.diritto24.ilsole24ore.com

completezza ed alla congruità logica della relazione del professionista, ma si estende alla fattibilità giuridica della proposta”, da valutare in relazione all’idoneità della stessa “ad assicurare il soddisfacimento della causa concreta della procedura”, cioè il superamento della crisi. Con le successive pronunce la Suprema Corte, seguendo l’orientamento delle SS.UU., tende poi ad allargare il potere di sindacato del Tribunale, partendo dal presupposto che, non essendo il concordato preventivo un accordo contrattuale e producendo dunque i suoi effetti sull’intera massa dei creditori, è necessario un controllo forte da parte del potere giudiziario, e dunque affermando che il giudizio sulla fattibilità non deve tradursi in una mera operazione burocratica, bensì deve concentrarsi sulla concreta possibilità di attuare il piano, deve dunque essere “un giudizio *di merito* in ordine all'intrinseca serietà logica della proposta concordataria”: il Tribunale insomma avrebbe il potere di sindacare sulla fattibilità giuridica del piano, mentre appannaggio dei creditori rimarrebbero le valutazioni di mera convenienza. E’ dunque questo ad oggi l’orientamento principale della giurisprudenza sul tema, recentemente confermato dalle Sezioni Unite del 15 maggio 2015 con la sentenza n. 9936, nella quale viene ribadito che “è affidata soltanto ai creditori, sia pure sulla base di un’informazione la cui correttezza e completezza è controllata dal Tribunale, la valutazione di convenienza della proposta di concordato e della fattibilità economica del relativo piano, restando consentita al Tribunale solo la valutazione della fattibilità giuridica”. In conclusione, il rapporto tra il ruolo del Tribunale e quello del professionista si risolve con l’attribuzione al primo del compito di valutare l’attestazione esclusivamente “per sindacarne l’idoneità ad essere rappresentativa della situazione dell’impresa e l’idoneità a consentire ai creditori di esercitare un voto informato e consapevole”⁷⁸, senza dunque scendere nel merito delle valutazioni economiche e tecniche.⁷⁹

⁷⁸ E. FABIANI, “La questione “fattibilità” del concordato preventivo tra lemmi isolati e novità legislative”, in www.cortedicassazione.it, 4.

⁷⁹ E’ ad esempio sindacabile l’attestazione condizionata: cfr. Trib. Udine, 10 febbraio 2011, in *Dir. fall.*, 2012, II, 261.

Nel caso in cui il debitore sia ammesso alla procedura, l'approvazione del concordato è preceduta da un'apposita adunanza dei creditori, alla quale partecipa anche il commissario giudiziale e che si svolge sotto il controllo del giudice delegato nominato dal Tribunale, nella quale i primi possono esprimere le ragioni per le quali ritengono la proposta inammissibile o inaccettabile. L'approvazione avviene se viene conseguito il voto favorevole della maggioranza dei crediti o delle classi, mentre se vi sono più proposte di concordato si considera approvata quella che ha ottenuto la maggioranza più elevata dei crediti ammessi al voto. Nel caso in cui la proposta venga respinta, il Tribunale provvede a dichiararla inammissibile e ad aprire d'ufficio il fallimento, mentre in caso contrario prende il via il giudizio di omologazione, nel quale viene verificata la regolarità della procedura e l'esito della votazione precedente, comportando tale fase, se risolta positivamente, l'omologazione stessa, e se conclusa negativamente il fallimento, proposto su istanza del pubblico ministero o di un creditore. Se il concordato consiste nella cessione dei beni, il tribunale nomina uno o più liquidatori e un comitato di tre o cinque creditori e definisce le modalità della procedura, che comunque non determina mai lo spossessamento dell'azienda, ma solamente il conferimento ai creditori di un mandato in *rem propriam* che consente loro di soddisfarsi sui beni del debitore, mentre nel caso in cui il concordato preveda la prosecuzione dell'attività di impresa, il piano proposto dovrà contenere sia un'indicazione precisa dei costi e dei ricavi verosimilmente attendibili dalla continuazione di detta attività e delle risorse necessarie, sia ancora una volta una relazione del professionista che attesti che la strada prescelta consente di soddisfare nel miglior modo possibile i creditori.

In conclusione, pur presentando le tre fattispecie esposte delle significative differenze che consentono loro di adattarsi alle esigenze specifiche dell'imprenditore, esse presentano tre importanti punti di contatto: il primo è rappresentato dall'effetto di esclusione dalla revocatoria fallimentare che queste producono, il quale conferisce stabilità agli atti, ai pagamenti e alle garanzie posti in essere in loro esecuzione; il secondo è incarnato dall'esenzione dai reati

di bancarotta semplice e preferenziale; un terzo punto in comune, seppur presente in gradazioni diverse, è dato dall'accentuazione della autonomia negoziale delle parti, alle quali il legislatore concede di soddisfare al meglio i propri interessi tramite delle procedure dialogate. Inoltre queste soluzioni concordate sono accomunate dalla presenza di un piano predisposto dal debitore e tramite il quale egli prospetta al ceto creditorio gli interventi che intende porre in essere per consentire alla sua impresa di sopravvivere.

Ma soprattutto, ruolo di assoluta centralità viene conferito costantemente alla figura del professionista attestatore, a dimostrazione della volontà del legislatore di porre un freno al dirigismo del potere giudiziario e di affidare dunque il delicato ruolo di garante del corretto svolgimento delle procedure ad una figura indipendente e qualificata.

Ci si è chiesti quanto effettivamente fosse necessaria l'esistenza di queste procedure all'interno del nostro ordinamento, e se non fosse più opportuno di semplificare il sistema sostituendole con accordi che chi concede credito all'impresa stipuli *ex ante* con il debitore in modo da fissare fin da subito le condizioni dell'esito di un'eventuale mancato pagamento.⁸⁰ Ma a questo quesito deve essere necessariamente data risposta negativa, poiché se è vero che una prassi del genere consentirebbe di risparmiare notevolmente sui costi della procedura, tuttavia bisogna riconoscere come sia impossibile prevedere tutte le ipotesi che potrebbero verificarsi fino dalla stipula di un contratto ed anche come, intervenuta una crisi, sia molto difficile che permangano le iniziali capacità di solvibilità del debitore sulle quali l'accordo si era basato. Molto più efficace è appunto il ricorso a procedure stragiudiziali, che lasciando spazio all'autonomia privata consentono il miglior soddisfacimento degli interessi delle parti, permettono un notevole risparmio rispetto al fallimento e una maggiore celerità, ed infine e soprattutto favoriscono la conservazione del bene azienda.

⁸⁰ L. STANGHELLINI, "Le crisi di impresa fra diritto ed economia: le procedure di insolvenza", Bologna 2007, 103 ss.

Chi si è chiesti inoltre che posizione debba assumere la legge di fronte a tali soluzioni concordate, se cioè debba favorirle, scoraggiarle oppure mantenere un atteggiamento di neutralità: certo è che nel caso in cui il creditore si trovi nella posizione di dover affrontare un accordo, egli probabilmente potrà vedere ingiustamente - almeno in apparenza - ridotte le proprie aspettative, ma certo è anche che se spontaneamente e sulla base di informazioni corrette e complete egli decide di farsi carico dei costi della procedura e di collaborare al salvataggio dell'impresa non si vede perché la legge dovrebbe scoraggiarlo, in quanto l'assunzione del rischio è stata totalmente volontaria. Difatti si osserva come il legislatore non adotti mai un atteggiamento sfavorevole nei confronti degli accordi tra debitore e creditori, bensì li favorisca o al massimo rimanga nei loro confronti neutrale: ad esempio nel caso dell'esenzione dalla revocatoria il giudice, semplicemente constatando come sia corretto proteggere alcuni atti posti in essere in esecuzione di un piano se tale piano è stato già giudicato idoneo ai suoi scopi dal professionista attestatore, assume di fatto un atteggiamento di logica neutralità; in altri casi invece la legge adotta una posizione di favore verso le soluzioni concordate, e ne è un esempio il fatto che negli accordi di ristrutturazione dei debiti essa consenta il blocco delle azioni cautelari o esecutive sul patrimonio del debitore e l'acquisizione di titoli di prelazione sia a partire dalla data di pubblicazione dell'accordo, sia anche nel corso delle trattative e prima della sua formalizzazione previo deposito di apposita documentazione.

Compresa dunque la complessa natura dell'impresa, il suo operare in condizioni di continuo mutamento ed i rischi che il suo esercizio porta inevitabilmente con sé, ed analizzato il lungo cammino che ha condotto il legislatore verso un favore sempre più accentuato nei confronti delle soluzioni concordate alla crisi che consentano il mantenimento in vita dell'azienda pur nel costante rispetto delle pretese creditorie, possiamo ora analizzare la figura che, a partire dalla sua introduzione ad opera del decreto legge 83/2012 ha assunto un'importanza sempre più centrale, anche in termini di responsabilità penale, grazie al suo

ruolo di garante della veridicità e della fattibilità delle soluzioni alla crisi di impresa.

Capitolo 2

Il professionista attestatore nelle soluzioni concordate per le crisi di impresa

1. I requisiti del professionista attestatore

La dilatazione dello spazio concesso all'autonomia privata e la corrispondente riduzione dei poteri affidati all'autorità giudiziaria se da un lato ha condotto alla valorizzazione della posizione del debitore e del bene impresa e alla concreta attuabilità di accordi basati su di una volontà plurilaterale per la risoluzione della crisi, dall'altro ha corrispondentemente creato la necessità di riempire il vuoto di tutela pubblicistica lasciato dalle riforme in un ambito estremamente delicato, nel quale sono innumerevoli e complessi gli interessi in gioco e si rivela dunque indispensabile la presenza di un'autorità che garantisca il corretto svolgimento delle procedure e la reale fattibilità delle soluzioni proposte.

Il rilevante incarico di sostituirsi in tali accertamenti al controllo giurisdizionale è stato dal legislatore affidato ad una figura di creazione relativamente recente, la cui prima comparsa si può individuare nella riforma operata dalla legge n. 80 del 2005, meritevole di aver introdotto gli accordi di ristrutturazione dei debiti ed il piano attestato di risanamento, ma soprattutto di aver previsto a carico del debitore che avesse voluto accedere al concordato preventivo l'onere di corredare la relativa proposta della relazione di un professionista che fosse in possesso dei requisiti richiesti per la nomina a curatore dall'art. 28 l. fall. e che accertasse la fattibilità dell'accordo e la veridicità dei dati riportati.

Tale figura, da una parte, deve essere in possesso di peculiari requisiti di indipendenza e professionalità, e dall'altra si trova a farsi carico di

responsabilità ingenti e sempre in aumento, sia a causa della crescente complessità strutturale dell'impresa, che consegna un compito di certo non agevole a chi è chiamato ad analizzarne le condizioni in frangenti di crisi, sia a causa dell'introduzione, ad opera della legge n. 134 del 2012, di una fattispecie di reato all'art 236-*bis* l. fall. pensata specificamente per il professionista che attesti dati non veritieri. Non si può tuttavia tralasciare di considerare il fatto che tali profili di responsabilità, uniti alla necessità del possesso di peculiari caratteristiche di capacità tecnica, sono del tutto giustificati dal fondamentale ruolo affidato alla suddetta figura, la cui presenza consente da una parte all'imprenditore di essere assistito nella complessa fase di gestione della crisi da un soggetto che lo metta nelle condizioni di muoversi sulla base di un giudizio informato e consapevole, e dall'altra comporta anche un vantaggio per il ceto creditorio, agli occhi del quale la proposta del debitore sarà di certo più affidabile e credibile, dato che ha ottenuto il giudizio positivo di un professionista.

Soprattutto la responsabilità dell'attestatore deve essere analizzata e compresa tenendo conto che si tratta di una figura unica e particolare, da un lato vicina all'imprenditore poiché da lui designata, e dall'altro contemporaneamente indipendente e terza: egli "pur non essendo un consulente del giudice" – in quanto non nominato da questo – "svolge funzioni assimilabili a quelle di un ausiliario"⁸¹. Essendo chiamato ad assicurare con assoluta imparzialità al Tribunale la fattibilità del piano proposto dall'imprenditore rappresenta dunque una "figura di garanzia"⁸² alla quale necessariamente si accompagnano responsabilità sia sul piano civile che su quello penale.

Il legislatore ha nel corso degli anni corretto e specificato i requisiti per la nomina di tale professionista, a dimostrazione della consapevolezza della crescente importanza della figura e della conseguente necessità di stabilirne dei contorni più nitidi. Difatti, mentre all'epoca della riforma del 2005 mancava una

⁸¹ Cassazione SS.UU., 23 gennaio 2013, n. 1521, in www.diritto24.ilsole24ore.com

⁸² S. FORTUNATO, "La responsabilità civile del professionista nei piani di sistemazione della crisi d'impresa", in *Fall.*, 2009, 889.

precisa definizione dei requisiti, si è successivamente proceduto ad una prima correzione tramite la legge n. 169/2007, che ha introdotto l'art. 67, comma 3, lett. *d*) l. fall. ed ha inoltre esteso il campo di operatività del professionista dal solo concordato preventivo fino agli accordi di ristrutturazione dei debiti e al piano attestato di risanamento; infine a seguito della riforma operata dalla legge n. 134/2012 sono stati ulteriormente corretti e specificati alcuni requisiti, giungendo alla versione attuale del suddetto terzo comma dell'art 67, lett. *d*) l. fall.. Si richiede innanzitutto che l'attestatore sia iscritto nel registro dei revisori legali, che sia in possesso dei requisiti per la nomina a curatore indicati nell'art. 28 ed infine che risulti indipendente.

Per ciò che riguarda il primo punto è necessario precisare che, contenendo il suddetto registro sia una sezione dedicata ai revisori attivi che una dedicata agli inattivi, e non potendo essere in alcun modo limitata l'attività di revisione se non per disposizione di legge, anche coloro che risultano iscritti a quest'ultima sezione possono rivestire il ruolo di professionista attestatore.⁸³ Il secondo requisito richiama l'art. 28 l. fall., affermando che possano effettuare le attestazioni in parola sia i soggetti indicati nella lettera *a*), vale a dire “avvocati, dottori commercialisti, ragionieri e ragionieri contabili”, sia quelli indicati nella lettera *b*), cioè “studi professionali associati o società fra professionisti, sempre che i soci delle stesse abbiano i requisiti professionali di cui alla lett. *a*)”, caso nel quale “all'atto dell'accettazione dell'incarico, deve essere designata la persona fisica responsabile della procedura”.

Per ciò che riguarda la lettera *a*), contemporaneamente alla nascita della figura dell'attestatore si è assistito nel 2005 (d.lgs. 28 giugno 2005, n. 139) alla nascita dell'Albo unificato dei dottori commercialisti ed esperti contabili, l'Odcec, nel quale sono state parificate le due categorie dei dottori commercialisti e dei

⁸³ La necessità dell'iscrizione è diretta conseguenza dell'introduzione ad opera del d.lgs. n. 39/2010 del registro dei revisori legali. E' stato precisato dalla Ragioneria dello Stato, con una nota inviata in data 30 aprile 2015 al Consiglio nazionale dei dottori commercialisti ed esperti contabili (in www.cndcec.it) “che nessuna disposizione vigente richiede al revisore, al di fuori degli incarichi di revisione legale, l'iscrizione alla sezione degli attivi. L'assenza nell'ordinamento di qualsiasi limite all'attività degli inattivi e di riserve a favore degli attivi costituisce, pertanto, dato di fatto del quale tener conto”

ragionieri commercialisti, che continuano fuori dalla sezione A dell'Albo a vivere distintamente e a possedere dei titoli professionali autonomi. Per quanto riguarda invece i ragionieri ed i ragionieri commercialisti, è fondamentale in questo caso la distinzione tra le due categorie, in quanto i primi si identificano in soggetti in possesso del diploma ma non iscritti ad alcun albo professionale, contrariamente ai secondi che invece confluiscono nel predetto Albo.

Deve inoltre precisarsi come esso risulti diviso in due sezioni, la A dedicata appunto ai commercialisti e la B alla quale appartengono invece gli esperti contabili: a tali categorie il decreto legislativo istitutivo dell'Odcec riconosce "competenza scientifica in economia aziendale e diritto d'impresa e, comunque, nelle materie economiche, finanziarie, societarie ed amministrative": proprio in virtù di queste peculiari capacità tecniche tali soggetti possono essere chiamati a svolgere il delicato compito di valutazione della fattibilità di un piano di composizione della crisi di impresa. A tal proposito rischia tuttavia di generarsi un equivoco, poiché stando alla lettera dell'art. 1, comma 3, lett. d) del d.lgs. n. 139/2005 parrebbe che solamente gli iscritti alla sezione A dei commercialisti abbiano le competenze necessarie per svolgere "l'incarico di curatore" – ciò che rimanda chiaramente all'art. 28 l. fall. – "commissario giudiziale e commissario liquidatore nelle procedure concorsuali, giudiziarie e amministrative (...) nonché l'incarico di ausiliario del giudice, di amministratore e di liquidatore nelle procedure concorsuali". In ogni caso, non indicando la legge fallimentare alcun limite espresso riguardo ai soggetti appartenenti alla sezione B né richiamando essa la lettera del d.lgs. n. 139/2005 deve ritenersi che non esistano restrizioni alla competenza degli esperti contabili relativamente al giudizio di attestazione.

La lettera b) dell'art. 28 l. fall. richiama invece gli studi professionali associati e le società tra professionisti i cui soci posseggano i requisiti di cui alla lett. a), precisando che nel caso in cui venga designato per svolgere il giudizio di attestazione un soggetto appartenente a tali categorie, essendo quello del professionista un incarico basato sui requisiti e le capacità tecniche individuali e sull'*intuitu personae* discendente dalla nomina da parte del debitore, all'atto

della nomina venga designato il professionista persona fisica incaricato della procedura.

Con riguardo invece alla precisazione della necessaria iscrizione agli Albi professionali dei componenti delle predette società tra professionisti, tale disposizione deve essere raccordata con quella dell'art. 10 della legge n. 183/2011, che ha introdotto nel nostro ordinamento le società a compagine mista, nelle quali l'iscrizione è aperta anche a soggetti non iscritti agli Albi "soltanto per prestazioni tecniche, o per finalità di investimento". E' dunque consentito all'imprenditore di designare uno di tali soggetti al fine dello svolgimento del giudizio di attestazione, alla condizione però che risultino soddisfatte le ulteriori richieste espresse dai "Principi di attestazione"⁸⁴. Tali Principi, che risultano fondamentali per individuare le modalità operative del professionista, stabiliscono che l'oggetto dell'attività della suddetta società sia l'esercizio in via esclusiva di una professione regolamentata o di più professioni in caso di multidisciplinarietà; inoltre i soci professionisti devono risultare iscritti ad uno degli Albi richiamati dall'art. 28 lett. a) l. fall., ed infine deve essere designato dal debitore per l'espletamento dell'incarico un socio professionista non solo iscritto ad un Albo, ma anche al registro dei revisori contabili.⁸⁵

⁸⁴ I "Principi di attestazione dei piani di risanamento" sono un elaborato redatto da alcuni docenti universitari di concerto con istituti ed associazioni operanti in campo commerciale, finanziario e imprenditoriale. Il documento, approvato il 3 settembre 2014 dal Consiglio nazionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili, individua la sua finalità nell' "indicare modalità operative e costruire modelli virtuosi di comportamento" (par. 1.2). Tramite tali indicazioni i professionisti possono così individuare degli standard comuni anche in assenza di indicazioni normative ulteriori; in realtà il testo non è dedicato solo ad essi, ma anche al debitore, così che egli possa avere un'idea delle modalità operative del professionista, ai creditori, ai terzi interessati, ai soggetti che collaborano alla redazione del piano quali gli *advisors*, chiamati ad interpretare correttamente e a tenere in giusto conto il ruolo dell'attestatore, ed infine agli organi giudicanti, affinché possano basare la loro valutazione su degli standard di condotta certi. Inoltre l'introduzione dell'art. 236-bis ha reso ancora più importante il ruolo dei Principi, dato che sarà fondamentale per l'attestatore potersi basare su regole comuni fissate in un documento e non frutto della mera prassi che gli consentano di non rischiare di commettere una falsità nelle attestazioni e nelle relazioni.

⁸⁵ In tal senso anche la Circolare n. 30/IR dell'11 febbraio 2013, emanata dal Consiglio nazionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili, in www.cndceec.it

E' invece assente il riferimento alla lettera *c*) dell'art. 28 l. fall., precludendo ciò la possibilità che rivesta l'incarico di professionista attestatore un soggetto che, pur non essendo in possesso dei requisiti indicati nelle precedenti lettere, abbia comunque svolto "funzioni di amministrazione, direzione e controllo in società per azioni, dando prova di adeguate capacità imprenditoriali", mancando evidentemente in tal caso secondo il legislatore la capacità tecnica ed una professionalità indispensabile per svolgere il giudizio.

L'attestatore all'atto del ricevimento della lettera di incarico ovvero nella stessa relazione conclusiva del giudizio da lui svolto deve dichiarare di essere iscritto nel registro dei revisori legali, specificando inoltre il relativo numero di iscrizione, di possedere i requisiti di cui all'art. 28 lett. *a*) e *b*), indicando l'albo o l'ordine di appartenenza e nuovamente il numero di iscrizione, ed infine dichiarando di non avere procedimenti disciplinari in corso o altre cause che gli inibiscano l'esercizio della professione e che facciano sorgere una causa di incompatibilità con lo svolgimento dell'incarico.⁸⁶

La legge n. 134/2012 ha inoltre provveduto ad eliminare il problematico riferimento contenuto nell'art 67, comma 3, lett. *d*) al quarto comma dell'art. 2501-*bis* c.c., che a sua volta rinviava all'art. 2501-*sexies*, cioè alla relazione di uno o più esperti riguardante la congruità del rapporto di cambio delle azioni o delle quote nel caso di fusione a seguito di acquisizione con indebitamento. Tale riferimento aveva appunto causato il sorgere di diversi dubbi, in primo luogo sulla questione della nomina dell'esperto, che spettando ai sensi dell'art. 2501-*sexies* c.c. al Tribunale, aveva portato a ritenere che anche il professionista della legge fallimentare dovesse essere designato dal medesimo organo, in assenza di ogni riferimento alla nomina da parte del debitore nell'art. 67; altri, al contrario, avevano ritenuto che il riferimento non riguardasse il soggetto responsabile della designazione, ma bensì soltanto le modalità di redazione dell'attestazione, orientamento questo che ha portato al positivo fiorire di atti indicativi delle *best practises* da adottare, di linee guida ed orientamenti dottrinali riguardanti i

⁸⁶ Cfr. *Principi di attestazione*, par. 2.3.2

canoni di comportamento corretti e di una fitta produzione giurisprudenziale incentivata dal crescente numero di situazioni di crisi e di richieste di accesso alle soluzioni concordate.

Queste circostanze hanno a loro volta condotto all'introduzione dell'ulteriore, fondamentale requisito dell'indipendenza dell'attestatore, ancora una volta ad opera della legge 134/2012. L'introduzione di tale caratteristica era da tempo richiesta sia dai commentatori, sia dalle aule di giustizia, tanto che non mancavano casi in cui i giudici richiedevano la sottoscrizione da parte dell'attestatore di una dichiarazione di indipendenza.⁸⁷ L'essenzialità del requisito si comprende se si rammenta che il professionista non è solo chiamato a svolgere delle funzioni che normalmente spetterebbero al Tribunale, e che richiedono necessariamente un alto grado di imparzialità e terzietà, ma anche che sulla attendibilità delle sue affermazioni contano i creditori e i terzi coinvolti nel risanamento.

Si prevede dunque che il professionista è indipendente “quando non è legato all'impresa e a coloro che hanno interesse all'operazione di risanamento da rapporti di natura personale e professionale tali da compromettere l'indipendenza del giudizio” e che egli in ogni caso debba essere in possesso dei requisiti previsti dall'art. 2399 del codice civile e che non debba “neanche per il tramite di soggetti con i quali è unito in associazione professionale, avere prestato negli ultimi cinque anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore ovvero partecipato agli organi di amministrazione e controllo”. E' evidente da tale disposizione che la valutazione circa l'indipendenza del professionista si muova su due distinti piani, essendo presenti sia dei criteri “fissi”, come il possesso dei requisiti indicati all'art. 2399 c.c. e la mancata prestazione di attività lavorativa a favore del debitore, al verificarsi dei quali viene presunta un'assoluta incompatibilità con lo

⁸⁷ Il Tribunale di Reggio Emilia risulta aver richiesto più volte agli attestatori delle dichiarazioni di indipendenza.

svolgimento dell'incarico, sia dei criteri "variabili"⁸⁸, quale quello dei rapporti personali o professionali, la cui valutazione è rimessa allo stesso professionista, chiamato a considerare se possano esistere delle circostanze che potrebbero influenzare il proprio giudizio. Tale valutazione dovrebbe ispirarsi a quella demandata al revisore legale in base all'art 10 del d.lgs. n. 39/2010, poiché stante la peculiare affinità riconosciuta pacificamente dalla giurisprudenza tra tale soggetto e l'attestatore del quale si tratta a causa delle comuni capacità professionali, della necessità dell'iscrizione all'apposito registro e soprattutto delle condivise caratteristiche di imparzialità e terzietà, si ritiene le norme relative all'operato del revisore possano essere estese in via analogica anche al professionista attestatore, che in conclusione dovrà valutare la sua stessa posizione con gli occhi di "un terzo informato, obiettivo e ragionevole"⁸⁹.

Per quanto riguarda il requisito dell'assenza di legami dovuti a rapporti professionali o personali con l'impresa o con coloro che abbiano comunque interesse al risanamento, tale precisazione vuole escludere non solo collegamenti con il debitore, ma anche con i creditori o in generale con gli *stakeholders* i cui interessi siano coinvolti nella crisi aziendale. Si vuole inoltre assicurare da un lato che il professionista sia indipendente anche da chi è incaricato della redazione del piano, e dall'altro che tali ultimi due soggetti risultino svolgere compiti diversi, dato che, nella prassi precedente all'inserimento dei requisiti dell'art. 67, spesso si registrava una riduzione del ruolo dell'attestatore a quello di consulente finanziario.

A dimostrazione della volontà del legislatore di separare le competenze dei diversi soggetti coinvolti nel superamento della crisi, è altresì vietato al

⁸⁸ Cfr. circ. n. 30/IR dell'11 febbraio 2013, *op.cit.*, 6 e M. POLLIO, "L'attestatore, l'indipendenza e i suoi rapporti con l'imprenditore e i terzi", in S. AMBROSINI, A. TRON, "Piani di ristrutturazione dei debiti e ruolo dell'attestatore", Torino 2016, 288.

⁸⁹ Cfr. art. 10 comma 2 d.lgs. 39/2010: "Il revisore legale e la società di revisione legale non effettuano la revisione legale dei conti di una società qualora tra tale società e il revisore legale o la società di revisione legale o la rete sussistano relazioni finanziarie, d'affari, di lavoro o di altro genere, dirette o indirette, comprese quelle derivanti dalla prestazione di servizi diversi dalla revisione contabile, dalle quali un terzo informato, obiettivo e ragionevole trarrebbe la conclusione che l'indipendenza del revisore legale o della società di revisione legale risulta compromessa".

professionista di partecipare alla predisposizione del piano, essendo tale aspetto affidato alla competenza esclusiva del debitore, del redattore e degli *advisors*. Residua in capo all'attestatore la possibilità di assistere ai lavori di predisposizione del piano e di partecipare alle riunioni, all'unico fine di comprendere i fattori di rischio derivanti dal lavoro che andrà a svolgere e di rappresentare alcuni profili di criticità che richiedono di essere corretti, e a patto che egli non ingerisca nella scelta delle strategie di superamento della crisi, che competono esclusivamente al debitore.⁹⁰

Anche la stessa Raccomandazione n. 4 contenuta nelle “Linee guida per il finanziamento alle imprese in crisi” elaborate dal Cndcec⁹¹, dopo aver ricordato che l'attestatore e il consulente dell'imprenditore sono due soggetti distinti, afferma che “l'indipendenza non viene meno per il solo fatto che il professionista intervenga già nella fase di elaborazione del piano e di acquisizione dei dati”, e che anzi tale intervento anticipato è addirittura auspicabile se finalizzato all'individuazione delle criticità del piano, a condizione che l'attestatore rivesta però “una posizione diversa dal consulente”. Il professionista si troverà inoltre ad avere a che fare con gli organi giudiziari, ed in particolare con il commissario giudiziale nel caso del concordato preventivo: anche in questo caso dovrà risultare netta la separazione dei ruoli e dei poteri delle due figure, poiché innanzitutto il ruolo del commissario viene in evidenza successivamente a quello del professionista, effettuando egli un controllo ulteriore e secondario, e successivamente dato che, nonostante le relazioni stilate dai due soggetti abbiano caratteristiche simili, verificando entrambe la veridicità dei dati e la fattibilità del piano, in realtà quella del commissario presenta dei contenuti particolari, in quanto derivanti da indagini

⁹⁰ Cfr. *Principi di attestazione*, par. 2.5.3 e 2.5.8

⁹¹ Le “*Linee guida per il finanziamento alle imprese in crisi*” consistono in un documento (qui riportato nel testo della seconda edizione del 2015) elaborato dal CNDCEC in collaborazione con l'Università degli studi di Firenze ed Assonime avente la finalità di indicare prassi virtuose che orientino i comportamenti di coloro che sono coinvolti a qualunque titolo nella crisi dell'impresa: naturalmente tali disposizioni non hanno forza di legge, e dunque un'eventuale comportamento da esse difforme non comporterà alcun illecito.

che la legge stessa gli affida.⁹² Insomma la garanzia che il professionista è chiamato a fornire ai terzi fa sì che gli debba risultare indipendente rispetto a tutti i soggetti coinvolti nell'operazione di risanamento, e che non si faccia influenzare, per tutta la durata dell'incarico, dalle scelte dell'imprenditore o dei suoi consulenti o dalle pretese dei creditori.

L'attestatore, inoltre, non deve aver prestato negli ultimi cinque anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore. Si ritiene comunemente che il termine vada computato dal momento in cui viene sottoscritta l'attestazione, dato che solo in quel frangente si potrà attribuire una paternità certa alle affermazioni ivi contenute.

Nel caso di prestazione di un rapporto di lavoro subordinato, anche nel caso in cui il titolare del rapporto sia stato un associato di studio del professionista attestatore, si reputa che, stante un'ovvia soggezione delle figure coinvolte all'impresa anche dal punto di vista economico, debba sussistere un'incompatibilità con lo svolgimento del giudizio di attestazione. Nel caso di un rapporto di lavoro autonomo deve invece distinguersi tra prestazioni occasionali e prestazioni continuative, poiché mentre un incarico effettuato *uno actu* non esclude necessariamente l'indipendenza "qualora la rilevanza e l'entità del corrispettivo sia tale da non indurre il ragionevole sospetto che l'unica prestazione d'opera possa incidere significativamente sull'indipendenza del professionista", un incarico continuo invece sarebbe in grado di escludere la terzietà dell'attestatore. Non deve anche in questo caso dimenticarsi che la lettera della legge, riferendosi a rapporti "*tali da compromettere l'indipendenza di giudizio*", evidentemente richiede una valutazione in concreto e da svolgersi caso per caso circa l'idoneità effettiva di un rapporto di lavoro subordinato o autonomo a mettere a rischio l'indipendenza del professionista.

⁹² Nello specifico spetterà ad esempio al commissario e non all'attestatore effettuare una verifica dei dati storici dell'impresa per verificare se prima della domanda di concordato siano stati posti in essere comportamenti fraudolenti, e sarà ancora compito del commissario valutare la possibilità di soddisfacimento dei creditori in caso di fallimento e la possibilità di esercitare azioni revocatorie o di responsabilità. Cfr. anche *Principi di attestazione*, par. 4.9.4

Con riguardo invece alla possibilità che lo stesso soggetto svolga prima dello scadere del periodo di cinque anni più attestazioni per lo stesso imprenditore, se il Consiglio nazionale dei dottori commercialisti ed esperti contabili esprime un giudizio negativo, affermando che non solo l'art. 67, comma 3, lett. d) l. fall., ma anche l'art. 2399 lett. c) c.c. precludono lo svolgimento dell'incarico a coloro che hanno intrattenuto con l'imprenditore un rapporto di lavoro, la giurisprudenza ed in particolare il Tribunale di Milano⁹³ ritengono invece che l'indipendenza non possa essere messa a rischio da una successione di incarichi, rientrando in ogni caso un'attestazione precedentemente svolta in una prestazione d'opera occasionale. Su posizione nettamente differente si assesta la maggiore dottrina, che ritiene al contrario che lo svolgimento di un'attestazione rientri nei rapporti di lavoro autonomo indubbiamente vietati dalla stessa lettera della norma.

E' in ogni caso opportuno non giungere ad un'interpretazione eccessivamente restrittiva delle disposizioni in questione, in quanto in tal caso si rischierebbe di andare incontro ad un contrasto con le stesse previsioni presenti in altri luoghi della legge fallimentare che consentono lo svolgimento di attestazioni interinali: si prenda l'esempio dell'art. 182-*quinquies*, comma 1 l. fall., laddove è previsto che un soggetto che abbia già presentato una domanda di ammissione al concordato preventivo ovvero di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti, ed abbia dunque già usufruito della prestazione d'opera del professionista, possa chiedere al Tribunale di essere autorizzato a contrarre finanziamenti presentando una ulteriore attestazione riguardante la funzionalità degli stessi alla migliore soddisfazione dei creditori. Questa ipotesi, nella quale è evidente che lo stesso soggetto ricorre più volte all'opera del professionista, dimostra che deve essere fatta una distinzione tra attestazioni realmente nuove e rettifiche, modifiche o integrazioni alle precedenti attestazioni, che molto spesso si rendono necessarie visti i frequenti mutamenti di circostanze che si accompagnano all'attività di impresa. Negli stessi Principi di attestazione

⁹³ Trib. Milano, seconda sezione civile, *plenum* del 20 settembre 2012, in www.ilfallimentarista.it

d'altra parte si afferma che sarà lo stesso professionista a valutare il proprio stato di indipendenza, qualora abbia già rilasciato delle attestazioni a favore del debitore, e che “in ogni caso il rilascio di attestazioni speciali nel corso dei lavori della attestazione generale non è causa di menomazione della indipendenza; né lo è il rilascio di attestazioni speciali successivamente al rilascio della attestazione generale, nell'ambito della stessa procedura”⁹⁴.

Infine, anche nella Raccomandazione n. 4 contenuta nelle citate Linee guida si afferma che, prevedendo la legge stessa che in relazione ad un unico strumento possano essere rese plurime attestazioni, come per esempio nel caso del concordato, dove si prevede un'attestazione generale nell'art. 161, comma 3 ed altre specifiche nell'art. 182-*quinquies*, commi 1 e 5, queste possano “essere viste come tessere di un mosaico costituito dal complessivo strumento per il risanamento, che è solo anticipato o completato dalle diverse attestazioni”. In ragione di ciò è dunque possibile ritenere che il “l'impedimento automatico non scatti all'interno dell'incarico connesso alla stessa operazione di risanamento, ma rispetto ad attività *esterne e distinte* che il professionista abbia in precedenza compiuto”.⁹⁵

L'ulteriore requisito richiesto dall'art 67, comma 3, lett. *d*) l. fall. è l'assenza in capo all'attestatore, al fine dello svolgimento dell'incarico, delle cause di ineleggibilità e di decadenza dalla carica di sindaco previste dall'art. 2399 c.c.: esse consistono nel trovarsi “nelle condizioni dell'art. 2382”, oppure nell'essere “coniuge, parente o affine entro il quarto grado degli amministratori della società, ovvero amministratore, coniuge, parente o affine entro il quarto grado degli amministratori delle società da questa controllate, delle società che la controllano e di quelle sottoposte a comune controllo”, oppure infine nell'essere “legato alla società o alle società da questa controllate o alle società che la controllano o a quelle sottoposte a comune controllo da un rapporto di lavoro o da un rapporto continuativo di consulenza o di prestazione d'opera retribuita,

⁹⁴ Cfr. *Principi di attestazione*, par. 2.5.5

⁹⁵ Cfr. *Principi di attestazione*, par. 2.5.6, dove si prevede che l'aver maturato dei crediti verso il debitore deve ritenersi una causa di esclusione dell'indipendenza nel solo caso in cui tali crediti siano sorti per ragioni *diverse* da prestazioni relative alle attestazioni.

ovvero da altri rapporti di natura patrimoniale che ne compromettano l'indipendenza”.

Per ciò che riguarda il primo e il secondo requisito di incompatibilità non sorgono particolari problemi, in quanto è comprensibile che non possa svolgere il ruolo di attestatore un soggetto interdetto, inabilitato, fallito oppure che sia stato condannato ad una pena che comporta l'interdizione anche temporanea dai pubblici uffici o l'incapacità di esercitare uffici direttivi; stesso ragionamento può essere seguito con riguardo alla situazione di chi possiede un rapporto di lavoro nel quale è coinvolto l'imprenditore o gli amministratori della società tale da far sorgere un evidente conflitto di interessi.

Per quanto riguarda invece il terzo requisito di incompatibilità, espresso dalla lettera c) dell'art. 2399 c.c., si pongono problemi maggiori: tale norma deve infatti essere collegata con quella della legge fallimentare, dal momento che quest'ultima non parla solo di rapporti di lavoro o di rapporti continuativi di consulenza o di prestazione d'opera retribuita, ma anche di prestazioni di lavoro autonomo o subordinato, che da una parte non devono essere necessariamente continuativi e che dall'altra non devono nemmeno necessariamente essere in corso al momento del conferimento dell'incarico, bensì possono essere stati effettuati anche nei cinque anni precedenti. Per altro verso, l'art. 2399 c.c. si riferisce anche alle società controllate dalla società principale, a quelle che la controllano e a quelle sottoposte a comune controllo.

Dalla lettura coordinata delle due norme, tenendo conto che quella della legge fallimentare impone requisiti più stringenti, la dottrina ritiene che, per evitare possibili conflitti di interessi, non dovrebbe assumere l'incarico chi ha prestato anche negli ultimi cinque anni ed anche in via meramente occasionale un rapporto di lavoro autonomo o subordinato: e ciò non solo in favore dell'impresa, ma anche delle società che con essa intrattengono un rapporto di controllo, fermo restando che chiaramente il professionista non dovrà nemmeno aver partecipato agli organi di gestione e controllo di tali società.⁹⁶

⁹⁶ M. POLLIO, *op.cit.*, 295-296.

Si deve ritenere che anche il richiamo all'assenza di "altri rapporti di natura patrimoniale" tali da compromettere l'indipendenza di giudizio dell'attestatore, richiamati sia nell'art. 2399 c.c. che nell'art. 67 l. fall., si riferisca, proprio tramite l'uso dell'aggettivo "altri", ad ogni genere di rapporto che non rientri in quelli di lavoro subordinato o autonomo, come per esempio nel caso in cui l'attestatore sia socio della società debitrice ovvero creditore di essa per rapporti diversi da quelli nascenti dall'attestazione stessa⁹⁷. Giova ribadire che i rapporti non devono esistere nemmeno con altri soggetti che hanno interesse al risanamento, dovendosi leggere nell'inciso "non legato all'impresa e a coloro che hanno interesse" la congiunzione "e" come una disgiuntiva "o".

In ogni caso, se è vero come sopra affermato che esistono molte analogie tra la figura del professionista attestatore e quella del revisore legale, soprattutto per quanto riguarda le caratteristiche di indipendenza, allora potrà farsi riferimento anche all'art. 10, comma 2 del d.lgs. n. 39/2010, laddove l'esecuzione della revisione è vietata se tra la società e il revisore legale "sussistono relazioni finanziarie, d'affari, di lavoro o di altro genere, dirette o indirette, comprese quelle derivanti dalla prestazione di servizi diversi dalla revisione contabile, dalle quali un terzo informato, obiettivo e ragionevole trarrebbe la conclusione che l'indipendenza del revisore legale o della società di revisione legale risulta compromessa". Anche in questo caso si fa riferimento ad ogni genere di rapporto dal quale possa nascere un conflitto di interessi, e le condizioni in grado di compromettere l'imparzialità vanno accertate in concreto sia per l'attestatore, sia per il revisore: per il primo con il punto di vista di un terzo consapevole, per il secondo con un giudizio volto a verificare che determinate circostanze siano "tali da" inficiare sull'indipendenza.

Inoltre si ritiene, data la genericità delle norme, che vadano ricomprese nelle cause di incompatibilità non solo quelle indicate dalle disposizioni esaminate, ma anche quelle dell'art. 51 c.p.c. relative alla incompatibilità del giudice e richiamate per il consulente tecnico dall'art. 63 c.p.c., facenti riferimento ai

⁹⁷ E. STASI, "La terzietà dell'attestatore", in www.ilfallimentarista.it, 2012.

rapporti di parentela, di amicizia o di commensalità ovvero in generale ai conflitti di interessi.⁹⁸ Infine, mentre prima dell'ultima riforma del 2012 era dubbio se potesse rivestire o meno l'incarico di attestatore il sindaco effettivo o il revisore legale della società debitrice o di una società ad essa collegata, anche se generalmente si propendeva per l'interpretazione negativa in quanto tale soggetto avrebbe potuto essere condizionato nello svolgimento del suo giudizio dal fatto di aver vissuto direttamente la situazione di crisi dell'impresa, successivamente alla riforma non è residuo alcun dubbio circa tale incompatibilità.

Come ricordato dagli stessi Principi di attestazione⁹⁹, l'indipendenza è in ogni caso soprattutto uno *status* mentale, una condizione non solo oggettiva ma soprattutto soggettiva del professionista, per cui ai requisiti espressi dalla legge deve sempre aggiungersi un'autocensura da esso stesso effettuata nel caso in cui ritenga che la sua capacità obiettiva di giudizio risulti compromessa.¹⁰⁰

Tema connesso a quello dell'indipendenza è poi quello del compenso, che secondo i Principi deve essere in primo luogo “adeguato all'incarico da svolgere, al rischio da assumere, alla responsabilità connessa e conseguentemente all'importanza della prestazione, dall'azienda interessata e del piano oggetto di attestazione”¹⁰¹: dunque il professionista, laddove gli venga proposto un compenso inadeguato, dovrebbe rifiutare sin da subito l'incarico, mentre laddove l'imprenditore non rispetti successivamente le modalità di pagamento convenute, dovrebbe rinunciare al proprio mandato.

La questione problematica deriva dal fatto che il requisito dell'indipendenza deve permanere fino alla conclusione dell'incarico, e di conseguenza non sarà possibile prevedere e calcolare un compenso adeguato alla qualità del lavoro del

⁹⁸ V. LENOCI, “Ruolo e responsabilità del professionista attestatore nel concordato preventivo”, in www.ufficialegiudiziario.eu, 2015, 8.

⁹⁹ Cfr. *Principi di attestazione*, par. 2.5.4

¹⁰⁰ Ad esempio, nel caso di una convivenza *more uxorio* con l'imprenditore ovvero di un rapporto di amicizia o di consulenza anche gratuita con il medesimo imprenditore o con gli amministratori della società, con i creditori o anche con l'*advisor* che ha assistito alla redazione del piano di risanamento.

¹⁰¹ Cfr. *Principi di attestazione*, par. 2.6.2

professionista *ex ante*: tale compenso dovrà dunque essere corrisposto “secondo un programma di avanzamento lavoro per permettere all’attestatore di non essere vincolato alla conclusione della prestazione e sostenere i costi connessi allo svolgimento dell’incarico”, e laddove ciò non sia possibile “l’attestatore dovrà valutare se assumere anche il rischio del pagamento posticipato, tenuto conto della natura prededucibile della prestazione.”¹⁰² Essendo inoltre quella dell’attestatore una prestazione non di risultato, ma di mezzi¹⁰³, il compenso relativo dovrà essere corrisposto in ogni caso, a prescindere dal successo del piano o dal rilascio di un’attestazione che si esprime in modo favorevole nei confronti del superamento della crisi, pena anche in tal caso il sorgere di una sorta di “ricatto” verso il professionista e la conseguente compromissione della sua indipendenza.¹⁰⁴

Questione collegata a quella dell’indipendenza riguarda la possibilità del professionista di assumere anche l’incarico di svolgere la perizia di stima dei beni gravati da privilegi che non vengano soddisfatti integralmente nel concordato preventivo ex art. 160, comma 2: dal momento che tale norma prevede che sia incaricato della suddetta stima “un professionista in possesso

¹⁰² Cfr. *Principi di attestazione*, par. 2.6.3

¹⁰³ Cfr. *Principi di attestazione*, par. 2.6.4

¹⁰⁴ Inizialmente, nella versione della legge fallimentare anteriore alla riforma operata dal d.l. 78/2010, la questione riguardante il compenso del professionista non trovava spazio, e dunque si adattavano le disposizioni della Tariffa professionale dei dottori commercialisti, al cui ordine il professionista doveva appartenere, per individuare delle regole sulla retribuzione: in particolare si riteneva che all’attestatore che si occupasse di un concordato preventivo fosse applicabile la stessa disciplina destinata al redattore della relazione dell’art. 2501-sexies. Successivamente nel 2010 fu introdotto dal legislatore l’art. 182-quater, dove al quarto comma si prevedeva la prededucibilità del compenso spettante al professionista attestatore a condizione che il concordato preventivo ricevesse l’omologazione da parte del Tribunale: tale norma è stata successivamente abrogata ad opera della l. 134/2012, anche se la giurisprudenza ritiene che il professionista possa ugualmente ricorrere all’art. 111 comma 2, che stabilisce che “sono considerati crediti prededucibili quelli così qualificati da una specifica disposizione di legge, e quelli sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali di cui alla presente legge”. In tal senso si esprime Cass. Civ., sez. I, 6 febbraio 2015, n. 2264, in www.ilcaso.it, anche se non mancano casi nei quali si è sostenuto che il credito non fosse prededucibile in caso di valutazione negativa della fattibilità del piano (Trib. Bergamo, 13 gennaio 2012, in www.ilfallimentarista.it; in senso simile App. Ancona, 15 aprile 2015, in www.ilcaso.it, secondo cui “i pagamenti effettuati in favore dei professionisti dopo il deposito del ricorso per concordato “in bianco” non possono ritenersi prededucibili sino alla definitiva ammissione della società alla procedura di concordato preventivo”): chiaramente tuttavia in tal modo la valutazione di fattibilità non sarebbe libera, bensì imposta al professionista.

dei requisiti di cui all'art. 67, terzo comma, lett. d)", dunque un perito in possesso delle medesime caratteristiche del professionista attestatore, ci si chiede se possa essere la stessa persona il professionista che svolge la perizia e quello che redige l'attestazione prevista dall'art. 67, comma 3, lett. d). A tale quesito sia la giurisprudenza¹⁰⁵ che i Principi di attestazione danno risposta positiva, evidenziando in particolare questi ultimi che "non sussistono limitazioni normative all'affidamento all'attestatore anche dell'incarico relativo alla stima" ex art. 160, comma 2, fermo restando che il professionista dovrà in ogni caso valutare se lo svolgimento di tale stima possa incidere negativamente sulla propria obiettività di giudizio.

Per ciò che riguarda gli effetti dell'eventuale assenza del requisito dell'indipendenza della quale si sia venuti a conoscenza *ex post*, il legislatore non ha previsto delle specifiche sanzioni in conseguenza della mancanza delle qualità soggettive indicate nell'art. 67, comma 3, lett. d), per cui potrebbe ritenersi *prima facie* che tale carenza non incida sulla validità della relazione e possa configurare solamente un'aggravante della responsabilità in sede civile o penale¹⁰⁶: tuttavia tale opinione non è condivisibile in quanto il requisito dell'indipendenza è una condizione immancabile affinché un elaborato redatto dal professionista possa dirsi effettivamente una relazione rilevante ex art. 67, comma 3, lett. d).

Ne discende dunque che laddove tale condizione non sia soddisfatta "la legge ritiene il professionista non idoneo alla predisposizione della relazione in parola, e pertanto ogni suo elaborato all'uopo prodotto non potrebbe produrre efficacia alcuna"¹⁰⁷. Anche la già citata circolare n. 30/IR dell'11 febbraio 2013 emessa dal Cndcec afferma d'altra parte che "la relazione prodotta dal professionista in assenza dei requisiti di indipendenza (...) è viziata, potenzialmente invalida e priva di attendibilità", e che tale invalidità potrebbe essere fatta valere "anche dal giudice in sede di ammissione al concordato o di omologazione

¹⁰⁵ Trib. Bergamo, 30 novembre 2012, in www.ilfallimentarista.it

¹⁰⁶ G.B. NARDECCHIA, "Professionista attestatore: requisiti stringenti e sanzioni", in "Il sole 24 ore", 9 luglio 2012.

¹⁰⁷ F. SALVARDI, "La relazione di attestazione in ambito concorsuale", Milano 2014, 28.

dell'accordo, oltre che dal commissario giudiziale e dai creditori". Il requisito dell'indipendenza, così come la sanzione penale dell'art. 236-bis l. fall., sarebbe infatti stato previsto dal legislatore per responsabilizzare il professionista, la cui attività non produce effetti solamente sull'imprenditore, ma anche sui terzi che, interessati allo svolgimento della vicenda, vi fanno necessariamente affidamento.

In realtà le conseguenze dell'assenza del requisito di indipendenza dipendono, in sede di ammissibilità di un accordo di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis l. fall. ovvero in sede di ammissione alla procedura di concordato ex art. 160 l. fall., dalla natura che si attribuisce alla relazione. Mentre alcuni la intendono come un presupposto di ammissibilità della domanda, ritenendo dunque che la carenza dei requisiti soggettivi comporti l'inammissibilità della stessa, altri la reputano invece un elemento di regolarità formale che non ha niente a che vedere con i presupposti di ammissibilità. Nel primo caso il vizio comporterebbe dunque, se scoperto da subito, un'inammissibilità della domanda i cui effetti ricadrebbero solamente sul debitore, mentre laddove l'invalidità venga scoperta *ex post* verrebbe ad esistere la questione dell'affidamento¹⁰⁸ che i terzi ripongono su un'attestazione redatta da un soggetto professionale, considerabile addirittura un ausiliario del giudice e che, seguendo le indicazioni dei Principi di attestazione¹⁰⁹, avrà certamente dichiarato nella relazione la propria indipendenza ed il possesso dei requisiti richiesti dalla legge. In tal caso dunque troveranno applicazione le regole sulla responsabilità contrattuale¹¹⁰, e il danno subito dai creditori anteriori

¹⁰⁸ Secondo Cass. Civ., sez. I, 30 luglio 2012, n. 13565 la relazione del professionista è dotata "di naturale vis persuasiva", ed è dunque "suscettibile, se non rispondente al reale contenuto della proposta, di ingenerare un errore-vizio nel consenso dei creditori." (www.gadit.it)

¹⁰⁹ Cfr. *Principi di attestazione*, par. 2.5.1

¹¹⁰ Mentre secondo alcuni si parlerebbe di responsabilità contrattuale nei confronti del debitore ed extracontrattuale nei confronti dei terzi, secondo altri la responsabilità dell'attestatore sarebbe sempre di natura contrattuale e deriverebbe dal fatto che egli assume nei confronti dei debitori una sorta di dovere di protezione. Tale impostazione deriva dalla teoria del "contatto sociale qualificato", che secondo B. BLASCO, "*La responsabilità da contatto sociale qualificato e i suoi rapporti con gli obblighi di protezione*", in www.ambientediritto.it, 2010 "è una particolare forma di responsabilità, nata proprio per venire incontro alle nuove e molteplici esigenze, tipiche della moderna società, relative al risarcimento dei danni, aldilà dello schema, certamente troppo riduttivo, che vede la tradizionale bipartizione tra

all'omologazione potrà essere quantificato come la minor somma che essi potranno ricavare dal fallimento che verrà aperto a seguito della mancata riuscita del concordato, avuto riguardo a quanto avrebbero potuto ottenere laddove fosse stata invece subito aperta la procedura fallimentare.

D'altra parte sarà invece particolarmente complesso calcolare il danno subito dai creditori successivi all'omologazione, dato che in tal caso esso dovrà essere quantificato sulla base dell'aspettativa che si era ingenerata nel creditore in base all'attestazione, e sulla base di quanto avrebbe potuto ottenere se il piano di concordato non fosse stato omologato.

Laddove invece si ritenga che l'attestazione incarni solo un requisito di regolarità della domanda, la carenza dei requisiti soggettivi non comporterebbe l'inammissibilità del ricorso, ma integrerebbe solamente un'invalidità che, non essendo espressamente sanzionata, potrebbe essere sanata, oltre che nella fase di apertura del ricorso introduttivo, anche successivamente: deporrebbe tra l'altro a favore di tale conclusione, nel caso del concordato, il fatto che la relazione del professionista sia prevista dalle norme inerenti alla domanda (art. 160 l. fall.) e non da quelle riguardanti i presupposti di ammissibilità (art. 161 l. fall.).¹¹¹

Nel caso invece in cui l'attestazione, seppur rilasciata da un professionista non indipendente, contenga comunque un giudizio completo, obiettivo ed idoneo a rappresentare ai destinatari tutti i dati necessari a giudicare la fattibilità del piano, la giurisprudenza si schiera su fronti opposti, laddove mentre parte di essa ritiene che “l'eventuale mancanza di terzietà dei professionisti attestatori

responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. L'espressione "contatto sociale qualificato", viene ad indicare una relazione che intercorre tra due o più soggetti che, in quanto implicante l'ingerenza nella sfera giuridica altrui, comporta il sorgere di doveri di collaborazione e protezione volti a salvaguardare le aspettative ingenerate.”

¹¹¹ Di tale avviso Trib. Milano, 27 ottobre 2005, decr, in www.tuttocamere.it, L. ZOCCA, “La relazione del professionista e le sue responsabilità”, in L. GHIA, C. PICCININNI, F. SEVERINI, *op.cit.*, 329-330 e M. VITIELLO, “Le soluzioni concordate della crisi di impresa”, in “*Officina del diritto, società e fallimento*”, Milano 2013, 11, secondo cui bisogna escludere “che alla mancanza di indipendenza dell'attestatore possa conseguire l'inammissibilità della domanda di concordato o del ricorso diretto ad ottenere l'omologazione degli accordi di ristrutturazione (...). L'indipendenza dell'attestatore non può quindi essere considerato un requisito di ammissibilità sostanziale del ricorso ex art. 161 o art. 182-bis l.fall.”

quanto al contenuto delle loro relazioni deve ritenersi rilevante”¹¹², altra parte¹¹³ afferma invece che da tali circostanze scaturirebbe senza dubbio l’inammissibilità della domanda, nei casi citati, di concordato. Laddove invece manchino tutti i requisiti richiesti dall’art. 67, comma 3, lett. *d*), l’opinione prevalente propende per l’inesistenza del giudizio di attestazione.

1.2 La nomina dell’attestatore

Il professionista attestatore, come previsto dalla lettera dell’art. 67, comma 3, lett. *d*) l. fall., viene nominato esclusivamente dal debitore, che nella prassi procede alla designazione non in completa autonomia, bensì a seguito della consultazione dei creditori rilevanti e degli altri soggetti interessati al risanamento, al fine di favorire anche su tale punto la formazione di una volontà consensuale e di ottenere il *placet* di coloro che sono coinvolti nella crisi in merito al nominativo della figura designata. Conseguenza di ciò è che ad oggi la nomina del professionista risulta completamente sottratta alla competenza del Tribunale, rientrando essa negli atti di gestione della crisi di impresa lasciati alla competenza esclusiva del debitore ovvero dell’organo titolare del potere decisionale, come nel caso delle società di capitali, laddove la nomina è preceduta necessariamente dall’approvazione da parte dell’organo amministrativo.¹¹⁴

¹¹² Trib. Bergamo, 29 novembre 2012, in www.unijuris.it

¹¹³ Trib. Mantova, 6 maggio 2014, in www.ilcaso.it e Trib. Modena, 10 dicembre 2013, in www.ilfallimentarista.it

¹¹⁴ In particolare in tali casi l’indicazione del nominativo del professionista ritenuto idoneo a svolgere l’incarico rientrerebbe nei compiti di vigilanza del collegio sindacale, poiché tale organo è competente in tema di conferimento o revoca dell’incarico del revisore legale che, come sopra sottolineato, è figura fortemente vicina ed assimilabile a quella dell’attestatore. Cfr. “Norme di comportamento del collegio sindacale. Principi di comportamento del collegio sindacale di società non quotate”, norme da 11.3 e 11.6, che affermano come, rispettivamente

Nel vigore della versione dell'art. 67, comma 3, lett. *d*) l fall. anteriore alla riforma della legge n. 134/2012, la mancanza di un'indicazione espressa in merito al soggetto incaricato della designazione del professionista e il richiamo operato dalla disposizione all'art. 2501-bis, comma 4 c.c. aveva causato l'insorgere di alcuni dubbi: proprio in ragione di tale rinvio non mancavano infatti le richieste dei creditori che invitavano l'imprenditore in crisi a rivolgersi al Presidente del Tribunale affinché procedesse alla designazione del professionista, benché la giurisprudenza già in questo periodo si fosse assestata sul ritenere che il predetto richiamo si riferisse soltanto alle modalità di redazione della relazione e non all'organo competente alla nomina dell'attestatore.

In ogni caso, all'indomani dell'entrata in vigore della legge n. 134/2012 e della esplicitazione del requisito della designazione da parte del debitore, ogni dubbio in merito, in precedenza legittimo, risulta ora fugato, nonostante non si possa tralasciare di segnalare la perdurante presenza di alcuni orientamenti che, soprattutto nel caso del piano di risanamento, ritengono necessario l'intervento del Tribunale, mancando in tale procedura, a differenza che nel concordato preventivo o negli accordi di ristrutturazione dei debiti, un controllo giudiziale anche minimo, e dunque rispondendo tale nomina all'esigenza di assicurare fin da subito l'indipendenza e la professionalità dell'attestatore a tutela dei creditori. Tale interpretazione non è tuttavia condivisibile, sia in quanto l'art. 67, comma 3, lett. *d*) l fall. è chiaro nello stabilire che la designazione compete esclusivamente al debitore, sia in quanto laddove il legislatore ha ritenuto necessario che il professionista venisse nominato da parte del Tribunale l'ha previsto espressamente, come nel caso dell'art. 124, comma 3 l fall. in tema di concordato, in cui si parla di una "relazione giurata di un professionista in

nel piano attestato di risanamento, negli accordi di ristrutturazione dei debiti, nel concordato preventivo con riserva e nel concordato preventivo il collegio sindacale "vigila che il professionista incaricato dal debitore (...) sia in possesso dei requisiti di professionalità e di indipendenza previsti dalla legge".

possesso dei requisiti di cui all'art. 67, terzo comma, lett. d) designato dal Tribunale”¹¹⁵.

La designazione da parte del debitore, ribadita nei Principi di attestazione¹¹⁶ e nella citata circolare 30/IR¹¹⁷, risponde alla finalità di “favorire la formazione di un mercato di esperti professionalmente preparati, basato sulla reputazione nell’espletamento dei nuovi compiti e non necessariamente sulla pregressa esperienza nell’ambito di attività strettamente giudiziali”¹¹⁸; in ogni caso la nomina di parte non deve andare a discapito dell’indipendenza di giudizio del professionista, vista l’essenzialità della stessa nella procedura di attestazione. Il debitore potrà inoltre procedere alla sostituzione del professionista, ma se agisce in tal modo in pendenza di una domanda di concordato con riserva ex art. 161, comma 6, di tale sostituzione deve informare il Tribunale ed il commissario giudiziale laddove sia stato già nominato, rientrando questo aspetto negli obblighi informativi periodici previsti all’ottavo comma della disposizione in parola.

In caso di successione tra professionisti, si ritiene che il secondo attestatore debba informarsi sulle ragioni che hanno spinto il predecessore a non occuparsi più del lavoro, che debba inoltre acquisire una copia, se esistente, della precedente attestazione, ed assicurarsi infine che l’impresa abbia proceduto alla liquidazione del compenso al precedente incaricato. Tutto ciò viene previsto al fine di evitare che il secondo attestatore risenta di un’asimmetria informativa rispetto al primo, soprattutto nei casi in cui l’impresa abbia proceduto alla sua sostituzione non per una reale presenza di un’incompatibilità, ma solamente per il fatto di aver ricevuto un giudizio negativo circa la fattibilità del piano e voglia dunque avvalersi dell’opinione di un secondo professionista senza condizionarlo comunicandogli l’esito della precedente analisi.

¹¹⁵ In tal senso, G. PERACIN, P. FREDDO, “*Nomina del professionista attestatore nel concordato preventivo*”, in “Il commercialista veneto”, 182, 2008, 7-8.

¹¹⁶ Cfr. *Principi di attestazione*, par. 2.1

¹¹⁷ Cfr. circ. n. 30/IR dell’11 febbraio 2013, *op.cit.*, 3.

¹¹⁸ Cfr. “*Linee guida per il finanziamento alle imprese in crisi*”, par. 2.4

In realtà non mancano situazioni nei quali il professionista risulta designato da un terzo diverso dal debitore, come nel caso dell'art. 186-*bis*, comma 5 l. fall., dove si prevede che l'impresa in concordato possa concorrere all'assegnazione di contratti pubblici anche se riunita in un raggruppamento temporaneo di imprese, purché essa non rivesta la qualifica di mandataria: in tal caso si ritiene che possa essere la mandataria stessa a designare l'attestatore che, ai sensi del quarto comma, deve attestare la conformità del piano e la ragionevole capacità di adempimento del contratto, visto che la suddetta impresa è non solo direttamente interessata alla questione, ma è anche rappresentante del debitore. Ed inoltre, vista l'introduzione da parte del decreto legge n. 83/2015 della possibilità che uno o più creditori rappresentanti almeno il dieci per cento dei crediti possano presentare una proposta di concordato preventivo concorrente con quella del debitore e corredata del relativo piano, si ritiene che anche in tal caso il professionista possa essere incaricato dal suddetto creditore proponente.

I requisiti professionali e la qualificazione tecnica del professionista sono indispensabili ai fini della riuscita del piano di superamento della crisi, e di conseguenza nella scelta dell'attestatore l'imprenditore dovrebbe orientarsi su soggetti che possiedano le qualità necessarie in funzione del tipo di *iter* di ristrutturazione che si intende percorrere e della complessità del progetto da affrontare. Al fine di assicurare che la scelta ricada su un soggetto qualificato nell'ambito di procedure così delicate, è auspicabile che ci si indirizzi verso figure o strutture organizzate, che posseggano preferibilmente delle adeguate coperture assicurative, da considerarsi non indice di mancanza di professionalità, bensì di serietà, e che dimostrino di ritenere importante il mantenimento e l'acquisizione di una certa credibilità e di una reputazione di alto livello. Ovviamente il possesso di un *curriculum* adeguato all'operazione che ci si accinge ad affrontare, l'appartenenza ad una struttura organizzata che comporta di per sé la possibilità che il professionista sia assistito da un gruppo di esperti qualificati e, non per ultimo, il possesso di risorse adeguate a sostenere i costi dell'incarico non potrà essere garanzia certa dell'esito positivo del giudizio di attestazione, visto che, come sopra ricordato, il professionista può

garantire l'utilizzo delle migliori capacità e dei migliori mezzi tecnici, ma non anche il raggiungimento del miglior risultato. Chiaramente assicurarsi l'attestatore più capace significherà anche farsi carico di costi più elevati e alle volte insopportabili, soprattutto per le imprese di piccole dimensioni, ma tale circostanza è ad oggi inevitabile e continuerà ad esserlo fino a quando l'importanza crescente attribuita a tale figura comporterà l'accrescimento della concorrenza di settore e la nascita di un'assistenza alle imprese anche da parte delle associazioni di categoria.

Per quanto riguarda la tempistica, la citata Raccomandazione n. 4 contenuta nelle Linee guida stabilisce che è opportuno che il professionista venga nominato in un momento anticipato e "già nella fase di redazione del piano", per far sì che egli possa, avendo conoscenza delle necessarie informazioni, indicare quali criteri seguire nella stesura dello stesso piano di risanamento e "rendere le attestazioni preliminari eventualmente necessarie in ragione dello strumento che è stato prescelto".

1.3 La valutazione dell'incarico

Le *best practises* impongono al debitore, prima della designazione definitiva del professionista, di chiedere ad esso di fornirgli un prospetto relativo alle modalità con cui intende svolgere il proprio incarico, così da valutare il suo grado di comprensione delle esigenze e delle difficoltà in gioco.

D'altronde anche lo stesso attestatore prima di accettare l'incarico dovrà valutare i rischi che comporta l'attività da svolgere, tenendo presente che il suo ruolo richiede il massimo grado di diligenza: di conseguenza egli dovrà tenere in considerazione diversi aspetti, quali ad esempio *in primis* i fattori individuali,

con riferimento al grado di conoscenza che possiede in merito all'attività svolta dall'impresa, alla disponibilità di tempo e alla propria indipendenza rispetto al soggetto che richiede l'attestazione. In seguito egli dovrà considerare i fattori riferiti all'azienda, con riguardo all'adeguatezza del suo sistema di pianificazione e controllo, alle capacità e all'affidabilità del consulente del debitore che ha lavorato alla redazione del piano e alle competenze di altri professionisti dei quali l'impresa si sia avvalsa. Inoltre dovranno essere valutati i fattori legati al campo nel quale opera l'azienda e che potrebbero complicare l'attività di attestazione, quali i fattori ambientali, comprendenti l'atteggiamento dei soggetti interessati alla ristrutturazione e i fattori riguardanti specificamente il piano, tra cui il grado di realismo con il quale sono state formulate le ipotesi e la qualità delle informazioni disponibili ed utilizzate.¹¹⁹

Chiaramente l'eventualità più vantaggiosa per il professionista sarà quella in cui egli venga nominato con largo anticipo, ed abbia dunque la possibilità di valutare ogni fattore di rischio e ogni elemento interessato dal piano. Ma molto più spesso accade che egli venga nominato solo in un momento successivo, ed in tal caso giocherà un ruolo fondamentale la sua pregressa esperienza, che gli consentirà di comprendere in minor tempo la situazione nella quale si trova l'impresa. Altre volte invece la valutazione deve essere eseguita in un tempo molto esiguo, come nel caso in cui la designazione avvenga in situazioni di urgenza, mentre esiste anche l'eventualità che taluni rischi siano pienamente valutabili solo dopo aver conosciuto il piano: in tali casi l'attestatore potrà dunque solamente accettare l'incarico in un momento successivo alla redazione dello stesso, pur essendo stato nominato anticipatamente. Chiaramente nel caso in cui solo dopo aver accettato il suddetto incarico venga a conoscenza di cause ostative alla sua indipendenza di giudizio, dovrà comunicarlo al debitore per far sì che quest'ultimo abbia la possibilità di sostituirlo.

E' inoltre considerato fondamentale che il professionista valuti la disponibilità dell'impresa a confermare la propria responsabilità per l'eventuale

¹¹⁹ Cfr. *Principi di attestazione*, par. 2.2.3

incompletezza della documentazione messa a disposizione e per la non veridicità ed attendibilità dei dati in essa contenuti tramite specifiche attestazioni, poiché dalla mancanza di tale disponibilità il professionista dovrà dedurre la carenza di volontà del debitore di collaborare pienamente e, di conseguenza, l'opportunità di rifiutare l'incarico. Si deve anche tener conto che, nel caso in cui egli basasse la propria attestazione su informazioni false fornite dallo stesso imprenditore, potrebbe incorrere nel reato previsto dall'art. 236-bis l. fall.: in capo al debitore, infatti, non viene prevista alcuna responsabilità penale, mentre il professionista potrebbe ritenersi sanzionabile a titolo di dolo eventuale – che si tratterà ampiamente nel successivo capitolo - laddove abbia accettato il rischio del compimento del reato come conseguenza della sua condotta.

I Principi di attestazione, da parte loro offrono, al professionista l'occasione per tutelarsi affermando la possibilità che nella lettera di incarico siano previste delle limitazioni alla responsabilità dell'attestatore nel caso in cui vengano omessi degli elementi importanti da parte del debitore ovvero nel caso di mancata collaborazione. Essendo infatti legati debitore e professionista da un rapporto contrattuale, tanto nei contratti quanto in questo caso sarà possibile prevedere delle clausole limitative in proposito: è tuttavia necessario precisare che esse fungeranno da difesa preventiva nei confronti di eventuali falsità commesse dall'imprenditore, ma in ogni caso non avranno effetti sulla responsabilità penale per l'illecito di cui all'art. 236-bis l. fall.¹²⁰

¹²⁰ Cfr. *Principi di attestazione*, par. 2.4.1 e 2.4.2

1.4 Il contenuto del mandato

Una volta che il professionista, dopo aver valutato ogni fattore di rischio, decide di accettare l'incarico, deve farsi sottoscrivere una *engagement letter* dall'imprenditore, ed il contratto tra essi concluso sarà assimilabile, quanto a natura, al contratto di mandato senza *principal*, "in cui cioè il firmatario del contratto con il professionista ossia appunto il soggetto controllato non è il cliente del professionista". Al firmatario è dunque sottratto in questo caso "il potere di definire l'oggetto del mandato" e "il potere di dare indicazioni sulle modalità di conduzione delle verifiche e dei controlli"¹²¹, che risultano codificate nei principi professionali e che in ogni caso vengono stabilite unicamente dal professionista. D'altra parte quest'ultimo, in virtù di tale contratto, non assume solo un obbligo nei confronti dell'imprenditore, ma anche nei confronti dei soggetti in realtà estranei al mero rapporto contrattuale, nei confronti dei quali vige comunque un dovere di correttezza dato l'affidamento che essi ripongono nelle attestazioni.

L'oggetto del mandato non deve ridursi solamente all'attestazione, bensì deve ricomprendere l'attività di analisi e verifica del piano finalizzata all'attestazione stessa, in quanto il ruolo del professionista non si riduce alla valutazione positiva circa il superamento della crisi, ben potendo infatti egli fornire un giudizio negativo in proposito, ma si estende alla minuziosa analisi dei contenuti del piano, la quale consentirà di praticare la stima finale. Sono i Principi stessi¹²²

¹²¹ P. RIVA, "Prima analisi dei "Principi di attestazione dei piani di risanamento" approvati dal CNDCEC nel settembre 2014. Gli elementi a tutela dell'indipendenza dell'attestatore", in "Il concordato preventivo: riflessioni teoriche", Quaderno n. 57, Commissione Gestione Crisi di Imprese e Procedure concorsuali, Ordine dei dottori Commerciali e degli Esperti Contabili di Milano, in www.odcec.mi.it, 2015, 63. Si nota inoltre come lo strumento del mandato senza *principal*. in cui appunto il controllore è scelto dal controllato, non è raro sia in ambito nazionale che soprattutto internazionale, essendo questa la modalità di nomina più frequente delle società di revisione, del collegio sindacale o degli organismi di vigilanza degli enti del d.lgs. 231/2001.

¹²² Cfr. *Principi di attestazione*, par. 8.4.3

ad affermare infatti che il giudizio del professionista può essere positivo o negativo, sebbene tale netta dicotomia sia stata più volte criticata dagli interpreti, in quanto accusata di sembrare incapace di lasciare spazio all'espressione di una valutazione contenente alcuni rilevati negativi che non condizionino tuttavia necessariamente il giudizio complessivo di fattibilità. Deve inoltre ricordarsi che la libertà di giudizio dell'attestatore discende dalla stessa natura del contratto che egli sottoscrive, in quanto mentre un mandato con un *principal* comporterebbe necessariamente l'obbligo di rilasciare un giudizio positivo, poiché è questo ciò che viene richiesto dal mandante, nel caso invece in cui il *principal* non sia presente il firmatario non avrà nessun potere di indicare quale sia l'esito che desidera: ciò è giustificato dal fatto che, esistendo in questo caso anche dei terzi che ripongono un legittimo affidamento sulla valutazione del professionista, sarà fondamentale tutelare il loro interesse a conoscere anche le criticità, e non solo gli aspetti positivi, del piano.

La lettera di incarico deve evidenziare chiaramente la portata dell'attestazione, al fine di consegnare al professionista un perimetro di lavoro determinato e circoscritto, l'assunzione di responsabilità da parte dell'impresa per i dati contenuti nel piano, della quale si è precedentemente parlato, assunzione che il professionista è invitato a far riconfermare prima del rilascio della valutazione finale, il conseguente impegno del *management* a fornire all'attestatore tutte le informazioni necessarie al suo lavoro e ad esplicitare i contenuti del piano, nonché i poteri di acquisizione di ulteriori informazioni che servano al professionista ad integrare quelle contenute nel piano stesso, il compenso e le relative modalità di pagamento.

E' in seguito auspicabile, a vantaggio del professionista, che vengano contemplate due ipotesi di recesso: la prima prevista nel caso in cui, durante lo svolgimento dell'incarico, emergano degli elementi dei quali non si fosse avuta precedente conoscenza, ovvero che non fossero precedentemente esistiti, tali da far venire meno l'indipendenza del professionista; la seconda, già anticipata, prevista invece nel caso in cui l'imprenditore o i suoi ausiliari non consegnino le documentazioni necessarie al lavoro di attestazione.

E' inoltre consigliabile che si individui il periodo coperto dal piano, le principali verifiche che verranno svolte, la data del rilascio del giudizio finale e di eventuali giudizi intermedi al fine di rendere possibile all'attestatore un'organizzazione della tempistica dei lavori e delle scadenze, nonché, nel caso in cui avvenga una designazione anticipata già nel momento della stesura del piano, è auspicabili l'indicazione del tempo minimo che deve decorrere tra la consegna del piano stesso ed il rilascio dell'attestazione.¹²³

Va notata poi la presenza di indicazioni provenienti da alcune associazioni, quale ad esempio l'Associazione italiana revisioni contabili (Assirevi), che precisano, nel caso in cui gli attestatori vadano a collaborare, nell'ambito delle procedure di composizione della crisi, con i revisori legali e richiedano dunque l'accesso a dei documenti o a delle carte di lavoro, che in capo ai predetti revisori non sussista alcun obbligo di mettere a disposizione tali carte, che sono di proprietà delle società di revisione e non devono di conseguenza essere fornite a soggetti terzi¹²⁴.

Dato che se vengono fornite informazioni false o omesse informazioni rilevanti, tanto ad opera dell'imprenditore, quanto del revisore o di altri soggetti, il professionista potrebbe incorrere nell'illecito dell'art. 236-*bis* l. fall., spesso si ritiene opportuno che, a difesa preventiva, nella lettera di incarico si precisi l'impegno di tali soggetti a fornire all'attestatore i documenti necessari.

Altra indicazione che è opportuno che la lettera contenga è quella riguardante la possibilità di scelta del professionista circa i soggetti dei quali intende avvalersi, in quanto sarà ragionevolmente prevedibile che per alcune stime o perizie egli voglia affiancarsi delle figure che ritiene personalmente adeguate dal punto di vista dell'esperienza, della capacità tecnica, della professionalità ma soprattutto dell'indipendenza dall'imprenditore. Chiaramente non si può mancare di sottolineare la necessità che il mandato presenti data certa, al fine di rendere opponibile il documento in un eventuale successivo fallimento.¹²⁵

¹²³ Cfr. *Principi di attestazione*, par. 2.2.5

¹²⁴ Assirevi, Documento di ricerca 180/2014, in www.assirevi.it, 5-7.

¹²⁵ In tal senso, Trib. Monza, 11 novembre 2014, in www.ilcaso.it

E' inoltre importante notare come l'impegno dei Principi di attestazione sia nel senso dell'indicazione di una responsabilità bilaterale sia in capo all'attestatore, sia in capo all'impresa, poiché quest'ultima deve poter conoscere le modalità ed i tempi operativi del professionista, ed il primo, da parte sua, deve essere messo in condizione di operare in modo realmente libero da vincoli.

La legge ha infatti sottratto all'attestatore il rilevante potere posizionale che gli sarebbe derivato dalla qualifica di pubblico ufficiale, e non lo ha dotato dei poteri ispettivi che lo rendessero realmente indipendente, nell'assunzione delle informazioni, dall'impresa: egli dovrà dunque fare il possibile per tutelarsi al meglio già dal momento della valutazione dell'incarico, richiedendo al debitore delle adeguate garanzie.

Sulla questione della qualifica è recentemente intervenuta la giurisprudenza,¹²⁶ che ha riconfermato l'assenza della qualifica di pubblico ufficiale in capo al professionista in un caso nel quale, mentre il Pubblico Ministero nell'ambito di un concordato preventivo riteneva che l'attestatore fosse "titolare di poteri certificativi inerenti alla formazione della volontà dell'autorità giudiziaria", di "funzioni assimilabili a quelle dell'ausiliario del giudice" e di "un'attività disciplinata da norme di diritto pubblico", i giudici hanno al contrario affermato che, pur svolgendo il professionista un'attività simile a quella dell'ausiliario, in realtà egli collabora "alla formazione non solo del convincimento del giudice, ma anche a quello dei creditori, escludendone un'esclusiva strumentalità all'esercizio dell'attività giudiziaria". Secondo tale interpretazione, dunque, sono indizi dell'impossibilità di attribuire all'attestatore la qualifica di pubblico ufficiale sia il fatto che l'attestazione non vincoli il controllo di legittimità del giudice sulla fattibilità del piano, sia la nomina da parte di un privato, sia l'assenza di un dato normativo che indichi tale qualifica e soprattutto la presenza dell'art. 236-*bis* l. fall., indicativa della volontà del legislatore di "assicurare tutela penale a interessi la cui offesa non è stata ritenuta riconducibile ad altre

¹²⁶ Cass., sez. V pen., 8 marzo 2016, n. 9542, in www.ilcodicedeiconcordati.it, 2-3

ipotesi criminose”, come i reati di falso ideologico e di corruzione in atti giudiziari riconducibili, appunto, al pubblico ufficiale.

2 La relazione attestativa

La relazione del professionista costituisce nello stesso tempo sia il punto di arrivo di una complessa procedura di analisi della situazione di crisi dell’impresa, delle sue cause e delle possibili modalità di superamento, sia il punto di partenza per un’effettiva rinascita aziendale, consentita dal parere positivo rilasciato appunto dall’esperto e riguardante la veridicità dei dati forniti e la fattibilità del piano proposto.

Il professionista è chiamato dalla legge fallimentare ad operare in campi diversi, ed in particolare ad occuparsi dei piani attestati di risanamento ex art. 67, comma 3, lett. *d*), del concordato preventivo ex art. 161, comma 3, e degli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-*bis*: ma la sua attività si rivela protagonista anche in tema di finanziamenti prededucibili ex art. 182-*quinquies* e di concordato con continuità aziendale ex art. 186-*bis* l. fall..

Il decreto legge n. 83/2015, convertito in legge n. 132/2015, fonte dell’introduzione delle due ultime tipologie di attestazioni citate, ha provveduto alla parificazione del contenuto delle relazioni già in precedenza presenti nella legge fallimentare ed ha in particolare eliminato ogni divergenza circa la verifica della veridicità dei dati aziendali, prevista ad oggi come elemento essenziale di ogni attestazione insieme alla fattibilità o all’attuabilità dell’accordo: tale novità risponde in realtà alla volontà espressa dagli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali che anche prima della riforma

avevano sostenuto l'importanza irrinunciabile della valutazione di veridicità, dalla quale logicamente non si può prescindere se si vuol praticare un qualunque giudizio circa l'attuabilità di una soluzione concordata.¹²⁷

Nei piani attestati di risanamento viene previsto che il professionista si assicuri della veridicità dei dati ed attesti la fattibilità dell'accordo, essendo stato da una parte espunto il precedente riferimento alla ragionevolezza ai sensi dell'art. 2501-*bis*, comma 4, c.c., e dall'altra appunto inserito il requisito della verifica della veridicità dei dati aziendali, la cui necessità risultava particolarmente evidente in questo caso in quanto non si comprendeva come potesse altrimenti essere ragionevole e dunque, in sostanza, fattibile un piano senza una valutazione delle informazioni sulla base delle quali esso era stato redatto.

L'art. 161, comma 3 l. fall., d'altra parte, prevede ad oggi così come in passato, non essendo stato investito da modifiche di rilievo, che la relazione del professionista in possesso dei requisiti di professionalità ed indipendenza dell'art. 67, comma 3, lett. *d*) l. fall. attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano; a dimostrazione dell'importanza di tale valutazione ai fini del superamento della crisi, si prevede inoltre che si debba procedere ad analoga valutazione anche nel caso di modifiche sostanziali alla proposta, dal momento che la validità della prima attestazione potrebbe essere stata inficiata dal mutamento sopravvenuto.

L'art. 182-*bis* l. fall. prevede in modo parzialmente diverso che oggetto della relazione del professionista, in caso di accordi di ristrutturazione dei debiti, debba essere la veridicità dei dati aziendali e l'attuabilità dell'accordo, che nonostante la differenza letterale coincide comunque con la fattibilità dello

¹²⁷ In tal senso si era espresso Trib. Pescara, 20 ottobre 2005, decr., in *Fall*, 2006, 56, secondo cui la relazione "deve contenere la motivazione sostanziale ed oggettiva dell'attestazione di veridicità ed avere riguardo ai dati contabili ed extracontabili (...) necessari per la formulazione di un giudizio serio ed approfondito sulla fattibilità del piano". Nel medesimo senso Trib. Roma, 27 gennaio 2010 e Trib. Piacenza, 2 marzo 2011, entrambe in www.ilcaso.it, Trib. Milano, 20 luglio 2010, in www.tribunale-milano.net e Trib. Roma, 24 novembre 2010, in www.ilforo.it.

stesso, in questo caso per altro riferita alla idoneità del piano ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei all'accordo.

Per quanto riguarda l'art. 182-*quinquies*, vengono in questo caso menzionati due tipi di attestazioni diversi, tra i quali cui quello al primo comma prevede il rilascio della relazione nel caso in cui il debitore che presenti una domanda di concordato preventivo ai sensi dell'art. 161, comma 6 l. fall. di ammissione al concordato preventivo o di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-*bis*, comma 1, l. fall. ovvero una proposta di accordo ex art. 186-*bis*, comma 6 voglia essere autorizzato dal Tribunale, anche prima del deposito della documentazione prevista dall'art. 161, commi 2 e 3 l. fall., a contrarre finanziamenti prededucibili ai sensi dell'art. 111 l. fall.. In tal caso l'attestazione, redatta a seguito della preliminare verifica circa il complessivo fabbisogno finanziario dell'impresa fino alla omologazione, deve riguardare la funzionalità dei predetti finanziamenti alla migliore soddisfazione dei creditori. La seconda attestazione contenuta nella disposizione in parola è quella del quinto comma, rilasciata laddove il debitore che presenti una domanda di ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale anche ai sensi dell'art. 161, comma 6 l. fall. voglia chiedere al Tribunale di essere autorizzato a pagare crediti anteriori per prestazioni di beni o servizi: in tal caso il professionista dovrà attestare l'essenzialità di tali prestazioni alla prosecuzione dell'attività di impresa e la loro funzionalità alla migliore soddisfazione dei creditori,

Infine il professionista interviene anche nel concordato con continuità aziendale ex art. 186-*bis* l. fall., ed è in tal caso titolare di un ruolo più complesso, essendo chiamato non solo a fornire l'attestazione dell'art. 161, comma 3 l. fall., ma anche, in base alla lett. *b*) del secondo comma, ad arricchirla del giudizio relativo alla funzionalità della prosecuzione dell'attività di impresa alla migliore soddisfazione dei creditori. Inoltre al terzo comma si prevede che il debitore possa dare prosecuzione a dei contratti pubblici laddove il professionista attesti la conformità del contratto stesso al piano e la ragionevole capacità di adempimento. Infine il comma 5 prevede che, laddove il debitore ammesso al

concordato preventivo voglia partecipare a procedure di assegnazione di contratti pubblici, debba presentare al momento della gara la relazione del professionista che attesti la conformità del contratto al piano ed ancora la ragionevole capacità di adempimento da parte dell'imprenditore.

In particolare, mentre le relazioni del secondo e del terzo comma paiono presentare natura integrativa rispetto all'attestazione principale, l'ultima sembra invece rivestire un ruolo indipendente, seppur accessorio a quello della relazione finalizzata all'ammissione al concordato con continuità: ciò non è senza conseguenze, in quanto se tale ultima relazione fosse totalmente autonoma e differente rispetto a quella principale allora essa non potrebbe essere compilata dal medesimo professionista, venendosi a creare un'ipotesi di assenza di imparzialità data dai pregressi legami professionali tra esso ed il debitore, ma dal momento che l'attestazione del comma 5 ha in realtà natura accessoria alla principale e dunque la accompagna, allora tale vicinanza fa sì che possa essere lo stesso professionista a redigerle entrambe.

2.1 Il rapporto tra il piano del debitore e la relazione attestativa

Per poter procedere in modo efficace al risanamento dell'impresa il primo fondamentale passo è la pianificazione delle strategie di superamento della crisi, base essenziale sulla quale si va ad innestare l'opera del professionista attestatore.

Il rapporto tra la relazione di attestazione ed il piano sarà differente con il mutare dello strumento di composizione della crisi prescelto, dato che ognuno di tali strumenti presenta delle caratteristiche peculiari: in particolare il piano dell'art. 67, comma 3, lett. *d*) l. fall. deve essere "idoneo a consentire il risanamento della esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua

situazione finanziaria”, e di conseguenza in questo caso si ritiene che sia sufficiente, al fine dell’espressione di un giudizio di fattibilità, che esso miri a riportare il debito aziendale a livelli equilibrati, sostenibili e fisiologici, non essendo necessario che esso venga del tutto azzerato.

Il piano dell’art. 182-*bis* l. fall. invece deve consentire la ristrutturazione dei debiti e, per essere giudicato attuabile, deve essere idoneo ad assicurare l’integrale pagamento dei creditori estranei all’accordo, in particolare entro 120 giorni dall’omologazione in caso di crediti già scaduti a tale data ed entro 120 giorni dalla scadenza in caso di crediti non ancora scaduti alla data dell’omologazione. Nel caso del sesto comma della norma in parola, che prevede la possibilità in capo all’imprenditore di richiedere al Tribunale l’apposizione del divieto di iniziare o proseguire le azioni cautelari o esecutive sul proprio patrimonio anche nel corso delle trattative e dunque prima che l’accordo sia stato formalizzato, il professionista è chiamato ad attestare che l’accordo sia idoneo, se accettato, ad assicurare l’integrale pagamento dei creditori estranei: per far ciò, egli dovrà anche operare una valutazione qualitativa e quantitativa dei creditori con i quali sono in corso le trattative, dato che dal punto di vista qualitativo l’adesione di alcuni creditori di maggior rilievo sarà una condizione fondamentale dell’operatività del piano, che può giudicarsi già *ex ante* inattuabile se non raccoglie tale rilevante consenso; e dal punto di vista quantitativo, il professionista dovrà immaginarsi l’eventualità in cui alcuni creditori che inizialmente avevano partecipato alle trattative decidano poi di non aderire all’accordo, figurandosi dunque un numero minimo di consensi sotto il quale il piano non sarà più attuabile.

Considerazioni più complesse sono invece richieste nel caso del concordato preventivo all’indomani delle modifiche apportate dal decreto legge n. 83/2015, che ha lasciato invariate le finalità essenziali del piano in questione, cioè alternativamente quella di ristrutturare i debiti e soddisfare i crediti attraverso qualsiasi forma, quella di attribuire l’attività dell’impresa ad un assuntore, quella di suddividere i creditori in classi secondo posizione giuridica ed interessi omogenei ed infine quella di prevedere trattamenti differenziati tra creditori

appartenenti a classi diverse. Invariata è rimasta pure la possibilità di non soddisfare per intero i creditori privilegiati, a patto che se ne preveda la soddisfazione in misura non inferiore a quella che essi avrebbero dalla liquidazione del ricavato ed a condizione che non venga alterato l'ordine delle cause legittime di prelazione¹²⁸. Dall'altra parte invece è stato introdotto un nuovo quarto comma nell'art. 160 l. fall., che impone di assicurare il pagamento di almeno il venti per cento dei crediti chirografari: il debitore da una parte dovrà dunque impegnarsi a pagare tale percentuale, senza tuttavia che da ciò discenda un obbligo giuridico di risultato, e l'attestatore da parte sua dovrà in questo caso non solo valutare la probabilità di tale pagamento, ma anche verificare se effettivamente e concretamente esistono le condizioni che consentono al debitore di raggiungere la predetta percentuale. Inoltre in questo caso, essendo previsto dall'art. 161 l. fall. che il piano debba indicare "l'utilità specificamente individuata e economicamente valutabile che il proponente si obbliga ad assicurare a ciascun creditore" e "la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta", risulta anche fissato un contenuto minimo del piano, assente nelle altre soluzioni concordate.

Il primo passo per l'ottenimento di un giudizio positivo da parte dell'attestatore è una corretta redazione del piano di risanamento che viene a lui presentato. Anche se la legge niente indica circa le modalità di compilazione, possono venire in aiuto dell'imprenditore le "Linee guida alla redazione del *business plan*"¹²⁹ elaborate nel 2001 dal Cndcec, che richiedono in primo luogo che tale

¹²⁸ Nel caso in cui si preveda la soddisfazione parziale dei creditori privilegiati si pone un problema per i crediti assistiti da privilegio generale, poiché è possibile che questi non possano essere integralmente soddisfatti a causa della scarsità del patrimonio dell'imprenditore: si ritiene che in questa ipotesi l'attestatore sia chiamato a verificare solamente se possa essere raggiunto l'obiettivo di pagamento prefissato nel piano, e non anche a valutare quanto sia conveniente per i creditori, anche rispetto ad altre soluzioni, accettare un tale tipo di proposta concordataria, essendo appunto rimessa tale valutazione esclusivamente ad essi. (G. SANCETTA, "La struttura della relazione di attestazione", in S. AMBROSINI, A. TRON, *op. cit.*, 361-362.) Secondo Trib. Forlì, 5 agosto 2015, in www.ilcaso.it, nel caso in cui esistano dei creditori privilegiati degradati a chirografari per la parte incapiente, essi devono essere soddisfatti per l'eccedente in misura uguale a quella prevista per il pagamento dei creditori chirografari, salva la possibilità del debitore di operare una suddivisione in classi con trattamenti diversi a seconda della posizione giuridica e degli interessi economici.

¹²⁹ Tali Linee guida, insieme alla "Guida al piano industriale" redatta nel 2003 e a "La redazione del piano industriale" redatta nel 2013 dalla Borsa Italiana, hanno lo scopo "di

piano debba essere redatto seguendo i principi di chiarezza, completezza, affidabilità, attendibilità, neutralità, trasparenza e prudenza, svolgendo esso da una parte il compito fondamentale di far comprendere allo stesso imprenditore le proprie prospettive, valutarne la fattibilità e razionalizzare le possibilità di raggiungere il proprio scopo, consistente appunto nella composizione della situazione di crisi, e dall'altra indirizzandosi anche a soggetti diversi dal debitore, primi fra tutti i creditori ed i finanziatori dell'impresa e, non per ultimo, l'attestatore chiamato a valutarlo. Proprio per quest'ultimo motivo il piano deve essere comprensibile a tutti e dunque chiaro, completo, affidabile e trasparente, essendo essenziale che esso includa ogni informazione rilevante per l'iniziativa che si prevede di mettere in atto e che presenti tutti i dettagli delle informazioni riferite all'impresa, affinché il destinatario possa agevolmente comprenderne il contenuto.

Le citate Linee guida affermano inoltre che tale piano non può essere considerato come uno strumento che offre la garanzia della positiva riuscita delle intenzioni di chi l'ha redatto, ma che tuttavia l'osservanza dei principi di redazione "consente la consapevole valutazione e misura delle reali aree di rischio e criticità del progetto sottoposto a valutazione preventiva"¹³⁰: insomma, tanto più chiaro e completo sarà il piano redatto dal debitore, tanto più agevole sarà l'attività del professionista e tanto più probabile un giudizio positivo di fattibilità.

Anche le "Linee guida per il finanziamento delle imprese in crisi" nella loro versione del 2015 trattano il tema della redazione del piano, e specificamente affermano che particolare attenzione andrà dedicata "ad illustrare in modo circostanziato gli elementi di specificità derivanti dalla particolare condizione

sancire ed illustrare il principio secondo cui la redazione del *business plan* non può prescindere dall'enunciazione sintetica della natura, degli obiettivi e delle caratteristiche essenziali del progetto d'impresa cui si riferisce. Tale indicazione consente l'esplicitazione di quegli elementi di giudizio di rilievo riguardanti l'iniziativa in sé oggetto di pianificazione, la tipologia e destinazione del documento formulato in relazione al suddetto progetto e, infine, i soggetti coinvolti a vario titolo nell'iniziativa ipotizzata e nel conseguente documento di pianificazione e valutazione". (*Linee guida 2001*, par. 1.1)

¹³⁰ *Linee guida 2001*, par. 2.2.1

in cui versa l'impresa"¹³¹, tra i quali rientrano le cause della crisi, lo stato di solvibilità e le possibilità economiche dell'azienda. Inoltre si afferma che un piano che voglia essere giudicato fattibile dall'attestatore dovrà in primo luogo esplicitare quali metodi e quali strumenti sono stati utilizzati per la sua redazione e su quali fonti informative e quali ricerche ci si è basati per elaborarlo, al fine di consentire al professionista di verificare se le previsioni ed i calcoli dell'imprenditore sono corretti e poter dunque esprimere un giudizio positivo, cosa non certamente praticabile laddove non sia possibile comprendere su quali congetture ed assunzioni siano basate le ipotesi formulate.¹³²

Anche sul fronte della tempistica, è essenziale che il piano preveda un arco temporale entro il quale si presume che l'impresa raggiunga una situazione di equilibrio economico: naturalmente effettuare delle previsioni di risanamento in un orizzonte temporale molto esteso renderà più probabile l'avversarsi delle ipotesi formulate, ma si considera che il periodo ideale per il raggiungimento dell'equilibrio, sufficiente all'azienda per mostrare dei segni di ripresa, non vada oltre i tre o i cinque anni.¹³³

E' inoltre auspicabile che il piano contenga delle "analisi di sensitività", finalizzate a dimostrare quanto i risultati che si prevedono siano sensibili alla variazione dei parametri sulla base dei quali sono stati elaborati: anche in questo caso il giudizio dell'attestatore sarà condizionato dalla maggiore o minore stabilità dei risultati e dai maggiori o minori scostamenti che si verificano rispetto alle previsioni, consentendo più probabilmente un esito positivo del giudizio l'aver formulato delle ipotesi solide. Per permettere che tali scostamenti vengano ridotti al minimo, è preferibile che il piano contenga anche l'indicazione degli obiettivi intermedi, in modo tale da consentire al professionista una valutazione periodica circa la capacità dell'impresa di

¹³¹ Cfr. *Linee guida*, par. 3

¹³² Cfr. *Linee guida*, racc. n. 6

¹³³ Cfr. *Linee guida*, racc. n. 7. Anche le citate SS.UU. n. 1521/2013 richiedono che il piano non preveda un orizzonte temporale per il risanamento e, di conseguenza, per i pagamenti dei creditori, troppo lungo, fermo restando che non sussiste nemmeno un obbligo a carico dell'impresa di pagare tutti i debiti entro tre o cinque anni, potendosi prevedere che alcuni pagamenti avvengano successivamente.

superare la crisi e dunque circa la perdurante fattibilità del piano e la sua idoneità ad assicurare il risanamento.¹³⁴

Come il debitore dunque dovrà impegnarsi nel redigere, con il supporto di consulenti tecnici specializzati, un piano capace di rappresentare al meglio le strategie tramite le quali si ritiene di procedere alla rimozione delle cause della crisi e al risanamento della situazione economica aziendale, così l'attestatore da parte sua dovrà, prima di iniziare la sua opera, verificare l'idoneità del piano stesso e dei dati fornitigli a rappresentare le caratteristiche fondamentali dell'azienda, la cui comprensione è un punto di partenza immancabile per poi poter procedere ai giudizi di fattibilità e di veridicità.

Secondo i Principi,¹³⁵ egli deve preoccuparsi di essere a conoscenza della forma giuridica dell'impresa e di eventuali operazioni straordinarie alla quale è stata sottoposta nel periodo interessato dalla crisi, della compagine societaria e dei più importanti mutamenti avvenuti ultimamente in proposito, della configurazione del gruppo al quale eventualmente la società appartiene, dell'organizzazione dell'impresa, dei fatti rilevanti che possono aver inciso sulla sua vita ed infine dei bilanci degli ultimi tre esercizi, al fine di poter valutare la situazione economica e finanziaria.

Nel caso in cui il piano contempra la continuità aziendale, l'attestatore dovrà inoltre preoccuparsi di verificare il settore nel quale l'impresa svolge la sua attività, le tecnologie che essa impiega, i suoi principali fornitori nonché i clienti più rilevanti, in modo tale da consentire il miglior reinserimento dell'azienda nel mercato.

Compito dell'attestatore, che si aggiunge alle più richiamate attestazioni di fattibilità del piano e di veridicità dei dati aziendali, è anche il giudizio circa la corretta individuazione delle cause della crisi: infatti, mentre è ad esso sottratta la competenza circa la vera e propria diagnosi dello stato di crisi suddetto, in

¹³⁴ Cfr. *Linee guida*, racc. n. 9. Si aggiunge infine che l'Organismo Italiano di Contabilità ha emanato un documento, denominato OIC 6, che mira a definire il trattamento contabile dei costi della ristrutturazione che il debitore dovrà sostenere.

¹³⁵ Cfr. *Principi di attestazione*, par. 4.4.1

quanto questa è rimessa esclusivamente all'imprenditore, gli è invece attribuito il compito di verificare se il piano abbia realmente compreso i motivi della situazione nella quale l'azienda è venuta a trovarsi, "al fine di appurare se e in quale misura le ipotesi di intervento previste siano ragionevolmente in grado di rimuovere le criticità che hanno provocato la crisi stessa"¹³⁶. Solo una corretta comprensione delle cause della crisi, infatti, può consentire di mettere pratica un piano idoneo al risanamento, e solo un piano idoneo al risanamento potrà consentire un positivo giudizio di fattibilità.

Inoltre, nel caso di un piano che preveda la continuità aziendale, l'attestatore è chiamato a valutare la gravità delle cause della crisi e ad analizzare anche i possibili fattori di successo all'interno del settore nel quale l'impresa svolge la sua attività, al fine di comprendere se il debitore abbia scelto quello strumento di composizione della crisi dopo un'analisi attenta ed accurata, riferita non solo alle caratteristiche specifiche dell'azienda ma anche al contesto nel quale essa opera. L'individuazione delle cause della crisi riveste un'importanza così fondamentale in quanto solamente conoscendo da che cosa si sia generata la congiuntura negativa che ha colpito l'impresa sarà possibile predisporre un piano in continuità idoneo a consentirne la rinascita.¹³⁷

¹³⁶ Cfr. *Principi di attestazione*, par. 5.1.1

¹³⁷ Quando infatti la crisi è dovuta a fattori interni, quali ad esempio l'inadeguatezza del management o le modalità complessive di gestione, allora sarà opportuno procedere ad un intervento operativo, finalizzato alla riconduzione dell'azienda in una situazione di equilibrio in tempo breve, mentre laddove la crisi dipenda da fattori esterni, quali la diminuzione della domanda ovvero da eventi di grandi dimensioni capaci di cagionare un forte impatto sull'intera economia, allora sarà opportuno procedere a degli interventi strategici, finalizzati a separare le aree produttive dall'impresa da quelle il cui declino è ormai inarrestabile. Cfr. *Principi di attestazione*, par. 5.2.1-5.2.3

2.2 Struttura della relazione attestativa e suo contenuto essenziale

Passando ora all'analisi della relazione attestativa, risulta opportuno porre innanzitutto attenzione alla sua struttura e al contenuto essenziale: non fornendo ancora una volta la lettera della legge alcuna indicazione utile, il professionista dovrà fare riferimento ai Principi di attestazione. Alle indicazioni della fonte extralegale è necessario attenersi meticolosamente, visto che, soprattutto per quanto riguarda la prognosi di fattibilità, la responsabilità penale del professionista non verrà giudicata in base alla correttezza intrinseca delle sue previsioni sul futuro, bensì in base alla coerenza logica delle argomentazioni e al rispetto dei principi dettati. Il che significa che, laddove egli abbia formulato un giudizio positivo di fattibilità che poi si è rivelato errato, ma nonostante ciò tale giudizio si fosse basato sullo scrupoloso rispetto delle indicazioni procedurali, il professionista, al quale non sono rivolte pretese di preveggenza, non potrà essere considerato penalmente responsabile ex art. 236-*bis* 1. fall..

Dai citati Principi si intende che la relazione deve essere formata da tre parti, delle quali la prima, avente carattere introduttivo, dovrà rendere conto delle verifiche svolte a proposito della veridicità dei dati forniti, mentre la seconda dovrà invece mostrare quali accertamenti sono stati effettuati a proposito della fattibilità del piano, e la terza dovrà esplicitare il giudizio finale.¹³⁸

Cominciando dal contenuto della prima parte, questo si sostanzia nelle informazioni relative al professionista, all'incarico ricevuto, alla documentazione esaminata, alla situazione aziendale e societaria riscontrata al momento della redazione del piano e alle verifiche svolte sulla veridicità dei dati di base forniti.¹³⁹ Con riferimento alle informazioni relative all'attestatore, il loro contenuto minimo deve consistere almeno nella dichiarazione relativa al possesso dei requisiti soggettivi di professionalità, indipendenza ed assenza

¹³⁸ Cfr. *Principi di attestazione*, par. 8.1

¹³⁹ Cfr. *Principi di attestazione*, par. 8.2.1

delle condizioni di incompatibilità previste, essendo inoltre richiesto che l'attestatore dichiari di essere iscritto alla sezione A dell'albo dei dottori commercialisti e degli esperti contabili¹⁴⁰ oppure all'albo degli avvocati, ovvero ancora di far parte di uno studio professionale associato o di una società tra professionisti i cui soci siano iscritti ad uno dei predetti albi; inoltre l'attestatore deve dichiarare di non essere legato all'imprenditore o ai terzi coinvolti nell'operazione di risanamento da alcun rapporto di natura personale o professionale che sia in grado di compromettere la propria indipendenza.¹⁴¹

Con riferimento all'incarico ricevuto invece il professionista è chiamato ad indicarne i riferimenti e le finalità, riflettendo gli elementi contenuti nella *engagement letter* e menzionando espressamente se i Principi in parola sono stati seguiti o meno¹⁴².

Riguardo al terzo elemento contenuto nella prima parte della relazione, vale a dire la documentazione esaminata, in questo caso il professionista dovrà indicare nel dettaglio quali documenti sono stati presi in considerazione per l'elaborazione della relazione, quale sia il soggetto che li ha elaborati e quale inoltre la data di loro ultimazione.¹⁴³

Per quanto riguarda invece le informazioni sulla situazione aziendale riscontrata al momento in cui è stato redatto il piano, l'attestatore dovrà riportare le informazioni ricevute e le analisi che sono state effettuate, con particolare riferimento all'analisi della struttura societaria, alle variazioni che la hanno interessata negli ultimi tempi e alle cause della crisi, tenendo presente l'importanza del riconoscimento dei fattori che hanno generato la congiuntura negativa al fine di poter apportare l'intervento di risanamento più adatto al caso concreto.¹⁴⁴

¹⁴⁰ Come precedentemente ricordato, secondo la dottrina non vi sarebbe in realtà alcun limite riguardante i soggetti iscritti alla sezione B dell'albo in questione.

¹⁴¹ Cfr. *Principi di attestazione*, par. 8.8.2

¹⁴² Cfr. *Principi di attestazione*, par. 8.8.3. Come verrà specificato approfonditamente più avanti, anche l'incoerenza tra i metodi dichiarati e quelli effettivamente seguiti potrà far sorgere la responsabilità penale ex art. 236-bis l. fall.

¹⁴³ Cfr. *Principi di attestazione*, par. 8.2.4 e, nello stesso senso, *Linee guida*, racc. n. 12

¹⁴⁴ Cfr. *Principi di attestazione*, par. 8.2.5

Per ultimo, riguardo all'analisi della veridicità dei dati forniti, l'attestatore dovrà come di consueto riportare le verifiche svolte, con riferimento in particolare alle tecniche di revisione utilizzate, alle categorie di asserzioni indagate, all'estensione dei campioni osservati e ai risultati ottenuti, essendo poi auspicabile che egli indichi anche l'esito di eventuali altre verifiche svolte da diversi professionisti o il caso in cui tali esiti siano stati richiesti ma non ottenuti.¹⁴⁵

La seconda parte della relazione attestativa si concentra invece sulle ipotesi fondamentali sulla base delle quali il piano è stato redatto, sull'orizzonte temporale che si intende ricoprire e sulla strategia prescelta, che può mirare alternativamente alla liquidazione o al risanamento secondo la gravità ed il grado di reversibilità dello stato di crisi in questione. L'attestatore dovrà dunque atteggiarsi alle ipotesi considerate e formulate dal debitore con un approccio critico, verificando in particolare se tali congetture riguardino degli eventi futuri e ragionevoli e si basino su elementi oggettivi, oppure riguardino degli eventi ipotetici e non siano sorrette da alcuna osservazione dei dati storici dell'azienda. Per esprimere un tale giudizio l'attestatore potrà anche basarsi su situazioni precedentemente accadute, verificando dunque se in passato le previsioni dell'impresa abbiano trovato un riscontro sostanziale nella realtà oggettiva, e su analisi svolte da terzi che hanno collaborato con l'azienda e posseggono dunque informazioni su di essa. Le ipotesi formulate oltre che essere ragionevoli e plausibili devono anche essere compatibili con le tempistiche considerate e devono inoltre risultare idonee a consentire il superamento dello stato di crisi.¹⁴⁶

La terza parte della relazione contiene il nucleo fondamentale dell'attività del professionista, vale a dire il giudizio circa la veridicità dei dati e la fattibilità del piano: per quanto riguarda il primo aspetto, esso può essere, secondo i Principi, positivo o negativo, e al giudizio negativo viene equiparata l'impossibilità di esprimerlo a causa, ad esempio, della insufficienza dei dati forniti, della mancata collaborazione dell'impresa, della non corresponsione del compenso o

¹⁴⁵ Cfr. *Principi di attestazione*, par. 8.2.6 e 8.2.7 e Linee guida, racc. n. 11

¹⁴⁶ Cfr. *Principi di attestazione*, par. 8.3

di altri generi di impedimenti comunque riscontati durante l'attività che abbiano impedito di giungere ad un esito; chiaramente un giudizio di veridicità non implica che ogni singolo dato o informazione sia assolutamente esatto, potendosi il professionista esprimere positivamente anche laddove riscontri alcune carenze o errori che non vadano tuttavia ad incidere sulla valutazione complessiva. Essendo inoltre la veridicità base irrinunciabile del giudizio di fattibilità, laddove la prima valutazione dia esito negativo anche la seconda non potrà essere da meno.

Anche il giudizio di fattibilità può essere positivo o negativo, ad anche in questo caso al giudizio negativo viene equiparata l'impossibilità di esprimerlo: deve tenersi presente che, non sussistendo in capo al professionista nessuna obbligazione di risultato e rappresentando il suo giudizio una prognosi sul futuro inevitabilmente soggetta ad una componente di incertezza, in caso di non riuscita degli obiettivi contenuti in un piano giudicato fattibile non potrà giudicarsi negativamente l'attività dell'attestatore, che deve essere infatti valutata solamente con riferimento ai dati che egli possedeva al momento della stesura della relazione.

In particolare può accadere, parlando appunto di previsioni, che la fattibilità del piano dipenda da eventi futuri, come ad esempio la firma dell'accordo da parte dei creditori, e risulti dunque condizionata da eventi specificamente individuati e circoscritti nel tempo: in questo caso se il professionista ritiene che esista un'elevata probabilità che tale evento futuro si verifichi, allora l'attestazione acquisisce immediatamente efficacia e produce i suoi effetti a partire già dal momento in cui viene rilasciata; nel caso invece in cui il professionista non ritenga sussistente la predetta probabilità di verifica, allora l'efficacia dell'attestazione è sospesa fino all'avversarsi della condizione futura ed incerta.¹⁴⁷

¹⁴⁷ Una previsione analoga è contenuta nella racc. n. 4 delle *Linee guida*, che stabilisce anch'essa che laddove la fattibilità del piano dipenda dal verificarsi di un evento futuro (detto evento interno al piano) la cui verifica sia ritenuta probabile dal professionista, allora l'attestazione produrrà subito i suoi effetti, mentre laddove non venga formulata alcuna valutazione di probabilità di avveramento della condizione (evento esterno al piano) e dunque

In conclusione, visto il ruolo svolto dall'attestazione e vista la sua natura di "relazione di verifica effettuata su un piano già fatto", essa non deve consistere in un'arida ripetizione dei contenuti del piano stesso né deve "limitarsi a una mera enunciazione delle conclusioni raggiunte dal professionista, ma deve esporre chiaramente la motivazione del giudizio positivo da lui espresso"¹⁴⁸ ed atteggiarsi come una discussione ed un commento sulla proposta. Il lavoro dell'esperto deve consentire ai terzi coinvolti nella crisi dell'impresa di orientarsi tra i ragionamenti e le previsioni del debitore e di seguire con facilità l'*iter* logico delle argomentazioni proposte, e proprio per questo è necessario che venga fornita un'indicazione della base informativa di partenza, della situazione iniziale dell'azienda, della documentazione esaminata, dei calcoli elaborati e della motivazione del giudizio.

3 La verifica della veridicità dei dati

Le più rilevanti verifiche che l'attestatore è chiamato a svolgere sono quelle riguardanti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano, che si affiancano di volta in volta ad altre valutazioni, attinenti alla convenienza della proposta del debitore o alla funzionalità del piano alla migliore soddisfazione dei creditori nelle ipotesi di concordato con continuità, di finanziamenti

il professionista non si assuma alcuna responsabilità, allora si deve attendere che l'evento si verifichi perché il piano diventi fattibile. In quest'ultimo caso sarà preferibile che il debitore prospetti fin dall'inizio ai creditori due scenari alternativi, uno peggiore nel caso di mancato avveramento e uno migliore in caso contrario, in modo che essi vengano subito messi a conoscenza del fatto che il giudizio di fattibilità dipende da un evento futuro, del quale un esempio potrebbe essere l'autorizzazione che il Tribunale concede per determinati atti, come per l'ottenimento di nuova finanza, che condizionano il successo del piano: in questo caso risulta impossibile per il professionista prevedere quale sarà l'esito della valutazione, essendo questa rimessa solamente al giudice, e dunque dovrà necessariamente attendersi l'avverarsi della condizione futura.

¹⁴⁸ Cfr. *Linee guida*, racc. n. 10

prededucibili e di richiesta di autorizzazione al pagamento di crediti anteriori per beni e servizi.

La verifica sulla veridicità dei dati aziendali, pur essendo oggetto di un autonomo giudizio, risulta strumentale e prodromica rispetto all'accertamento della fattibilità del piano attestato di risanamento e del concordato preventivo e dell'attuabilità dell'accordo di ristrutturazione dei debiti,¹⁴⁹ essendo agevole comprendere che partire da una base dati veritiera è il primo passo per giungere alla formulazione di un giudizio corretto circa l'idoneità della proposta a consentire il superamento della crisi. La verifica della veridicità dunque "prima ancora che un obbligo di legge è un'esigenza logica", poiché "nessun piano può proiettarsi verso il futuro senza una disamina delle basi su cui poggia"¹⁵⁰.

In via preliminare è innanzitutto necessario stabilire che cosa si intenda per "veridicità" e che cosa per "dati aziendali". Per quanto riguarda la prima questione deve farsi riferimento alla "rappresentazione veritiera e corretta" della situazione patrimoniale e finanziaria dell'impresa di cui all'art. 2423 c.c., riguardante le modalità di redazione del bilancio di esercizio¹⁵¹: il professionista dovrà dunque esaminare tutti i dati sia contabili che aziendalistici che giuridici, con l'unico limite della rilevanza degli stessi ai fini della valutazione di attuabilità dell'accordo, senza necessariamente promettere ai destinatari la rappresentazione di una realtà oggettiva, impossibile da raggiungere quando, come in questo caso, si opera su dati in divenire ed estremamente mutevoli. Il bilancio infatti risulta costituito sia da quantità oggettive, come costi e ricavi ovvero come il valore nominale dei crediti e dei debiti, per misurare le quali è possibile basarsi su metodi oggettivi, sia da quantità soggettive, valutate al contrario in base a delle stime, dunque a delle ipotesi sul futuro che consistono "nell'approssimazione dei valori che si manifestano solo in un momento successivo e che quindi alla data del bilancio non possono essere veri o falsi"¹⁵².

¹⁴⁹ Cfr. *Principi di attestazione*, par. 4.1

¹⁵⁰ Cfr. *Linee guida*, par. 4.2

¹⁵¹ In tal senso Trib. Benevento, 23 aprile 2013, in www.ilcaso.it

¹⁵² E. SANTESSO, V. SOSTERO, "I principi contabili per il bilancio di esercizio", Milano 2016, 16. In proposito cfr. E. CABUTTI, F. APRILE, "Il concordato preventivo: il ruolo

In quest'ultimo caso è dunque evidente l'impossibilità di fornire una rappresentazione sicura ed oggettiva della realtà, come si evince anche dalle parole della relazione che ha accompagnato il d.lgs. 127/1991, introduttivo del predetto art. 2423 c.c., secondo cui "l'uso dell'aggettivo "veritiere", riferito al rappresentare la situazione patrimoniale, economica e finanziaria non significa pretendere dai redattori del bilancio una verità oggettiva (...), irraggiungibile con riguardo ai valori stimati, ma chiedere che i redattori (...) operino correttamente le stime e ne rappresentino il risultato".

Allo stesso modo all'attestatore sarà dunque richiesto di operare delle previsioni con metodi che consentano di pervenire ad un'informazione attendibile e imparziale e di rappresentare correttamente la situazione economica e finanziaria dell'impresa. I dati devono dunque essere non veri ma veridici, bastando che siano stati prodotti nel rispetto dei criteri di legge e con un sistema contabile adeguato¹⁵³, e la veridicità dei dati aziendali sussisterà, anche ai fini dell'addebito della responsabilità penale, quando ciò che viene presentato dal debitore all'attestatore sia congruo nelle premesse e nelle ipotesi, presenti delle stime logiche ed infine rifletta l'articolazione presente ed il ragionevole sviluppo futuro dei processi aziendali.

Per quanto riguarda invece l'espressione "dati aziendali", visto l'elevato grado di approfondimento richiesto per la relazione e dato che i Principi individuano la finalità dell'attività di verifica nella rilevazione del rischio di errori significativi che possono ricadere sui dati posti alla base delle stime prognostiche, si ritiene che il professionista non debba effettuare una revisione contabile completa, e che di conseguenza non debba prendere in considerazione tutti i dati contabili. Egli deve individuare un perimetro di controllo, una base dati sulla quale si fonda il piano e che interessa ai fini della valutazione dell'idoneità dello stesso a superare la crisi: dunque, pur rinviando il concetto di veridicità ai principi di redazione del bilancio, ciò non significa che i dati

tecnico del professionista attestatore", in P. G. DEMARCHI, C. GIACOMAZZI, "Le procedure concorsuali: guida interdisciplinare", Milano 2008, 426-427.

¹⁵³ G. MEO, "I piani attestati di risanamento", in "Scritti in onore di Marcello Foschini", Padova 2011, 114.

aziendali siano veritieri solo se corrispondono a quelli del bilancio stesso, essendo richiesto che il professionista si preoccupi di verificare se essi sono effettivamente reali e non essendo suo compito quello di effettuare una ricognizione volta a confermare che l'imprenditore ha tenuto correttamente la contabilità.

Va insomma tenuto presente il motivo della presenza dell'attestatore e il ruolo che esso svolge nell'ambito delle soluzioni concordate, e per questo devono essere verificati solamente quei dati aziendali che risultano strumentali alla realizzazione del piano¹⁵⁴, considerando anche che, soprattutto nelle aziende di grandi dimensioni e con i tempi brevi messi a disposizione del professionista, sarebbe impossibile andare ad indagare tutti i dati aziendali: anche la Raccomandazione n. 11 contenuta nelle Linee Guida stabilisce difatti che devono essere verificate solamente le voci principali ed attinenti al piano e l'assenza di elementi che conducano ragionevolmente a dubitare delle voci residue.¹⁵⁵

La base dati di partenza deve essere attendibile e capace di rappresentare il quadro essenziale della situazione economica, finanziaria e patrimoniale dell'impresa: per questo il professionista dovrà individuare il rischio che essa

¹⁵⁴ Secondo Trib. Benevento, 23 aprile 2013, in www.ilcaso.it, il giudizio dell'attestatore non può limitarsi alla conformità dei dati posti alla base del piano a quelli reali derivanti dalla contabilità, dovendo il professionista verificare che tali dati siano effettivamente reali: nel medesimo senso Trib. Firenze, 9 febbraio 2012, in Redazione Giuffrè, 2012, Trib. Mantova, 28 maggio 2012, in www.iusletter.com, secondo cui il professionista "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 patrimonio", Trib. Novara, 29 giugno 2012, in www.ilcaso.it, secondo cui la relazione non è un documento che rappresenta dei dati ma un vero e proprio giudizio autonomo, tanto che al Tribunale non compete di sindacare sulla valutazione di veridicità. Infine più recentemente Trib. Rovigo, 22 aprile 2015, in www.ilfallimentarista.it, secondo cui "la relazione che non attesta la veridicità dei dati aziendali rende inammissibile il concordato", a dimostrazione dell'importanza del compito del professionista.

¹⁵⁵ In particolare i *Principi di attestazione*, par. 4.3.3 e 4.3.4 specificano che anche laddove l'inizio del piano coincida con la data di chiusura dell'esercizio, l'attestatore dovrà prendere in considerazione i dati aziendali del piano e non quelli del bilancio, e che inoltre egli non è tenuto ad esprimere un giudizio sui bilanci degli anni precedenti o sulle modalità di gestione dell'impresa relative a tali periodi, pur essendo spesso utile valutare i dati storici per giudicare l'attendibilità di quelli attuali di partenza. Se il professionista dovesse andare a considerare i dati dei bilanci precedenti, chiaramente dovrebbe estendere la valutazione di veridicità anche ad essi.

contenga degli errori significativi. La determinazione della significatività è rimessa interamente alle competenze e all'esperienza professionale dell'attestatore, non indicando i Principi quali siano gli errori che vanno ad incidere sulla attuabilità dal piano, ma elencando solamente tre categorie da tenere presenti al fine di impostare correttamente la verifica: quella dei rischi inerenti al controllo (*control risk*), cioè al mancato funzionamento dei sistemi di vigilanza interni progettati per rimuovere i rischi; quella dei rischi intrinseci (*inherent risk*), cioè quelli derivanti dal fatto che, indipendentemente dall'efficacia dei sistemi di controllo, possono ugualmente verificarsi errori nei dati aziendali dovuti a situazioni oggettive ovvero al management; ed infine quella dei rischi di individuazione (*detection risk*), originati dalla mancata individuazione di un errore significativo ad opera dei sistemi di verifica.¹⁵⁶ Ancora una volta uno spunto interessante può provenire dal campo della revisione contabile, poiché il Principio di revisione internazionale ISA 320¹⁵⁷ contiene delle interessanti indicazioni sul concetto di significatività, chiarendo che esso deve essere tenuto presente sia nella pianificazione e nello svolgimento del lavoro, sia nella considerazione degli effetti degli errori, e che tali errori sono da considerarsi significativi quando si dimostrano in grado di influenzare, da soli o complessivamente, le decisioni economiche degli utilizzatori del

¹⁵⁶ Cfr. *Principi di attestazione*, par. 4.5.2

¹⁵⁷ Cfr. Principio di revisione internazionale (ISA Italia) 320, “Significatività nella pianificazione e nello svolgimento della revisione contabile”, in www.revisionelegale.mef.gov.it. D'altra parte la necessità di verificare la correttezza della base dati contabile è nata proprio nel campo della revisione contabile ed in particolare si rinviene nel Principio ISAE 3400, che tratta il tema della “*Examination of prospective financial information*”, stabilendo degli standard di riferimento per la verifica delle informazioni prospettive finanziarie: in particolare vi si stabilisce che innanzitutto il revisore dovrà analizzare la situazione e comprendere le ipotesi formulate, nonché valutare il periodo di tempo coperto e la completezza dei dati presenti nell'informativa. Inoltre il revisore deve “considerare se i dati storici su cui si basa l'informativa finanziaria prospettica siano attendibili e stimare se il piano sia stato preparato su basi coerenti”: stesso compito spetta all'attestatore che “per esprimere il giudizio di ragionevolezza non può ignorare la veridicità dei dati aziendali e di conseguenza non può esimersi (...) dalla verifica dei medesimi mediante le usuali tecniche di revisione.” (P. RIVA, “*La revisione dei dati prospettici secondo l'ISAE 3400: l'applicazione del principio internazionale di auditing alle attestazioni del professionista previste dalla legge fallimentare*”, in www.ilfallimento.it, 59.)

bilancio, e che in ogni caso la determinazione del peso di un errore o di un rischio è rimessa alla valutazione e alla sensibilità del revisore.

Dunque, traducendo il tutto in termini che qui interessano, si comprende che errore significativo dovrà essere considerato dall'attestatore quello in grado di influire sulla percezione dei contenuti del piano in modo tale da alternarne potenzialmente la capacità di riuscita, e che il professionista dovrà prestare attenzione a tali errori sia durante la pianificazione dell'attività di verifica, sia durante il loro svolgimento.

Anche ai fini della responsabilità penale non verranno considerate rilevanti, infatti, eventuali informazioni omesse se esse non risultano in grado di alterare il giudizio finale. Ciò che importa è infatti che i creditori e i terzi possano fare affidamento sul piano e sulle valutazioni del professionista: ogni dato che non incida su tale affidamento non è dunque rilevante rispetto alla responsabilità penale.

In base alla significatività e alla tipologia di rischi, nonché alle dimensioni dell'azienda, all'affidabilità delle procedure di controllo interno, alla complessità del piano e all'assetto amministrativo contabile dell'impresa si individueranno modalità diverse di analisi della veridicità dei dati: anche in questo caso il professionista, basandosi sulla sua esperienza e sulla propria sensibilità, sceglierà quale strada seguire, procedendo ora ad una verifica diretta, svolgibile anche su base campionaria laddove sia specificata la modalità di rinvenimento del campione stesso, ora ad una verifica di processo, relativa alle procedure che sovrintendono la rilevazione dei dati contabili, più complessa e dunque più adatta a frangenti caratterizzati da un alto livello di rischio¹⁵⁸. Inoltre l'attestatore potrà ricavare degli spunti utili per lo svolgimento dell'attività di verifica ancora una volta nei principi di revisione nazionali ed internazionali, da applicarsi in ogni caso non *in toto* ma solamente nelle loro componenti utili,

¹⁵⁸ Cfr. *Principi di attestazione*, par. 4.3.5. A tale scopo il professionista può avvalersi dello SCI (Sistema di Controllo Interno), il cui obiettivo è l'individuazione, il monitoraggio e la gestione dei rischi d'impresa, ovvero dei *walk through test*, con i quali si ripercorre in modo dettagliato un'operazione aziendale per rilevarne le criticità e gli eventuali errori.

tenendo presente la natura diversa del lavoro del revisore ed i tempi più limitati concessi dalla situazione di crisi nella quale versa l'impresa. In particolare potrebbero fornire ispirazione per la pianificazione del lavoro il Principio ISA 315, riguardante “la comprensione dell'impresa e del suo contesto e la valutazione dei rischi di errori significativi” ed il predetto Principio 320 sul concetto e la determinazione della significatività, mentre per lo svolgimento dei controlli sui saldi contabili saranno utilizzabili i Principi 500 e 620, rispettivamente riguardanti gli “elementi probativi della revisione” e “l'utilizzo del lavoro dell'esperto”, mentre potrà guidare il professionista nella fase di conclusione del lavoro il Principio di revisione 450, indicativo delle modalità di valutazione degli errori identificati durante l'attività di revisione.¹⁵⁹

Dalla base dati considerata andrà verificata, tramite l'ausilio delle tecniche di revisione del cosiddetto *Balance Sheet Audit*¹⁶⁰, l'esistenza di diritto e di fatto e l'entità delle attività dell'impresa, e dunque ad esempio delle immobilizzazioni materiali ed immateriali e delle rimanenze di magazzino rilevanti ai fini dell'attestazione, e l'ammontare delle posizioni di credito e di debito¹⁶¹, con particolare attenzione agli elementi quantitativamente più importanti come i crediti rilevanti, le componenti del capitale che produrranno i flussi di cassa e gli elementi significativamente rischiosi. Nello specifico con riferimento ai crediti l'attestatore dovrà essere in grado di valutare la correttezza degli importi che l'impresa prevede di realizzare e dei relativi tempi di incasso, mentre con riferimento ai debiti deve essere valutata l'esistenza di cause di prelazione e la necessità, in caso di disaccordi con i creditori, di prendere posizione sulla quantificazione e qualificazione dei rispettivi crediti. Al professionista è in ogni caso preclusa la valutazione della correttezza dei criteri utilizzati per la suddivisione in classi, laddove tale suddivisione sia stata operata. L'attestatore

¹⁵⁹ Cfr. *Principi di attestazione*, par.4.3.7

¹⁶⁰ Cfr. *Principi di attestazione*, par. 4.7.1. Il *Balance Sheet Audit* consiste nella revisione del solo stato patrimoniale usata dal revisore legale quando deve effettuare per un'impresa il primo intervento di revisione del bilancio.

¹⁶¹ Malgrado alcuni ritengano che non debba essere espresso dal professionista alcun giudizio sullo stato passivo dell'impresa, la giurisprudenza sostiene al contrario che anche l'esposizione debitoria vada accuratamente e correttamente valutata e quantificata.

sarà inoltre chiamato a valutare le passività che potenzialmente potranno venire ad esistenza in futuro e a controllare la sussistenza di diritti reali o personali sui beni dell'imprenditore e la loro corretta contabilizzazione.¹⁶²

La valutazione della correttezza della base dati contabile non deve essere effettuata in astratto, ma concretamente e con specifico riferimento alla tipologia di piano che vuole essere realizzato. In presenza infatti di un piano di tipo liquidatorio il professionista dovrà attestare l'appartenenza all'imprenditore di beni immobili e di altri cespiti, la loro libera disponibilità e dunque l'assenza di vincoli che ne impediscano lo scambio o l'alienazione e la possibilità oggettiva di collocare i beni sul mercato, ed inoltre dovrà essere analizzata la correttezza delle valutazioni sui cespiti effettuate dal debitore. In conseguenza di ciò il professionista dovrà essere aggiornato sulle recenti dinamiche dei prezzi, dato che dovrà far riferimento da una parte ai valori di presunto realizzo per i beni direttamente destinati allo scambio e ai valori di sostituzione in riferimento al calcolo dei costi che dovrebbero essere sostenuti se si volesse dotare l'impresa di beni analoghi a quelli oggetto della valutazione. Se invece il piano è finalizzato al risanamento, non potrà farsi riferimento ai predetti valori, ma a quelli reali delle voci attive e passive, per consentire all'azienda di ritrovare un equilibrio economico e finanziario.

L'eventuale presenza di alcuni scostamenti nella determinazione degli elementi che compongono la situazione patrimoniale attiva e passiva non assume rilievo se non va a compromettere l'attuabilità dell'accordo: il professionista è inoltre tenuto a valutare ogni singola voce rilevante con elevato grado di approfondimento al fine di permettere ai destinatari della relazione di ricevere un'informazione completa, esaustiva ed affidabile sullo stato dell'impresa.¹⁶³

¹⁶² Secondo l'allegato 1 ai Principi di attestazione, le attività di indagine più importanti che il professionista è chiamato a svolgere sulle poste attive della base dati considerata riguardano le immobilizzazioni immateriali, materiali, le immobilizzazioni finanziarie, le giacenze di magazzino, i lavori in corso di ordinazione i crediti tributari e commerciali e le disponibilità liquide, mentre con riguardo allo stato passivo andranno principalmente verificati il trattamento di fine rapporto ed i debiti verso i clienti, i fornitori e gli istituti di credito e gli altri finanziatori.

¹⁶³ Cass. I sez. civile, 4 giugno 2014, n. 12549, in www.ilcaso.it, ha ritenuto che dovesse essere integrata un'attestazione che non indicava i titolari di diritti personali sui beni del debitore ed

Per acquisire le informazioni che ritiene utili l'attestatore preliminarmente dovrà accertare l'esistenza delle scritture contabili e la regolare tenuta dei registri contabili obbligatori, nonché l'esistenza e la corretta tenuta dei libri sociali obbligatori, per poi effettuare dei colloqui anche con il collegio sindacale ed i revisori legali per ricevere informazioni sulle attività da essi svolte nel periodo interessato.

E' inoltre previsto che l'attestatore, nello svolgimento delle verifiche che gli competono, possa avvalersi del lavoro svolto da altri soggetti, in modo tale da comprimere, anche a vantaggio dell'impresa, i tempi non brevi che richiede il controllo di ogni elemento della base dati considerata. Sarà dunque consentito accedere, previa specifica richiesta, alle risultanze dei lavori dei revisori e dell'organismo di controllo interno, e sarà inoltre auspicabile un dialogo tra l'attestatore e gli altri professionisti coinvolti, dovendo tuttavia il primo tenere presente la mancanza di terzietà ed indipendenza degli organismi interni e dunque la necessità di non accogliere passivamente le loro conclusioni, bensì esaminare con prudenza, professionalità ed attenzione ogni singola situazione ed elaborare un proprio autonomo convincimento in proposito. Non deve inoltre tralasciarsi il fatto che quando l'attestatore si serve come base per il proprio giudizio di lavori altrui, egli li fa letteralmente propri, e di conseguenza nel caso in cui il giudizio espresso fosse inattendibile ogni responsabilità ricadrà su di esso come se avesse effettuato le verifiche in prima persona.¹⁶⁴

E' importante che nello svolgimento delle verifiche sulla veridicità dai dati l'attestatore assuma un atteggiamento di totale neutralità anche nei confronti delle vicende societarie, non essendogli richiesto né di indagare sull'attività pregressa degli organi sociali, sulle vicende aziendali, sul comportamento degli

il successore nella titolarità dell'impresa; Trib. Genova, 7 luglio 2014, in www.ilcaso.it, ha ordinato l'integrazione di una relazione di attestazione in un accordo di ristrutturazione dei debiti poiché essa difettava di approfondimento "in relazione alla sussistenza dei crediti verso clienti e alle scorte di magazzino"; Trib. Bassano del Grappa, 19 aprile 2013, in www.ilcaso.it, ha ribadito che l'attestazione di veridicità non può consistere in una elementare ricezione dei dati delle scritture contabili, essendo il professionista al contrario chiamato ad un'analisi della consistenza effettiva del patrimonio.

¹⁶⁴ Cfr. *Principi di attestazione*, par. 4.6

amministratori né tantomeno sulla convenienza della proposta del debitore rispetto alle alternative concretamente praticabili.

Ma soprattutto va sottolineato che, dal momento che il professionista non si limita ad attestare la corrispondenza dei dati del bilancio a quelli rappresentati nel piano, ma fornisce un vero e proprio giudizio in merito, sarà essenziale che vengano esplicitati i criteri utilizzati per compiere le verifiche e la motivazione adeguata della conclusione raggiunta, sulla base della quale i terzi potranno valutare la bontà dell'attestazione svolta. L'importanza di tale descrizione dell'*iter* logico percorso e dei motivi del giudizio finale viene ribadita anche dalla giurisprudenza¹⁶⁵, la quale stabilisce infatti che “affinché i creditori possano esprimere il giudizio loro riservato sulla convenienza economica della proposta di concordato (...) è necessario che essi ricevano una puntuale informazione circa i dati, le verifiche interne e le connesse valutazioni, incumbenti, questi, che assumono un ruolo centrale nello svolgimento della procedura”.

Tema connesso a quello della verifica della veridicità è poi quello dei poteri di controllo del Tribunale, contrapponendosi in proposito tre principali orientamenti: il primo, da una parte, propende per allargare i poteri di sindacato anche al controllo sulla veridicità dei dati e sulla conseguente fattibilità del piano. Il secondo, dall'altra, per attribuire al suddetto organo il solo potere di effettuazione di un controllo formale sull'attestazione, ed il terzo infine, per attribuire al Tribunale sia un controllo formale che sostanziale che consenta di stabilire se il documento redatto dall'attestatore è comprensibile ed idoneo ad assolvere alla sua funzione certificativa ed informativa.

Mentre inizialmente la giurisprudenza propendeva per la prima delle opinioni considerate e la dottrina, al contrario, per la massima valorizzazione dell'autonomia privata e la conseguente riduzione dei poteri del Tribunale, ad oggi si assiste invece ad una maggiore predilezione per il terzo degli orientamenti elencati. In proposito risulta particolarmente utile la spiegazione

¹⁶⁵ Cassazione SS.UU., 23 gennaio 2013, n. 1521, cit.

fornita dal Tribunale di Milano con il decreto 9 febbraio 2007¹⁶⁶, nel quale si sostiene che il giudice non debba limitarsi “ad una mera presa d’atto in ordine all’esistenza materiale della documentazione stessa, qualificabile come mero controllo formale, tra cui fare rientrare la relazione del professionista”, dovendo esso valutare non il merito della relazione in parola, ma la completezza e la puntualità dell’analisi dei dati posti a sostegno della relazione e la congruità tra i dati attestati e la valutazione di fattibilità espressa. Seguendo tale impostazione si comprende dunque che si è voluto porre ad ulteriore presidio dell’affidamento che i terzi ripongono nell’attestazione del professionista il controllo da parte del Tribunale, chiamato a valutare la “completezza argomentativa” e la “coerenza motivazionale” della relazione per far sì che i creditori possano essere informati correttamente e possano di conseguenza formarsi un’opinione ragionata a proposito della proposta del debitore.¹⁶⁷

Ugualmente più di recente è stato ribadito¹⁶⁸ che il Tribunale deve fare in modo che ai creditori venga fornita una informazione corretta e completa sulla situazione economica, finanziaria e patrimoniale dell’impresa, e che perciò il giudice deve controllare che la relazione sia adeguatamente motivata e che essa indichi le verifiche svolte dal professionista ed i metodi seguiti per pervenire al giudizio finale, spettando eventualmente al commissario giudiziale, dove presente, la valutazione circa il merito della veridicità dei dati aziendali.

In conclusione, dato che la relazione del professionista è la prima e fondamentale garanzia dell’accordo che si vuole porre in essere, e dato l’elevato grado di fiducia che i terzi ripongono nella competenza dell’esperto e di conseguenza nel contenuto della attestazione, deve ritenersi sì opportuno da una parte valorizzare l’autonomia negoziale privata, ma dall’altra si deve anche consentire al Tribunale di effettuare un controllo ulteriore sulla regolarità e

¹⁶⁶ Trib. Milano, 9 febbraio 2007, decr., in *Fall.*, 2007, 1218.

¹⁶⁷ In tal senso anche App. Torino, 19 giugno 2007, in *Fall.*, 2007, 11, 1315, Trib. Palermo, 17 febbraio 2006, *ivi*, 2006, 570, Trib. Piacenza, 1 luglio 2008, in www.ilcaso.it

¹⁶⁸ Cass., sez. I civ., 25 ottobre 2010, n. 21860, in www.ilcaso.it

completezza della valutazione, affinché non si formi un consenso viziato data la falsa comprensione della realtà.

4 La verifica della fattibilità del piano

La peculiarità della relazione attestativa è quella di saper rivolgere un occhio al passato e uno al futuro, essendo essa composta sia di una parte certificativa riguardante la veridicità dei dati, sia di una parte prognostica concernente la fattibilità del piano. Il primo giudizio risulta basato sulla coerenza tra i dati proposti rispetto ai criteri utilizzati per rilevarli, il secondo invece sulla compatibilità tra il piano che si intende porre in essere e le condizioni economiche dell'impresa, le regole di mercato e l'idoneità dell'accordo a consentire il superamento della crisi.

Indubbiamente ne discende che sarà più agevole per il professionista occuparsi del primo dei due giudizi, essendo meno difficile accertare se determinati dati sono stati o meno rilevati nel rispetto di regole giuridiche o principi contabili ed assai più complesso formulare delle previsioni sul futuro sulle quali facilmente influiranno eventi inattesi.¹⁶⁹

Il concetto di fattibilità del piano allude alla sua sostenibilità e alla fondatezza delle ipotesi poste a suo fondamento, poggiando in primo luogo la verifica che il professionista è chiamato a svolgere sulla coerenza delle previsioni sul futuro con la situazione di fatto nella quale si trova l'impresa, comprensiva del suo assetto organizzativo, della sua capacità produttiva, dello stato del mercato nel

¹⁶⁹ F. CASA, “*Questioni giuridiche circa la relazione dell'esperto attestatore*”, in S. AMBROSINI, A. TRON, *op. cit.*, 28.

quale essa opera e dei rapporti che intrattiene con clienti e fornitori. Per pervenire ad un giudizio di fattibilità infatti non si può prescindere dal tenere in considerazione la realtà concreta che circonda e riguarda l'impresa, dato che tale giudizio può essere espresso solamente laddove il piano sia giudicato idoneo a consentire il riequilibrio della sua situazione economica e finanziaria.

Il giudizio di fattibilità si sostanzia dunque “in una valutazione prognostica circa la realizzabilità dei risultati attesi, riportati nel piano, in ragione dei dati e delle informazioni disponibili al momento del rilascio dell’attestazione”¹⁷⁰. Ne deriva quindi che il professionista per procedere ad una tale previsione deve avere ben chiaro il quadro di partenza e verificare primariamente che le ipotesi poste a fondamento del piano siano ben evidenziate, e che nel caso del risanamento venga considerata l’evoluzione prevista del mercato di riferimento e dei rapporti con i clienti, i fornitori ed i concorrenti, e nel caso in cui lo scopo sia invece liquidatorio o comunque laddove si contempra la cessione di significativi cespiti, che vengano individuati dall’imprenditore i potenziali acquirenti o per lo meno la tipologia di destinatari alla quale si intende rivolgersi, ovvero in mancanza di essi che siano stati valutati correttamente i beni.

Inoltre deve essere verificato che i dati previsionali siano stati formulati in base a principi contabili corretti, che ogni ipotesi sia fondata su informazioni provenienti da fonti attendibili e che sia collegata logicamente alle altre. E’ necessario inoltre che tali ipotesi risultino coerenti anche con la realtà esterna e con i tempi necessari per la loro realizzazione, e dunque che sia stato preso in considerazione anche il contesto nel quale si vogliono realizzare determinate strategie, essendo ad esempio non fattibile un piano che preveda un’espansione commerciale in un settore di mercato caratterizzato dal calo della domanda.

Inoltre l’attestatore dovrà da una parte valutare la strategia di risanamento che il debitore intende porre in essere, tenendo presente che essa deve allontanarsi il più possibile da quei fattori che hanno condotto alla crisi¹⁷¹, e dall’altra

¹⁷⁰ Cfr. *Principi di attestazione*, par. 6.7.1

¹⁷¹ Cfr. *Principi di attestazione*, par. 6.2

verificare se il programma di intervento evidenzi con completezza le azioni che si intendono mettere in pratica ed i tempi di realizzazione delle stesse.¹⁷²

In un contesto di prognosi sul futuro e dunque, inevitabilmente, di incertezza, saranno inoltre essenziali le analisi di sensitività condotte dal professionista sui risultati previsti nel piano, al fine di verificarne la tenuta rispetto ad eventuali modifiche causate da eventi esterni e dai fattori di rischio connessi all'avveramento di ipotesi future. Per effettuare tali analisi l'attestatore dovrà primariamente svolgere una ricognizione delle variabili critiche in grado di incidere maggiormente sull'equilibrio dell'impresa e sulla sua capacità di superare la crisi, mentre laddove il piano abbia natura liquidatoria l'analisi riguarderà i possibili scostamenti dei tempi attesi per la vendita e dei valori dei beni che si intendono cedere secondo prospettazioni via via peggiorative.¹⁷³

Anche nel caso dell'attestazione di fattibilità, così come in quella riguardante la veridicità dei dati aziendali, il professionista non dovrà limitarsi a formulare un giudizio scarno ed essenziale, bensì sarà chiamato a ripercorrere le informazioni sulle quali ha basato la propria indagine, l'*iter* logico percorso ed i motivi che hanno portato a determinate conclusioni, ed inoltre a formulare osservazioni critiche sulle proposte del debitore ed eventualmente delle riserve nel caso in cui si trovi in disaccordo. Tale approfondimento è giustificato dall'importanza del ruolo di garanzia svolto dall'attestazione e dall'elevato grado di affidamento che vi ripongono i terzi, i quali vengono a conoscenza della reale situazione

¹⁷² A tal proposito deve tenersi ben presente la differenza tra strategia di risanamento e programma di intervento, detto dai Principi "*action plan*"¹⁷², poiché mentre la prima ha natura programmatica e consiste in un insieme di intenzioni che si vogliono attuare, il secondo invece rappresenta il momento di sviluppo e di concreta messa in opera della strategia, e risulta particolarmente utile in quanto collega e rende evidente il nesso tra obiettivi previsti, modalità che si reputa di adottare per raggiungerli e ipotetica strategia di intervento. Di conseguenza, per valutare la suddetta strategia l'attestatore dovrà tenere presenti i fattori che hanno originato la crisi e le caratteristiche dell'impresa, della sua gestione e del mercato di riferimento, mentre nel valutare il programma di intervento porrà attenzione al fatto che siano stati descritti gli investimenti che si intendono realizzare, l'elenco delle attività da porre in essere per attuare la strategia, l'impatto delle azioni sull'azienda¹⁷² e i possibili vincoli che possono influire sulla realizzabilità degli interventi proposti. Il programma deve essere insomma idoneo a perseguire le finalità espresse dalla strategia e dovrà dunque evidenziare l'effetto di questa in termini di costi e di benefici, il tempo necessario ad attuarla, l'avanzamento dell'esecuzione ed anche la responsabilità per ogni singola azione.

¹⁷³ Cfr. *Principi di attestazione*, par. 6.6

economica e finanziaria dell'impresa essenzialmente tramite il lavoro del professionista.

Spesso la giurisprudenza ha tenuto a sottolineare la differenza che intercorre tra fattibilità giuridica della proposta e fattibilità economica, tema interessante in realtà anche ai fini della definizione dei poteri del Tribunale, laddove presente.

Un primo chiarimento proviene ancora una volta dalla citata sentenza n. 1521/2013 della Cassazione, secondo cui la fattibilità giuridica alluderebbe alla compatibilità tra le ipotesi e le strategie previste dal piano e, da una parte, le norme di legge, e dall'altra i diritti attribuiti alle parti, come ad esempio quello dei creditori chirografari nel caso del concordato preventivo di vedere soddisfatte le loro pretese almeno nella misura del venti per cento; la fattibilità economica invece alluderebbe alla sostenibilità nei fatti ed in concreto delle strategie, dunque alla reale possibilità di realizzare le ipotesi previste dal piano.

Secondo tale interpretazione, essendo coinvolti nella questione della fattibilità importanti interessi che non risulterebbero tutelati se la procedura fosse totalmente affidata all'autonomia privata, è opportuno che il sindacato del Tribunale si estenda fino a valutare la fattibilità giuridica del piano. Tale sindacato non deve inoltre incontrare particolari limiti, potendo riguardare non solo la completezza e la congruità logica delle argomentazioni del professionista, ma anche il merito del suo giudizio.

Con riguardo invece alla fattibilità economica, si andrebbe ad entrare in un campo di valutazioni prognostiche e di rischi che solamente i creditori, cioè coloro che tali rischi dovranno sopportare, dovrebbero giudicare. Dunque, solamente nel caso in cui il piano sia manifestamente ed assolutamente non idoneo a raggiungere gli obiettivi prefissati, e dunque non debbano essere effettuate valutazioni di alcun genere e non debbano essere assunti rischi rimessi all'altrui valutazione, il Tribunale potrebbe sindacare anche la fattibilità economica.¹⁷⁴

¹⁷⁴ Nel medesimo senso, Cass. I sez. civ., 9 maggio 2013, n. 11014, in www.ilcaso.it, secondo cui “il controllo demandato al giudice, tanto ai fini della procedura quanti ai fini

Secondo la giurisprudenza inoltre anche successivamente all'ammissione alla procedura di concordato il controllo giudiziale sarebbe presente tramite il potere del commissario di attivare il procedimento ex art. 173, comma 3, laddove "in qualsiasi momento risulta che mancano le condizioni prescritte per l'ammissibilità del concordato", e dunque laddove successivamente ed anche durante il giudizio di omologazione emerga la non fattibilità della proposta.¹⁷⁵

Ulteriore questione riguarda poi il contenuto del giudizio di fattibilità, cioè che cosa debba accertare tale giudizio prognostico. Essendo questa una valutazione basata su eventi futuri che ancora non sono venuti ad esistenza, sarà naturale che esistano dei margini di incertezza, e dunque non è possibile chiedere al professionista di prevedere l'avveramento sicuro delle ipotesi poste alla base del piano, dovendosi invece limitare egli ad attestare l'alta probabilità del risultato che si intende raggiungere.

Dal punto di vista tecnico, secondo i Principi¹⁷⁶, la verifica della ragionevolezza operata su dati prospettici è supportata dal Principio ISAE 3400, che distingue le previsioni tra "*forecasts*" e "*projections*" in base al grado di oggettività e di incertezza. Le prime sono previsioni ipotetiche su eventi futuri significativamente probabili e sono condizionate da elementi ragionevolmente oggettivi, mentre le seconde sono proiezioni puramente ipotetiche e non supportate da alcuna reale probabilità di avveramento. L'ISAE 3400 richiede che quando deve essere accertata la ragionevolezza di ipotesi future ed incerte si raggiunga non un livello di certezza assoluta, ma un elevato grado di probabilità nel considerare la verifica dell'evento: dunque se i dati

dell'omologazione e della revoca, non è limitato alla completezza e alla congruità logica della relazione del professionista, ma si estende alla fattibilità giuridica della proposta (...). Rientra nell'ambito di detto sindacato una deliberazione in ordine alla correttezza delle argomentazioni svolte e delle motivazioni addotte del professionista a sostegno del giudizio di fattibilità del piano, nonché in ordine alla coerenza complessiva delle conclusioni finali prospettate, all'impossibilità giuridica di dare esecuzione alla proposta di concordato e all'idoneità prima facie della proposta a soddisfare in qualche misura i creditori". Cfr. anche Trib. Terni, 7 novembre 2013, Cass. I sez. civ., 6 novembre 2013, App. Venezia, 7 marzo 2014, Trib. Avezzano, 22 ottobre 2014, Trib. Rimini, 10 settembre 2015, tutte in www.ilcaso.it, e Cass. SS.UU., 15 maggio 2015, n. 9935, in www.altalex.com.

¹⁷⁵ Cfr. Trib. Novara, 6 giugno 2011, in www.ilcaso.it

¹⁷⁶ Cfr. *Principi di attestazione*, par. 6.5.2

previsionali poggiano su assunzioni meramente ipotetiche occorre che il professionista chiarisca nell'attestazione la natura incerta di determinate ipotesi ed inserisca dei "caveat", cioè degli avvertimenti che costituiscono un fondamentale strumento di trasparenza per i destinatari del piano, nonché ancora una volta una difesa preventiva dall'addebito della responsabilità penale. Non potrebbero considerarsi legittime delle attestazioni che contengono un numero eccessivo di indicazioni cautelative, dato che il professionista deve sempre assumersi la responsabilità di ciò che afferma, ma d'altra parte, tenendo presente che esistono dei rischi quando si formulano previsioni sul futuro, deve essere consentito di inserire degli ammonimenti cautelativi, purché in numero e in portata ragionevole.

In conclusione, dunque, nei casi di incertezza l'attestatore non dovrà esprimere un giudizio di assoluta ragionevolezza delle ipotesi contenute nel piano, ma di "non irragionevolezza", ed il risanamento dovrà apparire a lui "come l'accadimento più probabile"¹⁷⁷, e non come l'accadimento certo.

5 La valutazione del miglior soddisfacimento dei creditori

Altra questione sulla quale il professionista è chiamato a pronunciarsi è quella riguardante la valutazione del miglior soddisfacimento dei creditori, previsto in specifiche ipotesi normative ed in particolare nel caso del concordato con continuità aziendale ex art. 186-*bis*, comma 1, lett. *b*), dei finanziamenti prededucibili ex art. 182-*quinquies*, comma 1 e dei pagamenti di crediti anteriori per prestazioni di beni o servizi ex art. 182-*quinquies*, comma 5 l. fall.

In particolare nel primo caso il professionista è dunque chiamato ad attestare, oltre alla veridicità dei dati e alla fattibilità del piano, anche la funzionalità della

¹⁷⁷ M. BERTI, "Ruolo, compiti e responsabilità dell'attestatore nel concordato preventivo", in G. DISEGNI (a cura di), "L'impresa in crisi. Soluzioni offerte dal nuovo diritto fallimentare", Torino 2014, 339.

prosecuzione dell'attività di impresa al migliore soddisfacimento dei creditori: tale previsione trova la sua *ratio* nel fatto che, ove venga prevista la continuità aziendale, i beni del debitore potrebbero non essere messi a disposizione dei creditori, che si vedrebbero dunque privati di una garanzia sulla quale soddisfare le proprie pretese. Inoltre in questo caso la permanenza in capo all'imprenditore del patrimonio aziendale potrebbe causarne un depauperamento: il ruolo dell'attestatore è dunque quello di garantire a coloro che vantano dei diritti che la continuità comporterà dei vantaggi tali da consentire un soddisfacimento migliore rispetto ad altre soluzioni praticabili in concreto, come la liquidazione del patrimonio del debitore ovvero il fallimento.

Si ritiene che i creditori ai quali la previsione in parola si rivolge siano solamente quelli anteriori all'iscrizione della proposta concordataria nel registro delle imprese, dato il fatto che essi sono gli unici che hanno diritto alla salvaguardia della loro garanzia patrimoniale. Inoltre ci si chiede se la migliore soddisfazione vada calcolata con riferimento ad ogni categoria o anche ad ogni singolo creditore, ovvero si possa pervenire alla formulazione di un giudizio di convenienza sintetico e complessivo: in quest'ultimo caso l'attestatore potrebbe procedere ad una valutazione positiva anche laddove taluni non trovino conveniente rispetto ad altre alternative la continuazione dell'attività di impresa. Anche se la prima soluzione prospettata consentirebbe una maggiore protezione degli interessi degli aventi diritto, si propende generalmente per considerare la soddisfazione complessiva, poiché l'accoglimento del contrario orientamento comporterebbe la necessità di effettuare delle valutazioni complesse e non adatte ai tempi ristretti che impone la risoluzione di una crisi.¹⁷⁸

E' inoltre interessante infine notare come nelle ipotesi considerate la legge non faccia riferimento alla "soddisfazione dei crediti" ma "dei creditori", adottando un parametro di tipo soggettivo che pare essere molto più ampio di quello

¹⁷⁸ In tale senso sembrano esprimersi anche le Linee guida, che nella Raccomandazione n. 29 stabiliscono che non compete al professionista "un giudizio sulla distribuzione del valore fra i diversi creditori", dovendo essi essere "complessivamente intesi" ai fini della considerazione del miglior soddisfacimento.

oggettivo, riferito alla mera convenienza in termini monetari, per far sì che il giudizio di legittimità sulla proposta di concordato con continuità non sia legato a promesse di attribuzioni patrimoniali. L'attestatore dovrà dunque considerare ogni possibile motivo di soddisfazione per i creditori, ancorché non esprimibile in termini quantitativi, bensì in termini di benefici differenti, come ad esempio la continuazione dei rapporti commerciali, e dovrà dunque esprimere un giudizio positivo anche laddove una minore soddisfazione monetaria sia comunque compensata da vantaggi di diversa natura. Ovviamente prima egli dovrà in ogni caso valutare se la prosecuzione dell'attività possa comportare una soddisfazione patrimoniale, e solamente in caso negativo considerare altri metodi di appagamento.

5 L'esecuzione del piano

Una volta predisposto correttamente il piano ed ottenuto il giudizio positivo del professionista, è essenziale che venga monitorata l'esecuzione dello stesso per comprendere se la sua evoluzione corrisponda alle aspettative e agli obiettivi definiti inizialmente, ed eventualmente apportare delle modifiche in corso d'opera. Per fare in modo che emergano più chiaramente eventuali scostamenti e che essi possano essere tempestivamente corretti sarà necessario che il piano contenga degli obiettivi intermedi, verificata la realizzazione o meno dei quali sarà possibile considerare di mettere a punto eventuali misure correttive.

Naturalmente non qualsiasi scostamento darà luogo alle predette modifiche, bensì solamente gli scostamenti significativi che non permettono la realizzazione del piano o della proposta, ovvero la permettano ma a condizioni economiche o temporali inaccettabili e dunque facciano venire meno gli effetti protettivi dell'attestazione, che non può più garantire, per gli atti di esecuzione del piano posti in essere successivamente al verificarsi dello scostamento, la

fattibilità del piano e l'idoneità a consentire il superamento della crisi. L'importanza di correttivi interni al piano emerge in questo caso al massimo grado, in quanto se sono stati previsti *ex ante* dei meccanismi di aggiustamento automatico ovvero dei percorsi alternativi non sarà necessario apportare delle modifiche importanti.

In presenza dei suddetti significativi scostamenti l'imprenditore dovrà formulare un nuovo piano che tenga conto degli eventi che si sono verificati e che hanno compromesso l'esecuzione dell'accordo originario, in modo tale da discostarsi il più possibile da tali circostanze. In tal caso, anche se l'obbligo del rilascio di una nuova attestazione è normativamente previsto solo nel caso di modifiche sostanziali alla proposta di concordato preventivo ex art. 161, comma 3 l. fall., si ritiene che esso sussista anche nelle altre soluzioni concordate.

La nuova attestazione non deve configurarsi come un supplemento della precedente, seppur il nuovo piano possa comunque contenere degli elementi identici a quelli precedentemente valutati, ma deve anzi contenere un nuovo articolato giudizio sulla veridicità dei dati e sulla fattibilità della nuova proposta. Non vi saranno limiti a che l'attestatore in tal caso sia la stessa persona che si è occupata dell'accordo precedente, ed anzi tale circostanza sarà auspicabile poiché potrà consentire una migliore conoscenza della situazione nella quale si trova l'impresa ed un conseguente risparmio in termini di tempi e di costi, purché chiaramente non siano venuti meno i requisiti di professionalità ed indipendenza richiesti dalla legge.

Deve essere inoltre tenuto presente che l'attestatore non è obbligato a monitorare l'esecuzione del piano, poiché tale adempimento spetta in primo luogo all'imprenditore, ovvero, nel caso del concordato preventivo al commissario giudiziale. La funzione del professionista è resa e si conclude nel momento del rilascio dell'attestazione, e come egli durante le verifiche che è chiamato a svolgere non può sindacare i contenuti del piano o le proposte di gestione della crisi, in quanto tali argomenti sono rimessi alla sola determinazione del debitore, così egli non potrà – o meglio non sarà obbligato – ad assistere all'esecuzione dello stesso, essendo il piano un atto di “alta

amministrazione” la cui verifica di realizzabilità compete solamente all’imprenditore. L’attestatore potrà comunque essere espressamente incaricato di sovrintendere alla fase di monitoraggio, poiché tale compito non ha riflessi sulla sua indipendenza, ed in tal caso egli dovrà fare in modo che gli venga garantita l’assunzione di impegni di informativa periodica da parte degli organi di gestione aziendali, così da poter valutare la bontà delle modifiche apportate al piano e l’eventualità che si verifichino nuovi scostamenti.¹⁷⁹

In conclusione, da quanto esaminato si comprende la portata e l’importanza del ruolo del professionista, giustificata dal suo sostituirsi alla valutazione del Tribunale circa la realizzabilità delle soluzioni concordate alla crisi di impresa e dall’affidamento che i terzi ripongono nelle sue affermazioni, provenienti da una figura altamente professionale, qualificata e soprattutto indipendente: ed è proprio in ragione di tale ruolo che le eventuali condotte fraudolente poste in essere da un soggetto che possiede poteri certificativi tanto rilevanti e riveste una tale posizione di garanzia sono sottoposte alla sanzione penale contenuta nell’art. 236-bis l. fall., che si procede ora ad analizzare.

¹⁷⁹ Cfr. *Principi di attestazione*, par. 9 e *Linee Guida*, racc. n. 16-18.

Capitolo 3

La responsabilità penale del professionista attestatore

1 “Falso in attestazioni e relazioni”: evoluzione della fattispecie

Nella moderna prospettiva della risoluzione della crisi di impresa, che vede sfumare il ruolo del giudice fino a ricondurlo a semplice osservatore della legalità delle procedure negoziali, emerge la centralità della figura del professionista attestatore, garante della corretta rappresentazione della situazione imprenditoriale e della fattibilità delle proposte di risanamento avanzate dal debitore.

Di fronte a tale mutamento di prospettiva non si è registrata, nei primi tempi, un'immediata risposta legislativa, ed anzi è emersa una certa indifferenza rispetto al tema della responsabilità per il contenuto delle attestazioni svolte dal professionista. In conseguenza dell'evidente espansione delle competenze di tale figura sarebbe infatti risultato necessario introdurre fin da subito nella legge fallimentare un sistema di bilanciamento che assicurasse da una parte l'affidamento dei creditori e dei terzi sulle attestazioni rilasciate, e dall'altra fosse capace di sanzionare adeguatamente le condotte infedeli del professionista.

Tuttavia, a seguito della mancata attuazione del disegno di legge presentato dalla commissione Trevisanato per l'introduzione di un delitto che punisse le falsità nell'esposizione di informazioni o dati ed ogni altro genere di comportamento fraudolento posto in essere nell'ambito delle soluzioni concordate¹⁸⁰, divenne evidente l'inadeguatezza del sistema di fronte

¹⁸⁰ All'art. 16, punto 8 dello schema del disegno di legge si stabiliva di “prevedere il delitto di falsa esposizione di dati o di informazioni o altri comportamenti fraudolenti, consistente nella condotta di esposizione di informazioni false o di omissione di informazioni imposte dalla legge per l'apertura della procedura di composizione concordata della crisi al fine di potervi

all'emergente ruolo dell'attestatore, e si palesarono le due velocità con le quali stava procedendo la riforma della legge fallimentare: un rivolta alla celere riduzione del controllo giudiziario e all'esaltazione dell'autonomia privata, l'altra incapace al contrario di sostenere la necessità di considerare anche i nuovi profili di responsabilità penale emergenti.

Di fronte alla mancanza di una previsione *ad hoc* che sanzionasse i comportamenti fraudolenti del professionista e all'inadeguatezza delle norme già esistenti a ricomprendere le nuove condotte tipiche, si cercò dapprima di ipotizzare l'esistenza, in capo al predetto soggetto, di una qualifica pubblicistica al fine di consentire la perseguibilità di un'eventuale falsità ideologica ex artt. 479 o 480 c.p..

Chi propendeva per tale interpretazione¹⁸¹ sosteneva innanzitutto che ai fini dell'attribuzione della qualifica di pubblico ufficiale non fosse determinante l'esistenza di "un rapporto di impiego con la Pubblica Amministrazione", bensì fosse sufficiente, in prospettiva oggettiva, che l'agente partecipasse "ad attività autoritativa o certificativa, regolata da norme di diritto pubblico"¹⁸². Nell'attività svolta dal professionista sarebbero dunque rinvenibili, secondo questo orientamento, sia dei poteri certificativi, sia delle norme vincolanti per la collettività, quali quelle della legge fallimentare. In più deporrebbe a favore della tesi il fatto che pacificamente viene riconosciuta la qualifica di pubblico ufficiale in capo a soggetti che svolgono funzioni accessorie rispetto a quella puramente giurisdizionale, come il consulente tecnico o l'ufficiale giudiziario: ciò perché, secondo la giurisprudenza, sarebbe possibile attribuire la qualifica in parola non solo a chi svolge un'attività direttamente efficace nei confronti dei terzi, ma anche a chi partecipa al compimento di un atto meramente

indebitamente accedere ovvero in successivi atti o nei comportamenti di cui ai commi 1 e 5 compiuti nel corso di essa; ovvero di simulazione di crediti inesistenti o di altri comportamenti di frode, al fine di influire sulla formazione delle maggioranze; prevedere che la stessa pena si applica al creditore che riceve il pagamento o accetta la promessa al fine dell'espressione del proprio voto".

¹⁸¹ S. PREZIOSI, "La responsabilità penale del professionista", in L. GHIA, C. PICCININNI, F. SEVERINI, *op. cit.*, 326; C. CASSANI, "La riforma del concordato preventivo: effetti penali", in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, 769.

¹⁸² Cass. SS.UU., 27 giugno 2006, n. 32009, in *Cass. Pen.*, 2006, 4406.

“preparatorio, propedeutico ed accessorio” rispetto al vero e proprio atto pubblico¹⁸³. Il professionista, al pari del perito o del consulente d’ufficio, sarebbe dunque in possesso di poteri para-certificativi sufficienti in sé ad ingenerare un affidamento dei terzi o del giudice che giustifica l’attribuzione della qualifica pubblicistica.

Secondo altro e prevalente orientamento¹⁸⁴, tuttavia, propenderebbero a favore della natura privatistica della qualifica in primo luogo l’assenza di ogni contatto con la Pubblica Amministrazione e la nomina da parte dell’imprenditore, e successivamente la natura privata dell’atto del professionista, che si inserisce in procedure negoziali nelle quali fa da protagonista non il potere pubblicistico del giudice, bensì l’autonomia delle parti private.

Manca inoltre un’attribuzione espressa quale quella degli artt. 30 e 165 l. fall., che definiscono chiaramente pubblici ufficiali il curatore e il commissario giudiziale. Tale elemento è stato ritenuto dalla giurisprudenza¹⁸⁵ determinante per escludere la qualifica in capo al liquidatore giudiziale nominato nella procedura di concordato preventivo, dunque se ne deduce che tale interpretazione possa essere applicata anche nel caso del professionista.

Infine d’altra parte, anche a voler seguire l’interpretazione oggettiva della funzione sostenuta dalla opposta dottrina, non sarebbero sufficienti ad integrare i requisiti dell’art. 357 c.p. dei poteri para-certificativi derivanti dalle competenze specialistiche dell’attestatore.¹⁸⁶

¹⁸³ Cass. Sez. VI pen., 10 febbraio 2004, n. 21088, in www.giurisprudenzapenale.com

¹⁸⁴ In dottrina, A. ALESSANDRI, “*Profili penalistici delle innovazioni in tema di soluzioni concordate delle crisi di impresa*”, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 126; M. LANZI, “*Il professionista incaricato della relazione per l’ammissione al concordato preventivo non è pubblico ufficiale*”, in *Fall.*, 2010, 1445; G. INSOLERA, “*Riflessi penalistici della disciplina del concordato preventivo e delle composizioni extragiudiziali della crisi d’impresa*”, in *Giurisprudenza Commerciale*, 3, 2006, 471.

In giurisprudenza, Trib. Torino, 31 marzo 2010, in *Fall.*, 2010, 1439 e più recentemente Cass. Pen., sez. V, 8 marzo 2016, n. 9542, in www.ilcodicedeconcordati.it

¹⁸⁵ Cass., sez. V pen., 16 gennaio 2015, n. 15951, in www.giurisprudenzapenale.com

¹⁸⁶ In ogni caso si esprime contrariamente alla qualifica pubblicistica dapprima la Relazione dell’Ufficio Studi della Corte di Cassazione n. III/07/2012, “*Novità legislative: d.l. 22 giugno 2012, n. 83, recante “Misure urgenti per la crescita del Paese”*”, 2.

Ancora più frequenti risultavano poi i tentativi volti a configurare il reato di falsità in certificati commesso da persona esercente un servizio di pubblica necessità ex art. 481 c.p.¹⁸⁷: depone in favore di tale orientamento la presenza in capo all'attestatore di entrambi i requisiti richiesti dall'art. 359 c.p., vale a dire l'esercizio di una professione per la quale è richiesta una speciale abilitazione e la necessità dell'imprenditore di servirsene laddove voglia accedere ad una soluzione concordata. D'altra parte però depone contrariamente a tale tesi il ristretto ambito applicativo dell'art. 481 c.p., limitato ai certificati e agli "atti destinati a provare la verità": nonostante la loro autorevole provenienza infatti le relazioni del professionista, soprattutto con riguardo alla fattibilità, che è espressione di convincimenti e valutazioni personali e prognostiche, non sono dotate di autonoma valenza probatoria nell'ambito delle procedure negoziali.¹⁸⁸

Infine, non è mancato chi ha ritenuto possibile un'incriminazione per falso ideologico del privato in atto pubblico ex art. 483 c.p., riconoscendo l'assenza della qualifica pubblicistica in capo al professionista: tuttavia anche questa ipotesi risulta difficilmente percorribile, stante la difficoltà di qualificare l'attestazione di un professionista privato come atto pubblico.¹⁸⁹

¹⁸⁷ In dottrina si ricordano M. GIANOGLIO, "Strumenti di soluzione della crisi di impresa, ruolo dell'attestatore e profili penali", in www.ilfallimentarista.it e G. BUCCARELLA, "I "nuovi" accordi di ristrutturazione dei debiti", Milano 2013. In giurisprudenza si registra un'importante precedente, da identificare in Trib. Rovereto, 12 gennaio 2012, in www.ilcaso.it, secondo cui la relazione del professionista avrebbe non solo un contenuto valutativo, ma anche certificativo, e sarebbe dunque dotata di un valore probatorio tale da consentire di ricondurre il suo autore nel novero dei soggetti di cui all'art. 359, n.1 c.p. (a proposito cfr. A. DI AMATO, "Sul dolo dell'attestatore nei reati di falsa attestazione. Nota a Tribunale di Rovereto, 12 gennaio 2012, n. 5", in *Gazzetta Forense*, n. 2, marzo-aprile 2014.)

¹⁸⁸ Sull'assenza di efficacia probatoria dell'attestazione di fattibilità E. FABIANI, "La questione "fattibilità" del concordato preventivo tra lemmi isolati e novità legislative", in www.cortedicassazione.it, 4, secondo cui "la relazione attestativa è un documento dotato di efficacia persuasiva rispetto ai creditori; non è un documento dotato di efficacia probatoria se non *quoad effectum* sul versante della tutela penale". Così anche L. TROYER, "Le responsabilità penali relative alle soluzioni concordate delle crisi d'impresa", in *Riv. dott. comm.*, 2008, 121 ss.

¹⁸⁹ Per ciò che concerne invece la riconducibilità della condotta dell'attestatore a quella dell'art. 483 c.p., cfr. G. G. SANDRELLI, "La riforma penale della legge fallimentare: i rimedi per la crisi di impresa, il concordato preventivo e le nuove fattispecie (art. 217-bis e 236-bis l. fall.)", in www.archiviopenale.it. Sebbene l'art. 483 c.p. sia spesso impiegato dalla giurisprudenza per punire le false dichiarazioni del tecnico incaricato di attestare una certa attività edilizia, tale ragionamento non è applicabile in materia fallimentare, dato che

Recentemente la giurisprudenza di legittimità è intervenuta per dirimere definitivamente la questione e chiarire l'assenza, in capo al professionista, di qualsivoglia qualifica pubblicistica¹⁹⁰: egli infatti, pur svolgendo delle funzioni simili a quelle dell'ausiliario del giudice e pur rivestendo una posizione di indipendenza, si muove in un'area privatistica a sfondo negoziale. Inoltre da un lato l'attestazione non vincola il controllo di fattibilità della proposta operato dal giudice¹⁹¹, e dall'altro nemmeno i creditori sono legati alle valutazioni svolte dal professionista, potendo essi discostarsene e considerare autonomamente le probabilità di successo dell'operazione. Per finire, l'introduzione dell'art. 236-*bis* l. fall. è prova del fatto che il legislatore ha voluto garantire tutela penale a degli interessi la cui offesa non sarebbe stata riconducibile ad altre ipotesi di reato.

Esauritesi dunque le possibilità di rinvenire una qualifica pubblicistica in capo al professionista e ricomprendere la sua condotta nelle preesistenti fattispecie di falso, si tentò in seguito di ipotizzare un concorso dello stesso nei reati dell'imprenditore, ed in particolare nell'esposizione di attività o simulazione di crediti ai fini dell'ammissione al concordato preventivo ex art. 236 l. fall., ovvero nella bancarotta preferenziale o semplice degli artt. 216, comma 3 e 217,

l'attestazione ha qui ad oggetto non solo la veridicità dei dati, essendo invece fondamentale la componente valutativa.

¹⁹⁰ Cass., sez. V pen, 8 marzo 2016, n. 9542, il www.ilcodicedeiconcordati.it. Al professionista la Procura della Repubblica di Nuoro contestava i delitti di cui agli artt. 236-*bis* l. fall., 479 c.p. e 319-*ter* c.p., per aver fornito informazioni false e aver omesso dati rilevanti nell'attestazione finalizzata all'ammissione al concordato preventivo. Il Pubblico Ministero riteneva che potesse risultare integrato il reato di falso ideologico alla luce dello *status* di pubblico ufficiale da attribuirsi al professionista, e perciò richiedeva al GIP l'applicazione di misure custodiali. Non accogliendo la richiesta né il GIP, né, su ricorso, il Tribunale, la Procura impugnava il provvedimento dinanzi alla Corte di Cassazione, chiedendo l'accertamento della qualifica pubblicistica in capo al professionista. La cassazione respinge il ricorso affermando che "l'attestazione del professionista non vincola il controllo di legittimità esercitato dal giudice sul giudizio di fattibilità della proposta di concordato" e che "rimane affidata ai creditori la valutazione nel merito su tale giudizio, avente ad oggetto le probabilità di successo economico del piano ed i rischi allo stesso inerenti". Ne deriva "una configurazione di dette funzioni riconducibile a quelle del consulente, ed una destinazione delle stesse alla formazione non solo del convincimento del giudice, ma anche di quello dei creditori, e tanto escludendone un'esclusiva strumentalità all'esercizio dell'attività giudiziaria."

¹⁹¹ Si ricordi la distinzione, evidenziata nel secondo capitolo, tra fattibilità giuridica ed economica: al giudice è consentito di valutare liberamente la prima, mentre il giudizio sulla convenienza economica è rimesso esclusivamente ai creditori.

comma 1, n. 3 l. fall., o infine ancora nei fatti di bancarotta impropria degli artt. 223 e 224 l. fall.. Anche in questi casi l'ipotesi del concorso incontrava il considerevole ostacolo della prova dell'accordo tra professionista ed imprenditore, non potendosi ritenere configurabile l'esistenza di una posizione di garanzia in capo al primo in grado di determinare un concorso a titolo omissivo dell'*extraneus* nel fatto proprio del debitore ex art. 40 cpv. c.p.¹⁹² Senza contare poi l'assai ristretto ambito applicativo dell'art. 236 l. fall., riferito solamente al concordato preventivo e non estensibile alle altre procedure concordate, pena la realizzazione di un'analogia *in malam partem*.¹⁹³

Allo stesso modo inapplicabile alla condotta dell'attestatore risultava la fattispecie dell'art. 373 c.p., che punendo le false perizie o attestazioni di esperti nominati dall'autorità giudiziaria esclude che il soggetto attivo del reato possa risultare designato dal debitore. Come neppure ci si potrebbe appellare all'art. 64 c.p.c., che estende le norme penali previste per i periti anche al consulente tecnico del giudice, qualifica che male si attaglia alle attribuzioni del professionista. Identici problemi sorgono inoltre per l'applicazione delle fattispecie di cui agli artt. 2621 e 2622 c.c., non potendosi configurare neppure in questo caso un concorso dell'attestatore in tali reati, mancando l'indirizzamento verso il pubblico delle comunicazioni ivi previste.

Inoltre, immaginando una possibile incriminazione per truffa ai sensi dell'art. 640 c.p., pure nelle ipotesi aggravate dell'art. 61, nn. 7 e 11 c.p., si finirebbe per dover attendere la causazione di un danno ai creditori, ed inoltre si incontrerebbe l'ulteriore difficoltà di rinvenire degli "artifici o raggiri" in un contesto in cui la natura prognostica della relazione del professionista può da sola portare

¹⁹² Contrariamente G. SCHIAVANO, "Il professionista "attestatore" nelle soluzioni concordate delle crisi di impresa: la sua qualificazione privatistica", in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2010, 276, che ipotizza la sussistenza in capo al professionista di un obbligo giuridico di impedire i reati dell'imprenditore non solo nei confronti dei creditori, ma anche di ogni terzo coinvolto nella crisi dell'impresa.

¹⁹³ D. PIVA, "Vecchie soluzioni per nuovi problemi nella attestazione del professionista", in www.penalecontemporaneo.it, 367.

all'errata rappresentazione della realtà, senza che vengano posti in essere comportamenti fraudolenti.¹⁹⁴

Neppure sarebbero configurabili a carico dell'attestatore i reati previsti per i responsabili della revisione legale dall'art. 27 del d.lgs. n. 39/2010, in quanto pur presentando tali soggetti delle considerevoli affinità, non può trascurarsi la loro diversa identità soggettiva ed la differente connotazione che l'attività di attestazione nelle soluzioni concordate assume rispetto alla revisione legale dei conti.¹⁹⁵

Infine, non è mancato chi, prendendo le mosse dall'impossibilità di qualificare l'attestatore come consulente tecnico del giudice o di parte, ha avanzato l'ipotesi di una responsabilità per falsa testimonianza, assimilandolo alla figura da noi poco conosciuta, ma diffusa nel diritto anglosassone, del "testimone tecnico".¹⁹⁶

Non servono considerazioni ulteriori per comprendere quanto fosse necessario un intervento legislativo che provvedesse ad inserire una fattispecie penale *ad hoc*, idonea a sanzionare le condotte fraudolente del professionista. La *ratio* fondamentale risiedeva nella necessità di riequilibrare le due velocità con le quali le riforme si erano mosse sul versante civilistico e penalistico, e nell'urgenza di inserire adeguati meccanismi di tutela dell'affidamento dei creditori sulla ragionevolezza della proposta del debitore. Non deve inoltre trascurarsi di considerare il ruolo dell'attestatore nell'ottica del funzionamento complessivo della legge fallimentare: la garanzia che egli infatti fornisce circa l'idoneità del concordato preventivo, degli accordi di ristrutturazione dei debiti e del piano attestato a consentire il risanamento della situazione economica dell'impresa determina non solo conseguenze sui terzi, ma anche l'esclusione

¹⁹⁴ Per tutte le precedenti considerazioni, cfr. D. PIVA, *op. cit.*; M. FUCITO, M. GULOTTA, "Postergazione, prededucibilità e pagamento dei crediti in regime di continuità aziendale", Santarcangelo di Romagna, 2013; M. FERRO (a cura di), "La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico", Padova 2007.

¹⁹⁵ Così G. INSOLERA, *op. cit.*, 471. Opinione contraria viene espressa da G. G. SANDRELLI, "Prime considerazioni sui riflessi della legge 80/05 sul comparto penale della legge fallimentare", in *Fall.*, 2005, 1221.

¹⁹⁶ M. FABIANI, "Riflessioni precoci sull'evoluzione della disciplina della regolazione concordata della crisi di impresa", in www.ilcaso.it, 5.

dai reati di bancarotta preferenziale e semplice, in base alla previsione dell'art. 217-*bis* l. fall..

L'introduzione di una specifica sanzione penale si rendeva inoltre necessaria, in senso sistemico, in seguito all'introduzione, ad opera delle legge n. 3/2012, della nuova disciplina della composizione della crisi da sovraindebitamento del debitore non assoggettabile al fallimento e al concordato preventivo. Tale novella legislativa si caratterizzava in particolare, rispetto al passato, per una rinnovata attenzione alla corretta rappresentazione della situazione economica dell'imprenditore, che si rinviene nell'art. 19, comma 2. La disposizione prevede la pena della reclusione da uno a tre anni e la multa da €1000 e €50000 per "il componente dell'organismo di composizione della crisi"¹⁹⁷ 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 ad essa collegati ovvero in ordine alla fattibilità del piano di ristrutturazione dei debiti proposto dal debitore"; il terzo comma della disposizione in parola prevede poi che si applichi la stessa pena del precedente nel caso in cui il componente dell'organismo di composizione della crisi cagioni un danno ai creditori mediante l'omissione o il rifiuto di un atto del suo ufficio senza giustificato motivo.

Fu proprio "per evitare asimmetrie irragionevoli, in ottica costituzionale, rispetto alla rilevanza penale della condotta dell'organismo di composizione della crisi"¹⁹⁸ che commetta falsità con riguardo alla veridicità dei dati o alla fattibilità del piano che, con il d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito in legge 7 agosto 2012, n. 134, si provvide all'introduzione dell'art. 236-*bis* l.fall., rubricato "falso in attestazioni e relazioni".

¹⁹⁷ Gli organismi di composizione della crisi furono introdotti dall'art. 15 della legge 3/2012, e consistono in "enti pubblici dotati di requisiti di indipendenza e professionalità" ed "iscritti in un apposito registro tenuto presso il Ministero della Giustizia". Essi hanno il compito di assumere "ogni iniziativa funzionale alla predisposizione del piano di ristrutturazione e all'esecuzione dello stesso", di verificare "la veridicità dei dati contenuti nella proposta e nei documenti allegati", di "attestare la fattibilità del piano" e di trasmettere al giudice una relazione sui consensi espressi e sulla maggioranza raggiunta dai creditori.

¹⁹⁸ Relazione introduttiva al disegno di legge per la conversione del d.l. n. 83/2012.

2 Art. 236-bis 1. fall.: struttura della norma e bene giuridico tutelato

Al primo comma dell'art. 236-bis 1. fall. viene punito con la reclusione da due a cinque anni e con la multa da €50000 a €100000 “il professionista che nelle relazioni o attestazioni di cui agli artt. 67, terzo comma, lett. d), 161, terzo comma, 182-bis, 182-quinquies e 186-bis espone informazioni false ovvero omette di riferire informazioni rilevanti”; al secondo e al terzo comma sono poi previste due diverse circostanze aggravanti, la prima ad effetto comune, che comporta l'aumento della pena “se il fatto è commesso al fine di conseguire un ingiusto profitto per sé o per altri”, la seconda ad effetto speciale, che comporta l'aumento fino alla metà “se dal fatto consegue un danno per i creditori”.

Va in primo luogo notato che, rispetto ai preesistenti reati fallimentari, la norma di nuova introduzione si contraddistingue per un marcato mutamento di tendenza rispetto al soggetto attivo del reato: questo infatti non è più individuato all'interno dell'impresa e non si identifica, come da precedente prassi, nel fallito, negli organi gestori o al più nei sindaci o nel curatore, bensì si configura come un soggetto indipendente e programmaticamente estraneo alla compagine aziendale.

Ulteriore aspetto innovativo nella prospettiva complessiva del diritto penale dell'economia è la sempre maggiore attenzione che la materia riserva a soggetti estranei all'organico societario, i cosiddetti *gatekeepers*, che operano sì a fianco e per l'imprenditore, ma in condizioni di indipendenza: basti pensare all'importanza crescente affidata al ruolo del revisore legale o dei membri dell'organismo di vigilanza, alla quale si accompagna logicamente il presidio penale: e dello sviluppo in questo senso del diritto penale dell'economia l'art. 236-bis 1. fall., che sanziona una figura esterna ed indipendente nel caso in cui contravvenga ai suoi decisivi compiti, è appunto testimone chiave.

Infine, sempre nell'ottica di una maggiore responsabilizzazione delle figure collocate *a latere* dell'imprenditore e in quella ancora più ampia del diritto penale generale, si nota l'abbandono della tradizionale prospettiva del concorso ex art. 110 c.p.: mentre infatti fino all'introduzione della nuova norma in parola si poteva immaginare, per punire il professionista infedele, solo un concorso nel reato dell'imprenditore o addirittura una responsabilità per omesso impedimento dell'evento illecito, ad oggi viene prevista un'autonoma fattispecie di delitto disegnata proprio sulle attribuzioni tipiche del soggetto attivo.¹⁹⁹

Dal confronto tra la struttura della nuova disposizione e quella del suo precedente normativo, vale a dire il richiamato art. 19, comma 2, della legge n. 3/2012, emerge ad un primo sguardo una evidente somiglianza, concentrandosi entrambe le previsioni su condotte che impediscono la corretta percezione della realtà, e ricollegandosi quella speciale ai concetti di veridicità e fattibilità noti all'attestatore. Potrebbe inoltre notarsi come quest'ultima presenti un ambito di operatività maggiormente esteso, facendosi qui generale riferimento alle "attestazioni", diversamente dal richiamo più specifico dell'art. 236-*bis* l. fall. alle "informazioni" contenute nei documenti redatti dal professionista. In realtà deve riconoscersi che tale differenza è più apparente che reale, in quanto non si potrebbe rinvenire un motivo per cui il legislatore avrebbe voluto delimitare l'area della rilevanza penale della condotta nel delitto della legge fallimentare ed estenderla invece ad ogni attestazione riguardante veridicità dei dati e fattibilità dell'accordo nell'altro caso.

Le differenze tra le due disposizioni non si limitano a tale aspetto: diverso è anche il soggetto attivo del reato, un ente di natura pubblicistica nell'art. 19, comma 2, l. n. 3/2012, ed un soggetto privato e nominato dallo stesso imprenditore nell'art. 236-*bis* l. fall..

¹⁹⁹ Per queste considerazioni cfr. F. CONSULICH, "Nolo cognoscere: il diritto penale dell'economia fra nuovi responsabili e antiche forme di responsabilità "paracolpevole": spunti a partire dal nuovo art. 236-*bis* l.f.", in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2012, 614-617.

Diverso è anche il bene giuridico tutelato: il fatto che il terzo comma della prima disposizione preveda una pena identica a quella del secondo comma nel caso in cui dall'omissione o dal rifiuto ingiustificato di un atto d'ufficio derivi un danno ai creditori, dimostra infatti come ciò che alla norma interessa proteggere siano proprio gli interessi del ceto creditorio, in quanto il pregiudizio da esso subito rientra nella misura ordinaria della pena e non determina alcun aggravamento.²⁰⁰

Nel nuovo delitto invece, la maggior parte della dottrina²⁰¹ ha ritenuto che, se lo scopo dell'incriminazione risiede nella necessità di assicurare la serietà e la correttezza del contenuto delle attestazioni così da renderle fededegne, si dovrà allora individuare il bene giuridico tutelato nell'affidamento riposto nella veridicità della parola di un documento tanto fondamentale all'interno delle soluzioni concordate della crisi d'impresa. Il reato può essere così ricompreso nel novero dei delitti contro la fede pubblica, e si configura in particolare come una falsità in atto privato per la quale il legislatore ha voluto disegnare una fattispecie differente da quelle tradizionali.

Rispetto a tale genere di delitti si pongono tuttavia due ordini di problemi, uno relativo alla questione dell'interesse tutelato, l'altro riguardante il principio di offensività. Per quanto riguarda il primo punto, a lungo si è discusso in giurisprudenza sulla questione del bene pregiudicato dai delitti contro la fede pubblica, ed in particolare ci si è chiesti se esso dovesse rinvenirsi nel solo interesse pubblico e generale ovvero, in senso plurioffensivo, anche

²⁰⁰ E. MEZZETTI, "Falso in attestazioni o relazioni", in www.archiviopenale.it, 2015, 5 nota inoltre una possibile censura di incostituzionalità "per irragionevolezza della riposta sanzionatoria per fatti caratterizzati da disvalori differenti": il terzo comma appare infatti come un reato aggravato dall'evento o comunque come una circostanza aggravante della fattispecie prevista al secondo comma, "poiché di questo ripropone le stesse coordinate di descrizione del fatto aggiungendo il *surplus* del danno derivante dalla falsa attestazione", ed in ragione di ciò la pena prevista dovrebbe essere più elevata.

²⁰¹ Relazione dell'Ufficio Studi della Corte di Cassazione n. III/07/2012, "Novità legislative: d.l. 22 giugno 2012, n. 83, recante "Misure urgenti per la crescita del Paese", 1, cit.; 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.penalecontemporaneo.it, 91; R. BRICCHETTI, L. PISTORELLI, "Operazioni di risanamento, professionisti nel mirino", in *Guida dir.*, 2012, 49.

nell'interesse dei privati nei cui confronti venga fatto valere il documento o l'attestazione falsa.

Mentre in tempi precedenti si era optato per la prima delle due soluzioni, ritenendo che l'interesse del privato venisse pregiudicato soltanto in via indiretta e che dunque esso non potesse considerarsi persona offesa dal reato²⁰², più recentemente si è invece ritenuto che, non essendo spesso il falso fine a se stesso, ma producendo inevitabilmente degli effetti anche sulla sfera giuridica di altri soggetti, non sarebbe lecito ignorare questo aspetto²⁰³. La questione si riflette sul delitto dell'art. 236-bis l. fall., in quanto la falsità in questo caso si ripercuote direttamente anche sulla sfera giuridica dei creditori, i cui interessi, dunque, sono da ricomprendersi – seppur in via indiretta – nell'ambito della tutela.²⁰⁴

Ad ogni reato di falso si accompagna poi inevitabilmente la questione relativa al principio di offensività, poiché il concetto astratto ed estremamente evanescente di “fede pubblica” non rende affatto agevole stabilire quali siano le condotte idonee a porla in pericolo; e d'altra parte il tentativo del legislatore di evitare la vanificazione del suddetto principio mediante l'inserimento dell'aggettivo “rilevanti” nella disposizione – sia pur limitatamente alla condotta omissiva – non ha sortito l'effetto di rendere più agevole l'individuazione dei comportamenti in concreto idonei ad offendere il bene tutelato.²⁰⁵

²⁰² In questo senso Cass., V sez. pen, 27 marzo 2001, n. 28608; Cass., V sez. pen., 18 ottobre 2002, n. 5775; Cass., V sez. pen., 16 marzo 2004, n. 5333.

²⁰³ Cass. SS.UU., 18 dicembre 2007, n. 46982.

²⁰⁴ Contrario a questa impostazione G. MARTIELLO, “*Falso in attestazioni e relazioni*”, in A. NIGRO, M. SANDULLI, V. SANTORO (a cura di), “*Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*”, Torino 2014, 593, secondo cui la prospettiva degli interessi patrimoniali dei creditori non persuade poiché “sembra rendere al condotta incriminata prospetticamente assai “distante” dal bene protetto” ed inoltre “non risulta pienamente in linea con la circostanza aggravante prevista dal comma 3 del medesimo art. 236-bis, la quale innalza la pena fino alla metà “se dal fatto consegue un danno per i creditori”: secondo l'autore infatti tale aggravamento della sanzione dovrebbe portare a comprendere che i beni tutelati dal primo e dal terzo comma sono differenti, piuttosto che far pensare ad una “escalation offensiva patrimoniale che, dalla soglia del pericolo posta dall'ipotesi base, approda a quella del danno scandita dalla figura criminosa aggravata”.

²⁰⁵ R. BRICCHETTI, L. PISTORELLI, *op. cit.*, 49, secondo cui se si individua il bene tutelato nella fede pubblica “l'innalzamento del coefficiente di offensività appare più apparente che

Altra parte della dottrina ha preferito individuare il bene giuridico protetto nell'interesse al corretto andamento della procedura, riferendo così il requisito della rilevanza alla realizzabilità della stessa e ritenendo la norma ideata al fine di rendere possibile ai creditori e ad ogni altro soggetto esterno di comprendere la situazione dell'impresa e poter assumere consapevolmente delle decisioni in merito all'accordo.²⁰⁶

Non è infine mancato chi ha ritenuto²⁰⁷, in virtù della vicinanza sistemica e delle analogie con l'art. 236, comma 1, l. fall., posto a salvaguardia dell'amministrazione della Giustizia, di individuare nel suddetto bene anche l'oggetto di tutela dell'art. 236-bis l. fall.: infatti in quest'ultima disposizione vengono citate delle attività che si svolgono sotto il controllo più o meno marcato dell'autorità giudiziaria, con l'eccezione di quella dell'art. 67, comma 3, lett. d) l. fall.. Ne deriva un'interpretazione in chiave plurioffensiva: nelle prime la condotta infedele del professionista non andrebbe a pregiudicare

reale, mentre il presunto incremento di tassatività e determinatezza della fattispecie risulterebbe minimo e non consentirebbe di fugare i timori di intollerabili discrepanze dell'applicazione della norma incriminatrice". N. PISANI, "Delitti contro la fede pubblica", in www.studiolegalepisani.com, 484 ss., afferma che "il vero momento finale della tutela nei delitti di falso è rappresentato dall'interesse tutelato dalla funzione probatoria del documento, la quale quindi non appare tutelata in sé e per sé, ma in funzione della protezione di tale interesse" e che solo attraverso una lettura dei reati di falso quali fatti offensivi tipici, il bene giuridico della fede pubblica – intesa come fiducia della collettività in determinati oggetti, segni o simboli, sulla cui genuinità o veridicità deve potersi fare affidamento affinché venga garantita la certezza, la speditezza e la sicurezza del traffico economico e/o giuridico – può recuperare quella dimensione di concretezza che un'applicazione eccessivamente formalistica ha sicuramente leso

Inoltre merita ricordare che la difficoltà di individuare quali siano le condotte idonee ad offendere il bene giuridico della fede pubblica ha portato alla creazione di tre peculiari reati di falso non punibili per mancanza di offensività: il falso grossolano, innocuo ed inutile. In tali casi infatti non è presente un "nocumento effettivo o potenziale" del bene giuridico tutelato (Cass. Pen., sez. V, 18 dicembre 2013, n. 51166) e ciò comporta la non punibilità delle condotte. A seguire la tesi della pubblica fede quale bene giuridico tutelato potrebbe risultare estremamente facile ricadere in una delle tre richiamate ipotesi, vista la difficoltà di individuare quali siano le condotte in grado di porlo in pericolo.

²⁰⁶ La norma sarebbe dunque stata pensata "al fine di assicurare che le decisioni relative alla procedura stessa, innanzitutto quella relativa alla sua attivazione o meno, siano assunte in maniera consapevole, avvalendosi di una base informativa affidabile" (S. FIORE, "Nuove funzioni e vecchie questioni per il diritto penale nelle soluzioni concordate della crisi d'impresa", in AA.VV., "Concordato preventivo e accordi di ristrutturazione: dal decreto "crescita" al decreto del "fare", Milano 2013, 1186).

²⁰⁷ C. CASSANI, *op. cit.*, 762; E. ALBAMONTE, P. FILIPPI, "Art. 236", in M. FERRO, *op. cit.*, 1721.

solamente i creditori, ma – esattamente come nelle falsità dell’art. 236 l. fall. - anche il giudice, e si configurerebbe dunque un reato contro l’Amministrazione della giustizia; nei piani attestati invece, che si svolgono interamente *inter partes*, il bene giuridico tutelato sarebbe da rinvenire nella fede pubblica.

In conclusione, pur essendo vero che a considerare la fede pubblica come oggetto di tutela si corre il considerevole rischio di cadere in un’eccessiva indeterminatezza e in una forte difficoltà di individuare il penalmente rilevante²⁰⁸, si ritiene che tale interpretazione sia quella maggiormente rappresentativa delle intenzioni del legislatore: se l’art. 236-*bis* l. fall. è stato introdotto per tutelare l’interesse alla veridicità del contenuto delle attestazioni e il conseguente affidamento dei destinatari, non è lecito individuare lo scopo di tutela nella correttezza della procedura o nell’attività giudiziaria.

2.1 Il soggetto attivo del reato

L’art. 236-*bis* l. fall. descrive un reato proprio del “professionista”, soggetto non definito più specificamente dalla norma, ma la cui qualifica emerge dai veicoli delle falsità penalmente rilevanti da esso commesse, cioè dalle “relazioni o attestazioni dell’art. 67, terzo comma, lett. *d*), 161, terzo comma, 182-*bis*, 182-*quinqüies* e 186-*bis*”²⁰⁹, che solo la figura in possesso dei requisiti indicati dallo

²⁰⁸ L’evanescenza del concetto di fede pubblica rispetto al principio di offensività ha da sempre rappresentato uno dei punti più critici del diritto penale: secondo T. GUERINI, “*La responsabilità penale del professionista attestatore nell’ambito delle soluzioni concordate per le crisi d’impresa*”, in www.penalecontemporaneo.it, 7, “a fronte della necessità di incriminare condotte di falsificazione, con l’obiettivo di contribuire ad assicurare condizioni di diffusa certezza e speditezza del traffico giuridico, il rischio è quello che tale interesse non si possa effettivamente “materializzare” in un bene giuridico ben definito, incorrendo nel pericolo di confondere l’oggetto giuridico con l’oggetto materiale del reato”.

²⁰⁹ In particolare per l’art. 182-*bis* l. fall. si ritiene, stante il complessivo rinvio operato dalla norma in questione, che debba ricomprendersi tra gli oggetti materiali del reato non solo la

stesso terzo comma, lett. d) dell'art. 67 l. fall. può redigere. Ciò comporta che, non essendo tale attività delegabile ad altre figure né svolgibile da chi non sia stato espressamente nominato dal debitore, sarà estremamente difficile estendere la punibilità a dei soggetti di fatto, come spesso accade nei reati societari o fallimentari.

A tal proposito si è parlato in dottrina di reato “iperproprio”²¹⁰, osservando che anche in questo caso sarebbe astrattamente possibile ricorrere all'art. 2639 c.c., che equipara a chi è formalmente investito di una qualifica o di una funzione colui che svolge in modo continuativo e significativo i poteri tipici ad esse connessi. Tuttavia il delitto dell'art. 236-bis l. fall. può essere commesso solamente da chi personalmente è stato scelto dal debitore in base *all'intuitu personae* e da chi personalmente ha sottoscritto l'attestazione e speso il proprio nome, appropriandosi così del contenuto del documento e dotandolo di quella capacità ingannatoria penalmente rilevante. Eventuali contributi esterni a questo “reato di mano propria”²¹¹ potranno assumere rilevanza nell'ottica del concorso di persone.

E' dunque evidente il mutamento della prospettiva rispetto al momento in cui, prima della novella legislativa, si ammetteva una responsabilità penale del professionista solo in qualità di *extraneus* concorrente nel reato dell'imprenditore, laddove adesso è proprio quest'ultimo a potersi trovare coinvolto nell'illecito dell'attestatore.²¹²

relazione del primo comma, ma anche quella da allegare alla richiesta, presentata nel corso della trattativa e prima dell'accordo, di applicazione del divieto di iniziare o proseguire azioni cautelari o esecutive.

D'altra parte il richiamo generico operato dall'art. 236-bis l. fall. alle “relazioni o attestazioni” consente di ritenere che possa ricomprendersi nell'ambito applicativo della norma ogni atto proveniente da un professionista in possesso degli adeguati requisiti richiestigli dalla legge.

²¹⁰ Per primo F. CONSULICH, *op. cit.*, 622. La formula è stata poi ripresa da G. ANDREANI, “Crisi di impresa. Le nuove disposizioni fallimentari e fiscali”, Milano 2015, 73. Secondo G. G. SANDRELLI, “Le esenzioni dai reati di bancarotta e il reato di falso in attestazioni e relazioni”, in *Fall.*, 2013, 797 “la pluralità dei requisiti necessari rende teorica l'ipotesi di un professionista/attestatore di fatto”, ma l'autore non disdegna del tutto l'ipotesi aggiungendo che “ove lo si volesse individuare, dovrà tenersi presente la traccia che, al proposito, il codice civile ha già elaborato per i soggetti societari”.

²¹¹ Definizione ancora fornita da F. CONSULICH, *op. cit.*, 622.

²¹² Il concorso dell'*extraneus* nel reato proprio è comunemente ammesso sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza, presupponendo la consapevolezza, da parte del primo soggetto, della

D'altra parte la qualificazione come reato proprio porta con sé alcuni risvolti problematici: sembrerebbe infatti doversi intendere, dato che il professionista dell'art. 236-bis 1. fall. può essere rappresentato solo da chi si trovi in possesso dei requisiti dell'art. 67, comma 3, lett. d) 1. fall., che un soggetto carente di anche una soltanto delle caratteristiche di competenza tecnica, professionalità ed indipendenza non possa essere considerato soggetto attivo del reato in questione.

Conseguenza di ciò sarebbe dunque il fatto che, pur potendo rappresentare la mancanza dei requisiti richiesti dalla legge per lo svolgimento dell'incarico un indizio decisivo della falsità ed inaffidabilità delle dichiarazioni rese, in tali ipotesi dovrebbe tuttavia concludersi per l'inconfigurabilità del delitto. L'unica *ratio* che potrebbe giustificare tale conseguenza sarebbe il ritenere che ad un professionista non tecnicamente esperto o non indipendente non potrebbero mai accordare la loro fiducia i creditori, che quindi non verrebbero pregiudicati in termini di affidamento riposto – sempre però che essi fossero a conoscenza della carenza dei requisiti richiesti dalla legge.

3 Le condotte tipiche

La disposizione in parola si caratterizza come un abuso ed una violazione della fiducia che i terzi ripongono nel contenuto delle attestazioni: ne deriva che tutto il disvalore del fatto va a concentrarsi sull'infedeltà della condotta del professionista. E' tale infedeltà che al legislatore interessa sanzionare, e ciò è evidente dall'indifferenza dimostrata rispetto all'esito della procedura: sia che il concordato preventivo, l'accordo di ristrutturazione o il piano attestato riescano ad essere posti in essere, sia che al contrario l'imprenditore non

qualifica soggettiva del secondo. In particolare secondo Cass. Pen., sez. V, 20 luglio 2009, n. 35884, in *CED*, 2009 “l'assoluzione per difetto dell'elemento soggettivo in capo al concorrente “intraneo” nel reato proprio non esclude di per sé la responsabilità del concorrente “estraneo”, che resta punibile nei casi (...) in cui la carenza dell'elemento soggettivo riguardi solo il concorrente “intraneo” e non sia quindi estensibile”.

consegua il risanamento della propria situazione economica, ciò che conta ai fini della responsabilità penale è unicamente la condotta del professionista, che sarà ugualmente perseguibile anche in caso di successo dell'operazione.

La tutela penale è dunque anticipata ad una fase antecedente, non essendo richiesta la causazione di un danno; né d'altra parte si può parlare in questo caso di reato di pericolo astratto²¹³, in quanto non viene presunta l'idoneità della condotta a porre in pericolo il bene giuridico tutelato, ma essa deve essere di volta in volta provata. L'art. 236-bis l. fall. rappresenta dunque un delitto, a consumazione anticipata, costruito sul modello del pericolo concreto. Depongono a favore di tale tesi anche il fatto che il verificarsi del danno a carico dei creditori non costituisce elemento costitutivo del reato, bensì semplice circostanza aggravante, ed inoltre l'utilizzo dell'attributo "rilevanti" – del quale si tratterà approfonditamente più avanti - riferito alle informazioni false, che sembra avere la funzione di consentire all'interprete di selezionare soltanto quelle condotte in grado di porre concretamente in pericolo il bene giuridico tutelato.²¹⁴

La condotta viene descritta secondo lo schema tradizionale dei reati di falsità ideologica, come le "false comunicazioni sociali", e mediante due modalità

²¹³ Parte della dottrina ritiene però diversamente: Secondo M. FABRIZIO, "*I reati concorsuali diversi dalla bancarotta*", in G. REYNAUD (diretto da), "*Diritto penale dell'impresa*", Vicalvi, 2014, 35, si tratterebbe infatti di reato di pericolo astratto, "in quanto integrato non solo dalle condotte che abbiano cagionato pregiudizio alla procedura interessata o ai creditori, bensì anche da tutte quelle ipoteticamente idonee a cagionarlo (senza però la necessaria presenza di un effettivo rischio, nel che la fattispecie in questione si distingue da quelle di pericolo concreto)".

In questo senso si esprime anche la giurisprudenza del Trib. Torino, Uff. indagini prel. 16 luglio 2014, in www.ilcaso.it

²¹⁴ Confermano la tesi anche G. BERSANI, "*La responsabilità penale del professionista attestatore ai sensi dell'art. 236-bis l.f. fra analisi dottrinali e prime applicazioni giurisprudenziali*", in www.ilcaso.it, 2015, 17, secondo cui "si tratta di una fattispecie di reato di mera condotta (attiva o omissiva) in quanto, per il raggiungimento della soglia di rilevanza penale, non è richiesto che le falsità producano alcun evento di danno nei confronti dei creditori; il pregiudizio patrimoniale, ove discendente dalla infedeltà asseverativa, rappresenta – infatti – una circostanza aggravante del reato." Nello stesso senso A. FIORELLA, M. MASUCCI, "*Gestione dell'impresa e reati fallimentari*", Torino 2014, 136, dove si sottolinea che l'aggravante del terzo comma possiede "una connotazione offensiva che la legge costruisce come mera possibilità", confermando il fatto che il verificarsi di un danno non costituisce elemento costitutivo del reato.

alternative: da una parte l'esposizione di informazioni false, dall'altra l'omissione di informazioni rilevanti. Nel primo caso la condotta è di tipo commissivo, e dunque il reato sussisterà laddove si verifichi una discordanza tra la realtà e le affermazioni del professionista, nel secondo caso omissivo, e il reato si potrà realizzare sia nella forma del nascondimento dei dati, che del silenzio o della reticenza antidoverosi.

Numerose sono state le critiche volte al legislatore sotto il profilo della tassatività, specie a causa dell'utilizzo di dei concetti, come quello di "informazioni" ovvero di "falsità", estremamente generici; ma soprattutto ciò che appare più evidente è l'asimmetria costruttiva tra le due condotte contemplate, poiché il requisito della rilevanza viene riferito solamente a quella omissiva.

E' stato giustamente osservato come sarebbe stato opportuno inserire nella previsione normativa delle soglie di punibilità, onde evitare di sottoporre alla grave pena prevista dalla norma condotte di per sé non rilevanti rispetto al bene giuridico tutelato.²¹⁵

La necessità di una maggiore specificità diviene particolarmente importante in un ambito, come quello delle previsioni prognostiche sulla fattibilità della proposta del debitore, caratterizzato inevitabilmente dall'incertezza; in più il problema è difficilmente risolvibile anche in via interpretativa mediante il requisito della concretezza del pericolo verificatosi, date le già viste perplessità circa l'identificazione del bene giuridico tutelato al quale parametrare l'offensività concreta della condotta – problema accentuato considerando come oggetto di tutela la fede pubblica.

Il problema della tassatività si presenta, come anticipato, soprattutto con riguardo ai concetti di "informazioni" e di "falsità". Il primo sembra in particolare evocare un qualcosa di oggettivo, riferito alla realtà esistente, della quale si rendono edotti i destinatari delle affermazioni rese, e dunque parrebbe escludere qualsiasi apprezzamento o valutazione personale del professionista.

²¹⁵ R. BRICCHETTI, L. PISTORELLI, *op. cit.*, 49.

Conclusione questa tuttavia paradossale, dato che anche la mera attestazione dei dati aziendali, ed ancor più la prognosi sulla fattibilità del piano, costituiscono già di per sé un giudizio.²¹⁶

Le norma parla poi di “informazioni” ma non di “dati”, cosa che potrebbe portare a ritenere che il legislatore abbia inteso conferire rilievo penale solo al risultato finale complessivo, e che invece non debbano essere prese in considerazione le singole falsità che non vadano a determinare la completa non corrispondenza al vero. Un tale ragionamento non sarebbe tuttavia percorribile, poiché anche il singolo dato falso potrebbe risultare in grado di arrecare un pregiudizio ai creditori in termini di soddisfazione, o comunque alterare la qualità dell’informazione finale. Inoltre il diritto penale stesso impone di ragionare in termini qualitativi e non quantitativi: non è importante dunque che la falsità attenga a uno o a più dati, ma che essa sia o meno in grado di porre in pericolo il bene giuridico tutelato.²¹⁷

Dunque, a meno che non si voglia interpretare “informazioni” in questione come “dati forniti dal debitore”, eliminando ogni coinvolgimento in termini valutativi del professionista ed ogni incertezza sull’ampiezza del termine, rimane l’impressione di una eccessiva indeterminatezza dei concetti, nonché il dubbio che sarebbe forse stato più opportuno ricorrere ad una terminologia

²¹⁶ Dottrina e giurisprudenza hanno più volte insistito nel precisare che l’attestazione non deve consistere in una mera ricognizione della corretta tenuta della contabilità, né in una mera rassegna dei dati aziendali, essendo ben diverso il ruolo dell’attestatore all’interno del sistema delle soluzioni negoziali: dovendo egli orientare i creditori ed i terzi, consentendo loro di formarsi un adeguato giudizio sulla situazione economica dell’impresa, la sua attestazione dovrà essere “l’espressione di un giudizio sul grado di attendibilità delle ipotesi alla base del piano”, e dovrà fondarsi “sull’analisi della ragionevolezza dei dati di partenza (...), nonché sulla verifica della capacità dell’impresa di generare, mediante le tipiche operazioni di risanamento, risorse finanziarie sufficienti alla copertura dei debiti” (F. DIMARZIO, “*La crisi d’impresa. Questioni controverse del nuovo diritto fallimentare*”, Padova 2010, 326). Nello stesso senso, si ricorda la giurisprudenza richiamata nel cap. II, nota 146.

²¹⁷ Non serve a risolvere la questione dell’indeterminatezza il fatto che i Principi di attestazione indichino che la nozione di “informazione” ricomprende “i dati contabili, ma anche le notizie, le perizie e le analisi che l’attestatore utilizza nelle sue valutazioni”, e che poi asseriscano che il giudizio finale, essendo differente dalle informazioni raccolte *in itinere*, non è ricompreso nell’area del precetto penale. Cfr. *Principi di attestazione*, par. 10.2

diversa e più oggettiva, mediante ad esempio l'uso dell'espressione "fatti materiali", già utilizzata per le "false comunicazioni sociali".²¹⁸

I medesimi problemi di indeterminatezza si pongono con riguardo al concetto di "falsità", in quanto non è agevole comprenderne la portata e stabilire quali siano i confini del penalmente rilevante.²¹⁹ In particolare tale concetto viene riferito alle informazioni, che come sopra precisato contengono inevitabilmente, in questo ambito, non solo una parte comunicativa e statica, ma anche un importante componente valutativa²²⁰: non può dunque non tornare alla mente ancora il reato di "false comunicazioni sociali" e l'annosa questione della rilevanza penale delle valutazioni, che ha a lungo impegnato dottrina e giurisprudenza.

²¹⁸ Così suggerisce F. SGUBBI nel convegno sul tema "Nuovi strumenti per le imprese in crisi", Bologna, 10 dicembre 2012.

Secondo R. BORSARI, *op. cit.*, è assai difficile negare l'esistenza di una componente valutativa in ogni atto dell'attestatore, poiché è la lettera stessa della legge che sembra suggerire di volta in volta l'esistenza di un giudizio: attestare la *fattibilità*, l'*attuabilità* dell'accordo, l'*idoneità* ad assicurare il soddisfacimento *integrale* dei creditori, funzionalità al *migliore soddisfacimento* dei creditori e così via.

²¹⁹ In dottrina si è sollevata anche la questione del non rispetto del principio di legalità: infatti, è solo facendo riferimento a parametri non solo extrapenalni, ma soprattutto extralegali, che si può comprendere in che cosa consista la falsità. In altre parole, sono i Principi di attestazione e le linee guida elaborati dalle associazioni di settore che dettano il contenuto dell'attestazione, la sua suddivisione interna e le cautele che devono essere apprestate: così, per stabilire se esiste una falsità o meno, ci si deve rifare a tali principi, e dunque la definizione del penalmente rilevante non sarà data dalla legge, bensì da fonti extralegali.

In realtà però, ciò che all'immediata apparenza potrebbe sembrare un pericolo per il principio di legalità, potrebbe non esserlo se si indaga più a fondo. Difatti, il riferimento a fonti private e settoriali potrebbe contribuire a rendere più selettivo il contenuto, davvero poco tassativo, dell'art. 236-*bis* l. fall.: la vaghezza dei concetti di "informazioni" o di "falsità" può essere infatti attenuata e limitata grazie proprio alla possibilità di far riferimento a parametri molto più precisi, seppur da ricavare da un settore specialistico e non legale. Insomma, la tassatività viene ad identificarsi non tanto nel rango della disposizione incriminatrice, ma piuttosto nel contenuto delle fonti che la integrano.

²²⁰ In particolare l'aspetto valutativo è fortemente marcato nel piano attestato, nei finanziamenti prededucibili e nel concordato con continuità aziendale: infatti mentre nel caso del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione la legge richiede espressamente la valutazione della "veridicità dei dati", invece nei casi citati si parla solo di idoneità al risanamento o alla migliore soddisfazione dei creditori. L'attestazione è fortemente marcata, dunque, da una componente più valutativa che oggettiva.

3.1 La questione del “falso valutativo” a partire dalle “false comunicazioni sociali”

Sono da ricordarsi tre orientamenti principali emersi riguardo al criterio di accertamento della falsità delle valutazioni, dai quali è possibile prendere spunto per comprendere la portata della falsità dell'art. 236-*bis* l. fall.²²¹

Il testo degli artt. 2621 e 2622 c.c. anteriore alla riforma operata dalla legge n. 69/2015, oltre a contemplare – come del resto attualmente – condotte assai simili a quelle della disposizione fallimentare, e cioè l'esposizione di fatti non rispondenti al vero o l'omissione degli stessi, si riferiva inoltre a “fatti materiali non rispondenti al vero, ancorché oggetto di valutazioni”²²². Secondo una prima tesi, il concetto di falsità andava dunque ricollegato a quello di “vero legale”, e quindi una valutazione doveva considerarsi non veritiera e penalmente rilevante quando non venivano rispettati i criteri di redazione del bilancio imposti dalla legge.²²³

²²¹ C. BENUSSI, “*I nuovi delitti di false comunicazioni sociali e la rilevanza penale delle false valutazioni*”, in www.penalecontemporaneo.it

²²² La formula apparve per la prima volta nella relazione al Progetto Mirone del 2000, dove si spiegava che per “informazioni” – termine usato allora in luogo dell'attuale “fatti materiali” – doveva intendersi “fatti materiali, ancorché oggetto di valutazioni” e che da questo ambito andavano però esclusi i pronostici, le previsioni e le opinioni meramente soggettive.

²²³ G. ZUCCALA', “*Il delitto di false comunicazioni sociali*”, Padova 1954, 57. In giurisprudenza Trib. Milano, 24 novembre 1999, in *Giur. Italiana*, 2000, 2368; Cass., sez. V pen., 19 giugno 1992, in *Cass. Pen.*, 1994, 404; Cass., sez. V pen., 16 dicembre 1994, in *Cass. Pen.*, 1612.

La sezione penale dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo, nella Relazione per la quinta sezione penale del 15 ottobre 2015, ha poi affermato che si può parlare di “vero legale” quando è presente “una disciplina legislativa che assegna valore cogente a determinate soluzioni elaborate dalla tecnica ragionieristica”, in www.penalecontemporaneo.it, 2015, 19.

Secondo un altro orientamento invece, la falsità andava identificata non nella violazione di specifiche norme, bensì nella mancata corrispondenza tra i criteri di valutazione adottati e quelli dichiarati dal redattore, in base al principio della cosiddetta “verità coerente”.²²⁴

La giurisprudenza si era invece dimostrata più incline a preferire il criterio della “ragionevolezza”, e a ritenere dunque che la regola fosse l’irrelevanza penale della valutazioni contenute nei bilanci, e la loro rilevanza l’eccezione, vista l’ampia discrezionalità concessa al redattore e l’impossibilità della legge di dettare ogni possibile criterio operativo: in particolare, in un’ottica meno assolutista rispetto a quella del “vero legale”, si riteneva che dovesse essere riconosciuta rilevanza penale solamente a quelle valutazioni che si discostassero dalla realtà in misura tale da apparire arbitrarie ed irragionevoli.²²⁵

L’eliminazione, attuata con la riforma del 2015, dell’espressione “ancorché oggetto di valutazioni”²²⁶ dal testo dell’art. 2621 c.c. portò successivamente alcuni a ritenere che il legislatore avesse optato per l’irrelevanza penale delle valutazioni false, anche sulla base del fatto che l’uso dell’espressione “fatti materiali” sembrava attribuire importanza solamente ai dati reali, escludendo ogni profilo valutativo.²²⁷ A tale orientamento si contrapponeva quello di quanti

²²⁴ Teoria proposta inizialmente da A. BARTULLI, “*Tecnica di redazione del bilancio e norme incriminatrici*”, in “*Tre studi sulle falsità in bilancio*”, Milano 1980, 10 ss; nello stesso senso A. PERINI, “*Falso in bilancio*” e violazione dei principi di redazione del bilancio di esercizio”, in *Giust. pen.*, 1994, 718 ss e C. SANTORIELLO, “*Rilevanza penale della valutazione di bilancio. Poche parole per riportare ordine in un dibattito “isterico”*”, in www.archiviopenale.it, 2015.

²²⁵ La tesi della “ragionevolezza” è stata sostenuta in giurisprudenza da Cass, sez. V pen., 19 giugno 1992, in *Cass. Pen.*, 1994, 403; Cass. Sez. V pen., 25 maggio 1993, *ivi*, 1995, 1063. In dottrina si ricordano L. CONTI, “*Diritto penale commerciale*”, Torino 1980, 236 e V. NAPOLEONI, “*Falsità nelle comunicazioni e aggrottaggio societario*”, Milano 1996, 204.

²²⁶ L’espressione era stata considerata fino dalla sua introduzione ripetitiva, frutto soltanto di una chiarificazione linguistica, e ciò anche a causa dell’uso della congiunzione “ancorché” (L. FOFFANI, “*La nuova disciplina delle false comunicazioni sociali (artt. 2621 e 2622)*”, in S. SEMINARA, A. GIARDA (a cura di), “*I nuovi rati societari: diritto e processo*”, Padova 2002, 265; A. ALESSANDRI, “*Diritto penale e attività economiche*”, Bologna 2010, 280.): il legislatore aveva insomma voluto ulteriormente ribadire, tramite tale locuzione, la rilevanza penale delle valutazioni, e proprio per questo la sua eliminazione portò a ritenere che a tale rilevanza si fosse rinunciato.

²²⁷ Tale tesi era peraltro supportata dall’autorevole giurisprudenza della Cassazione, che nei primi tempi successivi alla riforma aveva letteralmente inteso l’eliminazione della locuzione come indizio dell’irrelevanza del falso valutativo (Cass. Sez. V pen., 16 giugno 2015, n. 33774, confermata da Cass., sez. V pen., 22 febbraio 2016, n. 6916). Nello stesso senso A. LANZI,

ritenevano che non vi fosse stata alcuna *abolitio criminis*, e che dunque le false valutazioni fossero ancora degne di sanzione penale nel caso in cui violassero dei criteri di valutazione predeterminati o delle procedure prefissate²²⁸. Il recente intervento delle Sezioni Unite²²⁹ ha definitivamente posto fine all'incertezza giuridica attorno alla questione, sancendo una volta per tutte la rilevanza penale del falso valutativo nel caso in cui, “in presenza di criteri di valutazione normativamente fissati o di criteri tecnici generalmente accettati, l'agente da tali criteri di discosti consapevolmente e senza dare adeguata informazione giustificativa”.²³⁰

Facendo un passo indietro e riferendo quanto detto all'art. 236-*bis* l. fall., si può dunque affermare che anche in questo caso non potrà essere negata la rilevanza penale delle valutazioni del professionista laddove esse non siano in grado di rappresentare correttamente ai destinatari la situazione dell'impresa. In particolare tuttavia, stante la peculiare natura della fattispecie in questione, per individuare la portata della falsità non potrà ritenersi applicabile il metodo del “vero legale”, in quanto i criteri che il professionista deve seguire nella stesura dell'attestazione derivano da indicazioni dottrinali e specialistiche certamente autorevoli, ma non aventi forza di legge come quelle riferite al bilancio.

Ugualmente risulterà complesso ritenere percorribile la tesi del discostamento tra i criteri indicati in partenza e quelli effettivamente seguiti, data la discrezionalità di cui gode il professionista nello svolgimento dell'incarico e la

“*Quello strano scoop del falso in bilancio che torna reato*”, in *Guida dir.*, 2015, 10 afferma che con la riforma si assiste ad una “chiara ipotesi di *abolitio criminis* per discontinuità normativa”. Cfr. anche M. SCOLETTA, “*Tutela dell'informazione societaria e vincoli di legalità nei nuovi delitti di false comunicazioni sociali*”, in *Società*, 2015, 1301.

²²⁸ In tali casi infatti le valutazioni, essendo basate su criteri univoci, assumono un grado di oggettività sufficiente a farle divenire penalmente rilevanti. Questa tesi fu sostenuta da Cass. Sez. V pen., 12 novembre 2015, n. 890 ed avallata da Cass., sez. V pen., 30 marzo 2016, n. 12793; quest'ultima afferma in particolare la “piena ed integrale continuità normativa fra l'art. 2621 c.c. nella formulazione antecedente alle modifiche di cui alla l. 69/2015 e quella attuale”.

²²⁹ Cass. SS.UU., 27 maggio 2016, n. 22474

²³⁰ Per un commento, L. N. MEAZZA, “*Falso in bilancio e valutazioni. Nota alle Sezioni Unite*”, in *Giur. Pen.*, 2016, 6.

mancanza di un'indicazione legislativa precisa circa i metodi da seguire nella redazione.²³¹

L'estensione del penalmente rilevante andrà dunque calcolata mediante il metodo della ragionevolezza: non sarebbe infatti lecito – e non rientra nemmeno nella *ratio* nella norma - giudicare false tutte le attestazioni che si discostano anche solo minimamente dalla realtà, soprattutto nel caso del giudizio prognostico sulla fattibilità.

Fin quando infatti la falsità interessa l'attestazione di veridicità e riguarda dunque dati ed informazioni, sarà più agevole pervenire ad un giudizio, esaurendosi questo nel confronto tra la realtà dei fatti e ciò che viene esposto od omissivo.²³² Nel caso della fattibilità invece manca tale oggettività e certezza e si entra nel campo delle previsioni: in tal caso dunque dovranno essere considerate rilevanti solo quelle valutazioni prognostiche che, per l'eccessivo discostamento dalla realtà, risultano manifestamente irragionevoli.

Né può dirsi che tale irragionevolezza possa dipendere solo da dei dati informativi di partenza scorretti o incompleti che compromettono la valutazione finale, poiché altrimenti il giudizio di fattibilità andrebbe a sovrapporsi con

²³¹ Parte della dottrina ha comunque preferito l'utilizzo di questo criterio, ritenendo che quello della ragionevolezza concedesse sia all'attestatore che al giudice un eccessivo margine interpretativo a causa della sua indeterminatezza (così E. M. AMBROSETTI, E. MEZZETTI, M. RONCO, *“Diritto penale dell'impresa”*, Bologna 2012, 139). Inoltre un tempo tale interpretazione poteva essere supportata da ragioni di natura sistemica, ed in particolare dalla necessità di mantenere un collegamento tra diritto penale dell'economia e diritto penale tributario: l'art. 7 del d.lgs. 72/2000 escludeva infatti la punibilità della dichiarazione fraudolenta ed infedele le rilevazioni nelle scritture contabili e nel bilancio “siano eseguite in violazione dei criteri di determinazione nell'esercizio di competenza, ma sulla base di metodi costanti di impostazione contabile”. Dunque non era illecita la condotta di chi redigeva il bilancio in modo illecito, ma comunque attenendosi a criteri costanti, poiché evidentemente costui non era animato da propositi criminosi (così E. MUSCO, F. ARDITO, *“Diritto penale tributario”*, Bologna 2010, 206). Tale interpretazione è comunque non più percorribile ad oggi, vista l'abrogazione del predetto art. 7 da parte del d.lgs. 158/2015.

²³² Riguardo a tale giudizio, non è chiaro se il professionista debba limitarsi ad analizzare i dati formali esposti nell'attestazione e ricavati dalle varie informazioni sulla situazione aziendale fornite dal debitore, ovvero se egli debba verificare anche i dati reali sottostanti che concernono l'effettiva situazione dell'impresa. Naturalmente l'area di “rischio penale” diviene assai più estesa nel caso in cui si preferisca la seconda soluzione.

quello di veridicità. Si tratterà invece di verificare se tale giudizio sia stato condotto secondo la regola d'arte della tecnica professionale e conformemente ai principi comunemente riconosciuti, che l'attestatore nella stessa relazione ha dichiarato di seguire.

Deve insomma essere evitata qualsiasi interpretazione che tenda ad avallare una pretesa normativa di onniscienza o chiaroveggenza del professionista: ad esso non può essere richiesto di pronunciare un'infallibile previsione sul futuro, ma solo di fornire un parere motivato, preciso e minuzioso, "fondatamente attendibile e responsabilmente espresso"²³³, e di indicare scrupolosamente le procedure ed i criteri utilizzati, poiché ciò che qui interessa è valutare la coerenza del percorso logico²³⁴.

Il giudizio di falsità dovrà insomma limitarsi a tenere in considerazione il manifestamente irragionevole,²³⁵ i cui indicatori possono identificarsi nello scostamento dei metodi di valutazione seguiti da quelli indicati dai principi di riferimento o nell'incoerenza tra i criteri che si è dichiarato di utilizzare e quelli effettivi.²³⁶ Solo così sarà possibile conciliare l'esigenza di tassatività della norma penale con il principio di *extrema ratio*, ed assoggettare a pena solo quelle condotte effettivamente meritevoli di sanzione.

²³³ Trib. Ancona, 20 marzo 2014, www.ilcaso.it

²³⁴ Sulla coerenza pone l'accento F. MUCCIARELLI, "Stato di crisi, piano attestato, accordi di ristrutturazione, concordato preventivo e fattispecie penali", in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2009, 851.

²³⁵ D. PIVA, *op. cit.*, 372 parla di "irragionevolezza qualificata".

²³⁶ R. BORSARI, *op. cit.*, 95; F. CONSULICH, *op. cit.*, 626-627; G. G. SANDRELLI, "Le esenzioni", *op. cit.*, 800, secondo cui il giudizio di fattibilità prospetta "qualche difficoltà nell'inquadramento nel falso di rilievo penale, illecito che ha per paradigma il dato attuale e non prognostico. Pertanto, l'incidenza penale si palesa apprezzabile nella misura in cui essa si diparta da dati attuali infedeli, con esclusione di ogni giudizio radicato soltanto in un momento futuro."

Secondo G. BERSANI, *op. cit.*, 27 dovranno essere considerate rilevanti solo le valutazioni "manifestamente irragionevoli e prive di idonei riscontri (...), in quanto se da un lato oltre un certo spazio di opinabilità la valutazione risulta obiettivamente infedele, dall'altro occorre dare atto che l'attestatore deve – necessariamente – rapportarsi con eventi futuri" e che dunque "la criminalizzazione di ogni valutazione che si riveli errata appare non solo eccessivamente penalizzante, ma anche al di fuori della *ratio* di operatività della norma". Cfr, anche A. ALESSANDRI, "Profili penalistici delle innovazioni in tema di soluzioni concordate delle crisi d'impresa", in *Riv. trim. dir. proc. pen.*, 2006, 127, che avverte inoltre di non applicare nel giudizio di falsità il metodo del "senno di poi", essendo quello delle previsioni "un campo sdruciolevole, tale da imporre grande umiltà all'interprete".

D'altronde questa interpretazione ha trovato il primo riconoscimento giurisprudenziale in un'ordinanza del GIP del Tribunale di Torino²³⁷, che, chiamato a pronunciarsi sulla sussistenza di gravi indizi di colpevolezza a carico di un professionista che aveva attestato la fattibilità di una proposta di concordato preventivo, ne ha disposto l'interdizione dall'esercizio della professione.

In particolare il giudizio positivo era stato espresso in merito alla certa attuabilità dell'operazione cardine alla base del concordato, vale a dire un'offerta di acquisto della società in liquidazione, garantita da una fideiussione a prima chiamata. La criticità consisteva nel fatto che tale offerta, così come il documento comprovante la messa a disposizione delle risorse finanziarie idonee a sostenere il piano, recava una sottoscrizione illeggibile ed era oltretutto priva della sottoscrizione che doveva attestare il ricevimento dell'atto originale da parte del difensore della società in liquidazione. In più l'offerente si impegnava a costituire una garanzia fideiussoria bancaria senza però che dai documenti risultasse alcun riferimento ad un istituto di credito.

Insomma, l'operazione si basava su di un'offerta del tutto inconsistente e priva di fondamento, dalla quale era impossibile comprendere sia l'effettiva esistenza della società proponente, sia la sua solvibilità e affidabilità, sia la reale presenza di una banca disposta a prestare garanzia. Tutti dati estremamente rilevanti, ma non presi in considerazione dal professionista, perciò risultava impossibile comprendere su che cosa egli avesse basato il suo giudizio di fattibilità: o meglio, come recita l'ordinanza, evidentemente il giudizio era stato basato "sul nulla", dato che "nulla di serio e concreto, in quanto fonte di impegni giuridicamente rilevanti, dicevano i documenti" sui quali egli si era basato, e dato che evidentemente non aveva "compiuto, al riguardo, nessuna verifica".

Tutto ciò vale quindi a dimostrare che all'attestatore non viene richiesto un giudizio in termini di preveggenza, e che egli non potrebbe essere in alcun modo accusato del reato dell'art. 236-bis l. fall. se l'esito di una certa operazione non

²³⁷ Trib. Torino, ord. 16 luglio 2014, in www.penalecontemporaneo.it

si rivela quello atteso, purché tale divergenza fosse imprevedibile mediante l'utilizzo della normale diligenza professionale.²³⁸

Se il professionista in questione avesse realmente rispettato i criteri ai quali aveva dichiarato ed era obbligato ad attenersi in virtù del suo incarico, e se si fosse premurato di approfondire minimamente l'indagine sulla fattibilità della proposta, di certo avrebbe espresso in merito un giudizio negativo.²³⁹ In estrema sintesi, è dunque la diligenza della condotta che, in materia di valutazioni, segna il *discrimen* tra lecito e illecito.

3.2 La “rilevanza” delle informazioni omesse o esposte

Quello precedentemente citato rappresenta un caso limite, data la macroscopica tipicità delle condotte che sono state poste in essere: nei casi nei quali invece l'illiceità non è così evidente, per identificare quali siano le falsità perseguibili un aiuto può provenire dalla interpretazione del requisito della “rilevanza”. Il legislatore, come ormai di consueto, ha peccato ancora di indeterminatezza, utilizzando un concetto poco definito e riferendolo oltretutto solamente alla condotta omissiva. La scarsa pregnanza semantica del termine rischia dunque di lasciare ampi margini di discrezionalità sia all'attestatore nello svolgimento dell'incarico, sia a chi viene chiamato a deliberare sulla sua responsabilità e a giudicare la rilevanza delle notizie omesse.

²³⁸ Si deve infatti ricordare che l'obbligazione del professionista non attiene al risultato, ma ai mezzi, e che dunque egli non può garantire la indubbia riuscita di una certa operazione. Secondo P. G. DEMARCHI, “*La fattispecie incriminatrice di cui al nuovo art. 236-bis della legge fall.: la responsabilità penale dell'attestatore*”, in www.ilcaso.it “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.”

²³⁹ L'ordinanza afferma infatti che “è evidente che se l'indagato avesse valutato gli elementi a disposizione nell'unico modo ragionevole nel quale avrebbe potuto valutarli (...) il suo giudizio di fattibilità sarebbe stato radicalmente diverso”. Per un commento approfondito sul caso, cfr. F. BAFFI, “*Attestare stanca. Nota a Trib. Torino, ord. 16 luglio 2014, giud. Macchioni*”, in www.penalecontemporaneo.it e M. GROTTI, “*Il falso del professionista nelle procedure negoziate della crisi d'impresa*”, in www.fallimentiesocieta.it.

D'altra parte il riferimento ad una sola delle condotte potrebbe spiegarsi con il fatto che il comportamento commissivo esprime di sé per sé un disvalore maggiore rispetto all'altro, e forse per questo il legislatore avrebbe deciso di richiedere per le omissioni l'ulteriore requisito della rilevanza, credendo di compensare un *quid minus* in termini di offensività.²⁴⁰ Pur ammettendo tale ipotesi, bisogna tuttavia riconoscere che la norma non ha tratto da ciò alcun beneficio in termini di armonia, e che anzi l'aggiunta del requisito della rilevanza rischia di rendere più complessa la prova del fatto rispetto alla condotta omissiva, e di facilitare al contrario eccessivamente la configurazione del reato nella sua forma attiva, dato che apparentemente potrebbe sembrare punibile qualunque tipo di informazione falsa.²⁴¹

Il problema potrebbe essere risolto, in via interpretativa, estendendo il requisito della rilevanza anche alla condotta attiva, secondo il modello dell'alterazione sensibile già utilizzato nel delitto di "false comunicazioni sociali", e dunque prendendo in considerazione solamente le falsità significative rispetto al bene giuridico tutelato.²⁴² Tale interpretazione è supportata sia da ragioni di simmetria tra le due condotte, dato che non si comprende perché solo le informazioni omesse debbano possedere il requisito della rilevanza, sia

²⁴⁰ Ipotesi avanzata da F. CONSULICH, *op. cit.*, 625, che ammette tuttavia che "L'esigenza di espungere dal tipo legale omissioni ininfluenti sulla veridicità della attestazione o della relazione del professionista in realtà non richiedeva però, correlativamente, di elidere il requisito della rilevanza della informazione dalla sottofattispecie attiva di esposizione di informazioni false."

²⁴¹ Sottolineano tali profili problematici N. BERTOLINI CLERICI, "La responsabilità penale del professionista attestatore: falso in attestazioni e relazioni", in C. PAGLIUGHI, N. BERTOLINI CLERICI, L. A. BOTTAI, "Il professionista attestatore. Relazioni e responsabilità", Milano 2014, 207; M. VITIELLO, "L'attestazione di veridicità e fattibilità nelle soluzioni concordate delle crisi di impresa: riflessioni su alcuni profili problematici", in www.ilfallimentarista.it

²⁴² A favore dell'interpretazione estensiva F. CONSULICH, *op. cit.*, 625, secondo cui "Non pare possibile, infatti, esimere anche la prima delle due condotte alternative dal medesimo requisito, da ritenere quindi implicitamente presente". Nello stesso senso Relazione dell'Ufficio Studi della Corte di Cassazione n. III/07/2012, "Novità legislative: d.l. 22 giugno 2012, n. 83, recante "Misure urgenti per la crescita del Paese", 6, cit.; V. SPINOSA, "Il c.d. Decreto Sviluppo nel sistema della legge fallimentare: i rapporti tra nuove procedure concorsuali e profili di responsabilità penale", in www.penalecontemporaneo.it, 17; S. SANTORO, "Il ruolo dell'attestatore e fattispecie penale di "falso in attestazioni e relazioni""", in www.centrostudiconcorsuali.it; Circolare 30/IR dell'11 febbraio 2016, *op. cit.*, 14-15.

soprattutto da ragioni di legittimità costituzionale, dato che il principio di offensività è infatti vincolante sia per i reati compiuti in forma attiva che per quelli omissivi.²⁴³

In ogni caso si deve tenere conto che l'indeterminatezza e la genericità del requisito della rilevanza impongono di evitare estensioni interpretative troppo azzardate e superficiali: l'interprete sarà chiamato dunque ad adottare un approccio casistico, andando di volta in volta a misurare la significatività dell'informazione falsa, e ciò tanto nella condotta attiva che in quella omissiva. Il requisito in parola va perciò inteso in senso costituzionalmente orientato, ipotizzando cioè che il legislatore abbia voluto richiedere, per la configurabilità del reato, che la falsità fosse idonea ad alterare complessivamente e significativamente l'attestazione.

Operata la "selezione dei falsi"²⁴⁴, dunque, è possibile concludere che il delitto dell'art. 236-*bis* l. fall. può ritenersi integrato solo nel caso in cui l'omissione di una informazione o l'esposizione di una notizia falsa siano idonee ad influire negativamente sul giudizio finale, in modo concretamente idoneo a porre in pericolo il bene giuridico tutelato.²⁴⁵

²⁴³ La pensa diversamente G. BERSANI, *op. cit.*, 25, secondo cui per deve farsi una distinzione fra l'esposizione di informazioni false nella parte che attesta la veridicità e in quella che attesta la fattibilità. In particolare nella prima parte, oggettiva, "proprio la circostanza che il legislatore abbia previsto un giudizio di "rilevanza" solo per la condotta omissiva, porta a ritenere che qualunque indicazione falsa fornita nell'ambito della relazione o dell'attestazione sia idonea ad integrare il reato, prescindendo dalla sua potenziale capacità ingannatoria o di incidenza sulla volontà dei creditori. Sarà pertanto sufficiente, per integrare il reato con riferimento all'elemento oggettivo, la discrasia tra il dato reale e quello illustrato". Nel giudizio di fattibilità invece deve essere applicata la "rilevanza" e dovranno essere considerate solo le valutazioni manifestamente irragionevoli.

²⁴⁴ Espressione di D. PIVA, *op. cit.*, 371. L'autore precisa che deve essere adottato "un approccio casistico rispetto al quale l'unica garanzia rimane quella espressa dal noto criterio della ragionevolezza, in considerazione dell'importanza dell'informazione falsa e del suo effettivo tasso di scostamento dalla realtà".

²⁴⁵ Su tutti, M. MONTELEONE, "La responsabilità penale e civile dell'attestatore nei procedimenti di composizione della crisi d'impresa", in www.osservatorio-oci.org, 8. Così anche F. TETTO, "Le false attestazioni del professionista ex art. 161, comma 3, l. fall.: alla ricerca di un'evanescente tipicità penalmente rilevante", in *Il Fallimento*, 2012, 834. Anche secondi i *Principi di attestazione*, par. 10.2.4., "La "rilevanza" è espressamente prevista dal legislatore esclusivamente per le infedeltà omissive. La stessa deve essere utilizzata anche per delimitare l'ambito di applicazione del precetto penale in relazione ai falsi commissivi (...). Sono informazioni rilevanti esclusivamente quelle significative rispetto al giudizio di idoneità

Occorre dunque chiarire qual è il referente del concetto di rilevanza, poiché se si considera che il bene tutelato dalla fattispecie sia la fede pubblica e l'affidamento che i creditori ripongono nella veridicità del contenuto dell'attestazione, allora rilevante sarà ogni falsità che non permetta ad essi di valutare consapevolmente la proposta del debitore.²⁴⁶

Così ad esempio il fatto che non sia stato indicato nell'attestazione il nominativo di un creditore non risulterà rilevante in ogni caso, ma potrà esserlo se risultino coinvolte delle cause di prelazione; allo stesso modo la mancata indicazione di una voce patrimoniale non determinerà conseguenze penali se la stessa non appariva neppure nella contabilità dell'impresa.²⁴⁷

Se si ritiene invece che il reato sia plurioffensivo e che venga tutelata anche l'Amministrazione della giustizia, allora rileveranno solo quelle condotte concretamente idonee a trarre in inganno il giudice, non assumendo dunque rilevanza le falsità che vanno a pregiudicare i creditori.

E' necessario precisare che al professionista non può essere richiesto di conoscere ad attestare ogni possibile aspetto che riguardi anche solo indirettamente l'impresa: la sua responsabilità è circoscritta alle informazioni che rientrano nel contenuto tipico delle procedure degli artt. 67, comma 3, lett. d), 161, comma 3, 182-bis, 182-quinquies e 186-bis l. fall..

Ogni altra notizia omessa o falsa che non concerna direttamente l'impresa o le procedure richiamate non potrà dar luogo all'applicazione della sanzione penale, dunque nel caso in cui, ad esempio, il professionista dichiari falsamente

del Piano. Conseguentemente sono escluse dall'area del penalmente rilevante tutte le omissioni inidonee ad influire sul giudizio finale reso dall'Attestatore che è relativo alla veridicità della base dati e alla fattibilità del Piano".

²⁴⁶ E in particolare saranno rilevanti tutte le falsità che non permettano la consapevole valutazione, non solo quelle che potrebbero condurre alla revoca del concordato ex art. 173 l fall. (G. BERSANI, *op. cit.*, 21). A proposito del concordato preventivo, il Tribunale di Marsala (sent. 30 luglio 2013, in www.ilcaso.it) ha revocato in un caso l'ammissione alla procedura a causa del compimento di atti in frode ai creditori, segnalando inoltre al Pubblico Ministero l'omissione di informazioni rilevanti da parte del professionista poiché egli non aveva attestato che alcuni beni che dovevano essere posti in liquidazione erano stati alienati prima dell'apertura del concordato.

²⁴⁷ D. PIVA, *op. cit.*, 371.

di essere indipendente non potrà essere accusato del suddetto reato, ma al più di truffa ex art. 640 c.p., sempre che ne ricorrano gli estremi. Questa interpretazione è inoltre avallata dal confronto con l'art. 27, d.lgs. n. 39/2010, che prevede la responsabilità penale del revisore legale dei conti che attesti il falso od occulti informazioni solamente se esse riguardano “la situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società”, e non anche ulteriori dati esterni.²⁴⁸

L'utilizzo del concetto di “rilevanza” ed il fatto che, per configurarsi il reato, è necessario che le falsità siano idonee a pregiudicare in modo significativo il giudizio finale reso dal professionista, avvalorano la tesi che ritiene quello dell'art. 236-bis l. fall. un reato di pericolo concreto: se così non fosse ed il pericolo fosse stato astratto, si sarebbe prevista la punibilità di ogni genere di condotta, a prescindere dalla sua gradazione offensiva, ritenendo il comportamento del professionista idoneo di per sé a mettere a repentaglio il bene giuridico tutelato.

Per accertare l'idoneità sarà necessario ricorrere ad un giudizio di prognosi postuma, che consenta di comprendere se, in presenza di un'attestazione veritiera e correttamente redatta, i destinatari della comunicazione avrebbero agito diversamente.²⁴⁹

Tale questione fa sorgere due ordini di problemi: innanzitutto quello, rilevante soprattutto sul versante delle valutazioni, dell'ottica nella quale si pone il

²⁴⁸ La pensa diversamente E. STASI, *op. cit.*, secondo cui non si tratta di tutelare solo l'impresa o i soggetti coinvolti nel risanamento, bensì il più alto “interesse dello Stato al corretto funzionamento degli istituti di composizione negoziale della crisi”: se è così, ogni informazione rilevante, ancorché non attinente direttamente alle procedure negoziali richiamate dall'art. 236-bis l. fall., sarebbe in grado di far insorgere la responsabilità penale dell'attestatore.

²⁴⁹ Del medesimo avviso G. ANDREANI, “Crisi di impresa”, in *Il Fisco*, 2015, 76 e L. D'ORAZIO, “Le procedure di negoziazione della crisi dell'impresa”, Milano 2013, 139. Diversamente Trib. Torino, 21 dicembre 2010, in www.ilcaso.it, dove, rispetto al delitto di manipolazione del mercato, si afferma in generale che nei reati di pericolo concreto l'accertamento della sussistenza del pericolo non va effettuato col metodo della prognosi postuma, valido invece per il delitto tentato: mentre in quest'ultimo infatti, non essendosi compiuta l'ipotesi normativa, si deve necessariamente verificare in modo teorico l'idoneità della condotta, nel caso invece dei reati di pericolo concreto la verifica dell'idoneità deve riguardare la situazione effettivamente prodotta dalla condotta stessa, e non ci si può dunque limitare a giudicarla in sé per sé.

giudice, e successivamente quello del grado di sensibilità alla falsità del destinatario dell'attestazione.

Per quanto riguarda il primo profilo, il giudice nell'apprezzare la capacità ingannatoria della falsità si pone inevitabilmente in un'ottica *ex post*, dalla quale può agevolmente verificare che la valutazione prognostica del professionista non si è rivelata esatta, col conseguente rischio di facili stigmatizzazioni del suo operato. E' dunque necessario, per evitare tale inconveniente, che esso si ponga nell'ottica dell'attestatore, valutando il suo lavoro sulla base dei dati e delle informazioni che quest'ultimo possedeva nel momento in cui ha rilasciato la relazione, e verificando se, al progressivo peggiorare della situazione dell'impresa, il professionista abbia rivisto le sue valutazioni ovvero abbia continuato a sostenerle, caso nel quale sarebbe ravvisabile un intento doloso di non rappresentazione del vero.²⁵⁰

Un sindacato *ex post* eccessivamente esteso sull'operato del professionista condurrebbe inoltre questo, per timore della sanzione penale, a redigere attestazioni eccessivamente prudenti e dunque inattendibili sia per i creditori che per il giudice²⁵¹: con la conseguenza che si perderebbero i vantaggi derivati dall'introduzione dell'attestazione, poiché il Tribunale si troverebbe costretto a nominare anche un perito per valutare il piano proposto dal debitore, con connesso aumento dei costi e dei tempi della procedura.²⁵²

Deve inoltre tenersi presente che il successivo sindacato del giudice deve essere limitato alla idoneità della relazione ad essere rappresentativa della situazione dell'impresa e delle sue prospettive future, sempre tenendo conto delle conoscenze possedute del professionista al momento della stesura. Ogni giudizio che si interessi *ex post* della convenienza dell'operazione è precluso, e

²⁵⁰ F. MUCCIARELLI, "Il magistrato penale può rivalutare piani di ristrutturazione, accordi omologati e concordati preventivi?", in www.ilfallimentarista.it, 2012 sottolinea il rischio di un sindacato a posteriori del giudice sull'operato del professionista.

²⁵¹ A. RIVA, "Il rischio di selezione avversa nel "mercato" degli attestatori e i fattori necessari per limitarlo", in www.ilfallimentarista.it, 2012, evidenzia che conseguenza di un possibile sindacato *ex post* del giudice possa essere una "selezione avversa" tra i professionisti.

²⁵² Cfr. V. SPINOSA, *op. cit.*, 19.

l'unico sindacato sul merito che rimane praticabile è dunque quello riguardante la serietà e la coerenza logica del giudizio dell'attestatore.²⁵³

Riguardo alla seconda questione, valutare la capacità ingannatoria della condotta significa inevitabilmente fare i conti con le capacità conoscitive dei destinatari e con il loro grado di abilità nell'identificare il falso: prendere a modello, come spesso accade nel diritto penale dell'economia²⁵⁴, un soggetto ideale, dotato di tratti psicologici predeterminati e capacità preselezionate, che spesso si allontana assai dal reale destinatario delle informazioni, potrebbe portare a non tutelare chi è davvero bisognoso di tutela. E' tuttavia vero, per converso, che non sarebbe pensabile considerare il profilo soggettivo di ogni destinatario dell'attestazione e parametrare di conseguenza la pena ad ogni diverso grado di sensibilità, e dunque sarà necessario accontentarsi di un criterio molto più astratto per misurare la concreta idoneità ingannatoria della falsità.²⁵⁵

4 Consumazione e tentativo

Il reato deve ritenersi consumato nel momento e nel luogo in cui la condotta diviene in grado di esplicitare la sua potenzialità ingannatoria, che nel caso del concordato preventivo, degli accordi di ristrutturazione dei debiti, dei finanziamenti prededucibili, dell'autorizzazione a pagare crediti anteriori e del concordato con continuità aziendale è rappresentato dal deposito presso la cancelleria del Tribunale dell'attestazione. Nel caso invece del piano attestato

²⁵³ In generale sull'ottica del giudice nell'ambito dell'impresa cfr. C. GAMBA, *“Diritto societario e ruolo del giudice”*, Padova 2008.

²⁵⁴ Basti pensare alla figura dell'investitore ragionevole nel reato di abuso di informazioni privilegiate dell'art. 184 TUF (secondo M. FRATINI, G. GASPARRI, *“Il testo unico della finanza”*, Milano 2012, 184, “il richiamo all'investitore ragionevole come modello standard, sul quale misurare la rilevanza della notizia, suscita non lievi perplessità derivanti dall'ampiezza della categoria, destinata a comprendere tipologie fra loro affatto diverse”), o soprattutto al modello del destinatario del prospetto nel delitto dell'art. 2623 c.c., che la cosiddetta finanza comportamentale ha provato discostarsi molto dalla realtà.

²⁵⁵ Sul modello astratto dell'agente, F. BASILE, *“Fisionomia e ruolo dell'agente modello ai fini dell'accertamento processuale della colpa generica”*, in www.penalecontemporaneo.it e G. PAVICH, *“La colpa penale”*, Milano 2013, 80.

di risanamento, non essendo previsto l'intervento del giudice, il reato si consuma con il rilascio dell'attestazione nelle mani dell'imprenditore.²⁵⁶

Il tentativo può ritenersi configurabile nel caso in cui il professionista consegni prima al debitore la relazione affinché la presenti insieme alla domanda di concordato, ma egli si avveda delle falsità in essa contenute e non consenta dunque il deposito in cancelleria.²⁵⁷

5 L'elemento soggettivo

Sotto il profilo dell'elemento soggettivo, il delitto di falso in attestazioni e relazioni è punibile, al primo comma, a titolo di dolo generico, vista la mancata indicazione di finalità specifiche e della responsabilità a titolo di colpa; nell'ipotesi aggravata del secondo comma invece lo scopo di conseguire un ingiusto profitto per sé o per altri rende il delitto punibile a titolo di dolo specifico.

Il dolo deve investire ogni elemento costitutivo del reato, e consisterà dunque nella coscienza della falsità delle informazioni esposte e/o dell'omissione di informazioni, nonché nella consapevolezza della rilevanza delle stesse; dovrà essere inoltre ravvisata la volontà del professionista di esporre od omettere le predette notizie.

In particolare nella condotta commissiva il dolo implica la consapevolezza della difformità dal vero dell'informazione e della rilevanza di essa rispetto al

²⁵⁶ Così anche secondo G. BRESCIA, *“Le attestazioni del professionista nella legge fallimentare”*, Santarcangelo di Romagna, 2014, 390. In particolare si deve ritenere che nel concordato preventivo o con continuità aziendale non rilevino le eventuali integrazioni alla proposta richieste dal Tribunale dopo il deposito ai sensi dell'art. 162, comma 1 l. fall., mediante le quali si può correggere un errore commesso o modificare la valutazione resa.

²⁵⁷ A lungo si è discusso in dottrina sulla configurabilità del tentativo nei delitti di falso: per tutti, cfr. S. FIORE, *“Il falso in atto pubblico (artt. 476 e 479)”*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA, *“Trattato di diritto penale. I delitti contro la fede pubblica e l'economia pubblica”*, Torino 2010, 300 ss.

giudizio finale espresso. Nella condotta omissiva invece il reo dovrà essere stato cosciente dell'esistenza di una certa notizia e della rilevanza della medesima, e dovrà, nonostante ciò, non averla voluta inserire nell'attestazione.

Nel secondo comma sono altresì richieste la coscienza e la volontà di conseguire, per sé o per altri, un profitto, nonché la consapevolezza della sua ingiustizia.

La giurisprudenza e la dottrina hanno nel corso degli anni ribadito la necessità dell'accertamento del dolo nei reati di falsità in atti, poiché la prassi orientata a svalutare il requisito dell'offensività in tale genere di illeciti ha condotto a ritenere spesso il dolo implicito nella materialità del fatto, e dunque *in re ipsa*: il giudice sarebbe così esonerato dalla prova dell'elemento soggettivo, essendo sufficiente per la configurazione del reato la coscienza e la volontà di eseguire una falsificazione, indipendentemente dal significato che l'agente attribuisce alla propria condotta.

In tal modo il contenuto psicologico del dolo perde completamente di consistenza, e l'effetto è quello dell'annullamento del momento personalistico del rimprovero, nonché del non rispetto del principio di responsabilità per fatto proprio colpevole²⁵⁸: per evitare tale inaccettabile conseguenza bisognerà dunque riconoscere che, per configurare un reato di falso, non basta che ricorra la semplice coscienza e volontà dell'alterazione di una certa realtà, ma che è inoltre necessario che l'agente si renda conto di commettere un atto penalmente rilevante ed idoneo ad ingannare i destinatari dello stesso.

Nel caso dell'art. 236-bis l. fall. dunque non sarà sufficiente provare la consapevolezza dell'alterazione della realtà, bensì sarà necessario indagare specificamente sulle intenzioni del professionista: in tal modo il reato si configurerà se l'intenzione di ingannare i destinatari sarà provata, mentre esso

²⁵⁸ Individuato dall'art. 27, comma 1 della Costituzione, che stabilisce che "la responsabilità penale è personale". Importante in tal senso è anche la celebre sentenza n. 364 del 1988 della Corte Costituzionale, che stabilisce tra l'altro che il principio di colpevolezza è indispensabile per "garantire al privato la certezza di libere scelte d'azione: per garantirgli, cioè, che sarà chiamato a rispondere penalmente solo per azioni da lui controllabili e mai per comportamenti che solo fortuitamente producano conseguenze penalmente vietate".

sarà escluso laddove la falsità risulti essere avvenuta contro o oltre l'intenzione dell'agente, come nel caso in cui risulti dovuta ad una leggerezza o ad imprudenza, non essendo configurabile la punibilità a titolo di colpa.²⁵⁹

In realtà tale accertamento è tutt'altro che agevole, soprattutto nel caso della condotta omissiva, in cui è delicato e complesso distinguere i casi in cui la falsità è consapevole da quelli in cui essa è dovuta a semplice negligenza o imperizia.²⁶⁰ E il problema non è affatto di poco conto, poiché si tratta di escludere la responsabilità penale di quanti vogliono ricorrere alla scusante della scarsa professionalità, senza contare che sarà davvero complesso distinguere i casi in cui effettivamente la condotta risponda ad una precisa volontà decettiva da quelli in cui essa sia realmente dovuta a negligenza.

Per dilatare lo spazio concesso alla punibilità si è dunque pensato di ricorrere alla figura del dolo eventuale, mediante la quale si potrebbero ricomprendere nell'area della sanzione penale tutti i casi in cui l'agente non abbia voluto in via diretta il risultato lesivo ed illecito, ma comunque l'abbia preveduto ed accettato come una possibile conseguenza della propria condotta.²⁶¹

D'altra parte va anche detto che la fitta produzione di linee guida settoriali da parte delle associazioni professionali, che forniscono indicazioni molto

²⁵⁹ Cfr. Cass., sez. V pen., 3 giugno 2010, n. 29764, in *CED*, 2010, secondo cui nei reati di falso "l'elemento soggettivo richiesto è il dolo generico, che consiste nella consapevolezza dell'*immutatio veri* (...): non si tratta, tuttavia, di un *dolus in re ipsa*, in quanto deve essere provato, dovendosi escludere il reato quando il falso derivi da una semplice leggerezza dell'agente". Nello stesso senso Cass., sez. V pen., 20 febbraio 2008, n. 22195, secondo cui "nei delitti di falso l'elemento psicologico è generico, non essendo richiesto l'*animus nocendi vel decipiendi* (...) cosicché il dolo va escluso tutte le volte che la falsità risulti essere oltre o contro la volontà dell'agente". In dottrina R. BORSARI, *op. cit.*, 97. Per una disamina sull'inconfigurabilità del *dolus in re ipsa*, A. SERENI, "Il dolo nelle falsità documentali", in "Le falsità documentali", F. RAMACCI (a cura di), Padova 2001, 331 ss; N. PISANI, *op. cit.*, 473 ss.

²⁶⁰ Cfr. Cass., sez. V pen., 16 dicembre 1986, in *Cass. pen.*, 1998, 1018, secondo cui "il dolo, quale fenomeno interno e soggettivo, si manifesta attraverso segni esteriori", quindi la prova di esso "resta affidata ai *facta concludentia*, ossia quelle modalità estrinseche dell'azione dotate di valore sintomatico". A proposito cfr. anche Cass., sez. V pen., 15 marzo 2015, n. 15255 in *Riv. pen.*, 2006, 981.

²⁶¹ Cfr. N. BERTOLINI CLERICI, *op. cit.*, 208 e G. BERSANI, *op. cit.*, 29. Si ritiene inoltre che non possa trovare applicazione la figura del dolo alternativo: del delitto in parola il professionista ha solo due scelte, cioè attestare il falso oppure il vero, e non è possibile che gli sia indifferente quale sarà l'esito della sua condotta.

specifiche riguardo al contenuto dell'attestazione e alle cautele da utilizzare nel redigerla, renderanno assai difficile che un soggetto, già oltretutto di per sé altamente qualificato, ponga in essere con incoscienza comportamenti negligenti: viene infatti da pensare, dato che non mancano criteri ai quali il professionista può appoggiarsi nel suo operato, che, se l'attestazione contiene dati non veritieri o è incompleta, ciò sia dovuto ad una precisa volontà ingannatoria. Tuttavia è preferibile evitare di ricorrere a tali facili presunzioni di competenza tecnica, poiché si rischia di giungere ad un'inaccettabile inversione dell'onere della prova, che farebbe gravare sul professionista il compito arduo di dimostrare la propria innocenza.²⁶²

Ritornando alla questione del dolo eventuale, va innanzitutto ricordato che, con l'art. 236-*bis* l. fall., siamo in presenza di un reato di mera condotta, nel quale è indifferente il risultato dell'azione o omissione ed interessa solo che il comportamento infedele sia stato posto in essere. Dunque, se da una parte come si è detto non sarà possibile prescindere dall'accertamento dell'elemento psicologico, sarà invece superfluo verificare se la condotta ha prodotto un determinato evento: sulla base di ciò parte della dottrina ha ritenuto che l'individuazione del dolo eventuale non potrebbe sussistere in un reato di mera condotta, in quanto l'oggetto di questo tipo di dolo è un evento naturalistico, del quale si accetta la verifica.²⁶³ In realtà tuttavia è preferibile individuare l'oggetto di tale dolo in un evento in senso giuridico, presente anche nei reati di mera condotta, e consistente nell'offesa al bene giuridico tutelato.²⁶⁴

Il professionista non può essere tenuto a rappresentarsi la verificabilità dell'evento, assente nel reato in esame, però può essere di certo tenuto a figurarsi il rischio che la propria attestazione inganni creditori e giudice.

²⁶² Col rischio di non rispettare la presunzione costituzionale di non colpevolezza dell'art. 27, comma 2 Cost.

²⁶³ Di questo avviso F. ANTOLISEI, "Manuale di diritto penale – Parte generale", Milano 1982, 124 ss e S. SANTORO, "Manuale di diritto penale", vol I, Torino 1958, 328 ss.

²⁶⁴ G. DELITALA, "Il "fatto" nella teoria generale del reato", Padova 1930; M. GALLO, voce "Dolo", in *Enc. Dir.*, XIII, Milano 1964, 751 ss e S. PROSDOCIMI, "Reato doloso", in *Dig. Disc. Pen.*, vol. XI, Torino 1996, 239. In generale, sulla disputa tra evento in senso giuridico e naturalistico, D. SANTAMARIA, voce "Evento", in *Enc. Dir.*, XVI, Milano 1967, 118 ss.

Dunque, così ragionando, si giunge a ritenere applicabile il dolo eventuale al falso in attestazioni e relazioni se l'agente si prospetta come possibile la lesione dell'affidamento riposto nella relazione dai destinatari.²⁶⁵

E' necessario provare che egli ha valutato molto attentamente la situazione, ha preso coscienza dei rischi connessi e della possibile offesa che poteva arrecare, e nonostante ciò ha deciso di agire commettendo intenzionalmente la falsità. Se infatti egli avesse sì formato un documento falso, rappresentandosi in modo generico la possibilità che dalla propria condotta potesse derivare un'offesa ai destinatari dell'atto, ma confidando con leggerezza che ciò non si sarebbe verificato, si ricadrebbe nel campo della colpa cosciente, non applicabile a questo genere di delitto.²⁶⁶

Ne deriva che, nonostante il dolo eventuale sia astrattamente idoneo a dilatare l'area della punibilità, in realtà la sua prova non sarà così agevole²⁶⁷: anzi, tale tipo di elemento soggettivo dovrebbe essere ravvisato, per evitare incursioni nel campo della colpa, solo nei casi nei quali l'assenza di professionalità è davvero macroscopica ed evidente.²⁶⁸

²⁶⁵ M. CATERINI, "Il dolo eventuale e l'errore su norma extrapenale nei reati di falso ideologico", in "L'indice penale", 1/2007, 112, ricorda che "nei reati di mera condotta e segnatamente nei reati di falso ideologico, la possibilità di verifica dell'evento deve essere riferita non tanto alla condotta materiale dell'*immutatio veri*, bensì all'offesa al bene giuridico." Si noti come mentre nei reati diversi da quelli di falso le alternative che si possono configurare come conseguenza della condotta sono molteplici, in questi ultimi è preclusa tale pluralità di esiti, dato che il documento o è vero, o è falso, *tertium non datur*. È proprio nella posizione di dubbio tra le due alternative che si colloca il dolo eventuale.

²⁶⁶ Sconfinata la letteratura a proposito della distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente: cfr. recentemente A. CAPPELLINI, "Il dolo eventuale e i suoi indicatori: le Sezioni Unite Thyssen e il loro impatto sulla giurisprudenza successiva" e G. FIANDACA, "Sul dolo eventuale nella giurisprudenza più recente tra approccio oggettivizzante-probatorio e messaggio generalpreventivo", entrambi in www.penalecontemporaneo.it

²⁶⁷ F. BAFFI, *op. cit.*, sottolinea un ulteriore aspetto critico: bisogna infatti anche tener presente che il dolo eventuale è collegato al concetto di probabilità, dato che l'evento oggetto della rappresentazione dell'agente deve essere caratterizzato da un'alta probabilità di verifica: ciò comporta il rischio che tale requisito sia interpretato diversamente dal giudice e dal professionista, dato che può accadere che il primo (soprattutto data la sua ottica *ex post*) ritenga che la verifica dell'evento fosse altamente probabile, e che il secondo, quando ha posto in essere la condotta, non avesse ragionato allo stesso modo.

²⁶⁸ M. CATERINI, *op. cit.*, 114 afferma che "l'accettazione, nel dolo eventuale, deve essere il frutto di un'attenta valutazione degli interessi, il costo dell'ottenimento di un certo risultato intenzionalmente perseguito. L'accettazione propria della colpa cosciente, invece, è il frutto di un atteggiamento negligente, superficiale, invece, è il frutto di un atteggiamento negligente, superficiale, avventato". Nello stesso senso S. PROSDOCIMI, *op. cit.*, 244.

In un accertamento ancora più rigoroso dovrebbe anche distinguersi il caso in cui l'agente abbia intenzionalmente agito da quelli in cui egli non ha avuto la completa percezione di star compiendo un fatto tipico del reato. Infatti l'elemento soggettivo del dolo verrà a mancare se il professionista non si è rappresentato il fatto di star compiendo un falso. Ciò può accadere nel caso in cui egli si avvalga del lavoro svolto da altri soggetti, come revisori legali, consulenti o periti, e l'altrui operato si riveli illecito: non sussistendo in questi casi nel professionista la consapevolezza né l'intenzione della falsità, ed egli abbia dunque eseguito l'attestazione nella convinzione che l'altrui lavoro fosse corretto, ricorre l'applicabilità dell'art. 47 c.p.. Nel contegno psicologico dell'agente viene infatti a mancare una componente essenziale dell'evento che si è verificato, dato che egli non è stato cosciente di compiere il fatto tipico di reato a causa dell'errata comprensione delle conseguenze della sua condotta. Mancando il dolo, che è elemento della tipicità, viene dunque a mancare la punibilità.²⁶⁹

In questi casi si potrebbe immaginare una responsabilità dell'attestatore solo se egli avesse potuto rappresentarsi la mancanza di professionalità dei soggetti a cui si era affidato, la non correttezza del loro operato o ancora quando abbia fatto ricorso alla loro assistenza senza essersi fatto preliminarmente un'idea delle loro competenze, magari vista la scarsità di tempo a disposizione per completare l'attestazione. In tutti questi casi infatti si configura il dolo eventuale, poiché l'agente è cosciente delle possibili conseguenze del suo comportamento e nonostante ciò le accetta intenzionalmente.²⁷⁰

²⁶⁹ A proposito, M. CATERINI, *op. cit.*, 124, secondo cui "ogni errore sulla comprensione del significato della condotta deve sottostare alla disciplina dell'art. 47 c.p."

²⁷⁰ F. D'ANGELO, "I piani attestati di risanamento ex art. 67, terzo comma, lett. d l. fall.: luci e ombre a seguito del decreto "sviluppo"", in *Giur. Comm.*, 2014, 74 ss; D. PIVA, *op. cit.*, 375. Importante ricordare a proposito dell'elemento soggettivo la citata ordinanza del 16 luglio 2014 del GIP di Torino: nella motivazione della richiesta al PM di applicazione della misura interdittiva, consistente nel divieto di esercitare l'attività di dottore commercialista, si legge: "non si può ragionevolmente ipotizzare che quanto sin qui descritto sia stato il frutto di una semplice negligenza, di una mera imperizia, di una banale incompetenza. [L'indagato] è un dottore commercialista, in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, terzo comma, lett. d) legge fall.; nella parte iniziale della sua relazione egli ha esposto fra l'altro, in un apposito capitolo, i criteri ai quali intendeva conformarsi (...). Si deve pertanto ritenere che l'indagato abbia consapevolmente formulato le valutazioni in discorso, nella piena consapevolezza del

Ritorna inoltre il tema dell'agente modello, richiamato prima a proposito dei destinatari delle informazioni: se al professionista è infatti richiesto sostanzialmente di tenere una condotta doverosa, senza pretese di preveggenza né di certezza sugli eventi futuri, deve essere chiarito in che consista tale genere di condotta.

L'attestatore modello, vale a dire colui che opererebbe in piena sicurezza per non esporsi a rischi di sorta, effettuerebbe una revisione completa di ogni aspetto che possa, anche solo potenzialmente, interessare la situazione aziendale; la realtà invece, come spesso accade, è ben altra cosa: molto spesso i professionisti si avvalgono di controlli precedentemente effettuati da altri soggetti o organi interni all'impresa, oppure più di frequente, per mancanza di tempo o di risorse, operano una revisione limitata, basandosi su dei campionamenti.

Ora, se la condotta richiesta al professionista dovesse essere basata sul modello ideale, ne deriverebbe che l'agente reale risulterebbe aver svolto un *quid minus* rispetto alla condotta richiesta: e tale *quid minus* potrebbe andare a rappresentare proprio il distacco tra comportamento doveroso e comportamento realmente tenuto che dà luogo alla responsabilità a titolo di dolo eventuale. Anche sotto questo punto di vista è dunque auspicabile che al professionista non venga richiesto di attenersi a modelli di condotta astratti ed inesigibili e che il modo in cui egli ha svolto il suo incarico sia valutato realisticamente, tenendo conto anche delle risorse che gli sono state messe a disposizione, del tempo e delle obiettive difficoltà di percorso. Il fatto che il reato non sia punibile a titolo di colpa, insomma, non deve dunque rappresentare un'occasione per far rientrare ogni tipo di condotta nell'ambito del dolo eventuale, poiché altrimenti

fatto che esse non disponessero di alcuna concreta corrispondenza con affidabili dati di realtà, verosimilmente auspicando che il lettore delle relazione potesse accontentarsi di questa". In questo caso era particolarmente palese, data la macroscopicità delle falsificazioni, che l'attestatore avesse agito dolosamente, tuttavia la pronuncia rimane di grande rilievo dato l'implicito riconoscimento della possibilità che i professionisti possano agire con negligenza o imprudenza (casi nei quali non ricorrerà la punibilità ex art. 236-bis).

il ruolo del professionista diverrebbe oltremodo rischioso, vista la facile assoggettabilità alla sanzione penale.

Si impone all'attenzione dell'interprete un ulteriore tema. Le attestazioni e relazioni richiamate dall'art. 236-*bis* l. fall. sono il frutto di una serie di informazioni che vengono messe a disposizione del professionista dell'imprenditore che lo ha nominato. A fronte di ciò, all'attestatore non è stato affidato dalla legge nessun potere ispettivo o di accesso autonomo, che gli permetta di rendersi indipendente da tali informazioni provenienti dall'interno dell'impresa. D'altra parte invece a carico del debitore, che ben potrebbe fornire notizie false o incomplete, non è stata prevista alcuna responsabilità penale, e dunque mentre l'area del rischio per il professionista si allarga ulteriormente, il beneficiario dell'attestazione risulta immune da qualsiasi rimprovero.

Eppure non mancano casi nei quali il legislatore si è accorto delle problematiche che emergono quando siano coinvolti un privato che fornisce dei documenti ed un professionista che pone in essere un'attività attestativa di qualsiasi tipo. Il riferimento sistematico più evidente è alla disciplina dell'emersione e del rientro capitali detenuti all'estero, della quale si occupa la legge n. 227/1990: all'art. 5-*septies*, introdotto recentemente dall'art. 1 della legge n. 186/2014, viene infatti previsto che l'autore della violazione che esibisce o trasmette documenti falsi ovvero che fornisce dati ed informazioni non corrispondenti al vero è punito con la reclusione da un anno e sei mesi a sei anni. Ma soprattutto la stessa norma stabilisce che tale soggetto deve fornire "al professionista che lo assiste nell'ambito della procedura di collaborazione volontaria una dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà con la quale attesta che gli atti e i documenti consegnati per l'espletamento dell'incarico non sono falsi e che i dati e notizie forniti sono rispondenti al vero".

Il paragone con l'art. 236-*bis* l. fall. fa emergere un'asimmetria fin troppo evidente circa il trattamento sanzionatorio di chi è tenuto a fornire informazioni all'attestatore, asimmetria che è il risultato della difficoltà, da sempre presente nel nostro ordinamento, di disciplinare compiutamente il tema della corruzione privata. Ne deriva che, per quanto riguarda il reato che qui interessa,

l'imprenditore rimane esente da ogni responsabilità penale direttamente attribuibile ad esso, salvo il caso in cui l'attestazione falsa venga predisposta nell'ambito di un concordato preventivo, ricorrendo in tal caso l'applicabilità dell'art. 236 l. fall.. Negli altri casi infatti il debitore potrà essere penalmente rimproverato solo come concorrente esterno nel reato del professionista, in base all' art. 110 c.p., laddove abbia consapevolmente contribuito alla falsità²⁷¹: soluzione che di certo non è sufficiente per eliminare l'incongruenza sanzionatoria tra due soggetti che si muovono nel medesimo ambito e sono tra di loro tanto collegati da poter risultare correi.²⁷²

Il fatto che l'attestatore debba affidarsi alle informazioni fornite dal debitore comporta che non sarà agevole, nella pratica, distinguere le ipotesi nelle quali la falsità della relazione è frutto di un preciso intento decettivo del professionista da quelle in cui essa discenda dalla non corrispondenza al vero delle stesse informazioni fornite dall'imprenditore, della quale l'attestatore non si sia avveduto.

Le conseguenze sono estremamente rilevanti: un'autentica responsabilità colpevole esisterà infatti solo nel primo caso, mentre nel secondo in nessun modo può essere individuato il dolo in capo all'attestatore, che al più potrà essere rimproverato di scarso zelo o di negligenza, ma non di aver voluto ingannare i destinatari dell'atto.

Per ricercare una soluzione a questo problema è possibile partire dalla questione della circolazione delle informazioni nelle organizzazioni societarie²⁷³: anche gli organi di controllo dell'impresa, infatti, devono affidarsi per l'espletamento

²⁷¹ Cfr. P.G. DEMARCHI, *op. cit.*

²⁷² Sul punto, cfr. F. BAFFI, *op. cit.*, 11-12; G. BUCCARELLA, "I "nuovi" accordi di ristrutturazione dei debiti", Milano 2013, 131. G. BRESCIA, *op. cit.*, propone a tutela del professionista 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". Nello stesso senso M. MONTELEONE, *op. cit.*, 14.

²⁷³ A tal proposito, cfr. N. PISANI, "Controlli sindacali e responsabilità penale delle società per azioni: posizioni di garanzia e poteri giuridici di impedimento", Milano 2003, 62 ss e F. GIUNTA, "Controllo e controllori nello specchio del diritto penale societario", in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, 608 ss.

dei loro compiti alle informazioni messe loro a disposizione dagli amministratori o comunque dagli organi di gestione dell'azienda, e sono penalmente responsabili per l'omesso impedimento dell'altrui reato. Ebbene, essi potrebbero però non averlo impedito non per loro volontà, ma perché non sono state fornite informazioni sufficienti.

Pur non essendo il professionista garante dell'impedimento del reato altrui, anche egli viene a dipendere, per quanto riguarda la responsabilità penale, da quanto messo a sua disposizione da altri soggetti.

In più, molto spesso i "controllori" vengono giudicati responsabili non solo quando non hanno impedito intenzionalmente un certo evento, ma anche quando hanno omesso di attivarsi in presenza di segnali d'allarme. Ci si può dunque chiedere se così debba essere anche per il professionista attestatore, cioè se egli debba essere penalmente responsabile quando poteva cogliere un qualche campanello d'allarme della falsità delle informazioni che gli sono state fornite, ma nonostante ciò non si sia attivato per verificarle.

In realtà sembra che dedurre il dolo dal fatto di non aver captato degli indizi o dei sintomi paia inaccettabile: prima di tutto perché la mancata attenzione ai segnali d'allarme è molto più vicina alla negligenza e all'inattenzione, che integrano la colpa, piuttosto che alla volontà; poi, perché per dimostrare il dolo non si può usare un dato così ambiguo: *ex post*, quando si procede al giudizio, è facile dire che un certo segnale era chiave ed inequivocabile, mentre prima esso ben poteva essere di non così agevole comprensione.

E' chiaro dunque che occorre cercare un altro criterio per individuare la responsabilità di chi si affida a informazioni fornite da altri, criterio che sia più rispettoso del principio di colpevolezza. Si potrebbe ricorrere, in particolare, alla categoria delle *actiones liberae in causa*, individuate dall'art. 87 c.p. e che ricorrono quando un soggetto si ponga volutamente in condizioni di incapacità di intendere e volere al fine di commettere un delitto.²⁷⁴ In tali casi l'elemento

²⁷⁴ Vedi, ad esempio, i casi degli artt. 86 e 92 c.p., "Determinazione in altri dello stato d'incapacità, allo scopo di far commettere un reato" e "Ubriachezza volontaria o colposa ovvero preordinata".

psicologico del reato viene verificato con riferimento al momento in cui il l'agente si è posto in condizioni di incapacità, e non al successivo momento in cui egli ha commesso il fatto, e per questo non viene esclusa la punibilità.²⁷⁵

Si potrebbe affermare che, come rientra nella colpevolezza la procurata incapacità, così vi potrebbe rientrare anche la procurata ignoranza della falsità delle informazioni di altri fornite.²⁷⁶ Dunque, il professionista potrebbe essere considerato responsabile se ha volontariamente rinunciato a conoscere l'eventuale falsità delle notizie, se cioè ha volontariamente rimosso ogni strumento di indagine di cui poteva disporre, certificando "alla cieca" la veridicità dei dati forniti e, sulla base di essi, la fattibilità del piano, e dunque ponendosi nelle condizioni di compiere il reato dell'art. 236-*bis* l. fall..

In tali casi infatti non c'è una negligenza o una mancanza di zelo nel controllo delle informazioni fornite che potrebbe discolorare l'attestatore, ma una piena e convinta adesione all'illecito: solo così è possibile rinvenire davvero una responsabilità colpevole dell'attestatore per la falsità delle notizie fornite dall'imprenditore.²⁷⁷

Insomma, concesso che il professionista, come gli organi di controllo dell'impresa, debbano dipendere in qualche modo nel loro operato da notizie fornite da altri, ciò non significa che essi debbano passivamente accettare questa situazione: e sicuramente per difendersi dal rischio di compiere un falso l'attestatore potrà e dovrà rifiutarsi di effettuare il lavoro se individua indizi della non veridicità delle informazioni che gli sono state fornite.

²⁷⁵ Cosa che normalmente accadrebbe in base alla previsione dell'art. 85, comma 1 c.p., secondo cui "nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, se, al momento in cui lo ha commesso, non era imputabile."

²⁷⁶ O, nel caso dei membri degli organi di controllo, dell'altrui reato.

²⁷⁷ Questa teoria deriva da quella statunitense della *willful blindness*, in base alla quale chi si pone nelle condizioni di non conoscere un illecito, manifesta l'accettazione dello stesso. F. CONSULICH, *op. cit.*, 641, sottolinea l'esigenza di contestualizzare questa equiparazione: si deve infatti tenere conto delle reali dinamiche fra imprenditore e attestatore, analizzare i flussi informativi all'interno dell'impresa e calare nel funzionamento complessivo e concreto della stessa, poiché solo così si potrà dire che il professionista ha rinunciato ad indagare sulla natura delle informazioni fornite ed ha passivamente accettato sia la loro falsità, sia l'eventualità di compiere il delitto.

6 La pena

La fattispecie delineata dall'art. 236-*bis*, pur presentando dei tratti costitutivi molto incerti, è caratterizzata da una pena assai severa: la detenzione da due a cinque anni e la multa da €50000 a €100000, sanzioni tra sé concorrenti e non alternative.

In particolare risulta elevata la pena detentiva, che comunque si pone in linea con quelle degli altri reati fallimentari e soprattutto con quella dell'art. 236 l. fall., inflitta all'imprenditore che, ai soli fini dell'ammissione alla procedura di concordato preventivo, si sia attribuito attività inesistenti o abbia simulato crediti in tutto o in parte esistenti: nello specifico, coincide il massimo edittale, ammontante a cinque anni di reclusione, mentre il minimo più elevato per il professionista – due anni anziché uno – è probabilmente giustificato dall'importanza del ruolo di garanzia che esso ricopre e dalla conseguente maggiore gravità della condotta illecita.

Anche la pena pecuniaria è particolarmente severa, soprattutto nel minimo di €50000. In questo caso il motivo sembra doversi ricercare nella funzione deterrente attribuita a tale sanzione: dato che si vuol evitare che risulti compromesso l'affidamento dei destinatari della relazione e che l'impresa non riesca a raggiungere il risanamento, il legislatore avrà con tutta probabilità voluto rendere antieconomica l'attività illecita dell'attestatore che possa condurre alle predette conseguenze.

Il massimo edittale così elevato permette inoltre l'applicazione di misure cautelari coercitive e interdittive, laddove esistano gravi indizi di colpevolezza e sussistano le esigenze cautelari indicate dall'art. 274 c.p.p.: in base agli artt. 280 e 287 c.p.p., infatti, tali misure possono essere applicate quando si procede

per delitti per i quali è prevista la pena dell'ergastolo o della reclusione superiore, nel massimo, a tre anni.

Il delitto, nelle ipotesi del primo e del secondo comma, si prescrive in cinque anni, mentre nel caso del terzo comma, essendo contemplata un'aggravante ad effetto speciale, si deve tener conto dell'aumento massimo di pena previsto, e dunque il termine di prescrizione risulta elevato a dodici anni e mezzo.

6.1 Le circostanze aggravanti

Il legislatore, come sopra ricordato, ha previsto al secondo comma che la pena sia aumentata “se il fatto è commesso al fine di conseguire un ingiusto profitto per sé o per altri”, e al terzo comma “se dal fatto consegue un danno per i creditori”.

Nel primo caso, non essendo indicata la misura dell'aumento, la circostanza aggravante è ad effetto comune ai sensi dell'art. 64 c.p., mentre nel secondo caso, essendo previsto l'aumento della pena fino alla metà, l'aggravante è ad effetto speciale, in base all'art. 63, comma 3 c.p.: quest'ultima è inoltre circostanza oggettiva, riguardando l'esito dell'azione, in base all'art. 70, comma 1, n. 1 c.p..

Nel secondo comma, il profitto può essere perseguito sia a vantaggio proprio che di terzi: nella pratica in realtà sarà molto difficile che l'agente commetta intenzionalmente un falso fine a se stesso e senza nessuno scopo di profitto, dunque con tutta probabilità l'aggravante in questione verrà contestata quasi fisiologicamente con molta frequenza. Inoltre, più che a favore dello stesso professionista, sarà probabile che le falsità siano compiute a vantaggio

dell'imprenditore, ad esempio per consentirgli di accedere ad una procedura negoziale che normalmente gli sarebbe preclusa.

Oltretutto non sarà così agevole provare la sussistenza della finalità di profitto, che verosimilmente emergerà dalle modalità concrete nelle quali è avvenuta la falsificazione, dalla sua entità e portata e dall'indagine sui rapporti e sugli eventuali accordi intercorrenti tra professionista ed imprenditore.

Ulteriore questione è poi quella dell'individuazione del profitto penalmente rilevante, dato che non viene specificato se esso debba presentare natura patrimoniale ovvero possa consistere in una qualunque utilità che il professionista o un terzo mirano ad ottenere dalla condotta illecita. La mancata specificazione di tale natura conduce a ritenere che il legislatore abbia voluto far rientrare nel dolo specifico un qualsiasi tipo di profitto, ma se si tiene conto della realtà delle cose, è evidente che tale utilità presenterà sempre uno sfondo patrimoniale: il professionista potrà voler ottenere un maggiore compenso, un creditore potrà mirare ad una maggiore remunerazione, l'imprenditore potrà voler raggiungere il riequilibrio della situazione aziendale, tutte finalità che presentano una comune base economica.²⁷⁸

Ad ogni modo per l'applicazione dell'aggravante non è richiesto che lo scopo sia effettivamente raggiunto, essendo sufficiente che esso sia stato semplicemente perseguito da parte del professionista.

Infine è lecito chiedersi se la fattispecie del secondo comma integri realmente una circostanza aggravante ovvero rappresenti un reato autonomo, vista la diversa qualificazione dell'elemento soggettivo rispetto al primo comma: si ritiene che sia preferibile propendere per la prima interpretazione, in virtù del preciso richiamo al "fatto" dell'ipotesi base e dato che l'art. 70, comma 1, n. 2 c.p. riconosce che le circostanze aggravanti possano avere natura soggettiva e riguardare l'intensità del dolo.²⁷⁹

²⁷⁸ Cfr. S. DE MATTEIS, N. GRAZIANI, *"Manuale del concordato preventivo"*, Santarcangelo di Romagna, 2013, 469.

²⁷⁹ Così anche secondo P. G. DEMARCHI, *op. cit.*; inoltre ulteriore prova che l'aggravante può essere determinata da un particolare atteggiarsi dell'elemento soggettivo è la previsione

Riguardo al terzo comma, nel quale si configura un reato aggravato dall'evento, si pone il problema dell'individuazione della natura del danno arrecato ai creditori in conseguenza della condotta illecita del professionista. In primo luogo, sembra preferibile ritenere che il danno debba presentare natura patrimoniale, e non possa semplicemente consistere nel pregiudizio derivato ai creditori dal fatto di aver partecipato alla procedura negoziale, dato che così interpretando si conferisce maggiore concretezza ad una fattispecie già di per sé non particolarmente nitida.

Sarà soprattutto complesso provare che il pregiudizio è effettivamente stato inflitto, visto che un reale danno ai creditori si genera solo nel momento in cui le ragioni del credito risultano definitivamente perdute, vale a dire dopo la dichiarazione dello stato di insolvenza; e altrettanto complessa sarà la prova del nesso causale che lega la condotta del professionista all'effetto dannoso, dato che quest'ultimo ben potrebbe essere derivato dallo stato di crisi e dalle difficoltà economiche dell'impresa piuttosto che dalla falsa attestazione.

8 Il “falso in attestazioni e relazioni” nel sistema del diritto penale fallimentare

Il delitto dell'art. 236-*bis* 1. fall. si presenta di difficile interpretazione non solo se singolarmente inteso, ma anche in un'ottica sistematica, non essendo agevole individuare la sua esatta collocazione all'interno della categoria dei reati fallimentari.

Nulla quaestio fino a che i piani di risanamento danno i loro frutti e le procedure concordate vengono coronate da successo, poiché nessun concreto pericolo di lesione del bene giuridico tutelato può in tali casi essere ravvisato. I veri

dell'art. 61 c.p. nn. 1 e 2, dove si stabilisce che la pena è aggravata se si è agito per futili motivi o per commettere od occultare un altro reato, ovvero per conseguire il prodotto, il profitto, il prezzo o l'impunità di un altro reato.

problemi sorgono quando il riequilibrio non viene raggiunto e sopravviene il fallimento, con conseguente entrata in gioco delle connesse disposizioni penali.

Il legislatore non ha infatti previsto alcuna clausola di sussidiarietà espressa, né ha inserito all'interno dell'art. 236-*bis* l. fall. elementi tanto specializzanti da escludere la partecipazione del professionista nei reati di bancarotta commessi dall'imprenditore, così che egli in caso di insuccesso dell'operazione di risanamento rischia di vedersi contestato un più rigoroso concorso in tali delitti in luogo del più mite falso in attestazioni e relazioni.

Ponendo per cominciare l'attenzione sulla fattispecie di bancarotta preferenziale dell'art. 216, comma 3 l. fall., è necessario innanzitutto considerare il peculiare legame tra tale disposizione, l'art. 236-*bis* e l'art. 217-*bis* l. fall., per chiedersi se il reato proprio dell'attestatore rappresenti una norma speciale rispetto agli altri reati fallimentari, così da escludere un possibile concorso, ovvero se questo sia configurabile laddove la relazione falsa renda il piano non idoneo al superamento della crisi.

L'art. 216, comma 3 l. fall. entra in gioco perché, se l'impresa che ha percorso la via delle soluzioni concordate viene dichiarata fallita, i pagamenti effettuati in virtù dei piani di risanamento sarebbero qualificabili, sotto il profilo oggettivo, come preferenziali, in quanto avvenuti in violazione della *par condicio creditorum*. Per evitare tale conseguenza la dottrina, ancor prima del legislatore, aveva ritenuto che il reato di bancarotta preferenziale non potesse applicarsi agli accordi volti al superamento della crisi, in virtù della causa scriminante del consenso dell'avente diritto ex art. 50 c.p.: secondo tale interpretazione infatti, il consenso prestato dai creditori alle iniziative di risanamento e al parziale sacrificio delle loro pretese vale come accettazione delle condotte lesive della *par condicio*.²⁸⁰

²⁸⁰ Così C. PEDRAZZI, *sub art. 216*, in C. PEDRAZZI, F. SGUBBI, “*Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*”, in A. SCIALOJA, G. BRANCA, “*Commentario del codice civile*”, Bologna-Roma 1997, 126-127; G.G. SANDRELLI, “*La riforma della legge fallimentare: i riflessi penali*”, in *Cass. Pen.*, 2006, 1300; G. INSOLERA, *op. cit.*, 468, secondo cui “gli accordi di ristrutturazione dei debiti previsti dall'art. 182-*bis* l.f., così come il concordato preventivo, in caso di fallimento, anche se contengono le pattuizioni

Tale interpretazione si esponeva tuttavia al rilievo di quanti facevano notare che non in tutte le soluzioni concordate i creditori possono esprimere il loro orientamento e, nel caso, il loro dissenso, ed il migliore esempio di ciò è il piano attestato di risanamento, la cui realizzazione è del tutto insensibile a qualsivoglia consenso dei creditori.²⁸¹

Rimane comunque il fatto che l'antigiuridicità dello scopo specifico della bancarotta preferenziale, cioè il pagamento di alcuni creditori ai danni della massa degli stessi, svanisce nel contesto più ampio dello scopo ultimo delle operazioni di risanamento, che è quello di consentire il riequilibrio della situazione economica dell'impresa.

Fu proprio per evitare l'effetto intimidatorio della sanzione penale che restringeva la libertà dell'imprenditore di ricorrere ad una soluzione negoziata e per impedire che il fallito subisse conseguenze eccessivamente gravi sotto il profilo sanzionatorio in caso di mancato superamento della crisi, che il legislatore introdusse l'art. 217-*bis* l. fall, disposizione che non brilla in realtà per chiarezza e che ha impegnato per diverso tempo gli interpreti nella ricerca di una sua corretta qualificazione. La norma rappresenta una esenzione dai reati – formula nuova per il diritto penale - di bancarotta preferenziale e semplice per i pagamenti e le operazioni compiuti in esecuzione di un concordato preventivo, di un accordo di ristrutturazione dei debiti o di un piano attestato: escludendo che si possa trattare di una causa di giustificazione o di esclusione della punibilità, dato che viene operata una restrizione normativa che fa venire meno il fatto tipico degli artt. 216, comma 3 e 217 l. fall., ai quali rinvia, si deve

sopra descritte, sfuggono alla incriminazione ex art. 216, comma 3, per altra assorbente ragione: (...) la lesione della *par condicio* è infatti giustificata dal consenso di tutti i creditori sacrificati”.

²⁸¹ Alcuni, come A. MANGIONE, “*Riflessioni penalistiche sulla riforma delle procedure concorsuali*”, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 897, hanno ipotizzato anche di ricorrere alla scriminante dell'esercizio di un diritto ex art. 51 c.p., ritenendo che i piani di risanamento facessero nascere il diritto legittimo del debitore a soddisfare i creditori con modalità idonee a consentire il superamento della crisi ed eventualmente non rispettando la *par condicio*.

concludere che la disposizione rientra nella categoria delle cause di esclusione del tipo.²⁸²

Il punto è che affinché tale disposizione possa operare non è sufficiente che il piano di risanamento semplicemente esista, bensì è necessario che esso sia idoneo a rappresentare correttamente le condizioni dell'impresa e a consentire una giusta valutazione sulle sue prospettive future. E tale non sarà di certo un piano elaborato sulla base di un'attestazione falsa, cioè non rappresentante dati veritieri ovvero operante delle prognosi di fattibilità irragionevoli.²⁸³

Insomma, tutto verrà a dipendere dal giudizio di idoneità, che viene operato dal giudice a posteriori: per questo è fondamentale chiarire la portata e i limiti di questo sindacato. Se il giudice andrà a contestare tutte le valutazioni del professionista che si sono poi rivelate errate, senza tenere conto delle sue conoscenze al momento della relazione e soprattutto senza considerare la difficoltà di eseguire delle previsioni sul futuro, allora sarà molto difficile che il piano venga giudicato idoneo e che venga di conseguenza applicata la scriminante dell'art. 217-bis l. fall.. Il rischio è quello dell'automatismo del giudizio negativo sul piano, qualora non abbia portato gli effetti sperati.

²⁸² Cfr. F. MUCCIARELLI, "L'esenzione dai reati di bancarotta", in *Dir. pen. proc.*, 2010, 1474; R. BRICCHETTI, "La esenzione dai reati di bancarotta preferenziale e di bancarotta semplice del nuovo art. 217-bis della legge fallimentare: causa di esclusione (delimitazione) del tipo, causa speciale di esclusione dell'antigiuridicità o che altro?", in F. SGUBBI, D. FONDAROLI (a cura di), "Il mercato della legge penale: nuove prospettive in materia di esclusione della punibilità tra profili sostanziali e processuali", Padova 2011, 85. In generale sulle cause di esclusione della tipicità della teoria del reato cfr. M. ROMANO, "Teoria del reato, punibilità, soglie espresse di offensività (e cause di esclusione del tipo)", in E. DOLCINI, C.E. PALIERO, "Studi in onore di Giorgio Marinucci", vol. II, Milano 2006, 1735 ss. e F. ANGIONI, "Condizioni di punibilità e principio di colpevolezza", in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 1519 ss.

²⁸³ A voler aderire alla tesi del consenso dell'avente diritto come giustificazione dell'esclusione della bancarotta, si può affermare che i creditori prestano legittimamente il loro consenso solo se vengono correttamente informati in merito alla situazione dell'impresa: in altre parole, non può essere valida la rinuncia alla par condicio di chi presta il suo consenso perché crede che vi siano ottime prospettive di ripresa, quando invece è assai improbabile il superamento della crisi. Un'attestazione falsa vizia il consenso dei creditori perché non fornisce loro un'informazione veritiera, ed è per questo che in tal caso si esclude l'applicabilità dell'art. 217-bis l. fall.. Cfr. C. PEDRAZZI, *op. cit.*, 127, secondo cui "l'efficacia scriminante del consenso è subordinata a una leale informazione dei creditori (...) sia in merito alla situazione patrimoniale del debitore, sia riguardo al piano globale di sistemazione".

Per questo è necessario che il sindacato venga limitato alle sole valutazioni manifestamente irragionevoli e incoerenti, poiché allora maggiori saranno le possibilità di escludere la contestazione dei reati di bancarotta: si deve insomma tenere presente che ogni progetto di risanamento sconta una fisiologica incertezza e che non si può chiedere al professionista un giudizio in termini di certezza sul futuro.

Per tornare al principio dunque, se l'art. 217-*bis* 1. fall. non potrà essere applicato, il professionista che ha attestato il piano potrà vedersi contestato il concorso nel reato di bancarotta preferenziale commesso dall'imprenditore in luogo del delitto di falso in attestazioni e relazioni. Come inizialmente precisato, infatti, l'art. 236-*bis* non presenta nessuna clausola di sussidiarietà espressa che possa escludere l'applicazione dell'art. 216, comma 3, e tantomeno può venire in aiuto il criterio della specialità: tra le due disposizioni non intercorre infatti un rapporto di genere a specie, e il delitto del professionista non presenta alcun elemento specializzante ai sensi dell'art. 15 c.p., vista la diversità dei fini di tutela perseguiti, del contesto di operatività e del disvalore delle condotte.

Per configurarsi il concorso del professionista nel reato dell'imprenditore tutto ciò non sarà tuttavia sufficiente: bisognerà infatti che egli abbia anche voluto eseguire pagamenti preferenziali, eventualmente in virtù di un accordo con l'imprenditore, che sia stato consapevole che tale condotta andava a svantaggio dei creditori ed infine che sia stato cosciente del contributo fornito al compartecipe.

Mentre in tempi precedenti prevaleva in materia di concorso di persone la teoria condizionalistica, la quale esige che l'azione del concorrente costituisca una *condicio sine qua non*, un ausilio necessario per l'azione, ad oggi prevale la teoria della causalità agevolatrice, secondo la quale è da considerarsi penalmente rilevante anche il contributo che si limiti ad agevolare o facilitare il reato. Per questo, mentre in passato la giurisprudenza²⁸⁴ riteneva che il mero

²⁸⁴ Cass., sez. V pen., 7 novembre 1985, n. 1298, in www.ilforo.it; Cass., sez. V pen., 19 aprile 1988, in *Cass. Pen.*, 1990, 328.

consiglio tecnico dato dal professionista all'imprenditore non fosse sufficiente a provare il suo consenso al compimento del reato, le attuali pronunce²⁸⁵ si sono assestate su una posizione molto più severa: si ritiene infatti che l'attestatore possa essere chiamato a rispondere in concorso anche quando abbia fornito dei consigli tecnici sui mezzi giuridici per sottrarre beni ai creditori o abbia comunque posto in essere comportamenti atti a favorire l'altrui proposito criminoso. In realtà sarà molto più probabile che per l'attestatore si parli di concorso materiale e non morale: egli infatti, più che fornire consigli all'imprenditore, con la sua relazione interviene materialmente nella serie di atti che danno vita al reato.²⁸⁶

Si potrebbe parimenti ritenere che una marcata superficialità ed illogicità delle valutazioni effettuate dal professionista possa integrare l' "altra colpa grave" prevista dall'art. 217, comma 1, n. 4 l. fall., qualora l'esecuzione del piano falsamente attestato abbia condotto all'aggravamento del dissesto e al successivo fallimento. Ugualmente potrà risultare integrata anche la previsione del n. 3 della medesima norma, laddove il professionista abbia operato previsioni irragionevoli e marcatamente imprudenti così da ritardare il fallimento: ne consegue dunque che egli potrà concorrere con l'imprenditore dichiarato fallito anche nel reato di bancarotta semplice, pur limitatamente alle previsioni richiamate.

Inoltre quanto detto può ritenersi applicabile anche alla fattispecie di bancarotta impropria delineata dall'art. 223, comma 2, n. 2 l. fall.: le falsificazioni dell'art. 236-bis l. fall. possono senz'altro rientrare, infatti, nel concetto di "operazioni dolose", in quanto compiute con coscienza e volontà di ingannare i destinatari della relazione. La giurisprudenza inoltre ritiene ormai pacificamente che nel suddetto genere di operazioni rientrino anche quelle compiute a titolo di dolo eventuale, così che il fallimento dell'impresa risulta poter essere stato sia

²⁸⁵ Cass., sez. V pen., 18 novembre 2003, n. 569, in *Dir. e prat. soc.*, 2004, 65; più recentemente, Cass., sez. V pen., 15 febbraio 2008, n. 10742, in *Cass. Pen.*, 2008, 4780 e per ultimo Cass., sez. V pen., 9 ottobre 2012, n. 39988, in www.euroconference.it

²⁸⁶ Il concorso morale si configura più agevolmente per gli altri professionisti non attestatori che assistono l'imprenditore, quali ad esempio i commercialisti, i consulenti finanziari o i consulenti legali.

direttamente voluto, sia semplicemente accettato come conseguenza della condotta da parte del professionista.²⁸⁷

Inoltre si deve ritenere che l'esenzione operata dall'art. 217-*bis* l. fall. operi anche per i reati di bancarotta societaria, anche se questi non vengono espressamente menzionati nella disposizione, visto il rinvio che essi operano ai fatti di bancarotta fraudolenta e semplice. In conclusione, dato che anche in questo caso non è poi presente alcuna clausola di sussidiarietà espressa, e nemmeno è possibile individuare tra l'art. 236-*bis* e l'art. 223, comma 2, n. 2 l. fall. alcun rapporto di specialità, in presenza di un piano falsamente attestato e non idoneo a consentire il risanamento, data l'inapplicabilità della scriminante, il professionista potrà concorrere nel reato proprio degli amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori della società dichiarata fallita.

In conclusione, avendo riguardo al significato complessivo della disposizione dell'art. 236-*bis* l. fall., si può osservare come essa rappresenti una novità estremamente rilevante nel diritto penale della crisi di impresa, dato che, oltre alla diversità del protagonista rispetto agli autori consueti dei reati fallimentari, emerge un profondo distacco, rispetto al passato, riguardo alle finalità di tutela: si abbandona infatti la prospettiva della garanzia patrimoniale, dato che ci si muove in un contesto nel quale l'impresa si trova ancora in stato di liquidità, e si va a porre in rilievo l'interesse alla veridicità documentale e all'affidamento nella relazione di un soggetto specializzato, assicurando una garanzia alle soluzioni concordate di per sé considerate, indipendentemente dal loro esito.

²⁸⁷ Secondo Cass., sez. I pen, 25 aprile 1990, in *Giust. pen.*, 1990, 601, “nella prima ipotesi (causazione dolosa), il fallimento entra nel fuoco della volontà, mentre nella seconda (operazioni dolose) il fallimento è soltanto l'effetto, dal punto di vista della causalità materiale, di una condotta volontaria, ma non intenzionalmente diretta a produrre il dissesto fallimentare, anche se il soggetto attivo dell'operazione accetta il rischio di quest'ultimo”. Nello stesso senso Cass., sez. V pen, 23 marzo 2011, n. 16388 e Cass., sez. V pen., 25 settembre 2014, n. 47621, entrambe in www.italgiure.it. In dottrina, cfr. A. ROSSI, “Causazione del fallimento “con dolo o per effetto di operazioni dolose”: peculiarità, anomalie testuali e controversie alla luce della sentenza sul caso Parmalat-Capitalia (Cass. Pen. sez. V, 5 dicembre 2014, n. 15613)”, in www.penalecontemporaneo.it e G. SCHIAVANO, “La nuova bancarotta fraudolenta societaria”, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2003, 265.

Tuttavia non si può non notare come una fattispecie penale così richiesta e così necessaria sia stata costruita in maniera eccessivamente approssimativa ed ambigua: in questo modo, mentre da una parte sfuma il confine tra lecito e illecito, dall'altra l'attività del professionista diviene sempre più rischiosa ed incerta, tanto che egli rischia di essere confuso con il responsabile del dissesto. Se negli anni infatti si è progressivamente facilitato il ruolo dell'imprenditore, mediante la privatizzazione e lo sveltimento delle soluzioni concordate e grazie all'introduzione di disposizioni, come quella dell'art. 217-*bis* 1. fall., che lo salvaguardano in caso di mancata riuscita dell'operazione di risanamento, a questa tendenza si è affiancata una maggiore e più severa responsabilizzazione del ruolo dell'attestatore.

La maggiore definizione dei limiti applicativi del falso in attestazioni e relazioni, la specificazione della portata del sindacato a posteriori operato dal giudice, soprattutto per quanto riguarda le valutazioni, la responsabilizzazione dell'imprenditore e la ricerca di un equilibrio tra la nuova disposizione penale e il contesto più ampio dei reati che le gravitano intorno costituiranno sicuramente un importante banco di prova nel gioco di pesi e contrappesi che caratterizza la legge fallimentare.

Si rischia altrimenti di incoraggiare quella moderna tendenza a creare disposizioni penali solo per il conseguimento di interessi di categoria o per trovare a tutti i costi un responsabile da accusare. Tendenza che porta allo svuotamento dei contenuti delle norme, a perdere di vista la necessità di un collegamento psicologico tra condotta ed evento, e in definitiva alla creazione di una responsabilità penale governata dalla casualità, nella quale si corre il rischio di imbattersi nel rimprovero senza aver voluto violare alcuna prescrizione.

Solo con una maggiore considerazione del principio di tassatività ed un maggiore rispetto di quello di colpevolezza potranno evitarsi tali prospettive e potrà davvero essere costruito un "diritto penale del fatto".

Conclusioni

All' esito dell'analisi effettuata, appare opportuno ripercorrere i passaggi principali della trattazione per fornire un quadro di sintesi finale e comprendere al meglio il ruolo, le responsabilità e le problematiche connesse alla figura del professionista attestatore.

La funzione del diritto penale non può essere quella di placare le ansie collettive di fronte all'insuccesso economico che, per quanto doloroso, rappresenta sempre un possibile esito del rischio di impresa. Da questo assunto occorre prendere il via per comprendere il senso della riflessione inizialmente effettuata: se l'attività di impresa comporta fisiologicamente dei rischi, e se l'insuccesso deve essere accettato come un plausibile risvolto degli stessi, allora sarà necessario che il diritto penale trovi un punto di equilibrio con la realtà imprenditoriale.

Se ciò non accade, infatti, viene a mancare il fondamento stesso della sanzione, che diviene una risposta profondamente disancorata dalla realtà. Con la conseguenza che il destinatario della stessa potrebbe vedersi punito non per aver effettivamente agito *contra ius*, ma solo per aver trasgredito ad un precetto artificiale, costruito ad arte per accontentare una certa pretesa e non per presidiare un bene giuridico effettivamente bisognoso di tutela. In tal modo il principio di offensività risulterebbe completamente svuotato della sua valenza e ridotto ad un precetto astratto, la norma perderebbe il suo contenuto e il diritto penale diverrebbe strumento di assistenza per un ordine normativo artificioso.

Se alle scienze aziendali è affidato il compito di indagare razionalmente sulle possibili cause della crisi, sui fattori che la determinano e sui possibili esiti della stessa, il diritto non può non prendere atto della realtà, e il giurista – specialmente il penalista – deve tenere ben presente che l'insuccesso dell'attività imprenditoriale non può essere automaticamente addebitato a chi tale attività svolge, e che tantomeno è lecito ricorrere alla vecchia concezione

repressiva della pena, sanzionando con il fallimento gli esempi meno virtuosi e cercando così di assicurare la massima soddisfazione al ceto creditorio.

Chiarito ciò, è d'altra parte doveroso sottolineare un positivo evolversi, negli anni, del pensiero del legislatore, che se inizialmente propendeva in modo deciso per una prospettiva di tipo liquidatorio nella gestione della crisi d'impresa, è andato via via assestandosi su una prospettiva conservatrice, riducendo lo strapotere del giudice e puntando alla salvaguardia della continuità aziendale. La promozione delle soluzioni concordate si pone proprio in linea con quest'ottica, riconsegnando al debitore-imprenditore il ruolo di *dominus* della crisi e permettendo la creazione di una volontà consensuale tra quest'ultimo e i creditori.

Tuttavia, sembra proprio che, quando si parla di legge fallimentare, ad ogni soluzione corrisponda un problema. La riforma del versante civilistico infatti, con la promozione degli strumenti di composizione negoziale della crisi, non è andata affatto di pari passo con l'aggiornamento del versante penalistico, con la conseguenza che – almeno fino all'introduzione dell'art. 217-*bis* l. fall. – per l'imprenditore era di non poco conto il rischio di scivolare facilmente dalla lecita attività di salvataggio dell'azienda alla responsabilità penale per i reati di bancarotta, laddove i tentativi di risanamento non fossero andati a buon fine.

Su un altro versante, che è quello che qui più interessa, allo scopo di dotare di maggiore credibilità i piani di risanamento proposti dal debitore, il legislatore ha introdotto la figura del professionista attestatore, nominato dall'imprenditore ma indipendente, e dotato di elevata capacità tecnica, al quale è stato affidato il fondamentale compito di verificare la veridicità dei dati aziendali e valutare la fattibilità della proposta di risanamento. Vista l'essenzialità della sua relazione, unico documento dal quale i creditori possono comprendere la reale situazione dell'impresa, nonché allo scopo di assicurare adeguata protezione ai beni giuridici che, in qualche modo, passano adesso per questo nuovo soggetto, il legislatore ha introdotto nel 2012 l'art. 236-*bis* l. fall.. L'idea di perseguire il professionista che “espone informazioni false ovvero omette informazioni rilevanti” trova sicuramente fondamento da una parte nel suo ruolo, dato che

egli va a sostituirsi al giudice nella valutazione della componibilità della crisi, e dall'altra nell'esigenza di tutelare la fede pubblica, cioè l'affidamento che i destinatari dell'attestazione ripongono nella sua attendibilità.

Tuttavia, a confronto di così lodevoli scopi, non si può non notare come le problematiche che emergono dalla costruzione della nuova disposizione siano davvero estremamente consistenti. Innanzitutto viene presidiata da sanzione penale un'attività che nemmeno nella sua forma lecita è ben definita: l'unico strumento che viene in soccorso del professionista sono le linee guida e le raccomandazioni elaborate dalle associazioni di categoria, che se da una parte risultano utili per capire come egli debba comportarsi – e dunque, *a contrario*, per individuare eventuali omissioni penalmente rilevanti ex art. 236-bis l. fall. –, dall'altra non rappresentano delle fonti di diritto dotate di stabile affidabilità.

Si comprende dunque facilmente la contraddizione tra una fattispecie penale presidiata da una sanzione severa e la mancanza di un'indicazione legislativa determinata circa i compiti del professionista, le informazioni che deve raccogliere, i metodi per giudicare l'affidabilità del piano.

Inoltre, il fatto che l'attestatore, a fonte di tanta responsabilità, non sia stato dotato di poteri ispettivi autonomi fa sì che egli dipenda inevitabilmente dalle informazioni messe a sua disposizione dall'imprenditore, cioè da un soggetto che ha tutto l'interesse ad ottenere un giudizio finale positivo, senza peraltro il timore di incorrere in una sanzione. Il problema sembrerebbe risolvibile solo con uno sforzo ermeneutico che porti a circoscrivere la responsabilità del professionista alle sole ipotesi nelle quali egli, affidandosi ciecamente ai dati forniti dall'imprenditore, si sia messo in condizione di compiere il reato dell'art. 236-bis l. fall., accettando il rischio che essi non fossero veritieri.

Uno sforzo interpretativo è necessario anche per comprendere la portata della responsabilità nel caso del falso valutativo, dei cui risvolti problematici il nostro ordinamento ha già fatto esperienza con riguardo al cosiddetto "falso in bilancio". Muovendosi infatti il professionista nel campo delle ipotesi sul futuro, risulta complesso comprendere quando una previsione di fattibilità sia

falsa, e per individuare una responsabilità realmente colpevole si dovranno dunque fuggire pretese di onniscienza o chiaroveggenza, tenendo presente che non può richiedersi un'infalibile previsione, ma solo un parere motivato e minuzioso, rappresentante in modo ragionevole ed attendibile le prospettive dell'impresa. Se così non fosse, come l'imprenditore rischia di vedersi rimproverato per l'insuccesso economico della sua attività, pur potendo esso dipendere da un'ineliminabile componente di rischio, così il professionista potrebbe vedersi punito per non aver previsto il futuro in modo certo, pur non essendogli possibile affermare che alcun accadimento influirà negativamente sulla riuscita del risanamento.

L'indeterminatezza della fattispecie non si esaurisce a ciò: ugualmente complesso è comprendere il motivo per cui il legislatore abbia voluto riferire il requisito della "rilevanza" alla sola condotta omissiva tipica, e perché abbia voluto utilizzare un concetto tanto generico, a meno che non si voglia estendere la sua applicazione anche alla fattispecie commissiva e considerare offensive del bene tutelato le sole condotte idonee ad influire negativamente e significativamente sul giudizio finale.

Allo stesso modo, non si può mancare di sottolineare una evidente mancanza di coordinamento tra la fattispecie penale in esame ed il sistema dei reati di bancarotta, specie del tipo preferenziale: la previsione dell'art. 217-bis l. fall., infatti, se costituisce da una parte un'ancora di salvezza per l'imprenditore in caso di mancata riuscita del piano di risanamento, dall'altra rischia di condurre a fondo il professionista. Il fatto che, per operare tale causa di esclusione del tipo, sia necessaria l'idoneità del piano a consentire il salvataggio dell'impresa, e che di tale idoneità sia lecito dubitare in caso di insuccesso dello stesso, comporta un coinvolgimento in termini di responsabilità di chi ha valutato la proposta.

Beninteso, l'introduzione della figura del professionista e la previsione di una fattispecie penale che sanziona la sua condotta infedele rappresentano sicuramente uno dei successi delle riforme fallimentari, consacrando l'intento di affidare alle parti coinvolte la gestione della crisi di impresa e di punire chi,

dotato di un ruolo tanto importante, ne tradisca gli scopi. Il punto realmente problematico sta nel fatto che manca una definizione legislativa dei compiti specifici dell'attestatore e nel fatto che una fattispecie penale così richiesta e necessaria sia stata costruita in modo davvero poco nitido. Conseguenza di ciò, oltre all'ipotizzabile violazione del principio di tassatività e di responsabilità personale colpevole, è di non dare la possibilità al destinatario della norma di comprendere l'effettiva illiceità della propria condotta e di basare il rimprovero penale essenzialmente sul nulla. Se si vuole dunque sfatare l'impressione che l'art. 236-*bis* l. fall. sia stato costruito al solo scopo di "accontentare" le richieste di responsabilizzazione del professionista, sarà necessario dunque intervenire per dotare di maggiore determinatezza la figura e la fattispecie incriminatrice connessa, conferendo all'attestatore maggiori garanzie e ancorando alla realtà il rimprovero penale.

Bibliografia

- A. ALESSANDRI, *“Diritto penale e attività economiche”*, Bologna 2010
- A. ALESSANDRI, *“Profili penalistici delle innovazioni in tema di soluzioni concordate delle crisi di impresa”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006
- A. ALESSANDRI, *“Profili penalistici delle innovazioni in tema di soluzioni concordate delle crisi d’impresa”*, in *Riv. trim. dir. proc. pen.*, 2006
- A. BALDINI CONFALONIERI, M. BERTI, G. DISEGNI, A. FAROLFI, M. GIANOGLIO, A. RITEGNO, *“L’impresa in crisi: soluzioni offerte dal nuovo diritto fallimentare”*, a cura di G. DISEGNI, Torino 2014
- A. BARTULLI, *“Tecnica di redazione del bilancio e norme incriminatrici”*, in *“Tre studi sulle falsità in bilancio”*, Milano 1980
- A. CAPPELLINI, *“Il dolo eventuale e i suoi indicatori: le Sezioni Unite Thyssen e il loro impatto sulla giurisprudenza successiva”*, in www.penalecontemporaneo.it
- A. CARMONA, *“La bancarotta semplice: prospettive di riforma”*, in N. PISANI (a cura di), *“Diritto penale fallimentare”*, Torino 2010
- A. DI AMATO, *“Sul dolo dell’attestatore nei reato di falsa attestazione. Nota a Tribunale di Rovereto, 12 gennaio 2012, n. 5”*, in *Gazzetta Forense*, n. 2, marzo-aprile 2014
- A. FIORELLA, M. MASUCCI, *“Gestione dell’impresa e reati fallimentari”*, Torino 2014
- A. IANNARELLI, *“Appunti per una teoria giuridica del “rischio di impresa””*, in *“Studi in onore di Nicolò Lipari”*, tomo I, Milano 2008
- A. JORIO (a cura di), *“Le soluzioni concordate delle crisi d’impresa”*, in *“Quaderni di Giurisprudenza commerciale”*, Milano 2012
- A. LANZI, *“Quello strano scoop del falso in bilancio che torna reato”*, in *Guida dir.*, 2015
- A. MAFFEI ALBERTI, *“Conservazione dell’attività di impresa e revocatoria fallimentare”*, in *“L’interprete e l’operatore dinanzi alla crisi dell’impresa. Questioni controverse: in particolare la revocatoria fallimentare. Atti del convegno Siena 15-16 ottobre 1999- 9 giugno 2000”*, Milano 2001
- A. MANGIONE, *“Riflessioni penalistiche sulla riforma delle procedure concorsuali”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006

- A. MASSARO, “Principio di precauzione e diritto penale: nihil novi sub sole?”, in www.penalecontemporaneo.it
- A. PERINI, ““Falso in bilancio” e violazione dei principi di redazione del bilancio di esercizio”, in *Giust. pen.*, 1994
- A. RIVA, “Il rischio di selezione avversa nel “mercato” degli attestatori e i fattori necessari per limitarlo”, in www.ilfallimentarista.it, 2012
- A. ROSSI, “Causazione del fallimento “con dolo o per effetto di operazioni dolose”: peculiarità, anomalie testuali e controversie alla luce della sentenza sul caso Parmalat-Capitalia (Cass. Pen. sez. V, 5 dicembre 2014, n. 15613)”, in www.penalecontemporaneo.it
- A. SERENI, “Il dolo nelle falsità documentali”, in “Le falsità documentali”, F. RAMACCI (a cura di), Padova 2001
- B. BLASCO, “La responsabilità da contatto sociale qualificato e i suoi rapporti con gli obblighi di protezione”, in www.ambientediritto.it, 2010
- B. INZITARI, “Gli accordi di ristrutturazione ex art. 182-bis l.fall.: natura, profili funzionali e limiti dell’opposizione degli estranei e dei terzi”, in www.consiglionazionaleforense.it
- C. BENUSSI, “I nuovi delitti di false comunicazioni sociali e la rilevanza penale delle false valutazioni”, in www.penalecontemporaneo.it
- C. CASSANI, “La riforma del concordato preventivo: effetti penali”, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006
- C. COLLOCA, “La polisemia del concetto di crisi: società, culture, scenari urbani”, in www.fupress.net
- C. FISCHETTI, “Crisi d’impresa: alcune considerazioni sulla figura dell’attestatore a un anno dal Decreto Sviluppo”, in www.dirittobancario.it
- C. GAMBA, “Diritto societario e ruolo del giudice”, Padova 2008
- C. GOLDONI, “Il professionista attestatore: indipendenza e responsabilità civile”, in www.academia.edu
- C. PEDRAZZI, “Riflessioni sulla lesività della bancarotta”, in “Studi in memoria di Giacomo Delitala”, vol. II, Milano 1984
- C. PEDRAZZI, *sub art. 216*, in C. PEDRAZZI, F. SGUBBI, “Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito”, in A. SCIALOJA, G. BRANCA, “Commentario del codice civile”, Bologna-Roma 1997
- C. PERINI, “Il concetto di rischio nel diritto penale moderno”, Milano 2010

- C. SANTORIELLO, *“Rilevanza penale della valutazione di bilancio. Poche parole per riportare ordine in un dibattito “isterico”*”, in www.archiviopenale.it, 2015
- C. SOTTORIVA, *“Crisi e declino dell’impresa”*, Milano 2012
- C. VERGARA, *“Disfunzioni e crisi d’impresa. Introduzione ai processi di diagnosi, risanamento e prevenzione”*, Milano 1988
- D. PIVA, *“Vecchie soluzioni per nuovi problemi nella attestazione del professionista”*, in www.penalecontemporaneo.it
- D. PRINARI, *“Rischio d’impresa e ascrizione della responsabilità dolosa nel diritto penale fallimentare”*, in www.rivista.ssef.it
- D. SANTAMARIA, voce *“Evento”*, in *Enc. Dir.*, XVI, Milano 1967
- E. CABUTTI, F. APRILE, *“Il concordato preventivo: il ruolo tecnico del professionista attestatore”*, in P. G. DEMARCHI, C. GIACOMAZZI, *“Le procedure concorsuali: guida interdisciplinare”*, Milano 2008
- E. CORN, *“Il principio di precauzione del diritto penale: studio sui limiti all’anticipazione della tutela penale”*, Torino 2013
- E. FABIANI, *“La questione “fattibilità” del concordato preventivo tra lemmi isolati e novità legislative”*, in www.cortedicassazione.it
- E. FABIANI, *“La questione “fattibilità” del concordato preventivo tra lemmi isolati e novità legislative”*, in www.cortedicassazione.it
- E. M. AMBROSETTI, E. MEZZETTI, M. RONCO, *“Diritto penale dell’impresa”*, Bologna 2012
- E. MEZZETTI, *“Falso in attestazioni o relazioni”*, in www.archiviopenale.it, 2015
- E. MUSCO, F. ARDITO, *“Diritto penale tributario”*, Bologna 2010
- E. SANTESSO, V. SOSTERO, *“I principi contabili per il bilancio di esercizio”*, Milano 2016
- E. STASI, *“La terzietà dell’attestatore”*, in www.ilfallimentarista.it, 2012
- F. ANGIONI, *“Condizioni di punibilità e principio di colpevolezza”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989
- F. ANGIONI, *“Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva”*, Milano 1994
- F. ANTOLISEI, *“Manuale di diritto penale – Parte generale”*, Milano 1982

- F. BAFFI, “Attestare stanca. Nota a Trib. Torino, ord. 16 luglio 2014, giud. Macchioni”, in www.penalecontemporaneo.it
- F. BASILE, “Fisionomia e ruolo dell’agente modello ai fini dell’accertamento processuale della colpa generica”, in www.penalecontemporaneo.it
- F. CONSULICH, “Nolo cognoscere: il diritto penale dell’economia fra nuovi responsabili e antiche forme di responsabilità “paracolpevole”: spunti a partire dal nuovo art. 236-bis l.f.”, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2012
- F. CORTICELLI, “La crescita dell’azienda”, Milano 1979
- F. D’ANGELO, “I piani attestati di risanamento ex art. 67, terzo comma, lett. d l. fall.: luci e ombre a seguito del decreto “sviluppo””, in *Giur. Comm.*, 2014
- F. DI MARZIO, “La crisi d’impresa. Questioni controverse del nuovo diritto fallimentare”, Padova 2010
- F. GIUNTA, “Controllo e controllori nello specchio del diritto penale societario”, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006
- F. H. KNIGHT, “Rischio, incertezza e profitto”, Firenze 1960
- F. MUCCIARELLI, “Il magistrato penale può rivalutare piani di ristrutturazione, accordi omologati e concordati preventivi?”, in www.ilfallimentarista.it, 2012
- F. MUCCIARELLI, “L’esonazione dai reati di bancarotta”, in *Dir. pen. proc.*, 2010
- F. MUCCIARELLI, “Stato di crisi, piano attestato, accordi di ristrutturazione, concordato preventivo e fattispecie penali”, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2009
- F. PODOGHE, S. MADONNA (a cura di), “I modelli di previsione delle crisi aziendali: possibilità e limiti”, Milano 2006
- F. SALVARDI, “La relazione di attestazione in ambito concorsuale”, Milano 2014
- F. SGUBBI, “Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell’illegalità penale”, Bologna 1990
- F. TETTO, “Le false attestazioni del professionista ex art. 161, comma 3, l. fall.: alla ricerca di un’evanescente tipicità penalmente rilevante”, in *Il Fallimento*, 2012
- G. ANDREANI, “Crisi di impresa. Le nuove disposizioni fallimentari e fiscali”, Milano 2015
- G. ANDREANI, “Crisi di impresa”, in *Il Fisco*, 2015

- G. BERSANI, *“La responsabilità penale del professionista attestatore ai sensi dell’art. 236-bis l.f. fra analisi dottrinali e prime applicazioni giurisprudenziali”*, in www.ilcaso.it, 2015
- G. BERTOLI, *“Crisi d’impresa, ristrutturazione e ritorno al valore”*, Milano 2000
- G. BRESCIA, *“Le attestazioni del professionista nella legge fallimentare”*, Santarcangelo di Romagna, 2014
- G. BUCCARELLA, *“I “nuovi” accordi di ristrutturazione dei debiti”*, Milano 2013
- G. DELITALA, *“Il “fatto” nella teoria generale del reato”*, Padova 1930
- G. FEDERICO, R. VIVALDI, *“La riforma del concordato e della revocatoria fallimentare”*, Bologna 2005
- G. FERRERO, *“Istituzioni di economia d’azienda”*, Milano
- G. FIANDACA, *“Sul dolo eventuale nella giurisprudenza più recente tra approccio oggettivizzante-probatorio e messaggio generalpreventivo”*, in www.penalecontemporaneo.it
- G. FORTI, *““Accesso” alle informazioni sul rischio e responsabilità: una lettura del principio di precauzione”*, in *Criminalia* 2006
- G. G. SANDRELLI, *“La riforma penale della legge fallimentare: i rimedi per la crisi di impresa, il concordato preventivo e le nuove fattispecie (art. 217-bis e 236-bis l. fall.)”*, in www.archiviopenale.it
- G. G. SANDRELLI, *“Le esenzioni dai reati di bancarotta e il reato di falso in attestazioni e relazioni”*, in *Fall.*, 2013
- G. G. SANDRELLI, *“Prime considerazioni sui riflessi della legge 80/05 sul comparto penale della legge fallimentare”*, in *Fall.*, 2005
- G. INSOLERA, *“Riflessi penalistici della disciplina del concordato preventivo e delle composizioni extragiudiziali della crisi d’impresa”*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 3, 2006
- G. LATTANZI (a cura di), *“Reati e responsabilità degli enti”*, Milano 2010
- G. LO CASCIO, *“Il concordato preventivo”*, Milano 2011
- G. LO CASCIO, *“Il professionista attestatore”*, in www.academia.edu
- G. M. GALINELLI, *“L’approccio sistemico al governo dell’impresa”*, vol. II, in *“La dinamica evolutiva del sistema impresa tra economia e finanza”*, Padova 2000

- G. MARENDON, C. SASSO (a cura di), *“Le attestazioni del professionista nel concordato preventivo con continuità aziendale”*, in www.commercialisti.mo.it
- G. MARTIELLO, *“Falso in attestazioni e relazioni”*, in A. NIGRO, M. SANDULLI, V. SANTORO (a cura di), *“Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti”*, Torino 2014
- G. MEO, *“I piani attestati di risanamento”*, in *“Scritti in onore di Marcello Foschini”*, Padova 2011
- G. PAVICH, *“La colpa penale”*, Milano 2013
- G. PERACIN, P. FREDDO, *“Nomina del professionista attestatore nel concordato preventivo”*, in *“Il commercialista veneto”*, 182, 2008
- G. ROSSI, *“Il fallimento del diritto americano”*, Padova 1956
- G. SCHIAVANO, *“Il professionista “attestatore” nelle soluzioni concordate delle crisi di impresa: la sua qualificazione privatistica”*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2010
- G. SCHIAVANO, *“La nuova bancarotta fraudolenta societaria”*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2003
- G. TERRANOVA, *“Stato di crisi, stato d’insolvenza, incapacienza patrimoniale”*, in *“Diritto Fallimentare delle società commerciali”*, 2006
- G. ZUCCALA’, *“Il delitto di false comunicazioni sociali”*, Padova 1954
- G.B. NARDECCHIA, *“Professionista attestatore: requisiti stringenti e sanzioni”*, in *“Il sole 24 ore”*, 9 luglio 2012
- G.G. SANDRELLI, *“La riforma della legge fallimentare: i riflessi penali”*, in *Cass. Pen.*, 2006
- L. CONTI, *“Diritto penale commerciale”*, Torino 1980
- L. D’ORAZIO, *“Le procedure di negoziazione della crisi dell’impresa”*, Milano 2013
- L. EINAUDI, *“Intorno al credito industriale - Appunti”*, in *Riv. soc. comm.*, 1911
- L. FOFFANI, *“La nuova disciplina delle false comunicazioni sociali (artt. 2621 e 2622)”*, in S. SEMINARA, A. GIARDA (a cura di), *“I nuovi rati societari: diritto e processo”*, Padova 2002
- L. GHIA, C. PICCININNI, F. SEVERINI, *“Trattato delle procedure concorsuali”*, vol. IV, Torino 2011

- L. GUATRI, *“Crisi e risanamento delle imprese”*, Milano 1986
- L. GUATRI, *“Turnaround. Declino, crisi e ritorno al valore”*, Milano 1995
- L. GUGLIELMUCCI, *“La riforma in via d’urgenza della legge fallimentare”*, Torino 2005
- L. N. MEAZZA, *“Falso in bilancio e valutazioni. Nota alle Sezioni Unite”*, in *Giur. Pen.*, 2016
- L. PROIETTI, *“Rischio e conoscenza nel governo dell’impresa. Una analisi del “rischio di modello” nel gruppo Alenia Aeronautica”*, in www.sinergiejournal.it
- L. STANGHELLINI, *“Le crisi di impresa fra diritto ed economia: le procedure di insolvenza”*, Bologna 2007
- L. STORTONI, *“Angoscia tecnologica ed esorcismo penale”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004
- L. TROYER, *“Le responsabilità penali relative alle soluzioni concordate delle crisi d’impresa”*, in *Riv. dott. comm.*, 2008
- M. VITIELLO, *“Le soluzioni concordate della crisi di impresa”*, in *“Officina del diritto, società e fallimento”*, Milano 2013
- M. BERTI, *“Ruolo, compiti e responsabilità dell’attestatore nel concordato preventivo”*, in G. DISEGNI (a cura di), *“L’impresa in crisi. Soluzioni offerte dal nuovo diritto fallimentare”*, Torino 2014
- M. CATERINI, *“Il dolo eventuale e l’errore su norma extrapenale nei reati di falso ideologico”*, in *“L’indice penale”*, 1/2007
- M. FABIANI, *“Riflessioni precoci sull’evoluzione della disciplina della regolazione concordata della crisi di impresa”*, in www.ilcaso.it
- M. FABRIZIO, *“I reati concorsuali diversi dalla bancarotta”*, in G. REYNAUD (diretto da), *“Diritto penale dell’impresa”*, Vicalvi, 2014
- M. FERRO (a cura di), *“La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico”*, Padova 2007
- M. FRATINI, G. GASPARRI, *“Il testo unico della finanza”*, Milano 2012
- M. FUCITO, M. GULOTTA, *“Postergazione, prededucibilità e pagamento dei crediti in regime di continuità aziendale”*, Santarcangelo di Romagna, 2013
- M. GALLO, voce *“Dolo”*, in *Enc. Dir.*, XIII, Milano 1964

- M. GIANOGLIO, *“La responsabilità penale dell’attestatore e cenni sull’art. 217-bis l. fall.”* in A. BALDINI CONFALONIERI, M. BERTI, G. DISEGNI, A. FAROLFI, M. GIANOGLIO, A. RITEGNO, *“L’impresa in crisi: soluzioni offerte dal nuovo diritto fallimentare”*, a cura di G. DISEGNI, Torino 2014
- M. GROTTA, *“Il falso del professionista nelle procedure negoziate della crisi d’impresa”*, in www.fallimentiesocieta.it
- M. LANZI, *“Il professionista incaricato della relazione per l’ammissione al concordato preventivo non è pubblico ufficiale”*, in *Fall.*, 2010
- M. MONTELEONE, *“La responsabilità penale e civile dell’attestatore nei procedimenti di composizione della crisi d’impresa”*, in www.osservatorio-oci.org
- M. POLLIO, *“L’attestatore, l’indipendenza e i suoi rapporti con l’imprenditore e i terzi”*, in S. AMBROSINI, A. TRON, *“Piani di ristrutturazione dei debiti e ruolo dell’attestatore”*, Torino 2016
- M. RIJA, in *“Economia aziendale. I fondamenti della disciplina.”*, G. FABBRINI, A. MONTRONE (a cura di), cap. X, *“Il rischio d’impresa”*, Milano 2006
- M. ROMANO, *“Teoria del reato, punibilità, soglie espresse di offensività (e cause di esclusione del tipo)”*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO, *“Studi in onore di Giorgio Marinucci”*, vol. II, Milano 2006
- M. SCOLETTA, *“Tutela dell’informazione societaria e vincoli di legalità nei nuovi delitti di false comunicazioni sociali”*, in *Società*, 2015
- M. VIETTI, F. MAROTTA, F. DI MARZIO (a cura di), *“The Italian change for restructuring. Un diritto per le imprese in crisi”*, Milano 2014
- M. VITIELLO, *“L’attestazione di veridicità e fattibilità nelle soluzioni concordate delle crisi di impresa: riflessioni su alcuni profili problematici”*, in www.ilfallimentarista.it
- M. ZITO, *“Fisiologia e patologia delle crisi di impresa”*, Milano 1999
- N. BERTOLINI CLERICI, *“La responsabilità penale del professionista attestatore: falso in attestazioni e relazioni”*, in C. PAGLIUGHI, N. BERTOLINI CLERICI, L. A. BOTTAI, *“Il professionista attestatore. Relazioni e responsabilità”*, Milano 2014
- N. LUHMANN, *“Sociologia del rischio”*, Milano 1996
- N. PISANI *“La tesi della zona di rischio penale”*, in N. PISANI (a cura di), *“Diritto penale fallimentare”*, Torino 2010

- N. PISANI, *“Controlli sindacali e responsabilità penale delle società per azioni: posizioni di garanzia e poteri giuridici di impedimento”*, Milano 2003
- N. PISANI, *“Delitti contro la fede pubblica”*, in www.studiolegalepisani.com
- P. CAPALDO, *“Crisi d’impresa e suo risanamento”*, in Rivista *“Banche e Banchieri”*, n. 5, 1977
- P. DI CAGNO, *“Il sistema azienda tra rischio d’impresa e rischio economico generale”*, Bari 2002
- P. G. DEMARCHI, *“I piano di risanamento ex art. 67 Legge fallimentare. Tentativo di ricostruzione di un istituto non tipizzato a partire dai suoi effetti in caso di fallimento”*, in www.ilcaso.it
- P. G. DEMARCHI, *“La fattispecie incriminatrice di cui al nuovo art. 236-bis della legge fall.: la responsabilità penale dell’attestatore”*, in www.ilcaso.it
- P. G. DEMARCHI, C. GIACOMAZZI, *“Le procedure concorsuali”*, Milano 2008
- P. NUVOLONE, *“Il diritto penale fallimentare e delle altre procedure concorsuali”*, Milano 1955
- P. RIVA, *“Prima analisi dei “Principi di attestazione dei piani di risanamento” approvati dal CNDCEC nel settembre 2014. Gli elementi a tutela dell’indipendenza dell’attestatore”*, in *“Il concordato preventivo: riflessioni teoriche”*, Quaderno n. 57, in www.odcec.mi.it
- P. TRIMARCHI, *“Rischio di impresa e responsabilità oggettiva”*, in *“Analisi economica del diritto privato”*, Milano 1998
- R. ACIERNO, S. CINIEMI, *“Aspetti fiscali della riforma fallimentare”*, Milano 2006
- 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.penalecontemporaneo.it
- R. BRICCHETTI, *“La esenzione dai reati di bancarotta preferenziale e di bancarotta semplice del nuovo art. 217-bis della legge fallimentare: causa di esclusione (delimitazione) del tipo, causa speciale di esclusione dell’antigiuridicità o che altro?”*, in F. SGUBBI, D. FONDAROLI (a cura di), *“Il mercato della legge penale: nuove prospettive in materia di esclusione della punibilità tra profili sostanziali e processuali”*, Padova 2011
- R. BRICCHETTI, L. PISTORELLI, *“Operazioni di risanamento, professionisti nel mirino”*, in *Guida dir.*, 2012

- R. NORMANN, R. RAMIREZ, *“Lavorare insieme per produrre valore”*, in *Harvard Business Review*, 1995
- R. SCOGNAMIGLIO, *“Rischio e impresa”*, in *“Scritti per Graziani”*, tomo V, Napoli 1968
- R. CAPPELLETTO, *“La valutazione del rischio d’impresa”*, www.phedro.it, 2006
- S. AMBROSINI, *“Concordato preventivo: profili generali e limiti del controllo giudiziale”*, 2007, in www.ilcaso.it
- S. AMBROSINI, *“Il nuovo diritto della crisi d’impresa: l.132/15 e prossima riforma organica”*, Bologna 2016
- S. AMBROSINI, *“Le nuove procedure concorsuali”*, Bologna 2008
- S. AMBROSINI, M. AIELLO, *“I piani attestati di risanamento: questioni interpretative e profili applicativi”*, in www.ilcaso.it
- S. BONFATTI, G. FALCONE (a cura di), *“Le procedure stragiudiziali per la composizione delle crisi d’impresa”*, in *“Quaderni di Giurisprudenza commerciale”*, Milano 1999
- S. DE MATTEIS, N. GRAZIANI, *“Manuale del concordato preventivo”*, Santarcangelo di Romagna, 2013
- S. FIORE, *“Il falso in atto pubblico (artt. 476 e 479)”*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA, *“Trattato di diritto penale. I delitti contro la fede pubblica e l’economia pubblica”*, Torino 2010
- S. FIORE, *“Nuove funzioni e vecchie questioni per il diritto penale nelle soluzioni concordate della crisi d’impresa”*, in AA.VV., *“Concordato preventivo e accordi di ristrutturazione: dal decreto “crescita” al decreto del “fare”*, Milano 2013
- S. FORTUNATO, *“La responsabilità civile del professionista nei piani di sistemazione della crisi d’impresa”*, in *Fall.*, 2009
- S. PROSDOCIMI, *“Reato doloso”*, in *Dig. Disc. Pen.*, vol. XI, Torino 1996
- S. SALOMONE, *“Il governo sistemico dei rischi nella gestione dell’impresa”*, Milano 2014, 30
- S. SANTORO, *“Il ruolo dell’attestatore e fattispecie penale di “falso in attestazioni e relazioni””*, in www.centrostudiconcorsuali.it
- S. SANTORO, *“Manuale di diritto penale”*, vol I, Torino 1958
- S. SATTA, *“Diritto fallimentare”*, Padova 1974

- S. SCIARELLI, *“La crisi d’impresa. Il percorso gestionale di risanamento delle piccole e medie imprese”*, Padova 1995
- T. GUERINI, *“La responsabilità penale del professionista attestatore nell’ambito delle soluzioni concordate per le crisi d’impresa”*, in www.penalecontemporaneo.it
- U. BECK, *“La società del rischio”*, Roma 2000.
- U. BERTINI, *“Introduzione allo studio dei rischi nell’economia aziendale”*, Pisa 1969
- V. LENOCI, *“Ruolo e responsabilità del professionista attestatore nel concordato preventivo”*, in www.academia.edu
- V. NAPOLEONI, *“Falsità nelle comunicazioni e aggio societario”*, Milano 1996
- V. SPINOSA, *“Il c.d. Decreto Sviluppo nel sistema della legge fallimentare: i rapporti tra nuove procedure concorsuali e profili di responsabilità penale”*, in www.penalecontemporaneo.it
- V. TERRANOVA, *“Insolvenza, stato di crisi, sovraindebitamento”*, Torino 2013
- W. SOFSKY, *“Rischio e sicurezza”*, Torino 2005