

La composizione negoziata quale
soluzione della crisi d'impresa

I profili di Responsabilità dell'Esperto compositore

Michele Monteleone

31 gennaio 2023



Notazioni Generali

- “**Composizione negoziata della crisi**”: si sviluppa su due direttrici di marcia essenziali.
- - La prima, quella di lasciare all’impresa ogni più ampia facoltà nell’individuare un percorso, stragiudiziale, che le possa consentire di superare la difficile situazione in cui si trova, evitandone il dissesto.
- - La seconda è quella di affiancare all’impresa un soggetto qualificato e credibile, che la possa supportare nel percorso di risanamento e nelle interlocuzioni con i suoi creditori e tutti gli *stackholders* in orbita aziendale
- il compito dell’**esperto**, stante il ruolo essenziale e decisivo di ausilio all’imprenditore in difficoltà, non è solo orientato a **promuovere** e **facilitare il dialogo**, ma è volto anche a fornire un **contributo qualificato**, dovendo **consigliare scelte, anche di natura tecnica**, che l’imprenditore, forse, non sarebbe stato in grado di ponderare e correttamente congegnare

Natura della figura dell'esperto

- Nella legge di nuovo conio (CCII), che dagli artt. 12 e ss ha recepito integralmente il dettato normativo di cui al D.L. 118/2021, così come convertito in legge, è del tutto **assente una specifica e sostanziale regolamentazione** concernente le **responsabilità dell'esperto** per gli specifici atti compiuti, nell'espletamento dell'incarico conferitogli, nel percorso della gestione della crisi.
- Riconosciuta la **pacifica natura privatistica** della figura in esame ed **esclusa**, in radice, la qualificazione come **pubblico ufficiale**, quella dell'esperto è, quindi, una figura assolutamente **non paragonabile** né al **commissario giudiziale**, né al **consulente tecnico di ufficio** o **ausiliario** in genere, né tantomeno all'**attestatore**

Natura della figura dell'esperto

- il suo ruolo è molto **più simile** a quello dell'*advisor finanziario*, figura professionale non formalmente riconosciuta a livello ordinamentale, ma inverteatasi, ormai da molti anni, nel panorama delle procedure di risanamento aziendale e a cui è *affidato il delicato compito di redigere, su incarico dell'imprenditore, il piano industriale finanziario a sostegno di un concordato preventivo in continuità aziendale, di un accordo ristrutturazione del debito o di un piano attestato di risanamento, ovvero, alternativamente a quello di un project manager, fulcro della gestione operativa nell'organizzazione aziendale, responsabile unico dell'avvio, pianificazione, esecuzione e controllo di un progetto, con ricorso a tecniche di management.*

Caratteristiche dell'Esperto

- In relazione alle caratteristiche personali, l'esperto:
 - *a)* deve essere assolutamente indipendente;
 - *b)* deve avere competenza specifica in materia di crisi aziendale;
 - *c)* deve operare in modo riservato e imparziale;
 - *d)* può avvalersi di coadiutori (a sue spese) – art. 16 comma 2° CCII;
 - *e)* non può essere tenuto a deporre sulle informazioni acquisite - art. 16 comma 3° CCII

Caratteristiche del'Esperto

- **figura particolarmente qualificata** a cui vengono attribuiti **rilevanti poteri**; *in primis*, è tenuto a **richiedere**, senza alcuna limitazione di sorta, **tutte le informazioni utili o necessarie per lo svolgimento del proprio incarico** (cfr. combinato disposto artt. 13 e 17 CCII)
- Il mandato conferito all'esperto ha “maglie” molto ampie e **si conclude**, senza la necessità di certificare il suo operato, attraverso **una relazione** che dovrà **garantire la bontà dei dati contabili e aziendali utilizzati**, come punto di innesco della manovra di ristrutturazione, nell'assenza di una “certificazione” sul suo operato
- Il legislatore attribuisce, così, all'esperto l'onere di **attuare verifiche ed attività ad ampio spettro** e di grande rilevanza per le sorti dell'impresa che, in caso di insuccesso, saranno irreversibili.
- Comprensibili e di facile evidenza appaiono le implicazioni, sotto un **profilo di responsabilità**, scaturenti dall'atteggiamento e dal contegno, professionale e non, che il facilitatore avrà tenuto

Contenuto dell'Attività

- I momenti più pregnanti e incisivi del suo intervento, tratteggiati sin dalla relazione di accompagnamento al D.L. 118/2021, possono sintetizzarsi nei termini che seguono:
 - nell'espletamento dell'incarico di cui all'art 12, comma 2, CCII **verifica la coerenza complessiva delle informazioni fornite** dall'imprenditore, chiedendo al medesimo e ai creditori tutte le **ulteriori informazioni utili o necessarie**;
 - esaminata la documentazione e sentito l'imprenditore all'inizio o anche durante le trattative, verificata la **mancaza di concrete prospettive di risanamento**, rimette gli atti all'organo che lo ha nominato, per **l'archiviazione dell'istanza** (art. 17, comma 5, CCII);
 - informato preventivamente dall'imprenditore del compimento di **atti di straordinaria amministrazione** o di **pagamenti che non appaiono coerenti rispetto alle trattative**, verifica che tali atti non siano **pregiudizievoli per i creditori**, per le trattative o per le prospettive di risanamento e, se li ritiene tali, ha **l'obbligo di segnalazione** del proprio dissenso (art. 21, comma 2, CCII)

Contenuto dell'Attività

- nel caso in cui i suddetti **atti o pagamenti siano comunque eseguiti**, allo stesso esperto è rimessa la decisione sull'opportunità di rendere nota la circostanza mediante **pubblicazione nel Registro delle imprese** (art. 21, comma 3, CCII);
- nell'ipotesi di **atto pregiudizievole per i creditori**, la **pubblicazione è obbligatoria** in quanto risponde all'esigenza di informare i creditori del compimento dell'atto ritenuto dannoso (art. 21, comma 4, CCII);
- a fronte della richiesta dell'imprenditore di **misure protettive o cautelari**, l'esperto, ove non ne ottenga la revoca o l'abbreviazione rispetto al termine inizialmente concesso, ha l'**obbligo di segnalare, tempestivamente**, al tribunale il fatto che le misure ottenute **non siano funzionali al buon esito delle trattative** o che comprimano, in maniera sproporzionata, i diritti e gli interessi dei creditori che le subiscono (art. 19 CCII);

Contenuto dell'Attività

- invita le parti a **rideterminare, secondo buona fede, il contenuto dei contratti ad esecuzione continuata o periodica** ovvero ad **esecuzione differita**, se la **prestazione** è divenuta **eccessivamente onerosa** o se è alterato l'equilibrio del rapporto in ragione di circostanze sopravvenute (art. 17, comma 5, CCII). Va rimarcato che **le parti** sono sempre **tenute a collaborare** tra loro per rideterminare il contenuto del contratto o adeguare le prestazioni alle mutate condizioni, sotto l'attenta **egida dell'esperto nominato**;
- in tutto ciò, fondamentale è il richiamo alle **norme manifesto**, di cui al combinato disposto di cui agli artt. **3, 4 e 16 CCII**, relative agli **obblighi** dei soggetti che partecipano al percorso di regolazione della crisi e dell'insolvenza (esperto *in primis*) e ai **doveri delle parti** nel corso della composizione negoziata e delle trattative di **comportarsi secondo buona fede e correttezza**.
- Seppur **prive di contenuto precettivo**, certamente **le norme** in commento **orienteranno**, sistematicamente, **i profili di responsabilità** nella condotta tenuta da tutti i soggetti che, di volta in volta, calcheranno la scena;

Contenuto dell'Attività

- particolarmente delicata, poi, risulta la posizione dell'**esperto** sotto un profilo di **responsabilità concorrente**, nel corso delle trattative, con **l'imprenditore che conserva la gestione ordinaria e straordinaria dell'impresa**
- infatti, l'imprenditore **in stato di crisi** dovrà gestire l'impresa in modo da **evitare pregiudizio alla sostenibilità economico-finanziaria dell'attività**
- invece, se nel corso della composizione negoziata risulta che l'imprenditore è **insolvente**, ma esistono **concrete prospettive di risanamento**, lo stesso gestisce l'impresa nel **prevalente interesse dei creditori**
- **Restano ferme le responsabilità dell'imprenditore** nella gestione dell'attività imprenditoriale e, per l'effetto, sotto un **profilo di stretto controllo e vigilanza** dell'esperto indipendente; (art. 21 CCII)

Contenuto dell'Attività

- quando, su richiesta dell'imprenditore, **il tribunale**, verificata la funzionalità degli atti rispetto alla continuità aziendale e alla migliore soddisfazione dei creditori, **autorizza gli atti espressamente indicati nell'art 22 CCII**, sentite le parti interessate, l'**esperto in primis**, che dovrà esprimere **analitico e dettagliato parere**, su cui il tribunale fonderà, verosimilmente, la sua decisione
- nel momento in cui **sottoscrive**, unitamente all'imprenditore ed ai creditori, **l'accordo raggiunto all'esito delle trattative**, ai sensi dell'art. 23 CCII (*ex art. 11, comma 1, lett. c D.L. 118/2021*) che, di fatto, produce gli effetti del piano attestato di risanamento di cui all'art. 166, comma 3, lett. d), CCII e, sostanzialmente, **effetti analoghi all'attestazione del professionista** prevista dalla stessa norma
- infine, quando l'esperto, nella **relazione finale**, dichiarando che le **trattative** si sono **svolte secondo correttezza e buona fede**, che **non hanno avuto esito positivo** e che **le soluzioni individuate** ai sensi dell'articolo 23, commi 1 e 2, lettera b) **non sono praticabili**, potrà consentire all'imprenditore di presentare, nei sessanta giorni successivi alla comunicazione di cui all'articolo 17, comma 8, una proposta di **concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio**
- Quando, all'esito, dovrà **depositare la relazione finale e il parere**, con specifico riferimento ai presumibili risultati della liquidazione e alle garanzie offerte, onde consentire al tribunale di valutare la ritualità della proposta

Profili di Responsabilità

- Punti di riferimento nevralgici, per la valutazione dei profili di responsabilità, sono le disposizioni introdotte dal **decreto dirigenziale del Ministero della Giustizia del 28.09.2021**, che ha definito il “*protocollo di conduzione della composizione negoziata*” disciplinando, **con elevatissimo grado di dettaglio**, gli adempimenti cui l’esperto è tenuto, dalla nomina fino alla conclusione del percorso, indipendentemente dall’esito delle trattative
- Sebbene il decreto dirigenziale precisi che il protocollo stilato si limita a recepire le buone prassi sviluppate in tema di risoluzione di crisi aziendali (senza alcuna ambizione di creare precetti assoluti), tuttavia, **le prescrizioni ivi indicate finiscono, di fatto, per integrare e definire il contenuto dell’obbligo di diligenza professionale** cui l’esperto è tenuto, sotto l’egida dell’art. **1176, comma 2, c.c.**
- alla luce di ciò, in caso di esito negativo delle trattative, il mancato rispetto delle prescrizioni potrà essere invocato (più o meno fondatamente, a seconda dei casi) per sostenere una **responsabilità** o corresponsabilità **dell’esperto** unitamente all’imprenditore, in caso di **effetti pregiudizievoli** derivanti **ai creditori** dalla prosecuzione dell’attività di impresa e dalle operazioni compiute nel corso della procedura

Profili di Responsabilità

- Il mancato rispetto degli elementi caratterizzanti la nuova figura del facilitatore (**indipendenza, terzietà, professionalità, riservatezza**), definito **terzo rispetto a tutte le parti** dall'art. 16, comma 2, CCII, sarà ulteriore fonte di responsabilità
- Particolarmente pregnante, in considerazione della delicatezza dell'incarico svolto dall'esperto in materia di ristrutturazione, è il **requisito dell'indipendenza**: l'esperto non può essere infatti legato all'impresa o ad altre parti interessate all'operazione di risanamento da rapporti di natura personale e neppure professionale (**indipendenza ex ante**). L'attenzione è tale che la previsione normativa si estende anche ai componenti dell'**associazione professionale** di cui fa parte, qualora il medesimo operi in forma associata
- Non solo, allo scopo di evitare che possa essere condizionato dalla prospettiva di ulteriori incarichi, una volta completato il procedimento di composizione negoziata, è stabilito che, per **i successivi due anni dall'archiviazione della medesima**, l'esperto non possa intrattenere rapporti professionali con l'imprenditore (**indipendenza ex post**) – art. 16 comma 1° CCII
- Il mancato rispetto di tale obbligo, in mancanza di previsioni inerenti alla validità del rapporto contrattuale di natura professionale assunto contravvenendo al divieto, determina una possibile **responsabilità di ordine disciplinare**, tale da poter condurre alla **cancellazione dall'elenco**

Profili di Responsabilità

- Altrettanta rilevanza assume il requisito della **professionalità** e della **competenza**: da subito è richiesto un fondante giudizio sulla **veridicità ed attendibilità dei dati aziendali** che non si potrà esaurire nella semplice **verifica apparente** dei dati medesimi; rilascio di una sorta di **visto di conformità** a beneficio dei terzi-creditori, nella fase della diagnosi del rischio (raccolta, organizzazione, revisione, analisi e valutazione dei dati aziendali storici e correnti)
- inoltre, addentrandosi nel settore specifico della gestione delle crisi, della **ristrutturazione e riorganizzazione aziendale**, l'esperto dovrà rilasciare un **visto di congruità** (sempre a beneficio dei terzi-creditori) della **fattibilità del progetto (piano) di risanamento**
- Infine, nel dimostrare una approfondita conoscenza delle **tecniche negoziali** e di **mediazione**, il nostro esperto dovrà superare sé stesso
- Infatti, dovrà fornire prova di conoscenza e comprensione delle tecniche di negoziazione collaborativa multiparte ai fini della buona riuscita della facilitazione

Natura della Responsabilità

- ❑ La **responsabilità civile** nei confronti dell'imprenditore è di tipo **contrattuale**, non in virtù del contratto di opera professionale tra imprenditore e l'esperto, potendo essere modulata sul calco della responsabilità da “**contatto sociale qualificato**”, commisurata alla diligenza professionale
- ❑ Caso tipico di **Responsabilità da funzione**
- ❑ In presenza di questa relazione qualificata, il c.d. “**contatto sociale**”, sorge tra le parti un rapporto obbligatorio che impegna il soggetto agente a portare a compimento l'attività intrapresa impiegando la correttezza, diligenza e professionalità necessario ed evitare il prodursi di pregiudizi in capo all'altra parte
- ❑ In particolare, vi è una relazione giuridica **priva di obblighi di prestazione**, ma con **obblighi di protezione**, che vanno oltre il generico divieto del *neminem ledere*

Natura della Responsabilità

- la dicitura “responsabilità contrattuale” costituisce una sineddoche, riferendosi *quoad effectum* non solo alla responsabilità derivante dalla violazione di una obbligazione contrattuale, ma alla violazione di qualsiasi obbligazione, quale ne sia la fonte, diversa dal dovere di *alterum non laedere*.
- Come noto, infatti, il nostro ordinamento prevede che *le obbligazioni possano derivare da contratto, da un atto illecito o da qualsiasi atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico* (art. 1173 c.c.). La norma fonda il principio di **atipicità delle fonti delle obbligazioni**, in virtù del quale è possibile tutelare anche la categoria dei **rapporti contrattuali di fatto**; nel riferirsi ad ogni “fatto o atto” sembra far riferimento anche a queste ipotesi

Natura della Responsabilità

- Il tema in oggetto intercetta quello della **buona fede oggettiva** quale fonte precettiva di obblighi
- Invero, in un determinato **rapporto di fatto qualificato**, si può ingenerare nell'altra parte un **affidamento** ritenuto **meritevole di tutela**, ragion per cui, pur in assenza di un vincolo tra le parti, queste saranno comunque obbligate a comportarsi secondo **il canone di buona fede oggettiva**, clausola generale che affonda le proprie radici nel principio, oggi di rango costituzionale, di cui all'art. 2 Cost. per cui può, in termini generali definirsi, quale regola di proporzionalità, correttezza, **cura dell'interesse altrui**, *id est*, per l'appunto, **solidarietà**

Natura della Responsabilità

- L'indagine casistica illumina circa la diffusione della teoria del contatto sociale qualificato nella prassi applicativa.
- A titolo esemplificativo, sono state ricondotte sotto l'egida del contatto sociale qualificato la **responsabilità dell'insegnante in caso di condotta autolesiva dell'allievo**, stante l'esclusivo riferimento della dell'art. 2048, comma 2 c.c. ai soli danni etero lesivi; la **responsabilità della banca** che paghi un assegno non trasferibile ad un soggetto diverso dal beneficiario; la **responsabilità della P.A.** per danno da c.d. mero affidamento procedimentale. Da ultimo, autorevole dottrina sembra aver individuato nella teoria del contatto sociale qualificato la risposta alla *vexata quaestio* circa la **natura giuridica della responsabilità precontrattuale** ex artt. 1337 ss c.c.

Effetti della Natura della Responsabilità

Ne deriva l'integrazione della fattispecie sancita ex art. 1218 c.c., in luogo di quella di cui all'art. 2043 c.c., per i casi di inadempimento delle prestazioni scaturenti dall'obbligo di buona fede

La determinazione in esame non ha preminenza teorica, ma riverbera i suoi effetti, in pratica, anche in termini di **durata del termine prescrizione**, dell'**onere della prova** e del **danno risarcibile**. Con peculiare riferimento al meccanismo probatorio, il contatto sociale qualificato implica **un regime di assoluto favor creditoris**

infatti, mentre per l'illecito aquiliano, a mente dell'art. 2697 c.c., è onere del creditore dover provare tutti gli elementi costitutivi dell'art. 2043 c.c., in materia di responsabilità contrattuale, in virtù del principio di diritto reso dalla Supremo consesso nomofilattico, il creditore può limitarsi a provare il titolo dell'obbligazione ed allegare l'inadempimento, gravando sul debitore l'onere di provare i fatti estintivi, modificativi o impeditivi

Effetti della Natura della Responsabilità

- un rilevante **precipitato applicativo** si ha con riferimento alle **obbligazioni del professionista intellettuale**, alla luce del principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite sin dal 2001
- la giurisprudenza ha intrapreso una **torsione curiale**, arrivando a strutturare il regime probatorio del professionista intellettuale attraverso regola del c.d. **“doppio ciclo causale”**.
- Questa formula condensa il **seguito meccanismo probatorio**: il creditore-danneggiato deve provare, anche tramite presunzioni, la causalità materiale tra condotta-inadempimento del debitore-danneggiante e l'evento di danno (**c.d. causalità-costitutiva**); una volta assolto questo onere probatorio, viceversa, risulta compito del debitore-danneggiante [**nel nostro caso l'esperto**] provare la causa imprevedibile e inevitabile che ha reso impossibile l'adempimento della prestazione (**c.d. causalità-estintiva**)

Effetti della Natura della Responsabilità

Caso di specie, obbligazione contenente un *facere intellettuale*:

- Così sarà l'imprenditore, in prima battuta, a dover provare, anche tramite presunzioni, il **nesso di causalità materiale** tra la **condotta non diligente dell'esperto** e l'**infruttuoso esito della composizione negoziata** della crisi in base alla regola della *conditio sine qua non* secondo un *giudizio inferenziale del più probabile che non*
- mentre, solo in un secondo momento, spetterà all'**esperto dimostrare la non imputabilità**; ciò al fine di evitare che non ogni mancata composizione negoziata, o qualsivoglia esito nefasto, possa comportare una responsabilità dell'esperto

Tipologia della condotta

- affinché sia configurabile la **responsabilità dell'esperto** nei confronti dell'**imprenditore** è necessario, quindi, che la **condotta** del professionista sia stata **negligente**, ovvero che il medesimo non abbia usato, nello svolgimento dell'incarico, **la diligenza professionale** richiesta dall'art. 1176, comma 2, c.c., secondo cui “nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, la **diligenza** deve valutarsi **con riguardo alla natura dell'attività esercitata**”
- Del resto, alle stesse conclusioni è pervenuta la giurisprudenza di legittimità con riferimento alla responsabilità del curatore fallimentare revocato, ai sensi del previgente art. 38 l.fall.
- Potrà, conseguentemente, ritenersi applicabile, *ratione materiae*, la disposizione di cui all'art. 2236 c.c., con riferimento alla **responsabilità civile dell'attestatore**, che delimita i confini di responsabilità professionale al dolo e alla colpa grave, nella sola ipotesi in cui la prestazione implichi la **soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà**

Natura della Responsabilità Vs Terzi e Creditori

Per quanto attiene ai profili di responsabilità nei confronti dei **creditori** o di **terzi danneggiati**, si verte in ipotesi di **responsabilità contrattuale**, in quanto derivante dalla violazione di un **obbligo di protezione** che il professionista, in virtù del suo ruolo, ha *ex lege* nei confronti di tutti i soggetti direttamente coinvolti. Dall'analisi degli artt. 12 e ss CCII emerge come l'esperto, in virtù dei poteri e dei compiti a lui affidati, non è un *quisque de populo* rispetto al ceto creditorio, bensì **riveste un ruolo affidante nei suoi confronti**

tanto i requisiti di indipendenza e professionalità ex art. 16 CCII, quanto gli specifici obblighi posti a tutela a dei creditori, costituiscono gli estremi di un contatto sociale qualificato, idoneo a costituire un'obbligazione ex art. 1173 c.c.

Natura della Responsabilità Vs Terzi e Creditori

- Infine, non ci si può esimere dal soffermarsi sul *punctum pruriens* determinato dalla circostanza che è dubbio se, **in caso di successiva liquidazione giudiziale**, possa ravvisarsi una **responsabilità esclusiva dell'esperto** (o concorrente con quella dell'imprenditore, ai sensi dell'art. 21 CCII) nei confronti della massa dei creditori e se, per l'effetto, **il curatore sia legittimato a proporre azione risarcitoria in suo danno**.
- **L'azione risarcitoria** meramente **indennitaria** (stante la evidente sussistenza di una lesione specifica ed individuata delle ragioni dei creditori) avrà come risvolto pratico quello di **ricostituire l'attivo da liquidare** (*già fallimentare*), al lordo delle perdite subite durante il percorso intrapreso al solo scopo di favorire il debitore in concorso con l'esperto

Profili di Responsabilità penale

Inconfigurabilità

- ❖ la natura privatistica dell'esperto consente di ritenere **l'assoluta inconfigurabilità, in assenza della qualifica di pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio, delle fattispecie criminoso commesse nei confronti della Pubblica Amministrazione**; tanto evita che possano essere ascritte all'esperto le diverse ipotesi di reato e, in particolare:
- ❖ i reati di falso, poiché la condotta dell'esperto non è assistita da alcuna garanzia di veridicità, cosicché non vi sarà spazio per una contestazione dei reati di **falso in atto pubblico o certificazione privata** (infatti, gli atti, le comunicazioni e le dichiarazioni redatte o rilasciate dall'esperto non sono sorrette dalla medesima garanzia di veridicità tipica degli atti provenienti dai pubblici funzionari)
- ❖ i reati di cui agli artt. **361** (omessa denuncia di reato da parte del pubblico ufficiale) e **362 c.p.** (omessa denuncia da parte di un incaricato di pubblico servizio), per le medesime considerazioni (mancanza della specifica qualifica soggettiva)

Non può riconoscersi in capo all'esperto un **obbligo di denuncia** qualora riconosca la illiceità della condotta tenuta dall'imprenditore nello svolgimento del proprio incarico, in particolare quando accerti che, contrariamente alla previsione normativa di cui all'art. 16, comma 5, CCII l'imprenditore non abbia rappresentato *“la propria situazione [all'esperto], ai creditori e agli altri soggetti interessati in modo completo e trasparente e di gestire il patrimonio e l'impresa senza pregiudicare ingiustamente gli interessi dei creditori”*, oppure, allorquando **individui elementi di falsità nella documentazione inserita nella piattaforma telematica a norma dell'art. 17 CCII**

Profili di Responsabilità penale Inconfigurabilità

- ❖ neppure, per lo stesso motivo, può ritenersi configurato il reato di **omissione di atti d'ufficio** ai sensi dell'art. 328 c.p., quando l'esperto, dopo aver regolarmente accettato la nomina, non adempia ai compiti ed alle funzioni prescritte dalla legge
- ❖ né tantomeno, infine, tutti i reati disciplinati dagli **artt. 314 e ss. c.p.** e, specificatamente, il reato di **corruzione** (e/o di **concussione**), ad integrazione della condotta con riferimento alla negoziazione (o dazione) di una “somma a titolo di compenso” da riservare all'esperto, quale corrispettivo versato dall'imprenditore, a seguito dell'adozione di comportamenti illeciti o *contra legem*.

Profili di Responsabilità penale

- Una volta esclusa la rilevanza penale delle condotte innanzi esaminate, stante la mancata previsione di **fattispecie di reato riferibili all'esperto**, per condotte eventualmente tenute nella fase endoprocedimentale della gestione della crisi, si dovrà valutare il **contributo materiale o morale** fornito alla **produzione dell'evento**, piuttosto che, essendone venuto a conoscenza, non ne abbia impedito la consumazione (**condotta omissiva**), in ragione del compito e del ruolo assegnatogli
- Essenzialmente sole fattispecie di carattere concorsuale (le principali responsabilità a cui l'esperto potrebbe essere esposto) ed in particolare dei **delitti di bancarotta** nelle sue molteplici ipotesi previste già dalla legge fallimentare: l'esperto potrebbe trovarsi coinvolto, con un **ruolo da coprotagonista** nella gestione della crisi, al **fianco dell'imprenditore**, con rischi di carattere penale non secondari, rispetto ai quali non parrebbe godere di particolari garanzie, ad eccezione di quelle dell'art. 24, comma 5 e dell'art. 16, comma 3, CCII.
- In particolare, potrà rispondere di tali delitti **in concorso**, morale o materiale ex artt. 110 e ss c.p., con il soggetto assistito nella commissione dei reati concorsuali, rispetto ai quali potrebbe addirittura essere individuato come il soggetto **ideatore o suggeritore** (concorrendo consapevolmente nella **realizzazione delle condotte illecite**), proprio in ragione del possesso delle **specifiche competenze tecniche**

Profili di Responsabilità penale

- Si pensi, esemplificativamente, alla “**condotta collaborativa**” dell’esperto, che fattivamente, concorra, unitamente all’imprenditore, a porre in essere tutti quei comportamenti qualificabili come **fattispecie di bancarotta**, non limitandosi ad assistere, senza intervenire (“agevolando le trattative e prospettando le possibili strategie di intervento – cfr. art. 17, 5 co. CCII”) ma, per contro, **suggerendo modalità operative** per la **distrazione** o l’**occultamento del profitto**, se non, addirittura, garantendo, in via preventiva, il suo silenzio e la sua inerzia rispetto a tali **comportamenti criminali**, con impegno a non riferire nulla ai creditori

Profili di Responsabilità penale

Esclusione

- Va **escluso ogni profilo di responsabilità penale**, in capo all'esperto, invece, per **condotta omissiva** rispetto a comportamenti delittuosi assunti da terzi e di cui egli sia venuto a conoscenza nello svolgimento del suo incarico.
- Più specificatamente, il suddetto **professionista**, non avendo un ruolo di controllo rispetto alla regolarità gestoria (come previsto per i sindaci o i revisori contabili), in quanto **non collabora** affatto con l'imprenditore nella **gestione dell'impresa** (e quindi è totalmente estraneo *agli assetti organizzativi, amministrativi e contabili adeguati, integranti il sistema di controllo interno, ai sensi dell'art. 2086 c.c.*), non ha alcun **obbligo di intervenire** per impedire o denunciare condotte criminali dell'imprenditore, ai sensi dell'**art. 40 c.p.**

Profili di Responsabilità penale

Sussistenza

Sarebbe responsabile l'esperto nel caso in cui asseconi, nello svolgimento dell'incarico, l'**attendibilità** delle **proposte avanzate** dall'imprenditore ai creditori, nonostante la loro **insostenibilità** ed **implausibilità**. In tal caso, successivamente alla dichiarazione di liquidazione giudiziale, qualora sia dimostrato il **comportamento fraudolento dell'imprenditore** – che abbia dato corso alla procedura al solo scopo di rinviare nel tempo la pronuncia della sentenza – l'esperto potrebbe rispondere, in concorso, del delitto di **bancarotta fraudolenta**, aggravato dal **dissesto procurato**, in relazione all'aumento del passivo venutosi a determinare, quale conseguenza diretta dell'uso distorto dell'istituto della composizione negoziata, senza alcuna possibilità di sbocco, pretestuosamente attivata dall'imprenditore; tanto si avrà anche nel caso di agevolazione della condotta, che ha consentito all'imprenditore di non essere spossessato dell'azienda e dei suoi beni, in frode ai creditori

Profili di Responsabilità penale Sussistenza

Medesima fattispecie di responsabilità concorrente da parte dell'esperto, si avrà sempre nel caso di **bancarotta da dissesto**, di cui all'art. **329, comma 2, lett. b) CCII** (già art. 223, comma 2, n. 2, 1. fall.), anche in caso di fallimento (*rectius* liquidazione giudiziale) dichiarato a seguito di **revoca** di un **concordato preventivo**, supportato da una falsa rappresentazione della situazione dell'azienda e delle sue potenzialità di ripresa, all'interno di un disegno criminoso dell'imprenditore che, utilizzando lo strumento concordatario (nella ormai tipizzata forma dell'**abuso dell'istituto**), cerchi di ritardare, quanto più possibile, la dichiarazione di insolvenza pur in assenza dei requisiti di ripresa

ELEMENTO PSICOLOGICO

Bancarotta fraudolenta patrimoniale ex art. 322, comma 1 lett. a) CCII → ***dolo generico*** per le condotte di distrazione, occultamento, dissimulazione, dissipazione di beni (c.d. bancarotta fraudolenta patrimoniale generica); ***dolo specifico*** per la condotta di riconoscimento di passività inesistenti, giacché solo per quest'ultima la norma prevede lo “scopo di recare pregiudizio ai creditori” (c.d. bancarotta fraudolenta patrimoniale specifica);

Bancarotta fraudolenta documentale ex art. 322, comma 1 lett. b) CCII → ***dolo specifico*** per le condotte di sottrazione, distruzione o falsificazione dei libri o le altre scritture contabili, giacché solo per queste è previsto “*lo scopo di procurare a se' o ad altri un ingiusto profitto o di recare pregiudizi ai creditori*” (c.d. bancarotta fraudolenta documentale generica); ***dolo generico***, *subspecies* di dolo intenzionale, per la condotta di irregolare tenuta contabile in guisa tale da non rendere possibile la ricostruzione del patrimonio o del movimento degli affari (c.d. bancarotta fraudolenta documentale specifica),

Bancarotta fraudolenta preferenziale ex art. 322, comma 3 CCII → ***dolo specifico***

Falso in attestazione

- Si verte in ipotesi di astratta applicabilità dell'**art. 342 CCII** (l'antesignano **art. 236-bis 1. fall.**) che consiste, sostanzialmente, nella esposizione, da parte del professionista attestatore, di informazioni false, oppure nella omissione di informazioni rilevanti
- Il delitto di **falso in attestazioni o relazioni** *ex art. 342 CCII*, ricondotto alla categoria codicistica dei delitti contro la fede pubblica e, in particolare, alla specie dei **delitti di falsità in atti**, è un **reato proprio**, atteso che, per espressa previsione della norma, il **soggetto attivo** del reato è il **professionista incaricato** dall'imprenditore di redigere una delle relazioni o attestazioni di cui agli artt. 56 comma 4, 57, comma 4, 58 commi 1 e 2, 62, comma 2, lettera d), 87, comma 3, 88, commi 1 e 2, 90, comma 5, 100, commi 1 e 2. CCII; quindi, **oggetto materiale del reato**, *ex art. 342 CCII*, sono le **relazioni e attestazioni** previste **esclusivamente** dalle suddette norme, in tema di piani di risanamento, concordato preventivo e accordi di ristrutturazione dei debiti

Falso in attestazione esclusione

- non si ritiene possano configurarsi le suddette condotte criminose, neppure nel caso regolamentato dall'art. 23, comma 1, lett. c), CCII; esso, riguarda uno dei possibili **esiti** della **composizione negoziata**, ovverosia quello della **conclusione di un accordo sottoscritto dall'imprenditore**, dai creditori e dall'esperto che produce gli effetti di cui all'art. 166, 3 comma, lett. d) CCII, laddove non occorre l'attestazione prevista dal medesimo articolo

non è sufficiente il richiamo, quanto agli effetti, alla mancata all'attestazione (dovendosene inferire una *de relato*), contenuto nella norma, all'art. 166, comma 3, CCII, in quanto l'interpretazione contraria (l'equiparazione dell'accordo sottoscritto alla attestazione dello stesso) contrasterebbe, apertamente, con il **principio di tassatività**, precipitato del **principio di legalità** imperante in materia penale, in **manca di richiamo espresso** della norma di cui all'art. 342 CCII.

Considerazioni conclusive

In un momento, ormai troppo lungo, di crisi sociale e macroeconomica, la congiuntura sfavorevole del singolo imprenditore non può più essere considerata un “*affare privato*” tra debitore e creditori, ma va letta con una lente di ingrandimento che ci proietti verso un “**nuovo sistema**” di condivisione del rischio tra le parti

Il CCII, meritoriamente, contiene, come visto, **norme bandiera**, di portata generale (artt. 3-5), con un forte **richiamo ai doveri** di alcuni dei protagonisti, una sorta di **norme manifesto** per i comportamenti che la società civile deve attendersi da chi, nei diversi ruoli, si occupa della crisi di impresa

E' indispensabile, così, la verifica, attuale, delle condotte di tutti coloro che si muovono nel circuito, fondate su variegate professionalità, fisiologicamente contrapposte

Considerazioni conclusive

La tenuta dei profili di indipendenza e responsabilità degli organi (gestori e di controllo) sarà lo specchio del più tortuoso tema dell'**etica e legalità nella gestione della crisi**: alla dirompente funzione assolta dalla previsione normativa racchiusa nel comma 2 dell'art. 2086 c.c. (da leggersi oggi in combinato disposto con l'art. 3 CCII), si contrappone una rinnovata spinta propulsiva che dovrà ora, necessariamente, provenire dal **sistema di allerta interno**: l'imprenditore 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** 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

Considerazioni conclusive

Non dobbiamo mai dimenticare che il vero valore dell'impresa sta nei **beni intangibili** (*know how*, avviamento, forza del *brand*, reputazione sociale e commerciale): in caso di dissoluzione, questi andrebbero irrimediabilmente dispersi in danno degli stessi creditori; così come, in una **gestione sostenibile dell'impresa**, sempre più auspicabile (accanto ai profitti compito dell'imprenditore deve essere quello di arricchire la vita dei propri dipendenti, dei consumatori, dei fornitori e della comunità intera nel rispetto dei valori delle persone e dell'ambiente)

il *default* aziendale produrrebbe la perdita irreversibile di valore nel lungo periodo sia per l'impresa che per gli *stakeholders* coinvolti

Considerazioni conclusive

Indispensabile, quindi, uno “*scatto culturale*”, che consenta di rifuggire da antiche consuetudini

Certamente “*nulla sarà più come prima*”

*“Chiunque salga sul proscenio della crisi dovrebbe [dovrà] farlo con **umiltà** e non con arroganza, nel rispetto dei diversi ruoli; è proprio il rispetto dei ruoli che restituisce una legittimazione reciproca, unico antidoto per il superamento delle diffidenze. **Etica dell’impresa in crisi** significa innanzitutto affrontarla in modo trasparente e per tempo ... fare piazza pulita dei **variegati conflitti di interesse** ... Dobbiamo brandire ogni arma lecita per reclamare che la **tutela giurisdizionale sia elargita con immediatezza**, posto che ogni ritardo, in economia, si traduce in qualche **scorciatoia illegale** ... l’impresa si deve presentare davanti al giudice con **l’orgoglio della propria debolezza**, senza strategie di **compiacimento del giudice**” (M. Fabiani)*

Considerazioni conclusive

Da tutto ciò non si potrà sottrarre **il modo di esercizio della giurisdizione** che, senza ombra di dubbio, incide sul mercato e sulle crisi, con **pesanti ricadute sul territorio** della circoscrizione amministrata

La nuova cultura d'impresa sarà tanto più vincente ed efficace quanto più salda sarà la **giunzione dell'anello tra giudice e mercato**: il giudice dell'economia dovrà valutare anche gli **effetti economici delle sue decisioni** e, nella *sussistenza dei principi di ragionevolezza, adeguatezza e proporzionalità del decisum*, considerare e tenere, sempre, in debito conto l'impatto economico della pronuncia, adeguandola al caso concreto.

Non sarà più consentito a nessun giurista/aziendalista di vivere in una **torre di cristallo**, trasparente, ma lontana e distaccata dalla **polvere e dal sudore dell'impresa**