

IL RUOLO DELL'AVVOCATO NELLA CRISI DI IMPRESA E PROFILI DI RESPONSABILITÀ¹.

di

ANTONIO CAIAFA

SOMMARIO: *I. Considerazioni introduttive indispensabili – II. Il codice della crisi di impresa e dell'insolvenza – III. Gli interventi normativi occasionati da applicazioni elusive della disciplina normativa – III.1. La causa concreta, ovvero il soddisfacimento minimo in termini di utilità economicamente valutabile (art. 160, ultimo comma ed art. 161, secondo comma l.f.) – III.2. Il concordato prenotativo rivisitato – III.3. Il falso in attestazioni e relazioni – IV. Valutazioni conclusive.*

I. CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE INDISPENSABILI.

Reputo indispensabile attuare una preliminare collocazione del tema correlandolo alla evoluzione in atto della economia, essendo innegabile la presenza di profonde trasformazioni che riguardano non solo l'*impresa*, ma anche lo stesso *mercato* nel quale essa è destinata ad operare.

Le vicende contrattuali risultano, d'altronde, ormai sempre più disciplinate dalla *lex mercatoria*, e cioè da quel complesso di regole individuato dal sistema imprenditoriale, nella ricerca di criteri destinati a regolamentare in modo uniforme i rapporti che si instaurano tra operatori appartenenti a mercati diversi.

¹ Assemblea Nazionale Camere civili UNCC: L'avvocato nella crisi e nel rilancio dell'impresa bergamo 26-27-29 settembre 2019.

E' stato precisato rappresentare l'insolvenza “...**una discrepanza tra ciò che l'impresa può economicamente sopportare e ciò che giuridicamente sarebbe obbligata a sopportare**” e, per l'effetto, che il rimedio ad una siffatta situazione può essere individuato, alternativamente, nella **eliminazione dell'impresa dal mercato**, attraverso la **liquidazione**, oppure “...**portando la misura dei debiti dell'impresa in linea con la misura dei debiti...**”, che essa può sostenere, attraverso una combinazione di misure organizzative, commerciali, finanziarie e giuridiche, mediante la redistribuzione dei diritti partecipativi, sì da consentire l'ingresso di nuovo capitale (**c.d. reorganization**)².

L'obiettivo comune si sostanzia:

- nella ricerca di soluzioni per una migliore allocazione delle risorse disponibili e per una maggiore efficienza del loro utilizzo, non solo, incrementativa del capitale utilizzabile, ma in termini di cambiamento e crescita delle professionalità dei lavoratori;
- nella realizzazione di prodotti od offerta di servizi sempre più competitivi;
- nell'intento di trovare nuovi equilibri allo scopo di favorire, nei momenti di crisi, il salvataggio dell'impresa - la cui fisionomia è oggi notevolmente cambiata per come influenzata dai processi di **delocalizzazione geografica**, anche **transazionale**, di **esternalizzazione**³ e di **dematerializzazione**⁴ - attraverso, se necessario, la sua

² FLESSNER, *La conservazione delle imprese attraverso il diritto fallimentare. Uno sguardo di diritto comparato*, in *Dir.fall.*, 2008, I, 3.

³ Si tratta ormai di un modello organizzativo molto diffuso, incentrato sulla **segmentazione del processo produttivo** in molteplici fasi, ciascuna affidata ad una diversa impresa che consente l'affidamento di attività accessorie o marginali all'esterno, nell'intento di un miglioramento di efficienza ed una riduzione di costi, ma che non può mai giustificarsi qualora sia finalizzato a determinare la riduzione del personale evitando di ricorrere agli strumenti appositamente previsti per tale scopo (*mobilità o licenziamenti collettivi*); sul tema, in particolare, DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo di azienda e rapporti di fornitura*, in *I processi di esternalizzazione, opportunità e vincoli giuridici*, Napoli, 2002, 29; Id., *La disciplina del trasferimento di ramo di azienda dal codice civile al d.lgs.n. 276 del 10 settembre 2003*, in *Mercato del lavoro: riforma e vincoli di sistema*, Napoli., 2044, 569; Id., *Trasferimento di azienda, esternalizzazione del lavoro, somministrazione, appalto di servizi, distacco, nella riforma del diritto del lavoro*, in *Arg.dir.lav.*, 2005, 60; SANTORO PASSARELLI G., *Fattispecie di interessi tutelati nel trasferimento di azienda e di ramo di azienda*, in *Riv.it.dir.lav.*, I, 2003, 189; PERULLI, *Tecniche di tutela nel*

conservazione mediante il trasferimento, permettendo che le **vicende circolatorie** di essa, o di singoli rami, possano impedire il verificarsi di quegli effetti perniciosi per quanti hanno collaborato alla fase produttiva e contribuito alla sua crescita.

Una gestione, perché possa mantenersi in equilibrio, deve, però, necessariamente consentire la congrua remunerazione, attraverso i ricavi conseguiti, dei fattori produttivi impiegati, ed il **profitto rappresenta l'indispensabile obiettivo** che giustifica la presenza dell'impresa stessa sul mercato. Nella società moderna le imprese svolgono anche una **funzione sociale**, che si identifica nella tutela della occupazione; la crisi di impresa può determinare tensioni inevitabili, per quel che attiene il mantenimento dei livelli occupazionali, e pur nella consapevolezza della necessità di salvaguardare questi valori l'obiettivo, tuttavia, non può che essere realizzato mediante la creazione di un **valore economico aggiunto**, che unico è in grado di consentire il recupero ed il ritorno all'efficienza⁵.

L'utilizzo, da parte dell'impresa, degli strumenti eccezionali, di diversa entità e funzionalità, apprestati dal legislatore per attuare processi di **ristrutturazione**, **riorganizzazione** o **conversione**, per il raggiungimento dell'equilibrio gestionale, indispensabile per la ripresa, in grado di consentirne la permanenza sul mercato, richiede una **particolare competenza professionale**, per la individuazione delle soluzioni idonee, perché sia garantito il mantenimento di una organizzazione imprenditoriale che possa preservare, non solo, i valori di funzionamento dell'azienda stessa, ma anche tutelare i livelli occupazionali, quante volte quegli strumenti risultino essere del tutto inappaganti per permettere il superamento della crisi che, ormai, in quanto irreversibile, difficilmente

fenomeno di esternalizzazione, in *Arg.dir.lav.*, 2003, 473; CAIAFA A., *La riforma del mercato del lavoro e le procedure concorsuali*, Roma, 2013, 2.

⁴ CAIAFA A., *Le vicende economiche dell'impresa in crisi: diritto del lavoro comunitario e tutela del lavoratore*, in *Dir.fall.*, 2005, I, 559, ove sottolinea che il fenomeno, in particolare, della **new economy**, nato dalla diffusione sempre più capillare delle tecnologie informatiche, ha determinato una vera e propria rivoluzione all'interno del contesto economico produttivo, con inevitabili riflessi sugli effetti organizzativi.

⁵ GUATRI, *Trattato sulla valutazione delle aziende*, Milano, 1999, 445

potrà consentire il risanamento dell'impresa medesima, quanto, piuttosto, la sua ***continuazione attraverso procedimenti liquidativi***.

L'attuale ordinamento - come chiarirò di qui a breve - dopo aver offerto una risposta alle esigenze ora individuate, mediante una continua rivisitazione, con il d.lgs. n. 5 del 2006, delle soluzioni per la realizzazione di tale obiettivo, attraverso il ***concordato preventivo***, gli ***accordi di ristrutturazione*** ed i ***piani attestati di risanamento***, tuttavia, ha dimostrato che, solo in apparenza, tali soluzioni sono apparse costituire un rimedio volto alla preservazione dei valori aziendali ed in grado di assicurare l'obiettivo voluto, soprattutto in ragione della dimostrata incapacità di chi ne ha curato la realizzazione⁶.

E seppur il problema della piena occupazione non può che essere affrontato e risolto sul piano del ***sistema economico generale*** e, non già, di quello della ***singola impresa***, con la conseguenza che i rimedi non possono che essere, ovviamente, di tipo ***macro economico***, non vi è dubbio che la questione del mantenimento dei livelli occupazionali non va esasperata, ma vista e considerata in funzione incrementativa dello stesso valore del complesso dei beni organizzati, se e nella misura in cui la professionalità, acquisita dal personale in organico, giustifichi il mantenimento dei rapporti di lavoro, che ove risolti potrebbero, addirittura, incidere negativamente sullo stesso valore dell'azienda, intesa, ormai, anche come ***"organizzazione"***⁷.

⁶ Corte di Giustizia 11 giugno 2009, causa 561/07, in *Guida al lavoro*, 2009, 12, con nota di ZAMBELLI, *Trasferimento di azienda in crisi e diritti dei lavoratori*, che ha censurato il nostro Paese in relazione a quanto previsto dall'art. 47, commi 5 e 6, della legge n. 428/1990, non assicurando la normativa, in caso di trasferimento di azienda in crisi, il mantenimento dei diritti dei lavoratori in conformità alla direttiva 2001/23/CEE; in *Dir.prat.lav* 2009,1946 con nota di BACCHINI, *Trasferimento di azienda in crisi: nuova condanna dalla Corte Ue per una analitica ricostruzione della tematica in relazione alla diversa possibile interpretazione della normativa interna e possibile compatibilità della stessa a seguito delle riformulazione della regolamentazione offerta dalla direttiva del Consiglio 12 marzo 2001, 2001/23*; Corte di Giustizia 5 giugno 2003, causa 145/01, in *Foro it.* 2004, IV, 186, che pur dichiarando irricevibile il ricorso della Commissione contro la Repubblica Italiana aveva, già allora, precisato che le disposizioni di cui alla richiamata norma potevano solo in parte corrispondere alle ipotesi considerate dall'art. 4 *bis* della direttiva 98/50 CEE, evidenziando, quindi, una legittimità parziale del comma quinto.

⁷ Cass., 5 marzo 2008, n.5932, in *Not.giur.lav.*, 2008, 529, Cass., 10 gennaio 2004, n.206, in *Not.giur.lav.*, 2004, 496; Cass., 23 luglio 2002, n.10761, *ivi*, 2002, 532; Corte di Giustizia, 11 marzo 1997, causa 13/95, in *Foro it.*, 1998, IV, 437.

E d'altronde, il *mercato delle imprese in crisi*⁸ che, in qualche modo, la riforma delle procedure concorsuali ha inteso favorire, non può prescindere dal considerare che l'investitore si propone, esclusivamente, un fine economico-finanziario, identificandosi l'obiettivo, da questo perseguito, nella sicura remunerazione del capitale investito.

Il tema, in particolare, si inserisce in quello più generale della gestione delle procedure concorsuali alternative, volte alla ristrutturazione dell'impresa, che può dar luogo alla continuazione dell'attività mediante distinte gestioni surrogatorie, che si connotano, poi, in modo sostanzialmente diverso, laddove la prosecuzione venga realizzata nell'*amministrazione straordinaria*, nel *concordato preventivo "di risanamento"* o "*liquidatorio*", nella *liquidazione giudiziale*, ovvero attraverso il *piano attestato o l'accordo di ristrutturazione dei debiti*.

Non può, in particolare, essere inoltre ignorato il rapporto tra *diritto comunitario e nazionale*, laddove si consideri che il Trattato Cee impone – nel testo attuale - agli Stati membri di adottare "*tutte le misure di carattere generale e particolare atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi*", da esso derivanti, nonché di astenersi "*...da qualsiasi misura che rischi di compromettere la realizzazione degli scopi del Trattato*"⁹.

⁸ PACCHI, *Il concordato fallimentare*, Milano, 2008, 23, ove sottolinea che l'unico reale obiettivo dell'istituto, non condizionato da intenti conservativi dell'impresa, va ricercato nell'intento del legislatore di incentivare "*tempestive misure di composizione della crisi, alternative al fallimento*" potendo l'istituto e al tempo stesso essere "*strumento di investimento, attesa la riconosciuta pluralità di soggetti legittimati alla formulazione della proposta*".

⁹ Cass., 17 maggio 2011, n. 10813, che ha ritenuto, determinare direttiva comunitaria sufficientemente specifica nell'attribuzione di diritti ai singoli, un obbligo di risarcimento dei danni in favore di coloro che si vengono a trovare nelle condizioni di fatto tali che, se la direttiva fosse stata adempiuta, avrebbero acquisito i diritti da essa riconosciuti; Cass., 10 marzo 2009, n. 9147, che è pervenuta alla medesima conclusione riconoscendo il diritto degli interessati al risarcimento dei danni, che ha ricondotto allo schema della responsabilità per inadempimento *ex lege*, per attività non già antigiuridica, ma derivanti da una espressa obbligazione dello Stato, con la conseguenza che il risarcimento non è sottoposto alla condizione della sussistenza del dolo o della colpa. Sul tema di veda il contributo di GHEIDO-CASOTTI, *Direttive comunitarie: mancata esecuzione e obbligo di risarcimento*, in *Dir.prat.lav.*, 2011, 1691.

Correlato a tale previsione è l'obbligo per il giudice nazionale di interpretare il diritto interno alla luce della lettera e dello scopo del precetto comunitario, al fine di conseguire il risultato della necessaria e voluta armonizzazione dell'ordinamento comune¹⁰.

E il discorso - come vedremo - si complica notevolmente qualora si sposti l'attenzione dal piano *collettivo* a quello *individuale* e si debbano, quindi, prendere in considerazione le ipotesi in presenza delle quali è possibile derogare ai principi fissati dall'art. 2112 cod.civ., laddove si intenda operare un **trasferimento di azienda**, ovvero di un **singolo ramo**, nell'ambito di una **procedura concorsuale di crisi**, di **risanamento**, ovvero **liquidatoria**, in ragione della diversa disciplina inerente l'identica soluzione traslativa.

E di ciò ha tenuto conto la legge delega 19 ottobre 2017, n. 155 che, all'art. 2 lettera p), nello stabilire i principi generali, ha previsto dovessero essere armonizzate le procedure di gestione della crisi e dell'insolvenza del datore di lavoro con le forme di tutela dell'occupazione e del reddito dei lavoratori, mediante richiamo della Carta Sociale Europea, ratificata con la legge 9 febbraio 1999, n. 30 e, per quel che attiene le **vicende circolatorie dell'azienda**, in conformità della direttiva del Consiglio del 12 marzo 2001, n. 23, "...come interpretata dalla Corte di giustizia dell'Unione Europea"¹¹.

In attuazione della delega, l'art. 368 del d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, nell'operare il coordinamento con la disciplina del diritto del lavoro, così come illustrato con la

¹⁰ Corte di Giustizia, 10 aprile 1984, n.14/83, in *Racc.uff.*, 1984, 1891.

¹¹ I profili di contrasto tra tutela individuale e collettiva sono stati sottolineati da PELAGI, *Trasferimento d'azienda nelle imprese in crisi, il potere di recesso del cedente e del cessionario ed effetti del licenziamento illegittimo alla luce della giurisprudenza comunitaria*, in *Mass.giur.lav.*, 1998, 628; NAPPI S., *Negozi traslativi dell'impresa e rapporti di lavoro*, Napoli, 1999, 334; LA TERZA, *Diritti dei lavoratori e trasferimento d'azienda*, in *Diritto del lavoro*, a cura di AMOROSO-DI CERBO-MARESCA, Milano, 2007, 875 che ha ritenuto poter consentire gli accordi - di cui vi è cenno all'art.47, quinto, della legge n.428 del 1990 - solo modifiche all'assetto economico e normativo dei lavoratori in organico sul presupposto che la direttiva 98/50 all'art.2, lett.b) fa riferimento esclusivamente alle "*modifiche delle condizioni di lavoro*"; CAIAFA A., *Il trasferimento dell'azienda nell'impresa in crisi o insolvente*, Padova, 2005, 157 ove ho sottolineato dipendere l'ambito di azione della direttiva dalle modalità della procedura di crisi, a seconda che essa implichi, o meno, la prosecuzione dell'attività di impresa. In senso contrario, PIZZOFERRATO, *Il trasferimento di azienda nelle imprese in crisi*, in *Quad.dir.lav.*, AA.VV., *Il trasferimento di azienda*, 2004, 159 che ha ritenuto ricomprendere la previsione anche la possibilità di intervenire sul livello occupazionale alternativamente presso il cessionario ovvero il cedente

relazione, ha operato un equo contemperamento delle esigenze di tutela dei diritti dei lavoratori e di salvaguardia dei livelli occupazionali, alla luce del diritto e giurisprudenza europee, al fine di superare e risolvere le problematiche interpretative poste dall'art. 47 della legge 428 del 1990, che ha dato luogo, nell'applicazione giurisprudenziale, ad interpretazioni non uniformi al diritto europeo¹².

Prima, tuttavia, di soffermarmi su tale aspetto centrale, e sui riflessi che il trasferimento del complesso aziendale, ovvero di singoli rami, viene ad esercitare sui rapporti di lavoro facenti capo al cedente, e di sottolineare la singolare ed eccezionale capacità di adeguamento che la relativa disciplina normativa ha subito con riferimento all'ordinamento comunitario, dimostrando una non comune potenzialità evolutiva, sotto la spinta dell'opera di interpretazione creativa della giurisprudenza e delle novità introdotte dal legislatore, in tema di regolamentazione generale del rapporto di lavoro¹³, ritengo sia necessario verificare se, ed in quale misura, il **Codice della Crisi e**

¹² PERRINO, *La forza della chiarezza e le incrostazioni delle ambiguità in tema di tutela dei lavoratori e trasferimento di azienda, l'imprenditore in crisi o insolvenza, tra passato e futuro*, in *Foro it.*, 2019, 292, in nota a Corte Giustizia, 16 maggio 2019, causa C509/17 che ha ritenuto dover essere interpretata la direttiva 2001/23, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di imprese e, segnatamente, gli artt. da 3 a 5 nel senso che osta ad una legislazione nazionale la quale in caso di trasferimento di un'impresa, intervenuto nell'ambito di una procedura di riorganizzazione giudiziale, soggetta a controllo giudiziario, seppur al fine di conservare in tutto, o in parte il valore dell'azienda dell'impresa cedente preveda la possibilità per il cessionario di scegliere i lavoratori che intenda riassumere.

¹³ PERRINO A.M., *Le relazioni tra il diritto del lavoro ed il diritto fallimentare*, in *Fallimento e concordati. Le soluzioni giudiziali e negoziate delle crisi di impresa dopo le riforme*, a cura di CELENTANO-FORGILLO, Torino, 2008, 597, ove sottolinea individuare il diritto del lavoro e fallimentare “...due microcosmi in endemico contrasto, giacchè ciascuno dei due, ed a proprio modo, deroga alcune regole generali del diritto civile per rispondere ad esigenze già in astratto collidenti” poiché il diritto del lavoro tende a favorire il lavoratore nella duplice veste di creditore dell'imprenditore ed interessato alla prosecuzione del rapporto laddove il diritto fallimentare è diretto a garantire l'attuazione del principio della *par condicio creditorum*; La natura speciale dei due ordinamenti è altresì sottolineata da CORRADO-CORRADO, *I rapporti di lavoro nel fallimento*, Torino, 2007, 2; FRONTINI, *Dinamiche di sviluppo della legislazione fallimentare, interessi tutelati e salvaguardia dei livelli occupazionali*, in *Dir.giur.lav.*, 2008, 137; DE ANGELIS, *Fallimento e rapporti di lavoro: brevi considerazioni dopo la riforma del 2006*, in *Foro it.*, 2007, V, 86; BARRACO, *Procedure concorsuali: tutela dei lavoratori*, in *Dir.prat.lav.*, 2006, 2508, CAIAFA A. *L'azienda: sui mutamenti soggettivi nella crisi di impresa*, Padova, 1990, 193.

dell'Insolvenza consente, attraverso le novità che lo caratterizzano, di ritenere che, in effetti, l'Avvocato può avere un ruolo centrale nella crisi di impresa, che sarà tanto più apprezzato quanto maggiore è la sua competenza.

II. IL CODICE DELLA CRISI DI IMPRESA E DELL'INSOLVENZA.

Il nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, disciplinante *“le situazioni di crisi d'insolvenza del debitore, sia esso consumatore o professionista, ovvero imprenditore che eserciti, anche non a fini di lucro, un'attività commerciale, artigiana o agricola, operando quale persona fisica, persona giuridica o altro ente collettivo, gruppo di imprese o società pubblica, con esclusione dello Stato e degli enti pubblici”*, ha introdotto importanti e rilevanti novità che rivoluzionano la disciplina in vigore e che si attengono ai principi generali, imposti dalla legge delega (articolo 2, L. 155/2017), ed ha previsto, tra l'altro, dover essere privilegiate, tra gli strumenti di gestione della crisi, le procedure alternative alla liquidazione giudiziale. L'obiettivo della riforma è di introdurre un sistema finalizzato a consentire la pronta emersione della crisi, tramite la previsione di un generalizzato obbligo di adozione, da parte degli *imprenditori individuali* e *collettivi*, di misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi ed assumere, senza indugio, le iniziative necessarie a farvi fronte.

La riforma ha novellato l'art. 2086, cod. civ. - oggi *“Gestione dell'impresa”* - aggiungendo al comma 1, articolo 375, d.lgs. 14/2019 la seguente disposizione: *“l'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale”*.

Una **diagnosi precoce** dello stato di difficoltà delle imprese, nella prospettiva del risanamento e del più elevato soddisfacimento dei creditori, attraverso le misure di **allerta**, presuppone l'**obbligo** di segnalazione per gli organi di controllo, con conseguente riconoscimento di maggiori poteri e responsabilità al **collegio sindacale** ed individuazione di nuovi doveri per gli **amministratori**, chiamati ad istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura ed alle dimensioni dell'impresa, in funzione della rilevazione tempestiva della crisi e della perdita della continuità aziendale.

Tra le altre novità destinate ad essere operative vi è l'istituzione di un Albo, presso il Ministero della Giustizia, dei soggetti - di comprovata professionalità e di specchiata onestà - destinati a svolgere, su incarico del tribunale, funzioni di gestione o di controllo nell'ambito delle procedure di cui al codice della crisi e dell'insolvenza.

La norma (art. 356), come viene ribadito nella relazione, recependo una osservazione della Commissione Giustizia della Camera, ha ritenuto di individuare i requisiti per l'iscrizione all'Albo, riconoscendoli in favore di coloro che abbiano già svolto le funzioni di curatore alle date di entrata in vigore della riforma e, per garantire uniformità nella formazione, ha rimesso alla Scuola della Magistratura l'elaborazione delle linee di guida cui devono attenersi i corsi di formazione.

L'attuale disciplina, quindi, stabilisce in positivo ed in negativo i requisiti per la nomina agli incarichi di gestione e di controllo nelle procedure e, come noto, ha esteso la possibilità di essere nominati curatori, commissari o liquidatori giudiziali anche ai consulenti del lavoro.

Ebbene, cosa si richiede, dunque, all'Avvocato ed in che misura il compito di questi può incidere, evidentemente, sulla migliore individuazione delle soluzioni per il superamento della crisi di impresa e, di conseguenza, quali possono essere i **profili di responsabilità** che discendono da una preparazione inadeguata, in relazione a ciò che, d'altronde, lo stesso codice deontologico forense prevede ed impone per il regolare svolgimento

dell'attività, richiedendo lealtà e correttezza, non solo nei confronti della parte assistita ma, anche e soprattutto, verso l'ordinamento generale dello Stato, i terzi in genere e, pertanto, una condotta specchiata, conforme alla disciplina normativa, incidendo il rispetto delle regole, sull'affidabilità del professionista, ciò in quanto il contegno di questi deve essere adeguato al prestigio della classe forense, che impone comportamenti individuali ispirati a valori positivi ed immuni dal possibile pregiudizio di biasimo civile, etico o morale¹⁴.

Piero Calamandrei, nell'Opera *Troppi Avvocati*, pubblicata nel lontano 1921, già allora descriveva quelle che erano le valutazioni dell'operato, in ragione dell'eccessivo numero dei professionisti che esercitano la nostra nobile professione e le conseguenti ricadute nella valutazione della pubblica opinione.

Vengono, in quell'Opera, descritte con eleganza e garbo, una volta ricordato il carattere pubblico della funzione degli Avvocati, la decadenza morale della professione in ragione del disagio economico dovuto all'eccessivo numero e, al tempo stesso, intellettuale delle professioni legali, in relazione al rapporto con i clienti, con i magistrati, sì da incidere il tutto sulla stessa poca "giustizia" amministrata.

Pur, tuttavia, Piero Calamandrei in quell'Opera sottolineava che in un sistema giudiziario, inevitabilmente complicato, **"...la giustizia non potrebbe funzionare se non esistessero i professionisti legali"**, ciò in quanto le difficoltà del giudicare sarebbero enormemente accresciute **"...fino a costituire ostacoli in pratica insormontabili, quando il giudice, aboliti gli avvocati fosse posto a contatto diretto con l'imperizia giuridica e con la malafede delle parti in causa"**.

Ed ancora, **"...la disoccupazione ed il disagio economico della gran maggioranza dei professionisti, e quindi il progressivo abbassamento intellettuale e morale della professione, del quale la pubblica opinione, pur senza intenderne esattamente le cause, si rende conto con tanta severità di giudizio"**, hanno reso, già allora, evidente

¹⁴ C.N.F., 7 novembre 2013, n. 168.

la necessità che fossero fissate regole in grado di evidenziare, in astratto, il comportamento da seguire con canoni che si riferiscono alle fattispecie concrete più ricorrenti, attraverso l'indicazione dei principi fondamentali sui quali si basa non solo la funzione, ma l'essenza stessa della professione di Avvocato.

L'eccessivo numero degli esercenti la professione ha determinato un generale abbassamento nelle qualità tecniche e culturali della grande maggioranza, dovuto anche alla circostanza che i giovani escono dalle università sprovvisti di un organico e sintetico orientamento istituzionale, che permetta loro di studiare proficuamente, senza che sia stata data quella istruzione pratica, con le inevitabili conseguenze discendenti dalle evidenti difficoltà che caratterizzano l'esercizio della professione¹⁵.

La conoscenza specializzata di singoli rami del diritto rende evidente quale può essere il ruolo dell'Avvocato nella crisi di impresa ed i profili di responsabilità che dal suo operare non corretto possono discendere alle parti direttamente interessate, essendo egli chiamato a dare un contributo essenziale, in quanto chiamato ad esercitare l'attività professionale con **indipendenza, lealtà, correttezza, probità, dignità, decoro, diligenza**, particolare **competenza** (art. 9 del codice deontologico forense).

Si chiede, dunque, al professionista, nell'ambito di discipline specifiche, di avere una particolare **perizia, capacità, esperienza, abilità, preparazione**, ciò in quanto la competenza è indispensabile per assicurare la **qualità delle prestazioni professionali**.

Non a caso l'Avvocato non deve, infatti, accettare incarichi qualora egli difetti della conoscenza specifica, ragione per la quale gli è imposto il dovere di curare la preparazione professionale.

Nello svolgere l'attività professionale deve essere, pertanto, assicurata la qualità della prestazione (art.12 del codice deontologico); ciò significa che all'Avvocato è richiesto un particolare grado di diligenza, nello svolgimento della propria attività, seppur l'assunzione dell'incarico è fonte di **obbligazione di mezzi** e **non di risultato**, e non par dubbio,

¹⁵ CAIAFA A., *Commentario del Codice deontologico forense*, Roma, 2019, XIII.

tuttavia, che la diligenza va poi verificata in concreto e va rapportata alla qualità della prestazione che è previsto egli debba assicurare al proprio assistito.

III. GLI INTERVENTI NORMATIVI OCCASIONATI DA APPLICAZIONI ELUSIVE DELLA DISCIPLINA NORMATIVA.

Volendo trarre le conclusioni del mio argomentare, dopo le considerazioni introduttive indispensabili che ho ritenuto di formulare, evidenziando come, invero, la disciplina delle procedure concorsuali ha, proprio in ragione delle continue rivisitazioni, determinato l'assoluta necessità che il ruolo dei professionisti si caratterizzi per una adeguata specifica preparazione, mi sono chiesto se, in effetti, alcune modifiche che sono intervenute, dopo la riforma attuata del 2006, siano dovute proprio alla necessità di porre rimedio a disinvolute soluzioni proposte, e se anche alcuni arresti giurisprudenziali siano il risultato inevitabile di una non corretta interpretazione del ruolo, attese le profonde trasformazioni del mercato nel quale l'impresa assistita è destinata ad operare.

Nella società odierna le imprese svolgono diverse importanti funzioni, compresa quella sociale, che seppure essenziale non esprime una finalità diretta, identificabile questa nell'obiettivo di svilupparsi e di durare a lungo, in un certo senso, perpetuando sé stessa mediante la continua creazione di valore economico¹⁶.

Ebbene, certamente alcune rivisitazioni di norme della legge fallimentare, riformata e corretta, così come alcuni arresti giurisprudenziali dimostrano, in modo piuttosto evidente, essere stati tali interventi resi indispensabili da una non adeguata prospettazione, per non avere i professionisti interessati assicurato quel ruolo centrale nella crisi di impresa, che sarebbe stato tanto più apprezzato quanto maggiore fosse stata la competenza degli stessi.

¹⁶ GUATRI, *Turnaround. Declino, crisi e ritorno al valore*, Milano, 1995, 155.

Ne costituisce evidente dimostrazione la modifica di alcune disposizioni che è stata resa indispensabile proprio in ragione della non corretta applicazione delle norme e che ha, dunque, determinato l'intervento per una modifica della disposizione, al fine di arginare la individuazione di soluzioni concordate di crisi con finalità elusive della norma esistente.

III.1. LA CAUSA CONCRETA, OVVERO IL *SODDISFACIMENTO MINIMO IN TERMINI DI UTILITÀ ECONOMICAMENTE VALUTABILE* (ART.160, ULTIMO COMMA ED ART.161 SECONDO COMMA L.F.).

La relazione al d.lgs. n. 169 del 2007, con riferimento all'art. 160 l.f. e, dunque, ai presupposti per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo, ha sottolineato non consentire la normativa precedentemente in vigore, a differenza di quel che poteva accadere nell'ambito del concordato fallimentare, la possibilità di offrire un pagamento in percentuale dei creditori privilegiati, neppure con riferimento a quella parte del loro credito destinata a rimanere comunque insoddisfatta, avuto riguardo al presumibile valore di realizzo dei beni sui quali il privilegio insisteva.

E pertanto, al fine di incentivare ulteriormente il ricorso allo strumento concordatizio e di eliminare una illogica diversità di disciplina, rispetto al concordato fallimentare, è stato previsto, nell'ambito del correttivo, che la proposta concordatizia potesse contemplare il pagamento in percentuale dei creditori privilegiati, sempre che la misura del soddisfacimento proposta non fosse inferiore a quella realizzabile sul ricavato in caso di vendita dei beni sui quali il privilegio cade.

Con riferimento ai crediti concorrenti, per i quali è prevista la collocazione in chirografo, era sorta una *querelle* interpretativa in ordine alle necessità che il proponente indicasse non solo, invero, una percentuale, oggetto della realizzazione da parte loro, ma che la proposta dovesse contenere, al tempo stesso, un preciso impegno in termini quantitativi, non potendo essere traslato sul ceto creditorio, per intero, il rischio della incapienza.

La Commissione Ministeriale, nell'indicare i criteri direttivi per la disciplina del concordato preventivo – come si ricava dalla relazione all'art. 7 dello schema di disegno di legge delega da essa predisposto – aveva, al riguardo, sottolineato e previsto la necessità di riservare la regolazione concordata preventiva della crisi, anche irreversibile, alle proposte che prevedessero la prosecuzione, diretta o indiretta, dell'attività di impresa “...*ammettendo una regolamentazione di tipo liquidatoria solo in presenza di ulteriori risorse, apportate dai terzi, idonea ad incrementare la soddisfazione dei crediti chirografari in misura non inferiore ad una apprezzabile percentuale, fissata dal legislatore delegato*”.

Tale obbligo non era, però, dettato dalla disciplina normativa e, in effetti, la suprema corte, nell'intervenire al riguardo, lo aveva sottolineato precisando, per l'appunto, che non prevedendolo la legge, ben poteva il debitore limitarsi ad indicare una percentuale che, tuttavia, non poteva essere intesa come **promessa di realizzazione** della stessa, quanto, piuttosto, dovesse indicare la concreta possibilità di soddisfacimento, non essendo, peraltro, tenuto il tribunale, nel giudizio di omologazione, ad esprimere valutazioni in termini di convenienza, essendo esse riservate al ceto creditorio.

L'art. 160 l.f., per come rivisitato della legge 6 agosto 2015, n. 132, ha previsto, in ragione di quanto segnalato e voluto dalla Commissione Giustizia della Camera, essere indispensabile la precisazione dei requisiti per la proposta di concordato e, in particolare, ha disposto nel senso che questa dovesse soddisfare, ove non si fosse trattato di concordato con continuità aziendale, almeno il 20% dei crediti chirografari.

E' stata, quindi, introdotta una percentuale, seppur diversa, rispetto a quella prevista dal secondo comma, n. 1, dell'art. 160 l.f., nel testo poi riformato e successivamente corretto, che imponeva al debitore di offrire serie garanzie reali o personali volte ad assicurare il pagamento di almeno il 40% dei crediti chirografari e che, nel caso di cessione di tutti beni esistenti nel suo patrimonio alla data della proposta, lasciasse fondatamente ritenere che i creditori chirografari potessero essere soddisfatti nella medesima percentuale.

Sostanziale, dunque, la differenza rispetto al passato, essendo prima consentito al tribunale di valutare la convenienza e, attraverso il **giudizio di meritevolezza**, di non omologare il concordato, anche ove fosse stata espressa una maggioranza unanime, laddove avesse ritenuto che con la dichiarazione di fallimento il soddisfacimento dei creditori sarebbe potuto avvenire in una maggiore percentuale, temi questi ripresi dal Codice della crisi e dell'Insolvenza.

La previsione ha, pertanto, inciso significativamente ponendo nel nulla le proposte formulate con **percentuali irrisorie**¹⁷, facendo venir meno la possibilità per il debitore di limitarsi a generiche offerte, senza nemmeno promettere, ma solo prospettare indicativamente un determinato esito soddisfacente, imponendogli di assicurare il pagamento di almeno il 20%, nel caso di **concordato liquidatorio**, rimettendo, quindi, al commissario giudiziale, prima, ed al tribunale, poi, la valutazione in concreto della fattibilità del piano, con la conseguenza che il controllo di legittimità fosse realizzato facendo applicazione di un unico e medesimo parametro, verificando la effettiva realizzabilità della **causa concreta**, dovendo avere la proposta un contenuto fisso e predeterminato, sì da consentire la verifica dell'effettivo soddisfacimento della percentuale indicata e voluta dal legislatore¹⁸.

La convenienza della proposta è stata rimessa alla valutazione del ceto creditorio; spetterà, oggi, al tribunale la verifica della fattibilità del piano, ovvero di accertare la possibilità di realizzazione della proposta nei termini prospettati, e seppur ciò comporterà un giudizio

¹⁷ Cass., 23 giugno 2011, n. 13817, in CAIAFA A., *Codice dell'udienza fallimentare*, cit., 478, che ha affermato, che l'indicazione di una percentuale "...assume una funzione chiarificatrice del presumibile risultato per i creditori, che dal canto loro approvando la proposta, condividono la valutazione e, quindi, accettano il rischio di un diverso esito della liquidazione comparandone la complessiva convenienza con riferimento alle alternative praticabili (esecuzione singolare o collettiva in sede fallimentare)"

¹⁸ LAMANNA, *Il controllo giudiziale sulla fattibilità e la convenienza nel giudizio di omologazione del concordato preventivo*, in *Il fallimentarista.it*; che ha ritenuto essere il giudice tenuto ad esercitare il controllo di legittimità sul giudizio di fattibilità della proposta di concordato, con estensione inevitabile alla attestazione del professionista, mentre ha considerato riservata ai creditori la valutazione in ordine al merito di detto giudizio che ha ad oggetto la probabilità di successo economico del piano ed i rischi inerenti.

prognostico caratterizzato da margini di opinabilità e possibilità di errore che si traducono, inevitabilmente, in un fattore di rischio, è, tuttavia, indiscutibile che deve ritenersi ormai ampliato lo spettro dell'indagine omologatoria¹⁹.

La convenienza della proposta è stata, dunque, rimessa alla valutazione del ceto creditorio, riconosciuto al tribunale il potere di verifica della fattibilità del piano, ovvero di accertare la possibilità di realizzazione della proposta nei termini prospettati, seppur attraverso un giudizio prognostico, caratterizzano da margini di opinabilità e possibilità di errore che hanno determinato, poi, inevitabilmente, l'ampliamento dello spettro dell'indagine omologatoria²⁰.

Conclusivamente, la percentuale di pagamento non è più stata intesa come una mera modalità dell'impegno assunto ed è stata esclusa, conseguentemente, la possibilità che il proponente, con la messa a disposizione dei beni, potesse per tale ragione, senza l'indicazione di una percentuale, richiedere ai creditori di approvare la proposta ed accettare il rischio di un diverso esito della liquidazione, attraverso una comparazione della complessiva convenienza, con riferimento alle alternative praticabili²¹.

Stessa finalità ha inteso il legislatore realizzare attraverso la modifica della lettera e) del secondo comma dell'art. 161 l.f., attuata con la legge 6 agosto 2015, n. 132, che dopo le parole "*adempimento della proposta*" ha previsto che questa, in ogni caso, dovesse "*...indicare l'utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile che il proponente si obbliga ad assicurare a ciascun creditore*".

¹⁹ CAIAFA A.-MOLLICONE, *Esecuzione, risoluzione ed annullamento*, in *Il nuovo concordato preventivo*, a cura di CAIAFA A. – SALVI, Pisa, 2016, 631.

²⁰ Cass., 7 aprile 2017, n. 9061 che in relazione al piano di concordato ha affermato essere riservata al tribunale la verifica della fattibilità "*...in quanto correlata all'accertamento della causa concreta*" e comprendere quindi necessariamente il detto accertamento "*...un giudizio di idoneità della proposta e del piano medesimo*" ovvero la realizzabilità nei fatti da svolgersi nei limiti della sussistenza o meno di una manifesta inettitudine del piano a raggiungere gli obiettivi prefissati.

²¹ Cass., 11 aprile 2016, n. 7066, che ha ritenuto il carattere necessariamente determinato della proposta concordataria non essere incompatibile con la prospettazione che il debitore alleggi una duplice percentuale del soddisfacimento dei creditori alla condizione, in ragione della necessità che essa integri gli elementi necessari per la valutazione della completezza e della convenienza della proposta.

La disposizione ha un contenuto ampio, e pur nella difficoltà di avere una corretta percezione di cosa si fosse inteso affermare attraverso il concetto di “*utilità economicamente valutabile*”, non vi è dubbio che, seppur in origine la riforma aveva inteso sottrarre al tribunale ogni potere di controllo sulla convenienza della proposta, rimessa all’esclusiva valutazione dei creditori in termini di preferenza del concordato rispetto all’alternativa della liquidazione in sede fallimentare, sì da essere il controllo giurisdizionale esercitabile, esclusivamente, nell’ipotesi in cui la proposta fosse costruita in classi, in presenza di un espresso dissenso, potendo solo in tal caso il tribunale effettuare il controllo, tenendo conto delle “*alternative concretamente praticabili*”, l’intervento normativo, e la rivisitazione nei termini sin qui evidenziati, rispettivamente, dell’art. 160, ultimo comma, e dell’art.161, secondo comma, lettera e) l.f., hanno escluso la presentazione di soluzioni concordate di crisi con l’offerta di una percentuale irrisoria.

III.2. IL CONCORDATO PRENOTATIVO RIVISITATO.

Attraverso l’art. 161, sesto comma, l.f., in ragione delle modificazioni apportate dalla legge n. 134 del 2012, si è inteso migliorare l’efficienza dei procedimenti di composizione delle crisi di impresa, superando le criticità emerse in sede applicativa, e promuovere l’emersione anticipata della difficoltà di adempimento dell’imprenditore, al fine di incentivare l’impresa a denunciare per tempo la propria situazione di crisi, piuttosto che assoggettarla a misure di controllo esterno o interno che la rilevino (come ora previsto dal codice della crisi, art. 84, ultimo comma, laddove è stata stabilita la possibilità per l’imprenditore, sul modello del *chapter* 11, di depositare un ricorso contenente una domanda di concordato preventivo, senza la necessità di produrre, contestualmente, **proposta, piano** e l’ulteriore documentazione, richiesta dal secondo e terzo comma dell’art. 161, l.f. riconosciuto al giudice il potere di assegnare al proponente un termine, compreso tra *sessanta e centoventi* giorni, per integrare il ricorso).

L'istituto è stato, successivamente, rivisitato dall'art. 82 del d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito con modificazioni dalla legge 9 agosto 2013, n. 98, ciò in quanto - come risulta chiarito dalla stessa relazione - le prime evidenze empiriche emerse nel corso di regolazioni statistiche avevano consentito di rilevare un non trascurabile ricorso al **concordato in bianco**, ovvero **prenotativo**, non del tutto corrispondente alle finalità che ne avevano ispirato l'introduzione, rappresentate dalla anticipazione degli effetti protettivi del patrimonio dell'impresa in crisi, a prescindere dall'elaborazione della proposta e del piano di concordato, ciò in quanto la presentazione della domanda era diretta a paralizzare le iniziative volte alla dichiarazione di fallimento del debitore ed aveva, pertanto, una finalità strumentale non consentita e, comunque, che aveva tradito la finalità dell'istituto.

E così, mentre era in precedenza consentito al tribunale di disporre, a carico del debitore, **obblighi informativi**, inerenti o meno la gestione finanziaria dell'impresa, in pendenza del termine fissato per il deposito dell'ulteriore documentazione stabilita (**proposta, piano e documentazione**), con l'ulteriore previsione che l'omesso adempimento ai detti obblighi avrebbe determinato la pronuncia di inammissibilità della proposta di concordato, a norma del secondo e terzo comma dell'art. 161 l.f., e la possibilità di poter dichiarare il fallimento, quante volte ne avessero fatto richiesta il Pubblico Ministero o uno o più creditori, a seguito dell'operata rimodulazione al tribunale è stato riconosciuto il potere di nominare un **pre-commissario giudiziale**, con poteri di vigilanza in ordine all'assolvimento, da parte del debitore proponente, degli obblighi informativi periodici mensili, relativi alla gestione finanziaria dell'impresa, ed all'attività compiuta ai fini della successiva predisposizione della proposta e del piano (art. 161, ottavo comma l.f.).

Tale organo è, inoltre, tenuto ad esprimere il parere per il compimento degli atti urgenti di straordinaria amministrazione per i quali è previsto il provvedimento autorizzativo del tribunale.

Il potere di vigilanza impone al commissario ove accerti, nel corso di tale prima fase, che il debitore ha posto in essere talune delle condotte previste dall'art. 173 l.f., per quel

attiene l'**occultamento** o la **dissimulazione di parte dell'attivo**, ovvero la **omessa denuncia di uno o più crediti** o, ancora, **la esposizione di passività inesistenti** e, comunque, **la commissione di altri atti di frode**, di riferirne immediatamente al tribunale che, pertanto, verificatane la sussistenza, nelle forme del procedimento di cui all'art.15 l.f., può, in via alternativa, dichiarare: la improcedibilità della domanda, ovvero il fallimento, “...con contestuale sentenza reclamabile a norma dell'art.18” (art. 161, sesto comma, l.f.), nelle forme del procedimento di cui all'art. 15, l.f., quante volte vi sia, però, istanza da parte di uno o più creditori ovvero richiesta del P.M.

Si è inteso, attraverso tale previsione, evitare che mediante la domanda di **concordato prenotativo** il debitore potesse realizzare, così abusando dell'istituto, la sospensione delle procedure esecutive, ovvero impedire le azioni cautelari.

III.3. IL FALSO IN ATTESTAZIONI E RELAZIONI.

La relazione alla legge 7 agosto 2012, n. 134, con riferimento all'art. 236 *bis*, ha evidenziato la necessità di inserimento di una norma penale al fine di incriminare il professionista designato dal debitore che, nel corpo delle relazioni di cui agli artt. 67, terzo comma, lettera d), 161, terzo comma, 182 *bis*, 182 *quinques* e 186 *bis*, l.f. abbia esposto informazioni false ovvero omesso di riferire informazioni rilevanti, prevedendo, peraltro, un aumento di pena nei casi in cui il professionista abbia adottato tali condotte, omissive o commissive, per conseguire un ingiusto profitto per sé o per altri, ovvero se tali comportamenti abbiano cagionato un danno ai creditori.

Seppur nella relazione si precisa essere stata tale previsione resa indispensabile e, dunque, imposta “...per evitare **asimmetrie irragionevoli**, in ottica costituzionale, rispetto alla rilevanza penale della condotta dell'organismo di composizione della crisi da sovraindebitamento del debitore non fallibile”, in realtà essa è riferita al ruolo centrale riconosciuto al professionista attestatore dalle plurime disposizioni normative richiamate.

Il decreto correttivo era già intervenuto al fine di individuare i requisiti che il professionista, incaricato di redigere le attestazioni previste dall'art. 161 l.f., dovesse possedere, ed aveva ritenuto, trattandosi di attività avente un carattere tecnico-contabile, di individuare un criterio uniforme, richiedendo il possesso delle caratteristiche di cui all'art. 2409 *bis* cod. civ. per l'iscrizione nel registro dei revisori contabili.

Con il d.l. 22 giugno 2012, n. 83 (*c.d. decreto crescita*), convertito, con modificazioni, nella legge 7 agosto 2012, n. 134, il legislatore è intervenuto, ancora una volta, apportando modifiche ed integrazioni finalizzate, nel complesso, alla valorizzazione del ruolo dell'autonomia privata nella gestione della crisi di impresa, nell'ottica di salvaguardia della continuità aziendale e del recupero e di conservazione dell'attività.

In questo contesto di dichiarato favore verso le soluzioni negoziali della crisi, l'intervento ha inciso in maniera significativa sul **ruolo dell'attestatore**, chiamato a coadiuvare l'imprenditore nel tentativo di salvataggio dell'impresa, per il quale è stata introdotta una nuova specifica regolamentazione dei requisiti e dei compiti.

Sono stati fissati dalla nuova disciplina, in termini rigorosi, i requisiti di indipendenza che questi deve possedere, nel senso che:

- **non può essere legato all'impresa**, né a coloro che hanno interesse all'operazione di risanamento da rapporti di natura personale o professionale tali da compromettere l'indipendenza di giudizio;
- deve essere in **possesso dei requisiti** di cui all'art. 2399 cod. civ., ovvero non deve trovarsi in alcuna delle cause di ineleggibilità e di decadenza previste per la carica di sindaco di società;
- **non deve**, anche per il tramite di soggetti con i quali è in associazione professionale, **avere prestato**, negli ultimi cinque anni, **attività di lavoro subordinato autonomo** in favore del debitore, ovvero non avere partecipato agli organi di amministrazione o controllo.

Nella relazione, il professionista deve provvedere ad illustrare i criteri di verifica dei dati

aziendali, nonché effettuare un'analisi delle voci dell'attivo, inserite nella situazione patrimoniale ed economica della società, ed esprimere un giudizio in merito alla congruità dei valori di presumibile realizzo.

Identico criterio deve essere seguito per la valutazione di quegli “*assets*” che, pur non trovando allocazione nella situazione patrimoniale contabile, redatta secondo criteri civilistici, sono suscettibili di realizzo e, quindi, utilizzabili per la estinzione del debito concordatario, come nel caso dell'*avviamento*.

Deve, inoltre, essere illustrata la situazione debitoria della società e verificata l'esistenza di eventuali circostanze in grado di influire sul passivo concordatario, nonché la fattibilità della proposta, per la individuazione della presumibile percentuale di realizzo conseguibile dai creditori.

Il piano di ristrutturazione dell'indebitamento proposto dal debitore deve essere sottoposto ad attenta verifica per quel che attiene le possibilità concrete di pagamento:

- ✓ *delle spese di procedura*, di quelle tecnico-legali e di funzionamento della società, nonché degli organi, sino alla completa esecuzione del concordato;
- ✓ dei *debiti privilegiati* e *chirografari* nella misura ipotizzata con la proposta.

La realizzazione dell'attivo deve essere ricostruita secondo le modalità e con i tempi illustrati nella domanda al fine di consentire, prima, ai creditori di esprimere il loro consenso e, poi, al tribunale di valutare, nell'ambito del procedimento omologatorio, la concreta fattibilità del piano.

A tal fine, l'attestatore deve acquisire ed esaminare la documentazione prevista dall'art. 161. lett. a), b), c) e d), l.f. e verificare la corrispondenza dei dati contenuti nel piano con la stessa ed effettuare una analisi sia in merito alla veridicità dei dati aziendali che alla fattibilità della proposta ed esprimere il proprio giudizio prognostico in merito alla sostenibilità ed alla coerenza del *programma di risanamento*, ovvero *liquidatorio*, verificandone *iter* logico e credibilità.

L'attestatore deve analizzare le scritture contabili, indicando specificamente quelle di cui

ha verificato le risultanze per singola voce dell'attivo e del passivo, precisando di avere, conseguentemente, formulato su di esse il proprio convincimento in ordine alla **veridicità dei dati aziendali**, anche attraverso la individuazione della esistenza fisica dei beni materiali, dei crediti, delle rimanenze di merci, dei contratti e di tutti quegli elementi posti a fondamento della domanda e del piano di concordato.

E' compito dell'attestatore illustrare la situazione debitoria della società e verificare l'esistenza di eventuali circostanze in grado di influire sul passivo concordatario, nonché la fattibilità della proposta, per la individuazione della presumibile percentuale di realizzo conseguibile dai creditori, che oggi non può essere inferiore al **20%**.

Lo **scrutinio positivo** in ordine alla **fattibilità del piano** deve trovare coerente spiegazione nella relazione prevista dall'art.161, comma terzo, l.f., attraverso una attenta disamina ed analisi critica del contenuto della proposta, della documentazione allegata al ricorso, dei dati contabili per la veridicità di quelli aziendali, con ricostruzione dell'attivo, in tutte le sue componenti, e del passivo.

La relazione dell'attestatore, per essere **condivisibile**, deve tener conto dei principi di revisione nazionali ed internazionali, nonché dei contributi e delle linee guida provenienti dal mondo accademico e professionale e, altresì, degli orientamenti della giurisprudenza che hanno definito il contenuto minimo della stessa, che deve contenere:

- aa)** una **premessa** relativa ai requisiti professionali dell'attestatore e dell'incarico conferitogli, nonché la dichiarazione di sussistenza della posizione di indipendenza e terzietà;
- bb)** una **parte esplicativa** del piano e della documentazione allegata;
- cc)** una illustrazione della verifica effettuata per la constatazione della veridicità dei dati aziendali, con la descrizione dei controlli effettuati, dei documenti analizzati e delle metodologie adottate;
- dd)** una parte relativa alla analisi della **fattibilità del piano**, con particolare riferimento al modello utilizzato ed agli scenari considerati;

ee) le attestazioni conclusive con il giudizio finale di **veridicità** dei dati aziendali e di **fattibilità del piano**.

La relazione deve, conclusivamente, contenere un commento del piano esaminato e deve dar conto dell'*iter* logico seguito per giungere alla **conclusione positiva** che ne ha consentito il rilascio e, pertanto, non deve duplicare il piano, ma esporre la motivazione del giudizio positivo espresso.

Con specifico riguardo alla **veridicità** dei dati aziendali, il giudizio espresso, come evidenziato dalla dottrina²² e dalla giurisprudenza²³, non deve essere limitato ad una mera dichiarazione di conformità, ovvero di corrispondenza formale dei dati utilizzati per la predisposizione del piano a quelli risultanti dalla contabilità, ma deve sostanziarsi in un accertamento della corrispondenza al reale dei dati stessi.

Il concetto di **veridicità** deve essere, d'altronde, ricondotto a quello di “**rappresentazione veritiera e corretta**”, di cui all'art. 2423 cod.civ. e, quindi, deve essere inteso in termini di “**corrispondenza al vero**”, e per far ciò l'attestatore deve necessariamente esaminare e verificare i singoli elementi contabili su cui il piano si fonda, ovvero tutti i dati di natura contabile, aziendalistica e giuridica rilevanti ai fini dell'attuabilità del piano, perché la relazione possa soddisfare le esigenze volute dal legislatore.

L'intervento dell'attestatore è richiesto non solo, tuttavia, per quel che concerne la redazione della relazione inerente la fattibilità del piano ed il giudizio di veridicità dei dati aziendali, avendo il legislatore previsto ulteriori interventi, partitamente:

- nel **concordato prenotativo**, con riferimento, in particolare, ai contratti in corso di esecuzione per la valutazione delle condizioni in presenza delle quali possa essere richiesto e pronunciato dal Tribunale lo scioglimento o la sospensione (art.169 *bis* l.f.);

²²FERRO, *Commento all'art. 161 l.f.*, in *La legge fallimentare*, Padova, 2011, 1239; APICE-MANCINELLI, *Commento sub art. 161 l.f.*, in *Diritto fallimentare*, Torino, 2008.

²³ Tribunale Firenze, 9 febbraio 2012, in *Redazione*, Giuffrè 2012; Tribunale Mantova, 28 maggio 2012, in *www.ilcaso.it*, doc. 7257/2012.

- nelle **attestazioni c.d. speciali** introdotte dal **decreto crescita**, con riferimento alla possibilità per il debitore di richiedere al tribunale l'autorizzazione a contrarre **finanziamenti, prededucibili**, ai sensi dell'art.111 l.f., perché ne venga attestata la funzionalità “...alla migliore soddisfazione dei creditori” (art.182 *quinques*, primo comma, l.f.) o, ancora, nel caso del concordato con continuità aziendale, per il pagamento di **crediti anteriori per prestazioni di beni** o servizi, sempreché venga attestato che tali prestazioni “...sono essenziali per la prosecuzione dell'attività di impresa e funzionario ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori” (art.182, *quinques*, comma quarto, l.f.);
- nel **concordato con continuità aziendale**, con riferimento alla funzionalità del piano ed alla possibilità di assicurare il miglior soddisfacimento dei creditori attraverso l'analisi dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività di impresa e delle risorse finanziarie necessarie, nonché delle relative modalità di copertura [art.186 *bis*, secondo comma, lett.a) e b) l.f.];
- nella verifica, ancora, della conformità del piano e della ragionevole capacità di adempimento degli **obblighi discendenti dai contratti in corso di esecuzione** alla data del deposito del ricorso, anche se stipulati con Pubbliche Amministrazioni (art.186 *bis*, comma terzo, l.f.).

Ebbene, l'art. 236 *bis* l.f., aggiunto dalla legge 7 agosto 2012, n. 134, ha previsto una **responsabilità penale** del professionista che, nel redigere le relazioni o attestazioni di cui, partitamente, agli articoli ora richiamati, abbia esposto informazioni false ovvero abbia omesso di riferire informazioni rilevanti.

Il richiamato articolo tende a garantire la attendibilità dell'attestazione, che si sostanzia nella esigenza di avere una **rappresentazione veritiera e corretta** (art. 2423 cod.civ.), che va intesa in termini di corrispondenza al vero dei fatti accertati e verificati.

La condotta può essere, pertanto, sia **commissiva** che **omissiva**, ovvero realizzarsi attraverso l'intento di sottrarre all'altrui conoscenza un determinato fatto, allo scopo di attestare la omogeneità richiesta di posizioni ed interessi economici che si sa non esservi.

Quel che rileva non è, dunque, la pura omissione, dal momento che la omessa informazione si inserisce, necessariamente, in un contesto comunicativo tipico e tende a far percepire una realtà diversa, attraverso una falsa valutazione della rappresentazione, nel senso che l'attestatore deve avere consapevolmente disatteso i metodi per una corretta individuazione della omogeneità della posizione giuridica e degli interessi economici dei creditori interessati²⁴.

IV. VALUTAZIONI CONCLUSIVE.

Nel momento di percezione dei sintomi della crisi è, dunque, indispensabile che l'Avvocato, di concerto con i consulenti finanziari dell'impresa, riesca ad individuare, attraverso un'analisi attenta, le procedure necessarie per consentire la liberazione di risorse finanziarie e liquidità da destinare alla continuazione dell'attività, per il superamento della crisi, ed è pertanto a questi richiesto di intervenire con la necessaria tempestività suggerendo soluzioni ragionate in un'ottica economico-finanziaria, allo scopo di ridurre al minimo il rischio di un eventuale insuccesso.

Se è certamente compito dell'imprenditore percepire la crisi per potersi rivolgere, in tempo utile, ai professionisti, perché possano assumere il ruolo indispensabile per la individuazione della migliore soluzione possibile, non può che essere rimessa a questi la scelta degli interventi strutturali e delle strategie da attuare, con la individuazione degli strumenti giuridici maggiormente adeguati, per ridurre l'esposizione debitoria, e di

²⁴ Sul tema, ancor prima della introduzione dell'art. 236 *bis* l.f., con riferimento, in particolare, al c.d. **falso valutativo**, per la comprensione del metodo usato e delle ragioni per le quali possa ritenersi avere violato, l'attestatore, le regole per la individuazione della omogeneità delle posizioni giuridiche, si vedano i contributi di BRUNO, *Le responsabilità civili e penali degli organi amministrativi*, in *Il fallimento*, 2008, 1140; ALESSANDRI, *Profili penalistici delle innovazioni in tema di soluzioni concordate e delle crisi di impresa*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2006, 62; Tribunale Benevento, 2 maggio 2013, in *Ilfallimentarista.it*, che ha ritenuto, pur se con riferimento alla diversa procedura del concordato preventivo, essere l'attestatore tenuto ad “...enunciare in maniera ordinata e coerenti i criteri ricognitivi, estimativi e prognostici seguiti, in modo da rendere manifesti il percorso logico, i ragionamenti e le motivazioni di cui si fonda l'attestazione”.

predisporre quanto necessario per la formalizzazione delle convenzioni con i creditori, curando gli aspetti correlati nell'ambito delle operazioni di ristrutturazione.

Le realizzate riforme inducono ad un confronto con un sistema completamente diverso da quello che ha, sino ad oggi, caratterizzato la relativa disciplina, soprattutto laddove si consideri che l'intento che il legislatore ha inteso perseguire non è solo rappresentato dalla volontà di assicurare una tutela dei creditori, improntata ad efficienza e rapidità, ciò in quanto l'obiettivo non può essere ormai individuato, in via esclusiva, nel soddisfacimento dei crediti, quanto, piuttosto, nella continuazione dei rapporti commerciali, attraverso la sopravvivenza dell'impresa, sì da garantire anche la tutela dei livelli occupazionali.

Nella formulazione della nuova normativa, le ragioni dell'economia hanno avuto prevalenza sulle regole del diritto e si è in presenza, ormai, di un modello di **socializzazione del diritto concorsuale**, anche se la struttura **modulare** o **molecolare** dell'impresa moderna non è stata tenuta in considerazione dalla legge di riforma, nel senso che prevale ancora la nozione **commerciale** dell'azienda, quale complesso dei beni organizzati per l'esercizio dell'attività di impresa, e non si è inteso dare necessario spazio ad una nozione diversa che consideri l'organizzazione al di là dell'esistenza dei beni strumentali²⁵.

La evidente **asimmetria di sistema** discendente dalla previsione di distinte procedure concorsuali per la gestione della crisi e dell'insolvenza e la regolamentazione degli effetti da essa discendenti, con riferimento al relativo settore, ha finito per evidenziare come l'insolvenza, in qualche modo, faccia tendenza, nel senso che l'ordinamento, per quel che attiene la disciplina del concorso, ha individuato una serie variegata di procedure affidate alla diretta gestione dell'autorità amministrativa, in quei settori per i quali si è ritenuto che la particolarità degli interessi dovesse favorire soluzioni volte a consentire che determinate imprese, pur in una situazione di conclamata insolvenza, continuassero ad operare sul mercato, con la individuazione di rimedi che hanno inciso sui diritti dei creditori, non

²⁵ Corte Giustizia, 13 settembre 2007, in *Foro it.*, 2008, IV, 96; Cass., 30 dicembre 2003, n.19842, in *Foro it.*, 2004, I, 1095.

sempre coinvolti nella determinazione e valutazione del piano di ristrutturazione economico-finanziario, con riconosciuta possibilità per le parti interessate, con illimitata flessibilità, di individuare la migliore soluzione possibile, fino al punto di convenire non solo il trasferimento parziale dei lavoratori alle dipendenze dell'acquirente, con la modifica delle condizioni di lavoro, ma addirittura di scegliere il personale in deroga, anche implicita, al principio sancito dall'art. 2112 cod. civ., più volte ribadito in ambito comunitario e che, finalmente, ha trovato una sua completa ed esaustiva regolamentazione conforme alla relativa disciplina, attraverso l'art. 368 del Codice della crisi.

Oggi il professionista non può non avere una adeguata conoscenza delle disposizioni, per il riordino della normativa in materia di ammortizzatori sociali, in costanza di rapporto di lavoro, realizzata dal legislatore con il d.lgs. 14 settembre 2015, n. 148, in attuazione della legge 10 dicembre 2014, n. 183, che all'art. 21 ha espressamente previsto che l'**intervento straordinario di integrazione salariale** può essere richiesto, esclusivamente, quando la sospensione o la riduzione dell'attività lavorativa sia determinata dalle causali individuate, rispettivamente, nella **riorganizzazione** e nella **crisi aziendale**, precisando che, tuttavia, il relativo programma deve presentare, nel caso della **riorganizzazione**, un **piano di interventi** "...volto a fronteggiare le inefficienze della struttura gestionale o produttiva", dovendo esso, peraltro, "...contenere indicazioni sugli investimenti e sull'eventuale attività di formazione dei lavoratori", dovendo essere, espressamente, "...finalizzata ad un inconsistente recupero occupazionale del personale interessato alla sospensione o alle riduzioni dell'orario di lavoro", mentre il programma di **crisi aziendale** deve contenere "...un **piano di risanamento** volto a fronteggiare gli squilibri di natura produttiva, finanziaria, gestionale" ed assicurare "...gli obiettivi concretamente raggiungibili finalizzati alla continuazione dell'attività aziendale ed alla salvaguardia occupazionale".

Ed allora, per concludere, l'Avvocato può ricoprire oggi un ruolo centrale nella fase di **allerta**, per la individuazione dei nuovi meccanismi di segnalazione e suggerimenti da fornire agli amministratori e sindaci, in ragione delle nuove responsabilità ed obblighi per

questi previsti, al fine di fornire loro una adeguata assistenza e tutela, e, altresì, all'impresa, per la individuazione della migliore **soluzione concordata di crisi** e, se ed in quanto necessaria, per la collocazione del personale in esubero in **cassa integrazione**, nonché per la negoziazione dei **contratti di cessione di azienda**, o di singoli rami, attività queste che presuppongono una particolare competenza, perché l'assistenza possa essere assicurata, così come previsto dal codice deontologico, con “*coscienza e diligenza*”, in ragione della “*qualità della prestazione professionale*” richiesta (art. 12), atteso il divieto di accettare incarichi che non si è “*..in grado di svolgere con adeguata competenza*” (art. 14).

Al fine è indispensabile un adeguato aggiornamento, unico in grado di accrescere le conoscenze, tanto più quando l'attività prevalentemente svolta richiede una particolare specializzazione, dovendo essere garantito, un **standard qualitativo** della prestazione, quante volte essa involga la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà²⁶.

Trovo appropriato, dunque, concludere ricordando che già Ludovico Antonio Muratori, nel soffermarsi sul ruolo dell'Avvocato, ebbe ad osservare che “*dagli avvocati di poca levatura non è il maggior male, che provenga alla repubblica. Proviene esso dagli altri, che abbondanti di ingegno, lo vendono a chi ha bisogno di loro per vincere una lite come attore, o per non perderla come reo: Se l'Avvocato è onesta persona, deduce quante ragioni li somministra il suo ingegno e sapere, non per attrappolare i giudici, ma per far loro onoratamente conoscere che la vittoria in quel caso dovrebbe essere sua*”²⁷.

E d'altronde, “*non troverai mai la verità, se non sei disposto ad accettare anche ciò che non ti aspettavi di trovare*”²⁸.

²⁶ La norma disciplinare ha trovato, in tal caso, coerente interpretazione nelle pronunce del Consiglio Nazionale Forense e della stessa Suprema Corte a Sezioni Unite che costituiscono, pertanto, l'elemento fondante per l'applicazione dei principi in essa racchiusi in ordine al dovere di diligenza: C.N.F., 30 aprile 2012, n.89; C.N.F., 18 giugno 2010, n. 43; Cass., 12 aprile 2011, n. 8312; Cass., 30 luglio 2004, n. 14597; Cass., 31 maggio 2018, n. 13777; Cass., 24 ottobre 2017, n. 25112.

²⁷ MURATORI, *Dei difetti della giurisprudenza*, Milano, 1958, 86.

²⁸ ERACLITO.