



STUDI

LA RESPONSABILITÀ PROFESSIONALE NEL REATO SOCIETARIO DI FALSO IN BILANCIO

Art. 2621 c.c.

Via G. Paisiello, 24 – 00198 Roma

tel.: 06/85236387 (fax 06/85236390) - c.f.:80459660587

www.consrag.it - fondazionelucapacioli@consrag.it

SOMMARIO

| | |
|---|---------|
| 1. La responsabilità contrattuale: in genere | pag. 4 |
| 1.1 <i>La responsabilità extracontrattuale per fatto illecito</i> | pag. 6 |
| 2. Il concorso di persone nel reato - articolo 110 c.p. - | pag. 7 |
| 2.1 <i>Generalità</i> | pag. 7 |
| 2.2 <i>I requisiti del concorso</i> | pag. 9 |
| 2.2.1 <i>Una pluralità di agenti</i> | pag. 9 |
| 2.2.2 <i>La realizzazione dell'elemento oggettivo di un reato</i> | pag. 10 |
| 2.2.3 <i>Il contributo causale alla verifica del fatto</i> | pag. 10 |
| 2.2.4 <i>La volontà partecipativa alla commissione dell'illecito</i> | pag. 13 |
| 2.3 <i>La responsabilità ex articoli 40 e 48 c.p.</i> | pag. 14 |
| 3. Il delitto di falso in bilancio: caratteristiche e fisionomia | pag. 16 |
| 3.1 <i>Introduzione</i> | pag. 16 |
| 3.2 <i>Le origini storiche</i> | pag. 16 |
| 3.3 <i>Gli interessi tutelati: l'impostazione plurioffensiva della giurisprudenza e le concezioni monoffensive della dottrina</i> | pag. 18 |
| 3.4 <i>Ulteriori elementi caratterizzanti la fattispecie delittuosa</i> | pag. 21 |
| 3.5 <i>Coinvolgimento del consulente in concorso nel reato di falso e frode</i> | pag. 22 |
| 4. Alcune tecniche fraudolente | pag. 29 |
| 4.1 <i>Illecite politiche di bilancio</i> | pag. 29 |
| 4.1.1 <i>Invenzione e realizzazione di un archetipo finanziario non rispondente alla realtà</i> | pag. 29 |
| 4.1.2 <i>Violazione dei principi di correttezza e verità</i> | pag. 30 |
| 4.1.3 <i>Omesse rettifiche di poste attive o iscrizione di rettifiche passive</i> | pag. 30 |
| 4.1.4 <i>Iscrizioni di fatti economici e finanziari fittizi</i> | pag. 31 |
| 4.1.5 <i>Operazioni aventi contenuto distrattivo</i> | pag. 31 |
| 5. La costituzione dei c.d. "Fondi neri" | pag. 32 |
| 5.1 <i>Ricorso a consulenze o a fatturazione (generica) fittizia</i> | pag. 32 |
| 5.2 <i>Operazioni "estero su estero"</i> | pag. 32 |
| 5.3 <i>Operazioni immobiliari</i> | pag. 33 |
| 5.4 <i>Fondi su crediti coperti da assicurazione</i> | pag. 33 |

| | |
|---|---------|
| 6. La tematica attorno alle valutazioni di bilancio | pag. 34 |
| 7. Il concorso nei reati penali - tributari | pag. 35 |
| 8. Rapporti e connessioni fra i reati di cui all'articolo 2621 c.c. e la frode fiscale | pag. 37 |
| 9. Il favoreggiamento e la collusione | pag. 38 |
| <i>9.1 Il favoreggiamento</i> | pag. 38 |
| <i>9.2 La collusione</i> | pag. 39 |
| 10. Responsabilità penali nella consulenza durante lo stato di crisi e prefallimentare | pag. 41 |

1. La responsabilità contrattuale: in genere

L'articolo 2230 c.c. dispone che il rapporto instaurato fra cliente e professionista ha natura contrattuale. Nella maggior parte dei casi il rapporto in questione viene perfezionato oralmente ma, spesso, anche in forma scritta avente ad oggetto la prestazione di opera intellettuale (si pensi ad un contratto di assistenza tributaria e contabile).

Da quanto precede scaturisce evidentemente che la fonte principale della responsabilità civile del professionista deriva dall'inadempimento contrattuale, concretizzantesi, nella fattispecie, nell'esecuzione di una prestazione di natura intellettuale il cui contenuto e le cui clausole andranno a caratterizzare la stessa responsabilità assunta dal professionista e lo stesso grado di rilevanza.

Corre subito l'obbligo di sottolineare che dalla natura di obbligazione di mezzi e non di risultato che configura l'attività professionale del Ragioniere commercialista, appare subito evidente che l'eventuale inadempimento da parte di quest'ultimo giammai potrà derivare dal mancato conseguimento del risultato ricercato dal cliente.

Pur tuttavia al fine di evitare l'onere della responsabilità di risultato, trasferendone, opportunamente, il peso al cliente e le relative conseguenze civili, è necessario che il professionista operi nel rispetto di alcuni criteri di massima che brevemente si indicano:

- diligenza: in relazione all'articolo 1176 c.c. il professionista è tenuto ad operare in base al criterio della diligenza che deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata;
- obbligo di informazione: esso si estrinseca nel dovere professionale, tanto nell'ambito della fase precontrattuale quanto durante lo svolgimento dell'attività in concreto, di informare il cliente circa le possibilità di successo della prestazione (si veda, ad esempio, circa l'esito di una controversia avanti le Commissioni Tributarie). Sebbene da alcuni l'obbligo in commento venga ricompreso in quello della "diligenza", esso è indispensabile al fine di tenere informato il cliente di tutte quelle notizie utili a poter valutare le opportunità e le scelte migliori, ivi incluso il ricorso all'operato professionale mentre, specularmente, il professionista incorre nella responsabilità in caso di incompletezza e/o inesattezza delle notizie fornite. Sul fronte dell'onere della prova questa farà carico al cliente che, agendo

eventualmente in giudizio, dovrà in tal senso provare la responsabilità del professionista;

- perizia tecnica: per soddisfare questo criterio il professionista deve essere munito di un alto e soddisfacente livello di conoscenze tecniche tanto di base quanto specialistiche; è proprio sull'affidamento della preparazione professionale, oltre che dell'onestà intellettuale e dell'accortezza, che si incardina quell'intuitus personae che qualifica il contratto di prestazione d'opera professionale. In questo senso il Ragioniere commercialista dovrà possedere tutto quel bagaglio di conoscenze giuridiche in campo societario, contrattuale, tributario, penale, processuale, amministrativo, ecc., che l'incarico da compiere può richiedere: in difetto egli deve, come recita l'articolo 1 della Sezione Prima del Codice Deontologico, evitare di offrire le proprie competenze professionali informando chiaramente il cliente circa le aree in cui è realmente competente;
- colpa: non realizzandosi gli obiettivi che il cliente si era proposto, potrebbe ingenerarsi in lui l'ipotesi di carenza nell'opera professionale dipesa da colpa del professionista. La giurisprudenza, contrariamente alla dottrina, non distingue le varie ipotesi colpose, essendo queste previste, senza particolari distinzioni, nell'articolo 43 del codice penale ai sensi del quale, com'è noto, il delitto "... è colposo, o contro l'intenzione, quando l'evento, anche se preveduto, non è voluto dall'agente e si verifica a causa di negligenza o imprudenza o imperizia, ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline". Dalla colpa professionale, inoltre, deve tenersi distinto l'errore professionale che, secondo autorevole dottrina, serve ad indicare un comportamento diverso da quanto esige la situazione, ma non necessariamente colposo.¹ L'errore, peraltro, esime da responsabilità il professionista allorquando si configuri come un errore scusabile, cioè inevitabile in relazione alla diligenza professionale media richiesta all'operatore intellettuale.² La situazione in commento potrebbe verificarsi, ad esempio, quando fosse richiesto ad un Ragioniere Commercialista un'analisi in tema di redditività agraria

¹ Cfr. G. Cattaneo, *Le responsabilità del professionista*, Milano, 1958, p. 67.

² Cfr. Cass., 19 febbraio 1983, n. 1083, in *Rep.foro it.*, 1986, voce *Obbligazioni in genere* n. 26; conf. Cass. 15 aprile 1983 n. 2274, in *Giur. It.*, I, p. 573.

in relazione ad un particolare tipo di piantagione, alla struttura morfologica del terreno ed alle ipotesi riproduttive del vegetale da insediarsi in una determinata zona agricola: in tal caso il professionista dovrebbe avvisare preventivamente il proprio cliente della sua possibile incompetenza in materia e, quindi, non idoneità a fornire un elaborato di calcolo completamente attendibile.

1.1 La responsabilità extracontrattuale per fatto illecito

La responsabilità in commento, detta anche aquiliana deriva dall'articolo 2043 del codice civile secondo il quale “ qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno”. E' di tutta evidenza che il catalogo degli eventi generatori della responsabilità in commento racchiude tutti i reati commessi a danno del cliente: si pensi all'ipotesi di truffa, più o meno aggravata, di cui agli articoli 640 e 640-*bis* del c.p., alla frode informatica di cui all'articolo 640-*ter*, o alla violazione del segreto professionale sanzionata dall'articolo 622 del c.p.

Sempre di natura extracontrattuale o aquiliana appare, altresì, il reato previsto dall'articolo 40 c.p., 2° cpv, in base al quale si configura una responsabilità concorsuale del professionista allorquando lo stesso non impedisca un evento che, invece, era tenuto ad evitare in quanto per il legislatore penale il non impedire il verificarsi di un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire equivale a cagionarlo. Per tal via il Ragioniere Commercialista che abbia a contabilizzare nei libri del cliente fatti amministrativi illeciti di cui egli ne abbia contezza ben può essere chiamato a rispondere dell'illecita contabilizzazione in concorso con il cliente stesso.³

Particolare attenzione deve porsi al ribaltamento dell'onere della prova in sede penale; in effetti mentre nell'ipotesi di responsabilità contrattuale al cliente attore in danno sarà sufficiente dimostrare l'oggettiva inadempienza contrattuale del professionista, spettando a quest'ultimo l'onere di dimostrare che il verificarsi del danno non è dipeso da causa a lui imputabile, negli illeciti aquiliani l'onere di provare il danno è a carico di colui che agisce in giudizio. Di contro, in tal ultimo caso, non è necessario costituire preventivamente in mora il presunto debitore.

³ Cfr. L.A. Ferrari, *Causalità nell'omissione nel nostro sistema penale*, in *Summa*, n. 163, p. 70 e ss.

Ulteriore differenza è dato riscontrare nei termini prescrizionali che per gli atti illeciti è in genere di cinque anni che incrementa a dieci anni nell'azione risarcitoria di danni per inadempimento.

Un temperamento al criterio di individuazione della responsabilità extracontrattuale per fatto illecito è contenuto nell'articolo 2236 c.c. nel caso in cui la prestazione implichi la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, dimostrata la quale il professionista sarà chiamato a rispondere solamente in caso di dolo o colpa grave.

Un ultimo sguardo, prima di chiudere il capitolo, deve darsi all'ipotesi di affidamento dell'incarico da parte del professionista ad un suo fiduciario. Anche in questo caso, ai sensi dell'articolo 2409 c.c., il prestatore d'opera intellettuale sarà chiamato a rispondere dei danni arrecati ai propri clienti dal fatto illecito dei soggetti da lui incaricati (si pensi al classico caso dell'appropriazione indebita di somme da parte del dipendente o del collaboratore di studio): in tal caso il cliente dovrà provare non solo l'inadempimento ma anche l'esistenza reale del danno.

Si badi, infine, che al professionista, cui sia stata fornita dal cliente valida prova del danno subito, non è consentita la prova liberatoria. Questi, infatti, non potrà dimostrare che l'illecito è avvenuto a sua insaputa o per caso fortuito, né di non essere stato in grado di impedire il realizzarsi del fatto, ma sarà senz'altro tenuto al risarcimento in via solidale con il suo collaboratore, ferma restando la possibilità di rivalsa in caso di sua principale e preventiva escussione.

2. Il concorso di persone nel reato - articolo 110 c.p.

2.1 Generalità

La realizzazione del reato può avvenire ad opera di una sola persona o di più persone. Nel secondo caso si ha quello che i pratici medioevali chiamavano *societas sceleris* e che ora è designata dal nostro codice con l'espressione "concorso di persone nel reato" e costituisce, senza dubbio, una delle materie più spinose e controverse del diritto penale⁴.

Il concorso di persone nel reato è sancito dalle vigenti disposizioni dall'articolo 110 ai sensi del quale "Quando più persone concorrono nel medesimo reato, ciascuna di esse soggiace alla pena per questo stabilita".

⁴ Cfr. F. Antolisei, *Manuale di diritto penale*, XIV, Giuffrè, Milano, 1997, p. 541 e segg.

A tale criterio, peraltro, sono introdotti dei temperamenti che si concretano nel riconoscimento di alcune “circostanze” che aggravano o attenuano la pena per taluni dei partecipanti.

Secondo il Codice Zanardelli la compartecipazione in argomento si distingueva in primaria e secondaria e, quindi, in fisica (o materiale) e psichica (o morale). La compartecipazione primaria nel concorso fisico era denominata “correatà”; la secondaria “complicità”. Al concorso psichico veniva generalmente attribuita la denominazione di “istigazione”.

Il fenomeno associativo, com'è noto, fonda sul fatto che le forze dell'uomo isolato sono poche e modeste, di guisa che per conseguire un determinato scopo si determini indispensabile, o quantomeno opportuno, unire le energie di più soggetti: *viribus unitis*. Orbene, la fattispecie criminosa rientra agevolmente nel fenomeno associativo essendo che in essa cooperano congiuntamente, per uno scopo comune che nel caso è definibile delittuoso, più individualità, ciascuna con un preciso ruolo.

Anche qui, quindi, si verifica la divisione del lavoro, per effetto del quale le varie azioni si integrano le une con le altre, giungendo ad un complesso unitario, molte volte sistematico e scientificamente organizzato.

Da quanto affermato discendono due importanti osservazioni.

La prima consiste nella constatazione che le singole azioni si confondono per giungere ad un concetto di unitarietà comportamentale e fattuale; la seconda, che rampolla dalla prima, pone sullo stesso piano tutti i soggetti agenti così che le varie azioni, formando un blocco unitario, appartengono a tutti ed a ciascun partecipante⁵.

Come comune è lo scopo, comune è l'azione complessiva che l'intento di tutti è destinato ad attuare; così pure le forze che non traggono origine dall'uomo, ma sono da lui calcolate per il conseguimento dei suoi scopi, sono considerate “proprie” di lui. “*Quis per alium facit per se ipsum facere videtur*”: secondo la massima romanistica, dunque, le varie azioni dei compartecipanti non possono guardarsi isolatamente, in quanto non sono che parti di un'operazione unica, cosicché esse non appartengono solo a coloro che le hanno immediatamente poste in essere, ma a tutti ed a ciascuno di essi. Per cui se ne deve dedurre che non solo l'agente principale è imputabile ma anche ogni *socius sceleris* è autore del delitto.

⁵ Cass. 21 maggio 1986 in *Riv.Pen.*, 1987, p.780; Id., 13 novembre 1985, *ivi*, 1986, p.1069. Seguono analogo indirizzo Cass. 30 novembre 1994, in *Riv.Pen.*, 1995, p.1032; Id. 21 gennaio 1994, in *Giust.Pen.*, 1994, II, p.392.

2.2 I requisiti del concorso

Nel vigente diritto positivo gli elementi indispensabili per l'esistenza del concorso criminoso sono individuati nei seguenti quattro:

- 1) una pluralità di agenti;
- 2) la realizzazione dell'elemento oggettivo di un reato da parte di taluno dei concorrenti;
- 3) un contributo casuale alla realizzazione del fatto;
- 4) la volontà partecipativa alla commissione dell'illecito.

2.2.1 Una pluralità di agenti

Non necessita spendere molte parole per chiarire che per dimostrare il concorso occorre la partecipazione di due o più persone alla commissione del fatto criminoso.

Sull'argomento, tuttavia, da taluni si pone il quesito se tutte le persone che cooperano materialmente alla commissione di un reato possano considerarsi "concorrenti" ai fini dell'applicazione delle norme sul concorso. Alcuni autori sostengono che per poter configurare in capo a taluno la qualifica di "concorrente" in un reato, questi deve essere imputabile, e cioè sano e maturo di mente e, in aggiunta, deve aver agito con dolo. Si escluderebbero, quindi, le seguenti ipotesi di concorso criminoso:

- a) l'ipotesi di cui all'articolo 86 c.p., il quale dispone: "Se taluno mette altri nello stato d'incapacità di intendere o di volere al fine di fargli commettere un reato, del reato commesso dalla persona resa incapace risponde chi ha cagionato lo stato di incapacità";
- b) nel caso previsto dall'articolo 111 c.p.: "Chi ha determinato a commettere un reato una persona non imputabile, ovvero non punibile a cagione di una condizione o di una qualità personale, risponde del reato da questa commesso...";
- c) allorché un individuo commette un reato, perché tratto in errore dall'altrui inganno (articolo 48 c.p.);
- d) quando una persona commette un reato per esservi stata costretta da altri mediante violenza fisica o minaccia (articolo 46 e 54, ult. cpv.).

Nelle ipotesi sopra enunciate si sostiene che autore del reato possa indicarsi solamente colui che sia penalmente responsabile: in pratica questi assume la figura dell'autore mediato, mentre l'esecutore materiale diviene semplice "strumento": strumento che può definirsi "passivo" nel caso si tratti di un incapace oppure "doloso" nelle altre ipotesi.

2.2.2 *La realizzazione dell'elemento oggettivo di un reato*

La natura medesima della compartecipazione criminosa richiede che taluno dei concorrenti abbia posto in essere l'elemento oggettivo di un reato; cioè che almeno uno dei soggetti, e precisamente l'autore *stricto sensu*, abbia realizzato il fatto materiale che è individuato nella norma incriminatrice. Si aggiunga, per migliore scienza, che siccome non è punibile solo il reato consumato ma anche quello tentato, il minimo indispensabile è che siano stati posti in essere gli elementi oggettivi del tentativo. Tal ultima considerazione non è che una conseguenza del sistema del diritto vigente laddove risulta soggetto a sanzione penale non qualsivoglia atto esteriorizzante il proposito di compiere un illecito penale, ma solo quell'atto idoneo e diretto in modo in equivoco a realizzarlo. Finché tale atto non sia compiuto, ci si trova al di fuori della punibilità.

Naturalmente al principio di cui sopra intervengono alcune norme mitigatrici contenute nell'articolo 115 c.p. che, salvo disposizioni contrarie, prevede non si faccia luogo a punizione:

qualora due o più individui si accordino allo scopo di commettere un reato e questo non sia commesso (1° comma)

qualora taluno istighi altri a commettere un reato che non venga commesso, tanto nel caso che l'istigazione sia accolta, quanto nel caso che non lo sia (3° e 4° comma).

Ciò significa che il puro accordo e la semplice istigazione a commettere un illecito penale nel nostro ordinamento giuridico rappresentano qualcosa di meno del tentativo e, perciò, vanno esenti da pena.

2.2.3 *Il contributo causale alla verifica del fatto*

Congiuntamente ai requisiti sopra descritti, affinché possa parlarsi di compartecipazione criminosa è necessario che il soggetto abbia recato un contributo causale al verificarsi del fatto criminoso.

L'attività che specializza ed individua il concorso, infatti, è altresì rappresentata da qualsiasi contributo, tanto materiale quanto psicologico, consapevolmente apportato a tutte, o anche soltanto ad alcune delle varie fasi realizzative, organizzative o esecutive dell'illecito.

In ordine alla partecipazione psichica (o morale) nella fase ideativa del reato, si deve ritenere che anche il semplice consiglio e persino l'apparente dissuasione siano sufficienti quando abbiano rafforzato nella persona, a cui ci si è rivolti, il proposito di delinquere. Da ciò deriva che

l'azione del reo a livello concorsuale deve, in qualche modo, rendere più probabile il reato o favorirlo, non sussistendo responsabilità penale nel caso in cui il destinatario dell'azione istigatrice sia già fermamente determinato a commettere il crimine⁶. Per contro, non vi è concorso quando l'individuo che riceve il consiglio o l'esortazione era già definitivamente risoluto a commettere il delitto (*omnimodo facturus*).

Volendo tentare una definizione possiamo affermare che “ può parlarsi di concorso morale ogni qual volta in cui un soggetto, diverso dall'esecutore materiale, nella fase preparatoria ed ideativa del reato rafforza nell'altro il proposito ed il disegno criminoso, configurando i mezzi per realizzarlo ovvero assicurando l'assistenza e l'aiuto prima o dopo la sua consumazione”.

Pur tuttavia poiché il concorrente morale è persona diversa dall'esecutore materiale, appare indispensabile, ai fini della prova penale di responsabilità, che il giudice del merito indichi i collegamenti tra l'uno e l'altro soggetto, non trascurando di precisare come e perché il reato stesso si sia realizzato proprio in conseguenza ed in virtù di quegli incentivi e di quelle determinazioni. In definitiva il giudice deve indicare il rapporto di causalità efficiente fra attività incentivante del concorrente morale e quella posta in essere dall'autore materiale del reato⁷.

La Suprema Corte ha, fra l'altro, ritenuto che ai fini della configurabilità del reato “...non sia necessaria l'esplicazione di un'attività insostituibile ben potendo – i diversi rapporti eziologici – atteggiarsi in termini di semplice utilità o di maggiore sicurezza rispetto al risultato finale dell'azione. Va ritenuto pertanto, il concorso morale predetto anche tutte le volte in cui un soggetto, diverso dall'esecutore materiale del reato, abbia in qualche modo rafforzato il proposito criminoso di quest'ultimo mediante parole, atteggiamenti o comportamenti suscettibili di essere considerati o valutati come contributo causale alla realizzazione dell'evento”⁸.

Importante ai fini di questo breve studio è cercare di individuare la linea di demarcazione fra concorso nel reato punibile ai sensi dell'articolo 110 c.p. e la “connivenza”, cioè la semplice conoscenza del fatto che altri stanno per commettere o commettano un reato, che come tale non è sufficiente a

⁶ Cfr. Cass. Pen. 5 dicembre 1984, in *Cass. Pen.*, 1984, p. 1310 – 11

⁷ Cfr. Cass. Pen. 1 luglio 1983, in *Cass. Pen.*, 1984, p. 1934

⁸ Cfr. Cass. Pen. 4 dicembre 1989, in *Cass. Pen.*; 1991, p. 406.

dar vita ad una forma di concorso anche in considerazione, fra l'altro, che nel diritto positivo vigente non esiste per i cittadini un'obbligazione generica di impedire la commissione di reati.

Secondo autorevole giurisprudenza tale distinzione va individuata osservando che la connivenza postula che l'agente mantenga un comportamento meramente passivo, la condotta di partecipazione, invece, deve manifestarsi in un comportamento che arrechi un contributo alla realizzazione del delitto, sia pure mediante il rafforzamento del proposito criminoso degli altri concorrenti, o di agevolazione dell'opera degli altri concorrenti, o che l'agente, per effetto della sua condotta a facilitarne l'esecuzione, abbia aumentato la possibilità della sua produzione, perché in forza del rapporto associativo diventano sue anche le condotte partecipative.

Pur tuttavia è appena il caso di ricordare che l'articolo 110 c.p. è applicabile anche ai sindaci, i quali concorrono con l'amministratore in un reato proprio di quest'ultimo per il solo fatto di conoscerne la qualifica⁹. Di conseguenza nell'attività di sindaco è difficilmente ipotizzabile un concorso ex articolo 117 c.p. (non conoscenza della qualifica dell'intra-neo).

Se tutt'altro che pacifico è il concorso doloso in fatto colposo, oggetto di notevoli dispute è l'opposto caso del concorso colposo nel fatto doloso da altri realizzato.

Infatti non di rado la responsabilità penale del professionista (consulente o sindaco) deriva da colpose omissioni nel controllo dell'operato degli amministratori, i quali dolosamente commettono un reato.

Certamente la questione non si pone per le fattispecie che richiedono il dolo per la loro rilevanza (regola generale per i delitti): in tali casi, infatti, la mera responsabilità colposa sarebbe penalmente irrilevante (ad esempio: non è possibile il concorso colposo nel delitto di false comunicazioni sociali). In ambito di fattispecie contravvenzionali, invece, e si pensi a molti reati tributari nei quali la responsabilità può sussistere indifferentemente a titolo di dolo o di colpa (articolo 42 c.p.), la problematica appare di rilevanza, tutt'altro che teorica.

⁹ Cfr. Grasso, *Commentario sistematico del Codice Penale*, vol. II, Milano, 1990, p. 209; Insolera, voce "Concorso di persone nel reato", in *Dig. Disc. Pen.*, vol. II, Torino, 1988, p.492; In Giurisprudenza: cfr. Cass. 1 luglio 1961, in *Giust. pen.*, 1961, II, p. 978; *Cass. Pen.*, 1 luglio 1964, in *Riv. Pen.*, 1965, II, p. 1255; *Cass. Pen.*, 22 aprile 1989, in *Cass. Pen.*, 1991, p. 61.

Infatti, proprio muovendo dagli articoli 42, secondo comma, e 113 c.p. si è indicata tale forma di concorso che violerebbe il carattere personale della responsabilità penale. Si ritiene infatti, come già sopra scritto, che ogni cittadino abbia semplicemente il dovere di “evitare soltanto i pericoli derivanti dalla propria condotta, mentre non si ha l’obbligo di impedire i comportamenti pericolosi di terze persone altrettanto capaci e responsabili”.

Da tali considerazioni si conclude che non possono essere definite colpose, in base alla mera prevedibilità dell’evento, quelle azioni le quali sono pericolose non in sé stesse, ma semplicemente perché forniscono ad altri l’occasione di delinquere.¹⁰

Non rilevanti problemi si presentano, invece, nell’ammettere il concorso colposo in delitto colposo, espressamente previsto dall’articolo 113 c.p. (quale, ad es., concorso del sindaco nel reato di cui all’articolo 217, punto 4, L. fallimentare).

2.2.4 La volontà partecipativa alla commissione dell’illecito

Riguardo, invece, alla volontà di cooperare alla realizzazione del fatto criminoso, dottrina e giurisprudenza sono concordi nel ritenere che per potersi parlare di compartecipazione criminosa, oltre ai requisiti sopra esaminati, occorre un fattore psicologico composto da due distinti elementi:

1. la conoscenza o la rappresentazione delle azioni che altre persone hanno esplicitato, esplicano o esplicheranno per la realizzazione del fatto ipotizzato;
2. la volontà di contribuire col proprio operato al verificarsi del fatto medesimo.¹¹

La consapevolezza del concorso altrui è indispensabile, perché gli effetti delle azioni umane sono innumerevoli e spesso si intrecciano fra loro, concorrendo a determinare gli stessi risultati. Se i vari soggetti operano all’insaputa l’uno dall’altro, le rispettive azioni difettano di ogni legame e, perciò, non possono dar vita a quel complesso unitario che è nell’essenza stessa del concorso.

¹⁰ Cfr. Fiandaca, Musco, *Diritto Penale, Parte Generale*, Bologna 1995, p. 459; cfr. anche Insolera, voce *Concorso*, *cit.*, p. 477.

¹¹ Cfr. F. Antolisei, *Manuale di Diritto Penale*, *cit.*, p. 561 e segg.

Non si ha, in questo caso, compartecipazione criminosa, ma due fatti distinti che importano separate responsabilità.

Occorre, oltre all'elemento di cui sopra, anche la volontà di contribuire col proprio operato alla realizzazione del fatto. Tale requisito è indispensabile, perché altrimenti farebbe difetto quella convergenza ad un unico risultato, che consente di accomunare a tutti i compartecipi e propria di ciascuno di essi l'attività che ha dato origine al reato.

Anche in questo tema è intervenuta una perspicua sentenza della Cassazione la quale ha affermato che "...la sussistenza del concorso di persone nel reato – nelle sue componenti di contributo causale e di cosciente e volontaria partecipazione – postula che il contributo del partecipe sia tale da costituire il supporto necessario alla realizzazione criminosa, conosciuto ed apprezzato dall'autore del reato, sicché i partecipi siano consapevoli della situazione di fatto in cui operano e vogliono contribuire, ciascuno per la sua parte, alla realizzazione dell'evento antigiuridico".¹²

2.3 La responsabilità ex articoli 40 e 48 c.p.

Uno sguardo alle disposizioni contenute nel secondo comma dell'articolo 40 c.p. e nell'articolo 48 stesso codice appare doveroso al termine di questa illustrazione.

E' opinione pressoché pacifica in dottrina ed in giurisprudenza che il concorso omissivo abbia il proprio fondamento normativo nel combinato disposto degli articoli 40 cpv. e 110 c.p.

Come già ricordato in precedenza, il secondo comma dell'articolo 40 c.p. stabilisce che "non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo".

Con tale norma il legislatore, dopo aver previsto al comma precedente la necessità di un nesso condizionale tra condotta del reo ed evento cagionato, disciplina le situazioni nelle quali un "evento" consegue all'inerzia del reo.¹³

Come immediato corollario si afferma che l'articolo 40 cpv. codice penale sarebbe applicabile esclusivamente nelle ipotesi di reato dotate di evento naturalistico, la cui integrazione comporti la modificazione del "mondo

¹² Cass. Pen., 5 luglio 1989, in *Cass. Pen.*, 1991, p. 1360.

¹³ Cfr. per tutti, Sgubbi, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Padova, 1975, p.115; Fiandaca, Musco, *Diritto penale*, cit. p. 539-540; L.A. Ferrari, *La causalità nell'omissione...*

estriore”. In tali reati, in altri termini, l’evento è un effetto naturale della condotta umana, un *quid* diverso e distinto dal comportamento umano: un fatto staccato dal comportamento stesso e, perciò, esteriore all’uomo.

In tema di concorso di persone nel reato, il concetto di evento viene, invece, dilatato fino a comprendervi il reato commesso da altri.

Le ricadute sul piano pratico di tale ricostruzione sono di notevole spessore, in quanto non tutte le fattispecie penali sono dotate di evento naturalistico. In particolare, in ambito penale economico, a fronte di una minoranza di ipotesi di reato provviste di evento, si contrappone un’ampia maggioranza di reati privi di esso.

Infatti, e senza pretese di completezza, reati dotati di evento sono certamente la bancarotta fraudolenta documentale (articolo 216, primo comma, n. 2 l. fallimentare) e la frode fiscale realizzata per mezzo della distruzione delle scritture contabili (articolo 4, lett. b, l. 516/1982), mentre si discute se e quali ipotesi di bancarotta fraudolenta patrimoniale lo siano.¹⁴

Certamente di mera condotta sono la bancarotta semplice documentale (articolo 217, secondo comma, l. fallimentare), il delitto di false comunicazioni sociali (articolo 2621 c.c.), la maggior parte dei reati societari e tutte le fattispecie tributarie meramente omissive, ecc.

Per quanto, infine, concerne l’articolo 48 c.p. ai sensi del quale se un soggetto commette per errore un reato in quanto ingannato da altri, del reato commesso risponde l’ingannatore, si osservi che tale fattispecie si appalesa di particolare importanza nell’ambito della redazione del bilancio e degli altri atti societari, nei casi in cui il professionista commetta un errore o rediga un documento falso in quanto ingannato dal proprio cliente che gli comunica dei dati oggettivamente falsi. In detta situazione, allorché il professionista non poteva avvedersi delle anomalie nonostante l’impiego della propria diligenza professionale, non potranno ad esso essere ricondotte specifiche responsabilità penali proprio per la carenza dell’aspetto soggettivo del reato.

E’ di tutta evidenza, inoltre, che per l’esenzione da pena della vittima dell’inganno occorre che l’errore sia essenziale ed incolpevole. Anche qui,

¹⁴ Cfr. le diverse tesi di Conti, *I reati fallimentari*, Torino, 1991, p. 110 e segg.; Giuliani-Balestrino, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, Milano, 1991, p. 391. Per un compendio delle diverse posizioni, cfr. Carreri, *I reati di bancarotta*, Milano, 1993, p. 68.

se l'errore è tale da autorizzare rispetto alla persona stessa un rimprovero di imprudenza o negligenza, può sussistere nei suoi confronti una responsabilità per colpa.¹⁵

3. Il delitto di falso in bilancio: caratteristiche e fisionomia

3.1 Introduzione

Il “falso in bilancio” (espressione oramai entrata nel linguaggio comune ma impropria e riduttiva) è il delitto più significativo dell'intero, eterogeneo, panorama penale societario.

Esso, che in sostanza costituisce un caso di falsità ideologica in scrittura privata eccezionalmente sanzionata¹⁶ è stato da tempo scomposto, analizzato e vagliato dagli studiosi, benché, almeno fino agli anni '70, vi fossero scarsi riscontri giurisprudenziali.

Ad onta del suo mezzo secolo di vita formale, il delitto sta vivendo, attualmente, la sua migliore giovinezza, portato alla ribalta dagli organi investigativi, nell'ambito dei procedimenti per corruzione che hanno caratterizzato, negli ultimi anni, la vita politica, economica e giudiziaria del nostro paese.

3.2 Le origini storiche

L'articolo 2621 codice civile nella sua attuale formulazione, rubricato False comunicazioni ed illegale ripartizione di utili o di acconti sui dividendi, recita: “salvo che il fatto costituisca più grave reato, sono puniti con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa da due milioni a venti milioni:

1) i promotori, i soci fondatori, gli amministratori, i direttori generali, i sindaci ed i liquidatori, i quali nelle relazioni, nei bilanci o in altre comunicazioni sociali, fraudolentemente espongono fatti non corrispondenti al vero sulla costituzione o sulle condizioni economiche della società o nascondono in tutto o in parte fatti concernenti le medesime....”

¹⁵ Cfr. F. Antolisei, *cit.*, p. 415; V. Padovani, *L'errore su l. penale determinato dall'altrui inganno e la estensione analogica dell'articolo 48 c.p.*, in *Riv. It.*, 1982, 1630.

¹⁶ Cfr. Cass. Pen. Sez. I, 30 ottobre 1996, in *Riv.dir.pen.*, 1997, p. 431; in dottrina, Delitala, *Il dolo nel reato di falsità in bilancio*, in *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, 1976, II, p. 821.

La norma, che storicamente si rinviene negli articoli 246 e 247 n. 1 del codice di commercio del 1882, ha il precedente più prossimo nel r.d.l. 30 ottobre 1930 n. 1459, il cui articolo 2 n. 1, come modificato dalla l. di conversione del 4 giugno 1931 n. 600, puniva “con la reclusione da tre a dieci anni e con la multa da lire diecimila a centomila: 1) i promotori, gli amministratori, i direttori, i sindaci ed i liquidatori delle società commerciali che, nelle relazioni o comunicazioni fatte al pubblico o all’assemblea o nei bilanci, fraudolentemente espongono fatti falsi sulla costituzione o sulle condizioni economiche delle società o nascondono in tutto o in parte fatti concernenti le condizioni medesime...”

Rispetto alla precedente formulazione del codice di commercio, nella descrizione della fattispecie compariva l’avverbio fraudolentemente – poi trasfuso anche nella formulazione attuale – in sostituzione dello scomparso e meno pregnante scientemente¹⁷; inoltre, al particolare inasprimento della pena detentiva seguiva la scomparsa della clausola di riserva (posto che non vi era alcuna forma di truffa o falsità ideologica sanzionata più severamente dal codice penale). Dopo poco più di un decennio di vigenza, ma con limitatissima applicazione, la norma confluiva nell’articolo 2621 del codice civile del 1942, subendo alcune trasformazioni: a parte il mutamento – solo apparente a dispetto delle contrarie indicazioni incluse nella Relazione del Ministro al codice civile, n. 1060 – della locuzione “fatti falsi” con quella attuale, di “fatti non rispondenti al vero” ed oltre al riferimento ai soli “direttori generali” anziché al “direttori”, la più recente descrizione della fattispecie vedeva colmare la precedente lacuna con l’inclusione dei soci fondatori tra i soggetti attivi del reato e, soprattutto, assisteva alla soppressione del riferimento ai destinatari delle comunicazioni penalmente sanzionate, con la sostituzione della locuzione “fatte al pubblico o all’assemblea” con l’aggettivo “sociali”.

E’ quella appena descritta la formulazione attualmente vigente del delitto in esame, non investendo la novella costituita dall’articolo 31 del d.p.r. 10 febbraio 1986 n. 30 le false comunicazioni sociali ma solo la diversa figura criminosa della illegale distribuzione di acconti sui dividendi di cui al n. 3 dello stesso articolo 2621, primo comma, c.c.

¹⁷ Cfr. Relazione Solmi e Fera alla Camera dei Deputati del 25 aprile 1931, in *Riv. Dir. Comm.*, 1931, I, p. 259 e segg.

3.3 Gli interessi tutelati: l'impostazione plurioffensiva della giurisprudenza e le concezioni monoffensive della dottrina

L'individuazione degli interessi (o dell'interesse) protetti dal delitto di false comunicazioni sociali riveste una concreta rilevanza pratica.

Il momento funzionale dell'identificazione del bene giuridico salvaguardato costituisce uno dei canoni fondamentali dell'attività dell'interprete, tanto più in casi in cui i contorni della fattispecie di reato non sembrano rigorosamente delineati; ritenere tutelati uno o altri interessi comporta, invero, notevoli differenze in punto di estensione del campo applicativo della disposizione.

E' opportuno rilevare come, anche in tempi recenti, fosse controversa in dottrina la funzione esegetica ascrivibile alla nozione di bene giuridico; vi è stato chi, da un lato, ha sostenuto che il modo dell'offesa nella sua tipicità non può essere determinato se non in relazione ad esso e che il tipo di comportamento esprime il suo disvalore tipico¹⁸; per contro, altri ha ritenuto che, poiché la l. descrive la condotta e non il bene, quest'ultimo può venire in luce solo nei limiti in cui sia stata delineata la prima¹⁹.

A ben vedere, entrambe le posizioni sono sostanzialmente corrette: per un verso, infatti, è assurdo pretendere di ricostruire la condotta tipica senza fare riferimento al bene giuridico tutelato; d'altro canto, l'identificazione dell'interesse protetto non può essere svincolata dagli elementi descrittivi della fattispecie legislativamente previsti; un percorso ermeneutico diverso sarebbe pericoloso, potendo approdare a valutazioni metagiuridiche, affrancate dalla previsione normativa.

In sostanza le diverse posizioni esprimono i due momenti logici e non cronologici che devono caratterizzare l'attività esegetica²⁰.

Un punto fermo, in tale diversità di opinioni, può essere rinvenuto nella posizione della giurisprudenza.

La Suprema Corte di Cassazione, mutuando la tesi sostenuta in dottrina, tra i primi da Antolisei²¹, è costante nell'affermare che il reato di false

¹⁸ Cfr. Patalano, *Bene giuridico e dolo nel delitto di false comunicazioni sociali*, in *Foro Pen.*, 1968, p. 203.

¹⁹ Cfr. Ramacci, *La falsità ideologica nel sistema del falso documentale*, Napoli, 1965, p. 215.

²⁰ Cfr. La Monica, *Diritto penale commerciale*, II, 1988, p. 241.

²¹ Cfr. F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, I, p. 45, il quale ritiene un pregiudizio il volere vedere sempre e comunque un solo interesse oggetto di tutela della norma penale.

comunicazioni sociali è plurioffensivo poiché lede o pone in pericolo una pluralità di interessi aventi portata diversa.

Interessi patrimoniali (della società, dei soci e dei terzi) e fede pubblica o veridicità delle comunicazioni sociali ovvero, in alternativa, interesse generale al corretto funzionamento delle società commerciali, sono dunque i beni giuridici che, secondo la giurisprudenza, caratterizzano l'affermata plurioffensività del delitto di false comunicazioni sociali.

L'impostazione plurioffensiva è stata oggetto di critiche ed è attualmente rifiutata da larga parte della dottrina favorevole all'opposta concezione monoffensiva²².

I "monoffensivisti" muovono alla avversata opinione la consistente obiezione di trasferire sul piano dell'oggetto della tutela considerazioni attinenti la meritevolezza della pena di determinati comportamenti, pregiudicando così, di fatto, la funzione garantista della categoria del bene giuridico²³; ciò soprattutto alla luce dell'affermazione, ricorrente fra i "plurioffensivisti", che perché si possa ritenere perfettamente integrato il reato è sufficiente che sia stato in concreto leso anche uno solo degli interessi tutelati dalla norma.

Altra parte della dottrina, sulla scia del crescente rilievo che l'informazione societaria è andata assumendo nel nostro ordinamento positivo, alla luce sia delle nuove norme in tema di redazione del bilancio, sia della legislazione speciale di questi ultimi anni, è giunta ad identificare il bene giuridico protetto dalla norma nell'interesse "alla veridicità e completezza dell'informazione societaria"; in una parola, efficacemente, nell'interesse alla "trasparenza"²⁴.

La giurisprudenza, se pure consolidata nell'indirizzo plurioffensivo, non è scevra da suggestioni monoffensive, affioranti di tanto in tanto.

Così è dato da l.re che il delitto di false comunicazioni sociali è posto "a tutela di una pluralità di interessi facenti capo alla società commerciale, ai

²² Per una puntuale analisi delle diverse tesi si rinvia a Napoleoni, *I reati societari, III, Falsità nelle comunicazioni sociali e agiotaggio societario*, Milano 1996.

²³ Cfr. Musco, *La società per azioni nella disciplina penalistica*, in *Trattato delle società per azioni*, a cura di G.E. Colombo - G.B. Portale, 9, I, Torino, 1994, p. 232; Bricola, *Lo statuto penale dell'impresa: profili costituzionali*, in *Trattato di diritto penale dell'impresa* diretto da Di Amato, vol. I, Padova, 1990, p. 129 e ss.

²⁴ Cfr. Pedrazzi, *Società commerciali (disciplina penale)*, in *Digesto delle discipline penali*, p. 352.

soci, ai terzi comunque interessati...”,²⁵ affermazione che si avvicina alle note concezioni patrimonialistiche; oppure “che ha per oggetto la fede pubblica documentale”²⁶, che tuttavia “può ledere interessi eterogenei sia interni che esterni al rapporto sociale”; ovvero, ancora, che tutela “la veridicità e completezza delle comunicazioni sociali per il leale esercizio dell’attività economica...”²⁷.

In realtà le pronunce apparentemente multiformi con le quali la giurisprudenza individua gli specifici interessi tutelati, sia nell’ambito dell’affermazione plurioffensiva sia, a maggior ragione, nelle rare pronunce a colore monoffensivo, devono essere interpretate con estrema cautela; deve dubitarsi, invero, che alla varietà di formulazioni corrispondano reali differenze interpretative, sembrando piuttosto che gli enunciati modellino lo stesso concetto, ponendo in risalto l’aspetto che maggiormente rileva in relazione al singolo caso deciso.

Tuttavia si ritiene, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, che la persona offesa dal reato è il soggetto titolare del bene giuridico protetto, mentre quella danneggiata è il soggetto che abbia riportato un danno eziologicamente riferibile alla condotta del soggetto attivo, senza che, pertanto i due soggetti, offeso e danneggiato, debbano essere sempre coincidenti.

Di conseguenza, sul piano processuale, la persona offesa che non abbia subito danni, pur essendo titolare del bene protetto, non può costituirsi parte civile nel processo penale, legittimazione che, invece, spetta alla persona danneggiata anche se non portatore dell’interesse giuridico tutelato dalla norma incriminatrice.

Ebbene, l’adesione acritica ad una concezione plurioffensiva porta con sé la diretta conseguenza che, accanto alla società, anche i soci ed i creditori sociali titolari di analoghi interessi dovrebbero essere ritenuti persone offese dal reato.

Le assurdità che deriverebbero sul piano processuale, facilmente immaginabili, impongono di chiedersi se la concezione plurioffensiva non incorra in una confusione, sul piano della tutela, fra bene giuridico primariamente protetto ed interessi-fine mediatamente tutelati e di cui si intravedono,

²⁵ Cass. Pen., sez. V, 19 maggio 1983, Tutolo, in *Foro it.*, 1984, II, p. 304.

²⁶ Cass. Pen., sez. V, 13 gennaio 1981, Rigoni, in *Cass. Pen.*, 1982, p. 645.

²⁷ Cass. Pen., sez. V, 1 dicembre 1982, Rosetti, in *Giust. Pen.*, 1983, II, p. 321.

nella fattispecie, solo i riflessi.

La norma incriminatrice, in altri termini, sembra posta a tutela di interessi che si collocano su piani diversi: su quello mediato vi sono gli interessi patrimoniali della società, dei soci e dei terzi; su quello primario ed immediato vi è l'interesse alla correttezza ed alla trasparente informazione societaria (come evidenzia la più recente legislazione speciale), strettamente connesso – e non potrebbe essere diversamente vertendosi in materia di falso – alla “fede pubblica” societaria intesa come affidamento, da parte dei destinatari della comunicazione, sulla veridicità e completezza del contenuto della stessa.

Proprio in funzione del bene giuridico della trasparenza e della tutela dell'informazione societaria dovrebbe essere ripensata la fattispecie di false comunicazioni sociali, la cui revisione è attualmente allo studio della commissione governativa deputata alla riforma della normativa societaria per le società non quotate.

3.4 Ulteriori elementi caratterizzanti la fattispecie delittuosa

Il reato in rassegna è, inoltre, qualificato quale “reato di pericolo” per la cui configurazione, pertanto, è sufficiente che tanto i soci quanto i creditori sociali ed i terzi siano tratti in inganno dalle false dichiarazioni sulla reale situazione della società, con conseguente paventato pericolo per l'interesse protetto, anche qualora quest'ultimo non sia stato effettivamente lesa.

Inoltre l'illecito rassegnato appartiene alla categoria dei c.d. reati propri, nel senso, cioè, che in genere, può essere commesso solamente da coloro che rivestono, in seno alla società, le qualifiche indicate dall'articolo 2621, comma 1, c.c., e non da altri.

Per ultimo corre l'obbligo di evidenziare che il reato di falso in bilancio e le false comunicazioni sociali sono da inquadrarsi fra i reati delittuosi puniti a titolo di dolo; per conseguenza non appare possibile sollevare responsabilità qualora sia carente la prova adeguata della sussistenza del dolo, cioè di quell'elemento psicologico nel soggetto attivo del reato previsto dal primo comma dell'articolo 43 del codice penale.

A conferma si noti che la già evidenziata esistenza nel corpo della norma dell'avverbio “fraudolentemente” sta a significare la pretesa, da parte della norma stessa, che l'agente sia animato da un proposito di frode determinato dalla volontà di trarre in inganno (*animus decipiendi*) al fine di

conseguire un vantaggio (*animus fruendi aliqua re*), senza che tale atteggiamento determini necessariamente il danno altrui (*animus nocendi*).²⁸

Si osservi, inoltre, che ad integrare i termini del reato di cui all'articolo 2621, primo comma, c.c., non è necessaria l'intenzione di cagionare pregiudizio a terzi, ritenendosi sufficiente la previsione e l'accettazione della possibilità di un danno come elemento correlativo del profitto degli autori o di terzi. Nell'alveo di questo pensiero ricordo l'importantissima sentenza della Suprema Corte che ha ritenuto di intravedere la sussistenza del reato anche nel caso in cui gli amministratori abbiano, nel presentare un bilancio falso, agito al solo scopo di risollevere le sorti della società proponendosi con esso, ad esempio, di ottenere un fido bancario²⁹.

Pur tuttavia il Tribunale di Milano³⁰, discostandosi dall'orientamento giurisprudenziale sopra citato, ha affermato una diversa lettura della norma, interpretando l'avverbio "fraudolentemente" in senso "oggettivo" e non "soggettivo" come fino ad allora aveva fatto la giurisprudenza di legittimità. Esso, secondo il Tribunale e la Corte d'Appello milanese, costituirebbe un dato qualificante della fattispecie oggettiva che significa, semplicemente, "con modalità fraudolente". Tale interpretazione, qualora tendesse a consolidarsi, soprattutto a livello di legittimità, condurrebbe ad un enorme ampliamento della sfera della possibile responsabilità penale poiché per integrare il dolo non sarebbe più richiesto *l'animus decipiendi*, ma diventerebbe sufficiente la semplice coscienza e volontà dell'uso di mezzi ingannatori, ossia, come precisa la sentenza, la "mera coscienza del disvalore del fatto e, cioè, di violare i principi di trasparenza e di veridicità pretesi dall'ordinamento".

3.5 Coinvolgimento del consulente in concorso nel reato di falso e frode

Va preliminarmente osservato che pur essendo il reato di cui all'articolo 2621 un reato cosiddetto "proprio", in quanto i soggetti attivi sono tassativamente indicati dalla norma incriminatrice, esso prevede la possibile incriminazione del professionista attraverso due distinte motivazioni:

²⁸ Cass. Pen. 26 giugno 1980, n. 8045, in *Riv. Pen.*, 1981, p. 106.

²⁹ Cass. Pen. 26 giugno 1980, n. 8045, *cit.*

³⁰ Trib. Milano sez. V, 31 gennaio 1998, n. 1245, in *Guida al diritto*, n. 8, 1998, p. 88 segg. – è la famosa sentenza Cusani.

- a) la prima è quella secondo cui, per giurisprudenza consolidata, l'*extraneus* può sempre concorrere, materialmente o moralmente, nel reato proprio dell'*intraneus* e, cioè, del soggetto tipico direttamente individuato dalla norma incriminatrice;
- b) la seconda è che per quanto riguarda gli amministratori, assume rilievo non già l'aspetto formale della loro qualifica, bensì l'esercizio effettivo delle funzioni inerenti la qualifica medesima, di talché è stato ritenuto responsabile del reato in rassegna anche l'amministratore di fatto, non quale estraneo in concorso con gli organi legali della società, ma nella sua qualità di diretto destinatario della norma³¹.

Mentre non sussistono particolari problemi nell'ambito della situazione in cui il consulente collabori materialmente e consapevolmente con l'amministratore nella predisposizione di un bilancio falso ovvero nella predisposizione di una qualsiasi altra comunicazione sociale (ipotesi di concorso materiale), quale, ad esempio, la relazione degli amministratori accompagnatoria al bilancio medesimo (si ricorda infatti che la nota integrativa è parte integrante del bilancio medesimo con la conseguenza che ogni falsa comunicazione espressa nella nota integrativa identifica un falso in bilancio), ben più problematica appare l'individuazione del concorso morale (istigazione), riconducibile all'ipotesi di cui all'articolo 110 c.p., riguardo alle prestazioni di mera consulenza.

Ciò in virtù del fatto che particolarmente labile e ambiguo appare in molti casi il confine fra l'attività di consulenza volta a prospettare ed illustrare i vari strumenti leciti disponibili per ottenere un determinato risultato e quella che, evidenziando anche le possibili pratiche illecite per raggiungere un determinato obiettivo, finisca per indurre il cliente ad utilizzare le pratiche stesse.

In altri termini la difficoltà sta nell'individuare il confine fra prospettazione obiettiva ed imparziale di una determinata situazione, evidenziando rischi e conseguenze delle diverse possibili soluzioni, lasciando al cliente la piena autonomia di compiere le proprie scelte e la situazione in cui detta esplicitazione genera un effetto in qualche modo "determinante o rafforza-

³¹ Cass., 6 settembre 1993, n. 8419, in *Riv.pen.economia*, 1995, p. 73.

tivo” sulla volontà criminosa del cliente determinando in lui il convincimento interiore di poter adottare quella procedura.

Da quanto ho esposto emerge in tutta evidenza la delicatezza della configurazione del concorso morale del professionista riguardo alla consulenza in trattazione.

In un’ottica pragmatica la situazione è quella dell’imprenditore – amministratore indagato per il reato di cui trattasi, che chiami in causa il proprio consulente sostenendo di aver operato su “suggerimento” ed “indicazione” del professionista.

Ben si comprende che proprio qui, ed al di là degli elementi probatori, nasce la difficoltà di stabilire fino a che punto il comportamento del professionista sia riconducibile alla mera connivenza, come tale non punibile (vedi *ante*), e quando, invece, sconfini nel vero e proprio concorso morale.

Un limite invalicabile alla possibilità di coinvolgimento del professionista è comunque dato dall’elemento soggettivo del reato in questione che, avendo natura delittuosa, deve essere necessariamente costituito dal dolo. Conseguentemente non assumono rilevanza penale i comportamenti di carattere colposo.

A livello giurisprudenziale, nelle invero piuttosto rare pronunce di legittimità, spicca una recente pronuncia della Cassazione secondo la quale “risponde come partecipe di concorso nel reato di false comunicazioni sociali anche l’estraneo che rafforzi la risoluzione criminosa dei coautori della falsificazione dei bilanci e dei libri sociali, formano un quadro della situazione patrimoniale difforme dal vero”.³²

Sul tema più frequenti appaiono gli interventi della giurisprudenza di merito che ha enunciato il criterio oramai consolidato secondo cui sussiste la responsabilità del professionista a titolo di concorso quando la consulenza da questi prestata risulti strumentale alla predisposizione del rendiconto contabile illecitamente redatto.

Su questa linea si è orientato il Tribunale di Roma che ha ravvisato responsabilità concorsuale in capo al professionista allorquando egli suggerisca i mezzi tecnici all’amministratore per impostare il bilancio falso.³³

³² Cass. Pen., sez. II, 12 febbraio 1992, n.5522, in *Cass. Pen.*, 1995, p.1631.

³³ Trib. Roma, ord. 7 luglio 1974, in *Dir. Fall.*, 1975, II, p. 313.

A riguardo non può poi essere omessa una rilevante pronuncia del Tribunale di Torino, che ha imputato il reato di concorso nel reato di falso in bilancio al consulente esterno reo di aver tradotto tecnicamente nel bilancio “le intenzioni e le direttive violatrici del soggetto titolare dell’obbligo di veridicità”.

In altri termini, aggiunge il Foro piemontese, “concorre nel reato colui che suggerisce ed inventa gli artifici contabili mendaci attraverso cui si raggiungono le finalità fraudolente che l’amministratore si è prefisso”.³⁴

Ancora più radicale appare la tendenza della più recente giurisprudenza di merito milanese, secondo la quale la semplice coscienza e volontà dell’uso di mezzi ingannatori integra gli estremi del dolo eventuale che configura la responsabilità per concorso del professionista nei reati di cui all’articolo 2621 c.c. Da detto principio deriverebbe che anche un’attività materiale prestata al di fuori della società, in epoca anteriore alla predisposizione del bilancio, senza un’immediata connessione con esso (tale attività consisteva nel caso in esame, nella messa a disposizione di conti esteri su cui far trasmigrare somme destinate ad essere utilizzate per fini extracontabili)³⁵ può dar luogo ad una responsabilità per concorso nel reato di cui all’articolo 2621, comma 1, c. c.

In altri termini, l’avverbio “fraudolentemente” previsto dal punto 1 del citato articolo, per l’irrogazione di sanzioni penali a promotori, soci fondatori, amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori che, nelle relazioni, nei bilanci, o in altre comunicazioni sociali espongono fatti non rispondenti al vero sulla società, non assumerebbe più il significato soggettivo di frode mista ad inganno finalizzata al vantaggio di chi lo pone in essere ma un significato oggettivo o, cioè, semplicemente di “modalità fraudolente”.

Ancora, secondo il Tribunale meneghino il falso in bilancio si presenterebbe come la necessaria conclusione della condotta, dal momento che il soggetto agente doveva sapere o quantomeno prevedere che gli amministratori della società avrebbero poi commesso un falso in bilancio, omettendo di indicare l’esistenza dei fondi extracontabili che lo stesso avrebbe contribuito ad occultare.

³⁴ Trib. Torino, 7 luglio 1982, in *Giur. Piemontese*, 1983, p. 173 e segg.

³⁵ Trib. Milano, 28 aprile 1994, in *Foro it.*, 1995, II, p. 24.

Secondo detta “pericolosissima” chiave di lettura, quindi, la semplice coscienza e volontà dell’uso dei mezzi ingannatori integra gli estremi del dolo eventuale che configura la responsabilità per concorso del professionista estraneo nel reato di cui all’articolo 2621 c.c., in quanto evento prevedibile di cui si è accettato il rischio.

L’intransigente orientamento del Tribunale ambrosiano è stato (purtroppo) avallato dalla Suprema Corte di Cassazione, che con la recentissima sentenza n. 1245/1998 ha confermato in pieno il concetto di “concorso morale” espresso dalla giurisprudenza di merito. Nella motivazione della sentenza, destinata a divenire “storica” in relazione alla sua portata profondamente innovativa, si legge infatti: “Particolarmente e diffuse sono le censure che il ricorrente muove alla sentenza impugnata con riferimento al riconoscimento della sua partecipazione come estraneo nel reato proprio di false comunicazioni sociali, addebitandogli il concorso morale con gli amministratori della Montedison.

In realtà la Corte d’Appello riconosce che Cusani non partecipò alla redazione dei bilanci, ma sostiene che egli partecipò, invece, alla decisione di costituire la riserva occulta, cui necessariamente dovevano seguire false comunicazioni sociali, contribuendo, così, alla formazione dei dati contabili simulati in base ai quali il falso in bilancio fu redatto.

A questa costruzione il ricorrente obietta che il concorso morale non può esprimersi solo sul piano psicologico, ma esige una condotta materiale che dia un contributo causale mediante determinazione, rafforzamento o agevolazione del proposito criminoso altrui; e sostiene di aver contribuito alla formazione dei dati contabili simulati, non alla loro rappresentazione in bilancio.

Le censure non sono fondate.

Come si è visto ciò che è oggetto di falsa rappresentazione nel delitto previsto dall’articolo 2621 c.c. è la realtà economica della società, non la rappresentazione che possa averne già data la contabilità aziendale. Certo, quando l’addebito di false comunicazioni sociali si riferisce, come nel caso in esame, alla costituzione di una riserva occulta, accade di regola che la documentazione contabile dell’azienda sia stata già redatta in modo da non permettere la ricostruzione della realtà economica che si vuole nascondere. Ma ciò comporta solo che la falsa contabilità serve di supporto alla falsa rappresentazione della realtà sociale offerta dal bilancio, non che sia essa stessa l’oggetto della falsa rappresentazione.

Ne consegue che spesso la possibilità di realizzare complessi artifici contabili idonei ad un'efficace dissimulazione della realtà, è condizione indispensabile della successiva condotta di false comunicazioni sociali, perché tende a garantire che la menzogna non verrà smascherata.

E non pare possa dubitarsi che chi contribuisca a tali artifici contabili, nella prospettiva di una futura dissimulazione di una riserva occulta nei bilanci di esercizio di una società, offra un contributo causale determinante alla condotta criminosa punita dall'articolo 2621 c.c., soprattutto quando le sue capacità tecniche professionali siano tali da rassicurare l'amministratore sull'efficacia del risultato dissimulativo. Sicché non sono censurabili le argomentazioni con le quali i giudici del merito hanno riconosciuto il concorso di Cusani nel falso in bilancio, nel presupposto che proprio la sua notevole capacità tecnica potè rendere attuabile il proposito criminoso degli amministratori, offrendo loro i sofisticati strumenti contabili necessari agli occultamenti realizzati nei tre bilanci oggetto delle contestazioni".

E' evidente che qualora tale orientamento giurisprudenziale venisse a consolidarsi, si determinerebbe un enorme ampliamento della responsabilità penale non solo per i soggetti direttamente coinvolti nella società ai sensi del comma 1 dell'articolo 2621 c.c., ma per tutti coloro, consulenti in prima fila, che con essa vanno ad operare anche solo indirettamente.

Un'altra modalità, peraltro piuttosto frequente, attraverso cui il consulente può essere coinvolto nel reato di cui all'articolo 2621 c.c., pur non rivestendo formalmente le vesti di uno dei soggetti incriminabili ai sensi del primo comma dell'articolo ascritto, è quella in cui lo stesso riveste nell'ambito societario, ed in particolare nella redazione del bilancio, le vesti di amministratore di fatto. Prescindendo dall'ipotesi, che esula da questo campo d'indagine, della società fantasma eventualmente costituita dal professionista con a capo l'ormai famosa "testa di legno", per gestire situazioni ad alto rischio, intendo qui soprattutto riferirmi alla situazione in cui i detentori del capitale di maggioranza abbiano fornito al consulente esterno un mandato a gestire, seppure non nelle vesti formali di amministratore nominato dall'assemblea, conferendogli la possibilità di dirigere la complessiva amministrazione dell'impresa.

Anche in tale veste il rischio penale del professionista appare rilevante, alla luce di una serie di sentenze emesse dalla Suprema Corte nel corso di questi ultimi anni, che hanno chiamato più volte in causa *l'extraneus* nel reato penale commesso dall'amministratore.

Per tale via la Suprema Corte ha, da un lato, stabilito che qualora venga provata l'estraneità alla gestione del rappresentante legale, il reato di false comunicazioni sociali può venire ascritto all'amministratore di fatto³⁶ e, dall'altro, ha sancito che la responsabilità dell'amministratore di diritto può aggiungersi a quella dell'amministratore di fatto in relazione all'omesso controllo che questo avrebbe dovuto esercitare sull'attività dell'amministratore reale³⁷.

In altri termini, il dato formale ha ben poca rilevanza ben potendosi attribuire la qualifica di imprenditore a chi di fatto gestisce l'azienda. Tuttavia il rappresentante legale per poter rimanere indenne da responsabilità dovrà dimostrare la propria buona fede e quindi la propria inconsapevolezza dell'opera delittuosa dell'amministratore di fatto.

Più complesso appare infine individuare la responsabilità del professionista nell'ambito dei reati di cui agli articoli 1 e 4 l. 7 agosto 1982 n. 516.

Mentre nel caso della frode fiscale, in particolare, ricadendo il reato nell'ambito dei delitti, l'incriminazione del professionista dovrà essere provata dimostrando l'esistenza di un preventivo o concomitante accordo criminoso fra consulente e cliente, in quanto il primo non può in nessun caso essere chiamato a rispondere per colpa di un delitto punibile esclusivamente a titolo di dolo, diversa è la configurazione delle responsabilità nell'ambito dei reati contravvenzionali.

In questa tipologia di illeciti si deve osservare, in via preliminare, che nonostante alcune oscillazioni dottrinali, la configurazione del concorso colposo del professionista nei reati contravvenzionali propri del cliente appare ben prevedibile.

Ai fini dell'incriminazione del professionista per tale via, sarà necessario dimostrare che quest'ultimo, nella redazione della dichiarazione del cliente, poteva rilevare, facendo uso di normale diligenza professionale, le irregolarità integranti il reato contravvenzionale.

³⁶ Cass. Pen. 29 dicembre 1994, n. 12965, in *Rass. Tributaria*, 1995, p. 382.

³⁷ Cass. Pen. 6 settembre 1993, n. 8419, in *Riv. Pen. Economia*, 1995, p. 73.

4. Alcune tecniche fraudolente

Fatte le doverose premesse ai paragrafi che precedono, è opportuno soffermare la nostra attenzione sulle tecniche più frequenti attraverso cui il reato, materialmente, si concretizza.

4.1 *Illecite politiche di bilancio*

Non è difficile intuire, specialmente agli addetti ai lavori, come una situazione patrimoniale assai florida possa essere dipinta mediante il ricorso ad illecite politiche di bilancio; tanto intervenendo con artifici nel conto patrimoniale con un fittizio incremento di capitale o annacquamento dello stesso, quanto nel conto economico (artefatto incremento del risultato e distribuzione di utili inesistenti).

Sono quelli descritti degli stratagemmi posti in essere al fine del ricorso al credito, presso enti finanziari o presso terzi, per mascherare perdite di esercizio, sostenere i valori al mercato borsistico ed aumentare la fiducia nel management aziendale.

Pur tuttavia diverse sono le vie percorse nell'alveo del reato in disamine. Si abbiano le seguenti esemplificazioni.

4.1.1 *Invenzione e realizzazione di un archetipo finanziario non rispondente alla realtà*

Pur lasciando immutato il risultato di esercizio, con lo stratagemma in commento l'autore persegue la volontà di ingannare gli analisti degli enti creditizi o finanziari in genere al fine di consentire all'azione il ricorso agevole al credito, mantenendo o incrementando gli affidamenti che, in base alla struttura reale non verrebbero accordati o prorogati³⁸.

In pratica l'artificio consiste in una diversa classificazione fra crediti a breve, crediti a medio e lungo termine e fra debiti con scadenza media e lunga ma, in realtà, a breve.

Non si dimentichi che analogo stratagemma si realizza omettendo di iscrivere fra i conti d'ordine le garanzie prestate dalla società o l'esistenza di particolari rischi patrimoniali che, di fatto, vanno a minare la consistenza patrimoniale e, quindi, a diminuire la "solvibilità" della società stessa.

³⁸ Per il reato di false situazioni penali alle banche v. Cass. Pen., 29 aprile 1980, n. 2119.

4.1.2 Violazione dei principi di correttezza e verità

I contabili esperti sanno che il bilancio di esercizio è, in effetti, una scrittura contabile composta tanto da valori oggettivi che da valutazioni soggettive concentrandosi proprio su questa duplice caratteristica la differenza fra la nozione di “bilancio” e quella di “rendiconto”.

Ora sarà certamente capitato di partecipare a C.d.A. o anche a colloqui riservati con i responsabili amministrativi della società che, praticamente, tendono a forzare la mano su alcune poste soggettive discrezionalmente (ma razionalmente) valutabili.

In questo catalogo si ritrovano, ad esempio, le capitalizzazioni di costi di esercizio che anziché confluire fra le variazioni di esercizio al conto economico vengono impropriamente “capitalizzati” provocando un indebito aumento del capitale “fisso”, tanto nei valori materiali quanto in quelli immateriali: si pensi, ad esempio, alle consulenze tecniche che, avendo utilità nel corso dell’esercizio di sostenimento, vengono invece, con lo stratagemma in commento, spalmate su più esercizi con evidente violazione dei principi di correttezza e di verità.

Altro metodo sofisticato consiste nella sopravvalutazione del magazzino materie (o mancata svalutazione) non rendendolo, quindi, adeguato ai criteri tanto civilistici quanto di prudente apprezzamento dell’andamento ciclico del mercato nei passaggi dalla congiuntura a momenti di espansione.

La politica degli ammortamenti, infine, la fa da regina nel colorito campo degli stratagemmi in rassegna: utilizzo di aliquote ridotte rispetto al reale deperimento dei cespiti, rivalutazione dei medesimi sulla scorta di compiacenti perizie pur nelle obiettive difficoltà, per tal ultima soluzione, conseguenti all’obbligo di indicare in Nota Integrativa le ragioni della deroga al principio di continuità e di omogeneità nelle rendicontazioni e nelle valutazioni.

4.1.3 Omesse rettifiche di poste attive o iscrizione di rettifiche passive

Nella realtà operativa lo stratagemma si concretizza mediante l’omissione di congrua svalutazione di poste iscritte nell’attivo, valorizzate ad un costo storico e non più riflettente la reale situazione creditoria: si pensi alla mancata svalutazione di crediti in presenza di acclarata insolvibilità del debitore o all’omessa svalutazione di partecipazioni in imprese in grave difficoltà o, in alternativa, alla mancata iscrizione di un apposito e

congruo fondo rischi allorquando sia stata iniziata l'azione legale per il recupero di crediti che, ragionevolmente, riveste un notevole grado di incertezza sull'esito positivo. Si vada con la mente, ancora, alla mancata appostazione di apposito "fondo" che abbia ad accantonare l'eventuale somma destinata all'eventuale risarcimento di danni in caso di esito infausto di una controversia (magari relativa a rapporti di lavoro interrotti o rientrante nel contenzioso tributario).

Caso tipico di omesse scritture al passivo è quello, invece, della mancata o incongrua rettifica di ricavi attraverso la loro sospensione o la non sufficiente iscrizione dei Fondi accesi al TFR o di penalità tributarie o previdenziale determinate da ritardi o inadempimenti (e quindi certi sia *nell'an che nel quantum*).

4.1.4 Iscrizioni di fatti economici e finanziari fittizi

Le operazioni in rassegna, che presuppongono nella maggior parte dei casi la complicità di terze aziende, ci concretizzano mediante un'alterazione materiale dei fatti aziendali anche con ricorso a sofisticate tecniche di ingegneria frodatória.

La tavolozza passa dalle vendite fittizie di fine anno, poi stornate a mezzo di apposite note di accredito, magari suffragate da contestazioni "ad hoc" da parte di clienti compiacenti o inesistenti, fino al più raffinato "Back to Back", metodo spesso utilizzato per camuffare operazioni societarie di natura diversa da quella effettivamente perseguita. In tal contesto rientrano, ad esempio, le operazioni di prestito fittizio erogato a società collocate nei c.d. paradisi fiscali allo scopo di inserire crediti inesistenti.

4.1.5 Operazioni aventi contenuto distrattivo

Poiché la fantasia non ha limiti, è possibile assistere a manovre distrattive, poste in essere dagli amministratori, con le quali questi accollano alla società acquisti di beni in effetti distolti dall'attivo societario in assenza di una effettiva contropartita o per scopi estranei all'impresa.

Al di là dei risvolti prettamente tributari di dette operazioni (si pensi ad indebite detrazioni d'IVA o illecita contrazione dell'imponibile fiscale), l'acquisizione e l'iscrizione in bilancio di beni in realtà utilizzati dagli amministratori in proprio o da terzi, oltre che determinare una falsa consistenza patrimoniale, assume un preciso rilievo penale allorquando sopraggiunga, malauguratamente, il fallimento. In tal ultimo caso, infatti,

sui soggetti attivi del reato si configura la bancarotta fraudolenta per distrazione rientrando la fattispecie fra quelle enunciate dall'articolo 216 della L. fallimentare.

5. La costituzione dei c.d. “Fondi neri”

I fatti di cronaca penale commerciale degli ultimi anni hanno evidenziato una certa fantasia nella creazione di falsi in bilancio allo scopo di preconstituirsì delle disponibilità da cui attingere per effettuare pagamenti illeciti.

Si ricordano alcune delle tecniche più utilizzate.

5.1 Ricorso a consulenze o a fatturazione (generica) fittizia

Sono questi gli espedienti più utilizzati dai responsabili amministrativi per costituire disponibilità illecite.

La tecnica consiste nell'utilizzo di parcelle o sovralfatturazioni emesse da consulenti o fornitori di servizi concilianti, aventi ad oggetto consulenze, progettazioni, analisi, studi: cioè attività che possono essere svolte senza l'ausilio di terzi, quali vettori, e senza, quindi, ulteriore documentazione di supporto.

Spesso, fra l'altro, le società emittenti le fatture hanno sede nei c.d. paradisi fiscali al lo scopo, evidente, di minimizzare i costi fiscali.

5.2 Operazioni “estero su estero”

Trattasi di transazioni che originano da compravendite internazionali che consentono alla società residente di vedersi accreditare il “differenziale” fra pagamenti e riscossioni su appositi conti cifrati e non soggetti ai controlli antiriciclaggio.

Praticamente si annoverano due tipologie operative.

Nella prima la società italiana importa beni da una società estera (generalmente allocata sempre nei c.d. paradisi fiscali) concordando una sovralfatturazione dei beni forniti.

La somma che eccede il reale costo dei beni, al netto di un aggio pattuito, viene accantonata dall'esportatore in un apposito conto estero indicato dall'azienda italiana.

Nella seconda troveremo la società italiana che vende all'estero sottofatturando i beni esportati.

Anche qui l'importatore estero pagherà all'esportatore italiano il controvalore fatturato e la differenza non fatturata la accrediterà, come prima, su un conto indicato.

5.3 Operazioni immobiliari

Per operazioni di una certa rilevanza la tecnica più collaudata ricorre a due principali tipologie di operazioni immobiliari attesi, fra l'altro, i costi rilevanti che queste comportano.

Una prima tecnica consiste nell'alienare un immobile o un compendio immobiliare (che spesso appaiono locati a terzi compiacenti con un canone di locazione annuo estremamente basso onde deprimerne fittiziamente il valore venale) ad un prezzo d'atto inferiore al reale, ad un intermediare accondiscendente che, successivamente, magari dopo aver "liberato l'immobile dall'inquilino", lo rivenderà ad un terzo al valore reale di mercato.

Avviene così che il differenziale fra la prima e la seconda vendita (al netto dell'aggio per l'intermediario, ovviamente) verrà riaccreditata alla società, prima alienante, in genere su conti esteri opportunamente indicati.

La seconda tecnica consente la generazione di riserve occulte e prevede la stipula di un contratto preliminare di vendita di un immobile da parte della società a terzo soggetto compiacente ad un valore inferiore a quello di mercato; nell'atto verrà inserita una caparra penitenziale da pagarsi in caso di mancato perfezionamento del contratto. In epoca successiva, poi, il compendio immobiliare in argomento verrà venduto una seconda volta ad un terzo soggetto, ma a valore di mercato con la conseguenza che si realizza il presupposto, con il primo cessionario, del pagamento della caparra penitenziale che verrà, anche qui, opportunamente accreditata, poi, su conti esteri della prima società.

Questo stratagemma genera per la società alienante, oltre che un costo fittizio per la caparra penitenziale, un'ingente provvista di fondi extra-bilancio resisi disponibili alla bisogna.

5.4 Fondi su crediti coperti da assicurazioni

L'artificio consiste nell'assicurare un credito (generalmente originato da cessione di beni e servizi a clienti esteri) e nel far sì, attraverso accordi ad hoc con un cliente estero in stato di apparente insolvenza, che lo stesso risulti insolubile.

In questi casi il credito, di difficilissimo incasso, verrà stralciato in bilancio (al 100% in presenza di sentenza di fallimento del debitore), mentre la società creditrice inserisce in sostituzione del credito inesigibile il risarcimento assicurativo.

Per gli accordi assunti fra le parti, una quota dell'apparente credito inesigibile verrà fatto rientrare attraverso appositi accrediti su conti bancari esteri intestati a prestanomi della società, con evidente danno tanto per l'erario quanto per la compagnia di assicurazione.

6. La tematica attorno alle valutazioni di bilancio

Problema, questo, da sempre dibattuto tanto nella pratica commercialistica quanto nelle sede giudiziarie e dottrinali, esso consiste nel verificare il rispetto dei principi di corretta iscrizione degli utili e delle perdite subite (articolo 2217 c.c.), di verità e correttezza (articolo 2423 c.c.), di prudenza (articolo 2423 bis) ed in generale dei criteri specifici di cui all'articolo 2426.

La giurisprudenza ha avuto modo di affermare che le valutazioni in argomento assumono rilevanza ai fini dell'indagine sulla falsità del bilancio allorquando esse superino ogni limite di ragionevolezza, concretandosi in una valutazione artificiosa mirante ad occultare la reale situazione della società³⁹.

Ma anche più recentemente la Suprema Corte è nuovamente intervenuta chiarendo che laddove il legislatore abbia posto dei parametri di riferimento sufficientemente precisi per la determinazione dei valori, l'attribuzione di criteri e di valutazioni diversi da quelli indicati per l. costituisce di per sé un falso in bilancio⁴⁰.

Secondo la sentenza ultima rassegnata i fatti riguardanti le condizioni economiche della società, e di cui all'articolo 2621 c.c., sono da rinvenirsi e puntualizzarsi non solo nelle singole componenti dell'attivo e del passivo ma anche nelle loro valutazioni, essendo entrambi tali elementi necessari per stabilire se il bilancio sia vero o falso.

Sempre nello stesso alveo di pensiero la Cassazione è successivamente intervenuta stabilendo che la deroga alla rivalutazione del costo storico

³⁹ Cass. Pen. 14 maggio 1976.

⁴⁰ Cass. Sez. V, 19 giugno 1992, in *Cass. Pen.*, 1994, p. 403.

degli immobili deve armonizzarsi con il principio della verità e non costituire un mero espediente finalizzato alla copertura di perdite⁴¹ e che il reato di falso in bilancio viene a configurarsi allorquando, nell'appostazione nel rendiconto di partecipazioni azionarie, si è operata una valutazione al costo storico (maggiore) anziché in base al corrente valore borsistico⁴².

7. Il concorso nei reati penali - tributari

Per una completa trattazione del tema, il reato in questione non può essere scisso dall'illecito tributario, frequentemente ad esso collegato, e cioè alla frode fiscale di cui all'articolo 4 della l. n. 516/1992 così come modificata dalla L. 15 maggio 1991 n. 154 ed alla luce del d. lgs 10 marzo 2000 n. 74, recante nuova disciplina su reati in materia di IVA e di Imposte sui Redditi, adottato ai sensi dell'articolo 9 della L. 25 giugno 1999 n. 205 (in G.U. n. 76 del 31.03.2000).

A mente delle surrichiamate norme risultano penalmente sanzionati i seguenti fatti illeciti:

- a) l'emissione o l'utilizzo di fatture o altri documenti per operazioni in tutto o in parte inesistenti o recanti l'indicazione dei corrispettivi o dell'imposta IVA in misura superiore a quella reale; oppure l'emissione o l'utilizzo di fatture o altri documenti portanti nomi diversi da quelli veri onde ne risulti impedita l'indicazione dei soggetti cui si riferiscono;
- b) l'indicazione nelle dichiarazioni dei redditi ovvero nel bilancio o rendiconto ad esso allegato, di ricavi, proventi od altri componenti positivi di reddito, ovvero spese od altri componenti negativi di reddito in misura diversa da quella effettiva utilizzando documenti attestanti fatti materiali non corrispondenti al vero ponendo in essere comportamenti fraudolenti idonei ad ostacolare l'accertamento di fatti materiali.

Nel primo caso la ratio dell'incriminazione si rinviene nella repressione di condotte idonee, purché finalizzate all'evasione o all'indebito rimborso d'imposta, a porre in pericolo l'interesse a che la funzione di accertamento

⁴¹ Cass. 25 maggio 1993, n. 7918, in Foro It., 1994, II, p. 87

⁴² Cass. 25 maggio 1993, n. 7918, in Foro It., 1995, II, p. 385

fiscale sia esercitata correttamente, a prescindere dalla effettiva, concreta e realizzata sottrazione di materia imponibile.

E' questo un reato di pericolo con dolo di danno che può manifestarsi in diverse modalità.

Nella pratica questo reato (previsto dalla lett. *d*) della L. 516/1992) si concretizza mediante:

- l'emissione e/o l'utilizzo di fatture o altri documenti con l'indicazione di corrispettivo ed IVA in misura superiore a quella reale, da inserire quali "pezze giustificative" per indebiti o illeciti rimborsi da parte di terzi e per abbassare il reddito fiscale dei medesimi;
- la fatturazione a nome di un destinatario inesistente o diverso dal reale con la conseguenza di occultare il reale acquirente dei beni consentendogli, quindi, di rivendere i beni stessi in nero; conseguentemente colui che risulterà acquirente sarà creditore dell'erario per una somma che non ha versato;
- il ritardo nel pagamento dell'IVA a favore di una terza società attraverso l'emissione di fatture per operazioni inesistenti e la contemporanea emissione di note di credito correttive, in modo da differire fraudolentemente i tempi di versamento.

Nel secondo caso, cioè nel reato di cui alla lettera *f*) dell'articolo 4, va evidenziato come il legislatore, recependo una storica sentenza della Corte Costituzionale, la n. 35/1991, giunta in un momento di enorme incertezza giudiziaria, abbia stabilito che, al fine della configurazione del reato in disamina, è necessario che le false indicazioni nel mod. 760 siano supportate da una documentazione contabile non veritiera, non essendo sufficiente, come invece stabiliva la disciplina previgente a cui si era adeguata la Cassazione⁴³, la semplice simulazione o dissimulazione reddituale.

A più chiare lettere, oggi il reato di frode fiscale si configura allorquando viene presentata una dichiarazione dei redditi societari redatta sulla base di un bilancio il cui risultato sia stato fraudolentemente compresso utilizzando documenti fittizi o comunque con importi non veritieri (caso tipico è quello dell'utilizzo di fatturazione per operazioni inesistenti o superiori al reale).

Si noti che, per bizzarria della sorte, se in sede di inventario una società indica 10.000 pezzi di un bene anziché 11.000 configura un reato fiscale

⁴³ Cass. Ss Uu., 6 luglio 1990, in *Cass. Pen.*, 1991, p. 45.

in quanto viene attestato un fatto materiale diverso dal vero, mentre qualora porti a bilancio un esatto numero di pezzi ma ad un valore estremamente basso rispetto al reale non sussistono gli estremi della frode fiscale.

8. Rapporti e connessioni fra i reati di cui all'articolo 2621 c.c. e la frode fiscale

Prima del d.p.r. 20 gennaio 1992 n. 23, che ha concesso l'amnistia per i reati tributari tanto per IVA che per II.DD., l'orientamento dominante tanto in giurisprudenza quanto in dottrina prevedeva che il reato di falso in bilancio, punito penalmente dall'articolo 2621 c.c., non fosse determinabile allorquando fosse consumato al fine esclusivo della frode fiscale.

Si dava all'avverbio "fraudolentemente" contemplato al punto 1 dell'articolo 2621 un significato di danno doloso nei confronti della società, dei soci e dei terzi diversi dal fisco.

Dal che gli interessi erariali non rientravano fra quelli tutelati dal codice civile in quanto, ai sensi del principio di specialità previsto dall'articolo 15 del c.p.⁴⁴, si è sempre attribuito alla normativa tributaria il requisito della specialità.

Secondo il principio che precede, il dolo specifico diretto alla frode fiscale non avrebbe riflessi in un'ottica civilistica poiché il fisco non rientra fra i terzi creditori che la norma intende tutelare, in quanto un falso di questo tipo, generalmente improntato al risparmio fiscale, non solo non avrebbe a comportare un danno per la società, i soci ed i terzi, anzi per questi ne comporterebbe un beneficio risultandone beneficiata e rafforzata la struttura finanziaria e patrimoniale della società.

Con il d.p.r. n. 23/1992 tale posizione è tramontata con la conseguenza che il falso in bilancio civile diviene ugualmente ipotizzabile allorquando questo sia animato esclusivamente dal fine di frodare il fisco.

Pur tuttavia corre l'obbligo di osservare come avendo i vari provvedimenti di amnistia trovato la loro base motivazionale nel recupero di imposta da parte dell'erario, potrebbe essere eccessivo attribuire al d.p.r. n. 23/1992

⁴⁴ Articolo 15 c.p.: "Quando due o più leggi penali o più disposizioni della medesima l. penale regolano la stessa materia, la l. o la disposizione di l. speciale deroga alla l. o alla disposizione di l. generale, salvo che sia altrimenti stabilito"

una valenza decisiva nella definizione della controversa interpretazione. Tanto più che qualche Tribunale, dopo l'emanazione del d.p.r. n. 23/1992, si è pronunciato ancora per l'esclusione del reato di false comunicazioni sociali quando l'omissione delle annotazioni consegua lo scopo di frodare il fisco⁴⁵.

9. Il favoreggiamento e la collusione

Il concorso fra i reati societari e tributari realizzati dal proprio cliente, potrebbe porre il professionista nel rischio di essere chiamato a rispondere del reato per altre vie: in particolare il "favoreggiamento" e la "collusione".

9.1 Il favoreggiamento

Il Codice penale distingue due forme di favoreggiamento: quello personale (articolo 378, co. 1 c.p.) e quello reale (articolo 379 co.1 c.p.).

Nella prima tipologia risponde di favoreggiamento "chiunque dopo che fu commesso un delitto per il quale la l. stabilisce l'ergastolo o la reclusione, e fuori dei casi di concorso del medesimo, aiuta taluno ad eludere le investigazioni dell'autorità, o a sottrarsi alle ricerche di questa è punito con la reclusione fino a quattro anni".

Risponde invece di favoreggiamento reale ex articolo 379, 1° co. c.p., "chiunque fuori dei casi di concorso nel reato (110) e dei casi previsti dagli articoli 648, 648.bis e 648-ter (ricettazione e riciclaggio) aiuta taluno ad assicurare il prodotto o il profitto o il prezzo di un reato". In tale ipotesi il reo è punito con la reclusione fino a cinque anni se si tratta di delitto, e con la multa da lire centomila a due milioni se si tratta di contravvenzione. Dalle due norme citate deriva la differenza fra concorso e favoreggiamento.

Il concorso, infatti, si configura nella fase precedente o concomitante il compimento dell'illecito, il favoreggiamento viene alla luce successivamente all'epoca di commissione del reato, nella situazione in cui già l'autorità giudiziaria indagherà (o possa indagare), sull'autore o sul sospettato del reato e, ciononostante, si aiuti detta persona ad eludere le investigazioni dell'autorità stessa, intralciando o sviando il regolare corso

⁴⁵ Trib. Venezia, 2 febbraio 1994, in *Giur. it.*, 1995, II, p. 268.

dell'autorità giudiziaria⁴⁶.

Da sottolineare nella fattispecie che poiché possa configurarsi il reato in questione non si reputa necessario che gli organi giudiziari siano effettivamente fuorviati né che l'intento di far eludere le indagini si sia effettivamente realizzato, in quanto si tratta di un reato di pericolo ed è, quindi, sufficiente il dolo generico⁴⁷.

Nell'ambito della consulenza professionale gli estremi del favoreggiamento potrebbero intravedersi qualora si ritenesse che il consulente abbia suggerito modi e metodi per eludere le indagini, così da tentare di garantire l'impunità al reo o l'ottenimento del profitto o del prodotto di reato commesso⁴⁸. Tale condotta presuppone, peraltro, che il consulente conosca il reato commesso dal proprio cliente e nel consigliarlo sia consapevole di fornire suggerimenti illeciti, atti ad eludere o ostacolare le indagini dell'Autorità Giudiziaria.

Si pensi, ad esempio, al commerciante che, al fine di pagare meno imposte, abbassi contabilmente il valore del magazzino, imputando allo stesso una minore quantità di articoli rispetto alla reale giacenza, emettendo a fine anno fatture di vendita false poi stornate con apposite note di credito. Nella fattispecie se il consulente suggerisce al cliente l'utilizzo di un doppio magazzino (il secondo, ovviamente, ignoto agli organi ispettivi), attraverso il quale occultare le reali eccedenze rispetto alla contabilità, apparirebbe ipotizzabile, per il consulente, l'ipotesi di favoreggiamento reale.

9.2 *La collusione*

Sappiamo che quando l'esistenza stessa del reato necessiti del concorso di due o più persone, si rientra nella fattispecie dei reati c.d. plurisoggettivi che, proprio come tali, non possono essere realizzati da un solo soggetto ma necessitano dell'intervento di più autori.

In questi casi la dottrina prevalente ritiene che quando la sottoposizione a pena del soggetto, la cui condotta sia richiesta espressamente per la l'esistenza del reato, non sia prevista per l., tale soggetto rimane impunito

⁴⁶ Cass. Pen. sez. I, 22 marzo 1982, in *Giust.pen.*, 1983, II, p. 23.

⁴⁷ Cass. Pen. sez. I, 28 aprile 1987, n. 5188, in *Il codice civile*, collana *I codici commentati*, Piacenza, 1995, p. 1043.

⁴⁸ Cfr. A. Perini, in *Il Giornale dei Dottori Commercialisti*, n. 2/97, p. 57 e segg.

in virtù del principio *nullum crimen sine lege*.

La Cassazione, tuttavia, fin dagli anni '70 è intervenuta a mitigare il sunnominato principio di impunità affermandone l'inapplicabilità in modo assoluto dovendosi stabilire, caso per caso, in base alla *voluntas legis*, se si debba applicare il principio generale per cui chiunque concorre nel reato ne risponde, in particolare si deve indagare se l'impunità del concorrente necessario non indicato nella norma, sia conforme allo scopo della norma stessa ed alle direttive generali dell'ordinamento giuridico.

Nel dispositivo della stessa sentenza, peraltro, si affermava come l'estraneo che "collude con la guardia di finanza deve ritenersi punibile poiché con la sua azione cosciente e volontaria concorre alla realizzazione dell'evento dannoso voluto dal militare, e avendo violato lo stesso bene giuridico protetto sarebbe contraria alla giustizia la sua impunità"⁴⁹.

Per tale reato, rammento, che il finanziere soggiace alle pene stabilite dagli articoli 215 e 219 del c.p.m.p., ferme restando le sanzioni pecuniarie delle leggi speciali, ma va ricordato che in base all'articolo 14 dello stesso codice, sono soggette alla l. penale militare anche le persone estranee alle Forze Armate dello Stato che concorrono a commettere un reato militare. D'altro canto il concorso dell'estraneo nel reato militare è ammesso anche da parte della dottrina⁵⁰.

E' intuibile che la ragione di tale disposizione vada ricercata nel fatto che gli estranei, concorrendo con i militi della GdF, portano il loro contributo causale al verificarsi del reato militare, associandosi volontariamente nell'impresa criminosa (*societas sceleris*) e concorrendo, quindi, a determinare l'evento di pericolo e di danno.⁵¹

E' evidente, alla luce dei suesposti principi, che anche in capo al consulente possa sollevarsi l'imputazione di reato collusivo allorquando questi, sostituendosi al proprio cliente, tratti, con militari corrotti, le condizioni per attuire o, addirittura, eliminare gli illeciti penali imputabili al cliente reo.

⁴⁹ Cass. Pen. 14 gennaio 1970, in *R.I.D.P.P.*, 1972, p. 805.

⁵⁰ Cfr. A. Pazzinga, *Il reato militare di collusione ed il nuovo Testo Unico delle imposte sui consumi*, in *Rivista della Guardia di Finanza*, 1958, p. 177.

⁵¹ Cfr. Ciardi, *I reati speciali per i militari della Guardia di Finanza*, in *Rivista della Guardia di Finanza*, 1958, p. 177.

10. Responsabilità penali nella consulenza durante lo stato di crisi e prefallimentare

Al termine di questo breve tragitto attorno alle responsabilità del professionista consulente, appare opportuno uno sguardo ai possibili coinvolgimenti del medesimo in tema di crisi dell'impresa e successiva procedura fallimentare.

Per quanto concerne la professione legale si osservi che la Cassazione ha affermato che “In materia di bancarotta, se ad un fatto di distrazione si accompagnano prestazioni professionali del legale dell'imprenditore, non è configurabile un concorso nel reato, ed esula il concorso anche se il legale, violando l'obbligo della correttezza professionale, indichi al cliente il mezzo per sottrarre i beni alla garanzia dei creditori. Ma se il legale non si limita ai servizi professionali e si faccia, invece, ideatore e programmatore degli atti di distrazione o li suggerisca in un ambito che lo vede gestore o cogestore dell'impresa, allora egli risponderà della bancarotta, secondo i casi, come concorrente *extraneus* o come amministratore di fatto”⁵². Ciò anche in base al principio in relazione al quale, nonostante il reato di bancarotta risulti un reato proprio, dello stesso possa rispondere a livello concorsuale chiunque abbia apportato un contributo materiale o morale alla produzione dell'evento.

Il confine, certamente anche in questa sede labile e pericolosamente incerto, deve essere identificato fra l'attività di mera consulenza, certamente apprezzabile e lecita da un punto di vista penale anche se deprecabile sotto il profilo deontologico, volta all'individuazione dei mezzi per i quali il fallendo riesca a sottrarre i propri beni all'esecuzione concorsuale, e l'istigazione al delitto che potrebbe ben ravvisarsi nell'assistenza del professionista alla stipula dei relativi negozi simulati.

L'attività di consulenza, poi, sconfina nel concorso del reato di bancarotta quando il professionista, oltre che consigliare il cliente sui mezzi giuridici idonei a sottrarre i beni ai creditori, si adopera per indurre i creditori ad accettare un concordato stragiudiziale, nonché a dare eventuali suggerimenti al fallito di distruggere le scritture contabili che, qualora vengano accettati e realizzati da quest'ultimo, determinano per il consulente il concorso nel reato di bancarotta documentale (articolo 216, comma 2, L.

⁵² Cass. Pen., sez. V, 5 febbraio 1986, n. 1298, in *Cass. Pen.*, 1987, p. 1468.

fallimentare).

In definitiva, quindi è possibile affermare che mentre non sussiste responsabilità penale nella mera consulenza o nella connivenza che si ravvede nella conoscenza degli interessi criminosi del reo e nel non dissuaderlo dal suo proposito, sussiste responsabilità penale in chi abbia concorso moralmente a rafforzare, o con atti concludenti ad agevolare, il reato di bancarotta da parte dell'imprenditore poi fallito. Nel caso il reato del consulente non sarà più quello di concorso nel reato fallimentare, ma dovrà altresì essere ascritto quale favoreggiamento nel momento in cui lo stesso si verifichi nelle fasi successive alla realizzazione del reato fallimentare.

Ricordo, per completezza di trattazione., che una recente sentenza della suprema Corte di Cassazione ha stabilito, per contro, che commette violazione del segreto professionale il Dottore Commercialista che, nell'ambito dello svolgimento del proprio rapporto professionale, denuncia il cliente essendo venuto a conoscenza di reati commessi dagli amministratori della società anche se tale iniziativa fosse intrapresa dal professionista al sol fine di sottrarre se stesso ad eventuali coinvolgimenti penalistici, assumendo per tal fatta una inammissibile veste di delatore⁵³.

⁵³ Cfr. Cass. Sez., III Civ., n. 3404, 8 marzo 2001 in *Finanza & Fisco*, n. 11, 2001 p. 1525 e ss.