

GRUPPO DI LAVORO
“RESPONSABILITA’ DEL DOTTORE COMMERCIALISTA”

**RACCOMANDAZIONI PER IL DOTTORE COMMERCIALISTA
CHE OPERA SU INCARICO DELL’AUTORITA’ GIUDIZIARIA**

Sommario

PREMESSA

PARTE I – DESCRIZIONE DEGLI INCARICHI

1. IL CURATORE FALLIMENTARE
2. IL CONSULENTE TECNICO D’UFFICIO NEL PROCESSO CIVILE
3. LA FUNZIONE DI PERITO NEL PROCEDIMENTO PENALE
4. IL CONSULENTE TECNICO DEL PUBBLICO MINISTERO

PARTE II

RACCOMANDAZIONI

PREMESSA

Il presente decalogo di raccomandazioni, elaborato dalla Commissione istituita per approfondire le tematiche sulla responsabilità del “Dottore Commercialista”, intende richiamare l’attenzione su alcuni comportamenti ritenuti importanti per la tutela della professionalità di categoria.

Si tratta di criteri soprattutto deontologici ed etici, perché tali valori sono ritenuti fondamentali nell’esercizio di qualsiasi professione intellettuale e lo divengono ancor di più nella collaborazione con la Autorità Giudiziaria, che ha la primaria funzione di amministrare la giustizia.

La categoria dei Dottori Commercialisti ha acquisito nel tempo un ruolo crescente nell’espletamento degli incarichi giudiziari. Sia nei ruoli, più antichi e tradizionali, di Curatore e Commissario delle procedure concorsuali, sia in quello delle consulenze tecniche d’ufficio (che, in materia di Economia e contabilità, stanno assumendo crescente importanza), sia, infine, in quelli relativamente più recenti di Perito nel procedimento Penale, di Consulente del Pubblico Ministero, di Consulente dell’inquisito e di Consulente della parte civile.

Si tratta di incarichi che assommano complessità e delicatezza che richiedono, oltre ad una indiscussa competenza tecnica, anche e soprattutto una totale imparzialità di giudizio, che indirizzi l’attività del professionista unicamente verso la ricerca della verità.

E’ fuor di dubbio che il mondo dell’economia tende a divenire sempre più complesso ed articolato; ne discende, quale naturale conseguenza, che i fatti economici acquisiscono non solo maggiore importanza, ma anche più grande difficoltà di lettura e interpretazione.

Il ruolo del Dottore Commercialista, quale interprete di accadimenti aziendali, è quindi destinato a crescere, ma a condizione che l’interpretazione da esso fornita sia autentica e genuina.

Il giudice che si affida al professionista per ottenere da questi gli elementi necessari per emettere una decisione di giustizia, non può tollerare alcun tipo di errore. Ma non solo: egli vuole e deve avere la piena garanzia che l’analisi elaborata dall’esperto abbia una valenza di assoluta oggettività.

La categoria dei Dottori Commercialisti risponde a questa funzione, la quale costituisce un segmento di lavoro in un ambito selezionato e prestigioso.

Le note che seguono si articolano in due parti.

Una **prima**, ove vengono richiamate le caratteristiche essenziali dei ruoli presi in considerazione ai fini del presente elaborato. Si tratta nell'ordine: del Curatore Fallimentare, del Consulente Tecnico d'Ufficio nel processo civile, del Perito nel procedimento penale, del Consulente tecnico del Pubblico Ministero e del Consulente dell'inquisito o Consulente della parte civile. Di essi verranno richiamati soltanto gli aspetti tecnici più significativi; mentre saranno approfonditi quegli aspetti di carattere sistematico e morale, che servono ad inquadrare la figura considerata nel contesto in cui la legge la istituisce.

Nella **seconda** parte del presente lavoro - quella certamente più innovativa - verranno presentate le raccomandazioni, che la commissione ha ritenuto di individuare.

Si è trattato di un compito non agevole, sul quale è stato necessario discutere a lungo. Sono stati considerati fatti e situazioni, sui quali possono incidere molte variabili e quindi difficili da schematizzare.

In ogni caso, la complessità delle circostanze non esclude che possano sussistere delle regole di base volte ad orientare il comportamento di ogni buon professionista, allorché viene chiamato a svolgere taluni degli accennati compiti.

PARTE I

DESCRIZIONE DEGLI INCARICHI

1. IL CURATORE FALLIMENTARE

Il curatore è una figura centrale della procedura fallimentare, in quanto esercita congiuntamente la funzione di Ausiliario del Giudice Delegato, di Amministratore del patrimonio, nonché di Depositario e Custode di beni e valori.

L'art. 31 L.F. lo indica appunto come preposto alla amministrazione del patrimonio fallimentare sotto la direzione del Giudice Delegato.

Il curatore opera al fine di realizzare la tutela dei creditori; attività quest'ultima che il nostro ordinamento riconosce come un interesse di carattere generale: pertanto, nello svolgimento delle sue funzioni gli è attribuita la qualifica di Pubblico Ufficiale.

Per amministrazione del patrimonio fallimentare, si intende non solo l'attività diretta alla conservazione dei beni rinvenuti nell'ambito dell'impresa fallita, ma anche l'attività diretta al conseguimento di ulteriore ricchezza da destinare al soddisfacimento dei creditori concorrenti. Pertanto rientra in questa seconda casistica la promozione di tutte le azioni giudiziali rivolte a reintegrare o accrescere il patrimonio del soggetto fallito: ricordiamo le azioni revocatorie, le azioni di responsabilità, il recupero dei crediti e infine anche la eventuale estensione del Fallimento ad altri soggetti. Il curatore deve svolgere i suoi compiti con diligenza, perché può essere chiamato a rispondere delle eventuali conseguenze dannose arrecate dal suo operato.

L'art. 31 L.F. recita "Il Curatore ha l'amministrazione del patrimonio fallimentare sotto la direzione del Giudice Delegato". Ciò vuol dire che egli ha l'obbligo di rispettare le direttive impartite dal Giudice Delegato. Quest'ultimo, infatti, in caso di inadempienza può proporre al Tribunale di revocarlo. Però, si badi bene, non può sostituirsi a lui, essendo le funzioni dei due organi del tutto distinte.

Al curatore spetta quindi il compito di compiere gli atti di concreta amministrazione del patrimonio fallimentare, ivi compresa l'attività propriamente liquidatoria, mentre al Giudice Delegato spetta un generale potere di sorveglianza e direzione. Questa separata attribuzione di funzioni induce a concludere che i due organi operino ciascuno in una propria sfera

di autonomia, con conseguente esclusione di un rapporto strettamente gerarchico. Il potere di direzione, infatti, non comprende quello di emanare disposizioni specifiche per ogni singolo atto della procedura, perché, se così fosse, il potere di amministrazione sarebbe svuotato di ogni concreto significato.

Si ritiene piuttosto prospettabile un rapporto di sovraordinazione con competenza propria ed esclusiva di ciascuno dei due organi, salvo il potere per il Giudice Delegato di esercitare un controllo di merito e legittimità sull'organo subordinato e di impartirgli opportune direttive.

Per compiere molti atti, il Curatore ha bisogno dell'autorizzazione del Giudice Delegato e talvolta del Tribunale. La debita autorizzazione non esclude, tuttavia, la responsabilità del Curatore, ove fosse evidenziata la colpa di quest'ultimo. Vi è in molti professionisti la errata convinzione che la autorizzazione del Magistrato sia una sorta di blindatura contro ogni possibile chiamata di responsabilità. Ciò non è vero: in primo luogo, perché il Giudice autorizza e non ordina, sicché il potere di iniziativa e di esecuzione rimane comunque al Curatore, il quale, nella veste di soggetto che ha attivato un evento, ne deve poi eventualmente rispondere. In secondo luogo, perché potrebbe sussistere una responsabilità anche del Giudice Delegato, senza che per questo ne rimanga esonerato il Curatore.

L'art. 33 L.F. dispone: "Il Curatore entro un mese dalla sentenza di fallimento deve presentare al Giudice Delegato una relazione particolareggiata sulle cause e circostanze del fallimento, sulla diligenza spiegata dal fallito nell'esercizio dell'impresa, sul tenore della vita privata di lui e della sua famiglia, sulla responsabilità del fallito e di altri, e su quanto può interessare anche ai fini dell'istruttoria penale. Se si tratta di società, la relazione deve esporre i fatti accertati e le informazioni raccolte intorno alla responsabilità degli amministratori, dei sindaci, dei soci e, eventualmente, di estranei alla società."

La dizione dell'art. 33 L.F. ha fatto discutere sulla eventualità che al curatore si potesse attribuire anche la veste di ufficiale di Polizia Giudiziaria. Infatti, sia l'obbligo di riferire su quanto può interessare ai fini della istruttoria penale, sia quello di esporre i fatti accertati e le informazioni

raccolte, potevano indurre a ritenere che sussistesse anche tale specifica qualifica.

L'indirizzo prevalente ha tuttavia escluso la suddetta ipotesi, in quanto l'accertamento delle fattispecie di reato costituisce comunque un fatto eventuale nell'ambito delle funzioni attribuite al Curatore, il quale ha il compito essenziale di amministrare il patrimonio fallimentare e riferire soltanto al Giudice Delegato. In proposito, infatti, va puntualizzato che non sussiste alcun rapporto di subordinazione tra Curatore e Pubblico Ministero. Peraltro la tesi che voleva attribuita al Curatore anche la veste di ufficiale di Polizia Giudiziaria è stata esclusa dalla Corte Costituzionale, la quale ha ritenuto infondata la questione di legittimità costituzionale, con riferimento alla norma che non prevede, per il Curatore, l'obbligo di sentire il fallito con le garanzie della difesa previste per l'imputato o l'indagato.¹

Secondo il vigente ordinamento, il soggetto investito delle mansioni di Curatore deve essere una persona fisica, come si desume dai requisiti prescritti per la sua nomina. Non può essere quindi nominato Curatore, né una persona giuridica, né una società.

Il Curatore esercita personalmente le attribuzioni del proprio ufficio e non può delegarle ad altri, tranne che per singole operazioni e previa autorizzazione del Giudice Delegato.

Il Curatore deve adempiere con diligenza ai doveri del proprio ufficio.

Durante il fallimento, ove sussistano ragioni fondate, il Curatore può essere revocato e contro di lui può essere proposta azione di responsabilità, ma solo dal nuovo Curatore e previa autorizzazione del Giudice Delegato. Dopo la chiusura del fallimento l'azione può invece essere proposta sia dal Fallito, che dai creditori danneggiati.

Nessun compenso, oltre a quello liquidato dal Tribunale, spetta al Curatore, neanche a titolo di rimborso delle spese. Ciò significa che solo il Tribunale può disporre le competenze spettanti al Curatore, mentre non è consentito a quest'ultimo di accettare alcuna altra forma di retribuzione o rimborso da nessun altro.

Così come non può accettare dazioni di alcun tipo, il curatore non può prendere interesse personale negli atti del fallimento. Non può quindi,

¹ Corte Costituzionale, sentenza 14.03.1984 n. 69 e sentenza 27.04.1995 n. 136

neppure per interposta persona, concorrere all'acquisto di beni fallimentari, oppure assistere professionalmente i terzi per acquistarli.

Le suesposte regole riguardanti la moralità del curatore sono imperative e quindi non ammettono possibilità di eccezione. Esse confermano la volontà del legislatore di tutelare la amministrazione del patrimonio fallimentare da ogni possibile fattore di inquinamento.

Da quanto esposto, emerge il ruolo fondamentale svolto dal Curatore nell'ambito dell'istituto fallimentare. Ruolo che si estrinseca, sia nella raccolta di dati e notizie, sia nella custodia e liquidazione del patrimonio del soggetto fallito, sia nel potere di iniziativa, che ne fa l'organo motore della procedura. E' infatti del tutto evidente che il Curatore, pur dovendo rispettare le direttive del Giudice Delegato, a quest'ultimo offre le informazioni e le proposte di iniziativa provenienti dalla sua attività, senza le quali resterebbe sostanzialmente vanificato il potere di direzione istituzionalmente attribuito al Magistrato.

2. IL CONSULENTE TECNICO D'UFFICIO NEL PROCESSO CIVILE

Il processo civile è regolato dal principio dispositivo.

A differenza del giudizio penale – dove scopo del Pubblico Ministero prima e del Giudice poi, è quello di accertare la verità dei fatti – il processo civile è uno strumento rivolto a dirimere le controversie tra privati.

Sono dunque le parti tra loro contrapposte che forniscono al Giudice gli elementi della lite, affinché quest'ultimo determini con sentenza la fondatezza o meno delle rispettive pretese.

Il Giudice non può pertanto mai andare al di là delle questioni proposte dalle parti e delle specifiche richieste delle stesse.

In tal senso è preciso onere delle parti fornire le specifiche prove di quanto sostenuto in giudizio.

In questa medesima ottica va considerata la consulenza tecnica d'ufficio, che rappresenta lo strumento di cui il Giudice può disporre tutte le volte che, per l'esame e la valutazione degli elementi del processo, siano necessarie particolari competenze tecniche. Il CTU è dunque un ausiliario del Giudice.

Alla luce delle specifiche sue competenze, egli decodifica gli elementi probatori già agli atti del processo, fornendo al magistrato gli strumenti tecnici di valutazione.

Proprio in considerazione del principio dispositivo cui si è accennato, e dell'ausiliarietà della consulenza tecnica, va sottolineato che questa non può mai costituire un mezzo di prova, ma unicamente di valutazione dei dati probatori già agli atti.

Il CTU, nell'ambito dello specifico incarico ricevuto, rappresenta in qualche modo *l'alter ego* del Giudice e le nozioni tecniche del CTU, trasfuse nella relazione e quindi riferite al caso pratico, diventano – se immuni da vizi logici e comunque sempre valutate dal Magistrato che rappresenta il cd. *peritus peritorum* – a tutti gli effetti patrimonio del giudice.

E' così del tutto evidente come la scelta del consulente da parte del Giudice avvenga sulla base di un apprezzamento fiduciario.

Naturalmente il CTU deve essere iscritto agli albi del Tribunale e possedere le competenze tecniche necessarie, ma nell'ambito di tali professionisti il

Giudice sceglierà discrezionalmente sulla base del proprio libero apprezzamento.

Ove dunque il Giudice ritenga di farsi assistere da un consulente tecnico, provvederà con ordinanza a nominarlo ed a fissare l'udienza, nella quale il CTU nominato dovrà comparire per prestare il giuramento e ricevere l'incarico.

L'ordinanza di nomina è notificata al CTU a cura del cancelliere, che lo invita formalmente a comparire all'udienza fissata.

Il CTU nominato ha l'obbligo di prestare il suo ufficio.

Costituisce addirittura un reato (art. 366 c.p. rifiuto di uffici legalmente dovuti) il rifiuto del consulente di prestare la propria attività.

Il codice prevede tuttavia (art. 63 c.p.c.) che il consulente possa rifiutarsi nell'ipotesi in cui ricorra un giusto motivo di astensione.

In tal caso egli ha l'obbligo di farne denuncia o istanza al Giudice almeno tre giorni prima dell'udienza di comparazione.

Nello stesso termine le parti possono presentare al Giudice istanza di ricusazione del CTU nominato.

I motivi di ricusazione sono i medesimi previsti dall'art. 51 c.p.c. per il Giudice.

Sull'istanza di astensione o di ricusazione decide il Giudice ed il suo provvedimento è insindacabile, sempre che la motivazione sia immune da vizi logici o giuridici, nel qual caso il medesimo provvedimento sarà impugnabile in Cassazione.

Un'altra regola cardine del processo civile è fissata dal principio del contraddittorio, che impone che tutte le parti del giudizio siano sempre messe nelle condizioni di conoscere, e quindi di interloquire nelle varie fasi processuali.

Nessuna attività processuale può essere validamente eseguita, se alcuna delle parti non abbia potuto partecipare ad essa, in quanto non previamente informata.

Come è noto, la garanzia dell'effettività del contraddittorio tra le parti implica che ai soggetti della contesa sia data la concreta possibilità di svolgere le proprie rispettive contestazioni ed osservazioni e di svolgere attivamente le proprie difese.

Il momento determinante della consulenza è naturalmente quello della valutazione tecnica degli elementi acquisiti al giudizio (anche di quelli eventualmente accertati – come si è già detto – ad opera dello stesso CTU), esaminati e coordinati alla luce delle competenze tecniche (scienza ed esperienza) del CTU, al fine di fornire al Giudice gli elementi di valutazione tecnica necessari per la decisione.

E' certamente fondamentale che il CTU chiarisca il più possibile il percorso tecnico e logico seguito, cercando di non essere sovrabbondante e quindi di difficile lettura.

Tale operazione è di fondamentale importanza non solo in considerazione delle inevitabili critiche che la relazione del CTU è, il più delle volte, destinata a subire, ma ancor prima allo scopo di consentire al Giudice di esaminare la correttezza dell'iter logico seguito rispetto al quesito formulato.

3. LA FUNZIONE DI PERITO O CONSULENTE NEL PROCEDIMENTO PENALE

Le disposizioni relative alla perizia sono contenute nel Capo VI, Perizie, del Titolo II, Mezzi di prova, del Libro III, Prove, del Codice di Procedure Penale, artt. 220-232. Rimandiamo a questa normativa, preferendo in questa sede una informazione di carattere generale, non senza avere preliminarmente rilevato come dall'inquadramento del codice di rito appaia senza dubbio come la perizia sia un mezzo per acquisire le prove dei fatti, sui quali verte il procedimento.

E' anche opportuno ricordare come nel previgente codice di procedura penale, improntato al rito inquisitorio, il giudice avesse la facoltà, e non l'obbligo, di disporre la perizia. Ed al perito egli era solito ricorrere quando la materia sulla quale verteva il processo esorbitava dalle sue normali conoscenze, per cui egli ricorreva alla nomina di un esperto in grado di fare luce sui fatti e sulle circostanze. Era, come si vede, una valutazione del tutto soggettiva da parte del giudice, dettata dalla sua esigenza di conoscere, comprendere e correttamente valutare i fatti sottoposti al suo giudizio.

Con il nuovo rito accusatorio le cose sono completamente cambiate, nel senso che la perizia è obbligatoria "quando occorre svolgere indagini o acquisire dati o valutazioni che richiedono specifiche competenze tecniche, scientifiche o artistiche" (art. 220, comma I, c.p.p.).

La perizia non è quindi diretta a fornire solo al giudice gli elementi conoscitivi da lui richiesti, quando egli ritenga di esercitare la facoltà di avvalersi di questo particolare mezzo di prova; ma proprio dalla obbligatorietà degli accertamenti peritali si può desumere la diversa funzione attribuita oggi alla perizia. Una funzione che si può sinteticamente riassumere nell'affermazione che oggi la perizia è diretta soprattutto alla formazione di una conoscenza comune a tutte le parti del processo ed al giudice, e non solo al giudice.

In altri termini, nel precedente rito inquisitorio si manifestava in tutta la sua evidenza il paradosso, o se si preferisce, l'iperbole dello *judex peritus peritorum*, vale a dire il perito come strumento nelle mani del giudice, per

acquisire le opportune conoscenze, se e quando il giudice riteneva di acquisirle tramite il Perito.

Questo sistema finiva però per privilegiare il linguaggio farfallino degli antagonisti, i quali in maniera talvolta gridata tendevano ad affermare le proprie tesi, senza alcun riguardo ai contenuti scientifici delle risultanze peritali.

Con il nuovo rito, invece, viene posta in primo piano la competenza scientifica del perito, il quale deve portare non solo il giudice, ma anche alle parti del processo all'acquisizione delle conoscenze necessarie a risolvere la *quaestio facti*, sulla quale verte il processo. E quindi non più un perito qualsiasi, bensì un professionista competente, il quale riesca effettivamente a fornire un contributo ad un comune sapere del giudice e delle parti, cioè una persona che sappia riportare al linguaggio comune delle persone che partecipano al processo le tematiche scientifiche necessarie al corretto svolgimento del processo.

Il perito viene così chiamato a rilevare i fatti nella loro materialità, usando le tecniche specialistiche più efficaci per il conseguimento dello scopo.

Al perito potrebbe essere talvolta chiesto non solo di rilevare fatti nella loro materialità, ma anche di esporre massime di esperienza, vale a dire l'enunciazione delle regole di valutazione del fatto stesso, anche attraverso la formulazione di *hypotetical question*, vale a dire attraverso la enunciazione di teoremi su premesse ipotetiche, anziché empiricamente verificate.

Il perito è allora chiamato a combinare la rilevazione dei fatti con le massime formulate, in maniera di poter pervenire alle conclusioni attese percorrendo la via induttiva.

L'apporto del perito è anche importante per quanto riguarda la formulazione dei quesiti da parte del giudice.

Nel precedente rito inquisitorio era il giudice a porre i quesiti al perito e ciò lo rendeva unico depositario del sapere. Nel rito attuale, invece, il quesito nasce dal confronto dialettico tra il giudice e le parti, tra il giudice ed il perito, tra il perito ed il consulente, e tra i consulenti tra loro, e la decisione che ne scaturisce è la più aderente alle necessità conoscitive emerse nel processo. Ed anche su questo punto, l'apporto del perito è molto importante,

perché grazie alla sua competenza specifica egli è in grado di evitare che si creino false ed illusorie conoscenze del tutto inadeguate a risolvere quella che è la tematica processuale del fatto.

Prima di chiudere il paragrafo dedicato al perito, sembra opportuno richiamare l'attenzione sull'incidente probatorio, poiché questa è una delle occasioni più frequenti per la nomina di un perito.

Secondo il disposto dell'art. 392 c.p.p., nel corso delle indagini preliminari il P.M., o la persona sottoposta alle indagini, possono chiedere al giudice che si proceda per incidente probatorio, quando ricorrono determinate circostanze (urgenza di assumere testimonianze ecc.), ovvero quando il P.M., o la persona sottoposta alle indagini, richiedono di effettuare una perizia che, se fosse disposta nel dibattimento, ne potrebbe determinare una sospensione superiore a sessanta giorni.

La richiesta di incidente probatorio viene rivolta al GIP, il quale nomina il perito.

Il Perito- è bene sottolinearlo- deve porsi al di sopra delle Parti per valutare con assoluta obiettività il fatto controverso e risolvere nel modo più corretto e scrupoloso i problemi ad esso connessi.

Quando la complessità del caso suggerisce un apporto interdisciplinare, il giudice nomina un collegio di periti.

Secondo la legge, il perito deve essere portatore di specifiche competenze tecniche o scientifiche: e, è bene sottolinearlo, deve avere soprattutto caratteristiche etiche e morali tali, da garantire la propria più completa indipendenza.

In dibattimento il perito sarà quindi sottoposto all'interrogatorio incrociato delle parti (*cross examination*) e dovrà essere in grado di esporre il proprio punto di vista con parole tecnicamente corrette e comprensibili da parte di tutti gli intervenuti, esaltando così il rapporto di "conoscenza comune", al quale egli deve sempre ispirarsi.

La relazione peritale verrà quindi acquisita al fascicolo dibattimentale ed assumerà così valore di prova.

4. IL CONSULENTE TECNICO DEL PUBBLICO MINISTERO

Il consulente tecnico del Pubblico Ministero è una figura del tutto nuova introdotta dal codice Vassalli nel quadro delle indagini preliminari dirette dal Pubblico Ministero, il quale dispone la consulenza quando la ritiene necessaria ai fini dell'esercizio della azione penale.

Secondo l'art. 359 del c.p.p., infatti, quando il P.M. procede ad accertamenti per i quali sono necessarie specifiche competenze tecniche, può nominare consulenti, i quali non possono rifiutare la loro opera.

Premesso che le indagini preliminari non costituiscono una fase diretta alla formazione della prova ma servono al P.M. per ricercare le fonti di prova, che poi egli evidenzierà ed utilizzerà nel corso del dibattimento, in questa fase dunque il consulente ha la funzione di aiutare il P.M. a comprendere situazioni tecniche complesse, nelle quali non è in grado di entrare completamente.

Abbiamo detto che l'opera prestata dal consulente non ha valore probatorio. Avrà valore probatorio quando il consulente sarà interrogato davanti al giudice come teste indicato dal P.M. e secondo le forme dell'interrogatorio incrociato, e quindi solo rispondendo alle domande e solo svolgendo la problematica che gli viene sottoposta; solo in questo caso le sue affermazioni possono essere assunte come prova.

E' importante porre in rilievo la circostanza che le indagini preliminari sono coperte dal segreto più assoluto: al quale è strettamente vincolato il consulente, il quale può incappare per troppa leggerezza nel reato di rivelazione di segreti d'ufficio (art. 326 c.p.), che è un reato proprio del pubblico ufficiale. Ed ai sensi dell'art. 357 c.p. il consulente del P.M. è un pubblico ufficiale, poiché esercita una pubblica funzione giudiziaria.

Il segreto perdura normalmente almeno fino a quando vengono concluse le indagini preliminari ed il P.M. rimette gli atti al giudice per l'udienza preliminare.

L'opera del consulente deve essere diretta alla ricerca della verità e quindi non deve essere ordinata alla acquisizione delle prove di colpevolezza, come spesso accade quando il consulente è soggiogato dalla autorevolezza del P.M. che lo ha nominato ed al quale il consulente ritiene di fare cosa gradita,

contribuendo a rafforzare l'impianto accusatorio. Il consulente deve invece sempre tenere conto anche degli elementi che possono giovare agli indagati, ed è in questo senso che l'intervento del consulente può essere molto importante.

L'art. 358 c.p.p. infatti stabilisce che il Pubblico Ministero deve svolgere accertamenti non solo finalizzati alle determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale, ma altresì sui fatti e sulle circostanze a favore della persona sottoposta ad indagini.

Da notare ancora che il P.M. non ha l'obbligo di scegliere il consulente nell'albo dei periti presso il tribunale, perché ciò che conta è che la scelta ricada su di una persona competente ed esperta nella particolare materia oggetto di consulenza.

E' opinione prevalente che il consulente prescelto debba astenersi, quando ricorrono le cause di astensione previste per il giudice e per il perito, ma non espressamente indicate per il consulente. Le cause di astensione ricorrono quando si hanno rapporti di interesse, rapporti patrimoniali con una delle parti, o quando questi rapporti sono in capo ad un proprio congiunto, e via dicendo. Sono rapporti evidenti ed il consulente ha, quanto meno, l'obbligo morale di astenersi, anche per evitare di venire ricusato dalle controparti.

PARTE II

RACCOMANDAZIONI

N. 1

Il dottore commercialista che svolge incarichi di Curatore Fallimentare, C.T.U., Perito, Consulente del P.M. deve sempre ricordare che anche nello svolgimento di tali ruoli resta solo un libero professionista chiamato a collaborare con la giustizia (non deve confondere la sua funzione con quella del magistrato).

La trasformazione radicale del processo penale dal rito inquisitorio a quello accusatorio da un lato, e l'incremento delle fattispecie penali nei processi di natura economica dall'altro (e quindi il crescente peso del diritto penale dell'economia), hanno portato ad esaltare la figura del consulente tecnico e del perito; senza voler entrare nel dettaglio, occorre affermare che la professionalità del dottore commercialista viene esaltata dal nuovo rito, poiché il ruolo del Perito del Giudice - quando sia stato esperito un incidente probatorio e quando intervenga in sede dibattimentale - è estremamente difficile e delicato, e solo il possesso di forti doti di conoscenza e di proprietà delle problematiche in esame (preparazione tecnica), di obiettività e di attitudine psicologica permette al Dottore Commercialista di ben svolgere il proprio ruolo.

Esaminiamo singolarmente questi concetti:

1. Preparazione tecnica

L'art. 324 c.p. richiede al perito particolari cognizioni in determinate scienze od arti ed il Dottore Commercialista deve avere una preparazione tecnica *altamente qualificata* e particolare in materia non solo di economia aziendale ma anche di diritto societario; con particolare riferimento alle vicende processuali, è utile che egli abbia conoscenza delle varie fasi del nuovo processo e della perizia come mezzo di valutazione e come mezzo di prova. Il consulente tecnico deve sapere, o poter percepire, l'esistenza o il dettaglio del fatto, non solo dalla conoscenza, ma anche dall'esperienza.

2. Obiettività

La profonda conoscenza e la “proprietà” delle materie in specie nelle c.d.. “architettura contabile” e “ingegneria societaria “ mettono in condizioni il perito (inteso in senso lato), o diciamo meglio l’ausiliario di giustizia, di essere obiettivo e di non farsi influenzare da “falsi bersagli”, o da fattori interni o esterni al processo. Il concetto di obiettività si può esplicitare anche con il concetto di indipendenza

3. Attitudine psicologica

L’ausiliario di giustizia ha il solo scopo di far conoscere la verità e non deve quindi procedere per impressioni, ma deve esaminare i fatti, i documenti e le informazioni, sia favorevoli² che contrari a ciascuna delle parti processuali ; ed il libero professionista (per definizione “libero” da vincoli, tessere, amicizie, collegamenti economici diretti ed indiretti ed anche psicologici) dovrebbe possedere questa attitudine³.

Vorremmo aggiungere un altro punto. Ossia *la diligenza* che discende dalla professionalità, oltre che dalle caratteristiche citate in precedenza. Se tutte queste attitudini si integreranno, le funzioni saranno svolte bene e fedelmente.

4. Conclusioni

Il Dottore Commercialista che svolge incarichi di Curatore Fallimentare, C.T.U. Perito, Consulente del P.M. deve sempre operare con una preparazione tecnica altamente qualificata, con obiettività e con diligenza. Solo così adempie ad un obbligo di legge.

Il Dottore Commercialista che accetta un incarico senza avere le conoscenze tecniche adeguate e non lo fa presente a norma della art. 223 c.p.p., commette un illecito, perché disattende quanto previsto nell’art. 221 c.p.p.

² “(..)Un buon C.T.P.M. deve avere il gusto della ricerca l’iniziativa di individuare lui stesso le linee di approfondimento (..) ma non deve mai scadere in un atteggiamento indiscriminatamente o superficialmente accusatorio che rischia di trascinare il P.M. a intraprendere una linea accusatoria che non reggerà al vaglio del contraddittorio con una duplice ricaduta negativa in termini sia di dispersione di preziose e dispendiose energie giudiziarie sia di causazione di inutile sofferenza (il processo, diceva Carnelutti, è di per sé stesso una pena).”

Intervento del dott. Mario Griffey (Quaderno n° 6, Eutekne - Perizie e consulenze tecniche in materia civile e penale- pag. 161-164) sul ruolo del C.T.P.M.

³ Occorre, altresì, sottolineare il ruolo fondamentale del contraddittorio che deve instaurarsi fra un “buon” C.T.P.M. ed il P.M. nella formulazione del quesito. Il primo, invero, non deve aver timore di contrariare il secondo facendogli presente aspetti poco chiari del quesito.

Intervento del dott. Mario Griffey (Quaderno n° 6 Eutekne - Perizie e consulenze tecniche in materia civile e penale- pag. 161-164) sul ruolo del C.T.P.M.

“(..) persone fornite di particolare competenza nella specifica discipline (..)”
359 c.c.p. “(..) per cui sono necessarie specifiche competenze tecniche (..)”.

Il Dottore Commercialista che durante lo svolgimento dell'incarico svolge le sue funzioni senza, o con scarsa diligenza e obiettività, commette un illecito, perché non adempie a quanto “*giurato*” ex art. 226 C.p.c. “(..) m'impegno ad adempiere al mio ufficio senza altro scopo che quello di far conoscere la verità (..)”.

Il Dottore Commercialista che commette questi illeciti indipendentemente dal fatto che il suo comportamento provochi o meno un danno, si rende colpevole a norma dell'art. 35 dell'Ordinamento professionale dei Dottori Commercialisti che recita così " il Dottore Commercialista che si rende colpevole di abusi o mancanze nell'esercizio della sua professione o comunque di fatti non conformi alla dignità e al decoro professionale è sottoposto a provvedimento disciplinare (..)"

Suggerimenti di carattere tecnico da tenere presenti nell'esame dei fatti censurabili.

Il professionista incaricato di funzioni giudiziarie, esaminando il bilancio e le sue singole componenti patrimoniali ed economiche, deve sempre tener conto che altro è valutare a posteriori la congruità, la correttezza e la prudenza di stime ed accantonamenti, altro è la formulazione previsionale di quelle stime e di quegli accantonamenti.

Tra la redazione del bilancio ed il suo esame critico si frappone la storicità degli eventi, che il redattore del bilancio deve prevedere e dei quali, ad esempio, sia il curatore, che il CTU conoscono, invece, perfettamente l'epilogo.

L'intervallo temporale intercorso tra la elaborazione del bilancio, la ponderazione di stime ed accantonamenti, la individuazione di corretti criteri di valutazione, ed il momento nel quale le scelte sono sottoposte a giudizio critico, è spesso molto ampio. Sovente mutano le condizioni esogene all'impresa, lo scenario nel quale essa si muove ed opera, la sua posizione nel mercato, i rapporti con i terzi ed in particolare con banche, clienti e fornitori.

In particolare, con riferimento all'organo di controllo, le difficoltà di valutazione sono acuite dalla inevitabile "distanza" dalla gestione dell'impresa; "distanza", peraltro, necessaria ad evitare l'affezione che potrebbe minarne l'indipendenza.

A titolo puramente esemplificativo, richiamiamo talune fattispecie di particolare difficoltà.

1. Crediti

La valutazione della solvibilità dei debitori è già difficoltosa per gli amministratori, che di questi abbiano conoscenza e contatto diretto

continuativo, mentre diventa ardua per l'organo di controllo che ne deve confermare i criteri.

Il criterio forfettario fiscale di integrale deducibilità per i debitori sottoposti a procedura concorsuale può – infatti – condurre alla lesione del principio di veridicità e correttezza del bilancio, se traslato supinamente in ambito civilistico. Si pensi, ad esempio, a crediti vantati nei confronti di clienti ammessi a concordato preventivo omologato. Se, da un lato, la presunzione di perdita integrale può essere ritenuta fiscalmente vantaggiosa, la cancellazione del credito nel bilancio civilistico, del tutto contrastante con il risultato atteso, anzi indotto, dalla sentenza di omologazione, può avere effetti “a cascata”, quali la perdita, parziale o totale, del capitale sociale e l'alterazione dei rapporti intersociali per la sua eventuale ricostituzione o, addirittura, per la conseguente adozione delle delibere ex art. 2446 e 2447, c.c.

Si ritiene, pertanto, che gli organi sociali non possano, né debbano, adottare una linea di esasperata e malintesa applicazione del principio di prudenza, ovvero: “nel dubbio, svalutare”, poiché siffatta condotta può essere dannosa almeno quanto la condotta opposta.

A nostro parere non possono essere mossi addebiti di responsabilità agli organi sociali, se questi hanno correttamente argomentato e giustificato le proprie scelte. Ad essi non deve essere richiesta la predizione del futuro, bensì la esposizione limpida e non reticente delle proprie valutazioni, affinché ogni lettore del bilancio sia posto in grado di condividerle o criticarle e possa pervenire ad un proprio giudizio del quadro gestionale, che il bilancio ha la funzione di rendere.

Svalutazioni, parziali o integrali, di crediti nei confronti di debitori sottoposti a procedure concorsuali, o nei confronti dei quali siano iniziate procedure di recupero ovvero, infine, reiteratamente e significativamente inadempienti nei termini di pagamento, se adeguatamente e chiaramente motivate, non possono dar luogo a censure di comportamenti.

A tal proposito, non è inutile rammentare che la norma cardine di valutazione della responsabilità degli organi sociali, cioè la norma penale, richiede la fraudolenza, il cosiddetto dolo specifico, ravvisabile nella

condotta degli organi sociali che vogliono celare la realtà ed “esporre fatti non rispondenti al vero”.

2. Magazzino

Sovente i beni-merce dell'impresa, ancorché stimati con la pedissequa applicazione dei criteri di cui all'art. 2426, n. 9 e 10 C.C. si rivelano, ex post, insuscettibili – in fase di realizzo – di produrre flussi finanziari pari al loro valore.

Le cause di tale divergenza possono essere le più disparate, tra le quali annoveriamo ragioni di carattere soggettivo ed oggettivo.

Tra le prime non è infrequente il caso di sopravvenute difficoltà aziendali, che spingono l'imprenditore ad una parziale, o totale, esitazione a prezzi economicamente non remunerativi.

Tra le seconde, specialmente in particolari settori, è l'obsolescenza tecnica o commerciale a determinare, spesso, la svendita di prodotti o merci in precedenza valutati correttamente.

È di solare evidenza – in tali casi – che un eventuale addebito agli organi sociali di scarsa attenzione o diligenza nella verifica delle valutazioni del magazzino sarebbe profondamente iniquo ed infondato, poiché sono le cause sopravvenute a determinare insufficienti ricavi e non le presunte sopravvalutazioni in fase di elaborazione e controllo del bilancio.

Parimenti, non appare censurabile l'organo di controllo in presenza di insussistenze quantitative del magazzino, ove esso abbia diligentemente appurato la congruità e l'affidabilità delle procedure, anche informatiche, delle sue movimentazioni.

3. Realtà dei fatti gestionali

Infine, un breve cenno alla effettiva consistenza di fatti ed atti di gestione.

Sappiamo, dalla nostra quotidiana esperienza professionale, che spesso agli organi sociali viene addebitata la responsabilità di atti ed eventi di dubbia realtà o, almeno, di dubbia corrispondenza quantitativa. Il professionista incaricato di funzioni giudiziarie, il cui apporto tecnico-professionale è fondamentale nella rappresentazione di fatti all'organo giudicante, deve

responsabilmente rifuggire dalla tentazione di attribuire sommariamente agli organi sociali, agli amministratori in particolare, la paternità di tali illeciti. Senza scomodare la famigerata e logora teoria del “non poteva non sapere”, che già tante polemiche ha suscitato, possiamo ricondurre in un alveo più professionale la necessità di una serena e non preconcepita disamina del sistema di deleghe in atto nell’impresa oggetto di controllo postumo. Lo studio e l’approfondimento della organizzazione interna dell’impresa e delle procedure che hanno presidiato il funzionamento della struttura organizzativa sono essenziali al professionista incaricato di funzioni giudiziarie per individuare le aree operative, nelle quali sono maturate ed attuate le decisioni e gli atti gestionali. Tale fase dell’incarico giudiziario deve precedere, a nostro avviso, il canonico esame dei documenti e degli atti cartacei, in quanto può determinarne una visione più organica e panoramica.

Ipotesi di sindaci soggetti a possibili addebiti di responsabilità

1. Premessa

L'art. 2403 del Codice Civile individua quali sono i "Doveri del collegio sindacale", schematicamente riconducibili alle seguenti attività di controllo sull'amministrazione della società:

1. controllo sull'amministrazione della società;
2. vigilanza sull'osservanza della legge e dell'atto costitutivo;
3. accertamento della regolare tenuta della contabilità sociale;
4. accertamento della corrispondenza del bilancio alle risultanze dei libri e delle scritture contabili;
5. accertamento della osservanza delle norme stabilite dall'art.2426 c.c. per la valutazione del patrimonio sociale;
6. accertamento almeno trimestrale della consistenza di cassa e dell'esistenza dei valori e dei titoli di proprietà sociale, ovvero ricevuti in pegno, cauzione o custodia.

Al fine di consentire lo svolgimento delle attività di cui sopra, il medesimo articolo consente al collegio sindacale:

- a. di procedere in qualsiasi momento, anche individualmente, ad atti di ispezione e di controllo;
- b. di richiedere agli amministratori notizie sull'andamento delle operazioni sociali o su determinati affari.

Gli accertamenti eseguiti devono risultare nell'apposito libro delle adunanze e delle deliberazioni del collegio sindacale.

Ai sensi dell'art.2407 del Codice Civile, i sindaci devono adempiere i loro doveri con la diligenza del mandatario e sono solidalmente responsabili con gli amministratori per i fatti e le omissioni di questi, quando il danno non si sarebbe prodotto, se essi avessero vigilato in conformità degli obblighi della loro carica. Sono altresì tenuti al segreto sui fatti e sui documenti, di cui hanno conoscenza per ragione del loro ufficio.

Gli artt.148-154 del Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (D.Lgs.24 febbraio 1998, n.58) e l'art.52 del Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (D.Lgs.1 settembre 1993, n.385) hanno inoltre notevolmente ampliato i doveri - e le connesse responsabilità - del collegio sindacale nell'ambito delle attività ivi regolamentate.

Dal quadro normativo appena ricordato emerge con chiarezza come le attività di controllo, accertamento ed indagine connesse alle funzioni del collegio sindacale siano eccezionalmente ampie.

2. Una preliminare analisi della posizione

1. In presenza di un membro del collegio sindacale di una società, oggetto di accertamenti da parte di un dottore commercialista, nell'ambito di un suo incarico di qualunque natura, è buona norma ponderare preliminarmente la posizione come segue:

- verificare il periodo di permanenza nella carica,
- verificare la sussistenza dei requisiti di legge,
- verificare quanto risultante sul libro delle adunanze e delle deliberazioni del collegio sindacale,
- verificare l'esistenza di sue comunicazioni e dichiarazioni risultanti dagli altri libri sociali (assemblee e consiglio di amministrazione),
- verificare l'eventuale sussistenza di comunicazioni scritte a sua firma indirizzate alla società, all'organo amministrativo, agli altri sindaci, al tribunale competente, all'autorità di vigilanza, se esistente (Banca d'Italia, Consob, Isvap, ecc.),
- verificare se in relazione ai più importanti eventi societari risultino evidenti mancanze nell'attività del sindaco.

3. La convocazione

Compiuta la suindicata sommaria verifica preliminare, può presentarsi per il professionista, in veste di perito, di consulente e di curatore fallimentare, la necessità di convocare e sentire - per i dovuti chiarimenti, ovvero per l'espletamento di veri e propri atti di indagine - i singoli componenti del collegio sindacale. Appare opportuno non limitarsi, in tale caso, a convocare

ed analizzare la posizione del collegio in carica al momento dell'accertamento, bensì anche quella dei precedenti sindaci, se temporalmente ravvicinati come incarico al periodo in esame. Tale convocazione rappresenta una fase quanto mai delicata per il professionista, soprattutto in sede penale, per una serie di ragioni. In primo luogo, per l'immediata rilevanza del risultato della stessa in fase di formazione della prova (indagini preliminari) ovvero di valutazione della stessa (fase processuale).

In secondo luogo, per la tassatività del comportamento che il professionista deve tenere, a rigore di legge, a seconda che rivesta il ruolo di perito del Giudice ovvero di consulente delle parti processuali penali necessarie (P.M. ed imputato) o eventuali (parte civile e responsabile civile), o delle parti contrapposte nel procedimento civile.

Se per quanto riguarda il ruolo di ausiliario del Giudice e delle parti in sede civile o penale la struttura del comportamento da tenere e delle regole da osservare non è mutata (l'art. 278, 3° co., c.p.p., ad esempio, statuisce che il Perito può chiedere notizie all'imputato, alla persona offesa o ad altre persone, precisando che tali audizioni possono essere utilizzate solo ai fini dell'accertamento peritale), occorre accennare brevemente alla nuova disciplina dettata dalla l. n° 397/2000 sulle indagini difensive. Gli articoli che più interessano, qualora si rivesta il ruolo di consulente di parte, e ci si appresti ad ascoltare un sindaco revisore, che possa assumere - od aver già assunto - la veste di persona informata sui fatti, sono il 391 *bis* e *ter* del c.p.p. Nello specifico, riguardo all'opera del consulente di parte, i commi dell'art. 391 *bis* c.p.p che interessano sono:

“1. Salve le incompatibilità previste dall'articolo 197, comma 1, lettere c) e d), per acquisire notizie il difensore, il sostituto, gli investigatori privati autorizzati o i consulenti tecnici possono conferire con le persone in grado di riferire circostanze utili ai fini dell'attività investigativa. In questo caso, l'acquisizione delle notizie avviene attraverso un colloquio non documentato.

[...]

3. In ogni caso, il difensore, il sostituto, gli investigatori privati autorizzati o i consulenti tecnici avvertono le persone indicate nel comma 1:

a) della propria qualità e dello scopo del colloquio;

b) se intendono semplicemente conferire ovvero ricevere dichiarazioni o assumere informazioni indicando, in tal caso, le modalità e la forma di documentazione;

- c) dell'obbligo di dichiarare se sono sottoposte ad indagini o imputate nello stesso procedimento, in un procedimento connesso o per un reato collegato;*
- d) della facoltà di non rispondere o di non rendere la dichiarazione;*
- e) del divieto di rivelare le domande eventualmente formulate dalla polizia giudiziaria o dal pubblico ministero e le risposte date;*
- f) delle responsabilità penali conseguenti alla falsa dichiarazione.*
- 4. Alle persone già sentite dalla polizia giudiziaria o dal pubblico ministero non possono essere richieste notizie sulle domande formulate o sulle risposte date.*
- 5. Per conferire, ricevere dichiarazioni o assumere informazioni da una persona sottoposta ad indagini o imputata nello stesso procedimento, in un procedimento connesso o per un reato collegato, è dato avviso, almeno ventiquattro ore prima, al suo difensore la cui presenza è necessaria. Se la persona è priva di difensore, il giudice, su richiesta del difensore che procede alle investigazioni, dispone la nomina di un difensore di ufficio ai sensi dell'articolo 97.*
- 6. Le dichiarazioni ricevute e le informazioni assunte in violazione di una delle disposizioni di cui ai commi precedenti non possono essere utilizzate. La violazione di tali disposizioni costituisce illecito disciplinare ed è comunicata dal giudice che procede all'organo titolare del potere disciplinare.”.*

4. La valutazione

1. Nel valutare il corretto adempimento dei doveri connessi all'incarico sindacale interpretare correttamente i suddetti anche alla luce dei principi stabiliti dal Consiglio Nazionale, ovvero dalla migliore dottrina e dalla più meditata giurisprudenza.

2. Individuare la sussistenza della necessaria diligenza del mandatario, richiesta dalla legge, in relazione alle circostanze concrete, alle irregolarità riscontrabili e non riscontrate, rifuggendo da presunzioni di conoscibilità di un evento censurabile, senza valutarne la sua effettiva evidenza.

3. Rapportare le capacità professionali del sindaco ed i suoi doveri alle risorse ragionevolmente dedicabili allo svolgimento dell'incarico, sia sotto il profilo temporale, che economico.

4. Relazionare in merito agli accertamenti effettuati con equilibrio, descrivendo analiticamente le irregolarità riscontrate in capo alla società, ed in relazione a quest'ultime evidenziare solo quelle che possano comportare, ai sensi della normativa richiamata in Premessa, una responsabilità per il componente del collegio sindacale, rimandando l'esatta qualificazione sanzionatoria, civile o penale, al giudizio del magistrato. Per questa analisi, ricordarsi sempre del nesso di causalità tra il difetto di vigilanza e l'irregolarità, ovvero il danno. Riportare sempre nell'ambito delle risultanze degli accertamenti le eventuali spiegazioni, chiarimenti giustificazioni con le modalità di cui al punto "B".

Nello stendere le relazioni limitarsi a illustrare i fatti e non formulare anche i capi d'accusa (tale ruolo compete solo al magistrato)

1. La conoscenza del diritto e la sua interpretazione sono propri del giudice (jura novit curia) sia per il diritto nazionale e comunitario.

“La consulenza non è una sentenza, né il consulente è un giudice : ne consegue che il consulente non è chiamato a decidere la lite, né in luogo né insieme al giudice, né è delegato ad interpretare la legge, ma deve soltanto illuminare il giudice stesso su cognizioni tecniche specifiche o su elaborazioni scientifiche e pratiche, la cui acquisizione è necessaria ai fini della decisione della causa. Ne consegue che il giudice non può affidare al consulente tecnico:

- a) il potere di determinare in concreto la volontà della legge in ordine al rapporto dedotto in giudizio;
- b) il compito di valutare e definire situazioni e questioni giuridiche, compito che è proprio del giudice”⁴.

2. Sulla consulenza come mezzo di prova

La consulenza non è un mezzo di prova in senso tecnico, in quanto non può essere chiesta e disposta per l'acquisizione di fatti e circostanze, la cui dimostrazione possa e debba essere fornita dalla parte che li allega⁵.

In sostanza la consulenza tecnica può anche costituire fonte oggettiva di prova, quando costituisce l'unico mezzo per accertare fatti rilevabili solo con il sussidio di cognizione tecniche, ma il “ consulente non può “ essere chiamato ad accertare fatti che possono formare normale oggetto di prova testimoniale, né tanto meno ad esprimere giudizi sul contenuto degli accordi contrattuali tra le parti”⁶.

⁴ Ettore Protetti e Maria Teresa Protetti, *La consulenza tecnica nel processo civile*, Edizioni Giuffrè, 30-32

⁵ Vedi, Cass. 12.2.82 n. 888 – Cass. Sez. I 17/10/88 n. 5645 Cass. 8/8/89 n.3647 – Cass. Sez. Lav. 29/1/93

⁶ Cass. 22/1/85 n. 250. Vedi, altresì, Ettore Protetti e Maria Teresa Protetti “ La consulenza tecnica nel processo civile – edizioni Giuffrè pag. 28.29

3. Sul comportamento del dottore commercialista nel ruolo di perito o Consulente

Gli elementi di una consulenza tecnica possono essere così riassunti:

- a) un'intestazione
 - b) il preambolo
 - c) l'oggetto
 - d) lo svolgimento delle indagini
 - e) l'accertamento dei fatti
 - f) la valutazione tecnica.
 - g) le conclusioni
- L'ausiliario di giustizia non è un testimone dei fatti da esaminare, ma deve entrare nel merito dei fatti.
- Deve procedere con metodologia e tecnica, in specie quando si rivolge a singoli processi aziendali.
- Deve esaminare i fatti aziendali in un periodo temporale sufficientemente ampio per verificarne le origini.
- Deve scrupolosamente indicare tutti i soggetti interessati al fatto, ma con particolare attenzione alla successione temporale degli incarichi ed ai processi formativi delle decisioni.
- Deve descrivere esattamente e compiutamente cosa ha esaminato e tutta la documentazione relativa, sia quella favorevole, che contraria a ciascuna delle parti, senza discriminazione né esclusione alcuna.
- Deve descrivere il suo lavoro e le sue conclusioni con linguaggio comune e comprensibile a tutte le parti che partecipano al processo, affinché le stesse acquisiscano le conoscenze necessarie a risolvere la "quaestio facti" (vedi sopra il concetto di preparazione tecnica), perché solo con un'alta professionalità si può essere semplici e concisi nei concetti.
- Deve citare il fatto o i fatti e cosa rileva dal suo esame, dalle sue analisi, dal suo lavoro; da tutto ciò deve trarne una sintesi con le sue deduzioni e le sue conclusioni.

Le conclusioni devono contenere le risposte ai quesiti in modo chiaro, inequivoco, sui fatti accertati e non su semplici ipotesi.

Le conclusioni devono essere precise, il consulente deve specificare se i dati tecnici sono in via di certezza, oppure di probabilità, ed in quest'ultimo caso deve indicare il grado di probabilità.⁷

L'ausiliario di giustizia non deve trarre conclusioni e deduzioni "ultra petitem", e non deve mai basare le sue deduzioni su impressioni sue o di altri. Il Dottore Commercialista deve procedere per esame, per analisi, deduttivamente. Mai per impressioni:

"Un ingente sbilancio fra attivo e passivo non è di per sé prova di reato: non "decoctus ergo fraudator". Il quesito sarà diretto a sapere se il deficit è contabilmente giustificato da spese ed oneri di gestione, se la contabilità è stata tenuta in modo corretto e veridico, se i bilanci sono corretti e così via.....Anche il Consulente Tecnico del Pubblico Ministero è sì parte della funzione d'accusa, ma è anche organo di giustizia, sicché deve sempre agire nell'interesse della verità, abbandonando le linee accusatorie che non si possono dimostrare.

Ogni affermazione deve essere supportata da elementi concreti (evitare le affermazioni generali) su documenti che sono "elementi di fatto concreti", sulle normative vigenti al momento dei fatti; si intende con il termine "normative vigenti" tutto il quadro normativo composto da leggi, decreti, regolamenti, norme di comportamento, ed anche consuetudini.

Ogni affermazione deve possibilmente essere accompagnata da copie dei documenti e delle norme che vanno citate, ma non commentate.

Il Dottore Commercialista deve sempre tenere un atteggiamento indipendente; il suo lavoro non può e non deve, per divisione di ruoli, divenire uno strumento funzionale a nessuna delle parti del processo; il suo ruolo è quello della ricerca della verità.

Diverso ovviamente sarà il ruolo del Consulente delle parti in causa (P.M., inquisito, persona offesa) in quanto spesso dovrà rivestire il ruolo di *longa manus* delle parti processuali – nel rispetto della propria indipendenza e dei principi della deontologia professionale – al fine di "scardinare e confutare le valutazioni e le risultanze dell'opera peritale che contrastino con gli interessi dei quali è portatrice la parte che assiste. Tale opera sarà meglio

⁸ Vedi, Ettore Protetti e Maria Teresa Protetti " La consulenza tecnica nel processo civile- edizioni Giuffrè pag. 91

svolta se si ha presente il concetto di “verità processuale” oggetto del paragrafo che segue.

4. Sul concetto di verità processuale

Altro aspetto da evidenziare è il concetto di Verità Processuale: questa è ciò che risulta dagli atti del processo e non deve necessariamente coincidere con la verità reale.

Il Dottore Commercialista che ha l’obbligo di far conoscere la verità, deve adempiere a questo compito (vista la natura del nuovo processo dove la prova si forma nel dibattimento) nell’ambito dei fatti rilevanti ai fini del processo.

Attività ulteriori, al di là dei documenti prodotti e dei fatti conosciuti, competono al Dottore Commercialista, soltanto se espressamente autorizzati dal giudice.

Nel suggerire misure cautelari, valutare opportunamente la personalità e la condizione sociale delle persone nei cui confronti si devono assumere le misure.

1. Premessa

La funzione della tutela cautelare consiste nell'evitare i danni che possono derivare all'attore dalla durata del processo a cognizione piena, e si manifesta nella richiesta al giudice di emanare un provvedimento sommario. Il provvedimento si fonda su di una valutazione sommaria del *fumus boni juris* - cioè della probabilità dell'esistenza del diritto che costituirà oggetto del successivo processo a cognizione piena - e del *periculum in mora* - cioè del probabile danno che può derivare all'attore per le cause prima ricordate.

Gli articoli 670 e ss. del Codice di Procedura Civile, nell'ambito dei procedimenti cautelari regolano specificamente l'ipotesi del sequestro. Vengono individuati due istituti profondamente diversi: il sequestro giudiziario ex art.670 c.p.c. ed il sequestro conservativo ex art. 671 c.p.c. Entrambi gli strumenti rispondono all'esigenza di assicurare la fruttuosità del provvedimento principale, teso ad ottenere una sentenza di condanna alla consegna o al rilascio, oppure una sentenza di condanna al pagamento di una somma di denaro.

Il sequestro conservativo, che qui maggiormente interessa, ha appunto la funzione di conservare il patrimonio del debitore a garanzia dei diritti del creditore, salvaguardando quest'ultimo da eventuali atti di disposizione da parte del debitore a valere sul proprio patrimonio.

La disciplina del sequestro conservativo, oltre che nei citati articoli del c.p.c., trova il suo fondamento negli articoli 2905 e 2906 del Codice Civile, laddove è stabilito il diritto per il creditore a richiedere il sequestro conservativo dei beni del debitore, ovvero nei confronti del terzo acquirente degli stessi beni, qualora sia stata proposta l'azione per far dichiarare l'inefficacia dell'alienazione. Inoltre, vi è stabilito che non hanno effetto nei confronti del creditore sequestrante le alienazioni e gli altri atti che hanno per oggetto la cosa sequestrata, nonché il pagamento eventualmente

eseguito dal terzo debitore del soggetto, nei cui confronti è stato adottato il provvedimento.

In attuazione di quanto stabilito dal c.c., l'art.671 c.p.c. dispone che "Il giudice, su istanza del creditore che ha fondato timore di perdere la garanzia del proprio credito, può autorizzare il sequestro conservativo di beni mobili o immobili del debitore o delle somme o cose a lui dovute, nei limiti in cui la legge ne permette il pignoramento."

Come evidenziato, il giudice, prima di autorizzare il sequestro conservativo, deve verificare il *fumus boni juris*, cioè l'apparente fondatezza della pretesa creditoria. Mentre non è necessario che il credito sia liquido - purché approssimativamente determinato nel suo ammontare - né esigibile, giacché l'istituto è applicabile anche ai crediti sottoposti a termine o condizione sospensiva. Quindi non è neppure necessario che il credito sia certo, in quanto è sufficiente la probabilità dell'esistenza del diritto, a tutela del quale si richiede il provvedimento cautelare.

Il secondo presupposto per la concessione del sequestro conservativo è costituito dal *periculum in mora*, cioè dal timore di perdere la garanzia del credito. Durante il tempo necessario per lo svolgimento del processo a cognizione piena il debitore potrebbe compiere atti di disposizione del proprio patrimonio, sottraendolo al soddisfacimento del creditore. E' quindi necessario che il giudice, al momento di concedere il sequestro, proceda alla verifica di tale presupposto. Il *periculum in mora* può essere desunto da elementi oggettivi attinenti alla consistenza del patrimonio del debitore e da elementi soggettivi attinenti al comportamento del debitore, cioè che egli ponga in essere atti di depauperamento del proprio patrimonio, in modo da sottrarlo all'esecuzione.

Il sequestro conservativo esaurisce la sua funzione non appena è definito il giudizio di merito con sentenza. Nel caso di sentenza di condanna a favore del sequestrante, anche non passata in giudicato ma esecutiva, il sequestro conservativo si converte in pignoramento ai sensi dell'art.686 c.p.c

2. Una preliminare analisi della posizione

1. Il ricorso alla tutela cautelare presuppone il rigoroso accertamento dei presupposti di legge illustrati in Premessa. L'accertamento si deve necessariamente articolare in due fasi:

- una fase preliminare, nel corso della quale il professionista attore o consulente dell'attore, dovrà valutare l'opportunità di richiedere un provvedimento cautelare;
- una fase giudiziale, nel corso della quale il giudice valuterà la sussistenza dei presupposti di legge per la concessione o meno della tutela.

2. E' di tutta evidenza come sin dalla fase preliminare il professionista dovrà valutare:

2a. Gli elementi in suo possesso, che andranno a costituire il successivo fondamento del *fumus boni juris* da accertarsi giudizialmente: nel caso di azioni principali di esito incerto, ovvero in mancanza di elementi che individuino compiutamente il necessario nesso di causalità tra l'operato del soggetto in esame e l'evento alla base del presunto credito nei confronti dello stesso, è buona norma astenersi dal richiedere provvedimenti cautelari;

2b. Gli elementi in suo possesso, che andranno a costituire il fondamento del *periculum in mora* da accertarsi giudizialmente: elementi oggettivi e soggettivi.

Per quel che concerne gli elementi oggettivi, andrà valutata la consistenza patrimoniale del soggetto, in relazione all'accertando credito nei suoi confronti. Nell'ambito dell'accertamento bisognerà considerare anche il patrimonio "immateriale" del professionista, costituito dallo studio professionale, dal suo avviamento e dalla sua redditività. Arrivando ad escludere rischi di depauperamento patrimoniale nel caso di professionisti iscritti all'Albo ed operanti stabilmente e con regolarità sul mercato.

Per quel che concerne gli elementi soggettivi (nella prassi erroneamente sottovalutati) si andrà ad escludere il sussistere degli stessi in tutti i casi in cui la rilevanza dell'attività del professionista e la movimentazione fisiologica del proprio patrimonio siano nell'ambito della normalità.

3. Tenuto conto delle valutazioni di cui sopra, è opportuno considerare come il professionista e la sua attività, contrariamente ad altri soggetti, non si

prestino ad agevoli e rapidi depauperamenti, mentre l'adozione di provvedimenti cautelari comporta sempre un grave danno al professionista stesso ed alla sua immagine.

3. Tutela cautelare in sede penale

Analoghe considerazioni vanno formulate in relazione al sequestro conservativo di cui agli articoli 316 e ss. del Codice di Procedura Penale, sia per quel che concerne il provvedimento di cui al primo comma, su richiesta del pubblico ministero a tutela di crediti per pene pecuniarie, spese del procedimento od altro dovuto all'erario, sia ai sensi del secondo comma, a richiesta della parte civile a tutela delle garanzie per le obbligazioni civili derivanti dal reato.

N. 6

Anche se la responsabilità dell'amministratore e del sindaco si qualifica quale responsabilità in solido, ricordarsi che il sindaco risponde soltanto in relazione a quei fatti dannosi che non si sarebbero verificati se egli avesse agito diversamente.

Preliminarmente alla questione di cui al suindicato punto – riconducibile essenzialmente al contenuto normativo di cui all'art. 2407, comma II, c.c. - appare opportuna una sintetica rassegna sulla Responsabilità Civile dei membri del collegio sindacale nello svolgimento dell'attività di controllo ad esso istituzionalmente riconosciuta.

E', invero, innegabile come ampi e molto spesso indefiniti siano i compiti dei sindaci nel controllare atti, operazioni, decisioni, documentazioni e ogni comportamento di soggetti che operano in imprese di ogni tipo, tenendo conto di eventi esterni, ordinari, straordinari, accidentali, ecc. In breve, il collegio sindacale è tenuto a controllare l'organizzazione, la gestione ed i sistemi di informazione (con la loro attendibilità) dell'azienda. I compiti si aggravano nei casi in cui il collegio sindacale svolga le proprie funzioni nei gruppi societari.

I sindaci possono così incorrere in azioni di responsabilità relativamente all'adempimento dei loro doveri specifici e solidalmente con gli amministratori inadempienti.

L'analisi delle norme del codice civile consente, in tale ambito, l'oggettivizzazione dei seguenti casi.

1.

I sindaci sono responsabili quando non abbiano adempiuto ai loro doveri con la diligenza del mandatario (ovvero quella del "buon padre di famiglia", ex art. 1710 c.c.). In altre parole, quando l'amministrazione dell'impresa non risulta regolare, producendo danni ai soci e ai creditori sociali, i sindaci vengono coinvolti e chiamati a dimostrare come hanno svolto il loro mandato nel periodo in cui si sono verificate le irregolarità. Nella nostra pratica legale e giudiziaria, regolata da un quadro di norme non più adeguato, i sindaci vengono spesso chiamati a rispondere anche quando

abbiano compiuto interamente il loro dovere. Occorre prendere atto di tale realtà: di qui la necessità che i sindaci svolgano il proprio mandato con la massima diligenza, assicurandosi di aver assolto ai vari adempimenti prescritti dalla legge. Per dimostrare ciò, si deve far riferimento ai verbali di accertamento che il collegio e i vari sindaci, anche individualmente, hanno redatto sul “libro del collegio sindacale”. Occorre che tali verbali siano chiari, esaurienti e tanto più frequenti nel tempo, quanto più critica si rivela la gestione sociale, per operazioni, ad esempio, che possano cagionare perdite. L’accurata verbalizzazione degli accertamenti è l’unica arma alla quale i sindaci possono ricorrere per scindere la propria responsabilità da quella degli amministratori.

Appare allora raccomandabile che in tali verbali vengano espresse riserve, censure, contestazioni, richieste di ispezioni interne e di accertamenti legali, quando i sindaci, s’intende, ne abbiano motivo. Tali riserve, censure e richieste possono essere espresse dai sindaci anche nella verbalizzazione delle riunioni dei consigli di amministrazione e dei comitati esecutivi.

Occorre, infatti, tener presente che, mentre da una parte il codice civile è severo nell’attribuire responsabilità ai sindaci, dall’altra non consente loro di tutelarsi legalmente giusta l’art. 2407, per il quale “i sindaci devono conservare il segreto sui fatti e sui documenti di cui hanno conoscenza per ragione del loro ufficio”.

2.

I sindaci sono responsabili per la verità delle loro attestazioni.

Le attestazioni sono quelle dei verbali del libro dei sindaci, delle relazioni e dichiarazioni fatte nelle assemblee degli azionisti con le quali si attesta la veridicità dei bilanci, deliberazioni amministrative, ecc.

3.

Responsabilità solidale con gli amministratori.

L’art. 2407, comma II, del codice civile stabilisce che i sindaci sono solidalmente responsabili con gli amministratori per i fatti o le omissioni di questi, quando il danno non si sarebbe prodotto se essi avessero vigilato in conformità degli obblighi della loro carica.

Si tratta di una norma che, come ha puntualizzato la giurisprudenza, determina una responsabilità di carattere solidale nei rapporti fra sindaci ed

amministratori e, contemporaneamente, nei rapporti fra i sindaci stessi. Peraltro, tale responsabilità non è limitata soltanto allo svolgimento di compiti di mero controllo contabile e formale da parte dei sindaci, ma anche al contenuto sulla gestione, atteso il potere riconosciuto per legge al collegio sindacale di chiedere agli amministratori notizie sull'andamento delle operazioni sociali e su altri fatti determinati.

Il contenuto normativo di cui all'art. 2407, comma II, c.c., rappresenta la più grave ipotesi di responsabilità prevista per il sindaco. Invero, mentre il mancato controllo dei sindaci non coinvolge una responsabilità in solido degli amministratori, la responsabilità degli amministratori coinvolge, invece, quasi automaticamente quella dei sindaci per la presunzione della loro mancata vigilanza.

Nell'ambito di tale responsabilità in solido, è buona regola, allora, ricordarsi che il sindaco risponde soltanto in relazione a quei fatti dannosi, che non si sarebbero verificati, se egli avesse agito diversamente.

Pertanto il professionista incaricato di individuare i fatti dannosi deve discernere quelli che il collegio sindacale non avrebbe in alcun modo potuto evitare.

Valutare in quale misura, prima del fallimento, è stata data notizia delle anomalie sociali (attraverso verbali, relazioni, etc.), allo scopo di informare i terzi della vera situazione in atto. Ovviamente le informazioni fornite vanno commisurate al differente grado di conoscenza, che gli amministratori e sindaci possiedono rispetto ai fatti gestionali.

La sentenza dichiarativa di fallimento segue sempre una fase patologica dell'impresa o, meglio, ne è l'epilogo.

A volte l'impresa si avvia alla propria estinzione, indotta dalle più disparate cause, (produttive, commerciali, finanziarie), avvedendosene troppo tardi. Gli organi amministrativi ed assembleari non si rendono conto che la crisi non è momentanea e congiunturale, ma definitiva ed irreversibile.

Il professionista incaricato di funzioni giudiziarie (ci riferiamo, in questo caso, prevalentemente al curatore fallimentare ed al CTU) deve porsi nella prospettiva d'impresa nella quale si trovavano gli organi sociali durante la difficile fase prefallimentare, valutandone soprattutto il comportamento in relazione alla trasparente informazione dei terzi. Indipendentemente dalla responsabilità derivante da eventuali condotte gestionali imprudenti, negligenti o non avvedute, gli organi sociali debbono, infatti, fornire a tutti coloro che hanno rapporti con l'impresa corrette e veritiere comunicazioni, idonee a consentire a ciascuno una libera valutazione delle proprie relazioni economico-finanziarie con l'impresa in difficoltà.

La nostra esperienza professionale ci insegna che gli organi sociali - quello amministrativo, in particolare - sono resi oggetto di responsabilità, non tanto per errori nella conduzione dell'impresa, quanto per aver taciuto ed occultato le sue difficoltà, essendone consapevoli.

L'apporto tecnico del professionista incaricato di funzioni giudiziarie è, in questo ambito, di particolare valenza e delicatezza.

Ove sia richiesto dal Magistrato competente (e ne è quasi sempre richiesto, direttamente o indirettamente) di valutare tecnicamente la completezza e la trasparenza degli atti sociali esterni, egli deve individuare - spesso con

difficoltà - il labile confine tra la innegabile esigenza di una doverosa riservatezza e la, altrettanto doverosa, informazione ai terzi. Potrà rilevare con ragionevole certezza condotte reticenti e votate, anzi, alla dissimulazione, soltanto allorché si trovi in presenza di atti, relazioni, studi interni in patente e volontario contrasto con il contenuto di corrispondenti informative esterne.

Gli atti ufficiali disposti dalla legge (Relazione sulla Gestione, ex art. 2428 C.C., per gli amministratori; Relazione dei Sindaci, ex art. 2429 C.C., per i sindaci) sono i documenti basilari per la valutazione della specifica condotta degli organi sociali ai fini della corretta informazione.

Riteniamo che il contenuto esaustivo e trasparente di tali relazioni, non disgiunto dalle tempestive convocazioni dell'assemblea per le delibere di cui agli articoli 2446 e 2447 C.C., ove se ne verificano le condizioni, fornisca al professionista incaricato di funzioni giudiziarie la prova che gli organi sociali hanno operato con la dovuta correttezza nei confronti dei terzi e nel rispetto della legge.

Allorché nell'ambito delle comunicazioni sociali siano stati forniti elementi tali da indurre in ragionevole allarme il ceto creditorio, non può essere addebitata agli organi sociali una responsabilità parificata ad una situazione di colpevole occultamento.

Vanno poi approfondite le posizioni soggettive di amministratori e sindaci rispetto agli atti ed ai fatti che costituiscono la gestione d'impresa.

In tema di responsabilità civile, constatiamo che - molto spesso - amministratori e sindaci sono accomunati da una responsabilità solidale estesa all'intero danno subito dalla società, valutato, sovente, in misura pari al deficit patrimoniale nelle procedure concorsuali, con l'applicazione di un criterio quanto meno sommario, non rispettoso del disposto del 2° comma dell'articolo 2407 C.C..

E' nota la polemica in atto per tale iniqua assimilazione.

I doveri del Collegio sindacale, e le relative responsabilità, sono enunciati dalla legge (art. 2403 e 2407 C.C.). Non così i necessari poteri. Un potere di indagine è previsto per i sindaci soltanto dal 2° comma dell'art. 2408 C.C., allorché essi siano destinatari di denuncia di fatti censurabili, o ritenuti tali, da tanti soci che rappresentino almeno un ventesimo del capitale sociale.

Il dovere di vigilanza e di controllo incombente sul collegio sindacale ex art. 2403 C.C. non è, però, accompagnato da espliciti poteri che consentano ai sindaci di vigilare e controllare indipendentemente dalla collaborazione della struttura dell'impresa

Gli amministratori, in particolare quelli dotati di poteri di rappresentanza e di poteri decisionali delegati, sono gli attori e gli artefici della gestione aziendale. Sono coloro che attuano l'attività d'impresa, della quale conoscono - per definizione - ogni aspetto.

I sindaci, al contrario, non possono che espletare il proprio mandato attraverso l'esame documentale, il controllo dei titoli e valori del fondo cassa, del rispetto dei termini dei vari adempimenti, contabili, tributari, contributivi. E' vero che essi possono (quindi debbono) chiedere notizie agli amministratori sull'andamento delle operazioni sociali o su determinati affari (4° comma, art. 2403 C.C.); è, tuttavia, innegabile che essi possano farlo allorché abbiano conoscenza e notizia di quelle "operazioni" o di quei "determinati affari". In ogni caso, il loro controllo è spesso postumo rispetto all'esecuzione dell'atto di gestione, delle cui conseguenze negative dannose possono essere chiamati a rispondere.

Ai sindaci non è riconosciuto alcun autonomo potere di verifica e di reperimento di dati presso fonti esterne alla società. In altri termini essi non possono che conoscere i soli elementi posti a loro disposizione dall'organo amministrativo.

Sappiamo bene che, in presenza della attuale notevole diffusione di impegni contrattuali che possono non produrre evidenze contabili immediate (ad esempio, per i cosiddetti derivati finanziari) la società può essere gravata di rischi ed oneri non percepibili da parte del collegio sindacale, se non dietro una specifica informativa non sempre fornita.

In conclusione, se da un lato per i sindaci è consigliabile inventariare opportunamente ed esporre analiticamente, nei verbali delle adunanze periodiche, i documenti richiesti in esame agli amministratori e da questi forniti, riteniamo dall'altro che i professionisti incaricati di funzioni giudiziarie, nell'esplicazione del mandato ricevuto, debbano attentamente valutare l'effettiva conoscenza o comunque la ragionevole conoscibilità - da parte del collegio sindacale - di tutti quegli elementi, contratti, rapporti,

obbligazioni, che abbiano concorso a determinare epiloghi dannosi per l'impresa oggetto di esame.

Valutazione del diverso contesto temporale fra accadimento del fatto e valutazioni e verifiche dello stesso

Accade spesso che il dottore commercialista debba rispondere a distanza di anni per fatti di natura professionale (sindaco, consulente, valutatore, esperto, ecc.), che vengono ad emergere, ad esempio, a seguito di perizie sia civili che penali, ma anche per altre motivazioni. Ciò comporta, ovviamente come raccomandazione, che il professionista svolga il suo lavoro lasciando tracce e prove idonee per ricostruire i fatti nei modi e nei termini il più precisi possibile.

E' agevole constatare che il perito o il consulente di ufficio, ad esempio, incaricato di redigere consulenze o perizie aventi ad oggetto l'accertamento di fatti tecnici connessi a reati di falso in bilancio, false comunicazioni sociali, bancarotta fraudolenta, ecc., contesti criteri di valutazione di beni, di titoli, senza rendersi ragione dei tempi pregressi, in cui gli amministratori, ed i sindaci, hanno operato. In buona sostanza, è assai facile contestare criteri di valutazione a distanza di anni quando nel frattempo notevoli variazioni anche legislative o interpretative (o anche solo nella consuetudine) si sono verificate successivamente.

In tema di bilancio di esercizio, è noto che esso dal punto di vista economico-aziendale non può essere visto soltanto entro gli angusti limiti di un puro e semplice adempimento degli obblighi di legge. E' bene dunque che i consulenti, o i periti, si rendano ragione che esso deve invece costituire un documento mirante a fornire, alla vasta categoria di soggetti interessati, una serie di informazioni concernenti il risultato della trascorsa gestione, nonché le prospettive future dell'impresa, vista nell'ottica del suo funzionamento. Il bilancio pertanto fornisce la rappresentazione del complesso sistema di valori dell'impresa, la cui intelligibilità e significatività dipendono dalle logiche e dalle scelte valutative, cui si ispirano i redattori dello stesso.

In particolare, nell'ambito di applicazione delle norme penali in tema di "falso in bilancio" è bene che i consulenti o i periti si rendano conto che non sembra possibile fare rientrare nella suddetta fattispecie ogni alterazione della realtà aziendale rappresentata dal bilancio, ma solo quelle che abbiano una rilevanza tale, da incidere significativamente sulla rappresentazione delle condizioni economiche della società.

L'indicata affermazione si richiama pertanto al principio della prevalenza della sostanza sulla forma: principio che ogni consulente dovrà tener presente, allorché si trovi a valutare l'operato di altri professionisti che siano sindaci di società, consulenti, valutatori, ecc.

Un bilancio sarà pertanto falso – ma qui sarà sempre il giudice a deciderlo, e mai i consulenti, i quali si debbono limitare ad esporre i "fatti" – se intenzionalmente gli amministratori, con lo scopo di ingannare i terzi, hanno fornito informazioni in grado di alterare significativamente la rappresentazione veritiera e corretta delle condizioni economiche della società. E qui il collegamento, quanto alla responsabilità, con i sindaci è evidente.

Occorre anche che coloro che si occupano di valutare l'operato degli amministratori e dei sindaci procedano a verificare se gli amministratori, nell'adempimento dei loro doveri, abbiano adottato comportamenti estimativo-contabili, applicando una diligenza adeguata alla funzione ed ai ruoli loro attribuiti, tenendo conto dei dati e delle informazioni possedute, nonché delle previsioni ragionevolmente formulabili all'epoca di redazione del bilancio e non degli elementi di giudizio successivamente divenuti noti. La verifica dei presupposti per la configurazione, ad esempio, del falso in bilancio riguarda pertanto la plausibilità, la congruità, la razionalità e la correttezza nella valutazione delle operazioni in corso all'epoca di redazione del bilancio *sulla base degli elementi di giudizio posseduti a quella stessa epoca e non successivamente.*

N. 9

I fatti vanno valutati sempre con la stessa unità di misura e il medesimo senso critico, sia che accadano nella sfera privata della professione, come nel caso di sindaco di società o consulente di impresa, sia che si operi nell'ambito dell'attività giudiziaria ricoprendo il ruolo di curatore fallimentare o consulente del giudice.

Il problema succitato appare di particolare importanza, in quanto si verificano casi in cui taluni professionisti usano pesi e misure diversi, a seconda che agiscano nella sfera della ordinaria consulenza d'impresa, oppure come incaricati della magistratura.

In tale ultima ipotesi infatti, può accadere che certe particolari situazioni di ordinaria manifestazione nella vita aziendale, e quindi ben note al Dottore Commercialista (che, frequentando le aziende, le conosce e le tollera), possano invece essere invocate come Fonte di comportamenti apertamente illeciti, se non addirittura criminosi.

Un esempio renderà forse più chiaro il concetto: tutti sanno che nelle società di capitali con base sociale ristretta o familiare, le assemblee ordinarie spesso non vengono ritualmente tenute, perché si ritiene superfluo rispettare il protocollo previsto dal Codice Civile, (convocazione, delibera, verbalizzazione). Si procede quindi direttamente alla stesura del verbale, che i responsabili dell'adunanza (Presidente e Segretario) successivamente sottoscrivono.

In altre parole, la volontà assembleare non si forma durante la adunanza (che non ha luogo), ma qualche tempo prima, in forma del tutto irrituale, sicché il verbale costituisce solo la trascrizione formale delle decisioni già assunte.

E' evidente che tale comportamento non presenta tutti i crismi della scrupolosa regolarità, però è altrettanto vero che non intende ingannare nessuno, ma solo semplificare una procedura, che, in certe situazioni, viene ritenuta superflua.

Ebbene, il Curatore, in sede di relazione ex art. 33 Legge Fallimentare, nel descrivere una situazione come quella ipotizzata, può usare due criteri assai diversi.

a) Il primo con tono colpevolista.

“La curatela a seguito delle indagini espletate, ha appurato che i verbali trascritti nell’apposito libro delle adunanze sono completamente falsi in quanto non corrispondenti ad assemblee realmente effettuate”.

b) Il secondo con tono neutrale.

“La curatela a seguito delle indagini espletate ha appurato che, normalmente, le delibere assembleari venivano soltanto verbalizzate, senza effettuare ritualmente l’adunanza, come peraltro accade in moltissime società a base sociale ristretta e, particolarmente, in quella esaminata, dove la compagine era di tipo familiare”.

Appare di tutta evidenza che il medesimo fatto, se riferito con le parole di cui al punto a), assume valenza assai più colpevolista rispetto alla descrizione successiva, pur riferendosi allo stesso contesto aziendale.

Il magistrato non esperto di vicende aziendali, leggendo la narrazione impostata con le parole di cui alla prima ipotesi, trae una visione fortemente equivoca dell’ambiente societario, ed è quindi portato a dedurre un giudizio più severo.

La serietà professionale impone che ciascuno di noi abbia una precisa scala di valori formatasi sulla base delle proprie convinzioni etiche e del vissuto individuale.

Tale scala di valori non può essere mutevole a seconda del ruolo che si riveste, perché se così fosse, si andrebbe a snaturare quella funzione di obiettiva competenza, che ci viene richiesta.

La magistratura, allorché incarica un professionista, pretende da questi una analisi tecnica, che non appartiene alla competenza culturale del Giudice, il quale si affida all’esperto proprio perché gli venga tracciato un quadro obiettivo dei fatti, che poi gli serviranno nello stabilire il giudizio finale.

Ne consegue che i fatti devono essere riferiti, non solo con scrupolosa precisione e verità, ma anche con obiettivo distacco, affinché chi è chiamato a giudicare possa poi valutarli equamente.

Questa regola non ammette eccezioni. Nello svolgimento di incarichi giudiziari, la obiettività è ancor più importante della competenza, essendo del tutto inutile la seconda, se non supportata dalla prima.

Un fatto illecito rimane tale sempre e comunque, cosicché un professionista, che usi criteri colpevolisti o benevolenti a seconda del diverso ruolo che svolge, arreca un grave torto anzitutto alla propria affidabilità, quindi alla categoria professionale cui appartiene, e infine alla verità.

La mutevolezza di giudizio professionale, anche se talvolta può sembrare utile per ingraziarsi l'autorità che ha conferito l'incarico, alla lunga si ritorce proprio contro chi la pratica, perché va ad incrinare il giudizio di affidabilità nei confronti di quel soggetto; elemento indispensabile per mantenere nel tempo la fiducia e il prestigio.