

PROFILI DI RESPONSABILITÀ NEI SISTEMI DI ALLERTA di alessandro rimato

Sommario : 1. Le responsabilità al cospetto della soluzione concordata della crisi d'impresa. Cenni di carattere sistematico, impostazione del problema. 2. Le procedure di allerta e di composizione assistita della crisi, le misure premiali e l'asincronismo con le disposizioni penal fallimentari. 3. Conclusioni

1. Le responsabilità al cospetto della soluzione concordata della crisi d'impresa. Cenni di carattere sistematico, impostazione del problema.

Se l'insolvenza certificata dalla declaratoria di "liquidazione giudiziale"¹ non reagisce sulle regole disciplinari delle azioni di responsabilità se non per gli aspetti organizzativi², a maggior ragione il rispetto di quelle regole valgono allorché l'imprenditore, per la soluzione della crisi della propria impresa, si appresta a percorrere sentieri squisitamente³ negoziali. E, se il rischio che connota l'attività d'impresa, fa sì che la correlativa responsabilità non

¹ Salvo non improbabili ripensamenti, ci si attende che il nuovo Esecutivo – in effetti il Presidente della Repubblica Sergio Mattarella dal 3 aprile prossimo inizierà le consultazioni per formazione del nuovo Governo – entro il 30 ottobre del 2018 adotti i decreti delegati di riforma del sistema concorsuale nel rispetto dei principi di cui alla Legge delega n. 155 del 19 ottobre del 2017 frutto del lavoro della Commissione presieduta da Renato RORDORF i cui sviluppi sono consultabili oltre che sui consueti siti istituzionali della Camera e del Senato anche sul sito dell' Osservatorio sulle Crisi d' Impresa, www.osservatorio-oci.org. È noto come ormai il lemma fallimento sarà sostituito dall'espressione "liquidazione giudiziale" secondo le previsioni di cui al comma 1 dell'art. 2 (*Principi generali*) del disegno di legge delega che prevede che saranno adeguati " dal punto di vista lessicale anche le relative disposizioni penali, ferma restando la continuità delle fattispecie criminose ". Così da anticipare i tempi ,nel presente contributo, si adopererà, in luogo della nozione fallimento, il sintagma liquidazione giudiziale; d'altra parte la novità lessicale ben si concilia con la nuova dimensione che assumeranno le procedure concorsuali, nelle quali, l'impresa in crisi, qualora conservi un residuo valore, non è destinata a seguire le sorti del suo titolare a prescindere dalle colpe da costui commesse. Favorevole, ancora oggi all'utilizzo del termine fallimento è invece G. BERTOLOTTI, *Poteri e responsabilità nella gestione delle società in crisi, allerta autofallimento e bancarotta*, Bologna, 2017, p. 13, n. 8 che l'equipara all'impresa sconfitta; qui mi pare che l'A. non tiene nella dovuta considerazione che si può perdere una competizione anche nel rispetto delle regole, riflessione questa che appare perfettamente compatibile con la diligenza che connota l'attività imprenditoriale. Cfr. *La riforma del diritto societario dieci anni dopo. Per i quant'anni di giurisprudenza commerciale. Atti del convegno (Milano, 13 – 14 giugno 2014)* in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, n. 383, Milano, 2015. In generale si rinvia a A. Di Majo, *Dell'adempimento in generale, in Commentario del codice civile Scialoja-Branca, a cura di Galgano, Libro quarto, delle obbligazioni*, Bologna-Roma, 1998; L. ROVELLI, *Diligenza nell'adempimento, in Commentario del codice civile, diretto da E. GABRIELLI*, Milano, 2016; M. FRANZONI, *Dalla colpa grave alla responsabilità professionale*, Seconda Edizione, Torino, 2016, p.118.

² V. il recente contributo di A. FAROLFI, *Le valutazioni del giudice in sede di autorizzazione, AAVV Le azioni di responsabilità nelle procedure concorsuali*, (a cura) di L. BALESTRA, Milano, 2016, p. 467 e segg. Cfr. la recente Cass. SSUU n. 1641 del 10 gennaio del 2017 ove viene preliminarmente affrontata la rilevanza in sede penale delle prescritte autorizzazioni nell'ambito delle LCA ex art. 226 L.F. tutt'ora oggetto di interpretazioni contrastanti in sede di legittimità [Cass. Sez. V penale n. 20108 del 13/03/2016 (rv. 267404) Lande *contra* Cass. pen. Sez. V, 16/12/2004, n. 3407 (rv. 231415) Capozzi]. Sulle caratteristiche dell'azione v. ancora la recente Cass. n. 1641 del 10 gennaio del 2017 richiamata *infra* p. 7 con la relativa nota, la quale ribadisce che "le azioni di responsabilità degli amministratori, benchè esperibili cumulativamente dal curatore fallimentare, hanno e mantengono titoli distinti ed autonomi", nonché Cass. n. 9193 del 7 luglio 2015, fonte *PLURIS.IT*. Per un trattazione di carattere generale si rinvia a G. DONGIACOMO, in *Commento alla legge fallimentare*, (a cura) A. CAIAFA, 2017, Roma, p. 635 e segg, secondo il quale l'art. 146 L.F. esprime " una legittimazione cumulativa, nel senso che il curatore, per effetto del fallimento, ha la facoltà di proporre contemporaneamente, in sostituzione dei rispettivi titolari originari, sia l'azione della società fallita, sia l'azione dei suoi creditori ". Ciò spiega anche il perché le azioni di responsabilità non vengono attratte nella competenza funzionale del Tribunale fallimentare ex art. 24 L.F. Sul punto merita adeguato approfondimento una recente e contraria decisione assunta da App. Milano, 25 maggio 2015, n. 2247, inedita, secondo la quale anche le azioni di responsabilità di cui all'art. 146 L.F. proprio perché finalizzate alla ricostituzione del patrimonio della fallita vanno incardinate davanti al Tribunale che ha dichiarato il fallimento. Sul punto, M. ZOPPELLARI, *Giurisdizione, competenza e rito applicabile*, in (a cura di), R. BALESTRA, *op. cit.*, p.415. Filone di pensiero questo da ricondurre a I. PAGNI, *Le azioni di massa e la sostituzione del curatore ai creditori*, in *Il Fall.*, 9/2007, p. 1037. In punto di competenza della sezione specializzata in materia d'impresa si veda Cass. 19340/16, nonché in dottrina ancora ZOPPELLARI, *op. cit.* p. 461. Per una diversa chiave di lettura dell'azione dei creditori sociali in correlazione con la garanzia generica di cui all'art. 2740 del codice civile si rinvia al saggio di M. FABIANI, *L'azione di responsabilità dei creditori sociali e le altre azioni sostitutive*, in *Quaderni di Giur. Comm.*, 385, Milano, 2015.

³ L'avverbio " squisitamente " riferito alle soluzioni negoziali sta a differenziare strumenti in cui la soluzione concordata della crisi viene raggiunta avulsa dalla presenza dell'Autorità Giudiziaria (quali i piani attestati di risanamento di cui alla lett. d) dell'art. 67 della L.F. a cui a breve si affiancheranno le soluzioni che saranno adottate dagli Organismi per la composizione assistita della crisi) ; da quelli in cui l'Autorità Giudiziaria recupera un certo controllo sul rispetto dell' iter procedimentale adottato (accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis L.F., concordato preventivo ex artt. 160 e segg. L.F. nonché da ultimo gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari di cui all'art. 182 septies L.F. introdotto dall'art. 9 del D.L. n.83 del 2015 convertito con modificazioni dalla L. 6 agosto 2015 n. 132) , che nel caso del concordato preventivo include anche l'idoneità concreta del piano a risolvere la crisi oltre alla

si atteggi per debito, ma per attività⁴. Ne deriva che le regole disciplinari stabilite dal diritto comune, insensibili dunque alle regole concorsuali⁵, riaffermano, il primato dello stesso rispetto al diritto concorsuale⁶, deputato a risolvere la crisi attraverso strumenti diversi che includono oltre alle azioni di responsabilità (*id. est.* risarcitorie), altre definite ex art. 172 L.F. come recuperatorie e revocatorie. Sulle responsabilità nell'ambito delle soluzioni concordate, tanto si è scritto⁷, sicché il presente contributo, sarà intrinsecamente sezionale, in quanto mirerà ad intercettare eventuali interazioni tra i sistemi di allerta e di composizione assistita della crisi⁸ di prossima

valutazione circa la convenienza rispetto all'alternativa fallimentare, giusti i maggiori poteri attribuiti dal Legislatore con la novella dell'agosto del 2015 al Commissario Giudiziario, il quale "nella propria relazione è tenuta ad illustrare le utilità che in caso di fallimento, possono essere apportate dalle azioni risarcitorie, recuperatorie o revocatorie che potrebbero essere promosse nei confronti di terzi". Che a seguito dell'intervento riformatore del 2015 sia venuta meno la nota distinzione forgiata dalle S.U. della Suprema Corte con la nota sentenza n.1521 del 2013 tra fattibilità economica e giuridica si veda il recente saggio di G. BOZZA, *Il ritorno del giudice sulla scena del concordato ed il tramonto di una stella polare; ovvero una indagine sulla attualità dell'insegnamento delle sezioni unite della Cassazione n.1521 del 2013*, su *ILCASO.IT*, 28 febbraio del 2017. Sui riflessi determinati dal D.L. n.83 del 2015 convertito con modificazioni nella L. n.132 del 2015 sia consentito il rinvio al mio *Proposte concorrenti e mercati delle proposte nel nuovo concordato preventivo*, in *www.fallimentiesocietà.it*, 25 ottobre 2015, p. 13, anche per i relativi riferimenti bibliografici, nonché a A. PETTERUTI, art. 163, *Commentario alla legge fallimentare*, p.718 (a cura di) A. CAIAFA, 2017, Roma. In giurisprudenza siffatto ultimo orientamento è stato recentemente recepito dalla Corte d'Appello di Lecce con sentenza del 26 aprile del 2017 Estensore ORLANDO, consultabile su *ILCASO.IT* la quale ha statuito che "con le modifiche di cui al decreto legge n.83 del 2015, sono stati attribuiti al Tribunale più penetranti poteri di indagine, tra i quali, quello di verificare la fattibilità tout court del piano valutando tutti gli elementi a disposizione, senza alcun vincolo che non sia quello del canone del prudente apprezzamento di cui all'art. 116 c.p.c.; specifici marcatori in tal senso apportati dalla (contro) riforma del 2015 sono stati individuati nella sentenza dai seguenti indici: "i) proposte concorrenti (soprattutto quanto alla esecuzione delle proposte del terzo); ii) offerte concorrenti (con particolare riguardo all'attribuzione al Tribunale del "potere conformativo" e del potere dovere di effettuare un raffronto comparativo tra le offerte); iii) di decisione sullo scioglimento e sospensione dei contratti pendenti, che consiste certamente in una valutazione di merito in ordine al miglior soddisfacimento dell'interesse dei creditori; iv) di rafforzamento dei compiti e delle connesse responsabilità che in capo al commissario discendono dalla sua qualità di pubblico ufficiale, tenuto a fornire al Pubblico Ministero una serie di informazioni che consentano a quest'ultimo di svolgere compiutamente le indagini dirette a verificare la commissione di reati fallimentari (art. 165 L.F.)". Cfr. A.M. AZZARO, *Le procedure concordate dell'impresa in crisi*, Bologna, 2017.

⁴ Cfr. M. FABIANI, *L'azione di responsabilità nel concordato preventivo*, in AAVV, *Le riforme delle procedure concorsuali*, in (a cura di) A. DIDONE, Milano, 2017, p. 1983 e segg.; in punto di correlazione tra attività dell'amministratore e danno Cfr. Cass. n. 9100/2015 in *Giur. It.*, 2015,6,1413 annotata da M. SPIOTTA.

⁵ Pur dando atto della diversa corrente di pensiero di cui *supra* n. 2 i cui effetti si riflettono esclusivamente sul terreno della competenza, non di certo in punto di discipline delle relative azioni che mantengono inalterate le loro caratteristiche. Cfr. M. FABIANI, *op. cit.*, p.1902 anche per i riferimenti bibliografici e giurisprudenziali.

⁶ Cfr. F.FERRARA JR in *Prefazione alla prima edizione de IL FALLIMENTO* di FRANCESCO FERRARA JR e ALESSANDRO BORGIOLO, Milano, 1995, secondo il quale "la legge fallimentare costituisce un corpo organico di norme, com'è sempre è stato (nel sistema previgente, anche al fallimento si applicava l'art. 1 cod. di comm.), e che questo complesso normativo vada sviluppato con l'analogia per la disciplina dei casi non contemplati, onde il ricorso al diritto comune è consentito solo quando non possa trovarsi la regola nella legge fallimentare, dunque in caso di necessità, per l'esigenza di completezza dell'ordinamento. Il dibattito si è rinvigorito allorché nel nostro sistema concorsuale ha trovato ingresso l'art. 182 *sexies* ad opera dell'art. 33 del D.L. n. 83/2012 convertito con modificazioni nella L. 134/2012 nel quale si disciplina la temporanea disapplicazione delle disposizioni codicistiche a tutela del capitale sociale, tant'è che alcuni A. hanno coniato il sintagma *del diritto societario della crisi come sistema tendenzialmente autonomo*. Sul punto si rinvia a U. TOMBARI (a cura di), in *Diritto societario e crisi d'impresa*, Torino, 2014, p.5 in senso contrario G. B. PORTALE, sempre nello stesso Volume, p. 1. A me sembra che la temporanea disapplicazione delle norme codicistiche propendono proprio a favore della primazia del diritto comune rispetto al diritto concorsuale, temporanea disapplicazione – come vedremo nel proseguito – fatta propria anche dai principi di legge delega per la riforma del sistema concorsuale di cui alla Commissione Rordorf dove all'art. 14 (*Modifiche al codice civile*) lett. d) si prevede che analoga disapplicazione venga stabilita dall' A. G. - nello specifico alla sezione specializzata in materia di imprese - in forza delle misure protettive previste nell'ambito delle procedure di allerta e di composizione assistita della crisi, degli accordi di ristrutturazione dei debiti e di regolazione concordata della crisi.

⁷ La letteratura sul tema all'indomani delle riforme caratterizzate in un primo momento dalla primazia dell'autonomia negoziale per poi assumere specie col D.L. n. 83 del 2015 e della successiva legge di conversione n.132 dell'agosto successivo un atteggiamento regressivo si vedano i recenti contributi di M. FABIANI, *op. cit.*; sempre dello stesso A. *L'azione di responsabilità dei creditori sociali e le altre azioni sostitutive*, in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, Milano, 2015; A.M. LUCIANO, *La gestione della Spa nella crisi pre-concorsuale*, Milano, 2016; V. SALLORENZO, *Profili di responsabilità degli amministratori delle società di capitali nella gestione della crisi d'impresa*, su *ILCASO.IT*, 2 aprile del 2015; N. ABBRIANI, *Corporate governance e doveri di informazione nella crisi d'impresa*, in *Impresa*, Napoli, 2016; *Diritto societario e crisi d'impresa*, (a cura di) U. TOMBARI, Torino, 2014; AA.VV *Le azioni di responsabilità nelle procedure concorsuali* (a cura di) L. BALESTRA, Milano, 2016; G. BERTOLOTTI, *op.cit.* Sul fronte del diritto concorsuale penale si rimanda al recente contributo di N. GIANESINI, *Il rischio penale nella gestione della crisi d'impresa*, Torino, 2017.

⁸ l'impostazione originaria elaborata dalla Commissione Rordorf non prevedeva la costituzione di un organismo autonomo bensì che la relativa competenza fosse attribuita "ad apposita sezione specializzata degli organismi di composizione della crisi, previsti dalla legge 27 gennaio 2012, n.3 e dal decreto ministeriale 24 settembre 2014, n.202, con opportuni adattamenti". Oggi com'è noto si prevede la creazione di un organismo ad hoc presso le camere di commercio.

introduzione con le regole tipiche che governano le azioni di responsabilità; ovvero se i sistemi di allerta si atteggiino come ammortizzatori delle responsabilità anche di natura penale⁹, in un contesto in cui, in un gioco di comparazione dei diversi interessi in campo, ciò che è destinato a prevalere è la conservazione dell'azienda da *assicurare* anche nelle mani di *un diverso imprenditore*¹⁰, in quanto scelta comunque meno dannosa rispetto all'alternativa liquidatoria¹¹. In questo contesto, si tratta di verificare se l'immunizzazione degli atti da azioni revocatorie, di cui al terzo comma dell'art. 67 L.F., replicate limitatamente al solo piano attestato nell'art. 217 bis della L.F.¹², appare minare alla radice la buona riuscita dell'intento riformatore ovvero, escluso il ricorso all'analogia per quest'ultima disposizione, attesa la sua natura di norma speciale¹³, il progetto necessita di essere meglio integrato.

2. Le procedure di allerta e di composizione assistita della crisi, le misure premiali e l'asincronismo con le disposizioni penal fallimentari.

L'ingresso nel nostro sistema dell'allerte e degli organismi per la composizione assistita della crisi d'impresa¹⁴ prevedono, com'è noto, che vari soggetti, anche esterni all'impresa, in presenza di certe condizioni attivino, in un circolare gioco di scambio di informazioni rilevanti, un procedimento di natura " *non giudiziale e confidenziale finalizzato ad incentivare l'emersione anticipata della crisi e ad agevolare lo svolgimento di trattative tra debitore e creditori, entro un congruo termine, prorogabile solo a fronte di positivi riscontri nelle trattative e, in ogni caso, non superiore complessivamente a sei mesi* " ¹⁵; facoltizzando il debitore a chiedere all'A.G. misure protettive del proprio patrimonio, strumentali alle conclusioni delle trattative¹⁶, tra queste la non operatività delle disposizioni di natura civilistica poste a tutela del capitale sociale¹⁷ ivi inclusa – qui risiede la novità rispetto all'art. 182 *sexies* comma II c.c. - la sospensione degli obblighi di gestione conservativa di cui all'art. 2486 cod. civile. Assistiamo qui, consapevolmente, ad un recupero di organicità del sistema sotto la precisa condizione però che – in sede di stesura definitiva – il II comma dell'art. 182 *sexies* venga reso coerente coi principi riformatori di cui alla lett. d) dell'art. 14. Di certo la composizione assistita per come prefigurata non darà luogo ad nuova procedura

⁹ In effetti in tal senso le misure premiali di cui alla lettera h) dell'art. 4 (*Procedure di allerta e di composizione assistita della crisi*) del progetto di legge delega, *infra* § 2.

¹⁰ La lettera g) di cui all'art. 2 (*Principi generali*) del progetto prevede di " *dare priorità di trattazione, fatti salvi i casi di abuso, alle proposte che comportino il superamento della crisi assicurando la continuità aziendale, anche tramite diverso imprenditore, purché funzionali al miglior soddisfacimento dei creditori e purché la valutazione di convenienza sia illustrata nel piano, riservando la liquidazione giudiziale ai casi nei quali non sia proposta un'adeguata soluzione alternativa.* Cfr. A. ROSSI, *Il miglior soddisfacimento dei creditori (quattro tesi)* in *Il Fall.* n.6/2017, p. 637.

¹¹ Cfr. G. LO CASCIO, *IL CONCORDATO PREVENTIVO*, Milano, 2017, p. 1. Ciò che va assolutamente evitato è il c.d. *accanimento terapeutico*; sul punto si rinvia al noto scritto di F. D'ALESSANDRO, *La crisi dell'impresa tra diagnosi precoci ed accanimento terapeutici*, in *Giur. Comm.* 2001, I, p. 411 e *segg.* ed allo scopo, utile appare il ricorso ad un'esatta definizione dello stato di crisi. Sul punto *infra* § 2, nonché L. PROVARONI, *Rilevazione tempestiva della crisi e sistemi di alert*, *supra* Cap. VI del presente Volume.

¹² Sulla genesi dell'art. 217 bis L.F. si veda M. ZINCANI, *Il nuovo art. 217 bis. I.f. : la ridefinizione dei reati di bancarotta*, in *Il Fall.* n.5/2011, p. 516. Cfr. G.G. SANDRELLI, *Le esenzioni dai reati di bancarotta e di falso in attestazioni e relazioni*, in *Il Fall.* n.7/2013, p. 789; F. CERQUA, *La tutela penale del concordato e dei piani attestati*, in *Il Fall.* n.10/2014, p. 1116.

¹³ Negli stessi termini G.G. SANDRELLI, *Le esenzioni... op. cit.*

¹⁴ Per una panoramica sintesi sulle origini dell'istituto anche comparata con altre esperienze straniere si rinvia al recente lavoro di G. BERTOLOTTI, *op. cit.*, p. 149 anche per i riferimenti bibliografici; come pure a N. GIANESINI, *op. cit.*, p. 45 e *segg.*; G. CARMELLINO, *Le droit français des entreprises en difficulté e i rapporti con la nuova normativa europea*, in *IL FALLIMENTO*, n.10/2015, p.1057; M. FERRO, *Misure di allerta e composizione assistita delle crisi*, in *Il Fall.* n.10/2016, p. 1032.

¹⁵ Così la lettera b) dell'art. 4. Nel fissare in sei mesi la durata massima del procedimento, il progetto di legge delega evoca il richiamo alla revocabilità degli atti di cui al II comma dell'art. 67 L.F. D'altra parte quando il sistema entrerà a regime, definito il concetto di crisi come diverso dall'insolvenza, se il sistema persegue la finalità della emersione anticipata della crisi, appare evidente che quegli atti ontologicamente non più saranno revocabili.

¹⁶ Così recita la lettera g) dell'art. 4 del progetto di legge delega : " *consentire al debitore che abbia presentato l'istanza di cui alla lettera b) o che sia stato convocato ai sensi della lettera e) di chiedere alla sezione specializzata in materia d'impresa l'adozione, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, delle misure protettive necessarie per condurre a termine le trattative in corso, disciplinandone durata, effetti, regime di pubblicità, competenza a emetterle e revocabilità, anche d'ufficio in caso di frode ai creditori o quando il collegio di esperti di cui alla lettera b) riferisce che non vi è possibilità di addivenire ad una soluzione concordata della crisi o che non vi sono significativi progressi nell'attuazione delle misure idonee a superare la crisi medesima* ".

¹⁷ ricalcando le linee di cui all'art. 33 del D.L. n.83/2012 che ha introdotto nella nostra legislazione concorsuale l'art. 182 *sexies* dal titolo " *riduzione o perdita del capitale della società in crisi* " la lettera d) dell'art. 4 del progetto di legge delega prevede che sia disciplinata per legge : " *la possibilità di sospensione dell'operatività della causa di scioglimento di cui all'art. 2484, primo comma n.4), e all'art. 2545 – duodecies, nonché degli obblighi posti a carico degli organi sociali dagli articoli 2446, secondo e terzo comma, 2447, 2482 – bis, quarto, quinto e sesto comma, 2482 – ter e 2486, in forza delle misure protettive previste nell'ambito delle procedure di allerta concordata preventiva della crisi* ".

concorsuale¹⁸, ma ad un procedimento di natura amministrativa deputato a risolvere in via conciliativa la crisi (in effetti nel I comma dell'art. 4 come abbiamo appena visto si qualifica l'istituto come " *di natura non giudiziale e confidenziale* "), così da scontare vantaggi aggiuntivi deflattivi del carico giudiziario e, seppur tra i principi di cui al progetto di legge delega, non è prevista la presenza di un professionista attestatore, né di un piano, nulla esclude che l'imprenditore acceda all'organo deputato a risolvere la crisi già munito di un programma di risanamento¹⁹, anche attestato ex lett. d) di cui al terzo comma dell'art. 67 L.F., così da garantirsi in caso di insuccesso, gli effetti positivi in punto di esenzione da revocatoria e da eventuali responsabilità penali. Ciononostante saranno gli accordi, meglio ancora nello specifico gli atti solutori [di estinzione del debito si parla nella lettera d) dell'art. 4 come pure nella successiva lettera i) " ²⁰] ad assurgere a momento centrale e qualificante del procedimento. Su un piano meramente astratto, nulla esclude che le parti raggiungano intese circa la costituzione di nuove garanzie anche per debiti contestualmente creati, sempreché funzionali alla soluzione della crisi; non è previsto un organo deputato a controllare l'esatto adempimento degli accordi raggiunti²¹, ovvero a dare agli stessi attuazione, salve diverse intese raggiunte dalle parti; legittimo altresì appare il ricorso al trust liquidatorio, proprio perché non ci troviamo al cospetto di una procedura concorsuale²², per la stessa ragione non potranno porsi le consuete problematiche in punto di consecuzione di procedure, né di apporti di nuova finanza non incentivabili dal riconoscimento della prededuzione. L'ingresso nel nostro ordinamento degli organismi per la soluzione delle crisi, va salutato con favore²³, in quanto consoliderà²⁴ un modello virtuoso di *governance* giusta i principi di cui all'art. 14 lett. b) del progetto di legge delega²⁵ che per l'appunto prevedono " ... *l'istituzione di adeguati*

¹⁸ Cfr. M. FABIANI, *op. cit.*, p.1929, nota 92 al fine di individuare i .c.d. indici della *concorsualità*. Le citate misure protettive di certo non sono idonee a conferire alla composizione assistita il suggello della concorsualità.

¹⁹ Che si fondi ovviamente su una corretta rappresentazione della situazione economica, patrimoniale e finanziaria dell'impresa.

²⁰ Si allude ovviamente a qualsiasi forma di estinzione del debito attuato in denaro o in natura (c.d. *datio in solutum*) ovvero mediante cessione del credito o compensazione. Cfr. M. SANDULLI, *La inefficacia degli atti a titolo gratuito*, in *La nuova mini – riforma della legge fallimentare*, Torino, 2016, p. 1. Confindustria in sede di audizione presso la Commissione Giustizia della Camera dei Deputati [reperibile sul sito [www.confindustria.it/wps/wcm/connect/www.confindustria.it/5266/...](http://www.confindustria.it/wps/wcm/connect/www.confindustria.it/5266/)] ha espresso fondate critiche sui sistemi di allerta in particolare laddove vengono a risolversi in un vantaggio a favore dei creditori pubblici qualificati [agenzie delle entrate, enti previdenziali, agenti della riscossione] a danno dei dipendenti e fornitori. In effetti a detti enti viene riservato un trattamento di favore incentivato dal rischio di perdere il privilegio stabilito dalla legge. Invero così dispone la lettera d) dell'art. 4 : " *imporre ai creditori pubblici qualificati, tra cui in particolare l'Agenzia delle entrate, gli enti previdenziali e gli agenti della riscossione delle imposte, l'obbligo a pena di inefficacia dei privilegi accordati ai crediti di cui sono titolari o per i quali procedono, di segnalare immediatamente agli organi di controllo della società e, in ogni caso, all'organismo di cui alla lett. b), il perdurare di inadempimenti di importo rilevante; definire l'inadempimento di importo rilevante sulla base di criteri non assoluti ma relativi, come tali rapportati alle dimensioni dell'impresa, che considerino, in particolare, l'importo non versato delle imposte o dei contributi previdenziali autodichiarati o definitivamente accertati e, in ogni caso, siano tali da assicurare l'anticipata e tempestiva emersione della crisi in relazione a tutte le imprese soggette alle procedure di cui al presente articolo; prevedere che il creditore pubblico qualificato dia immediato avviso al debitore che la sua esposizione debitoria ha superato l'importo rilevante di cui alla presente lettera e che effettuerà la segnalazione agli organi di controllo della società e all'organismo di cui alla lettera b), se entro i successivi tre mesi il debitore non abbia attivato il procedimento di composizione assistita della crisi o non abbia estinto il debito o non abbia raggiunto un accordo con il creditore pubblico qualificato o non abbia chiesto l'ammissione ad una procedura concorsuale.*

²¹ Giusta i principi di comportamento del collegio sindacale di società non quotate 5 marzo 2015 del CNDCEC saranno sì sindaci ad assolvere a siffatto onere.

²² Cfr. G. BERTOLLOTTI, *op. cit.*, p. 117.

²³ Cfr. A. QUAGLI, *Il concetto di crisi d'impresa come incontro tra la prospettiva aziendale e quella giuridica*, in *ILCASO.IT*, 2 febbraio 2016; A. PELEGATTA, *La riforma della normativa sulla crisi d'impresa e dell'insolvenza: le procedure di allerta e di composizione assistita della crisi*, in *ILCASO.IT*, 8 marzo, 2017. R. GUIDOTTI, *Emersione della crisi e opportunità di risanamento*, in *ILCASO.IT*, 24 novembre, 2016.

²⁴ L'uso del verbo consolidare sta proprio a significare come sul fronte del diritto societario non ci si trovi di fronte ad una novità assoluta. In effetti basta discorrere *I principi di comportamento del collegio sindacale per le società non quotate* del marzo del 2015 per individuare nella sezione relativa alle regole da osservare nella crisi di impresa come " *il collegio sindacale nello svolgimento della funzione riconosciutagli dalla legge, vigila che il sistema di controllo e gli assetti organizzativi adottati dalla società risultino adeguati a rilevare tempestivamente segnali che facciano emergere dubbi significativi sulla capacità dell'impresa di continuare ad operare come entità in funzionamento.* Cfr. *Assetti adeguati e modelli organizzativi*, a cura di M. IRRERA, Bologna, 2016; N. ABRIANI, *Corporate governance e doveri di informazione nella crisi d'impresa*, in *Impresa*, 2016, p. 233. Sulle responsabilità dei sindaci nella crisi d'impresa si rinvia al recente lavoro di A. FAROLFI *La responsabilità del collegio sindacale*, in *AAVV* (a cura di R. BALESTRA) *Le azioni di responsabilità nelle procedure concorsuali*, Milano, 2016, p. 75 e segg.

²⁵ Sulla circostanza che nel nostro sistema già esiste l'allerta " *che non si chiama allerta* " si rinvia a G. BERTOLLOTTI, *op. cit.*, p. 172; il fatto che già esiste un sistema di allerta le cui regole traspaiono dai *principi di comportamento del collegio sindacale per le società non quotate* sta a significare che quel sistema non ha funzionato a dovere e si è avvertito il bisogno di istituzionalizzarlo attraverso la creazione di un organismo ad hoc deputato alla composizione della crisi sulla scia di altre legislazioni che già sul campo hanno sperimentato l'istituto. In quest'ottica i componenti del collegio sindacale opereranno in una rinnovata veste in quanto giusto il disposto di cui alla lettera f) dell'art. 2 del progetto di legge : " ... *in caso di segnalazione all'organo amministrativo per le conseguenze*

assetto organizzativo per la rilevazione tempestiva della crisi e della perdita della continuità aziendale “ unitamente al dovere “ di attivarsi per l’adozione tempestiva di uno degli strumenti previsti dall’ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale “. Queste regole allorquando saranno recepite in “uno o più decreti legislativi “²⁶ determineranno nuove attenzioni ed un maggior tecnicismo dell’imprenditore ed in particolar modo dei propri consulenti d’impresa ²⁷ chiamati a far fronte a nuove e complesse, ma non per questo, meno affascinanti sfide che si misureranno per l’appunto proprio sul terreno delle conseguenti ed eventuali responsabilità in caso in cui l’insolvenza successivamente riaffiori e trovi suggello nella relativa declaratoria dello stato di “ liquidazione giudiziale “. Si avvaloreranno dunque, nuovi modelli comportamentali, intrisi da un maggior tecnicismo così che la perizia come pure la prudenza indosseranno le vesti della diligenza²⁸. La perizia, intesa come conoscenza ed attuazione delle regole tecniche proprie di una determinata arte o professione ²⁹- quindi anche delle relative regole che governano le crisi di impresa – inevitabilmente subirà una maggiore un’estensione³⁰. In questo contesto, l’amministratore, non potrà imputare a discolta una propria incompetenza nella scelta degli strumenti selezionati per la soluzione della crisi della propria impresa. Prendendo a prestito un principio elaborato dalla giurisprudenza, in tema di responsabilità medica, potremmo affermare che l’amministratore andrà esente da responsabilità solo “ perché la particolare complessità discende dal fatto che il caso non è stato ancora studiato a sufficienza o non è stato ancora dibattuto con riferimento ai metodi da adottare “³¹. All’iniziale inattitudine, che determina di per sé inadempimento al contratto, dunque fonte di responsabilità, in quanto l’amministratore conosceva o avrebbe dovuto conoscere con un normale sforzo di diligenza la propria inadeguatezza ed incapacità, dovrà

pregiudizievole dei fatti o delle omissioni di cui alla lettera b) non ricorre la responsabilità solidale con gli amministratori per le conseguenze pregiudizievole dei fatti o delle omissioni successivamente alla predetta segnalazione “.

²⁶ Che dovranno essere emanati “ entro dodici mesi dall’entrata in vigore della presente legge “ così recita l’art. 1 del progetto di legge delega.

²⁷ Sulla rilevanza della discrezionalità tecnica nell’affrontare la crisi con gli strumenti all’uopo predisposti dalla disciplina sulle soluzioni concordate e sul ruolo del professionista V. N. ABRIANI, *op. cit.*, p. 245; sulle distinte responsabilità dell’imprenditore e del professionista attestatore v. N. GIANESINI, *op. cit.*, p. 109. Qui il tema si allarga a dismisura coinvolgendo pretese responsabilità imputabili ai professionisti esterni all’impresa coinvolti in operazioni di risanamento che contrattualizzano le proprie prestazioni professionali. Un maggior tecnicismo necessariamente comporta una loro maggiore responsabilità a discapito di quella imprenditoriale al quale al massimo potrà imputarsi responsabilità per culpa in eligendo. M. DELLA CASA, *Dalla diligenza alla perizia come parametri per sindacare l’attività di gestione degli amministratori*, in *Contratto e impresa*, 1999, p.209. Sulla distinzione tra diligenza e perizia v. Cass. 3483/98 su *PLURIS.IT*

²⁸ In senso contrario il pensiero di G. BERTOLOTTI, *op. cit.*, p. 197 laddove “ escludendo che addirittura il fallimento rappresenti una causa di scioglimento per la società per azioni, conforta l’idea che sino all’ultimo gli amministratori sono e devono essere liberi di scegliere se e quanto rischiare “. Sul punto però va tenuto nella debita considerazione che il progetto di disegno di legge delega approvato dal Senato prevede un ritorno all’antico disponendo nella lett.c) dell’art. 14 “ l’assoggettamento alla procedura di liquidazione giudiziale come causa di scioglimento delle società di capitali ai sensi dell’art. 2484 “.

²⁹ V. Cass. 583/2005, fonte, *PLURIS.IT*

³⁰ In questa direzione sembra già muoversi la giurisprudenza della V Sezione penale della Cassazione laddove con la sentenza n. 24024 del 2015 recuperando una visione unitaria dell’ordinamento afferma : “ Da tali previsioni - certamente influenti sul giudizio di competenza del giudice penale, per il carattere unitario dell’ordinamento giuridico - si trae la conferma che l’imprenditore in stato di crisi non ha più l’ampia libertà riconosciutagli dallo statuto dell’impresa, ma, oltre a dover agire con prudenza aggiuntiva, deve, allorché pone in essere tentativi di risoluzione della crisi d’impresa, tenere conto del particolare contesto in cui si sviluppa la sua attività e delle “opportunità” a lui offerte - ut supra - dall’ordinamento (opportunità che rappresentano altrettanti indici della direzione in cui - secondo il legislatore - è auspicabile si muova); e comunque astenersi da comportamenti aventi impatto negativo sui diritti dei creditori: o nel senso di diminuire la garanzia per loro rappresentata dal patrimonio dell’impresa, o nel senso di attuare politiche discriminatorie tra coloro che hanno aspettative su quel patrimonio “. Riaffiora in questa decisione la problematica niente affatto secondaria circa il ruolo autonomo o accessorio del diritto penale rispetto al giudizio civile. Per le relative implicazioni specie nel campo fallimentare si rinvia a F.TETTO, *Il nuovo statuto dell’impresa fallibile ed i riflessi nei giudizi di bancarotta*, in *Fall.* n. 10/2008, p. 1187, nonché dello stesso A. Il concetto di imprenditore fallibile penalmente rilevante e vicende successive di norme extra penali ex art. 2 C.P., in *Il Fall.* n.4/2008, p. 454; cfr. A. LANZI, *Il nuovo processo penale e i reati fallimentari*, in *Fall.* n. 1991, p. 224. Riaffiorano ancora oggi dubbi sulla scelta effettuata dal legislatore del 2008 a favore dell’autonomia della processo penale sul punto A. GIARDA commento sub. Art. 479, in *AAVV Codice Procedura Penale Commentato*, (a cura di) A. GIARDA e G. SPANGHER, Milano, 2017 , p. 2258, laddove afferma “ che non si può negare che l’eventuale devoluzione al giudice naturale dell’accertamento di tali estremi del fatto di reato potrebbe condurre ad epiloghi decisori più affidabili proprio per la dedizione quotidianità del giudice civile ed amministrativo alla soluzione delle controversie “, per poi concludere “ che la strada mediana perseguita dal legislatore con la riforma del 1988 si è rivelata non molto utile ed ha più aperto problemi che fornite risposte. In effetti non andrebbe affatto sottovalutata una revisione del sistema processuale penale specie in considerazione del fatto che la prossima riforma della legge fallimentare dovrà assicurare giusto art. 2 lett. n del disegno di legge delega la specializzazione dei giudici addetti alla materia concorsuale.

³¹ Cfr. 583/2005 fonte *PLURIS.IT*.

necessariamente reagire ricorrendo a figure anche esterne all'impresa dotate di particolari cognizioni tecniche – professionali³². Costoro quindi dovranno recepire anche nell'ambito dei sistemi di allerta e di composizione assistita della crisi le medesime regole che governano l'attività del professionista attestatore nelle variegate ipotesi di soluzione della crisi d'impresa alternative alla liquidazione giudiziale. Dunque ad una maggiore perizia – è inevitabile - farà da contraltare un'estensione dei poteri da parte dell'Autorità Giudiziaria la quale, a questo punto, avrà anch'essa gli strumenti per sindacare nel merito le scelte operate dall'organo gestorio. D'altra parte la stessa giurisprudenza di merito³³, recentemente, dunque in tempi non sospetti, ha richiamato nei propri provvedimenti le migliori pratiche professionali (le c.d. *best practices*), tra queste in particolare *i principi di attestazione dei piani di risanamento*³⁴ proprio allo scopo di “ *valutare la conformità della relazione dell'attestatore agli standard di diligenza, prudenza e perizia qualificate - in altre parole alla professionalità esigibile nel caso concreto in relazione all'affidamento - di rilevanza pubblica - che il ceto creditorio legittimamente ripone nelle risultanze dell'attestazione* “. Al rispetto delle medesime regole dunque dovranno attenersi l'imprenditore in crisi ed in particolar modo i propri professionisti. Il ben noto principio *business judgment rule*³⁵, ovvero il dogma dell'insindacabilità nel merito delle scelte gestorie, già ampiamente recessivo in dottrina³⁶, sarà del tutto obliterato nella gestione delle crisi d'impresa le cui regole, nell'imminente futuro, saranno pervase da un maggior tecnicismo³⁷. Quindi in considerazione delle diverse cause che hanno originato la crisi – se finanziaria ovvero economica – l'amministratore sarà chiamato a predisporre il più adeguato strumento che passa come sappiamo dal piano attestato di cui alla lett. d) dell'art. 67 agli accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis L.F. anche con intermediari finanziari ex art. 182 septies L.F. per finire col concordato preventivo ex art. 160 e segg. L. F³⁸. L'imprenditore quindi da un lato dovrà sviluppare la cultura dei propri limiti e dall'altro dovrà necessariamente tener conto delle diverse peculiarità che presentano i diversi istituti di cui al nostro sistema concorsuale finalizzati a risolvere la crisi³⁹. Il problema del perimetro d'intervento dell'A.G. anche di natura penale in tutta la sua consistenza permane⁴⁰, anche se sarà notevolmente ammortizzato dalle previsioni di cui alla lettera h) dell'art. 4 del progetto - per come

³² Per il correlativo intersecarsi delle fondamentali disposizioni di natura civilistica di cui agli artt. 1176 come pure delle norme di cui al capo III del libro IV riassunte tutte nell'art. 2392 del codice civile si rinvia a A. ROSSI, *Commento all'art. 2392 del c.c.*, in AAVV, *Il nuovo diritto delle società* (a cura di) A. MAFFEI ALBERTI, Padova, 2005, come pure a M. FRANZONI, *op. cit.*, p. 118 e segg.

³³ Cfr. Trib. di Benevento, sent. del 21.04.2016; Trib. di Bologna, sent. del 06.04.2016; Trib. di Ravenna, decr. del 27.10.2015, tutti consultabili su *PLURIS.IT*.

³⁴ Assumeranno rilievo – benchè non assurgano al rango di fonte del diritto (cfr. Trib. di Bologna, sent. del 06.04.2016) e come tali le relative lacune interpretative non saranno censurabili in Cassazione per violazione di legge ex art. 360 n. 3 Cpc - sia i *Principi di attestazione dei piani di risanamento* come pure quelli di *Redazione dei piani di risanamento* – elaborati dal CNDCEC entrambi consultabili su *www.cndcec.it*. Sul punto per un'esauriente trattazione si rinvia AA.VV *Piani di ristrutturazione dei debiti e ruolo dell'attestazione – Principi di attestazione e riforme del 2015* (diretta da) S. AMBROSINI e A. TRON, Torino, 2016.

³⁵ La regola del *business judgement rule* di matrice statunitense è stata fatta propria dalla nostra giurisprudenza a partire da Cass. n. 2539 del 1965 per poi essere reiterata in diverse pronunce Cass. n. 3409/13, Cass. 1783/2015 fino alla recente Cass. 17441 del 31 agosto del 2016 secondo la quale “ *le scelte degli amministratori sono insindacabili a meno che, se valutate "ex ante", risultino manifestamente avventate ed imprudenti* “. Per un recente contributo sul tema si rinvia a ALVARO, CAPPARIELLO, GENTILE, IANNACCONE, MOLLO, NOCELLA, VENTUROZZO, *Business Judgement Rule e mercati finanziari. Efficienza economica e tutela degli investitori*, in Quaderni Giuridici Consob, n.11, Novembre 2016.

³⁶ R. Weigmann, *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, Torino, 1974, p.144; A. Daccò, *Il sindacato del giudice nei confronti degli atti gestori degli amministratori*, in *A.G.E.*, n. 1/03, p. 184 e segg.; F. VASSALLI, *L'art. 2392 novellato*, in G. SCOGNAMIGLIO (a cura di), *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, Milano, 2003, p. 29; A. ROSSI, *op. cit.*

³⁷ In tema dei gruppi si v. N. ABRIANI, *op. cit.*, dove a p. 246 sottolinea come “ *ancora una volta fondamentale, ai fini di una consapevole scelta dello strumento più idoneo alla composizione della crisi, è il preliminarmente rispetto di un adeguato protocollo informativo, che consenta all'organo competenze – e dunque salvo deroghe statutarie, agli amministratori – di operare quella delicata composizione tra le diverse categorie di interessi in gioco* “.

³⁸ Per una trattazione di carattere generale si rinvia a V. TANCIONI, *Strumenti e procedure concorsuali*, di cui al Cap. II del presente Volume.

³⁹ Cfr. Cass. 1783/2015 che fa “ *salva la responsabilità dell'amministratore per la scarsa diligenza mostrata nell'apprezzamento preventivo dei margini di rischio connessi ad una data operazione* “. A. VICARI, *I doveri degli organi sociali e dei revisori in situazione di crisi di impresa*, in *Giur. Comm.*, 2013. G. BOZZA, *Diligenza e responsabilità degli amministratori di società in crisi*, in *Il Fall.*, n.10/2014, p. 1097.

⁴⁰ Cfr. N. GIANESINI, *op. cit.* p. 73 e segg; problema già adombrato e risolto nello stesso senso da S. AMBROSINI in “ *Profili civili e penali delle soluzioni negoziate nella L. n. 122/2010*, in *Il FALLIMENTO*, n. 6, 2011, p. 641.

emendato dalla Camera rispetto all'originario testo elaborato dalla Commissione RORDORF⁴¹ - che demanda al legislatore delegato di normare a vasto raggio delle misure premiali " *sia di natura patrimoniale sia in termini di responsabilità personali* " intimamente connesse alla tempestiva emersione dello stato di crisi⁴² che includa " *la causa di non punibilità per il delitto di bancarotta semplice*⁴³ e per gli altri reati previsti dalla legge fallimentare, quando abbiano cagionato un danno patrimoniale di speciale tenuità ai sensi dell'art. 219, terzo comma, del regio decreto 16 marzo 1942, n.267, un attenuante ad effetto speciale per gli altri reati, nonché una congrua riduzione degli interessi e delle sanzioni correlati ai debiti fiscali dell'impresa, fino alla conclusione della medesima procedura ". Da qui si dischiuderanno nuovi scenari di indagine in cui, magistrati, professionisti e studiosi del settore, saranno chiamati a confrontarsi in giudizi di elevato spessore, specie ora in cui la S.C. nella sua massima espressione nomofilattica con la decisione n. 1641 del gennaio 2017 ha eliminato al pagamento preferenziale, il carattere della neutralità, riconducendolo entro il perimetro della lesione alla generica garanzia patrimoniale, quindi azione di pertinenza della massa la cui esclusiva legittimazione spetta al curatore⁴⁴. Proprio per evitare distorsioni,

⁴¹ Così il testo originario licenziato dai lavori della commissione Rordorf : " *g) prevedendo misure premiali per l'imprenditore che ricorra tempestivamente alla procedura e ne favorisca l'esito positivo, e misure premiali sanzionatorie per l'imprenditore che ingiustificatamente la ostacoli o non vi ricorra, pur in presenza dei relativi presupposti, ivi compresa l'introduzione di un'ulteriore fattispecie di bancarotta semplice ai sensi degli art. 217 e 224 del regio decreto 16 marzo 1942, n.267.*

⁴² L'attento lettore noterà che l'aggettivo tempestivo ricorre innumerevoli volte nell'impianto di cui alla Legge delega n.155 del 2017,tanto per citarne una si rinvia alla lettura della lettera h) dell'art. 4 in punto di disciplina delle misure premiali a favore dell'imprenditore che " *ha proposto una delle predette istanze, entro il termine di sei mesi dal verificarsi di determinati indici di natura finanziaria da individuare considerando, in particolare, il rapporto tra mezzi propri e mezzi di terzi, indice di rotazione dei crediti, l'indice di rotazione del magazzino e l'indice di liquidità* " .

⁴³ Anche i fatti di bancarotta semplice di cui ai n. 3 e 4 dell'art. 217 l.f. potranno in tesi subire una rivalutazione da parte dell'A.G. laddove abbiano causato danni patrimoniali rilevanti, ma trattasi a mio parere di ipotesi difficilmente realizzabili nel concreto attese le funzioni di vigilanza del collegio sindacale maggiormente implementate dal disegno di legge delega. Cfr. E. D'INNELLA e A. BISEGNA, *Ruolo e rilevanza dell'organizzazione aziendale nella crisi d'impresa*, di cui al Cap. III del presente Volume.

⁴⁴ Con la decisione n. 1641 del 23 gennaio del 2017 le S.U. hanno bollato come " *assunto palesemente erroneo* " la ritenuta neutralità adottata al pagamento preferenziale perché – come si legge nella sentenza - " *il pagamento preferenziale in una situazione di dissesto può comportare una riduzione del patrimonio sociale in misura anche di molto superiore a quella che si determinerebbe nel rispetto del principio del pari concorso dei creditori. Infatti la destinazione del patrimonio sociale alla garanzia dei creditori va considerata nella prospettiva della prevedibile procedura concorsuale, che espone i creditori alla falcidia fallimentare. Tanto che, secondo la giurisprudenza di questa corte, "in tema di revocatoria fallimentare, la legge in nessun caso richiede l'accertamento di un'effettiva incidenza dell'atto che ne è oggetto sulla "par condicio creditorum", sicchè è evidente che la funzione dell'azione revocatoria fallimentare è esclusivamente quella di ricondurre al concorso chi se ne sia sottratto, e ciò esclude anche che un'effettiva lesione della "par condicio creditorum" possa assumere rilevanza sotto il profilo dell'interesse ad agire (art. 100 c.p.c.), essendo evidente che l'interesse del curatore ad agire ha natura procedimentale, in quanto inteso ad attuare il pari concorso dei creditori, e va accertato con riferimento al momento della proposizione della domanda, perchè si fonda sul già dichiarato stato di insolvenza del debitore, non sui prevedibili esiti della procedura concorsuale, mentre potrebbe assumere rilevanza solo l'eventuale impossibilità di qualificare come "bene" la cosa oggetto dell'azione" (Cass., sez. 1^a, 1 settembre 2004, n. 17524, m. 576574, Cass., sez. un., 28 marzo 2006, n. 7028, m. 591009, Cass., sez. 1^a, 19 dicembre 2012, n. 23430, m. 624800) ". Mi pare che da questa decisione, ad oggi non adeguatamente approfondita dalla dottrina (in una diversa ottica per un primo commento si rinvia a L. BALESTRA, *azioni di responsabilità e legittimazione del curatore: la questione dei pagamenti preferenziali*, in *Il Fall.* n.6 del 2017, p. 662) traspare una verità che va oltre il *decisum* reagendo sul tema finitimo ed alquanto delicato ed non affatto secondario della legittimazione del curatore ad agire a danno degli istituti bancari per concessione abusiva di credito ricondotta – com'è noto - dalla giurisprudenza (reiterata da ultimo da Tribunale di Bologna del 13/07/2017 reperibile su *IL CASO.IT* il quale richiama i precedenti giurisprudenziali della S. C.) nell'alveo del danno diretto di cui all'art. 2395 cod. civ. e come tale non di pertinenza della massa. Mi sento di dire però che nel momento in cui si stabilisce una equazione diretta tra pagamento e danno alla massa a rigor di logica nulla vieta di ragionare diversamente nel caso in cui quel pagamento a terzi sia stato reso possibile solo grazie ad un finanziamento erogato dalla banca successivamente reputato illegittimo perché concesso ad una impresa ormai decotta. Per il momento basta solo accennare al tema che sarà oggetto di un mio ulteriore scritto. Chiari segni premonitori si individuano nello scritto di M. SPIOTTA a commento della sentenza del Tribunale di Milano del 18 gennaio del 2011 dalla quale poi è scaturita la decisione delle SS UU del 23 gennaio del 2017, *Un'altra pronuncia sulle azioni esperibili dal curatore fallimentare: nuove aperture, ma anche inaspettate chiusure*, in *Il Fall.* n. 5/2011, p. 601. Per una lettura dell'ordinanza n. 15501 del 26 luglio del 2016 della Sezione III della S.C. di rimessione alle S.U. in quanto involgente una questione di massima importanza v. *Il Fall.* n.2/2017, p. 171 con nota di S.FIORE, *Risarcimento del danno da bancarotta preferenziale e legittimazione ad agire del curatore fallimentare. Note penalistiche minime*. La decisione delle S.U. del gennaio del 2017 appare oltremodo rilevante anche sotto il diverso profilo della determinazione concreta del quantum da risarcire e sulla rilevanza causale dei comportamenti omissivi colposi imputabili al curatore. Per un approfondimento si rinvia a G. FACCI, *La quantificazione del danno nelle azioni di responsabilità*, in AAVV, *Le azioni di responsabilità nelle procedure concorsuali*, (a cura di) L. BALESTRA, Milano, 2017, p. 309 e segg. Sul diverso orientamento assunto dalla giurisprudenza penale in punto di qualificazione del pagamento eseguito in un contesto di insolvenza cfr. Cass. pen. Sez. V, 10/11/2011, n. 1793, nonché Cass. pen. Sez. V Sent., 07/03/2008, n. 14908, in senso contrario Cass. pen. Sez. V, 15/04/2004, n. 23672;*

ovvero utilizzi impropri degli strumenti adottati, nel legislatore è maturata con fermezza la consapevolezza di spingersi a definire - anche attingendo al vasto armamentario di cui alle scienze aziendalistiche – per legge cosa debba intendersi per stato di crisi⁴⁵. La riuscita dell'intento riformatore conoscerà quindi una tappa obbligata: l'esatta definizione del concetto di crisi⁴⁶. E se, all'indomani, dell'emendamento apportato dalla Camera ⁴⁷, si sono levati scudi sull'esattezza dei parametri individuati, va da sé che una perimetrazione di ciò che ancora insolvenza non è non è affatto obliterabile, pena l'insuccesso della riforma. Ne deriverà quindi che accanto a nomenclature già note utilizzate per designare le varie patologie che affliggono l'impresa, quali l'insufficienza patrimoniale di cui all'art. 2394 comma II codice civile⁴⁸, lo stato di insolvenza definito dall' art. 5 l.f.,⁴⁹ lo stato di dissesto richiamato da varie disposizioni penali della L.F. (vedi artt. 223 comma II n. 2; 224 n. 2; 218)⁵⁰, avremo anche una nozione di crisi in una accezione non più generica, come finora usata, ma spiccatamente tecnica, al ricorrere della quale, scatteranno per gli organi sociali doveri comportamentali ed allarmi. Comunque al di là di ogni definizione di natura tecnica che ne sarà data, essa nella sua accezione pura, non genererà mai delle responsabilità. Tornando alle misure premiali di cui alla lettera h) dell'art. 4 nella versione ultima che ha recepito gli emendamenti apportati dalla Camera, i fatti di bancarotta riconducibili entro il perimetro della preferenzialità ⁵¹ godranno dell'esenzione della causa di non punibilità alla precisa condizione che i relativi fatti abbiano procurato alla massa un danno di speciale tenuità ai sensi del terzo comma dell'art. 219 L.F. ⁵². Dunque argomentando a contrario, laddove i danni procurati alla massa siano di " *rilevante*

per i riflessi di natura civilistica, ora non più praticabili a seguito della decisione n. 1641/17 delle S.U. si veda Tribunale di Roma n. 19757/2013 del 7 ottobre 2013, reperibile su www.giurisprudenzadelleimprese.it.

⁴⁵ Di probabilità di insolvenza e non già di crisi si parla nel regolamento UE 2015/848 del 20 maggio del 2015 dove al decimo considerando si prevede l'estensione della disciplina " *alle procedure di ristrutturazione del debitore nella fase in cui sussiste soltanto una probabilità di insolvenza, nonché alle procedure in cui il debitore mantiene un controllo totale o parziale dei suoi beni o affari* ". Per adeguati approfondimenti si rinvia a PACCHI " *La raccomandazione della commissione UE su un nuovo approccio all'insolvenza anche alla luce di una prima lettura del Regolamento UE n.848/2014 sulle procedure di insolvenza* ", in *Fallimenti & Società.it*, nonché a G. PRESTI, *Stato di crisi e stato di insolvenza*, in *Crisi d'Impresa e procedure concorsuali*, diretto da O. Cagnasso e L. Panzani, Milano, 2016, p.400.

⁴⁶ La crisi proprio perché si evolve nel tempo ha una sua intrinseca dinamicità sicché appare contraddittoria definirla usando la locuzione *stato*, concetto questo più pertinente alla dichiarazione giudiziale di insolvenza che al concetto di crisi d'impresa. Cfr. L. PROVARONI, *op. cit.*

⁴⁷ In effetti il testo originario prevedeva all'art. 2 (*Principi generali*) lett. C) " *di introdurre una definizione dello stato di crisi, intesa come probabilità di futura insolvenza, mantenendo l'attuale nozione di insolvenza di cui all'articolo 5, regio decreto 16 marzo 1942, n.267* ".

⁴⁸ Cfr. Cass. n.9619 del 2009 secondo la quale : " *La nozione di insufficienza patrimoniale si desume dalla lettera dell'art. 2394 c.c., ed è comunemente individuata nella eccedenza delle passività sulle attività, ovvero sia in una situazione in cui l'attivo sociale, raffrontato ai debiti della società, è insufficiente al loro soddisfacimento. Tale situazione non coincide con la perdita integrale del capitale sociale, dal momento che quest'ultima evenienza può verificarsi anche quando vi è un pareggio tra attivo e passivo e, quindi, tutti i creditori potrebbero trovare di che soddisfarsi nel patrimonio della società. D'altra parte l'insufficienza patrimoniale è una condizione più grave e definitiva della mera insolvenza, indicata dalla l. fall., art. 5, come incapacità di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni, potendosi una società trovare nell'impossibilità di far fronte ai propri debiti ancorché il patrimonio sia integro, ovvero, all'opposto, presentare un'eccedenza del passivo sull'attivo, pur permanendo nelle condizioni di liquidità e di credito richieste per continuare ad operare* " in *Società*, 2009, 12, 1481, nonché su *PLURIS.IT*.

⁴⁹ Si rinvia al recente lavoro di A. DALMARTELLO, R. SACCHI, D. SEMEGHINI, *Il presupposto oggettivo*, in *Fallimento e concordato fallimentare*, Milano, 2016, p. 181

⁵⁰ Sul significato da attribuire allo stato di dissesto si rinvia a N. GIANESINI, *op. cit.*, p. 121.

⁵¹ Sulla necessaria esistenza per la configurabilità del reato del dolo specifico di cui alla locuzione " *scopo di favorire, a danno dei creditori, taluno di essi* " si rinvia a R. BRICCHETTI, L. PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari. Dottrina e giurisprudenza a confronto*. Milano, 2011, p. 149. Cfr. G.G. SANDRELLI, *op. cit.* p. 793 per l'ipotizzabilità di consumazione dei reati di bancarotta preferenziale nel corso ed anche durante l'esecuzione di un concordato preventivo anche in continuità aziendale. Nell'ambito della composizione assistita non prevedendosi l'esistenza di un piano, meglio ancora un esame contabile veridico e corretto, su cui il piano si fonda, le simulazioni delle cause di prelazioni potrebbero trovare terreno fertile. Sulla costituzione di garanzie prive di contenuto simulatorio tali da far confluire il reato nell'area della preferenzialità e come tali rientrare nel perimetro dell'esenzione di cui all'art. 217 bis L.F. si veda Cass. 21 febbraio 2000, in *Dir. Prat. Cos.*, 2000, 91 e segg con nota di R. BRICCHETTI, *Bancarotta preferenziale e simulazione di un titolo di prelazione*, nonché Cass. Sez. V penale 8 aprile 2004 n. 16688, fonte *PLURIS.IT*

⁵² Cfr. Cass. pen. Sez. V, 23/05/2016, n. 36816 secondo la quale " *il giudizio relativo alla particolare tenuità del fatto deve essere posto in relazione alla diminuzione, non percentuale ma globale, che il comportamento del fallito ha provocato alla massa attiva che sarebbe stata disponibile per il riparto ove non si fossero verificati gli illeciti*. Ancora sul danno patrimoniale di speciale tenuità v. Cass. pen. Sez. V, Sent., 16-06-2016, n. 25064; Cass. pen. Sez. V, Sent., 30-04-2015, n. 18146; Cass. pen. Sez. V, Sent., 24-04-2015, n. 17351; Cass. pen. Sez. V, Sent., 24-04-2015, n. 17351, tutti consultabili su *PLURIS.IT*. In dottrina P. MANGANO, *Disciplina penale del fallimento*, Milano, 1993, p.135; F. ANTOLISEI, *I reati fallimentari*, Milano, 2001, p. 166. Sul danno di rilevante entità cfr. Cass. Sez. IV Penale

gravità “ ex art. 61 n. 7 c.p. non sarà affatto precluso, un sindacato sia da parte del giudice penale che di quello civile diretto ad individuare, secondo le regole della prognosi postuma la “ *ragionevole idoneità* ”⁵³ a risolvere l’insolvenza degli atti eseguiti nel corso della composizione assistita ovvero in occasione della stessa⁵⁴, tenendo nella dovuta considerazione che in virtù di un recente arresto giurisprudenziale i limiti prescrizionali decorreranno dalla data di pubblicazione della sentenza dichiarativa dello stato di (ex insolvenza) “ *liquidazione giudiziale* ” intesa non più come elemento costitutivo di un reato, bensì come condizione obiettiva di punibilità⁵⁵ e che i relativi termini subiranno la dilazione “ *dell’aumento fino alla metà* ” della pena base edittale ex art. 219 comma I L.F. i cui positivi effetti, come noto, si rifletteranno anche sulle civili azioni di responsabilità (ex art. 2947 comma III cod. civ.)⁵⁶. Il rischio quindi di una rivalutazione di ciò che è accaduto davanti all’organismo non è affatto remoto⁵⁷ e, se l’atto appare irrevocabile per lo spirare del semestre, non è detto che, per lo stesso motivo, sfugga allo scrutinio per bancarotta preferenziale da parte del giudice penale visto che nel progetto si ancora la sussistenza del reato al danno di rilevante entità procurato alla massa⁵⁸. Certo qui il tema a volerlo indagare si allargherebbe a dismisura e con buone prospettive di impunità per il debitore⁵⁹ in omaggio ai superiori principi costituzionali

n.5908/13 (fonte *PLURIS*) secondo il quale “ *Ai fini della configurabilità della circostanza aggravante del danno patrimoniale di rilevante gravità, l’entità oggettiva assume valore preminente, mentre la capacità economica del danneggiato costituisce parametro sussidiario di valutazione cui è possibile ricorrere soltanto nei casi in cui il danno sia di entità tale da rendere dubbia la sua oggettiva rilevanza. (Nella specie, la S.C. ha ritenuto di non rilevante gravità il danno derivante dal mancato pagamento dell’energia elettrica furtivamente sottratta per un importo di Euro 1917.78)* ”

⁵³ Proprio di ragionevolezza parla Cass. Pen.. Sez. V, n. 16983 del 5.3.2014 (fonte *PLURIS.IT*) nel perseguire il tentativo di salvataggio attraverso pagamenti preferenziali allo scopo di elidere l’elemento psicologico del dolo specifico anche nella forma del dolo eventuale.

⁵⁴ N. GIANESINI, *op.cit.*, p. 75 e segg; M. FERRO, *Sub art. 67, comma III, lett. d)*, in *LA LEGGE FALLIMENTARE, COMMENTARIO TEORICO PRATICO*, (a cura di) M. FERRO, Milano, 2014. Per la riconsiderazione dei piani eseguiti ai sensi della lett. d) dell’art. 67 terzo comma della L.F. non andati a buon fine si veda G. COCCO, *L’esonazione dai reati di bancarotta nel “ nuovo “ art. 217 bis della legge fallimentare, in Leg. Pen. 2011*, p.14 e segg..

⁵⁵ Alludiamo alla decisione n. 13910 dell’8 febbraio del 2017 con la quale la V sezione penale della S.C. rifacendosi ad un precedente arresto delle S.U. la n. 22474 del 2016 ha statuito che la “ *sentenza dichiarativa di fallimento è condizione obiettiva di punibilità il che comporta ai sensi dell’art. 158 del c.p. che il termine di prescrizione decorre dalla data della sentenza dichiarativa di fallimento e che la competenza territoriale spetta al giudice del luogo nel quale si è verificata la condizione in oggetto* ” in *Giur. It.*, 2017, 7, 1679 con nota di Rossi, nonché in *Dir. Pen. e Processo*, 2017, 7, 884 e *Società*, 2017, 7, 897 con nota di MUCCIARELLI. Per un sintetico excursus sia dottrinale che giurisprudenziale anche per i nutriti riferimenti bibliografici si rinvia a N. GIANESINI, *op. cit.*, nota 6. Nella dottrina penalistica sono sorti dubbi circa il momento in cui può considerarsi chiuso l’accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari ai fini della sussistenza dei reati di cui all’art. 236 bis III c. della L.F. come innovato dall’art. 10 del D.L. n. 83 del 2015 convertito con modificazioni dalla L. 134 del 2015 sul punto si rinvia a C. SANTORIELLO, *La rilevanza penale delle innovazioni in materia fallimentare introdotte con il D.L. n.83/2015*, in *Il Fall.*, n.2/2016, p. 129.

⁵⁶ Cfr. Cass. 19566/2004; Cass. 3865/2004 entrambi su *PLURIS.IT*

⁵⁷ Riaffiora qui in tutta la sua drammatica attualità quanto ebbe a rilevare PISTORELLI all’indomani dell’ingresso nel nostro sistema penal - fallimentare dell’art. 217 bis in *Rel. n. III/09/10 del Massimario della Cassazione, Novità legislative: D.L. 31 maggio 2010, n.78, convertito con modificazioni nella Legge 30 luglio, n.122, recante “ Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica”*, Roma, 3 agosto 2010, secondo il quale “ *piani di risanamento erano frequentemente portati all’attenzione del giudice penale, anche prima della citata riforma, dalla persona accusata di bancarotta preferenziale, con l’evidente scopo di dimostrare l’insussistenza del dolo specifico caratterizzante il reato; tuttavia, solo se si accertava, in concreto, l’esclusiva finalità di risanamento e non sussistevano dubbi sulla sua praticabilità, l’accusa cadeva per mancanza dell’elemento psicologico. Ma non era semplice. Soltanto nella effettiva ricerca di respiro in una prospettiva di pagamento di tutti i creditori, una volta superata la crisi finanziaria, debitore e creditore non incappavano nei rigori della norma incriminatrice. E’ la previsione di salvezza doveva essere percepita come effettivamente realizzabile perché se essa era, fin dall’inizio, sentita come dubbia o addirittura disperata e, ciononostante si agiva, l’incriminazione era incumbente. Ad integrare il dolo della bancarotta preferenziale, d’altra parte, si riteneva sufficiente, per ciò che attiene al danno dei creditori, la mera accettazione del rischio di una siffatta conseguenza. Solo la soggettiva certezza di poter superare le difficoltà economiche era, dunque, ritenuta idonea ad escludere il dolo specifico della bancarotta preferenziale nella forma anche del dolo eventuale, il cui limite è dato dalla certezza soggettiva dell’evento (mentre non valeva a tal fine la semplice speranza di evitare o ritardare il fallimento attraverso il pagamento preferenziale)* .

⁵⁸ Cfr. Tribunale di Milano 3 febbraio 2010 in *Giur. It.*, 2010, 2532 con nota di M. AIELLO, successivamente ripreso da Trib. di Roma 7 ottobre 2010 in *www.giurisprudenzadelleimprese.it* nel quale si valorizzano gli artt. 240 L.F. e 185 del C.P. ai fini della sussistenza della legittimazione ad agire del curatore.

⁵⁹ Il tema dei così detti “ *pagamenti di salvataggio* ” interferisce con quello relativo alla sussistenza del momento psicologico del reato. Ad un primo orientamento secondo il quale pagamenti effettuati allo scopo di proseguire nell’attività d’impresa sarebbero irrilevanti (Cass. Pen. Sez. V, n. 13893/2004, fonte *PLURIS.IT*), a seguito della riforma del 2006, la S.C. è intervenuta con diverse decisioni di segno contrario. Per tutte v. Cass. Pen. Sez. V, n. 16983 del 5.3.2014 (fonte *PLURIS.IT*) secondo la quale “ *in tema di bancarotta preferenziale, l’elemento soggettivo del reato è costituito dal dolo specifico, consistente nella volontà di recare un vantaggio al creditore soddisfatto, con l’accettazione della eventualità di un danno per gli altri secondo lo schema del dolo eventuale; ne consegue che tale finalità non è*

di non contraddittorietà e di ragionevolezza che vogliono - in un gioco di comparazione dei diversi interessi in campo - che non si sacrificino i residui valori aziendali rispetto ad alternative liquidatorie di scarsa appetibilità per il ceto creditorio.

3. Conclusioni

Alla luce delle considerazioni appena svolte appare fondato il rischio che atti compiuti nel corso o comunque connessi allo svolgimento della composizione, non già della mera crisi nell'accezione tecnica che sarà definita, ma dell'insolvenza, in caso di insuccesso del tentativo e di conseguente dichiarazione dello stato di *liquidazione giudiziale*, non sfuggono a controlli sia da parte del giudice penale che di quello civile investito da azioni di responsabilità da parte delle curatele per fatti di bancarotta preferenziali di cui al III comma dell'art. 216 L.F.⁶⁰. In effetti il sistema per come strutturato avvantaggia taluni creditori pubblici a discapito delle maestranze e dei fornitori. Forse sono state sottovalutate la incertezze interpretative successivamente composte dalle sezioni unite della S.C. con la decisione n. 1641 del febbraio del 2017, sta di fatto però che dalla pratica è emersa con forza una insopprimibile esigenza contraria, irriducibile conseguenza del fatto che i reati fallimentari, non a caso definiti artificiali, scontano l'esistenza di un sostrato di natura civilistica in quanto trovano la propria genesi in atti d'impresa⁶¹. Il difetto seppur rimediabile dal Governo in sede di stesura dei decreti delegati si espone inevitabilmente al rischio di illegittimità costituzionale per eccesso di delega.

www.osservatorio-oci.org

ravvisabile allorchè il pagamento sia volto, in via esclusiva o prevalente, alla salvaguardia della attività sociale o imprenditoriale ed il risultato di evitare il fallimento possa ritenersi più che ragionevolmente perseguibile. Per ulteriori approfondimenti si rinvia a F. DI VIZIO, *Il concorso del terzo nelle bancarotte improprie e la responsabilità penalfallimentare degli organi gestori e di controllo degli istituti di credito*, in www.osservatorio-oci.org, giugno, 2017.

⁶⁰ Per l'ipotesi in cui il reato di bancarotta preferenziale venga integrato dal mendacio reso dal debitore allo scopo di ottenere finanza interinale urgente si rinvia a C. SANTORIELLO, *op. cit.*, p. 137.

⁶¹ Cfr. A. ALESSANDRI, *profili penalistici delle innovazioni in tema di soluzioni concordate della crisi d'impresa*, in *Riv. It. dir. proc. pen.* 2006, 113. Parla di "assurdo bicefalismo" G. AMARELLI, *I delitti di bancarotta alla luce del nuovo art. 217 bis L.F.: qualcosa è cambiato?*, in *Giust. Pen.*, 2011, 550.