

## PROCEDURE CONCORSUALI E RISCHIO PENALE DEL PROFESSIONISTA

di Gianluca GENTILE\*

### ABSTRACT

*This essay proposes some thoughts on the criminal risk of the consultant in crimes related to bankruptcy proceedings. Three areas of risk are distinguished: a) the common crimes that most frequently may be carried out by the consultant in the context of business crisis (money laundering, aiding and abetting); the curator's crimes under the Bankruptcy Law and the Business Crisis Code, with particular regard to private interest; and c) the consultant's complicity in the crime committed by others.*

### SOMMARIO

1. Il rischio penale del professionista per i reati comuni legati alla crisi d'impresa
2. I reati concorsuali legati all'attività professionale
3. Consiglio tecnico e concorso di persone nel reato

### 1. IL RISCHIO PENALE DEL PROFESSIONISTA PER I REATI COMUNI LEGATI ALL'IMPRESA

Nel parlare di crisi d'impresa e rischio penale del professionista, possiamo distinguere tre aree:

a) in un contesto di crisi d'impresa, il professionista potrebbe commettere reati comuni, a loro volta monosoggettivi o plurisoggettivi;

b) il professionista potrebbe commettere quei reati concorsuali che richiedono la sussistenza di una determinata qualifica professionale;

c) il professionista potrebbe infine collaborare con altri alla commissione di reati concorsuali che richiedono una qualifica diversa da quella del professionista, rispondendone a titolo di concorso di persone nel reato.

Per quanto riguarda la prima ipotesi, quella dei reati comuni, la casistica giurisprudenziale ci offre molti spunti interessanti.

Partiamo dal caso dell'amministratore di una società che, dopo aver distratto somme del capitale

sociale, le versa a un professionista a fronte di una fattura emessa per operazioni inesistenti.

Ebbene, tale amministratore potrebbe rispondere di bancarotta fraudolenta se la società sarà successivamente dichiarata fallita/in liquidazione giudiziale, mentre il professionista che riceve il compenso potrebbe commettere il reato di riciclaggio (art. 648-bis c.p.) se a sua volta compie operazioni tali da occultare l'identificazione della provenienza criminosa del denaro: per quanto attiene all'elemento oggettivo, il denaro derivante dalla distrazione di somme sociali proviene da reato, e cioè da un'appropriazione indebita oppure da una bancarotta fraudolenta a seconda che sia intervenuta o meno la sentenza dichiarativa di fallimento/liquidazione giudiziale<sup>1</sup>; l'elemento psicologico sarebbe altresì dimostrato se il professionista è pienamente consapevole dell'assenza di qualsiasi causale sottostante all'emissione della fattura o addirittura suggerisce la causale più congrua a giustificare l'illecita dazione di denaro<sup>2</sup>.

Un altro esempio può essere tratto dalla vicenda giudiziaria del fallimento Mondialfruit srl, un'importante azienda veronese specializzata nel commercio di prodotti ortofrutticoli. È stato infatti condannato per riciclaggio colui che aveva suggerito a due imprenditori (successivamente condannati per bancarotta fraudolenta) e poi gestito una complessa operazione volta a sostituire

\* Professore associato di Diritto penale presso l'Università Suor Orsola Benincasa - Napoli.

<sup>1</sup> Per la giurisprudenza, tali reati si pongono in un rapporto di progressione criminosa: cfr. ad es. Cass., sez. V, 16 novembre 2016, n. 572; Cass., sez. V, 14 novembre 2019, n. 1203 (in relazione all'autoriciclaggio). Sul divieto di *ne bis in idem* che opera nei riguardi della bancarotta quando è intervenuta una previa condanna definitiva per appropriazione indebita cfr. Cass., sez. V, 15 febbraio 2018, n. 25651, Rv. 273468, commentata da F. MUCCIARELLI, *Bancarotta distrattiva, appropriazione indebita e ne bis in idem: una decisione della Corte di Cassazione innovativa e coerente con i principi costituzionali e convenzionali*, in *Dir. pen. cont.*, 6/2018, 269 ss.

<sup>2</sup> Cass., Sez. II, 19/11/2019, n. 51535.

il provento della bancarotta con preziosi quadri (di Lucio Fontana, Basquiat, Picasso e Andy Warhol) facilmente collocabili sul mercato<sup>3</sup>.

La comunanza di interessi tra professionista e cliente potrebbe essere così stretta da dar vita a un'associazione a delinquere, com'è successo nel caso Parmalat, nell'ambito del quale un avvocato è stato condannato perché aveva messo a disposizione il supporto della propria competenza legale per costituire le società che dovevano servire a confondere le acque nella gestione del gruppo, pur essendo consapevole del carattere illecito di quando andava facendo<sup>4</sup>.

Ancora, potrebbe rispondere di favoreggiamento personale (art. 378 c.p.) il professionista che aiuta il cliente a eludere le investigazioni o a sottrarsi alle ricerche effettuate dall'autorità.

Si pone a tal riguardo il delicato problema di distinguere il favoreggiamento punibile dall'esercizio del diritto di difesa: come ha ben detto Alessandra Rossi, il difensore si trova tra l'incudine del favoreggiamento e il martello del patrocinio infedele, tra il dovere di rispettare il diritto e quello di lealtà verso il cliente<sup>5</sup>.

Il criterio distintivo tra la sfera penale e quella dell'assistenza lecita stata individuata nel fluido concetto di mandato difensivo<sup>6</sup>.

Esorbiterebbero dal mandato difensivo del professionista quei comportamenti materiali che qualunque altro soggetto può realizzare, quali l'eliminazione di prove, l'aiuto a fuggire, il

nascondere un ricercato, il fornirgli la disponibilità di un luogo di stabile dimora, il far uscire comunicazioni del cliente che si trova in carcere.

Invece, il reato di favoreggiamento non dovrebbe configurarsi se l'avvocato suggerisce al cliente di mentire o di avvalersi della facoltà di non rispondere oppure lo allerta sulla possibilità di subire un provvedimento restrittivo della libertà personale a causa del suo comportamento.

Più problematica l'ipotesi delle attività intellettuali che non si risolvono in un suggerimento, ma hanno un contenuto informativo di tipo fattuale, ad esempio l'avvisare il cliente che sono state disposte nei suoi confronti intercettazioni telefoniche oppure che pende su di lui un provvedimento restrittivo della libertà personale.

L'orientamento prevalente pone l'accento sulle modalità di acquisizione della notizia comunicata al cliente, ravvisando la responsabilità penale del difensore quando ha commesso un illecito per entrare a conoscenza dell'informazione ed escludendola se quest'ultima deriva da un uso legittimo degli atti processuali oppure è avvenuta in modo fortuito<sup>7</sup>.

## **2. I REATI CONCURSUALI LEGATI ALL'ATTIVITÀ PROFESSIONALE**

Passiamo ora alla seconda area di rischio penale del professionista, quella dei reati propri. Com'è noto la legge fallimentare prevede(va) alcuni reati del curatore, che sono stati riprodotti negli art. 334 ss. del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (d. lgs. 12 gennaio 2019, n. 14): l'art. 228 l. f., interesse privato del curatore negli atti del fallimento; l'art. 229 l. f., accettazione di retribuzione non dovuta, l'art. 230, omessa

<sup>3</sup> Cass., sez. II, 27/11/2019, n. 7241.

<sup>4</sup> Cfr. Cass., sez. V, 6-7 giugno 2011, n. 37370, sulla quale cfr. E. BASILE, *Consiglio tecnico e responsabilità penale. Il concorso del professionista tramite azioni "neutrali"*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 180 ss. Per una ricostruzione della complessa vicenda Parmalat, L. RAMPONI, *Il caso Parmalat: il giudizio parmense sul reato di bancarotta fraudolenta*, e E. AMATI, *Il caso Parmalat: il giudizio milanese sull'aggiotaggio*, entrambi in *Casi di diritto penale dell'economia, I, Impresa e mercato (Cirio, Parmalat, Antonveneta, Bnl-Unipol)*, a cura di L. FOFFANI, D. CASTRONUOVO, Bologna, Il Mulino, 2015, rispettivamente p. 39 ss., pp. 73 ss.

<sup>5</sup> A. ROSSI, *Favoreggiamento e difesa: quali rapporti?*, in *Cass. pen.*, 1987, p. 306. Sul tema, fondamentale D. PULITANÒ, *Il favoreggiamento penale tra diritto e processo penale*, Milano, Giuffrè, 1984, 185 ss.

<sup>6</sup> Cfr. N. RAPACCINI, *La funzione difensiva tra diritto e "delitto di difesa"*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 97 ss.

<sup>7</sup> Tale distinzione è stata ripresa di recente da Cass. sez. VI, 14 settembre 2021, n. 37512, relativa a un dirigente veterinario che aveva suggerito ad alcune persone indagate di rendere false dichiarazioni all'Autorità giudiziaria, informandole delle intercettazioni disposte a loro carico. Sebbene non si trattasse di un avvocato, l'imputato è stato comunque assolto perché per un verso l'istigazione a mentire non è punibile, avendo l'A.G. l'obbligo di verificare la veridicità delle informazioni rese, per un altro mancava la prova della conoscenza illecita dell'attività captativa.

consegna o deposito di cose del fallimento; si può poi ricordare l'art. 236-bis l. f., relativo al falso in attestazioni e relazioni (oggi art. 342 d. lgs. 14/2019).

Soffermiamoci sull'interesse privato del curatore. Al curatore spetta la qualifica di pubblico ufficiale: lo stabilisce espressamente l'art. 30 l. f. (art. 127 d. lgs. 14/2019; per il commissario giudiziale nel concordato preventivo, cfr. l'art. 92) e lo attesta una giurisprudenza granitica che inquadra il curatore nello schema dell'art. 357 c.p., *sub specie* di pubblica funzione giudiziaria (altri preferisce dire amministrativa)<sup>8</sup>.

Pertanto, il curatore è un potenziale soggetto attivo dei delitti dei pubblici ufficiali contro la p.a. (peculato, corruzione, concussione, rifiuto o omissione di atti d'ufficio, ecc.).

Tra i delitti contro la p.a. previsti dal c.p. figurava fino al 1990 una fattispecie molto controversa, quella dell'interesse privato degli atti di ufficio (art. 324 c.p.). I più grandi maestri della penalistica cercarono di circoscrivere la portata applicativa di questo reato, incentrato sulla misteriosa formula del «prendere un interesse privato in qualsiasi atto della pubblica amministrazione». Carlo Federico Grosso parlava di incriminazione «equivoca, polivalente»<sup>9</sup>; Dario Santamaria esordiva dicendo che l'interpretazione dell'art. 324 c.p. si presentava sotto il segno dell'incertezza<sup>10</sup>, Franco Bricola sottolineava l'alone di mistero che circondava l'art. 324 c.p.<sup>11</sup>

Le varie interpretazioni restrittive proposte dalla dottrina non riuscirono sempre a far breccia nella giurisprudenza, che in alcuni casi ritenne configurabile il reato anche se l'atto compiuto dal

pubblico ufficiale era legittimo ed ancorché la finalità privata coincidesse con lo scopo pubblico, osservando che la fattispecie poteva riferirsi anche alla semplice commissione di un atto vantaggioso per la p.a., cui fosse però associato un qualche interesse privato del p.u.<sup>12</sup>.

Si spiega così l'intervento del legislatore del 1990, che nell'intento di circoscrivere il sindacato penale sull'attività amministrativa abrogò l'art. 324 c.p.<sup>13</sup>.

Tuttavia, è ancora in vigore il reato di interesse privato del curatore, che attualmente è così disciplinato dal Codice della crisi d'impresa: salvo che al fatto non siano applicabili gli articoli 315, 317, 318, 319, 321, 322 e 323 del codice penale, il curatore che prende interesse privato in qualsiasi atto della liquidazione giudiziale direttamente o per interposta persona o con atti simulati è punito con la reclusione da due a sei anni e con la multa non inferiore a euro 206.

Soffermiamoci sulla clausola di riserva. Si fa innanzitutto riferimento all'art. 315 c.p., il reato di malversazione a danno dei privati che è stato formalmente abrogato nel 1990 e fatto confluire nella fattispecie del peculato.

Per limiti di delega<sup>14</sup>, il Codice della crisi d'impresa non ha potuto aggiornare l'art. 334 al nuovo scenario normativo, mettendo l'interprete di fronte a una spiacevole alternativa: o procedere a un'interpretazione ortopedica - o forse alchemica, perché si trasforma il piombo in oro - e concludere che la clausola si riferisce in realtà all'art. 314 c.p., la fattispecie che ha ricompreso al suo interno la condotta di appropriazione di denaro o cose mobili non appartenenti alla pubblica Amministrazione, precedentemente punita ai sensi dell'art. 315 c.p.; oppure rispettare

<sup>8</sup> C. BENUSSI, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, I, *I delitti dei pubblici ufficiali*, Padova, Cedam, 2013, p. 84 s. Un approfondito riesame della questione in L. PELLEGRINI, *L'interesse privato del curatore negli atti della liquidazione giudiziale nel nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Cass. pen.*, 2022, p. 1267 ss.

<sup>9</sup> C. F. GROSSO, *Lineamenti dell'interesse privato in atti d'ufficio*, Milano, Giuffrè, 1966, p. 7.

<sup>10</sup> D. SANTAMARIA, *La condotta punibile nell'interesse privato in atti d'ufficio*, in D. SANTAMARIA, *Scritti di diritto penale*, Milano, Kluwer Ipoa, 1996, p. 274.

<sup>11</sup> F. BRICOLA, *Interesse privato in atti di ufficio*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 47.

<sup>12</sup> Un'attenta panoramica in S. SEMINARA, *Art. 324*, in A. CRESPI, F. STELLA, G. ZUCCALÀ (a cura di), *Commentario breve del codice penale*, Padova, Cedam, 1986, p. 577 ss.

<sup>13</sup> Cfr. G. CONTENTO, *Interesse privato in atti d'ufficio*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, Utet, 1993, pp. 207 ss.

<sup>14</sup> L'art. 2, comma 1, lett. a), l. 19 ottobre 2017, n. 155, consentiva al legislatore delegato esclusivamente di adeguare i reati fallimentari alla nuova espressione «liquidazione giudiziativa», «ferma restando la continuità delle fattispecie criminose».

la lettera della legge e ritenere che l'interesse privato del curatore può concorrere con l'art. 314 c.p. (nella parte in cui incrimina l'appropriazione di beni legati alla procedura concorsuale), con il rischio di violare il principio del *ne bis in idem sostanziale*.

Quanto al riferimento all'art. 317, va ricordato che esso è stato modificato nel 2012 e affiancato dal delitto-gemello di induzione indebita (art. 319-*quater*), non menzionato dall'art. 228 l.f. e dall'art. 334 d. lgs. 14/2019, e quindi si ripresenta il dilemma tra l'interpretazione ortopedico-alchemica e quella strettamente letterale: da un lato sarebbe infatti assurdo escludere il concorso di reati rispetto al più grave reato di concussione e non anche rispetto al meno grave reato-gemello di induzione indebita, dall'altro l'art. 319-*quater* c.p. non compare nella clausola di riserva.

Infine, si richiama l'art. 323, che però dall'emanazione della legge fallimentare a oggi è stato modificato in senso restrittivo tre volte, da ultimo nel 2020. A sua volta l'art. 323 è applicabile salvo che il fatto costituisca più grave reato, sicché la fattispecie di interesse privato del curatore rinvia all'art. 323 c.p., ma quest'ultimo a sua volta rinvia alla prima, che descrive un reato più grave<sup>15</sup>.

Ciò nonostante, la Corte costituzionale ha più volte ribadito la legittimità del reato di interesse privato del curatore, sia pure invitando il legislatore a coordinare l'incriminazione con il mutato assetto dello statuto penalistico della p.a. Si era fatto infatti osservato che a seguito dell'abrogazione dell'art. 324 c.p. è penalmente vietato al curatore/pubblico ufficiale di prendere un interesse privato in un atto della liquidazione giudiziaria (qualunque cosa significhi questa espressione), mentre gli altri pubblici ufficiali possono prendere un interesse privato in un atto d'ufficio, a meno che ciò non sia incriminato ad altro titolo.

A prima vista sembrerebbe la stessa situazione che si determinò a seguito dell'abrogazione che interessò il peculato per distrazione nell'art. 314 c.p., ma non la fattispecie gemella prevista dall'art. 215 cod. pen. mil. pace: in quell'occasione, la Corte dichiarò illegittimo l'aver mantenuto il peculato per distrazione per i soli militari, osservando che particolari ragioni inerenti all'amministrazione militare non bastavano a legittimare il mantenimento della fattispecie<sup>16</sup>.

Invece, nel caso dell'interesse privato del curatore la Corte ha enfatizzato le differenze con l'art. 324 c.p., e cioè essenzialmente il più severo trattamento sanzionatorio, per negare che il suo mantenimento nel sistema integri una disparità di trattamento<sup>17</sup>. A tal riguardo, va anche considerato che l'art. 228 l. f. si affiancava all'art. 324 c.p., ritenuto inapplicabile alle procedure concorsuali perché si riferiva a un «qualsiasi atto della pubblica amministrazione»<sup>18</sup>.

Tale impostazione è stata confermata di fronte all'eccezione secondo cui la riforma dell'abuso di ufficio del 1997, che ha drasticamente ridotto la portata di quest'ultima fattispecie, avrebbe introdotto un'ulteriore disparità di trattamento, perché il conflitto di interesse dei pubblici ufficiali diversi dal curatore sarebbe punito solo quando provoca un danno ad altri o un vantaggio a sé o ad altri, mentre il conflitto di interesse del curatore è punito a prescindere dalla realizzazione di un danno o di un vantaggio.

Anche stavolta si sono fatte prevalere le ragioni della specialità della legge fallimentare, individuandosi la *ratio* dell'interesse privato del curatore «nel bisogno di prevenire il pericolo che attraverso le maglie della legge il curatore trovi la via di scampo ad azioni delittuose»<sup>19</sup>. Insomma, visto che l'attività gestoria del curatore o del commissario non è formalizzabile, allora c'è

<sup>15</sup> Mentre parte della dottrina ritiene che tale clausola debba ritenersi abrogata, altri intendono il rinvio all'art. 323 c.p. in senso recettizio, senza nascondersi la disparità di trattamento tra curatore e pubblico ufficiale che ne deriva: sulla questione, da ultimo A. MANNA, *Ricostruzione storico-dogmatica dei reati concorsuali e del curatore - dal r.d. n. 267/1942 alla Commissione Bricchetti del 2021*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2022, p. 503.

<sup>16</sup> Corte cost., 13 dicembre 1991, n. 448, in *Cass. pen.* 1992, p. 1738 ss. Cfr. anche Corte cost., 18 luglio 2008, n. 286, in *Cass. pen.*, 2009, p. 131 ss., inerente al peculato d'uso militare.

<sup>17</sup> Corte cost., 7 dicembre 1994 n. 414, in *Cass. pen.*, 1995, p. 2767 ss.

<sup>18</sup> F. BRICOLA, *Interesse privato*, cit., p. 50.

<sup>19</sup> Corte cost., 18 marzo 1999, n. 69, in *Il Fall.*, 1999, p. 1296.

bisogno di una norma penale dai contorni più sfumati e dal carico sanzionatorio più severo.

Per quanto attiene al *deficit* di determinatezza, la Consulta ha prospettato un'interpretazione costituzionalmente conforme, secondo la quale non basta a integrare lo schema della fattispecie la mera coincidenza o coesistenza di un interesse privato convergente o compatibile con l'interesse pubblico, né, tantomeno, la mera violazione di un obbligo di astensione, ma è necessario un contrasto tra l'interesse privato del curatore e quello della procedura concorsuale.

Riletta in questo modo, la norma intercetta comportamenti sicuramente censurabili, come ad esempio far predisporre alcuni atti della curatela al patrocinatore degli interessi dell'imprenditore fallito<sup>20</sup>; oppure non aver segnalato al giudice delegato il fatto che l'imprenditore fallito, assieme al quale si svolge attività professionale, ha venduto un bene a un prezzo di gran lunga superiore a quanto confluì nelle casse del fallimento<sup>21</sup>.

Il monito della Corte costituzionale non è sempre accolto dalla giurisprudenza, sicché potrebbe essere condannato per interesse privato il curatore che senza autorizzazione del giudice delegato conceda ad un terzo l'uso gratuito di parte dei beni del fallimento, rinunciando alla loro redditività, anche se lo stesso tribunale fallimentare ha escluso l'esistenza di danni a carico dei creditori<sup>22</sup>.

Va quindi considerata con favore l'opzione prospettata dalla Commissione per la revisione dei reati fallimentari presieduta da Renato Brichetti, e cioè abrogare l'art. 344 d. lgs. 14/2019 «così da rendere le ipotesi di responsabilità penale del curatore e delle persone che lo coadiuvano nell'amministrazione della liquidazione giudiziale integralmente ricondotte allo statuto penale dei pubblici ufficiali in generale»<sup>23</sup>.

### **3. CONSIGLIO TECNICO E CONCORSO DI PERSONE NEL REATO**

Veniamo infine alla terza area di rischio, quella del concorso del professionista nel reato commesso dal cliente. Si sa che la clausola dell'art. 110 c.p. ha una portata potenzialmente onnivora, perché si limita a enunciare la regola della pari responsabilità di ognuno omettendo completamente di spiegare quando «più persone concorrono nel medesimo reato».

Da qui il problema di comprendere se e quando possa dirsi concorrente di un reato, ad esempio della bancarotta dell'imprenditore, il consulente che ha fornito un consiglio tecnico su un'operazione successivamente qualificata come distrazione, dispersione, ecc<sup>24</sup>.

Sul finire degli anni '70 del secolo scorso, la Cassazione aveva risolto la questione in questo modo: il legale che indichi al cliente il mezzo per sottrarre i beni alla garanzia dei creditori violerebbe l'obbligo della correttezza professionale, non anche la norma penale che punisce i fatti di distrazione commessi dall'imprenditore commerciale. Invece il professionista potrebbe rispondere a titolo di concorso in bancarotta se, ad esempio, assiste il cliente nella stipulazione di negozi simulati, si adopera per indurre i creditori ad accettare un concordato stragiudiziale, si fa ideatore e programmatore degli atti di distrazione o addirittura li programma o li suggerisce in un ambito che lo vede gestore o cogestore della impresa<sup>25</sup>.

Questo indirizzo distingueva in maniera abbastanza netta le attività inerenti all'esercizio della professione, penalmente irrilevanti sebbene deontologicamente scorrette, e le condotte che esorbitano dalla sfera della professione perché sfociano in un contributo di tipo organizzativo o esecutivo: ad esempio la predisposizione dei contratti attraverso i quali dar vita alla distrazione del patrimonio, o più in generale la programmazione degli atti di distrazione.

<sup>20</sup> Cass., sez. V, 12 marzo 2019, n. 28032.

<sup>21</sup> Cass., sez. V, 6 febbraio 2003, n. 19818.

<sup>22</sup> Cass., sez. V, 12 ottobre 2004, n. 46802.

<sup>23</sup> *Proposte di revisione delle disposizioni penali del d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 (Codice della crisi e dell'insolvenza, di seguito CCI) e del R.d. 16 marzo 1942 n. 267 (di seguito, legge fallimentare o LF)*, 10 giugno 2022, p. 36.

<sup>24</sup> Sul punto, E. BASILE, *Consiglio tecnico e responsabilità penale*, cit., 181 ss.

<sup>25</sup> Cass., sez. V, 25 gennaio 1979, n. 859.

A partire dagli anni '80, si è però affermato un orientamento meno favorevole per il professionista. La massima ricorrente è diventata quella secondo cui concorre in qualità di *extraneus* nei reati di bancarotta patrimoniale e documentale il professionista (l'avvocato, il consulente contabile, e così via) che, consapevole dei propositi delittuosi dell'imprenditore, fornisce consigli o suggerimenti sui mezzi giuridici idonei a sottrarre i beni ai creditori o lo assiste nella conclusione dei relativi negozi, o ancora svolge attività dirette a garantirgli l'impunità o a rafforzarne, con il proprio ausilio e con le proprie preventive assicurazioni, l'intento criminioso<sup>26</sup>.

Diventa così punibile non solo il contributo di tipo esecutivo o organizzatorio, ma anche i consigli sui mezzi, le attività *post delictum* (la garanzia dell'impunità), e persino il rafforzamento del proposito criminioso. In breve, la consulenza viene attratta nel duttile schema del concorso morale quando il professionista è consapevole del carattere criminioso dell'attività che l'imprenditore intende intraprendere.

Il problema della responsabilità del professionista per il consiglio tecnico si è posta anche in altre esperienze giuridiche. Significativa è la giurisprudenza tedesca, che traccia la linea di confine tra l'esercizio della professione e la responsabilità a titolo concorsuale sul piano della fattispecie soggettiva. Si sostiene infatti che agevoli oggettivamente la commissione del reato non solo il consulente che predispone progetti, contratti o documenti strumentali alla commissione di un reato, e quindi compie un'attività esecutiva, ma anche il professionista che comunica al cliente il rischio penale connesso a una determinata attività.

La partita si gioca sul piano del dolo, quando si richiede che il professionista debba essere sicuro dell'illiceità penale del comportamento agevolato: pertanto, non risponde del reato commesso dal cliente il consulente che fa notare la presenza di un rischio penale, perché egli prevede la possibile verifica di tale reato, ma non accetta tale eventualità; allo stesso modo, il consulente che

predispone modelli contrattuali nel dubbio della loro illiceità non agirebbe con il dolo dell'agevolazione, più precisamente egli non vorrebbe collaborare alla realizzazione di un reato in quanto la violazione del diritto è da lui considerata possibile, non certa<sup>27</sup>.

Il problema è che il requisito della consapevolezza del concorrente non costituisce un argine alle pretese punitive laddove può essere scardinato dal grimaldello del dolo eventuale. Basti pensare alle prime sentenze italiane sui c.d. segnali d'allarme, che hanno ravvisato il dolo eventuale in capo al concorrente che, in virtù del suo ruolo o delle sue competenze professionali, avrebbe dovuto - si badi, avrebbe dovuto - cogliere i segnali rivelatori di un illecito<sup>28</sup>. Più di recente la Cassazione ha aggiustato il tiro, precisando che i segnali d'allarme devono essere perspicui e peculiari e che è necessario provare sia la loro effettiva percezione, e non la percepibilità, sia la loro comprensione da parte dell'agente<sup>29</sup>.

Tuttavia, queste affermazioni corrette non sono sempre coerentemente applicate, e in ogni caso un accertamento approfondito dell'elemento psicologico avverrà quando il procedimento penale è già stato aperto, con tutti i danni che ne conseguono<sup>30</sup>.

Tutto ciò porterebbe a riflettere sulla necessità di una riforma della disciplina del concorso di persone del reato<sup>31</sup>.

---

<sup>27</sup> K. VOLK, *Sul rischio penale per l'avvocato*, in K. VOLK, *Sistema penale e criminalità economica*, Napoli, Esi, 1998, p. 161 ss.; M. MASUCCI, *Sul "rischio penale" del professionista. Contributo alla teoria generale del concorso di persone*, Napoli, Jovene, 2012, p. 45 ss.

<sup>28</sup> Magistralmente criticate in A. CRESPI, *La giustizia penale nei confronti dei membri degli organi collegiali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 1149 ss.; su un piano più generale, C. PEDRAZZI, *Tramonto del dolo?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, pp. 1265 ss.

<sup>29</sup> Sul punto, D. PULITANÒ, *Diritto penale. Parte generale*, Torino, Giappichelli, 2023, p. 249-250.

<sup>30</sup> M. MASUCCI, *Sul "rischio penale"*, cit., p. 45.

<sup>31</sup> A. PERINI, *Il consiglio tecnico come forma di compartecipazione dell'estraneo nei reati propri*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2003, p. 719 ss.; M. MASUCCI, *Sul "rischio penale"*, cit., p. 157 ss. Scettico sulla possibilità di arrivare a uno statuto penale del professionista, E. BASILE, *Consiglio tecnico e responsabilità penale*, cit., p. 259 ss.

---

<sup>26</sup> Tra le ultime, Cass., sez. V, 8 febbraio 2021, n. 18667.

Va però detto che sembrano ormai anacronistiche le riflessioni di Maestri della statura di Giuliano Vassalli e di Giuseppe Bettiol, i quali dicevano che «l'art. 110 del codice penale del 1930 è la disposizione più incostituzionale che esista nell'ordinamento italiano, quanto meno nell'ordinamento penale»<sup>32</sup>, oppure «che l'intero titolo del concorso di più persone in un reato è passibile di eccezione di incostituzionalità per mancanza di precisione parziale o totale»<sup>33</sup>.

Prospettive anacronistiche, dicevo, se si considera la recente presa di posizione della Corte costituzionale, secondo la quale il reato di favoreggiamento della prostituzione rispetta il principio di determinatezza perché tale disposizione incriminatrice non sarebbe «affatto più indeterminata di quanto lo sia la generale disposizione generale sul concorso di persone nel reato (art. 110 cod. pen), costruita anch'essa come clausola sintetica»<sup>34</sup>.

Certo, se l'art. 110 è diventato un modello di determinatezza, allora qualunque proposito di riforma diventa velleitario. Dubito che tutto ciò corrisponda all'assetto istituzionale tracciato dalla Costituzione, ma questo, come si dice, è un'altra storia.

---

<sup>32</sup> G. VASSALLI, *Sul concorso di persone nel reato*, in A. M. STILE (a cura di), *La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul progetto Grosso*, Napoli, Jovene, 2003, p. 345-346.

<sup>33</sup> G. BETTIOL, *Brevi considerazioni sul problema del concorso di più persone nel reato*, in CNR-CNPDS, *La riforma della parte generale del codice penale. Concorso di persone*, dattiloscritto, 1982, 4 (come citato da S. SEMINARA, *La disciplina del concorso di persone nel reato nei più recenti progetti di riforma*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, I, Torino, Giappichelli, 2011, p. 282, e qui altri riferimenti a chi si è espresso in maniera analoga.

<sup>34</sup> Corte cost., 7 giugno 2019, n. 141, in *Giur. Cost.* 2019, p. 1612.