

TEMI ROMANA

RIVISTA GIURIDICA

A CURA DELL'ORDINE DEGLI AVVOCATI DI ROMA



3 - 4

2024



**TEMI ROMANA
RIVISTA GIURIDICA**

A cura dell'Ordine degli Avvocati di Roma

DIRETTORE RESPONSABILE
Paolo Nesta

DIRETTORE SCIENTIFICO
Antonio Caiafa

COORDINATORE
Paolo Voltaggio

CONSIGLIO DELL'ORDINE DEGLI AVVOCATI DI ROMA
PRESIDENTE Paolo Nesta **VICE PRESIDENTE** Maria Agnino
CONSIGLIERE SEGRETARIO Alessandro Graziani **CONSIGLIERE TESORIERE** Paolo Voltaggio

CONSIGLIERI

Angelica Addressi, Alessandro Alberici, Alessia Alesii, Lucilla Anastasio
Cristiana Arditi di Castelvetere, Laura Arpino, Antonio Caiafa, Carla Canale, Silvia Cappelli
Donatella Carletti, Giorgia Celletti, Donatella Cerè, Massimiliano Cesali, Vincenzo Comi, Irma Conti
Pietro di Tosto, Stefano Galeani, Grazia Maria Gentile, Marco Lepri, Enrico Lubrano, Cristina Tamburro

COMITATO SCIENTIFICO

Battiatì Antonino, Costantino Giorgio, D'alessandro Floriano, de Gioia Valerio, Di Amato Sergio
Di Marzio Fabrizio, Fortunato Sabino, Fuzio Riccardo, Gallo Fabio Massimo, Meliadò Giuseppe
Mobrici Saveria, Nuzzo Matteo, Panzani Luciano, Petteruti Andrea, Proia Giampiero, Scarafoni Stefano
Spasari Maria Letizia, Tamponi Michele, Terrusi Francesco

IN QUESTO NUMERO

CRISI DI IMPRESA

Il rapporto di lavoro rivisitato dal correttivo di <i>Antonio Caiafa</i>	3
Adeguati assetti organizzativi e compliance 231 come rimedio delle imprese in crisi di legalità e leva per lo sviluppo di un business etico e sostenibile di <i>Marcella Vulcano</i>	29
La responsabilità degli organi di controllo della società di capitali di <i>Francesco Terrusi</i>	50
Il controllo giudiziale nella composizione e nel concordato semplificato di <i>Stefania Pacchi</i>	63
La ristrutturazione trasversale dei debiti nel concordato preventivo in continuità aziendale di <i>Alberto Valerio</i>	77
Attuazione della direttiva Npl, questioni giuridiche ed evoluzioni di mercato di <i>Vincenzo De Sensi e Eleonora Gasparin</i>	95

DIRITTO CIVILE

Natura giuridica del danno morale di <i>Fabrizio Valerio Bonanni Saraceno</i>	103
“Trust: una legge moderna nella più antica Repubblica del mondo” di <i>Anna Maria Lonfernini</i>	111

DEONTOLOGIA

Segreto professionale alla luce del d.lgs. 24/23 <i>whistleblowing</i> e il rispetto delle norme deontologiche negli organi sociali composti da professionisti tra cui l'organismo di vigilanza ex d.lgs. 231/01 di <i>Giacomo Scicolone</i>	116
---	-----

Il rapporto di lavoro rivisitato dal correttivo

IL RAPPORTO DI LAVORO RIVISITATO DAL CORRETTIVO*

Sommario: **1.** Premessa – **2.** La regolamentazione pregressa – **3.** La nuova regolamentazione; 3.1. La risoluzione dei rapporti; 3.2. La disciplina applicabile – **4.** La rivisitata regolamentazione nella liquidazione controllata; 4.1. La tutela dei crediti: il *procedimento di accertamento*; 4.2. La disciplina rivisitata e modificata – **5.** Gli effetti del trasferimento d'azienda sui rapporti di lavoro

1. Premessa

All'esito della presentazione del testo elaborato dalla Commissione Rordorf il d.lgs. 19 ottobre 2017, n. 155 – di delega al Governo per la riforma della disciplina delle imprese in crisi o insolventi – ha introdotto disposizioni volte a consentire la valorizzazione degli organismi produttivi e dei patrimoni, in modo da assicurare il miglior soddisfacimento possibile dei creditori, favorendo la emersione tempestiva della crisi e l'attivazione delle iniziative volte a porvi rimedio, mediante la previsione di istituti diretti, da un lato, al superamento o, in alternativa, alla regolazione della liquidazione e, dall'altro, al recupero dell'azienda, assicurandone la gestione o stabilendo, comunque, sistemi di conservazione del patrimonio attraverso il trasferimento dei beni acquisiti all'attivo nel loro complesso.

Nella relazione, a tal riguardo, è stata sottolineata l'esigenza di una nuova prospettiva di recupero delle capacità dell'impresa, attesa la confluenza di interessi *economici* e *sociali* più ampi che privilegiano il ricorso alla via

del risanamento nella tendenza, ormai, di dover considerare le procedure concorsuali non più in termini meramente liquidatori e sanzionatori quanto, piuttosto, destinate ad un risultato di conservazione dei mezzi organizzativi per l'impresa, per assicurarne la sopravvivenza, sì da procurare alla collettività e, in primo luogo agli stessi creditori una più consistente garanzia patrimoniale per il soddisfacimento delle loro ragioni.

Non a caso l'apertura della *liquidazione giudiziale*, ma anche della *liquidazione controllata*, non determina necessariamente la cessazione dell'attività di impresa quante volte dall'interruzione possa derivare un danno grave, rimessa tale valutazione, per la *prima*, allo stesso tribunale con la sentenza che dichiara aperta la fase concorsuale, in ragione dei *valori sociali* insiti nell'impresa, seppur la prosecuzione non può essere determinata dall'esclusivo fine del mantenimento dei livelli occupazionali, tuttavia non prevista per la *seconda*, che non è riferita esclusivamente alle *imprese minori* ma riguarda, anche, l'*imprenditore agricolo* e la *società agricola* e, dunque, realtà nell'ambito delle quali sarebbe stato logico stabilire un criterio perfettamente omologo a quello previsto per la *liquidazione giudiziale*.

È stata lamentata sin dall'entrata in vigore della relativa disciplina una diversa regolamentazione dei rapporti giuridici pendenti e la assoluta mancanza di considerazione del *rapporto di lavoro* nell'ambito della *liquidazione controllata* mediante disposizioni poco coerenti per quanto si dirà.

Il codice della crisi, emendato una prima volta con il d.lgs. n. 147/2020 e, quindi, successivamente con il d.lgs. n. 83 del 2022, attuativo della direttiva UE 2019/1023 (*c.d. direttiva insolvency*), ha introdotto significative

* Contributo dedicato agli scritti in onore di Orazio Lauri di prossima pubblicazione.

Il rapporto di lavoro rivisitato dal correttivo

modifiche con riferimento alla disciplina della crisi e della insolvenza dell'impresa, sia rispetto alla gestione del sovraindebitamento del *consumatore*, del *professionista* e delle *attività produttive* assoggettate al relativo regime previsto, come si è già ricordato, non solo per le *imprese minori* ma anche per quelle *agricole*.

Il Governo, in attuazione della delega di cui al d.lgs. 19 ottobre 2017, n. 155, nel rispetto dei principi e criteri da essa fissati, e altresì dall'art. 31, comma cinque, della legge n. 234 del 2012, ha esercitato il riconosciuto potere di attuare disposizioni integrative e correttive dei precedenti decreti legislativi richiamati, entro la data del **15 luglio 2024**.

Nell'ambito di tale previsione il 6 maggio 2024 è stato pubblicato il testo del correttivo e preannunciata la presentazione al Consiglio dei Ministri – avvenuta il 10 maggio – che tarderà a svolgere considerazioni al riguardo, attesi i più importanti e delicati problemi che in questo momento interessano il Nostro Paese e, in particolare, le soluzioni per la risoluzione degli stessi.

Molte le criticità evidenziate prima ancora che il Codice della crisi entrasse in vigore, ed anche successivamente al 15 luglio 2022, sì da essere difficile immaginare in qual misura la Commissione istituita a tal fine abbia preso in considerazione le stesse, ovvero quali di queste.

Il testo del decreto non è definitivo, non fosse altro perché di esso è previsto il necessario invio, per il relativo esame, da parte delle Commissioni parlamentari e del Consiglio di Stato, sicché non è dato sapere se e quali delle modifiche troveranno adesione e potranno, quindi, considerarsi definitive.

Certamente il *rapporto di lavoro* risulta rivisitato in modo significativo con riferimento non soltanto alla *liquidazione giudiziale* ma

anche alla *controllata*, destinata quest'ultima a regolare la procedura liquidatoria: *i)* delle *imprese minori individuali* e collettive; *ii)* dell'*imprenditore agricolo*; *iii)* delle *società agricole*; *iv)* delle *start up innovative*; *v)* di *ogni altro imprenditore* non assoggettabile a liquidazione coatta amministrativa, ovvero alle altre procedure liquidatorie previste dal codice civile o dalle leggi speciali in caso di crisi o di insolvenza (art. 2, primo comma, lettera c), d.lgs. 19 gennaio 2019, n. 14).

Con riferimento, in particolare, al rapporto di lavoro ed alla sorte di esso, in termini di sospensione o risoluzione, nella *liquidazione controllata* e nel *concordato minore* ed alla sua ormai indiscussa continuità giuridica nelle *vicende circolatorie*, il terzo correttivo ha operato una rivisitazione parziale lasciando insoluti alcuni problemi, per i quali sarà necessario ricorrere all'analogia, in ragione della identità della struttura degli *strumenti di regolazione della crisi*.

2. La regolamentazione pregressa

L'esigenza di prevedere una normativa di sostegno al lavoratore e, al tempo stesso, di compressione del diritto del curatore di sciogliersi *ad nutum* dal rapporto, sì da essere necessariamente giustificata la decisione di risolvere lo stesso in presenza della constatata presenza di fattori oggettivi, aveva consentito di ritenere non poter costituire la *liquidazione giudiziale* motivo di licenziamento (art. 2119 cod.civ.), con conseguente riconoscimento al curatore della facoltà di stabilire se subentrare o meno nel contratto, attraverso una valutazione esclusiva della economicità e, al tempo stesso, della utilizzazione, per una positiva conservazione dei beni, mentre qualora avesse inteso risolverlo, sarebbe stato tenuto a giustificare tale scelta non individuandola nell'apertura della procedura concorsuale

Il rapporto di lavoro rivisitato dal correttivo

quanto, piuttosto, nella impossibilità di utilizzare la prestazione lavorativa.

La dottrina era apparsa divisa sull'argomento riconoscendosi, da parte di alcuni autori¹, che tra disciplina codicistica e regolamentazione concorsuale non vi fosse incompatibilità quanto, piuttosto, derivasse dalle stesse che l'apertura della procedura non realizzava la cessazione *ipso iure* del rapporto di lavoro pendente che, di contro, risultava sospeso dal momento dell'apertura, sino a quando il curatore non avesse operato la scelta tra la sua risoluzione e prosecuzione, e che per aversi la prima avrebbe dovuto osservare l'obbligo del *preavviso*, previsto dall'art. 2118 cod. civ., con conseguente corresponsione, in caso contrario, della indennità sostitutiva.

L'art. 172 CCI, in linea di continuità con l'art. 72 l.f., regola i contratti che, alla data di apertura della liquidazione giudiziale, risultino ancora ineseguiti, o non compiutamente eseguiti nelle prestazioni principali da entrambe le parti, prevedendone la sospensione sino a quando il curatore, a seguito dell'interpello ed assegnazione conseguente, da parte del giudice, di un termine, non superiore a *sessanta* giorni, non decida se sciogliersi dal contratto o subentrare in esso, con l'autorizzazione del comitato dei creditori, dispo-

sizione non toccata dal correttivo che, al contrario, è intervenuto modificando l'art. 189.

3. La nuova regolamentazione

La legge delega n. 155 del 2017, all'art. 7, comma sette, ha espressamente previsto dover essere la disciplina degli effetti della procedura, sui **rapporti di lavoro subordinato**, “...*coordinata con la legislazione vigente in materia di diritto del lavoro, per quanto concerne il licenziamento, le forme assicurative e di integrazione salariale, il trattamento di fine rapporto e le modalità di insinuazione al passivo*”, e l'art. 189, nella originaria stesura, ha realizzato quanto stabilito dalla legge delega anche in ragione dei principi – come si legge nella relazione illustrativa – “...*espressi dall'art. 24 della Carta Sociale Europea (richiamato anche dall'art. 2 lettera p) della legge delega, oltreché dall'art. 30 della c.d. Carta di Nizza*”, sicché è stata dettata una regolamentazione specifica di essi, “...*muovendo dall'ormai condiviso principio secondo cui la liquidazione giudiziale, nei casi diversi dall'esercizio dell'impresa da parte del curatore, comporta la sospensione dei rapporti di lavoro in attesa delle decisioni del curatore...*”, con conseguente applicazione delle regole generali del recesso, a seconda che l'impresa, dichiarata decotta occupi più o meno di **quindici** dipendenti, nel semestre antecedente l'apertura del concorso, ovvero quante volte con la sentenza sia stato disposto l'esercizio di essa, o la continuazione dell'attività sia stata ritenuta indispensabile dal curatore, con l'autorizzazione del comitato dei creditori, dovendo la decisione di questi di recedere dal rapporto avvenire nelle forme proprie, in ragione del numero dei dipendenti occupati, se superiore a **quindici**, nell'arco di **centoventi** giorni (art. 189, sesto comma).

¹ GRASSETTI, *Fallimento e rapporto di lavoro*, in *Giur.comm.*, 1974, I, 41, ove ha affermato che il contratto non si risolveva di diritto, con l'apertura della procedura venendosi a realizzare una ipotesi di “*quiescenza*” del rapporto, determinata dalla “*temporanea impossibilità della prestazione*”, mentre la giurisprudenza ha ritenuto applicabile l'art. 72 l.f. con la conseguenza che il rapporto di lavoro rimaneva sospeso sino a quando il curatore non avesse deciso, nella ricorrenza dei relativi presupposti, di recedere dallo stesso per giustificato motivo oggettivo (Cass., 5 febbraio 1980, n. 799, in *Dir.fall.*, 1980, II, 117; Tribunale Roma, 19 giugno 1985, in *Il fallimento*, 1985, 1294. In dottrina, CAIAFA A., *I rapporti di lavoro nelle crisi di impresa*, Padova, 2004, 21).

Il rapporto di lavoro rivisitato dal correttivo

Infatti l'art. 189, al decimo comma, prevede nel testo licenziato dal correttivo che durante l'*esercizio dell'impresa* del debitore, in liquidazione giudiziale, i rapporti di lavoro subordinato in essere proseguono "...*salva la facoltà del curatore di procedere al licenziamento o di sospendere*" gli stessi, con applicazione delle disposizioni della norma in commento².

L'art. 376, del CCI, rubricato ("*crisi dell'impresa e rapporti di lavoro*"), nel modificare l'art. 2119 cod. civ. ha espressamente operato la sostituzione del secondo comma, precisando non costituire *giusta causa* di risoluzione del contratto la *liquidazione coatta amministrativa* dell'impresa ed ha rinviato al codice della crisi la individuazione degli effetti dell'apertura della *liquidazione giudiziale* sui rapporti di lavoro, sì da essere questi, per l'appunto, regolati nell'ambito di tale procedura, in via esclusiva dall'art. 189, che al primo comma precisa non costituire la liquidazione giudiziale "...*motivo di licenziamento*", attraverso, invero, l'utilizzo di una espressione impropria, dal momento che il legislatore aveva inteso affermare che l'apertura della procedura non determinasse l'effetto risolutivo *ipso iure* previsto dall'art. 2119 cod. civ. precisando, per l'appunto, che la risoluzione, se attuata prima del periodo di *quattro* mesi doveva avvenire nelle forme previste dalla disciplina propria del rapporto di lavoro, nel rispetto delle forme e modalità a seconda che vi fosse stata continuazione dell'esercizio dell'attività di impresa ovvero fossero sussistite, sin dall'inizio, evidenti ragioni per escludere la possibile la realizza-

zione di una *vicenda traslativa* dell'azienda, o di singoli rami, *temporanea* (*affitto*), ovvero *definitiva* (*vendita*), così come, espressamente risulta previsto e confermato ora al comma terzo della norma, che impone al curatore di comunicare "*per iscritto il recesso*", aggiungendo che, in ogni caso, decorso il termine di *quattro* mesi, dalla data di apertura della liquidazione giudiziale, ove il curatore non abbia provveduto al subentro, i rapporti che non siano già cessati si dovranno considerare risolti, con decorrenza dalla data di apertura della liquidazione giudiziale "*salvo quanto previsto al quarto comma*".

L'apertura della liquidazione giudiziale determina, quindi, la sospensione del rapporto sino a quando il curatore, con l'autorizzazione del giudice delegato, sentito il comitato dei creditori, non comunichi "*per iscritto*" al personale in organico l'intenzione di subentrare nel rapporto, "...*assumendo i relativi obblighi, ovvero il recesso*".

Risulta confermata la previsione che, in ogni caso, il recesso ha effetto dalla data di apertura della liquidazione giudiziale, così come il subentro del curatore decorre dalla comunicazione da questi effettuata ai lavoratori. Si tratta di una puntualizzazione opportuna in quanto ha permesso di risolvere la *querelle* in ordine alla permanenza dell'obbligo, da parte del curatore, di dover corrispondere la retribuzione qualora sia stata autorizzata con la sentenza la continuazione dell'attività di impresa in ragione della previsione della prosecuzione dei rapporti di lavoro in essere non essendo, in effetti, chiaro cosa avesse inteso, il legislatore affermare nel prevedere "*la facoltà del curatore di procedere al licenziamento o di sospendere i rapporti*".

Appare corretto ritenere che attraverso la diversa formulazione si sia inteso, nel preve-

² In precedenza il testo prevedeva "...*salvo che il curatore non intenda sospenderli o esercitare la facoltà di recesso ai sensi della disciplina lavoristica vigente*" con applicazione dei commi da due a sei ed otto del medesimo articolo.

Il rapporto di lavoro rivisitato dal correttivo

dere gli effetti della risoluzione o dal subentro, chiarire che nonostante la **natura sinalagmatica** del contratto, quante volte non vi sia prestazione lavorativa, per non essere il curatore subentrato nel rapporto, non matura il diritto alla retribuzione.

3.1. La risoluzione dei rapporti

È stata espunta la davvero inutile previsione della trasmissione all'Ispettorato Territoriale del lavoro del luogo ove è stata aperta la liquidazione giudiziale, da parte del curatore, dell'elenco dei dipendenti, entro il termine di **trenta** giorni, di cui era stata prevista la proroga da parte del giudice delegato, qualora l'impresa stessa avesse occupato più di **cinquanta** dipendenti, in funzione, invero, di quanto era stato previsto al quarto comma dell'art. 189, in ragione della circostanza di essere stato riconosciuto al direttore dell'Ispettorato, ove avesse ritenute sussistenti le possibilità di ripresa, o trasferimento a terzi dell'azienda o di un ramo, di richiedere al giudice delegato, "*almeno quindici giorni prima della scadenza del termine di cui al terzo comma*", una proroga dei **quattro** mesi, previsione attraverso la quale si era inteso riconoscere un potere di negoziazione in alternativa al medesimo potere attribuito al curatore, dal correttivo mantenuto in favore dei "**singoli lavoratori**" con la soppressione della previsione limitativa di avere "*...in tal caso la proroga (...) effetto solo nei confronti dei lavoratori istanti*".

Attraverso, il **terzo comma** si è inteso ribadire che in assenza della prosecuzione dell'attività, perché non disposta con la sentenza, o richiesta dal curatore, ovvero quando non sussistano i presupposti per un trasferimento di azienda o di un singolo ramo questi deve procedere, **immediatamente**, alla risolu-

zione dei rapporti, comunicandola per iscritto e, comunque, gli stessi, decorso il termine di **quattro** mesi, previsto dal primo comma, ove non cessati prima, per volontà di una delle parti, devono intendersi risolti di diritto e che, in tal caso, troverà applicazione la relativa disciplina, secondo il numero dei dipendenti.

L'art. 189, **quarto comma**, nel testo ora emendato dal correttivo, al fine di incentivare la salvaguardia dei livelli occupazionali, aveva previsto, qualora fosse ipotizzabile la ripresa dell'attività, ovvero il trasferimento dell'azienda, o di singoli rami, la possibilità per il curatore, il direttore dell'Ispettorato Territoriale del Lavoro del luogo ove è stata aperta la liquidazione giudiziale, i singoli lavoratori, personalmente, o attraverso un difensore munito di procura, dallo stesso autenticata, di chiedere al giudice delegato, con istanza da depositarsi presso la cancelleria del tribunale almeno **quindici** giorni prima della scadenza del termine di **quattro** mesi, una proroga dello stesso.

Tale previsione è stata opportunamente ridimensionata, con riconoscimento al curatore ed ai lavoratori, rimessa la relativa valutazione e lo scrutinio positivo, in ordine all'oggetto della richiesta, al giudice delegato, che in presenza della ritenuta sussistenza dei presupposti di una ripresa dell'attività lavorativa o del trasferimento a terzi dall'azienda, può concedere un termine, non superiore a **otto** mesi, perché possano essere assunte dal curatore le correlate determinazioni in ordine alla possibile realizzazione della **vicenda traslativa**, ovvero della **continuazione temporanea dell'attività**, e non già dell'**impresa**, cui fa riferimento la norma, dal momento che l'esercizio di essa può essere disposto dal tribunale solo con la sentenza che apre la procedura concorsuale.

Il rapporto di lavoro rivisitato dal correttivo

Prevedeva la norma che nell'ipotesi in cui il curatore “...nel termine così prorogato” non avesse provveduto “...al subentro o al recesso”, i rapporti che non fossero cessati, per altre ragioni, avrebbero dovuto intendersi risolti di diritto, con decorrenza dalla data di apertura della liquidazione giudiziale e che a ciascun lavoratore, nei cui confronti fosse stata disposta la proroga, fosse riconosciuta una indennità, non assoggettata a contribuzione previdenziale, di un importo pari a **due** mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento, per il calcolo del trattamento di fine rapporto, per ogni anno di servizio, “...in misura comunque non inferiore a **due** e non superiore a **otto** mensilità”, ammessa al passivo come credito successivo all'apertura della liquidazione giudiziale e, dunque, collocato in **prededuzione**.

Con l'originaria previsione il legislatore aveva inteso porre una deroga al principio della sospensione automatica del rapporto, prevedendo una indennità non già per essere il curatore subentrato nel contratto, ed aver poi deciso la risoluzione di esso, quanto, piuttosto, al contrario per non aver operato nel termine prorogato il recesso.

Il riconoscimento del danno era stato parametrato al periodo massimo dalla legge riconosciuto di proroga, attraverso la previsione di una indennità che, non poteva essere inferiore a **due** mensilità e superiore ad **otto**, ovvero al termine per il quale la proroga, per consentire al curatore di assumere le determinazioni, poteva essere concessa.

Poco rassicurante era stato ritenuto il riferimento al termine di proroga cui era stato correlato, nell'ipotesi di inerzia del curatore, l'effetto risolutivo di diritto che, invero, avrebbe avuto una giustificazione solo nell'ipotesi in cui il curatore fosse rimasto totalmente inerte, per essere collegato al com-

portamento omissivo il riconoscimento di una indennità che, correttamente, in tal caso, era stata commisurata, seppur indirettamente, al termine massimo di proroga (**otto** mesi) deciso del giudice delegato³.

La non condivisione immediata della decisione assunta dal curatore, non avallata dal giudice delegato, può ora riguardare la **misura del termine**, ovvero anche le stesse **prospettive di ripresa delle attività o di trasferimento dell'azienda**, con la conseguenza che il curatore si troverà nella situazione di procedere immediatamente al recesso, che deve ritenersi implicitamente autorizzato in conseguenza del diniego in ordine alla proroga.

Il correttivo ha eliminato la previsione del riconoscimento di una indennità e, conseguentemente, previsto che la risoluzione del rapporto avvenga con la modalità di cui al terzo comma, secondo e terzo periodo

Evidenti erano le criticità e difficoltà discendenti dalla applicazione dal **quarto comma** dell'art. 189 soprattutto – come già sottolineato – quante volte l'istanza non fosse presentata dal curatore, atteso che in siffatta ipotesi sarebbe stato ben più difficile giustificare

³ CAIAFA A., *La disciplina nei rapporti di lavoro nel nuovo Codice della crisi e nell'insolvenza dell'impresa*, Roma, 2020, 108, ove ho sottolineato che pure essendo la disciplina pienamente conforme ai principi fissati dalla legge delega, che ha richiesto che la normativa, con riferimento alla liquidazione giudiziale dovesse essere “*coordinata con la legislazione vigente in materia di diritto del lavoro, per quanto concerne il licenziamento*”, in conseguenza di quanto espressamente stabilito dall'art. 24 della Carta Sociale Europea, oltreché dall'art. 30 della c.d. Carta di Nizza, tuttavia ha inteso riconoscere l'intervento dell'Ispettorato territoriale del lavoro al fine di sollecitare da parte del giudice delegato l'assegnazione di un termine, che avrebbe indotto il curatore alla immediata risoluzione dei rapporti, in ragione delle conseguenze discendenti dalla previsione di una indennità con collocazione prededuttiva.

Il rapporto di lavoro rivisitato dal correttivo

un comportamento omissivo dello stesso, in ordine alla decisione di *subentrare* o *recedere* dai rapporti di lavoro, che non fossero già cessati, nel termine assegnato dal giudice delegato, in relazione, per l'appunto, alla richiesta da questi non formulata, per la cui presentazione era stato previsto il termine di **quindici** giorni prima del decorso di **quattro** mesi per il quale, non essendo riconosciuto alcun sostegno al reddito, il legislatore aveva individuato, quale rimedio, il riconoscimento di una indennità, in conseguenza del comportamento inerte ed omissivo del curatore e che, prima ancora di stabilirne la natura della relativa collocazione – ovvero se *chirografaria*, *privilegiata* o *preduttiva* per come disciplinata – difficilmente sarebbe stato indotto a depositare l'istanza, in ragione delle conseguenze discendenti dalle difficoltà di realizzare, concretamente, la ripresa dell'attività, ovvero il trasferimento a terzi dell'azienda, attraverso la vendita o l'affitto.

La modifica dell'art. 190, il cui contenuto è molto diverso da quello stabilito originariamente dall'art. 195, predisposto dalla **Commissione Rordorf** che, nella ricorrenza dei requisiti previsti dall'art. 3, comma primo, lettere b) e c) del d.lgs. n. 22 del 2015, aveva inteso riconoscere ai lavoratori, il cui rapporto non fosse stato risolto, a partire dalla data di apertura della liquidazione, un trattamento equivalente alla *Naspi*, con diversa denominazione (*Naspilg*), la cui cessazione era stata ancorata alla comunicazione del subentro del curatore nel rapporto di lavoro, mentre la durata non poteva superare, comunque, quella massima fissata per la *Naspi*, che avrebbe trovato applicazione quante volte, poi, fosse stato risolto il rapporto di lavoro, nel termine e con le modalità di cui all'art. 194 (ora 189), pur se la sommatoria del trattamento della fa-

se di sospensione e quello per il tempo successivo non avrebbe potuto mai superare la durata massima della *Naspi* stessa, ha inciso sulla decisione dello stesso personale dipendente di scegliere la risoluzione del rapporto al fine di poter beneficiare del sostegno al reddito, non essendo assicurato il mantenimento della **condizione di occupato**.

Attraverso l'art. 190 – con l'aggiunta del comma uno *bis* – è stata operata la equiparazione delle ipotesi di cessazione del rapporto di lavoro, ai sensi dell'art. 189, alla “...**perdita involontaria della occupazione**”, con riconoscimento, in favore del lavoratore, del trattamento *Naspi*, alla condizione della ricorrenza dei requisiti di cui al d.lgs. n. 22 del 2015 e, quindi, nei casi, partitamente, previsti dal terzo comma dell'art. 189, ovvero di risoluzione di diritto dei rapporti, con decorrenza dalla data di apertura della liquidazione giudiziale, qualora, decorso il termine di **quattro** mesi il curatore non abbia comunicato il subentro o provveduto alla risoluzione e, ancora, dal **quinto comma**, dello stesso art. 189, con il quale è stato previsto che le **dimissioni del lavoratore**, “...*trascorsi quattro mesi dall'apertura della liquidazione giudiziale...si intendono rassegnate per giusta causa ai sensi dell'art. 2119 del codice civile*”, con effetto dalla data di apertura della liquidazione giudiziale, con equiparazione alle ipotesi di **perdita involontaria dell'occupazione**, al fine del riconoscimento del trattamento *Naspi*, sempre nella ricorrenza dei requisiti di cui al d.lgs. n. 22 del 2015.

Sarebbe stata utile ed opportuna una rivisitazione dell'art. 190 per la prevista possibilità, nell'ipotesi di perdita involontaria dell'occupazione, per i lavoratori non solo di poter godere del trattamento NASPI, nella ricorrenza dei requisiti di cui all'art. 3 del d.lgs. 4 marzo 2015, n. 22 e, altresì, degli altri benefici, rivenienti dall'art. 8, in termini di possibilità per il lavo-

Il rapporto di lavoro rivisitato dal correttivo

ratore di ottenere la liquidazione anticipata, in un'unica soluzione, dell'importo complessivo del trattamento, se ancora non erogato, al fine dell'avvio di “una attività lavorativa autonoma o di impresa individuale o per la sottoscrizione di una quota di capitale sociale di una cooperativa nella quale il rapporto mutualistico ha ad oggetto la prestazione lavorativa da parte del socio”, (art. 8 d.lgs. n. 22 del 2015), rivitalizzando la diversa previsione operata dalla *Commissione Rordorf*, nel testo consegnato al Governo, che aveva inteso fornire una tutela di sostegno al reddito, percepibile per i primi di quattro di sospensione del rapporto, prevista all'art. 189, primo comma, e suscettibile di essere riassorbita nell'ambito dei dodici mesi della prestazione.

Lo stesso interesse della giurisprudenza in relazione alla corretta interpretazione della richiamata norma (art. 8, comma quarto), in riferimento agli artt. 3 e 4, primo comma, 36 e 41 Cost. nella parte in cui risultava prevista, senza alcuna possibilità di valutare il caso concreto, l'obbligo del lavoratore di restituire l'intera anticipazione, senza limitazione alcuna, quante volte non avesse potuto proseguire, per causa sopravvenuta a lui non imputabile, l'attività di impresa, per la quale l'anticipazione gli fosse stata erogata, rende evidente quanto importante sarebbe stata la riproposizione della norma, in quanto in grado di consentire al personale interessato di godere della “condizione di occupato”, per l'intero periodo di scrutinio da parte del curatore della sussistenza di concrete possibilità di procedere al trasferimento dell'azienda, o del singolo ramo, con conseguente tutela del livello occupazionale⁴.

⁴ Corte Cost., 20 maggio 2024, n. 90 in *Dir.prat.lav.*, 2024, 1467 che ha pronunciato, per irragionevolezza e per la lesione del diritto al lavoro, la illegittimità costituzionale dell'art. 8, comma quarto, del d.lgs. 4

3.2. La disciplina applicabile

La funzione che compete al curatore, quale garante delle posizioni creditorie concorrenti, ha indotto il legislatore a riconsiderare il tema occupazionale, ciò in quanto, prima che fossero emanate le disposizioni per dare attuazione alla direttiva comunitaria in materia di **licenziamenti collettivi**⁵, la dottrina si era espressa attraverso valutazioni confliggenti in ordine alla disciplina applicabile nell'ipotesi in cui il recesso fosse attuato nell'ambito di una **procedura concorsuale liquidatoria**, qualora avesse riguardato una **pluralità** di dipendenti e non già la **totalità**, essendosi ritenuto possibile ricondurre la fattispecie nell'ambito della disciplina dettata dalla legge n. 604 del 1966, solo nel caso della definitiva soppressione dell'attività economica dell'impresa⁶.

marzo 2015, n. 22 nella parte in cui non limita l'obbligo restitutorio dell'anticipazione della NASPI, qualora il lavoratore non abbia potuto proseguire, per causa a lui non imputabile, l'attività di impresa per la quale aveva richiesto a titolo di incentivo la liquidazione anticipata dell'intero importo complessivo. Sul tema ZUMBO, *Anticipazione NASPI e successiva attività di lavoro subordinato per la Corte la revoca è sempre legittima*, in *Giur.cost.*, 2021, 1989; VALENSISE, *Corte costituzionale incentivo alla autoimprenditorialità*, in *Mass.giur.lav.*, 2021, 1011, con riferimento alla precedente decisione n. 194 del 1991, 2 maggio 1991; CAIAFA A., *La disciplina dei rapporti di lavoro nel nuovo codice della crisi e dell'insolvenza dell'impresa*, Roma, 2020, 84 con riferimento in particolare al testo riformato.

⁵ Direttiva n. 75/129/Cee; direttiva n. 92/56/Cee; direttiva n. 98/59/Cee.

⁶ GENTILI-BALLESTRERO, *Orientamenti e nuove prospettive giurisprudenziali sui licenziamenti collettivi*, in *Riv.giur.lav.*, 1975, I, 259 e, per il diverso orientamento, BELFIORE, *Appunti in tema di licenziamento collettivo per riduzione di personale*, in *Giur.mer.*, 1978, 516; CARUGNO, *Licenziamento collettivo e licenziamento individuale plurimo*, in *Giur.it.*, 1987, I, 1380; PAPALEONI, *Rapporti tra licenziamenti per riduzione di personale e l'art. 3 della legge n. 604 del 1966*, in *Dir.lav.*, 1979, I, 451;

Il rapporto di lavoro rivisitato dal correttivo

È apparsa coerente la scelta di ritenere la situazione non diversa a seconda che l'attività possa essere o meno ripresa ed essere, quindi, possibile ricorrere alle modalità previste dalla legge 23 luglio 1991 n. 223, seppur ora trova applicazione, in deroga a quanto stabilito dall'art. 4, commi da due a otto, attraverso le disposizioni individuate, rispettivamente, alle lettere da *a)* a *g)* del sesto comma dell'art. 189, anche quando l'attività risulti cessata e non sussistano le possibilità per una sua ripresa e, dunque, il curatore intenda risolvere tutti i rapporti di lavoro.

Attraverso il **comma sesto** – interamente confermato dal correttivo – il legislatore ha tenuto conto della circostanza che una normativa nazionale che non tenesse conto delle indicazioni unionali avrebbe violato il principio della **tutela giurisdizionale effettiva**, che costituisce un principio generale del **diritto comunitario**, posto che una normativa nazionale che istituisca procedure che consentano ai rappresentanti dei lavoratori di far controllare che il datore di lavoro osservi il complesso degli obblighi di informazione e di consultazione della direttiva e riconosca il diritto di azione anche a ciascun lavoratore, colpito da un licenziamento collettivo, subordinandola a limiti ed a condizioni, non è idonea a violare il richiamato principio⁷.

Le modalità, dunque, per poter procedere alla risoluzione dei rapporti di lavoro, qualora sussistano “**manifeste ragioni economiche inerenti l'assetto dell'organizzazione del lavoro**”, sono diverse a seconda del numero dei

lavoratori interessati e di quelli occupati, nel senso che sarà possibile procedere al licenziamento per **giustificato motivo oggettivo** se l'impresa assoggettata alla liquidazione giudiziale occupi meno di **quindici** dipendenti, nel semestre antecedente l'apertura della procedura, trovando, diversamente, applicazione la disciplina prevista dal sesto comma per il **licenziamento collettivo** “...secondo le previsioni di cui agli artt. 4, comma primo, e 24 comma primo della legge 23 luglio 1991, n. 223”, per la cui applicazione sono state previste e confermate dal correttivo specifiche deroghe, rispetto a quanto dettato dall'art. 4, commi da due ad otto, della stessa legge, per un adattamento alla peculiarità della liquidazione giudiziale.

Con riferimento alla **liquidazione giudiziale** – ed ora anche alla **controllata** – si è posto il quesito se l'attività di impresa possa intendersi cessata nel momento in cui la sua prosecuzione non sia stata autorizzata (art. 104 l.f. e, in continuità, art. 211 CCI), dal tribunale o dal giudice delegato, quante volte non sia stato autorizzato **l'esercizio dell'impresa**, né avanzata o autorizzata alcuna proposta di prosecuzione dell'attività e risultino, tuttavia, poste in essere delle iniziative da parte del curatore (o liquidatore) di tipo conservativo, sì da dover ritenere che, in effetti, l'attività aziendale non sia da considerarsi definitivamente cessata.

A tal riguardo si pone, difatti, la necessità di dover stabilire, nelle ipotesi in cui la legge ha previsto una particolare tutela – come avviene nell'ipotesi regolata, dapprima dalla legge n. 204 del 1971, oggi trasfuso nell'obbligo previsto dall'art. 54 del d.lgs. n. 151 del 2001 – in favore della **lavoratrice in stato di gravidanza**, dal momento del concepimento sino al compimento del primo anno

CAIAFA A., *I rapporti di lavoro e la tutela del credito nella crisi di impresa*, Torino, 2011, 295.

⁷ Corte Giust., 13 marzo 2007, in causa C432/05 in *Riv.dir.it.*, 2007, 1196; Corte Giust., 3 settembre 2008, cause riunite C402/05 e C405/05 *ibidem*, 2008, 1156.

Il rapporto di lavoro rivisitato dal correttivo

del bambino, se debba prevalere una concezione *sostanziale-naturalistica*, ovvero *formale-giuridica* dell'evento "*cessazione*", atteso che, in ragione di quanto previsto dall'art. 104 l.f., ed ora 211 CCI, con la sentenza che dispone l'apertura della liquidazione giudiziale si ha una *cessazione formale* dell'attività e, pertanto, se il divieto di licenziamento, nei casi regolati in modo specifico dall'art. 54, del d.lgs. n. 151 del 2001, debba ritenersi escluso, trattandosi di fattispecie normativa di stretta interpretazione, qualora pur non essendo stato disposto l'esercizio dell'impresa l'attività sia, tuttavia, proseguita per fini esclusivamente *conservativi e liquidatori*.

La Suprema Corte, in proposito, ha ritenuto che del concetto di cessazione dell'attività, regolato dall'art. 54, deve darsi una lettura rigorosa, nel senso che deve ritenersi esclusa "*dal suo perimetro operativo, ogni possibilità che comporti, in qualche modo, la continuazione o la persistenza dell'impresa, a qualsiasi titolo essa avvenga, avvalorando, quindi, un profilo sostanziale e non formale del fenomeno cessazione*", ciò in quanto "*una lettura della norma che privilegi la tutela dei diritti della lavoratrice madre rispetto ai diritti patrimoniali, sottesi in qualche modo alla salvaguardia della par condicio creditorum...è conforme al disposto dell'art. 37 Cost., che riconosce, nelle condizioni di lavoro, una speciale adeguata protezione alla madre e al bambino per l'adempimento della essenziale funzione familiare*"⁸.

⁸ Cass., 19 dicembre 2023, n. 35527; Cass., 2021, n. 13861; Cass., 2005, n. 10391; Cass., 1996, n. 5521; Corte Cost. 1986, n. 137 che hanno precisato costituire la norma una applicazione nel settore del lavoro, del disposto più generale dell'art. 3 Cost., che assicura a tutti i cittadini pari dignità sociale ed uguaglianza dinanzi alla legge, senza distinzione tra l'altro di ses-

Ne consegue, quindi, che solo nell'ipotesi di *effettiva cessazione* dell'attività potrà procedersi alla risoluzione del rapporto e che, pertanto, qualora le attività di liquidazione non siano iniziate o vengano autorizzate attività conservative, al fine di realizzare una *vicenda traslativa temporanea o definitiva* dell'azienda, non potrà il *curatore*, ed il *liquidatore* nel caso della *controllata*, derogare al divieto di licenziamento di cui all'art. 54, comma terzo, lettera *b*) del d.lgs. n. 151 del 2001.

Il motivo oggettivo di licenziamento può identificarsi, a seconda delle possibili soluzioni perseguibili, nella generica esigenza di *riduzione del personale*, sì da giustificare l'osservanza di un *iter* procedimentale ai fini del controllo della conformità della scelta dei lavoratori da licenziare ed anche, per espressa previsione al di là dello stesso presupposto numerico e temporale, qualora, di contro, sia stata accertata l'*impossibilità di una prosecuzione temporanea*, in relazione alla constatata inadeguatezza delle condizioni perché l'attività, pur se temporaneamente, possa essere proseguita e debba, quindi, procedersi alla risoluzione di tutti i rapporti ancora pendenti.

Appare essere necessario operare una ricostruzione della relativa fattispecie del *licenziamento individuale economico*, ovvero per giustificato motivo oggettivo e, dell'altro, *collettivo* muovendo, necessariamente, dalla ricostruzione, in estrema sintesi, delle condizioni che ebbero ad indurre il legislatore ad individuare una *tutela forte*, attraverso l'art.

so, e dell'art. 4 Cost., che sancisce il diritto al lavoro con la garanzia della sua effettività; Corte di Giustizia, UE 29 ottobre 2009, n. 63, che ha sottolineato l'esigenza di rendere effettiva la tutela della lavoratrice madre in caso di licenziamento.

Il rapporto di lavoro rivisitato dal correttivo

18 della legge 20 maggio 1970, n. 300 che, per l'appunto, emanata al fine di tutelare la libertà e dignità dei lavoratori, nonché sindacale, nei luoghi di lavoro, nel completare la disciplina rinveniente dalla legge 15 luglio 1966, n. 604, relativa ai licenziamenti individuali, ha consentito ai lavoratori licenziati, quante volte fosse stata accertata la illegittima risoluzione del rapporto, di ottenere la reintegrazione nel posto di lavoro.

Si è avuto, poi, nel tempo una vera e propria espansione della *tutela reale*, in conseguenza di quanto previsto dall'art. 1 della legge 11 maggio 1990, n. 108 a seguito della decisione della Corte Costituzionale⁹ di ammissione della richiesta del referendum abrogativo e, ancora, per la estensione, in attuazione della direttiva 75/129 del Consiglio del 17 febbraio 1975, ai licenziamenti collettivi regolati dall'art. 24 della legge n. 223 del 1991.

Le disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro, in una prospettiva di crescita, adottate dal legislatore nell'ambito del voluto disegno riformatore, attraverso la legge 28 giugno 2012, n. 92, ha determinato una rivisitazione dei *regimi reintegratori* ed *indennitari*, non più ancorati, esclusivamente al numero dei dipendenti occupati ma attraverso un criterio di graduazione e differenziazione legato ad una data (7 marzo 2015) individuata al fine di distinguere la tutela ed il relativo diverso regime, nel caso di licenziamento illegittimo, per i lavoratori assunti successivamente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 23 del 2015.

Dalla indicata data è stato possibile individuare un regime caratterizzato dalla originaria previsione, volta ad assicurare una *tutela rea-*

le piena, con reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, in termini non difforni da quelli attuati dall'art. 18 della legge n. 300 del 1970, ed altre ipotesi in grado di dar luogo ad una reintegrazione, con una tutela complessivamente *attenuata*, ovvero ancora, ad una esclusivamente *compensativa*, senza reintegrazione nel posto di lavoro.

Nel caso del licenziamento individuale economico, ovvero per giustificato motivo oggettivo, la reintegrazione è riservata alle ipotesi in cui sia stata accertata la illegittimità per essere risultato il motivo dedotto, allegato dal datore di lavoro, insussistente ed essere ciò manifesto, essendo stata rimessa al giudice ogni valutazione ulteriore, con la precisone che la tutela reale trova applicazione e dipende, esclusivamente, dalla inesistenza o meno del giustificato motivo oggettivo, per avere i giudici della Consulta dichiarato incostituzionale l'art. 18, comma settimo, secondo periodo della legge n. 300 del 1970, come modificato dall'art. 1, comma quarantadue, lettera *b*) della legge 28 giugno 2012, n. 92, limitatamente alla parola "*manifesta*"¹⁰.

Con riferimento al *licenziamento collettivo*, anch'esso per giustificato motivo economico, nel tempo si è avuta una diversificazione per quel che attiene le conseguenze discendenti da una eventuale accertata illegittimità, in conseguenza di quanto previsto dalla legge n. 92 del 2012, che ha escluso la reintegrazione nel caso in cui la illegittimità risulti consistere nella violazione delle *regole del procedimento* e la reintegra riconosciuta nell'ipotesi in cui non si sia tenuto conto dei *criteri di scelta legali* o *previsti dagli accordi sindacali*.

⁹ Corte Cost., n. 65, 2 febbraio 1990, in *Foro it.*, 1990, I, 747.

¹⁰ Corte Cost., 19 maggio 2022, n. 125, in *Foro it.*, 2022, I, 1889.

Il rapporto di lavoro rivisitato dal correttivo

Successivamente, il Jobs Act ha attuato una regolamentazione ancora differente, riferita ad un nuovo tipo di contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, a **tutele crescenti**, che si è sovrapposto a quello precedente, stabilendo un diverso regime di tutela nel caso di licenziamento illegittimo per i lavoratori assunti successivamente alla entrata in vigore del d.lgs. n. 23 del 2015.

È stato così, ancora una volta, ridefinito il perimetro della tutela **reintegratoria** ed **indennitaria**, con esclusione della prima nel caso di **licenziamento individuale economico**, ossia per **giustificato motivo oggettivo** e, altresì, di quello **collettivo**, deciso per identiche ragioni, con conseguente soppressione della tutela reintegratoria prevedendo, esclusivamente, quella indennitaria anche nel caso di violazione dei criteri di scelta.

Nel prosieguo il d.l. n. 87 del 2018 si è limitato, esclusivamente, a stabilire una diversa misura dell'indennizzo, attraverso l'art. 3, confermando tuttavia le tutele crescenti, senza nulla aggiungere con riferimento ai **licenziamenti collettivi**. Il rapporto tra tutela **reintegratoria** ed **indennitaria**, in conseguenza del regime introdotto dal d.lgs. n. 23 del 2015, è ancora stato modificato in ragione di quanto affermato dalla Corte Costituzionale, con due pronunce successive: **i)** la **prima**, già richiamata, che è intervenuta sull'art. 18, comma settimo, secondo periodo, della legge n. 300 del 1960, con la quale ha stabilito che il giudice qualora accerti la **manifesta insussistenza del fatto**, posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, può applicare la disciplina di cui al medesimo art. 18, comma quarto; **ii)** la **seconda** con la quale è stata dichiarata la illegittimità costituzionale della medesima disposizione limitatamente alla parola "**manifesta**".

Sulla tutela indennitaria sono intervenute altre due pronunce, sempre della stessa Corte Costituzionale, con le quali è stata dichiarata la illegittimità dell'art. 3, comma primo del d.lgs. n. 23 del 2015, nel testo originario e quello modificato dall'art. 3, comma primo, d.l. n. 87 del 2018, limitatamente alle parole di "**importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio**", mentre la seconda pronuncia è intervenuta dichiarando la illegittimità costituzionale dell'art. 4 del d.lgs. n. 23 del 2015, limitatamente alle parole "**di importo pari ad una mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio**", con la conseguenza che la tutela indennitaria è risultata ampliata nella misura in cui l'indennizzo è stato fissato tra un minimo ed un massimo e non è più quantificato in modo rigido tenendo conto solo della anzianità di servizio.

Ci si trova, dunque, dinanzi ad una materia che è il risultato di interventi normativi stratificati e decisioni della stessa Corte Costituzionale che hanno modulato, in ragione delle pronunce adottate, diversamente l'indennità, sì da giustificare un intervento chiarificatore del legislatore¹¹.

La disposta esclusione per i **licenziamenti economici**, della possibilità per i giudici di pronunciare la reintegrazione nel posto di lavoro e prevedere un indennizzo economico, certo e crescente con l'anzianità di servizio, con limitazione del diritto alla reintegra in relazione alle risoluzioni nulle o discriminatorie, ovvero a specifiche fattispecie di licenziamento disciplinare ingiustificate, trova una sua coerente

¹¹ Corte Cost., 22 luglio 2022, n. 183, in *Foro it.*, 2022, I, 2877.

Il rapporto di lavoro rivisitato dal correttivo

spiegazione che con riferimento, in particolare, al **licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo**, in quanto condizionato esclusivamente dall'essere o meno giustificato (artt. 1 e 3 legge n. 604 del 1966), rimessa al giudice, investito dell'impugnazione dell'atto di recesso, di valutare se l'indicato motivo trovi conferma nelle sussistenti ragioni inerenti **i) l'attività produttiva; ii) l'organizzazione del lavoro; iii) il regolare funzionamento** di esso e di verificare la impossibilità di ricollocamento del lavoratore in altre posizioni.

Mentre nel caso di licenziamento collettivo, per giustificato motivo economico, riguardando esso una pluralità di lavoratori, la valutazione della giustificatezza non può che trovare conferma con riferimento agli **indicatori formali**, ovvero il corretto **espletamento della procedura** nei confronti del sindacato, il **numero dei lavoratori** licenziati in un determinato arco di tempo, investendo la ragioni per le quali l'impresa è pervenuta alla decisione di risolvere i rapporti potendo essa trovare giustificazione, alternativamente, nella: **i) crisi economica; ii) ristrutturazione** aziendale; **iii) la riconversione tecnologica** e la stessa **cessazione dell'attività**.

Non vi è dubbio d'altronde che l'espressione **licenziamento economico** include sia quello **individuale**, determinato da un giustificato motivo oggettivo, per come sopra identificato, sia quello **collettivo**, con riduzione di personale che può essere, per l'appunto, anch'esso economico, e seppur questo mantiene una disciplina autonoma e costituisce una fattispecie di riflesso diversa rispetto a quello **individuale**, ciò si giustifica, esclusivamente per avere il legislatore ritenuto indispensabile, al fine della possibile intimazione, lo svolgimento di un **confronto sindacale** per ridurre e governare l'impatto sociale che deriva dalla decisione assunta di risolvere una pluralità di posti di lavoro.

La tutela applicabile nei confronti dei rapporti di lavoro risolti in violazione dei criteri di scelta, a conclusione di una procedura di licenziamento collettivo, diversamente modulata secondo la data di costituzione del rapporto (7 marzo 2015), non è incoerente e, pertanto, con riferimento ad essa non è ravvisabile alcun profilo di manifesta irragionevolezza o arbitrarietà del diverso trattamento sanzionatorio, previsto per quanti fossero stati assunti prima e dopo la data indicata¹².

In siffatta situazione lo scrutinio, in sede giudiziale, non potrà che risolversi nella dimostrazione, che competerà naturalmente al curatore, onerato della relativa prova, della sussistenza del dedotto **giustificato motivo oggettivo** e delle ragioni poste a fondamento del recesso, ma non si estenderà alla verifica della possibilità, o meno, di utilizzare i dipendenti in **mansioni equivalenti** o, ancora, nella esistenza del **nesso di consequenzialità** tra le esigenze indicate e la risoluzione di alcuni rapporti di lavoro, riguardando il licenziamento, in conseguenza della constatata impossibilità della prosecuzione, pur provvisoria, dell'attività, o di una cessione della stessa, tutto il personale in organico¹³.

¹² Corte Cost., 22 gennaio 2024, n. 7, in *Foro it.*, 2024, I, 301, che ha dichiarato essere inammissibile, in quanto prive di motivazione, le questioni di legittimità costituzionale sollevate con riferimento alle disposizioni, in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a **tutele crescenti**, in attuazione della legge 10 dicembre 2014, n. 183, con particolare riferimento alla diversa **modulazione delle tutele**, sul presupposto che la delimitazione temporale non contrasta con il principio di eguaglianza quante volte venga stabilito un trattamento differenziato, applicato anche alle medesime fattispecie, purché in momenti diversi nel tempo, che può costituire elemento di diversificazione delle situazioni giuridiche

¹³ Cass., 7 ottobre 1996, n. 8670, in *Not.giur.lav.*, 1997, 91, pur se con riferimento all'impresa sottoposta a liquidazione coatta amministrativa che ha ritenuto

Il rapporto di lavoro rivisitato dal correttivo

Tali principi, che sembravano essere coerenti con la disciplina concorsualistica, tuttavia non sono stati condivisi ed hanno dato luogo ad un diverso orientamento degli stessi giudici di legittimità¹⁴. La riforma ha inteso dare, comunque, attuazione, nell'ordinamento interno, alla Direttiva Comunitaria 75/129 ed alle integrazioni di essa, ed attraverso un adeguamento dell'*iter procedimentale* ed alcuni correttivi ha stabilito dover trovare applicazione la relativa regolamentazione anche quando il curatore intenda risolvere tutti i rapporti di lavoro, in conseguenza dell'intervenuta cessazione dell'attività e della impossibilità di una sua prosecuzione, ovvero quando, all'esito di essa, non sia stato possibile procedere alla realizzazione di una *vicenda circolatoria* dell'azienda o dei suoi rami.

Al comma sesto – come viene chiarito nella relazione – sono state apportate “...*talune deroghe all'art. 4 commi da due ad otto, di natura non sostanziale, rese necessarie per adeguare le disposizioni alla peculiare fattispecie di licenziamento conseguente ad una*

liquidazione giudiziale dell'impresa” (in tal senso la relazione).

Non è inutile, a tal riguardo ricordare che l'apertura della liquidazione giudiziale, non esclude la possibilità dell'esperimento dell'*esercizio dell'impresa*, pur se nella interpretazione data dalla dottrina esso ha la funzione di ottimizzare la realizzazione del patrimonio che, invero, mal si concilia con lo svolgimento di una attività imprenditoriale, nel senso che esso non è diretto, certamente, alla produzione o scambio di prodotti e servizi, ma ad una migliore liquidazione¹⁵. Il richiamo, quindi, presente nel sesto comma dell'art. 189 si giustifica in ragione del fatto che qualora si intenda cessare l'attività e si voglia, però, procedere alla risoluzione di una parte dei rapporti di lavoro, in misura quantitativamente superiore a quella prevista (*cinque* dipendenti), nell'arco di tempo considerato (*centoventi* giorni), non vi è motivo per non ancorare i criteri di scelta dei lavoratori da licenziare, qualora in posizione di piena fungibilità in ragione delle mansioni espletate, a quelli dal legislatore individuati nei *carichi di famiglia* e nell'*anzianità*¹⁶.

L'adozione dei criteri *legali* o, in alternativa, *contrattuali* può apparire giustificata dalla sussistenza delle possibili condizioni per poter scaglionare nel tempo l'intimazione dei recessi in relazione a quelle attività di liquidazione che la procedura comporta, anche se la scelta delle relative modalità potrebbe incontrare specifiche difficoltà quante volte il curatore non sia in grado di valutare, in modo appropriato, le *esigenze tecnico-produttive* ed *organizzative*, soprattutto quando dovesse apparire piuttosto sfumato il richiesto collegamen-

to essere giustificata l'adozione dei criteri legali o, in alternativa, contrattuali dalla sussistenza delle possibili condizioni per poter scaglionare nel tempo l'intimazione dei recessi in relazione a quelle attività di liquidazione che la procedura comporta; CAIAFA A., *Vicende circolatorie dell'azienda nelle procedure concorsuali*, Padova, 2000, 287.

14 Cass., 2 marzo 2009, n. 5032, in *Il fallimento*, 2009, 1154, con nota di ROTONDI, *Licenziamenti collettivi: obbligo di applicazione della procedura di cui alla legge n. 223/1991 anche all'impresa fallita*; Cass., 8 luglio 2004, n. 12645, in *Dir.fall.*, 2005, II, con nota contraria di CAIAFA A., *Fallimento, licenziamenti collettivi e ordinamento comunitario*, con riferimento in particolare, ai recessi intimati in vista di una cessazione dell'attività, pur se proseguita nel corso della procedura concorsuale, qualora sia risultato impossibile la prosecuzione tramite cessione dell'azienda o di sue parti, in assenza dei presupposti per realizzare una tutela parziale dei livelli occupazionali.

¹⁵ CAIAFA A., *L'esercizio provvisorio*, in *Dalla crisi di impresa al fallimento*, Bari, 2002, I, 231.

¹⁶ CAIAFA A., *I rapporti di lavoro e la tutela del credito nella crisi di impresa*, Torino, 2011, 296.

Il rapporto di lavoro rivisitato dal correttivo

to tra le ragioni aziendali ed i posti di lavoro da sopprimere e, per l'effetto, risultare inadeguati i criteri fissati alla lettera *b)* del sesto comma dell'art. 189.

La comunicazione è necessario che contenga una sintetica elencazione dei motivi che determinano la situazione di eccedenza, oltre quelli tecnici, organizzativi o produttivi che rendono indispensabile il **licenziamento collettivo**, con indicazione del **numero**, della **collocazione aziendale** e dei **profili professionali** e, ancora, dei **tempi di attuazione del programma** di riduzione, nonché delle **eventuali misure programmate** per fronteggiare le conseguenze sul piano sociale di attuazione dello stesso.

La previsione contenuta alla lettera *d)*, attraverso la quale è stato stabilito essere scopo dell'esame congiunto la disamina delle “*cause che hanno contribuito a determinare l'eccedenza del personale*” e, in particolare, “*le possibilità di utilizzazione diversa...nell'ambito della stessa impresa, anche mediante contratti di solidarietà e forme flessibili di gestione del tempo di lavoro*”, con la ulteriore previsione che qualora non fosse possibile evitare la riduzione del personale dovrebbe essere presa in considerazione “*...la possibilità di ricorrere a misure sociali di accompagnamento intese, in particolare, a facilitare la qualificazione e la riconversione dei lavoratori licenziati*”, ancorché non facile da poter essere giustificata nell'ambito della procedura liquidatoria, è stata confermata dal correttivo, pur essendo evidente che la prosecuzione antieconomica dell'attività imprenditoriale non può determinare un danno per la massa, comparativamente superiore agli interessi dei lavoratori a vedere conservato il posto di lavoro.

Avrebbe dovuto essere ritenuta del tutto ingiustificata la soluzione tendente a richiedere al curatore l'assunzione di iniziative che

non possono competergli, essendo la valutazione degli interessi, pur se confliggenti, dei lavoratori con quelli del ceto creditorio condizionata, unicamente, dalla migliore realizzazione dell'attivo¹⁷.

Conclusivamente, seppur è prevista espressamente una deroga in relazione a quanto stabilito dall'art. 4, commi da due ad otto, della legge n. 223 del 1991, l'*iter* procedimentale descritto ancorché più snello, per quel che attiene la individuazione dei termini, tuttavia, comporta obblighi non differenti e correlate conseguenze nell'ipotesi di inosservanza.

Il **nono comma**, con l'espressione lessicale più sintetica¹⁸ ha risolto la *querelle* relativamente alla sussistenza del diritto all'**indennità sostitutiva del preavviso**, prevista nel caso di rapporto di lavoro a tempo indeterminato, riconoscendo la stessa “*come credito anteriore all'apertura della liquidazione giudiziale*”, che unitamente al **trattamento di fine rapporto**, potrà essere ammesso al passivo, così consentendo ai lavoratori interessati di poter richiedere, immediatamente, l'intervento del Fondo di garanzia.

Per quanto concerne poi il **c.d. ticket di licenziamento**, previsto dall'art. 2 comma trentuno della legge n. 92 del 2012, è stata confermata la identica collocazione, sempre che la risoluzione dei rapporti non avvenga successivamente alla fase di prosecuzione dell'attività

¹⁷ Soluzione questa contrastata in passato da parte della dottrina: MENICETTI, *Fallimento, cassa integrazione e licenziamenti collettivi*, in *Fallimento e rapporti di lavoro*, Padova, 1999, 59; MUTARELLI, *Cessazione dell'attività di impresa e obbligo di svolgere la procedura ex artt. 4 e 24 legge 223/91*, in *Riv.it.lav.*, 1997, 851.

¹⁸ L'espressione **recesso, licenziamento, dimissioni, risoluzione di diritto del rapporto** è stata sostituita con la previsione che “*in ogni caso di cessazione del rapporto*”.

Il rapporto di lavoro rivisitato dal correttivo

imprenditoriale, disposta con la sentenza che dichiara aperta la liquidazione giudiziale, ovvero su richiesta del curatore ed autorizzazione del giudice delegato se successiva.

4. La rivisitata regolamentazione nella liquidazione controllata

Con riferimento, in particolare, alla sorte del rapporto, il quadro normativo risultante dalla combinata applicazione delle norme del codice civile e della crisi ha lasciato perplessi e ci si è chiesto la ragione per la quale tra i rapporti giuridici preesistenti, dopo la scelta operata dal legislatore del 1942 di non regolare, tra questi, il rapporto di lavoro ed avere, di contro, riservato una particolare disciplina ad esso nella *liquidazione giudiziale* (art. 189), non si fosse preoccupato di prevederne la regolamentazione anche nel caso della *liquidazione controllata*, risultando il sesto comma dell'art. 270 non diverso dall'art. 172, in ragione della previsione che, laddove il contratto risulti essere ancora ineseguito, o non compiutamente eseguito nelle prestazioni principali da entrambe le parti al momento in cui è aperta la procedura, la esecuzione dello stesso rimane sospesa, con la differente possibilità per il liquidatore, “*sentito il debitore*” – dunque non già il *giudice delegato* – di mantenerlo sospeso sino a quando non dichiararsi di subentrare, assumendo, tuttavia, a decorrere da tale data, tutti i relativi obblighi, con possibilità, per la parte interessata, di mettere in mora il liquidatore facendogli assegnare dal giudice un termine non superiore a **sessanta giorni**, decorso il quale il contratto si intende sciolto.

Nel caso della *liquidazione controllata*, sebbene l'attuale disciplina, così come la precedente, non stabilisce le regole in presenza delle quali l'attività possa essere proseguita,

ovvero se l'apertura della procedura determini la cessazione dell'attività, con la possibilità di una sua ripresa all'esito delle valutazioni, al riguardo, del liquidatore nominato, può ritenersi, invero, così come prevede l'art. 211 nel caso della *liquidazione giudiziale*, costituire la *continuazione temporanea* la naturale conseguenza, quanto meno laddove la prosecuzione non sia tale da arrecare pregiudizio ai creditori, potendo ciò desumersi dalla circostanza che l'ultimo comma dell'art. 270 considera prededucibili i crediti maturati nel corso della procedura, così come stabilito dall'art. 211, *ottavo* comma, sicché sarebbe stata pertanto opportuna una rivisitazione della disciplina, mediante richiamo delle disposizioni che regolano la sorte del rapporto di lavoro e la possibile prosecuzione dell'attività previste per la *liquidazione giudiziale*.

4.1. La tutela dei crediti: il procedimento di accertamento

Il correttivo è invece opportunamente intervenuto al fine di assicurare la necessaria *tutela dei crediti* ed il *procedimento di accertamento*, seppur il venir meno del riparto di attribuzione tra giudice del lavoro e del concorso, proprio ormai di un orientamento uniforme dei giudici di legittimità, contrastato ancora da qualche giudice di merito, avrebbe dovuto trovare corretta sistemazione attraverso una regolamentazione appropriata, avendo previsto il legislatore all'art. 7, *settimo* comma, con riferimento alla *liquidazione giudiziale*, dover essere coordinata la disciplina degli effetti di essa “*con la legislazione vigente in materia di diritto del lavoro*”, non solo, però, con riferimento al *licenziamento*, alle *forme assicurative* e di *integrazione salariale*, al *trattamento di fine rapporto* ma, anche, “*alle modalità di insinuazione al passivo*” e

Il rapporto di lavoro rivisitato dal correttivo

dovere le medesime regole trovare applicazione nella **liquidazione controllata**.

Ed infatti, poiché la procedura concorsuale è improntata ai principi del concorso **formale** e **sostanziale**, i creditori possono partecipare alla distribuzione del ricavato in proporzione delle relative ragioni e nel rispetto di quanto previsto rispettivamente dall'art. 150 (**divieto di azioni esecutive individuali**), dall'art. 151 (**concorso dei creditori**) e dall'art. 204 (**formazione ed esecutività dello stato passivo**), sì da dover essere le posizioni creditorie sottoposte ad un **accertamento unitario**, quali che fossero i titoli o le domande, in astratto, proponibili.

Tali regole non avrebbero dovuto subire una diversa applicazione nel caso della **liquidazione controllata** qualora il credito fosse relativo ad un rapporto di lavoro anche qualora la domanda avesse ad oggetto la **illegittimità, inefficacia, nullità** o **annullamento** del licenziamento, qualora ad una siffatta pronuncia fossero correlate esclusivamente **conseguenze risarcitorie**, ovvero non fosse suscettibile di trovare attuazione l'ordine di reintegrazione che fosse emesso, per essere l'attività cessata prima dell'apertura del concorso, ovvero non continuata successivamente.

Si tratta di una questione controversa in ordine alla quale è più volte intervenuta, anche con pronunce molto difformi tra loro, la Suprema Corte che, in ragione della precisazione operata opportunamente dalla legge delega, avrebbe potuto e dovuto essere oggetto di attenta considerazione¹⁹.

¹⁹ FABIANI M., *Diritto fallimentare. Un profilo organico*, Bologna, 2011, 385, ove ha evidenziato che qualora si intenda promuovere un giudizio di mero accertamento e, dunque, un'azione costitutiva la domanda può essere proposta al di fuori del procedimento di formazione dello stato passivo esclusivamente qualora non si intenda poi far derivare dalla

Sarebbe stato sufficiente evidenziare che la permanenza della competenza da parte del giudice del lavoro dovesse trovare giustificazione nell'allegazione di un interesse esplicitato, a fondamento della formulata domanda di accertamento, e con la precisazione di non essere essa **strumentale** e **finalizzata** alla successiva insinuazione al passivo, dal momento che, in siffatta ipotesi, la richiesta avrebbe implicato la costituzione di un titolo che, formatosi al di fuori del procedimento stabilito all'art. 240, non consentirebbe poi la partecipazione al concorso, regole queste che ora trovano applicazione anche nella **liquidazione**

sentenza diritti di credito; TORRICE, *I rapporti di lavoro subordinati pendenti e la riforma della crisi di impresa e dell'insolvenza*, in *I rapporti pendenti nel fallimento e nelle soluzioni concordate di crisi*, a cura di CAIAFA A., Roma, 2018, 549; GENTILI, *Il riparto di attribuzioni tra i giudici del lavoro e fallimentare resiste all'appannamento dell'art. 18, l. 300/760*, in *nota a Cass.*, 19 giugno 2017, n. 15066, in *Foro it.*, 2670; PATTI, *Licenziamenti e loro effetti dalla legge Fornero al Jobs Act tra diritto del lavoro e diritto fallimentare*, in *Il fallimento*, 2016, 1169; APRILE, *Crediti di lavoro subordinato ammessi con riserva in pendenza del giudizio di impugnazione del licenziamento; un incidente procedurale*, in *nota a Cass.*, 22 giugno 2022, n. 17955, in *Il fallimento*, 2024, 525; BELLÈ, *Accertamenti extra fallimentari del credito e dell'insinuazione al passivo: il quadro generale ed in caso del licenziamento per giustificato motivo illegittimo*, ivi, 2018, 865; BELLÈ-RUSSO, *Lavoro e procedure concorsuali. Impugnazione del licenziamento per giustificato motivo oggettivo del dirigente di competenza esclusiva del giudice fallimento*, ivi, 2020, 1164; RENDINA, *Accertamento del passivo, crediti di lavoro e pregiudizialità*, Milano, 2021, 128; AMMASSARI, *Il licenziamento nell'impresa soggette a procedure di crisi*, in *Lavoro e crisi di impresa*, a cura di DE SANTIS A.D.-PATTI, Bari, 2023, 255; CAIAFA A., *La disciplina del rapporto di lavoro nel nuovo codice della crisi e dell'insolvenza dell'impresa*, Roma, 2020, 155; AMMASSARI, *Il licenziamento nell'impresa soggette a procedure di crisi*, in *Lavoro e crisi di impresa*, a cura di DE SANTIS A.D.-PATTI, Bari, 2023, 255.

Il rapporto di lavoro rivisitato dal correttivo

controllata in conseguenza della rivisitazione operata dal correttivo.

Non diverse, difatti, nel testo attuale, le considerazioni con riferimento alla **liquidazione controllata**, in ragione di quanto previsto dall'art. 273, con riferimento, per l'appunto, alla formazione del passivo, che impone al liquidatore di predisporre un progetto da comunicare agli interessati al fine di consentire loro di poter proporre osservazioni, in assenza delle quali lo stato passivo viene depositato in cancelleria ed ove queste intervengano e siano ritenute fondate, diverranno parte integrante di un nuovo progetto da comunicare ai creditori.

La questione si pone in relazione, ovviamente, alle contestazioni non superabili relativamente alle quali è previsto che sia il giudice delegato a provvedere "**alla definitiva formazione del passivo con decreto motivato**", oggetto di reclamo dinanzi al collegio che pronuncerà "**assicurando il rispetto del contraddittorio**".

Con riferimento alle modalità l'**accertamento dei crediti**, per come in precedenza regolato dall'art. 14 *octies*, comma quarto, della legge n. 3 del 2012, poi diversamente disciplinato, dall'art. 273 CCI, che ha previsto la fase di accertamento non dover essere sottratta alle regole generali, stabilendo, per quelli per i quali dovesse sorgere contestazione, la necessaria verifica attraverso un **procedimento deformalizzato**, ancorché nel rispetto del contraddittorio, riconosciuta agli interessati la possibilità di presentare osservazioni in ordine alle conclusioni del liquidatore, che se fondate avrebbero potuto trovare accoglimento in un nuovo progetto di stato passivo, determinando, in caso contrario, l'intervento del giudice delegato, per la relativa conseguente valutazione, mediante provvedimento adottato con

decreto, suscettibile di reclamo dinanzi al collegio, è intervenuto il terzo correttivo, nell'intento di eliminare l'evidente incongruità presente nell'attuale sistema.

Ed infatti, l'art. 14 *octies*, all'ultimo comma, espressamente prevedeva, in presenza di contestazioni non superabili attraverso l'*iter* procedimentale descritto al terzo comma – che consentiva di formulare osservazioni e la predisposizione di un nuovo progetto – la rimessione degli atti al giudice, il quale provvedeva ai sensi dell'art. 10, sesto comma, ovvero nelle forme, in quanto compatibili, di cui all'art. 737 e segg. del codice di rito, riconosciuta la possibilità all'interessato di proporre reclamo al tribunale, con la previsione che del collegio non poteva far parte il giudice che aveva pronunciato il provvedimento, in linea con quanto previsto dall'art. 26 l.f., situazione non diversamente regolata dall'art. 123, secondo comma, CCI.

La norma (art. 14 *octies*, quarto comma della legge n. 3 del 2012) richiamava le disposizioni comuni ai procedimenti in camera di consiglio, che consentono alle parti di reclamare al tribunale il decreto adottato dal giudice e, in ragione di quanto previsto dall'art. 739 cod. proc. civ., la possibilità per la parte interessata, poi, di proporre reclamo, con ricorso alla corte di appello, che pronuncia anch'essa in camera di consiglio, avverso il provvedimento del tribunale, essendo stato operato, al fine dell'applicazione, il richiamo all'art. 10, sesto comma.

Ebbene, in ragione di quanto stabilito dall'ultimo comma, dell'articolo 739 codice procedura civile, è esclusa la possibilità di impugnare i decreti della stessa corte di appello, salvo che la legge non disponga diversamente, sicché il sistema escludeva, per la parte che ne fosse interessata, di ricorrere in sede di legitti-

Il rapporto di lavoro rivisitato dal correttivo

mità, salvo che non si volesse ritenere possibile, comunque, il ricorso *ex art.* 111 Cost., quante volte il decreto, per il suo contenuto decisivo ed il fatto di incidere su un diritto soggettivo, potesse essere, per l'appunto, impugnato dinanzi alla Suprema Corte.

Il meccanismo, seppur non diversamente regolato dal codice della crisi per quel che concerne la verifica dello stato passivo nella *liquidazione controllata*, riconosce la possibilità, per il creditore, di reclamare il provvedimento in corte di appello ma non di impugnare la relativa statuizione in sede di legittimità.

La regolamentazione attuata dall'art. 273 risulta, solo ed esclusivamente, essere difforme per aver previsto il legislatore, a differenza di quanto stabilito all'art. 14 *octies*, ultimo comma, doversi svolgere il procedimento “*senza formalità*”, tuttavia “*assicurando il rispetto del contraddittorio*”, confermando la previsione che avverso la statuizione emessa in sede di reclamo non possa essere proposto ricorso in sede di legittimità, non essendo ciò consentito, espressamente, dall'art. 739, ultimo comma, cod. proc. civ.

Non solo, ma sebbene la direttiva comunitaria n. 187 del 20 ottobre 1980 del Consiglio, ora integrata e sostituita dalla direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio del 22 ottobre 2008, n. 94, abbia inteso garantire ai lavoratori subordinati una tutela minima, in caso di insolvenza del datore di lavoro, delineando un meccanismo basato sulla creazione di specifici organismi di garanzia – che si sostituiscono per il pagamento dei crediti dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza – ha trovato attuazione, attraverso l'adozione di due testi normativi²⁰, tut-

tavia questi richiedono per l'intervento dell'organismo di garanzia la *definitività dello stato passivo*, ovvero del provvedimento che abbia accertato, nel successivo procedimento eventuale di opposizione, il relativo credito, mediante richiamo delle disposizioni del codice della crisi, con riferimento alla *liquidazione giudiziale*, ma che avrebbe potuto portare ad identico risultato, nel caso della *liquidazione controllata*, quante volte a siffatta soluzione fosse possibile pervenire attraverso l'*analogia*, ovvero quel procedimento di integrazione dell'ordinamento mediante l'operatività di una norma per una situazione in essa non disciplinata, consentita in ragione della assonanza con quella espressamente prevista (*analogia legis*), o mediante l'applicazione dei principi generali dell'ordinamento (*analogia iuris*)²¹.

L'interpretazione analogica permette, tuttavia, di andare oltre il semplice significato letterale delle parole usate per cogliere aspetti di assonanza al fine della applicazione della disposizione normativa a situazioni diverse e si traduce, quindi, in una attività complessa, poiché il semplice coordinamento delle parole, pur costituendo fondamentale punto di partenza, non è sufficiente dal momento che nell'applicazione della legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio, per l'appunto, delle parole, secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore.

E d'altronde, l'art. 12 delle preleggi, al secondo comma, espressamente stabilisce che ove una controversia “...*non può essere decisa*

²⁰ La legge 29 maggio 1982, n. 297, istitutiva del fondo di garanzia, per il trattamento di fine rapporto, e il d.lgs. 27 gennaio 1992, n. 80, per le ultime tre retribuzioni.

²¹ L'art. 14 delle preleggi vieta, difatti, esclusivamente il ricorso a procedimento analogico per le norme penali e per quelle che fanno eccezione ai principi generali, divieto che trova fondamento costituzionale nel principio di legalità, di cui all'art. 25, secondo comma, Cost., in base al quale le norme non si applicano al di fuori dei casi da esse stesse espressamente stabiliti.

Il rapporto di lavoro rivisitato dal correttivo

con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe”, aggiungendo che ove il caso dovesse rimanere ancora dubbio può la controversia essere decisa “...secondo i principi generali dell’ordinamento giuridico dello Stato”.

Il ricorso alla analogia è, peraltro, consentito solo quando manchi nell’ordinamento una specifica disposizione regolante la fattispecie concreta e si renda, pertanto, necessario porre rimedio ad un vuoto normativo altrimenti incolmabile in sede giudiziaria²².

Non sembra, pertanto, possibile ricorrere, nel caso di specie, alla **analogia legis** per il solo fatto di essere disciplinata la medesima fattispecie in altra norma che regola una situazione simile, dal momento che il legislatore se avesse inteso, in effetti, prevedere un identico procedimento, per il definitivo accertamento del diritto di partecipazione al concorso, avrebbe stabilito un *iter* procedimentale non difforme da quello ritenuto applicabile nella **liquidazione giudiziale**.

Avevo osservato essere indispensabile, al fine di consentire al lavoratore di poter accedere al **Fondo di garanzia**, precisare che i provvedimenti adottati, una volta divenuti definitivi a seguito del deposito del progetto di stato passivo, ovvero del decreto pronunciato in sede di reclamo, avrebbero costituito valido titolo, in ottemperanza della direttiva n. 987/1980, per l’accesso al Fondo costituito presso l’Inps, con l’art. 2 della legge 29 maggio 1982, n. 297, per il trattamento di fine rapporto e le retribuzioni pregresse, rimaste insoddisfatte (d.lgs. 27 gennaio 1992, n. 80)²³.

4.2. La disciplina rivisitata e modificata

Si precisa nella relazione che attraverso il correttivo si è inteso venire in contro ad esigenze di chiarimento e di coordinamento avvertite dagli operatori della materia ma, anche, al fine di emendare quelle disposizioni in cui sono stati riscontrati errori materiali, rispetto alle quali è emersa la necessità di aggiornare i riferimenti ad altre norme del codice, il tutto con l’intenzione di migliorarne la comprensione in termini di effettività ed efficienza del sistema di gestione della crisi e dell’insolvenza nel contesto voluto dal legislatore europeo.

Con riferimento alla formazione del passivo, nell’ambito della **liquidazione controllata**, si precisa essere stata determinata la decisione di una riscrittura della norma dalla esigenza di semplificare e accelerare tale fase rendendola, invero, ben più simile a quella prevista per l’accertamento del passivo nell’ambito della **liquidazione giudiziale**, così come d’altronde risulta dal titolo V che ha visto modificare il titolo della rubrica da liquidazione giudiziale a “**liquidazione giudiziale e liquidazione controllata**”.

In particolare, è stato integralmente riscritto il procedimento di formazione dello stato passivo mediante previsione della comunicazione da parte del liquidatore, ai creditori, dell’esecutività, stabilendo che, una volta esaminate le osservazioni e formato lo stato passivo, questo venga depositato nel fascicolo informatico e di esso ne venga data comunicazione alle parti interessate, perché possano far pervenire le loro osservazioni in termini di **opposizioni** o **impugnazioni**, precisando che esse ora si propongono con reclamo al giudice delegato – così come previsto per la **liquidazione giudiziale** dall’art. 133 CCI – e che il provvedimento viene poi comunicato alle par-

²² Cass., 11 febbraio 2015, n. 2556.

²³ CAIAFA A.-PETTERUTI A., *Il nuovo codice della crisi di impresa: le questioni più attuali e controverse*, Napoli, 2022, 188 ss.

Il rapporto di lavoro rivisitato dal correttivo

ti perché possano nei successivi **trenta giorni**, proporre ricorso per cassazione.

Identica la previsione per quel che attiene la disciplina delle **domande tardive**, consentite nel solo caso di mancato rispetto del termine delle tempestive per causa non imputabile al creditore, mediante richiamo dello stesso procedimento descritto in sintesi per le **tempestive**.

La rivisitazione della disciplina normativa consente ora, a differenza di quanto previsto dalla attuale l'intervento del **Fondo** di garanzia per il pagamento del trattamento di fine rapporto e delle ultime **tre** mensilità potendo, per l'appunto, i lavoratori presentare la relativa istanza una volta intervenuto il decreto di esecutività dello stato passivo, ovvero la decisione che abbia pronunciato sulla opposizione.

È stato, quindi, previsto un meccanismo perfettamente omologo a quello predisposto per l'accertamento dei crediti nell'ambito della **liquidazione giudiziale** ed è stato possibile in tal modo – sempre che la norma verrà confermata nella sua attuale stesura proposta con il correttivo – superare la eccezione, conseguente al precedente ed attuale *iter* procedurale non consentendo esso, per come già chiarito, di avere un provvedimento avente la stessa natura e caratteristica del decreto di esecutività dello stato passivo, essendo riservato al relativo accertamento il procedimento camerale uniforme (art. 737 cod. proc. civ.), per sua natura non destinato ad essere considerato definitivo, da un lato, per essere suscettibile di revoca e, dall'altro, per non essere consentito il ricorso in sede di legittimità in relazione al provvedimento che fosse emesso in sede di reclamo.

5. Gli effetti del trasferimento d'azienda sui rapporti di lavoro

Al riguardo si tratta di verificare se i principi, sufficientemente chiari, enunciati nelle direttive

che si sono susseguite nel tempo, abbiano trovato corretta applicazione nell'ambito della legislazione interna, ovvero se nonostante le pronunce intervenute, che ci hanno riguardato più direttamente, siano stati considerati i **rigidi criteri interpretativi** e di poter, conseguentemente, affermare che la disciplina normativa, realizzata attraverso l'art. 368 ne abbia tenuto conto e, soprattutto, se sia stata correttamente realizzata la armonizzazione delle procedure di gestione della crisi e dell'insolvenza del datore di lavoro in ragione di quanto espressamente previsto “nella direttiva 2001/23/Cee del Consiglio, del 12 marzo 2001, come interpretata dalla Corte di giustizia dell'Unione Europea” così come disposto dall'art. 2 (“*principi generali*”), primo comma, lettera *p*), della legge delega.

Ebbene, non vi è dubbio che il legislatore ha maturato, al riguardo, la consapevolezza che la possibilità della cessione dell'azienda, nell'ambito delle procedure concorsuali, ha assunto, a seguito della riforma attuata con il d.lgs. n. 5 del 2006, “...un ruolo centrale nel nuovo sistema della esecuzione coattiva concorsuale”, attraverso la previsione che “...la vendita atomistica dei singoli beni rientranti in un complesso aziendale possa essere effettuata”, esclusivamente, qualora la **vicenda circolatoria** “...non consenta una maggiore soddisfazione dei creditori: ciò al fine di contenere la scelta generale della conservazione dei complessi aziendali con la finalità comunque liquidatoria, nell'interesse del ceto creditorio...”.

La vendita deve, tuttavia, assicurare il duplice obiettivo del massimo realizzo e della conservazione possibile dei nuclei ancora produttivi e, pertanto, la scelta dell'acquirente deve essere effettuata tenendo conto non solo dell'ammontare, in sé, del prezzo offerto, ma anche e soprattutto delle garanzie di prosecu-

Il rapporto di lavoro rivisitato dal correttivo

zione dell'attività imprenditoriale “*avuto riguardo alla conservazione dei livelli occupazionali*”.

L'art. 191 regola gli effetti del trasferimento di azienda sui rapporti di lavoro; norma che va letta unitamente all'art. 368, attraverso il quale è stato attuato il coordinamento con la disciplina del diritto del lavoro, e si è inteso precisare che l'art. 47 della legge n. 428 del 1990 si applica anche agli *strumenti di regolazione di crisi*, ovvero al *concordato preventivo* ed agli *accordi di ristrutturazione*, mentre non fa riferimento al *piano di ristrutturazione soggetto ad omologa*, al *concordato minore* ed alla *liquidazione controllata*. La stessa norma, correttamente, invece non fa riferimento alla *composizione negoziata*, regolata dall'art. 22, lettera *d*) del codice, nella quale è previsto l'intervento del tribunale, perché autorizzi la vendita “*senza gli effetti dell'art. 2560, secondo comma, cod. civ.*”, fermi gli obblighi di cui all'art. 2112 cod. civ. non trattandosi di vendita coattiva ma volontaria.

L'art. 368 si occupa di regolamentare gli effetti traslativi dell'azienda nei confronti dei lavoratori, nel caso della procedura di *concordato preventivo* o dell'*accordo di ristrutturazione dei debiti*, stabilendo che nessun effetto può avere sulla *continuità giuridica dei rapporti di lavoro* ma, esclusivamente, sul *trattamento economico e normativo*, con la possibilità per le parti di perfezionare diverse intese, attraverso i contratti collettivi, di cui all'art. 51 del d.lgs. n. 81 del 2015, che, però, non potranno che avere riguardo agli obblighi e diritti, in genere discendenti dal rapporto e, quindi, ad oggetto l'*inquadramento* e le *mansioni*, l'*orario di lavoro*, i *trattamenti retributivi integrativi*, le *ferie* ed i *permessi*, i *trattamenti economici* connessi al rapporto, di-

versamente graduati rispetto al regime legale e, soprattutto, l'*individuazione del contratto collettivo applicabile*.

Della intenzione di attuare un trasferimento le parti ad esso interessate devono darne comunicazione, per iscritto, almeno *venticinque giorni* prima che sia perfezionato l'atto o raggiunta l'intesa vincolante, se precedente, alle rappresentanze sindacali unitarie, ovvero alle rappresentanze sindacali aziendali, nonché alle OO.SS. di categoria che hanno stipulato il contratto collettivo applicato alle imprese interessate alla *vicenda traslativa*, perché possa essere svolto il ruolo di mediazione imposto dalla legge che si sostanzia in un “*confronto procedimentalizzato*”, che si svolge a seguito della informazione resa, che deve riguardare, partitamente: **i)** la *data del trasferimento*; **ii)** i *motivi* di esso; **iii)** le relative *conseguenze giuridiche, economiche e sociali* per i lavoratori interessati; **iv)** *eventuali misure* previste nei confronti di questi ultimi.

A seguito della fase di consultazione sindacale, l'accordo può, partitamente, prevedere la: **i)** *conservazione* delle condizioni economiche e, più in generale, delle complessive condizioni di lavoro godute anche in forza di accordi individuali e dei diritti derivanti dai contratti collettivi; **ii)** *previsione* di garanzie all'occupazione, attraverso l'impegno del cessionario a mantenere i livelli occupazionali esistenti per un dato periodo di tempo successivamente al trasferimento, ovvero la previsione di clausole che assicurino la ricollocazione dei dipendenti ad esso estranei.

Il mancato raggiungimento delle intese non è di ostacolo al perfezionamento delle operazioni, anche se, naturalmente, agitazioni sindacali e difficoltà nelle *relazioni industriali* possono avere inevitabili ripercussioni sulla produttività, dal momento che la legge sanziona,

Il rapporto di lavoro rivisitato dal correttivo

esclusivamente, il mancato rispetto dell'obbligo di informazione o di esame congiunto precisando costituire un siffatto comportamento “...condotta antisindacale ai sensi dell'art. 28 della legge 20 maggio 1970 n. 30”.

A tali procedure, come si è già accennato, ha inteso far riferimento l'art. 191 allorché, per l'appunto, ha stabilito dover trovare applicazione ai trasferimenti d'azienda, ovvero dei singoli rami, previsti nell'ambito della **liquidazione giudiziale**, del **concordato preventivo**, ovvero in esecuzione degli **accordi di ristrutturazione**, l'art. 47 della legge n. 428 del 1990 “...e le altre disposizioni vigenti in materia”, attraverso il coordinamento con la disciplina del diritto del lavoro, realizzato mediante l'art. 368 dello stesso codice della crisi e, in particolare, il **quarto** comma, per essere i primi tre diretti a regolare ed integrare le disposizioni relative ai **licenziamenti**, in ragione del necessario coordinamento con quanto previsto dall'art. 189 *sesto* comma.

Modifiche ed integrazioni hanno interessato le **offerte concorrenti** di acquisto dell'azienda, nel **c.d. concordato chiuso**, e, altresì, le **proposte concorrenti** con quella dell'imprenditore, mediante la previsione ed il riconosciuto potere, per l'offerente o il proponente, di effettuare la comunicazione, di cui al primo comma dell'art. 47, per la conclusione degli accordi (commi **quattro bis** e **ter**), seppur subordinata alla successiva attribuzione dell'azienda ad essi offerenti o proponenti.

L'*iter* procedimentale previsto ha eliminato quelle perplessità in ordine all'ambito di applicazione della disciplina sulle **vicende circolatorie** e sulla concreta possibilità di dover fare riferimento, unicamente, al prezzo offerto e, dunque, al realizzo, da un punto di vista **quantitativo**, ovvero anche alle garanzie di prosecuzione delle attività imprenditoriali,

avuto riguardo alla conservazione dei livelli di occupazione e, dunque, anche **qualitativo**.

Particolarmente significativo l'intervento attuato con l'art. 4 *bis lettera a*), con riferimento al **concordato preventivo in regime di continuità indiretta**; ed all'**accordo di ristrutturazione omologato non liquidatorio (lettera b)**) in ragione del previsto obbligo per le parti interessate alla vicenda traslativa di mantenere inalterato il livello occupazionale e di poter intervenire, esclusivamente, sul trattamento economico giuridico, attraverso la conclusione del previsto accordo.

Il **quinto comma** nel disciplinare gli effetti discendenti dalla vicenda traslativa nel caso in cui questi vengano realizzati nella **liquidazione giudiziale** o nel **concordato preventivo liquidatorio**, consente ai lavoratori che ne fossero interessati di stipulare “**con finalità di salvaguardia dell'occupazione**”, accordi collettivi in deroga all'art. 2112, comma primo, terzo e quarto, cod. civ., con l'ulteriore possibilità di regolare, mediante accordi individuali, l'esodo incentivato dal rapporto di lavoro (art. 2113, ultimo comma, cod. civ.).

Le considerazioni sin qui svolte, con riferimento in particolare alla disciplina attuata attraverso l'art. 368, meritavano di essere attentamente valutate non solo in relazione alla diversa regolamentazione dettata dall'art. 84, *secondo* comma, nel caso del **concordato preventivo in continuità indiretta**, interamente già rivista dal secondo correttivo, che ha eliminato il dato distonico rappresentato dalla pregressa previsione che il cessionario o, comunque, il soggetto diverso dal debitore proponente, dovessero assicurare la continuità giuridica dei rapporti di **almeno la metà** dei lavoratori impiegati dal debitore al momento del deposito del ricorso. Disposizione ritenuta distonica rispetto alla disciplina di coordinamento attuata con l'art. 368, at-

Il rapporto di lavoro rivisitato dal correttivo

traverso il quale il legislatore, al contrario, si è preoccupato di sottolineare non potere la **vicenda traslativa**, sia essa temporanea ovvero definitiva, giustificare la esclusione della **continuità giuridica dei rapporti di lavoro**, potendo le parti ad esse interessate diversamente regolamentare, in via esclusiva, le **condizioni del rapporto**, non potendo esso essere inciso, per alcuna ragione, dal trasferimento.

Quanto mai opportuna, dunque, la già operata, allora, eliminazione della previsione dell'obbligo nel caso del **concordato in continuità indiretta** per il cessionario, ovvero il conferitario, del “*mantenimento e riassunzione di un numero di lavoratori pari ad almeno la metà della media in quelli in forza nei due esercizi antecedenti il deposito del ricorso, per un anno dalla omologazione*”; previsione questa con la quale era stato realizzato un ingiustificato restringimento della percentuale individuata in termini di assicurazione della continuità giuridica dei rapporti, in contrasto con quanto previsto all'art. 368, comma quattro *bis*, lettera *a*)²⁴.

Su tali disposizioni il terzo correttivo non è intervenuto mentre una rivisitazione della disciplina sarebbe stata auspicabile in termine di riconsiderazione di quella dettata per il contratto di **affitto di azienda**, in caso di apertura della **liquidazione giudiziale**, essendo stati regolati gli effetti dall'art. 184 CCI in modo differente dalla precedente disposizione normativa (art. 79 l.f.), in conseguenza della sostanziale novità introdotta attraverso la previsione dell'applicazione, al momento della scadenza del contratto, qualo-

ra sia sottoposto alla **liquidazione giudiziale** il concedente, delle disposizioni di cui all'art. 212, sesto comma, che prevede, nel caso dell'**affitto endo concorsuale**, che al momento della cessazione la **retrocessione dell'azienda** non comporta la responsabilità della procedura per i debiti maturatisi sino a tale data “*...in deroga a quanto previsto dagli artt. 2112 e 2560 del codice civile e che ai rapporti pendenti...si applicano le disposizioni di questa sezione*”.

Con riferimento alla regolamentazione attuata con l'art. 184 erano state svolte considerazioni che ne ponevano in evidenza l'inevitabile contrasto, con quanto previsto dall'art. 368, attraverso il quale è stata sottolineata dover essere assicurata la continuità giuridica dei rapporti di lavoro, tutte le volte che a seguito della cessazione della vicenda traslativa si fosse avuta la prosecuzione dell'attività di impresa, esclusa dal richiamo operato relativamente a quanto previsto dall'art. 212, sesto comma.

La **retrocessione**, difatti, determina conseguenze sui contratti pendenti e, seppur essa non è espressamente disciplinata, nel caso della **liquidazione giudiziale**, tuttavia la dottrina e la giurisprudenza si sono impegnate per prospettare una soluzione, per quel che concerne i rapporti di lavoro, con riferimento alla disciplina civilistica che, con carattere generale, prevede all'art. 2112 cod. civ. la **continuazione** degli stessi, in caso di **trasferimento di azienda**, con il cessionario e la conservazione, da parte del lavoratore, di tutti i diritti che ne derivano, nonché la **responsabilità solidale** tra cedente e cessionario per tutti i crediti che il lavoratore aveva al tempo del trasferimento, fatta salva la facoltà per questi di consentire la **liberazione** del cedente dalle obbligazioni derivanti dal rapporto di lavoro tramite le procedure previste dagli artt. 410 e 411 cod.proc.civ.

Ebbene, dal momento che dottrina e giurisprudenza sono sempre state concordi nel rite-

24 CAIAFA A., *La disciplina nei rapporti di lavoro nel nuovo Codice della crisi e nell'insolvenza dell'impresa*, cit., 227, ove ho sottolineato dover essere attentamente valutata la soluzione attuata attraverso la regolamentazione operata dall'art. 84, secondo comma con quanto previsto dall'art. 368 in termini di esclusione del diritto del cessionario di circoscrivere la continuità giuridica dei rapporti.

Il rapporto di lavoro rivisitato dal correttivo

nera che il trasferimento si realizza anche quando l'affittuario restituisce l'azienda al concedente, ci si chiede la ragione per la quale il correttivo non sia intervenuto rispettivamente sugli artt. 184 e 212 essendo la soluzione in evidente contrasto con la disciplina unionale, in ragione delle modifiche apportate dall'art. 368, quarto comma, all'art. 47 della legge 29 dicembre 1990 n. 428, avendo operato la norma la sostituzione del comma quinto prevedendo, per l'appunto, che qualora il trasferimento riguardi imprese nei confronti delle quali vi sia stata l'apertura della **liquidazione giudiziale**, anche quando “...**la continuazione dell'attività non sia stata disposta o sia cessata**”, si ha la prosecuzione dei rapporti di lavoro con il cessionario, con la inevitabile conseguenza, dunque, che determinando la **retrocessione** la conclusione di una **vicenda traslativa regressiva** automatica, in ragione della sostituzione soggettiva nella titolarità del complesso aziendale, e conseguendo, peraltro, dal subentro nel contratto la prosecuzione dell'attività, senza soluzione di continuità, seppur da parte del curatore, non sarebbe neppure necessario, al termine di esso, lo svolgimento delle consultazioni previste, al fine di consentire che ciò avvenga “...**con finalità di salvaguardia dell'occupazione**”, potendosi al più ritenere possibile la conclusione di accordi individuali “...**in caso di esodo incentivato dal rapporto di lavoro**”, ma alla condizione che essi fossero sottoscritti in sede protetta, così come previsto dall'art. 2113, ultimo comma, cod. civ.

La criticità rappresentata dalla nuova regolamentazione degli effetti correlati con riferimento alla **vicenda traslativa regressiva** riguarda non solo, naturalmente, quanto previsto dall'art. 184, secondo comma, attraverso il richiamo dell'art. 212, sesto comma, ma anche quest'ultima disposizione, cioè in applicazione dei **principi unionali**, oggetto di specifico ri-

chiamo, in termini di armonizzazione della procedura, tra le disposizioni generali della legge delega [art. 2, primo comma, lettera p)], in termini di corretta interpretazione della direttiva 2001/23/Cee, per come operata dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, attesa la possibilità di poter ritenere diversamente regolati gli effetti nella differente ipotesi in cui l'azienda, al momento della retrocessione, dovesse risultare dissolta presso l'affittuario retrocedente, ciò in quanto in tal caso venendo meno l'universalità organizzata non si realizzerebbe il verificarsi dell'effetto traslativo.

Non diverse le implicazioni nel caso del **concordato minore**, che non ha, né può avere, alcuna incidenza sulla sorte del rapporto di lavoro, se non nella misura in cui risulti indispensabile, pur nell'ambito della prevista ed ipotizzata **continuità aziendale**, sospendere, nella ricorrenza dei presupposti, o risolvere uno o più rapporti.

Il fenomeno non può difatti essere diversamente considerato se allo strumento di regolamentazione della crisi faccia ricorso l'**impresa minore**, l'**imprenditore agricolo** o “...**ogni altro debitore non assoggettabile alla liquidazione giudiziale, ovvero alla liquidazione coatta amministrativa o ad altre procedure liquidatorie previste dal codice civile o da leggi speciali per il caso di crisi o di insolvenza**”, dal momento che, con riferimento alla sorte dei **rapporti di lavoro** ed alle **vicende traslative** dell'azienda, non si può prescindere da quanto previsto, per quel che concerne, in particolare, i diritti dei lavoratori, dall'art. 368, seppur non richiama il **concordato minore** che può essere, come il **preventivo**, in continuità o liquidatorio.

Ed infatti, con riferimento alle stesse **imprese minori**, all'**imprenditore agricolo** ed ai soggetti sopra richiamati non può non essere assicurato quanto stabilito dalle direttive, non potendosi

dubitare dell'obbligo per gli Stati membri di prevedere, qualora lo *strumento di regolazione della crisi* o la *liquidazione controllata* dovessero interessare i diritti individuali o collettivi dei lavoratori, che ciò venga realizzato nel rispetto dei principi unionali e nazionali, mediante riconoscimento del diritto alla *negoziazione collettiva* ed alla *corretta informazione*.

Non può, al riguardo, ignorarsi che il rapporto tra ordinamento nazionale e diritto comunitario, inteso per lungo tempo in termini di rispettiva assoluta impermeabilità, con necessità della mediazione dell'atto normativo nazionale, per la rilevanza delle sue regole e principi, ha subito un radicale mutamento in conseguenza degli interventi della Corte Costituzionale, che ha riconosciuto l'esistenza di norme comunitarie produttive di effetti diretti e che, in quanto provengono da un ordinamento distinto, ma coordinato, devono avere piena uniforme applicazione in tutti gli Stati membri, senza che vi sia limitazione dalle leggi nazionali, sia anteriori che successive, con la previsione che l'effetto connesso con la vigenza dell'ordinamento delle norme comunitarie non è di *caducare, abrogare, modificare* o *invalidare* le disposizioni normative interne, con esse incompatibili, bensì di *impedire* che queste vengano in rilievo per la definizione della controversia dinanzi al giudice nazionale.

Antonio Caiafa
Dipartimento Management, Finanza e Tecnologia
Diritto delle Procedure Concorsuali
Università L.U.M. "Giuseppe Degennaro" Bari
Consigliere dell'Ordine degli Avvocati di Roma

Adeguati assetti organizzativi e compliance 231 come rimedio delle imprese in crisi di legalità e leva per lo sviluppo di un business etico e sostenibile

ADEGUATI ASSETTI ORGANIZZATIVI E COMPLIANCE 231 COME RIMEDIO NELLE IMPRESE IN CRISI DI LEGALITÀ E LEVA PER LO SVILUPPO DI UN BUSINESS ETICO E SOSTENIBILE

Sommario: 1. L'evoluzione e le potenzialità espansive del diritto della prevenzione – 2. La centralità dei Modelli 231 nelle imprese in crisi di legalità – 3. Criteri applicativi della *compliance* 231 nell'amministrazione giudiziaria – 4. Sistema 231 e adeguati assetti organizzativi nell'impresa in crisi di legalità – 5. *Supply chain* e obblighi di due *diligence*: la nuova prevenzione antimafia anticipa il legislatore europeo – 6. La selezione e gestione dei fornitori di servizi *labour-intensive*: l'*action plan* nelle imprese in amministrazione giudiziaria per una catena di fornitura responsabile – 7. Riflessioni conclusive

1. L'evoluzione e le potenzialità espansive del diritto della prevenzione

Negli ultimi anni le misure di prevenzione patrimoniali hanno subito una profonda evoluzione. Il legislatore, infatti, per prevenire e contrastare l'espansione delle mafie e la loro capacità di insinuarsi in realtà imprenditoriali sane, ha introdotto nuove misure, alternative a quelle classiche del sequestro e della confisca che non sempre si sono rivelate efficaci per afferrare il diversificato fascio di rapporti collusivi tra mafie e imprese. E così la l. n. 161/2017, con un importante intervento di riforma del d.lgs. n. 159/2011, c.d. codice antimafia (di seguito anche "*cam*"), ha introdotto i nuovi strumenti del controllo giudiziario delle aziende a rischio di

infiltrazione mafiosa, disciplinato dall'art. 34 *bis cam* e l'amministrazione giudiziaria dei beni connessi alle attività economiche e delle aziende disciplinato dall'art. 34 *cam*. Si tratta di strumenti diretti al recupero di realtà economiche che, seppure incise da tentativi di infiltrazione mafiosa o da situazioni di illegalità manifestino ancora un grado di autonomia gestionale dalle organizzazioni criminali o comunque una capacità di *emendatio* dalle disfunzioni di illegalità. La *ratio* normativa è quella di recuperare quelle imprese che presentano un *core business* non ancora totalmente compromesso e, anzi, sufficiente a consentire un'attività economica corretta risultando, pertanto, meritevoli di un intervento eterodiretto da parte dello Stato, volto alla bonifica programmatica delle posizioni critiche nella prospettiva di un loro reinserimento nel circuito dell'economia legale, una volta depurate dagli elementi inquinanti.

Questo nuovo approccio prospettico-cooperativo dell'ordinamento, che ha inaugurato un modello di intervento statale "*dialogante*" rispetto alle imprese in crisi di legalità, si è sviluppato anche sul fronte amministrativo. Infatti, gli strumenti più duttili, dell'amministrazione giudiziaria e del controllo giudiziario coesistono con una serie di altre misure: il sistema delle informazioni antimafia interdittive; il modello di responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001; le misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio delle imprese di cui al d.l. n. 90/2014 convertito in l. n. 114/2014; le misure che operano sul piano reputazionale, come i protocolli di legalità ed i *compliance programs*; le norme sul *rating* aziendale del codice dei contratti pubblici; la "*prevenzione collaborativa*" applicabile dal Prefetto quando accerta che i tentativi di infiltrazione mafiosa sono ri-

Adeguati assetti organizzativi e compliance 231 come rimedio delle imprese in crisi di legalità e leva per lo sviluppo di un business etico e sostenibile

conducibili a situazioni di agevolazione occasionale¹.

Il nuovo modello terapeutico e riabilitativo, alternativo al paradigma confiscatorio, risponde alla necessità di trovare una sintesi tra l'esigenza di garantire un'efficace prevenzione dell'infiltrazione mafiosa nell'economia legale e il libero esercizio dell'attività d'impresa tutelato dall'art. 41 della Costituzione.

Le potenzialità espansive del diritto della prevenzione, oltre all'ampliamento del ventaglio di strumenti messi a disposizione dal legislatore per prevenire e contrastare l'infiltrazione mafiosa, hanno generato anche un'evoluzione applicativa da parte della giurisprudenza – che è stata poi assecondata dal legislatore con la novella del 2017 – che ha visto disporre le misure antimafia anche per prevenire e contrastare la criminalità da profitto, indipendentemente da condizionamenti mafiosi.

L'amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economiche e delle aziende, infatti, può essere disposta sia nel caso in cui, a seguito di indagini patrimoniali, siano emersi sufficienti indizi per ritenere che il libero esercizio dell'attività economica, sia direttamente o indirettamente sottoposto alle condizioni di intimidazione o di assoggettamento previste dall'art. 416 *bis* c.p. (ipotesi dell'impresa vittima), sia nel caso in cui l'esercizio dell'attività economica “*possa comunque agevolare*” soggetti nei confronti dei quali sia stata proposta o applicata una misura di prevenzione personale o patrimoniale oppure nei cui confronti penda un procedimento penale per uno dei reati presupposto previsti

dalla norma (ipotesi dell'impresa agevolatrice). Si tratta non solo dei reati di criminalità organizzata, ma anche dei reati contro la pubblica amministrazione commessi in forma associativa, del reato di truffa aggravata ai danni dello stato, truffa, bancarotta, corruzione, intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro, riciclaggio, autoriciclaggio, etc.

Di questo nuovo orizzonte applicativo, la Procura di Milano e il Tribunale di Milano Sezione Autonoma Misure di Prevenzione, si sono fatti promotori al punto che, negli ultimi anni, si è registrata una vera e propria deflagrazione applicativa dell'amministrazione giudiziaria anche rispetto ad enti che agevolano la commissione di reati economici in assenza di condizionamenti mafiosi.

Diverse aziende, nazionali ed internazionali, sono state sottoposte ad amministrazione giudiziaria ex art. 34 d.lgs. 159/2011 per aver agevolato con la propria attività economica soggetti terzi indagati per reati di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro e, in alcuni casi, di riciclaggio e autoriciclaggio. Presupposto fondamentale per l'applicazione dell'amministrazione giudiziaria è la presenza di una agevolazione che abbia il carattere della stabilità. Se l'agevolazione non fosse perdurante, bensì solo occasionale, si applicherebbe, infatti, la misura più lieve del controllo giudiziario in ottemperanza al principio di proporzionalità e adeguatezza fra situazione concretamente accertata ed applicazione della misura di prevenzione patrimoniale che caratterizza tutto l'ordinamento positivo secondo quanto indicato dalla sentenza interpretativa di rigetto della Corte Costituzionale².

¹ Il nuovo istituto è stato introdotto nel d.lgs. n. 159/2011 dal d.l. n. 152/2021 convertito con modificazioni in l. n. 233/2021 che ha inserito nel codice antimafia il nuovo art. 94 *bis*.

² C. Cost. 27 febbraio 2019, n. 24, in *G. Cost.*, 2019, fasc. 1, 292 ss.

Adeguati assetti organizzativi e compliance 231 come rimedio delle imprese in crisi di legalità e leva per lo sviluppo di un business etico e sostenibile

Presupposto negativo per l'applicazione dell'amministrazione giudiziaria è l'insussistenza dei requisiti per disporre il sequestro e la confisca, cioè una misura di prevenzione nei confronti dell'imprenditore o di colui che esercita l'attività agevolatrice. Al riguardo, proprio con lo scopo di distinguere le ipotesi di responsabilità penale da quella di agevolazione rilevante ex art. 34 codice antimafia, il Tribunale di Milano, ha elaborato un criterio discretivo imperniato sul titolo soggettivo della rimproverabilità della condotta dell'ente. La misura di prevenzione, infatti, è applicabile solo laddove il contributo agevolatore apportato ai soggetti indicati nella norma sia di natura colposa senza che ci sia una piena consapevolezza della relazione di agevolazione mentre, laddove tale consapevolezza sia presente, l'attività dell'ente sarà inquadrabile all'interno delle fattispecie concorsuali o di favoreggiamento all'attività criminale. In estrema sintesi, l'azienda e i suoi titolari devono essere terzi rispetto al soggetto agevolato, devono essere del tutto estranei alla dinamica delittuosa, cioè, non devono avere agevolato volutamente la commissione dei reati presupposto della misura. Più precisamente, la giurisprudenza milanese ritiene applicabile l'amministrazione giudiziaria, nell'ipotesi della c.d. impresa agevolatrice, laddove la condotta di agevolazione da parte della società – da valutare alla luce dei comportamenti posti in essere dalle persone fisiche dotate di potere di decisione, rappresentanza e controllo – sia negligente, imprudente, ovvero imperita. In tale contesto l'amministrazione giudiziaria rappresenta lo strumento necessario e sufficiente per un intervento giudiziale in grado di costruire modelli di governance imprenditoriale tali da prevenire futuri incidenti di commissione attraverso la realizzazione di condotte, anche dei singoli, che non possano essere censu-

rate su un piano della negligenza e dell'imperizia professionale³. La finalità della misura, infatti, non è repressiva, non è diretta a punire l'imprenditore intraneo all'associazione criminale o nei cui confronti penda un procedimento penale, ma è preventiva, volta, cioè, a contrastare la contaminazione antiggiuridica di imprese sane, attraverso un percorso di *emendatio* guidato dall'organo tecnico del Tribunale, ossia, l'amministratore giudiziario.

Quanto alle concrete modalità di esecuzione della misura, la nuova formulazione dell'articolo 34, comma 3, del d.lgs. n. 159/2011, consente un intervento nella gestione societaria non assorbente, sul piano dell'impossessamento totale dell'attività di impresa e, comunque, commisurato agli obiettivi di rilegalizzazione societaria tipici della misura di prevenzione da adottare. Il legislatore, infatti, ha inteso consentire all'amministratore giudiziario la facoltà di esercitare i poteri spettanti agli organi di amministrazione e agli altri organi sociali secondo le modalità stabilite del tribunale, prevedendo quindi una facoltà e non un obbligo di assunzione anche dell'attività tipica dell'impresa all'esito di una scelta ponderata da parte del tribunale. La giurisprudenza del Tribunale di Milano – sempre sul piano del principio di proporzionalità e adeguatezza citato – ha costantemente tenuto in grande considerazione il principio costituzionalmente garantito del libero esercizio dell'attività imprenditoriale e l'esigenza di tutelare il settore economico e imprenditoriale interessato dalla misura. Pertanto, in tutti quei ca-

³ F. ROIA-I. RAMONI, *L'amministrazione giudiziaria come strumento di prevenzione dello sfruttamento lavorativo nella giurisprudenza del Tribunale di Milano*, in FERRARESI-SEMINARA *Caporalato e sfruttamento del lavoro: prevenzione, applicazione, repressione. Un'indagine di diritto penale, processuale penale e del lavoro*, in ADAPT University Press, gennaio 2024, 254 ss.

Adeguati assetti organizzativi e compliance 231 come rimedio delle imprese in crisi di legalità e leva per lo sviluppo di un business etico e sostenibile

si in cui per le finalità di ricostruzione organizzativa e rilegalizzazione dell'impresa non vi fosse la necessità di assumere in seno all'amministrazione giudiziaria anche il normale svolgimento dell'attività di gestione, l'intervento dell'amministrazione giudiziaria si è svolto con modalità di affiancamento, lasciando l'ordinario esercizio di impresa in capo alla governance societaria e senza assunzione di responsabilità gestoria da parte del Tribunale.

All'amministratore giudiziario è affidato il delicato compito di "*spiegare*" gli obiettivi della misura agli organi gestori e di impostare un rapporto di collaborazione diretto a stimolare l'impresa ad adottare in via autonoma le misure di risanamento, laddove possibile, in armonia con le finalità della misura di prevenzione e con le coordinate tracciate dal Tribunale, a cui la società dovrà attenersi, ben potendo il tribunale in caso di mancata collaborazione inasprire la misura con lo spossamento degli organi gestori.

2. La centralità dei Modelli 231 nelle imprese in crisi di legalità

Il novellato art. 34 *bis* del codice antimafia prevede espressamente, nell'ambito dell'istituto del controllo giudiziario delle aziende, la possibilità di imporre all'impresa "*di adottare ed efficacemente attuare misure organizzative, anche ai sensi degli articoli 6, 7 e 24 ter del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, e successive modificazioni*".

Pur in mancanza di una espressa previsione normativa, la **Compliance** 231 ha acquisito un ruolo centrale anche nella misura più penetrante dell'amministrazione giudiziaria disciplinata dall'art. 34 del d.lgs. n. 159/2011, soprattutto grazie alla pionieristica prassi della giurisprudenza milanese, la quale, nel decreto che dispo-

ne la misura, richiede all'amministratore giudiziario, tra le altre cose, di esaminare l'assetto della società con particolare riferimento al modello organizzativo e gestionale redatto ex art. 6 del d.lgs. n. 231/2001 segnalando, l'idoneità a prevenire il coinvolgimento da parte della società in ulteriori attività illecite o di agevolazione di soggetti dediti ai reati presupposto della misura con indicazione delle aree che nel prosieguo dell'intervento dovessero richiedere specifici interventi di implementazione e completamento, in base ai criteri e alle finalità esposte nella parte motiva del provvedimento.

Nella stessa prospettiva si è posto il d.l. n. 152/2021, c.d. *Recovery*, che ha introdotto nel codice antimafia il nuovo art. 94 *bis* rubricato "*Misure amministrative di prevenzione collaborativa applicabili in caso di agevolazione occasionale*". Tale norma prevede la possibilità che il Prefetto prescriva all'impresa, in caso di agevolazione occasionale, una o più misure finalizzate a prevenire il rischio di tentativi di infiltrazione mafiosa o atte a rimuovere e prevenire le cause di agevolazione occasionale. Tra tali misure vi è appunto quella di prescrivere alla società "sotto indagine" di adottare ed efficacemente attuare misure organizzative, anche ai sensi degli artt. 6, 7 e 24 *ter* d.lgs. n. 231/2001.

Negli ultimi anni la prassi applicativa milanese ha condotto all'amministrazione giudiziaria di grandi operatori economici ai quali è stata contestata una "*colpa in organizzazione*", cioè l'aver violato le normali regole di prudenza e buona amministrazione imprenditoriale che costituiscono norme di comportamento esigibili sul piano della legalità da un soggetto che opera ad un livello medio-alto nel settore degli appalti di opere e servizi.

Nella fattispecie di impresa agevolatrice, descritta al paragrafo precedente, appare *ictu*

Adeguati assetti organizzativi e compliance 231 come rimedio delle imprese in crisi di legalità e leva per lo sviluppo di un business etico e sostenibile

oculi evidente la familiarità dei presupposti applicativi della misura dell'amministrazione giudiziaria con la disciplina della responsabilità da reato degli enti, la quale prevede, accanto alla commissione del delitto, tra gli altri presupposti, sotto il profilo soggettivo, la c.d. "colpa in organizzazione", intesa quale *deficit* organizzativo rispetto ad un modello di diligenza esigibile dalla persona giuridica nel suo complesso. La normativa in materia di *compliance*, spingendo gli enti collettivi verso processi di auto-normazione in funzione preventiva dell'impresa, ha portato ad un'intensa responsabilizzazione degli operatori economici nell'identificazione e nella gestione preventiva dei rischi.

L'adozione di efficaci e adeguati processi di individuazione, misurazione e governo del rischio da buona prassi di organizzazione aziendale è diventata dovere giuridicamente rilevante per gli esponenti apicali. Si è affermato, pertanto, un sistema di co-regolamentazione pubblico-privato in cui è affidata all'ente privato la responsabilità dell'adeguatezza e dell'efficacia di sistemi interni di controllo in funzione preventiva⁴. Nella legislazione italiana l'origine di ogni schema di *compliance* è da rinvenirsi appunto nei modelli di organizzazione, gestione e controllo previsti dal d.lgs. n. 231/2001, che ha introdotto, nel circuito della materia penale, strumenti con cui descrivere l'assetto organizzativo dell'ente in un'ottica special preventiva, indicativi di una tipologia di controllo sia operativa che di conformità della regolamentazione e dell'organizzazione interna dell'ente. Il pas-

saggio da un tipo di controllo operativo ad uno di conformità ha significato imporre ai destinatari del controllo non solo di rispettare la norma individuata, quanto di riempire di significato i comportamenti legittimi finalizzandoli ad evitare l'insorgere di determinati rischi che, nella normativa 231, coincidono con la commissione di reati⁵.

Tornando alle analogie tra la misura di prevenzione dell'amministrazione giudiziaria e la disciplina della responsabilità da reato degli enti, il rischio, nella visione di entrambe le normative, deve essere identificato prima della sua manifestazione e l'azienda deve effettuare scelte gestorie che portino ad accettare l'esposizione a rischi governabili, non limitandosi a una mera riduzione degli stessi. Nell'amministrazione giudiziaria, il tribunale della prevenzione con il decreto che dispone la misura, rimprovera all'ente di non aver predisposto quegli accorgimenti preventivi necessari e idonei ad incidere sul rischio che la propria attività economica possa agevolare soggetti nei confronti dei quali sia stata proposta o applicata una misura di prevenzione personale o patrimoniale oppure nei cui confronti penda un procedimento penale per un delitto appartenente ad un catalogo individuato *ope legis*. La società risponde perché il *deficit* organizzativo ha consentito, o meglio, agevolato, l'adozione delle condotte vietate da parte di un soggetto diverso. In questa prospettiva, quel che rende l'ente collettivo rimproverabile e giustifica l'intervento del tribunale è, appunto, la mancata predisposizione di standard comportamentali e presidi di control-

⁴ F. CENTONZE, *Responsabilità da reato degli enti e agency problems. I limiti del d.lgs. 231 e le prospettive di riforma*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2017, 945 ss., spec. 948-949.

⁵ A. ESPOSITO, *Assetti societari e rischio penale. Frammenti per la costruzione di un modello integrato di organizzazione e gestione*, Giappichelli Editore, febbraio 2022, 6.

Adeguati assetti organizzativi e compliance 231 come rimedio delle imprese in crisi di legalità e leva per lo sviluppo di un business etico e sostenibile

lo in grado di minimizzare il rischio del verificarsi di alcuni accadimenti ritenuti indesiderati dall'ordinamento.

Ma vi è di più! L'applicazione dell'amministrazione giudiziaria è divenuta, in alcuni casi, una modalità sostitutiva del sistema di responsabilità da reato dell'ente di cui al d.lgs. n. 231/2001, riuscendo a fornire una risposta che, seppur molto simile nei contenuti all'istituto del commissariamento di cui all'art. 15 d.lgs. n. 231/2001, risulta decisamente più agile e snella sotto il profilo dei presupposti applicativi⁶.

3. Criteri applicativi della compliance 231 nell'amministrazione giudiziaria

È evidente, dunque, la centralità che nelle imprese in amministrazione giudiziaria riveste l'adozione ed efficace attuazione di un Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo ex d.lgs. n. 231/2001 diretto a prevenire non solo le situazioni critiche per le quali è stata adottata la misura di prevenzione giurisdizionale, ma anche altri illeciti a cui potrebbe essere esposta la società negli ambiti di attività specifici, facendo particolare attenzione ad eventuali attività di business esternalizzate che potrebbero esporre la società a profili di rischio collegati alle terze parti.

La società sottoposta ad amministrazione giudiziaria dovrà predisporre, in collaborazione con l'amministratore giudiziario, un sistema strutturato ed organico di prevenzione, dissuasione e controllo per la mitigazione del rischio di commissione dei reati mediante l'individuazione delle attività sensibili, dei principi di comportamento che dovranno essere rispettati

dai destinatari del Modello, nonché di specifiche attività di controllo, tutte finalizzate a prevenire la commissione dei reati. Al fine di mappare le attività sensibili, nel cui ambito potrebbero essere realizzate le fattispecie di reato, dovrà essere effettuata un'attenta analisi del contesto aziendale e un'adeguata individuazione dei rischi da fronteggiare. La delimitazione del perimetro di *risk assessment* richiesto e la definizione di criteri affidabili per l'individuazione delle cautele esigibili sono fondamentali per evitare una "proceduralizzazione compulsiva" che inneschi una vertiginosa e inarrestabile rincorsa verso standard di cautela sempre più elevati e la formalizzazione di cautele così anticipate rispetto all'evento-reato da determinare una definitiva torsione verso modelli di **compliance** incardinati su paradigmi a carattere precauzionistico, più che prevenzionistico⁷. Questa escalation regolatoria, ben rappresentata dall'immagine dell'"ente-ragno" che finisce impigliato nell'intrico della ragnatela che si è trovato a tessere, potrebbe, riverberarsi in controproducenti forme di **overcompliance** che irrigidirebbero l'attività delle imprese⁸. Del resto tutto ciò che è ultroneo nel modello organizzativo è a forte rischio di ineffettività. In definitiva, nella costruzione del Modello 231, durante il percorso di riorganizzazione dell'impresa sottoposta a misura di prevenzione, andranno preservate la na-

⁶ E. ZUFFADA, *Homo œconomicus periculosus. Le misure di prevenzione come strumento di contrasto della criminalità economica. Uno studio della prassi milanese*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2022.

⁷ A. MERLO, *Contrastare lo sfruttamento del lavoro attraverso gli strumenti della prevenzione patrimoniale: "Adelante con juicio"*, in *Diritto penale contemporaneo*, Rivista trimestrale, n. 1/2022, 129.

⁸ O. DI GIOVINE, *Il criterio di imputazione soggettiva*, in *Responsabilità da reato degli enti*, Giappichelli, Torino, 2021, 203-240, a cura di G. LATTANZI-P. SEVERINO, la quale rileva come nel Sistema 231 una formalizzazione di cautele sempre più anticipate rispetto all'evento-reato sul piano cronologico, rischia di scollarsene anche su quello logico.

Adeguati assetti organizzativi e compliance 231 come rimedio delle imprese in crisi di legalità e leva per lo sviluppo di un business etico e sostenibile

tura del modello quale incentivo alla auto-regolamentazione dell'attività d'impresa e la sua "forza pedagogica", ossia la sua "capacità di motivare le realtà collettive alla prevenzione del rischio di reato e dunque alla promozione della cultura della legalità nelle realtà complesse"⁹.

Il rischio, altrimenti, potrebbe essere quello di tradire la funzione della **compliance** 231, da risorsa preventiva utile allo sviluppo aziendale, a strumento diretto unicamente alla "messa alla prova dell'ente" da parte del Tribunale. Potrebbe accadere, cioè, che l'ente coltivi la richiesta di conformità dell'amministrazione giudiziaria senza una reale convinzione, non tanto per garantire un agire di impresa legale ed etico, ma al solo scopo di ottenere la revoca dell'amministrazione giudiziaria e il rilascio dell'impresa per legittimarsi sul mercato e recuperare la reputazione aziendale danneggiata dai comportamenti non conformi.

Di qui la funzione determinante dell'amministratore giudiziario, organo tecnico del tribunale, che svolge una funzione di indirizzo della società verso un approccio alla **compliance** di tipo collaborativo e sinergico che contempra un ripensamento complessivo dei processi organizzativi e faccia propria una cultura dell'etica, dell'integrità e della sostenibilità.

Non a caso, in diverse società sottoposte ad amministrazione giudiziaria si riscontra da parte della leadership aziendale un approccio alla **compliance** di tipo cosmetico-burocratico, che spesso genera un vero e proprio *decoupling* organizzativo, cioè una discrasia tra un assetto

procedurale, spesso sovrabbondante e caotico, e le reali pratiche lavorative¹⁰. In questo caso le organizzazioni creano due strutture parallele: una giuridico-formale, modellata per ottemperare agli obblighi normativi e preservare la legittimazione sociale; una sostanziale, rappresentativa dell'agire organizzativo. In altre parole, l'organizzazione adegua la propria struttura alle norme esterne per ottenere legittimità, ma crea volutamente strutture inadeguate a produrre effetti reali, in modo da preservare le sue abituali logiche di funzionamento¹¹. Tale dissociazione alimenta il fenomeno della *cosmetic compliance* o *window dressing* in cui i modelli di **compliance** sono considerati più come vetrine, dirette a riparare l'ente dietro un modello-paravento, che come reale strumento di prevenzione¹². Alla base di questo fenomeno vi è l'idea che l'adozione di un programma di conformità sia un costo inutile, un mero adempimento burocratico, inefficace per la prevenzione dei rischi di reato.

Pertanto, malgrado la crescente importanza che la **compliance** ha assunto nelle politiche aziendali, accade, talvolta, che l'ente consideri la **compliance** unicamente per ragioni di relazioni pubbliche, necessarie a tutelare e rafforzare la propria immagine a livello nazionale ed internazionale e, se del caso, la possibile riduzione di rischio penale. In questi casi il comportamento della *leadership* aziendale

⁹ V. MANES-A.F. TRIPODI, *L'idoneità del modello organizzativo*, in *La responsabilità «penale» degli enti. Dieci proposte di riforma*, Il Mulino, Bologna, 2016, 137-174, a cura di F. CENTONZE-M. MANTOVANI.

¹⁰ J.W. MEYER-B. ROWAN, *Institutionalized Organizations: Formal Structure as Myth and Ceremony*, in *American Journal of Sociology*, vol. 83, n. 2, 1977, 340-363.

¹¹ F. CENTONZE-S. MANACORDA (a cura di), *Verso una riforma della responsabilità da reato degli enti. Dato empirico e dimensione applicativa*, Il Mulino, Bologna, 2023, 66 ss.

¹² A. ESPOSITO, *Assetti societari e rischio penale*, cit., 10.

Adeguati assetti organizzativi e compliance 231 come rimedio delle imprese in crisi di legalità e leva per lo sviluppo di un business etico e sostenibile

non è indicativo di una reale volontà di cambiamento e di miglioramento. Si parla allora di “*compliance game*” tra i diversi *stakeholder*, in cui processi e programmi di conformità non sono destinati a modificare realmente la cultura e le condotte aziendali¹³.

Nel caso di aziende di grandi dimensioni, soprattutto quando sono parte di un gruppo multinazionale, il vertice può nutrire dubbi circa l’opportunità di adottare il modello ai sensi del d.lgs. n. 231/2001. È quanto accaduto, ad esempio, nell’amministrazione giudiziaria ex art. 34 codice antimafia di una nota azienda operante nel settore del *delivery food* che non era dotata di un Modello ex d.lgs. n. 231/2001, né di un Organismo di Vigilanza e in cui la casa madre olandese aveva difficoltà a comprendere la necessità di adottare un Modello 231 per le *leagl entity* italiane da affiancare alla *compliance* di gruppo già in essere e conforme a standard internazionali ritenuti superiori¹⁴. Anche qui è stata dirimente

l’attività di *moral suasion* dell’amministratore giudiziario e la lungimiranza dimostrata durante i lavori per la redazione del Modello 231 nei quali si è tenuto conto dell’articolato sistema di policy, procedure e controlli che erano già presenti nel corredo societario a livello di *compliance* di gruppo, nella misura in cui gli stessi erano stati considerati idonei a valere anche come misure di prevenzione dei reati e di controllo sui processi coinvolti nelle attività sensibili individuate nella fase di *risk assessment* e *gap analysis*. Il Modello 231 si proponeva, infatti, la perfetta integrazione degli strumenti esistenti e di quelli di nuova introduzione e la loro applicazione alle società italiane del gruppo.

Affidando all’amministratore giudiziario il compito di introdurre modelli organizzativi

¹³ W.S. LAUFER, *The Compliance Game*, in *Revisa dos Tribunais*, 2018, 67 ss.; F. CENTONZE, *Responsabilità da reato degli enti*, cit., 955; G. FORTI, *Uno sguardo ai “piani nobili” del d.lgs. 231/01*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2012, 1277, con riferimento alla realtà italiana sottolinea come «gli adempimenti non rispondono alla preoccupazione di prevenire i reati e le illegalità in ambito aziendale [...]» bensì soprattutto a quella di sottrarsi agli addebiti in sede giudiziaria, esibendo un attivismo di «facciata, formale-burocratico, ritenuto idoneo a rabbonire i controllori di turno».

¹⁴ Si consenta di rinviare a M. VULCANO, *La nuova frontiera della compliance 231: da strumento preventivo della responsabilità da reato a strumento correttivo nelle misure di prevenzione antimafia*, in *Rivista 231*, n. 3/2023. Il riferimento è al caso giudiziario Uber Italy Srl (Sezione Autonoma Misure di Prevenzione Tribunale di Milano, Decreto N. 9/2020). Le attività di conformità al d.lgs. 231/2001 sono state affidate alla Funzione Global Compliance attraverso specifico mandato conferito da Uber Italy alle funzioni di Gruppo EMEA

Compliance e EMEA Internal Audit. Il coordinamento funzionale in tema di compliance con le funzioni di Gruppo, EMEA Compliance e EMEA Internal Audit, è stato assicurato dal Responsabile della Conformità (o Compliance Champion), una figura di nuova istituzione, fortemente voluta dall’ufficio custodiale, dopo aver riscontrato la carenza di un presidio compliance interno all’organizzazione aziendale di Uber Italy srl deputato a svolgere un controllo di primo livello e ad assicurare il rispetto delle politiche e delle procedure interne da parte delle risorse. Una delle criticità che, assai verosimilmente, aveva ingenerato le problematiche cennate in seno al decreto che aveva disposto la misura di amministrazione giudiziaria, consisteva proprio nell’accentramento delle funzioni a livello di Gruppo e nella dipendenza funzionale della *leagl entity* italiana dalla casa madre olandese. La previsione di una funzione locale di Compliance con delega a figure intermedie, riporto diretto del general manager, punto di riferimento per i rapporti con i dipendenti e gli organi di controllo delle società italiane, con le funzioni di Compliance e Internal Audit di Gruppo, con le terze parti italiane e con le Autorità italiane, riparava, la Società da rischi come quelli che avevano condotto alla misura, sotto il profilo dell’omesso controllo e della grave deficienza organizzativa sul piano di una reale autonomia della società dalla casa madre olandese.

Adeguati assetti organizzativi e compliance 231 come rimedio delle imprese in crisi di legalità e leva per lo sviluppo di un business etico e sostenibile

idonei a prevenire o, comunque, limitare determinate fattispecie di reato, il Tribunale, impedisce di fatto l'istituzionalizzazione di una **compliance** meramente simbolica. Nel corso della misura, l'amministratore giudiziario, quindi, si assicurerà che la società intraprenda un percorso diretto a riprogettare in senso complessivo struttura e processi aziendali, attraverso la profonda revisione dell'assetto organizzativo, della **governance**, delle policy aziendali e l'elaborazione e adozione di soluzioni idonee e compatibili con i necessari obiettivi di profitto.

La progettazione di interventi efficaci, in grado di generare un cambiamento organizzativo, richiede la comprensione del funzionamento dell'ente, ma anche l'analisi delle logiche che contraddistinguono i campi d'azione, ossia, i soggetti rilevanti rispetto ad un dato processo, perché sono questi a determinare l'impatto reale di un intervento di riqualificazione sull'organizzazione.

Nelle organizzazioni complesse, la dimensione giuridico-formale convive con altre due dimensioni: (i) le risorse materiali, simboliche, cognitive e professionali che consentono realmente all'organizzazione di funzionare; (ii) le pratiche di lavoro ed i comportamenti reali e consolidati, istituzionalizzati all'interno dell'organizzazione. Come è stato efficacemente osservato in dottrina, il funzionamento dell'organizzazione dipende non solo dall'ambiente nel quale opera, ma soprattutto dalla sua storia, dal percorso e dall'eredità del passato. Organizzazioni simili, ma con storie diverse risponderanno in modo diverso a uguali stimoli. Questo comporta che programmi e progetti di cambiamento limitati alla sola componente giuridico-formale si scontreranno con gli altri elementi che tendono a

resistere sviluppando elementi inerziali di fronte al cambiamento¹⁵.

Nel percorso di riqualificazione organizzativa delle imprese in crisi di legalità può accadere che di fronte al mutamento, e anzi, proprio quando il mutamento è rapido e segna una soluzione di continuità con il passato, i soggetti che rappresentano i campi d'azione, cioè gli organi gestori, i responsabili di funzione, di presidio e così via, tendano a resistere al cambiamento continuando a fare riferimento a schemi, modelli e comportamenti conosciuti e consolidati e perciò ritenuti più affidabili¹⁶, in altre parole, ad aderire alla logica "*business as usual*", in cui le cose vanno avanti in modo immutato nonostante tutto. Per fare in modo che il nuovo modello organizzativo attecchisca e venga interiorizzato dalla società e, quindi, dagli attori dei vari processi aziendali, occorre sganciarsi da una concezione di tipo giuridico-formale, coerente con un modello organizzativo di tipo burocratico e concentrarsi sulle persone che nei processi di innovazione e, quindi, di discontinuità rispetto alla precedente gestione, devono essere capaci di costruire e consolidare nuovi repertori cognitivi e nuove abilità pratiche. Ma ciò non può avvenire se non disimparando allo stesso tempo gli schemi di comportamento preesistenti che il più delle volte sono profondamente barbicati e non facilmente estirpabili: come disse Rousseau, "la legge che conta è, in definitiva, quella scritta nel cuore della gente". E allora diventa chiaro l'obiettivo del-

¹⁵ M. CATINO, *Fatti e norme nell'organizzazione*, in *Studi organizzativi*, Rivista Trimestrale n. 2-3, 2001, Franco Angeli, 1-36.

¹⁶ L. LANZALACO, *Ingegneria o fisiologia istituzionale: riflessioni sulle riforme in Italia*, 1996, Il Mulino, 6: 1043-1057.

Adeguati assetti organizzativi e compliance 231 come rimedio delle imprese in crisi di legalità e leva per lo sviluppo di un business etico e sostenibile

la misura: incentivare comportamenti di riorganizzazione dell'impresa ed implementare progressivamente un percorso virtuoso che permetta alla società di realizzare un nuovo modello di gestione e organizzativo univocamente orientato a favorire situazioni di trasparenza e ad impedire future disfunzioni di illegalità come quelle che hanno condotto all'applicazione della misura, svolgendo, se possibile, anche una funzione di "standard setter" di legalità dell'intero settore di riferimento.

Nelle misure riabilitative antimafia, quindi, i modelli di organizzazione, da strumento tipicamente preventivo, si evolvono in strumento correttivo, in grado di orientare l'attività strategica ed economica dell'ente in una fase di crisi di legalità come quella determinata dall'essere destinataria di una misura di prevenzione patrimoniale.

In un simile scenario, il tribunale assume un ruolo attivo, di promotore del processo di riqualificazione organizzativa che conduce l'impresa, attraverso l'azione di *moral suasion* dell'amministratore giudiziario, all'adeguamento delle strutture di *compliance* e al ripristino della legalità aziendale.

In linea di massima il Tribunale tende ad affidare all'amministratore giudiziario, tra gli altri compiti, quello di esaminare l'idoneità del modello già in essere o adottato/aggiornato in corso di misura, ossia la sua capacità a prevenire eventuali e future ipotesi di agevolazione colposa di fenomeni illeciti, con particolare attenzione ai reati presupposto che hanno generato la misura, nonché a segnalare le ulteriori attività illecite e, se del caso, indicare possibili aree di intervento. La valutazione positiva sulla idoneità del modello 231, potrà concorrere, insieme alle complessive azioni del piano rime-

diale, alla determinazione del tribunale di revocare la misura di prevenzione in considerazione del positivo percorso di rilegalizzazione attuato dalla società¹⁷.

4. Sistema 231 e adeguati assetti organizzativi nell'impresa in crisi di legalità

La disciplina 231 ha avuto una funzione anticipatrice della successiva evoluzione normativa sui ruoli di corporate governance e sulla centralità della adeguatezza degli assetti nel sistema del diritto penale di impresa. Una conferma è data dal nuovo Codice della crisi di impresa che ha prescritto a carico dell'imprenditore, che opera in forma societaria o collettiva, l'adozione di un comportamento proattivo volto ad evitare l'evento "*crisi aziendale*". Tale scelta è cristallizzata nell'art. 2086, comma 2, c.c., rubricato "*Gestione dell'impresa*" che rende obbligatoria per l'imprenditore l'adozione di un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, "*anche*" in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale. Di qui l'inevitabile interazione tra le prescrizioni di cui all'art. 2086, comma 2, cod. civ. ed il d.lgs. n. 231/2001. Sia la norma primaria, sia i più rilevanti riferimenti regolamentari e degli *standard setters*, infatti, avvicinano

¹⁷ Il percorso di rilegalizzazione e riqualificazione organizzativa attuato, sotto la guida e la supervisione dell'amministratore giudiziario nominato dal Tribunale, è stato per lo più premiato dall'Autorità Giudiziaria, spesso anche con la revoca anticipata della misura rispetto alla durata inizialmente fissata dal decreto. Ciò proprio in quanto si tratta di uno strumento di matrice collaborativa che valorizza la risposta tempestiva dell'impresa e i rimedi correttivi che questa deciderà di adottare in via autonoma o dietro impulso e con la supervisione del Tribunale e dell'amministratore giudiziario.

Adeguati assetti organizzativi e compliance 231 come rimedio delle imprese in crisi di legalità e leva per lo sviluppo di un business etico e sostenibile

la redazione del Modello alle previsioni del nuovo art. 2086 cod. civ.

Appare evidente allora che il riferimento agli adeguati assetti organizzativi assume rilievo non solo sotto il profilo civilistico di corretta amministrazione, ma anche nella direzione della efficace predisposizione di meccanismi di prevenzione di eventi giuridici negativi al fine di mitigare rischi che possono essere considerati penali o assumere forti sembianze penalistiche.

Un approccio al modello di organizzazione che ne valorizzi le potenzialità preventive, propulsive e di miglioramento in chiave di legalità della cultura aziendale ha il pregio di superare una lettura esclusivamente difensiva dell'impianto prescrittivo, concentrata sui costi della sanzione e sui ripari da apprestare ex post alla reazione dell'ordinamento nei confronti delle violazioni già perpetrate. Così, l'interiorizzazione di schemi di gestione che si facciano carico dell'auto-controllo penale fornisce l'occasione all'impresa anche per liberarsi di dirigenze o forme di gestione ostili a politiche di impresa aderenti ad una legalità comunque conveniente per l'impresa e ben integrata nella "adeguatezza" organizzativa richiesta dagli artt. 2381, comma 5 cod. civ. e 2086, comma 2 cod. civ.

Con particolare riguardo alla misura dell'amministrazione giudiziaria, partendo dal programma prescrizionale con il quale l'amministratore giudiziario impartisce alla società una serie di interventi correttivi, sostanziali e strutturali al fine di colmare i *deficit* organizzativi, gestionali, di controllo e di integrità aziendale riscontrati, la società predisponde, solitamente con l'ausilio dei suoi difensori e di una società di consulenza tecnica, un *remediation plan*, ossia un percorso di ri-

legalizzazione che possa colmare le lacune riscontrate.

Tra gli interventi contenuti nel piano rimediabile, quindi, non potrà mancare una profonda revisione della *governance*, dell'assetto organizzativo e del sistema di controllo interno.

In svariate procedure sono state riscontrate gravi lacune dell'assetto organizzativo soprattutto in relazione alle rilevanti dimensioni della società in termini di forza lavoro occupata e in ordine alle ramificazioni territoriali operative e alle soglie di fatturato. E invece, in un'ottica di adeguata gestione e valorizzazione delle risorse, nonché di un adeguato livello di controllo interno, l'organizzazione dell'ente deve essere coerente con le sue dimensioni e con le caratteristiche del *business*. La sfasatura tra le dimensioni strutturali ed operative di tali imprese e la struttura organizzativa costituisce un chiaro segnale di inadeguatezza giuridico-strutturale della *governance* societaria.

La struttura organizzativa interessa le unità lavorative e i compiti ad esse assegnati. Nello specifico, nella divisione del lavoro si stabiliscono le unità organizzative e i singoli individui in esse impegnati, definendo ruoli e poteri decisionali. Il coordinamento e la sincronizzazione tra unità organizzative e singoli individui viene formalizzato nell'organigramma con cui si definisce la gerarchia dei ruoli con riferimento agli organi decisionali, di controllo, di linea, etc. La struttura organizzativa aziendale (funzioni, direzioni, presidi aziendali etc.) risulterà così chiaramente definita, soprattutto con riferimento all'attribuzione di responsabilità, alla corretta identificazione delle linee di dipendenza gerarchica o funzionale e delle interfacce, alla puntuale descrizione dei compiti e all'assegnazione delle mansioni. Inoltre, devono essere correttamente identifi-

Adeguati assetti organizzativi e compliance 231 come rimedio delle imprese in crisi di legalità e leva per lo sviluppo di un business etico e sostenibile

cati gli organismi e i comitati interni, le loro funzioni, la loro promanazione, il mandato e l'ambito di competenza di ciascuno¹⁸. In diversi casi, invece, si è riscontrata l'assenza di una chiara definizione di compiti, ruoli e responsabilità all'interno della società, non essendo stato predisposto e diffuso un mansionario, né elaborate specifiche *job description*. In alcuni casi manca una figura deputata a svolgere un ruolo di forte indirizzo strategico e una funzione di filtro e coordinamento tra il consiglio di amministrazione e i responsabili delle singole funzioni, come il Chief Executive Officer o il Direttore Generale.

Il sistema di controllo interno di un'impresa, soprattutto di grandi dimensioni, per essere efficace, integrato e sinergico, deve essere articolato in più livelli. La tipologia di controlli si differenzia, infatti, in controlli di primo livello o controlli di linea, di competenza del titolare del singolo processo; controlli di secondo livello propri della funzione compliance, *risk management*, del dirigente preposto; controlli di terzo livello, tipici della funzione Internal Audit che verifica la funzionalità complessiva del sistema di controllo, c.d. *assurance*¹⁹. Un controllo si-

mile a quello della funzione *Internal Audit*, è svolto poi dall'Organismo di Vigilanza, con specifico riferimento ai soli standard di *compliance* 231, con competenze più strettamente normative e con compiti anche di proposta con riferimento alle procedure. È evidente che la mancanza di precise *job description* e quindi di una formalizzazione di ruoli e responsabilità delle funzioni aziendali rende del tutto evanescenti i controlli di linea/operativi, ossia i controlli di primo livello. Quando, poi, la *Funzione Compliance* è concentrata prevalentemente su alcune attività come, ad esempio, l'implementazione delle politiche di compliance di gruppo all'interno della società o il supporto alla funzione *Internal Auditing* della capo gruppo, vengono meno i necessari controlli di secondo livello in relazione alla conformità al d.lgs. n. 231/2001. Alle volte la *Funzione Internal Audit* si presenta molto debole o è addirittura assente.

In alcuni casi, coerentemente alle condotte di omesso controllo e omessa vigilanza accertate dal Tribunale, per nessuna delle figure apicali è previsto un sistema di controllo in grado di rilevare tempestivamente, o comunque impedire, condotte devianti, né un adeguato ed effettivo sistema sanzionatorio, anche in base alle disposizioni del d.lgs. n. 231/2001. In questi casi il complessivo assetto organizzativo e il sistema di controllo interno della società diretto a prevenire, identificare, misurare, comunicare e gestire i rischi, si presentano inadeguati a prevenire il pericolo di commissione dei reati oggetto della misura di prevenzione patrimoniale.

Nel piano di azione disegnato dal tribunale, l'implementazione di un idoneo modello di

¹⁸ In prospettiva di un ulteriore rafforzamento in ambito di controllo interno e gestione dei rischi, prendendo spunto dal Codice di Corporate Governance per le società quotate elaborato dal Comitato di Corporate Governance, può essere raccomandabile l'inserimento di consiglieri indipendenti all'interno del consiglio di amministrazione e l'istituzione di alcuni comitati, come ad esempio il Comitato Etico e Sostenibilità e il Comitato Controllo e Rischi, quest'ultimo per svolgere un ruolo ancillare rispetto al Consiglio di Amministrazione, in ordine alla valutazione sull'efficienza, sull'economicità e sulla convenienza del sistema di controllo interno e di gestione dei rischi.

¹⁹ A. CARNÀ, *Le policy aziendali quali strumenti di autoregolamentazione: dalla implementazione al monitoraggio*, in AA.VV., *La gestione della com-*

pliance. Sistemi normativi e controllo dei rischi, a cura di A. ADOTTO-S. BAZZOLAN, Luiss University Press, 2020, 80 ss.

Adeguati assetti organizzativi e compliance 231 come rimedio delle imprese in crisi di legalità e leva per lo sviluppo di un business etico e sostenibile

organizzazione, gestione e controllo (MOGC) adottato ai sensi e per gli effetti del d.lgs. n. 231/2001, si impone quale presidio di legalità, diretto a gestire il rischio, a prevenire i reati, a tutelare l'ente da eventuali future ulteriori responsabilità, salvaguardandone il patrimonio e l'attività e la reputazione.

Pertanto, nel percorso di riorganizzazione e riqualificazione che l'impresa intraprenderà per realizzare un nuovo modello organizzativo e operativo in assoluta discontinuità rispetto al precedente, un ruolo cruciale è svolto dall'implementazione di adeguati assetti e dall'istituzione di un idoneo modello di organizzazione, gestione e controllo (MOGC) adottato ai sensi e per gli effetti del d.lgs. n. 231/2001, che possono essere considerati come un vero e proprio strumento di risk management e di rafforzamento dei meccanismi di corporate governance aziendale.

Nell'ambito del piano rimediabile sarà prevista l'adozione e attuazione del modello organizzativo di gestione e controllo che, in ottemperanza alle prescrizioni dell'amministratore giudiziario e alle coordinate tracciate dal tribunale, dovrà essere strutturato non solo per la prevenzione delle fattispecie di reato presupposto che hanno generato la misura di prevenzione giurisdizionale, ma anche per prevenire una serie di eventi-rischio a cui potrebbe essere esposta la società negli ambiti di attività specifici, anche tenuto conto di eventuali attività esternalizzate a società del gruppo o a società terze, con l'obiettivo di garantire una copertura più ampia. Per giungere alla finalizzazione del Modello 231 si dovrà procedere alla mappatura e revisione di policy, procedure e controlli presenti nel sistema *compliance*, anche di gruppo, all'analisi dei documenti di valutazione dei rischi, alla individuazione delle attività sensibili,

alla definizione dei protocolli di parte speciale e delle procedure; andranno individuati i principi di comportamento che dovranno essere rispettati dai destinatari del Modello e definite le specifiche attività di controllo, finalizzate a prevenire la commissione dei reati. In particolare, l'individuazione delle aree di rischio a cui corrisponderanno i protocolli, viene effettuata attraverso workshop di *risk assessment* con le varie funzioni aziendali che hanno lo scopo di far emergere la situazione aziendale esistente e le azioni da attuare nell'ambito delle attività sensibili (*gap analysis*), sia a livello di procedure interne e controlli esistenti, che di requisiti organizzativi.

5. Supply chain e obblighi di due diligence: la nuova prevenzione antimafia anticipa il legislatore europeo

Negli ultimi tempi si è registrata una tendenza sempre più accentuata nei settori ad alta intensità di manodopera (ad esempio, nei comparti manifatturiero, multiservizi, della logistica e della grande distribuzione) o nelle attività che richiedono particolari competenze tecniche, ad esternalizzare alcune fasi della produzione e/o della lavorazione (ad esempio, logistica, movimentazione merci, facchinaggio, trasporto) mediante il ricorso a società terze. Già da qualche anno il Tribunale di Milano ha sottoposto ad amministrazione giudiziaria ex art. 34 d.lgs. 159/2011 svariate imprese operanti nel settore della logistica che facevano massiccio ricorso alla esternalizzazione delle attività di business, per aver colposamente, con la propria attività economica lecita, agevolato soggetti terzi indagati per reati di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro ex art. 603 *bis* c.p. e, in alcuni casi, di riciclaggio e autoriciclaggio ex artt. 648 *bis* e 648 *ter* c.p.,

Adeguati assetti organizzativi e compliance 231 come rimedio delle imprese in crisi di legalità e leva per lo sviluppo di un business etico e sostenibile

comma 1. Più in particolare, tali provvedimenti si inserivano in un più ampio filone di indagini della Procura di Milano che ha interessato svariati operatori del comparto della logistica. Si trattava di un fenomeno fraudolento caratterizzato dalla presenza di enti, costituiti sotto forma di cooperative, consorzi o società di capitali, con ingente forza lavoro che fungevano da “meri serbatoi di manodopera” nei confronti di società committenti per il tramite di simulati contratti di appalto di servizi di facchinaggio, logistica e trasporto a basso costo, determinando così un’illecita somministrazione di manodopera. A ciò seguiva il cosiddetto cambio appalto, ossia la successione nel tempo di diversi fornitori nell’esecuzione di un servizio per conto dello stesso committente e la “*transumanza*” dei lavoratori da una società a quella subentrante. Lo schema delineato è stato attenzionato sia dalla Procura che dagli uffici dell’Amministrazione finanziaria, che hanno individuato il fornitore come un centro di un sistema articolato finalizzato alla frode fiscale. Tali società fornitrici, infatti, erano caratterizzate da rilevanti debiti tributari e la loro gestione era spesso riconducibile a determinati soggetti persone fisiche che si succedevano con una certa ricorrenza nella rappresentanza legale. Infine, si verificava la cessazione delle attività del precedente consorzio o cooperativa e il passaggio della forza lavoro a una nuova cooperativa o a un nuovo consorzio e alle sue società consorziate, il tutto a un minor prezzo di mercato dei servizi prestati rispetto al valore medio.

Lo schema così delineato, in cui si appurava la sistematica non conformità alla normativa giustilavoristica nell’ambito di appalti di servizi ad alta intensità di manodopera, ha determinato un ingente danno per l’Erario, a causa degli omessi versamenti iva da parte dei fornitori; un danno

per gli enti previdenziali, a motivo degli esigui versamenti contributivi da parte dei fornitori a fronte di un’ingente forza lavoro; una distorsione del mercato derivante dall’applicazione di tariffe concorrenziali applicabili unicamente in virtù degli illeciti perpetrati.

Più di recente il Tribunale di Milano ha sottoposto ad amministrazione giudiziaria alcune imprese operanti nel settore manifatturiero per aver agevolato soggetti terzi indagati del reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro di cui all’art. 603 *bis* c.p. I giudici della Sezione Misure di Prevenzione hanno rimproverato a tre grandi case di moda italiane un omesso controllo sulla propria catena di fornitura, cioè di non aver verificato la reale capacità imprenditoriale delle aziende sub-appaltatrici omettendo, peraltro, la vigilanza mediante ispezioni per verificare le reali condizioni di lavoro. Si tratta di imprese che fanno un massiccio ricorso a società terze a cui esternalizzano i processi produttivi.

A parere degli organi inquirenti, le aziende fornitrici disporrebbero solo nominalmente di adeguata capacità produttiva e possono competere sul mercato solo esternalizzando a loro volta le commesse ad opifici cinesi, i quali riescono ad abbattere i costi ricorrendo all’impiego di manodopera irregolare e clandestina in condizioni di sfruttamento. Negli stabilimenti di produzione effettiva e non autorizzata è stato riscontrato che la lavorazione avveniva “*in condizione di sfruttamento (pagamento sotto soglia, orario di lavoro non conforme, ambienti di lavoro insalubri), in presenza di gravi violazioni in materia di sicurezza sui luoghi di lavoro (omessa sorveglianza sanitaria, omessa formazione e informazione), nonché ospitando la manodopera in dormitori realizzati abusivamente ed in*

Adeguati assetti organizzativi e compliance 231 come rimedio delle imprese in crisi di legalità e leva per lo sviluppo di un business etico e sostenibile

condizioni igienico sanitarie sotto minimo etico”. Si rimproverava quindi alle società committenti di non aver messo in atto controlli volti a garantire l’effettività della compagine societaria e di una idonea struttura organizzativa dei fornitori, nonché ad impedire ipotesi di sfruttamento dei lavoratori impiegati negli appalti. I committenti, pertanto, avrebbero dovuto prevedere degli accorgimenti nella selezione dei fornitori per dimostrare la propria diligenza nella gestione dei profili di rischio collegati alle terze parti.

Il dovere di diligenza a cui la nuova frontiera della prevenzione patrimoniale chiama le imprese, risponde anche ai criteri ESG richiesti dall’Unione Europea per le attività economiche e alle direttive della CSRD (Corporate Sustainability Reporting Directive) e CSDD (Corporate Sustainability Due Diligence Directive).

L’attenzione ai fattori ESG (Environmental, Social, Governance) è cresciuta rapidamente, da iniziativa di responsabilità sociale d’impresa lanciata dalle Nazioni Unite nel 2004 a fenomeno globale. Una crescita determinata da una sempre maggiore consapevolezza da parte degli investitori dell’importanza di incorporare i fattori ESG nelle decisioni strategiche e di investimento per ridurre i rischi aziendali e promuovere la sostenibilità²⁰. Per procedere a decisioni

di investimento etiche e meno rischiose, fusioni, acquisizioni, ma anche per valutare nuove relazioni commerciali con fornitori e partner, le aziende operano attività di due diligence ESG con l’obiettivo di valutare le politiche e i fattori di rischio ambientali, sociali e di governance e offrire, così, un quadro informativo completo e affidabile. Per quanto riguarda l’aspetto ambientale, la due diligence ESG esamina il modo in cui l’azienda gestisce materiali pericolosi, il suo impatto inquinante e l’impiego delle risorse naturali. Per l’aspetto sociale, viene valutata la conformità dell’azienda agli standard in materia di lavoro e diritti umani.

In merito alla governance, la due diligence ESG esamina fattori quali la leadership, la retribuzione dei dirigenti, le revisioni contabili e i diritti degli azionisti. L’esecuzione di un’accurata due diligence ESG aiuta gli investitori a identificare e mitigare i potenziali rischi e cogliere opportunità. In tema di sostenibilità aziendale la normativa è in continua evoluzione. Accanto ai fattori ESG, il legislatore europeo ha introdotto, negli ultimi anni, diverse normative chiave per migliorare la rendicontazione della sostenibilità e la trasparenza aziendale.

In ambito rendicontazione, la *Corporate Sustainability Reporting Directive* (CSRD) impone alle imprese dell’UE di riferire sugli aspetti ambientali, sociali e di governance (ESG) delle proprie operazioni e introduce gli *European Sustainability Reporting Standards* (ESRS) i quali specificano le informazioni che le imprese sono tenute a comunicare per allinearsi agli standard internazionali²¹.

²⁰ V. CANTINO-A. DEVALLE-S. FIANDRINO, *L’informativa sulla sostenibilità*, in *Il Bilancio ESG (Environmental, Social e Governance)*, a cura di M. CISI e A. DEVALLE, Eutekne Formazione, 2023, 15-35: «In ambito economico-aziendale, la sostenibilità è stata definita come segue: ‘la strategia di integrazione degli obiettivi ambientali, sociali e di governance (ESG – environmental, social and governance) nei processi di business per assicurare il governo della creazione di valore sostenibile nel tempo in un orizzonte di medio-lungo periodo che consideri

coerentemente i rischi non solo finanziari, ma anche quelli legati alle variabili E, S e G».

²¹ Il testo finale della nuova Direttiva UE 2022/2464 sulla rendicontazione societaria di sostenibilità

Adeguati assetti organizzativi e compliance 231 come rimedio delle imprese in crisi di legalità e leva per lo sviluppo di un business etico e sostenibile

La direttiva ha il duplice scopo di permettere agli utilizzatori delle informazioni e agli stakeholder in generale, la comprensione degli impatti che la società genera in termini di sostenibilità e di come i fattori di sostenibilità influenzino lo sviluppo, le attività e le performance della società stessa. Gli obblighi di rendicontazione sono molto ampi: modello di business e di *governance* in relazione alla sostenibilità; strategia, target e obiettivi di sostenibilità pianificati; politiche e pratiche aziendali adottate o da adottare in materia; principali rischi aziendali correlati a fattori di sostenibilità; eventuali azioni intraprese e re-

(Corporate Sustainability Reporting Directive – CSRD) è stato pubblicato nella Gazzetta ufficiale dell’Unione europea del 16 dicembre 2022. La Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 dicembre 2022 modifica il Regolamento (UE) n. 537/2014, la Direttiva 2004/109/CE, la Direttiva 2006/43/CE e la Direttiva 2013/34/UE per quanto riguarda la rendicontazione societaria di sostenibilità. <http://data.europa.eu/eli/dir/2022/2464/oj>. La Direttiva UE 2022/2464 è entrata ufficialmente in vigore in Italia il 5 gennaio 2023 e sostituisce la precedente “Non Financial Reporting Directive – NFRD” (Direttiva 2014/95/UE), attuata in Italia dal Decreto legislativo 30 dicembre 2016 n. 254, concernente l’obbligo di comunicazione di informazioni di carattere non finanziario per le imprese di grandi dimensioni. La nuova Direttiva sulla rendicontazione dell’informativa di sostenibilità riforma profondamente il quadro normativo delineato dalla precedente Direttiva 2014/95/UE. In dettaglio, estende il perimetro di rendicontazione delle società incluse nell’obbligo di rendicontazione, stabilisce nuovi principi di rendicontazione – gli European Sustainability Reporting Standards (ESRS), amplia il contenuto dell’informativa di sostenibilità e rende obbligatorio il processo di assurance di tale informativa. È stato eliminato il carattere ‘non finanziario’ enunciato nella NFRD precedente. Questa soluzione riconosce le informazioni di sostenibilità al pari rispetto alle informazioni finanziarie, enunciando le nozioni di “questioni di sostenibilità” e “informativa sulla sostenibilità”.

lativi risultati raggiunti; indicatori pertinenti per le informative di sostenibilità²².

Le imprese sono chiamate a comunicare informazioni qualitative e quantitative, informazioni prospettiche e retrospettive, di breve, medio e lungo periodo in merito all’attività di impresa e sulla catena di fornitura²³. Durante i primi tre anni di applicazione delle misure e qualora non siano disponibili tutte le informazioni necessarie relative alla sua catena del valore, l’impresa dovrà spiegare gli sforzi compiuti per ottenere le informazioni necessarie sulla sua catena del valore, i motivi per cui non è stato possibile ottenere tutte le informazioni necessarie e i suoi piani per ottenere le informazioni necessarie in futuro.

²² Le società impattate dalla CSRD dovranno presentare un contenuto più dettagliato in merito all’informativa di sostenibilità. Viene introdotto il principio di doppia materialità che le imprese devono adottare nel processo di gestione e rendicontazione. In dettaglio, le imprese saranno tenute a specificare sia i principali impatti legati alle attività dell’impresa e alla sua catena del valore sulla società e sull’ambiente (financial materiality – prospettiva outside-in), sia i rischi e le opportunità dei fattori di sostenibilità che influenzano lo sviluppo e la performance aziendali (impact materiality – prospettiva inside-out). Inoltre, si specificano contenuti di rendicontazione più dettagliati in merito alla strategia, gli obiettivi, il ruolo del consiglio di amministrazione e della dirigenza, le principali ripercussioni negative legate all’impresa e alla sua catena del valore, le attività immateriali e le modalità con cui le imprese hanno individuato le informazioni di sostenibilità che comunicano (Direttiva 2013/34/UE come modificata dalla direttiva UE 2022/2464 del 14 dicembre 2022, art. 19 *bis*, par. 1 e par. 2).

²³ Direttiva 2013/34/UE come modificata dalla direttiva UE 2022/2464 del 14 dicembre 2022, art. 19 *bis*, paragrafo 3: “Se del caso, le informazioni di cui ai paragrafi 1 e 2 includono informazioni sulle attività dell’impresa e sulla sua catena del valore, comprese informazioni concernenti i suoi prodotti e servizi, i suoi rapporti commerciali e la sua catena di fornitura”.

Adeguati assetti organizzativi e compliance 231 come rimedio delle imprese in crisi di legalità e leva per lo sviluppo di un business etico e sostenibile

In ambito *governance*, la *Corporate Sustainability Due Diligence Directive* (CSDD), Direttiva relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità – che è stata approvata dal Consiglio dell’Unione Europea lo scorso 24 maggio – nasce per stabilire norme riguardanti le responsabilità delle grandi aziende in relazione agli impatti negativi, effettivi e potenziali, sull’ambiente e sui diritti umani delle proprie operazioni, delle operazioni delle proprie controllate, e delle operazioni all’interno della propria catena del valore svolte da soggetti con cui l’azienda ha una relazione commerciale stabile. Questo importante atto legislativo, noto anche come *Supply Chain Act*, richiede alle imprese, tipicamente di grandi dimensioni e a rischio di impatto socio-ambientale che rientrano nel campo di applicazione, di creare un sistema di indagine preventiva e di vigilanza in tutte le fasi dei processi aziendali e su tutta la catena di fornitura a monte e a valle al fine di prevenire e mitigare gli impatti negativi sull’ambiente, sulle condizioni di lavoro, sui diritti e libertà individuali, dando conto pubblicamente del dovere di diligenza.

In questo quadro normativo, che amplia le dimensioni di rischio da gestire e impone sostanzialmente alle aziende di ottimizzare la propria interrelazione con i fornitori per avere filiere sostenibili sia sotto il profilo dei rischi che sotto il profilo della *compliance*, risulta fondamentale per le imprese strutturarsi adeguatamente e agire in prevenzione attraverso l’adozione ed efficace attuazione di un modello di organizzazione, gestione e controllo che tenga conto anche della condotta di soggetti formalmente esterni all’azienda stessa, come fornitori, appaltatori, imprese affidatarie e consulenti per mitigare rischi penali o eventi negativi che verificandosi in capo ad uno o più stakeholder

possono determinare ripercussioni sull’impresa e sul suo valore.

Il riferimento non è solo ai fornitori, ma in generale alle terze parti, cioè a tutto il sistema di organizzazioni esterne all’azienda, ma che con essa operano quotidianamente. L’adesione da parte delle imprese ad un modello operativo che abbia a cuore anche i temi dell’etica, dell’integrità, della tutela dei diritti umani e della liceità dell’operato in tutta la catena di valore rappresenta un obiettivo a cui dovrebbero tendere tutte le aziende virtuose nel medio-lungo periodo non soltanto per prevenire i rischi reato, ma anche per migliorare la loro competitività, abbandonando un comportamento di mera *compliance* e puntando ad un posizionamento sul mercato coerente e strategico per raggiungere un vantaggio sostanziale rispetto al “*business as usual*”. L’integrazione strategica della sostenibilità nell’attività d’impresa può avvenire soltanto se si fortifica la mission aziendale che non dovrà perseguire solo gli obiettivi di redditività, ma dovrà coinvolgere le questioni di sostenibilità nelle politiche intraprese, nei processi decisionali ed operativi, nella cultura organizzativa, nelle azioni quotidiane. Il passo da compiere è un’evoluzione concettuale che conduca ad una logica della Corporate Social Responsibility in cui la sostenibilità aziendale è integrata nella strategia di business e nei processi operativi aziendali²⁴. Con l’integrated thinking, si passa da un’impostazione “silos”, che vede le decisioni strategiche e le strutture organizzative come compartimenti stagni, ad un approccio inte-

²⁴ M.P. MARAGHINI, *Sostenibilità e governo aziendale. Parola d’ordine: integrazione!*, in *Agenda 2030: un viaggio attraverso gli Obiettivi di sviluppo sostenibile*, a cura di A. RICCABONI-E. GIOVANNINI, Roma, ASviS e Santa Chiara Lab, 2021, 248-258.

Adeguati assetti organizzativi e compliance 231 come rimedio delle imprese in crisi di legalità e leva per lo sviluppo di un business etico e sostenibile

grato che, in modo costruttivo, gestisce le tensioni tra l'efficienza aziendale considerando in senso più ampio il benessere e la salute sociale. Sarà necessaria quindi una valutazione degli impatti che non si potrà limitare solo al mondo ESG, ma dovrà prendere in considerazione tutti gli ambiti di rischio potenzialmente impattanti sull'organizzazione, tenendo conto delle specifiche attività di business.

6. La selezione e gestione dei fornitori di servizi labour-intensive: l'action plan nelle imprese in amministrazione giudiziaria per una catena di fornitura responsabile

Il recente cambiamento del panorama normativo in merito alla sostenibilità aziendale e la crescente consapevolezza sulla natura mutevole dei rischi che impattano sull'attività di impresa, stimolano l'adozione di un modello di gestione del rischio sulle terze parti e un approccio verso un business più etico e sostenibile. Per costruire una *supply chain* affidabile, responsabile e conforme alla normativa di settore, dove i fornitori smettano di essere considerati tali per diventare veri e propri partner commerciali, è necessario un cambio di mentalità che vada ad integrare un impianto di tipo tradizionale con un approccio proattivo alla gestione sia contrattuale che operativa nei rapporti con i soggetti terzi. Nella valutazione dei rischi sulle terze parti si dovrà passare da un modello "tick the box", cioè dalla mera rilevazione dell'esistenza dei requisiti di conformità, ad azioni concrete.

Molto spesso, nelle imprese sottoposte ad amministrazione giudiziaria, anche di grandi dimensioni, è presente un approccio alla selezione e gestione delle terze parti poco rispondente alle dimensioni del business e al livello di servizio medio-alto offerto dalla società. Il sistema di gestione dei fornitori, a partire dal

processo di selezione, fino a giungere ai controlli in fase di *on boarding* e al monitoraggio in costanza di rapporto, *on going*, appare del tutto inadeguato a garantire la *compliance* alla normativa in materia fiscale, previdenziale, di salute e sicurezza sul lavoro, nonché a garantire la legalità dei rapporti con i fornitori.

La scelta delle terze parti, normalmente occasionata da necessità di sostituzione di fornitori e dall'incremento o dalla diminuzione dell'attività di business, è per lo più demandata alle funzioni territoriali che vi provvedono facendo ricorso a conoscenze personali, senza alcuna gara di appalto effettiva, né procedure di garanzia (se non in relazione alla raccolta di marginale documentazione) e senza una strategia volta alla selezione e al consolidamento di soggetti meglio qualificati sul mercato, più strutturati e autonomi, idonei a garantire profili di autonomia, liceità e correttezza operativa. Ciò favorisce la creazione di sacche di discrezionalità e fenomeni corruttivi.

Un altro elemento ricorrente nella gestione degli appalti è costituito dall'ingerenza del committente nei rapporti con gli addetti indiretti, attraverso la gestione di tutte le problematiche afferenti i dipendenti dei fornitori che vengono il più delle volte risolte con il passaggio di dipendenti da un fornitore all'altro, c.d. transumanza, oppure con il pagamento diretto da parte del committente per far fronte a mancanze dei fornitori, formali datori di lavoro, o al malcontento dei lavoratori al fine di prevenire o sedare agitazioni sindacali. A volte l'ingerenza del committente si estende anche alla gestione delle dinamiche sindacali che dovrebbero essere prerogativa dell'appaltatore. Con particolare riferimento al settore trasporti, si è avuto modo di comprendere come le criticità relative all'attività di ingerenza della so-

Adeguati assetti organizzativi e compliance 231 come rimedio delle imprese in crisi di legalità e leva per lo sviluppo di un business etico e sostenibile

cietà nei rapporti con i dipendenti indiretti, derivino da problematiche strutturali causate dall'elevato numero dei fornitori di cui si serve la società con lo scopo di non creare *captive companies*, ossia società dalle quali dipendere totalmente o in gran parte. È evidente che un'elevata parcellizzazione dei fornitori, costituiti da società di piccole dimensioni e non adeguatamente strutturate, che non sono dotate di personale preposto alla gestione dei dipendenti, né sono in grado di mantenere relazioni sindacali, favorisce il fenomeno dell'ingerenza da parte del committente e quindi pregiudica la genuinità dei contratti di appalto di servizi.

Per creare una discontinuità accentuata rispetto a tale gestione si è reso necessario un profondo cambiamento del modello operativo con la strutturazione di un sistema di selezione e controllo indipendente dei fornitori degli appalti di facchinaggio, logistica e trasporto, sia in fase di ingresso che in quella di esecuzione del contratto; la revisione dei contratti di appalto e delle tariffe applicate; la riduzione e concentrazione dei fornitori di trasporto e la scelta di controparti in possesso di struttura organizzativa adeguata e capacità produttive in grado di far fronte ai costi necessari per l'implementazione di adeguati standard di legalità (quali, a titolo esemplificativo, la presenza di un preposto fisso presso le filiali, costi strutturali per la corretta gestione del lavoro dei propri dipendenti e per gli incombenti amministrativi e burocratici, etc.), anche al fine di evitare ogni necessità/possibilità d'ingerenza del personale del committente nelle attività quotidiane dei fornitori terzi e nei rapporti sindacali.

Per una filiera trasparente e sostenibile occorrerà implementare nell'assetto organizzativo, un'apposita Funzione *Procurement* deputata alla selezione dei fornitori e strutturare un sistema

di due diligence delle terze parti con conseguente creazione di un albo fornitori. La Funzione *Procurement* dovrà innovare le procedure di qualificazione, scelta, gestione e monitoraggio continuo delle terze parti nella prospettiva di creare una discontinuità rispetto alla precedente gestione e di strutturare un sistema di controllo indipendente dei fornitori idoneo a prevenire eventuali e future ipotesi di agevolazione colposa di fenomeni illeciti, con particolare attenzione ai reati presupposto della misura. Sarà quindi necessario mettere a punto una procedura di selezione, gestione e monitoraggio dei fornitori che preveda:

- una attenta due *diligence* fornitori in fase di ingresso (c.d. *on boarding*): screening che prevede verifiche incisive sui profili di solidità economica, patrimoniale e finanziaria, sull'assenza di elementi di anomalia societaria, sui profili reputazionali e sulla regolarità degli adempimenti previdenziali, assistenziali e tributari;
- l'attivazione delle attività di verifica in fase di esecuzione del contratto (c.d. *ongoing*): monitoraggio continuativo che prevede l'analisi e la verifica di un set documentale che i fornitori sono chiamati a fornire mensilmente;
- la creazione di un Albo Fornitori *compliant* alla normativa in materia fiscale, previdenziale, sicurezza sul lavoro, assicurativa, contributiva, creando in tal modo degli standard setter;
- l'introduzione di un processo di gestione accentrata degli affidamenti mediante procedure competitive, gara di appalto/affidamento dei fornitori iscritti all'Albo;
- l'istituzione di un comitato, composto da plurimi soggetti e funzioni, che decida sulla aggiudicazione delle gare di appalto o

Adeguati assetti organizzativi e compliance 231 come rimedio delle imprese in crisi di legalità e leva per lo sviluppo di un business etico e sostenibile

procedure di affidamento allo scopo di eliminare le sacche di discrezionalità sussistenti nella scelta dei fornitori e prevenire ipotesi corruttive;

- attività di controllo volte a valutare la congruità delle tariffe offerte/praticate dalle controparti fornitrici in termini di sostenibilità della commessa nel tempo e nel rispetto di quanto previsto dal CCNL nazionale rispetto al livello di riferimento di ciascun lavoratore.

Particolare attenzione andrà riservata alla revisione dei contratti con i fornitori di servizi (appaltatori) attraverso l'inserimento di una serie di stringenti clausole, in via assolutamente innovativa rispetto agli standard in uso nel settore, dirette ad assicurare gli obiettivi di tutela del lavoro, spesso cedevoli rispetto a quelli che presidiano l'equilibrio delle relazioni contrattuali.

Tali clausole – necessarie per rimediare all'insufficienza delle disposizioni presenti al momento dell'intervenuto decreto e prevenire il verificarsi delle condotte anche solo prodromiche a quelle di sfruttamento dei lavoratori, nonché per tutelare il committente dalla commissione di illeciti da parte del fornitore (come ad esempio il mancato adempimento degli obblighi retributivi, tributari, contributivi, previdenziali) – saranno recepite dalle procedure previste dal modello organizzativo ex d.lgs. n. 231/2001 e, per l'effetto, entreranno a far parte degli assetti organizzativi aziendali, diventando sottoposte al controllo di adozione degli organi sociali e di controllo, ed in particolare dell'OdV²⁵.

Nei contratti di appalto potranno ad esempio essere previsti il divieto di sub appalto, la previsione di audit da parte del committente ai dipendenti dei fornitori in una prospettiva di massima tutela dei diritti dei lavoratori circa la regolarità giuslavoristica, rifuggendo così alcune delle criticità che hanno generato la misura di amministrazione giudiziaria.

Molto utile sarà l'avvio della certificazione dei contratti di appalto da parte di una commissione presente nell'apposito Albo istituito presso il Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale al fine di attestare che il contratto presenta i requisiti di forma e contenuto richiesti dalla legge. Lo scopo è quello di disporre di controparti aventi stringenti requisiti in termini di struttura societaria, *financial standing*, *corporate governance*, profili di integrità e ESG e, dall'altro, di esercitare – anche in ossequio agli specifici obiettivi/obblighi in termini di responsabilità sociale richiesti dall'Unione Europea – il dovere di vigilanza della propria catena di fornitura svolgendo, per osmosi, una funzione di standard setter dell'intero settore di riferimento.

7. Riflessioni conclusive

La *compliance* 231, in chiave preventiva, rappresenta uno strumento prezioso attraverso il quale l'amministrazione giudiziaria e gli organi gestori possono ridisegnare tutti gli strumenti di *governance*, risolvere le criticità di organizzazione e assorbire le lacune di controllo. Realizzare, cioè, in tempi rapidi, le prescrizioni formulate dall'amministratore giudiziario e adottare un nuovo modello di gestione e or-

mento del lavoro: prevenzione, applicazione, repressione. Un'indagine di diritto penale, processuale penale e del lavoro, in Bollettino ADAPT, University Press, gennaio 2024, 279 ss.

²⁵ R. PAESE, *Il recupero della legalità nel settore della logistica. Disamina del primo caso in Italia*, in FERRARESI-SEMINARA *Caporalato e sfrutta-*

Adeguati assetti organizzativi e compliance 231 come rimedio delle imprese in crisi di legalità e leva per lo sviluppo di un business etico e sostenibile

ganizzativo, in accentuata discontinuità rispetto al precedente, che sia univocamente orientato a favorire situazioni di trasparenza e ad impedire future disfunzioni di illegalità come quelle che avevano condotto all'applicazione della misura.

Una impostazione che risponde anche ad un più moderno modello di cultura d'impresa che, superando l'apparente antinomia tra legalità e competitività, considera i modelli organizzativi 231/2001, i vari livelli di controllo interno, gli adeguati assetti organizzativi e una salda *governance* dell'impresa, strumenti di efficientamento dell'attività e non costi inutili. I benefici derivanti dall'applicazione di un Modello di organizzazione, gestione e controllo ai sensi del d.lgs. 231/2001 in tutte le aziende e, a maggior ragione nelle aziende in crisi di legalità, si esplicano sul piano economico, aziendale, reputazionale e di ripristino della legalità amministrativo-gestionale.

Attraverso una attenta gestione dei rischi di non conformità e l'adozione ed efficace attuazione di una *compliance* integrata, l'azienda riuscirà ad ottimizzare i risultati gestionali attraverso le sinergie tra i diversi organi di gestione e di controllo, a migliorare le relazioni con la clientela, gli *stakeholders* e gli investitori e ad armonizzare i comportamenti dei dipendenti divenendo maggiormente competitiva sul mercato in un'ottica di medio-lungo termine. Il nuovo assetto organizzativo e i criteri di legalità implementati con riferimento agli ambiti attenzionati dalla misura e, più in generale, alla politica d'impresa, confluiranno in un nuovo modello organizzativo e gestionale più sostenibile e rispondente alle condizioni offerte dall'ordinamento.

La nuova frontiera della prevenzione patrimoniale, inaugurando forme inedite di collabo-

razione tra Stato e impresa, può mirare alla bonifica non solo del contesto aziendale destinatario della misura, ma anche del settore di riferimento, attraverso il coinvolgimento dei *competitors*, delle associazioni datoriali, delle rappresentanze sindacali, delle istituzioni. In questo modo la società sottoposta a misura di prevenzione patrimoniale alla quale viene chiesto uno sforzo culturale, di programmazione ed economico di notevole rilevanza, lungi dall'essere emarginata dal mercato, diviene "modello" per i *competitors*. Si attua così un effetto trascinamento del mercato verso situazioni di legalità, eticamente connotate, e si realizza una sintesi meritoria tra l'esercizio dell'attività d'impresa costituzionalmente garantito ex art. 41 Cost. e una prevenzione incisiva delle disfunzioni di illegalità. È ciò che accade quando l'impresa, nell'ambito di un progetto condiviso del valore azienda, riesce a capitalizzare l'intervento statale, guardando ad esso non come ad una invasione e compressione del diritto d'impresa costituzionalmente protetto, ma come ad una opportunità per promuovere e attuare una politica aziendale improntata ai valori di trasparenza, integrità, correttezza e rispetto delle norme che favoriscono la prevenzione dei reati e lo sviluppo virtuoso e sostenibile del business.

Marcella Vulcano
Avvocato del Foro di Milano
Presidente Advisora

LA RESPONSABILITÀ DEGLI ORGANI DI CONTROLLO DELLA SOCIETÀ DI CAPITALI¹

Sommario: **1.** Una premessa – **2.** La necessità di integrare i dati normativi – **3.** Le distinzioni – **4.** L'accertamento della responsabilità – **5.** La responsabilità solidale concorrente – **6.** Le conseguenze: la scindibilità dei rapporti – **7.** Segue: l'irrelevanza di eventuali transazioni soggettive parziali – **8.** L'eccezione al litisconsorzio facoltativo – **9.** La diligenza richiesta ai sindaci – **10.** La natura e della responsabilità e il tipo di obbligazione – **11.** Alcune indicazioni di fattispecie – **12.** Il nesso con la regola di tutela della *business judgment rule* – **13.** Una conclusione

1. Una premessa

Nell'impostare il tema della responsabilità degli organi di controllo delle società di capitali è normale riferirsi all'art. 2407 cod. civ.

Questa norma riguarda specificamente il collegio sindacale.

Ed effettivamente è il collegio sindacale l'organo tradizionalmente indicato dall'ordinamento come affidatario della funzione di controllo sulla legittimità e sull'efficienza, e più in generale sull'operato, dell'azione amministrativa.

L'impostazione non è mutata dopo la riforma del diritto societario del 2003, che pur ha affiancato a quello tradizionale i due ulteriori modelli di *governance* consoni all'esperienza di ordinamenti stranieri: il modello dualistico,

di derivazione tedesca, e il modello monistico di derivazione anglosassone.

Tali modelli sono oggi così scarsamente diffusi da non poter costituire altro che spunti per inessenziali dibattiti accademici, privi di rilevanza da un punto di vista pratico.

Viceversa resta predominante, nella pratica, il sistema tradizionale di *governance* della società di capitali affidato al collegio sindacale di nomina assembleare, sebbene con le modificazioni introdotte nel tempo per le società quotate (artt. 148 e segg. del d.lgs. 24-2-1998, n. 58, c.d. T.u.f.) e con quelle che hanno attinto le società a responsabilità limitata: in questo secondo caso mediante, soprattutto, l'abrogazione dell'obbligo di nomina dell'organo di controllo in presenza di un capitale sociale non inferiore a quello minimo delle società per azioni (art. 20, comma 8, del d.l. 24-6-2014, n. 91, conv. con modificazioni in l. 11-8-2014, n. 116).

2. La necessità di integrare i dati normativi

Senonché quando in concreto si discute – per gli effetti applicativi – della responsabilità del collegio sindacale è necessario mettere in ordine i dati normativi, perché codesti ne affinano la disciplina in progressione anche plastica.

Sono tre, difatti, i profili dai quali si dipana l'ambito delle conseguenze pratiche:

(i) l'art. 2403 sui “*Doveri del collegio sindacale*”:

“*Il collegio sindacale vigila sull'osservanza della legge e dello statuto, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione ed in particolare sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento.*”

Esercita inoltre il controllo contabile nel caso previsto dall'articolo 2409 bis, terzo comma”;

¹ Lo scritto – destinato ai Quaderni della Scuola Superiore delle Magistrature – riproduce il testo della relazione tenuta in occasione del seminario di studio sul Diritto delle società a vent'anni dalla riforma, Napoli, Aprile 2023.

La responsabilità degli organi di controllo della società di capitali

(ii) l'art. 2403 bis sui "Poteri del collegio sindacale":

"I sindaci possono in qualsiasi momento procedere, anche individualmente, ad atti di ispezione e di controllo.

Il collegio sindacale può chiedere agli amministratori notizie, anche con riferimento a società controllate, sull'andamento delle operazioni sociali o su determinati affari. Può altresì scambiare informazioni con i corrispondenti organi delle società controllate in merito ai sistemi di amministrazione e controllo ed all'andamento generale dell'attività sociale.

Gli accertamenti eseguiti devono risultare dal libro previsto dall'articolo 2421, primo comma, n. 5).

Nell'espletamento di specifiche operazioni di ispezione e di controllo i sindaci sotto la propria responsabilità ed a proprie spese possono avvalersi di propri dipendenti ed ausiliari che non si trovino in una delle condizioni previste dall'articolo 2399.

L'organo amministrativo può rifiutare agli ausiliari e ai dipendenti dei sindaci l'accesso a informazioni riservate.";

(iii) l'art. 2407 sulle "Responsabilità" del collegio sindacale:

"I sindaci devono adempiere i loro doveri con la professionalità e la diligenza richieste dalla natura dell'incarico; sono responsabili della verità delle loro attestazioni e devono conservare il segreto sui fatti e sui documenti di cui hanno conoscenza per ragione del loro ufficio.

Essi sono responsabili solidalmente con gli amministratori per i fatti o le omissioni di questi, quando il danno non si sarebbe prodotto se essi avessero vigilato in conformità degli obblighi della loro carica.

All'azione di responsabilità contro i sindaci si applicano, in quanto compatibili, le di-

sposizioni degli articoli 2393, 2393-bis, 2394, 2394-bis e 2395".

Dunque: doveri, poteri e responsabilità.

Laddove ci sono dei doveri funzionali a obiettivi da perseguire debbono esservi anche i poteri necessari allo scopo; e in tutti i casi il contrappeso dell'esercizio dei poteri è la responsabilità.

3. Le distinzioni

In questa prospettiva lo sguardo può volgersi all'art. 2407, in relazione al quale è entrata in uso la essenziale distinzione sistematico-concettuale tra una responsabilità esclusiva e una responsabilità concorrente dei sindaci.

Una distinzione corrispondente a quanto dalla norma previsto ai commi 1 e 2, ma che peraltro possiede una funzione solo descrittiva del diverso apporto causale dei sindaci nella produzione di un evento dannoso.

Difatti è pacifico che in entrambe le ipotesi i sindaci sono responsabili per fatto proprio, ove ne sia scaturito un pregiudizio.

Ora per l'appunto quello dei nessi causali è il problema al quale occorre prestare massima attenzione, in quanto la fonte della responsabilità, anche in caso di responsabilità concorrente con quella degli amministratori, non muta.

La fonte della responsabilità non sta nella condotta di questi ultimi (gli amministratori) ma nell'inosservanza da parte dei sindaci dei doveri loro imposti dalla legge: il dovere di verità nelle attestazioni e di mantenimento della segretezza dei dati e dei fatti appresi per ragione del loro ufficio, certo; ma anche il dovere specifico (art. 2403) di "vigilare"; e di vigilare puntualmente "sull'osservanza della legge e dello statuto, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione ed in particolare sull'adeguatezza dell'assetto or-

La responsabilità degli organi di controllo della società di capitali

ganizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento”, per modo da impedire che si verifichi un danno.

Da qui l’interrogativo sul significato della distinzione da un punto di vista concettuale e sistematico, di quale sia cioè, e se vi sia, una vera autonomia di ipotesi tra la c.d. responsabilità esclusiva e l’altra entrata nel lessico come responsabilità concorrente.

Il significato della distinzione è nel riferimento a possibili inadempienze dei doveri *lato sensu* amministrativi dei sindaci stessi, in sé considerati: per esempio la violazione del segreto sui fatti sociali, o la falsità delle attestazioni, o l’omesso deposito delle relazioni ove previste, e via seguendo.

Su questo versante l’analisi non determina però grandi problemi, salvo volgere lo sguardo – *more solito* – al profilo della prova delle conseguenze dannose.

Statisticamente e giuridicamente più significativa è invece (e lo è stata prima e dopo la riforma del 2003) la questione della responsabilità concorrente, perché questa suppone, oltre al consueto profilo della prova delle conseguenze dannose, anche (e prima ancora) quello dell’accertamento di una condotta (omissiva) rilevante: una condotta che in positivo è nel codice civile descritta solo genericamente, mediante l’impegno del verbo “vigilare”.

Tale condotta deve tuttavia potersi considerare esigibile in rapporto ai fini la sottendono, e va considerata all’interno di un regime solidaristico, dei sindaci con gli amministratori ma anche dei sindaci tra loro.

Vigilare è in vero un termine indistinto: evoca il generico prestare attenzione come pure lo specifico sorvegliare, e potrebbe dirsi sorvegliare attentamente, sollecitamente, controllare con cura.

4. L’accertamento della responsabilità

L’approssimazione deve essere risolta in rapporto al fine della disciplina di legge, o come si dice alla sua complessiva *ratio*.

Per ricostruirne il senso (e il sistema) è utile procedere per interrogativi sequenziali a proposito del corrispondente negativo – l’omessa vigilanza; interrogativi tratti, naturalmente, dall’esperienza pratica.

Innanzitutto l’accertamento della responsabilità.

Si dice comunemente che l’accertamento della responsabilità del sindaco per omessa vigilanza sull’operato degli amministratori di società di capitali richiede, non solo la prova dell’inerzia del sindaco rispetto ai propri doveri di controllo e del danno conseguente alla condotta dell’amministratore, ma anche che l’attore dimostri il nesso causale tra inerzia e danno.

Perché questo?

La risposta è data dalla progressiva e sempre più accentuata rilevanza che nei diversi settori della responsabilità civile col tempo è stata attribuita al tema della prova della relazione causalistica.

L’omessa vigilanza – che vuol dire mancato adeguato controllo – rileva solo quando l’attivazione del controllo avrebbe ragionevolmente evitato o limitato il pregiudizio².

Ci sono altre condizioni?

No, non ce ne sono.

In particolare il tema responsabilità dei sindaci ex art. 2407 cod. civ. risponde al principio

² Cfr. per tutte Cass., Sez. I, Sentenza n. 28357 del 11/12/2020, che in applicazione del principio ha cassato con rinvio la decisione di merito che aveva ritenuto sussistente la responsabilità ex art. 2407 c.c. nel classico caso in cui, fallita la società, non erano state rinvenute nel conto sociale le somme incassate dal liquidatore, e ivi versate, pochi giorni prima delle dimissioni del sindaco.

La responsabilità degli organi di controllo della società di capitali

secondo cui per gli atti distrattivi compiuti dall'amministratore in danno della società l'esperibilità della relativa azione non è subordinata alla prova dell'impossibilità di ottenere dall'autore materiale dell'illecito la restituzione di quanto sottratto, poiché il diritto al risarcimento del danno nei confronti dei sindaci sorge già con l'accertamento dell'esistenza del fatto dannoso e della sua imputabilità al danneggiante³.

Resta ferma ovviamente l'individuazione della conseguenza patrimoniale scaturita.

Non è invece pienamente condivisibile questa specificazione:

- in tema di responsabilità dei sindaci di società di capitali, qualora il danno prodotto sia liquidato in misura pari al risultato economico negativo di più esercizi sociali, è necessario che il giudice, nel determinare la natura parziaria o solidale della relativa obbligazione risarcitoria, verifichi l'apporto causale di ciascun componente dell'organo sindacale alla verifica del danno, tenendo conto, ai fini della differenziazione della responsabilità, delle circostanze temporali all'interno delle quali il danno si è prodotto ed eventualmente della diversa composizione dell'organo nei vari esercizi presi a riferimento per la quantificazione del danno⁴.

L'affermazione non è condivisibile nella sua assolutezza, perché evoca una possibile esplicazione dell'accertamento secondo le regole della responsabilità "parziaria" anziché di quella solidale; quando invece il caso tipico del danno correlabile al risultato negativo di più esercizi trova la giurisprudenza assestata

in senso difforme proprio in ordine alla valutazione del necessario presupposto di solidarietà.

Un esempio può essere utilmente tratto dalla giurisprudenza formatasi in relazione alla responsabilità della banca per abusiva o imprudente o negligente concessione del credito.

Gli amministratori di banche, ove abbiano concesso credito in violazione dei criteri di diligenza, sono tenuti al risarcimento del danno attuale, arrecato al patrimonio della banca, consistente, in ragione della svalutazione del portafoglio crediti e dei costi di gestione finalizzati al rientro, nella riduzione della sue capacità gestionali e di investimento, senza che sia necessario attendere l'esito infruttuoso delle azioni di cognizione e di esecuzione volte al recupero dei finanziamenti erogati⁵.

In questa prospettiva, trattandosi proprio di un danno correlabile al risultato negativo di più esercizi, è stato precisato che lo svolgimento dell'azione sociale di responsabilità promossa, ai sensi dell'art. 72, comma 5, del d.lgs. n. 385 del 1993 (c.d. T.u.b.), contro i membri dei "disciolti" organi amministrativi e di controllo, nonché dei direttori generali, dal commissario straordinario, previa autorizzazione della Banca d'Italia, può essere rivolta anche nei confronti di amministratori, sindaci e direttori generali già cessati dalle funzioni, non riferendosi il termine "disciolti" esclusivamente alle persone in carica al momento della sottoposizione ad amministrazione straordinaria, ma agli organi sociali nel loro complesso, analogamente a quanto accade nell'azione sociale di responsabilità regolata dal codice civile, indubitabilmente esercitabi-

³ Cfr. Cass., Sez. I, Ordinanza n. 38733 del 06/12/2021.

⁴ Cass., Sez. I, Sentenza n. 24045 del 06/09/2021.

⁵ Di recente, v. Cass., Sez. I, Ordinanza n. 37440 del 21/12/2022.

La responsabilità degli organi di controllo della società di capitali

le anche nei confronti di chi non era più in carica al tempo della citazione in giudizio⁶.

Su tale precisazione verrà fatto di tornare tra un momento.

Per ora interessa mettere in risalto questo punto: che la responsabilità tratta dall'art. 2407, comma 2, cod. civ. è una tipica forma di responsabilità solidale, soggetta all'art. 2055 stesso codice.

E in simili fattispecie un eventuale profilo di graduazione della responsabilità ha ragione di porsi solo dinanzi a una domanda di regresso⁷, domanda che evoca il rapporto interno tra i condebitori e che nella normalità dei casi non viene formulata.

5. La responsabilità solidale concorrente

L'aspetto è decisivo perché va rapportato a quanto le Sezioni Unite in generale hanno affermato a proposito dell'art. 2055 cod. civ.⁸.

La responsabilità concorrente degli amministratori e dei sindaci è sempre solidale⁹. Ma nella responsabilità solidale rileva l'art. 2055 cod. civ., che è norma sulla causalità materiale integrata nel senso dell'art. 41 cod. pen.

Pertanto ai fini della responsabilità concorrente dei sindaci con gli amministratori è richiesto solo quel che basta ai fini della comune solidarietà di cui alla norma appena citata, e quindi che il fatto dannoso sia imputabile ai diversi soggetti ancorché le condotte lesive siano fra loro autonome e pure se diversi siano i titoli di responsabilità, in quanto la norma

considera essenzialmente l'unicità del fatto dannoso, e riferisce tale unicità unicamente al danneggiato, senza intenderla come identità delle norme giuridiche violate.

La fattispecie di responsabilità implica quindi semplicemente che sia accertato il nesso di causalità tra le condotte caso per caso, in modo da potersi escludere se – e solo se – a uno degli antecedenti causali possa essere riconosciuta efficienza determinante e assorbente tale da escludere il nesso tra l'evento dannoso e gli altri fatti, ridotti al semplice rango di occasioni¹⁰.

6. Le conseguenze: la scindibilità dei rapporti

Derivano alcune fondamentali conseguenze.

La prima di queste va assunta in termini processuali, ed è data dalla scindibilità dei rapporti.

In tema di responsabilità degli amministratori di società, ove la relativa azione venga proposta nei confronti di una pluralità di soggetti, in ragione della comune partecipazione degli stessi, anche in via di mero fatto, alla gestione amministrativa e contabile, tra i convenuti non si determina una situazione di litisconsorzio necessario, attesa la natura solidale della obbligazione dedotta in giudizio che, dando luogo ad una pluralità di rapporti distinti, anche se collegati tra loro, esclude l'inscindibilità delle posizioni processuali, consentendo quindi al danneggiato di agire separatamente nei confronti di ciascuno degli amministratori¹¹.

Esattamente la stessa cosa vale per i sindaci.

⁶ Cass., Sez. I, Sentenza n. 23632 del 21/11/2016.

⁷ Cfr., oltre a Cass., Sez. I, Ordinanza n. 37440 del 21/12/2022, anche Cass., Sez. I, Sentenza n. 7907 del 18/05/2012.

⁸ Cass., Sezioni Unite, Sentenza n. 13143 del 27/04/2022.

⁹ Cfr.: Cass., Sez. I, Sentenza n. 21497 del 06/10/2020; Cass., Sez. I, Sentenza n. 21567 del 18/09/2017.

¹⁰ Cass., Sezioni Unite, Sentenza n. 13143 del 27/04/2022.

¹¹ Tale è la conseguenza per l'appunto rilevata dal Cass., Sez. I, Sentenza n. 21497 del 06/10/2020 e dalla conforme Cass., Sez. I, Sentenza n. 21567 del 18/09/2017.

La responsabilità degli organi di controllo della società di capitali

7. Segue: l'irrilevanza di eventuali transazioni soggettive parziali

Una seconda conseguenza attinge il versante degli accordi soggettivi in funzione transattiva dei giudizi di responsabilità.

Sono in genere irrilevanti le eventuali transazioni soggettive parziali.

L'importo complessivo di eventuali transazioni può essere dedotto dal danno risarcibile a scopo di corretta stima dell'ammontare ancora esigibile verso gli altri condebitori (per es. ai fini dell'art. 1304 cod. civ. e alle condizioni stabilite da tale norma), cosa che peraltro ordinariamente integra profili di puro merito.

Ma non può esserlo nel contesto dell'apprezzamento della responsabilità, perché nella responsabilità solidale le quote di responsabilità non rilevano che nei rapporti interni.

8. L'eccezione al litisconsorzio facoltativo

Vi è però un'eccezione al profilo appena detto, che è poi quello del litisconsorzio facoltativo.

Tale eccezione si accompagna al tipo di obbligazione solidale.

La scindibilità dei rapporti e delle cause, che è un connotato specifico della solidarietà e che dunque come tale viene in questione anche nell'ipotesi qui considerata, trova limiti a seconda delle modalità dell'accertamento in concreto.

Il limite è quello dei casi in cui l'accertamento della responsabilità di uno dei responsabili presupponga necessariamente quella degli altri.

Tipicamente ciò accade nell'imputazione per omessa vigilanza.

La puntualizzazione viene in rilievo soprattutto nelle fasi di impugnazioni.

E però viene in rilievo essenzialmente per ragioni esogene, sussumibili nell'instaurazione del nesso di dipendenza.

Come in Cassazione è stato precisato, l'azione di responsabilità, promossa contro gli organi della società ai sensi dell'art. 2393 cod. civ., instaura un'ipotesi di litisconsorzio facoltativo, ravvisandosi un'obbligazione solidale passiva tra gli amministratori e i sindaci, "salvo allorché l'accertamento della responsabilità di uno di essi presupponga necessariamente quella degli altri, come nel caso di imputazione per omessa vigilanza"; con la conseguenza che, in caso di azione originariamente rivolta contro una pluralità di amministratori e sindaci di una società, essi non devono necessariamente essere parti in ogni successivo grado del giudizio, neppure nel caso in cui, in presenza di una transazione raggiunta tra la società ed alcuni tra i convenuti, riguardante le quote di debito delle parti transigenti ed avente l'effetto di sciogliere anche il vincolo di solidarietà passiva, si renda necessario graduare la responsabilità propria e degli altri condebitori solidali nei rapporti interni, all'esito di un accertamento che dovrà necessariamente riferirsi, in via incidentale, anche alle condotte tenute dalle parti transigenti¹².

Nel passaggio dal diritto sostanziale a quello processuale è importante cogliere la ragione che costituisce fondamento della menzionata tesi.

La spiegazione del litisconsorzio facoltativo è nella regola sostanziale dell'obbligazione solidale.

La spiegazione dell'eccezione al litisconsorzio facoltativo è nella regola processuale della interconnessione tra gli accertamenti.

Nelle imputazioni per omessa vigilanza, la interconnessione tra l'accertamento della respon-

¹² *Ex aliis* Cass., Sez. I, Sentenza n. 7907 del 18/05/2012.

La responsabilità degli organi di controllo della società di capitali

sabilità di uno dei sindaci e quella degli altri può creare connessione per dipendenza solo ove vi sia stata la messa in discussione di uno degli elementi essenziali dell'accertamento in sé.

In questi casi il contenuto della decisione dell'una responsabilità presuppone un certo contenuto della decisione relativa all'altra, al punto che se cambia il primo elemento dell'accertamento occorre tornare anche sull'altro.

A scopo semplificatorio può essere utile tenere a mente la seguente regola processualistica:

- se l'accoglimento da parte del giudice dell'impugnazione dell'eventuale richiesta formulata con la domanda di impugnazione rispetto a una delle fattispecie di responsabilità è compatibile col permanere della disciplina contenuta nella sentenza impugnata quanto alla fattispecie di responsabilità solidale connessa, allora le cause restano "scindibili"; altrimenti, se c'è incompatibilità, le cause divengono "inscindibili".

9. La diligenza richiesta ai sindaci

L'art. 2407 conferma nella sostanza quanto era stato ritenuto dalla giurisprudenza nel vigore del testo previgente, quando facendosi leva sulla "natura dell'attività esercitata" e sull'interesse sottostante era stato chiarito quale fosse il senso del riferimento alla "diligenza del mandatario".

In proposito già la Cassazione aveva detto che il dovere di diligenza, cui ex art. 2407 primo comma cod. civ. (vecchio testo), deve ispirarsi il comportamento dei sindaci, per quanto rinviando a quello del mandatario, non è circoscritto al compimento delle specifiche mansioni che al sindaco sono state commissionate, ma si estende ad ogni altro atto che sia necessario per l'assolvimento dell'incarico

(art. 1708), e il dovere di controllo dei sindaci sull'amministrazione e sull'operato degli amministratori esige di verificare il rispetto, da parte di questi ultimi, sia degli obblighi specificamente imposti dalla legge, sia del generale obbligo di gestire nell'interesse sociale secondo il parametro della diligenza¹³.

In questa prospettiva l'art. 2407 nuovo testo – salvo che distinguersi per una maggior coerenza lessicale e sistematica – non aggiunge granché, semplicemente avendo esplicitato ciò che in certo qual modo già si considerava centrale.

E cioè: (a) il grado di diligenza dei componenti del collegio sindacale; (b) il parametro di valutazione della loro condotta.

E del resto l'attività espletata dai componenti del collegio sindacale di una società di capitali ha carattere professionale e pertanto, oggi come anche anteriormente alle modifiche introdotte dal d.lgs. n. 6 del 2003, deve essere svolta con la diligenza richiesta dalla natura dell'attività (art. 1176, secondo comma, cod. civ.), da valutare in rapporto alle specifiche caratteristiche di quella esercitata dalla società e dell'oggetto sociale della medesima.

Da un simile punto di vista anche prima della riforma si affermava che è configurabile, ex art. 2407 cod. civ., la responsabilità dei sindaci di una società (nel concreto una società d'assicurazioni) i quali abbiano omesso di rilevare l'illegittima formazione e iscrizione in bilancio di determinate poste del passivo (nella specie, della riserva premi e della riserva sinistri), essendo irrilevante che il relativo controllo possa richiedere la soluzione di questioni di speciale difficoltà¹⁴.

¹³ Cfr. Cass., Sez. I, Sentenza n. 5263 del 07/05/1993; Cass., Sez. I, Sentenza n. 9252 del 17/09/1997.

¹⁴ Cass., Sez. I, Sentenza n. 2538 del 08/02/2005.

La responsabilità degli organi di controllo della società di capitali

10. La natura e della responsabilità e il tipo di obbligazione

La responsabilità ha pacificamente natura contrattuale.

La natura contrattuale della responsabilità degli amministratori e dei sindaci verso la società comporta che questa ha soltanto l'onere di dimostrare la sussistenza delle violazioni e il nesso di causalità fra queste e il danno verificatosi, mentre incombe sugli amministratori e sui sindaci l'onere di dimostrare la non imputabilità a sé del fatto dannoso, fornendo la prova positiva, con riferimento agli addebiti contestati, dell'osservanza dei doveri e dell'adempimento degli obblighi loro imposti¹⁵.

Il problema fondamentale attiene però al tipo di obbligazione che grava sui sindaci.

Ciò implica che si risponda a un altro interrogativo: quale sia cioè la posizione attribuibile ai sindaci nel novero della dicotomia tra teorie oggettive e teorie soggettive dell'obbligazione.

La questione è alquanto complessa perché qui più che altrove incombe il rischio delle c.d. massime mentitorie.

Si registrano pronunce che affermano questo:

- l'attività espletata dai componenti del collegio sindacale di una società di capitali ha carattere professionale e, pertanto, prima e dopo le modifiche introdotte dal d.lgs. n. 6 del 2003, deve essere svolta con la diligenza richiesta dalla natura dell'attività (art. 1176, secondo comma, cod. civ.), da valutare in rapporto alle specifiche caratteristiche di quella eserci-

tata dalla società e dell'oggetto sociale della medesima¹⁶.

Questa tesi convive con l'altra affermazione per cui:

- sussiste la violazione del dovere di vigilanza, imposto ai sindaci dal secondo comma dell'art. 2407 cod. civ., con riguardo allo svolgimento, da parte degli amministratori, di un'attività protratta nel tempo al di fuori dei limiti consentiti dalla legge, tale da coinvolgere un intero ramo dell'attività dell'impresa sociale: al fine dell'affermazione della responsabilità dei sindaci, invero, non occorre l'individuazione di specifici comportamenti dei medesimi, ma è sufficiente il non avere rilevato una così macroscopica violazione, o comunque di non avere in alcun modo reagito ponendo in essere ogni atto necessario all'assolvimento dell'incarico con diligenza, correttezza e buona fede, anche segnalando all'assemblea le irregolarità di gestione riscontrate o denunciando i fatti al P.M., ove ne fossero ricorsi gli estremi, per consentire all'ufficio di provvedere ai sensi dell'art. 2409 cod. civ., in quanto può ragionevolmente presumersi che il ricorso a siffatti rimedi, o anche solo la minaccia di farlo per l'ipotesi di mancato ravvedimento operoso degli amministratori, avrebbe potuto essere idoneo a evitare (o, quanto meno, a ridurre) le conseguenze dannose della condotta gestoria¹⁷.

¹⁵ Giurisprudenza praticamente costante: cfr. per riferimenti Cass., Sez. I, Sentenza n. 22911 del 11/11/2010; Cass., Sez. I, Sentenza n. 25977 del 29/10/2008; Cass., Sez. I, Ordinanza n. 2975 del 07/02/2020.

¹⁶ Per es. v.: Cass., Sez. I, Sentenza n. 2538 del 08/02/2005; Cass., Sez. I, Sentenza n. 3032 del 15/02/2005.

¹⁷ Cfr. Cass., Sez. I, Sentenza n. 22911 del 11/11/2010: nel caso di specie la Corte ha ritenuto che l'esercizio senza autorizzazione dell'attività assicurativa nel ramo "auto rischi diversi" fosse idonea a palesare una così macroscopica esorbitanza dell'attività sociale dall'ambito consentito che non sarebbe potuta

La responsabilità degli organi di controllo della società di capitali

Ora la frase essenziale nella quale è compendiabile il principio di diritto è questa: “al fine dell’affermazione della responsabilità dei sindaci (...) non occorre l’individuazione di specifici comportamenti dei medesimi, ma è sufficiente il non avere rilevato una così macroscopica violazione, o comunque di non avere in alcun modo reagito ponendo in essere ogni atto necessario all’assolvimento dell’incarico con diligenza, correttezza e buona fede”.

È ripetuta pedissequamente in molteplici decisioni.

Indicativamente:

- in tema di responsabilità degli organi sociali, la configurabilità dell’inosservanza del dovere di vigilanza, imposto ai sindaci dall’art. 2407, secondo comma, cod. civ., “non richiede l’individuazione di specifici comportamenti che si pongano espressamente in contrasto con tale dovere, ma è sufficiente che essi non abbiano rilevato una macroscopica violazione o comunque non abbiano in alcun modo reagito di fronte ad atti di dubbia legittimità e regolarità, così da non assolvere l’incarico con diligenza, correttezza e buona fede”, eventualmente anche segnalando all’assemblea le irregolarità di gestione riscontrate o denunciando i fatti al P.M. per consentirgli di provvedere ai sensi dell’art. 2409 cod. civ.¹⁸;
- in tema di responsabilità degli organi sociali, la configurabilità dell’inosservanza del dovere di vigilanza imposto ai sindaci dall’art. 2407, comma 2, c.c. “non richiede l’individuazione di specifici comportamenti che si pongano espressamente in contrasto con tale dovere, ma è sufficiente che

essi non abbiano rilevato una macroscopica violazione o comunque non abbiano in alcun modo reagito di fronte ad atti di dubbia legittimità e regolarità, così da non assolvere l’incarico con diligenza, correttezza e buona fede”, eventualmente anche segnalando all’assemblea le irregolarità di gestione riscontrate o denunciando i fatti al Pubblico Ministero per consentirgli di provvedere ai sensi dell’art. 2409 cod. civ.¹⁹;

- in tema di responsabilità degli organi sociali, la configurabilità dell’inosservanza del dovere di vigilanza imposto ai sindaci dall’art. 2407, comma 2, c.c. non richiede l’individuazione di specifici comportamenti che si pongano espressamente in contrasto con tale dovere, “ma è sufficiente che essi non abbiano rilevato una macroscopica violazione o comunque non abbiano in alcun modo reagito di fronte ad atti di dubbia legittimità e regolarità, così da non assolvere l’incarico con diligenza, correttezza e buona fede”, eventualmente anche segnalando all’assemblea le irregolarità di gestione riscontrate o denunciando i fatti al Pubblico Ministero per consentirgli di provvedere ai sensi dell’art. 2409 c.c., nella formulazione applicabile “ratione temporis” anteriormente alla novella ex d.lgs. n. 6 del 2003²⁰.

11. Alcune indicazioni di fattispecie

L’orientamento appare dunque in questa prospettiva assolutamente consolidato.

E allora resta la domanda: è tutto risolto?

Non proprio.

sfuggire alla vigilanza diligente dei sindaci. Cfr. Cass., Sez. I, Sentenza n. 20651 del 31/07/2019.

¹⁸ Cass., Sez. I, Sentenza n. 13517 del 13/06/2014.

¹⁹ Cass., Sez. I, Ordinanza n. 16314 del 03/07/2017.

²⁰ Cass., Sez. I, Sentenza n. 32397 del 11/12/2019.

La responsabilità degli organi di controllo della società di capitali

A monte della prima massima, tra quelle citate a mo' di esempio come capofila di una reiterazione pressoché costante, vi era una fattispecie in cui si imputavano manchevolezze di bilancio di diversi esercizi. Il problema era se ai sindaci fosse imputabile una qualche responsabilità in ordine al mancato rilievo dell'insufficienza della riserva premi e della riserva sinistri di cui una compagnia di assicurazioni doveva esser dotata.

A esplicazione del principio di diritto è stato affermato questo:

“In realtà, come da molte parti anche in dottrina è stato rilevato, la prestazione richiesta ai sindaci è connotata da un così elevato grado di discrezionalità tecnica da farla talvolta rientrare nelle cosiddette “obbligazioni di diligenza” quelle, cioè, nelle quali la strumentalità della prestazione ad un certo risultato fa sì che il criterio della diligenza a tal fine occorrente serva a determinare, anche sotto il profilo oggettivo, l'area del comportamento dovuto. Ma, poiché non può negarsi che l'attività svolta dai sindaci di società abbia carattere professionale se ne deduceva, anche prima che ciò fosse reso esplicito dal nuovo testo dell'art. 2407 c.c. (riformato dal d.lgs. n. 6 del 2003), che la diligenza a tal fine occorrente, come richiesto dal secondo comma dell'art. 1176 c.c., è quella correlata alla natura dell'attività da loro esercitata. E però, per le ragioni già sopra chiarite, la natura di tale attività ed il grado di diligenza ad essa inerente deve necessariamente esser valutata anche in rapporto alle specifiche caratteristiche dell'attività dell'impresa e dell'oggetto sociale che l'esprime. Se questo è vero, non è ammissibile che i sindaci di una società di assicurazione, all'epoca dei fatti di causa, potessero trascurare di vigilare sulla formazione e sull'entità delle cosiddette riserve tecniche, ed

in particolare sulla riserva premi e sulla riserva sinistri”.

Ora il rilievo consegnato a questo periodo motivante, per quanto ripreso dalle altre decisioni, non è totalmente condivisibile.

In particolare nell'insistito riferimento alle “obbligazioni di diligenza” è così ambiguo da poter diventare fuorviante.

In generale la diligenza non rappresenta l'oggetto di un autonomo comportamento che grava sul debitore, quasi a integrare il contenuto dell'obbligazione principale: serve solo per stabilire “la misura del contenuto del dovere di prestazione”²¹.

Non è la stessa cosa de “l'area del comportamento dovuto”, come dice la Cassazione.

E non è corretto – o comunque è almeno improprio – parlare nel diritto delle obbligazioni di “obbligazioni di diligenza”.

Questo tema è dibattuto da anni, con scuole di pensiero diverse.

La letteratura civilistica è sterminata e dispensa da superflui riferimenti.

Ma nelle più recenti acquisizioni esso sembra da impostare in modo un tantino più rigoroso.

La verità è che non esistono “obbligazioni di diligenza” perché anche nelle obbligazioni di mezzi – e tale, certo, può considerarsi quella dei sindaci – la diligenza non si può sovrapporre al dovere di adempimento.

La diligenza conserva anche sul piano concettuale (o formale) la funzione originaria di semplice parametro.

È un parametro per stabilire se l'attività, in cui si sostanzia il dovere di prestazione, corri-

²¹ L'insegnamento più autorevole al riguardo si rinviene in L. MENGONI, *Obbligazioni “di risultato” e obbligazioni “di mezzi”*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1954, I, 187.

La responsabilità degli organi di controllo della società di capitali

sponda o meno all'adempimento (e potremmo dire all'esatto adempimento).

In altre parole, la diligenza è non è "l'area del comportamento dovuto" ma una misura del contenuto dell'obbligazione, e peraltro non con funzione integrativa (o correttiva) sebbene soltanto con funzione delimitativa della condotta nella quale riscontrare la prestazione "esattamente adempiuta"²².

12. Il nesso con la regola di tutela della business judgment rule

Questa cosa ha una ricaduta pratica tutt'altro che secondaria.

Serve a stabilire il nesso con la nota regola dell'insindacabilità delle scelte gestorie degli amministratori (*business judgment rule*), quale asserito limite della stessa responsabilità dei sindaci.

Condivisibilmente la Cassazione assume che il controllo dei sindaci non è limitato a una mera valutazione di legalità formale dell'operato degli amministratori.

In generale si dice che deve estendersi anche alla c.d. legalità sostanziale.

Anche siffatto concetto è però vago e in parte forse evanescente sul piano pratico.

Cosa vuol dire in concreto, onde orientare una decisione giudiziaria?

La risposta può esser tratta da quel che ebbe a precisare una lontana sentenza della stessa Corte:

- ai fini della responsabilità solidale dei sindaci con gli amministratori, ex art. 2407, secondo comma, cod. civ., per i fatti e le

omissioni di questi ultimi, quando il danno non si sarebbe prodotto se essi avessero vigilato in conformità con gli obblighi della loro carica, l'obbligo di vigilanza dei sindaci non è limitato allo svolgimento di compiti di mero controllo contabile e formale, "ma si estende anche al contenuto della gestione", atteso che la previsione della prima parte del primo comma dell'art. 2403 cod. civ. va combinata con quelle del terzo e quarto comma del medesimo articolo, che conferiscono al collegio sindacale il potere – che è anche un dovere, da esercitare in relazione alle specifiche situazioni – di chiedere agli amministratori notizie sull'andamento delle operazioni sociali o su determinati fatti²³.

La conseguenza può essere così concettualmente declinata: il dovere di controllo si estende alla "sostanza economica della gestione", perché senza infingimenti è questo il "contenuto della gestione" di cui parla la Cassazione.

Anche la sostanza economica cioè diviene sindacabile dai sindaci, ove si traduca nella violazione di precetti tecnici da parte degli amministratori.

In questi casi è rimesso ai sindaci anche e proprio il riesame di merito della scelta gestionale, col solo limite delle scelte neutre sul piano della diligenza richiesta agli amministratori stessi.

Giova dire che il dato sembra oggi confermato proprio dal testo dell'art. 2403, che ricalca quello dell'art. 149 del T.u.f.: "vigila sull'osservanza della legge e dello statuto sul rispetto dei principi di corretta amministrazione ed in particolare sull'adeguatezza

²² Cfr. A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale* (art. 1173-1176), in *Commentario al codice civile*, a cura di SCIALOJA e BRANCA, Bologna-Roma, 298 ss.; e prima ancora C.M. BIANCA, voce Negligenza (diritto privato), in *Nss. Dig. It.*, Torino 1965, 190 ss.

²³ Cass., Sez. I, Sentenza n. 5263 del 07/05/1993.

La responsabilità degli organi di controllo della società di capitali

dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento”.

Non è allora condivisibile quanto a volte si legge in alcune pronunce (col corredo di parte della dottrina) per cui il controllo dei sindaci non può estendersi alla verifica in termini di opportunità o convenienza delle scelte gestionali degli amministratori perché codeste sarebbero riservate alla loro competenza esclusiva.

Alla luce di ciò che si è detto, tale conclusione non è giustificata.

L'opposto va invece affermato anche in base a quel che di recente la Cassazione ha stabilito sul tema degli affidamenti bancari.

Nella motivazione di Sez. I (ord.) n. 37440 del 2022 (nel caso concreto si trattava dell'ex Banco di Napoli) è dato leggere quanto agli amministratori:

- “La corte d'appello ha ritenuto il ricorrente responsabile, al pari degli altri amministratori, non per l'esito negativo dell'attività di sovvenzionamento bancario in sé considerata, ma per la non corrispondenza della scelta specifica, afferente ai debitori ivi indicati, a una linea di equilibrio prudenziale e doverosa, e peraltro anteriormente già tracciata dalla medesima banca in modo esattamente opposto. La prudenza e la diligenza che si richiedevano per la decisione di accordare un aumento degli affidamenti ai gruppi societari indicati, tutti operanti nel settore dell'edilizia e delle opere pubbliche e già in condizioni di crisi, sono state escluse in considerazione di quanto evidenziato in altre decisioni (di portata generale) della stessa banca; decisioni di qualche anno anteriori a mente delle quali il Banco di Napoli aveva motivatamente stabilito semmai di restringere gli affidamenti, in base al dato notorio

dell'andamento poco prevedibile dei cicli del mercato immobiliare italiano e tenuto conto del volume degli impieghi già assunti nel settore fondiario-immobiliare. Ciò vuol dire che il giudizio sulla diligenza dell'amministratore nell'adempimento del proprio mandato è stato svolto non in rapporto alle scelte gestorie in quanto tali, ma all'omissione di quelle cautele, verifiche e informazioni preventive che (non solo normalmente, ma) finanche in base alla regola di condotta già stabilita dal c.d.a. si sarebbero dovute osservare ex ante, essendo esse relative a gruppi destinati al default in base agli elementi partitamente indicati in sentenza come emergenti al momento della delibera del dicembre 1994”.

Ed è dato leggere quanto ai sindaci:

- “Il difetto del controllo sindacale ha reso possibile la concessione di finanziamenti sulla base di scelte deliberative irrazionali, in presenza di elementi oggettivi – noti anche ai sindaci – che rendevano del tutto probabile l'incapacità di rientro dei gruppi sovvenuti. Ciò traduce in modo assolutamente coerente la conclusione della corte del merito in punto di responsabilità per l'intero dei sindaci, stante l'inscindibile danno da essi non evitato (e salvo, ovviamente, il regresso nei rapporti interni) in violazione dei doveri istituzionali. Il dovere di controllo dei sindaci sull'amministrazione e sull'operato degli amministratori esige in vero di verificare il rispetto, da parte di questi ultimi, sia degli obblighi specificamente stabiliti dalla legge, sia del generale obbligo di gestire l'impresa (e finanche l'impresa bancaria) nell'interesse sociale, secondo il parametro della diligenza loro imposto (v. già Cass., Sez. I, n. 5263-93). E

il tipo di operazione infine realizzata, considerata anche la rilevanza economica, ben giustifica la valutazione fatta propria dal giudice a quo, non solo in base alle già considerate norme del T.u.b. ma anche in base al dovere di diligenza a cui, ex art. 2407 cod. civ., giustappunto il comportamento dei sindaci deve in ogni caso ispirarsi: un dovere che si estende a ogni atto che sia necessario per l'assolvimento dell'incarico (v. indicativamente Cass., Sez. I, n. 18770-19), ivi compreso (anche nel regime pro tempore) il ricorso a un'autorità esterna”.

13. Una conclusione

La decisione è stata già citata all'inizio.

Adesso torna utile in chiave orientativa della conclusione del discorso.

La chiave è enucleabile mediante la seguente progressione.

- Il dovere di controllo dei sindaci delle società di capitali può e deve estendersi al contenuto e conseguentemente alla sostanza economica della gestione amministrativa.
- Il richiamo alla protezione offerta dalla *business judgment rule* non è di per sé solo idoneo a precludere ogni valutazione di merito da parte dei sindaci sulle scelte gestionali degli amministratori.
- Una motivata valutazione negativa dei sindaci in merito alla sostanza economica della gestione può finanche precludere la protezione offerta dalla regola suddetta agli amministratori.

Francesco Terrusi
Magistrato Sezione I
Suprema Corte di Cassazione

Il controllo giudiziale nella composizione e nel concordato semplificato

IL CONTROLLO GIUDIZIALE NELLA COMPOSIZIONE E NEL CONCORDATO SEMPLIFICATO

Sommario: 1. L'entrata della composizione negoziata nell'Ordinamento della crisi d'impresa – 2. La natura non concorsuale della composizione negoziata e la gestione dell'impresa – 3. La conferma di protezioni e le "autorizzazioni" per determinati supporti – 4. Gli esiti della composizione negoziata: quando non è individuata una delle soluzioni – 5. Dove si radica la semplificazione – 6. La distanza dal concordato preventivo e la vicinanza con la liquidazione giudiziale – 7. Le tutele per i creditori – 8. Conclusioni

1. L'entrata della composizione negoziata nell'Ordinamento della crisi d'impresa

Dal 2005 il nostro Ordinamento concorsuale ha iniziato una navigazione verso nuovi orizzonti. Muovendo da lidi contrassegnati dal radicato convincimento dell'utilità di sanzionare l'imprenditore insolvente attraverso una procedura dall'impronta marcatamente esecutiva nella quale il giudice era il *dominus*, approda in nuovi territori dove germina la negozialità, attecchisce il seme della continuità e muta conseguentemente il ruolo del giudice, il quale torna a svolgere una funzione di garanzia e di risoluzione dei conflitti¹.

Da allora molte terre sono state esplorate, spesso con esiti non del tutto appaganti, fino all'incontro di un originale percorso – "protetto" e guidato – al termine del quale è disponibile un caleidoscopio di sbocchi ciascuno dotato di proprie peculiarità e funzioni: la com-

posizione negoziata della crisi che ha sostituito, grazie a un'energica inversione di rotta, la primigenia allerta ritenuta troppo rude e, fors'anche pericolosa², per un panorama imprenditoriale duramente colpito dalle conseguenze della pandemia³.

La composizione negoziata, spalancando – anche per la varietà di eterogenei sbocchi – nuovi orizzonti, ha offerto prospettive fino a ieri sconosciute e, forse, nemmeno immaginate, mentre si allontanavano panorami a lungo esplorati, familiari e, quindi, tranquillizzanti.

Vi è stato sconcerto da parte di taluno⁴. Altri – i più – si sono accostati con curiosità e fiducia alla nuova "proposta" del legislatore⁵.

² S. AMBROSINI, *Il (doppio) rinvio del CCI: quando si scrive "differimento" e si legge "ripensamento"*, in *Ristrutturazioniaziedali.ilcaso.it*, 22 settembre 2021.

³ Per una ricostruzione del passaggio tra l'allerta della prima versione del Codice della crisi alla Composizione negoziata, si rinvia a S. PACCHI, *L'allerta tra reticenza dell'imprenditore e l'opportunità del creditore. Dal codice della crisi alla composizione negoziata*, in *Dir.fall.*, 2022, I, 501 ss. È la stessa Relazione al d.l. 118/2021 che definisce la composizione negoziata come "percorso". Inoltre, per un'ampia motivazione sull'introduzione di questo percorso, I. PAGNI-M. FABIANI, *La transizione dal codice della crisi alla composizione negoziata (e viceversa)*, in *Dirittodellacrisi.it*, 2 novembre 2021.

⁴ D. GALLETTI, *È arrivato il venticello della controriforma? Così è se vi pare*, in *ilfallimentarista.it*, 27 luglio 2021; Id., *Breve storia di una (contro)riforma "annunciata"*, ivi, 1° settembre 2021; F. LAMANNA, *Nuove misure sulla crisi d'impresa nel D.L. 118/21: Penelope disfa il codice della crisi recitando il De Profundis per il sistema dell'allerta*, in *Ilfallimentarista.it*, 25 agosto 2021; P. LICCARDO, *Neoliberalismo concorsuale e le svalutazioni competitive: il mercato delle regole*, in *Giustiziainsieme.it*, 7 settembre 2021; R. BRACCIALINI, *"Qualcosa di nuovo oggi nel sole? Anzi, d'antico..."*, in *Questione Giustizia*, 2021; G. SCARSELLI, *La composizione negoziata della crisi d'impresa, ovvero la libertà economica sotto il controllo pubblico*, in *Judicium.it*, 3 maggio 2022. Meno drasticamente facendo piuttosto cenno a un cambio cultura difficile da recepire,

¹ R. RORDORF, *Il ruolo del giudice nella ristrutturazione delle imprese in crisi*, in *Dirittodellacrisi.it*, 8 marzo 2023.

Il controllo giudiziale nella composizione e nel concordato semplificato

Senza dubbio, chi navigava da tempo nelle acque a lungo stagnanti del diritto fallimentare, ebbe l'immediata sensazione, che quel nuovo "setting" creato per le trattative⁶, con le soluzio-

S. PACCHI, *Le misure urgenti in materia di crisi d'impresa e di risanamento aziendale (ovvero: i cambi di cultura sono sempre difficili)*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 9 agosto 2021.

⁵ *Ex multis*, S. AMBROSINI, *La "miniriforma" del 2021: rinvio (parziale) del CCI, composizione negoziata e concordato semplificato*, in *Dir. fall.*, 2021, I, 922; R. GUIDOTTI, *La crisi d'impresa nell'era Draghi: la composizione negoziata e il concordato semplificato*, in www.ristrutturazioniaziendali.ilcaso.it, 2021; L. PANZANI, *Il D.L. «Pagni» ovvero la lezione (positiva) del covid*, su www.dirittodellacrisi.it, 25 agosto 2021; I. PAGNI e M. FABIANI, *La transizione dal codice della crisi alla composizione negoziata e viceversa*, su www.dirittodellacrisi.it, 2 novembre 2021; A. FAROLFI, *Le novità del D.L. 118/2021: considerazioni sparse «a prima lettura»*, in www.dirittodellacrisi.it, 6 settembre 2021; M. IRRERA, S. CERRATO e F. PASQUARIELLO (a cura di), *La crisi d'impresa e le nuove misure di risanamento*, Zanichelli, Bologna, 2022; S. LEUZZI, *Allerta e composizione negoziata nel sistema concorsuale ridisegnato dal d.l. 118 del 2021*, in www.dirittodellacrisi.it, 28 settembre 2021; A. JORIO, *Alcune riflessioni sulle misure urgenti: un forte vento di maestrale soffia sulla riforma*, in www.dirittodellacrisi.it, 1° ottobre 2021; V. ZANICHELLI, *Gli esiti possibili della composizione negoziata*, in www.dirittodellacrisi.it, 26 ottobre 2021; A. ROSSI, *I presupposti della CNC, tra debiti dell'imprenditore e risanamento dell'impresa*, in www.dirittodellacrisi.it, 30 novembre 2021.

⁶ Circa la natura della Composizione negoziata, le Sezioni Unite della Cassazione con la sentenza n. 42093 del 31 dicembre 2021 hanno puntualizzato che si tratta "di un istituto che pacificamente non integra una procedura concorsuale, ma egualmente implica, con la scelta unilaterale del regime protettivo ed il controllo del tribunale, preclusioni alle azioni di tutela del credito". Sul punto si è soffermato anche il documento redatto dall'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione, del 15 settembre 2022 ("Relazione su novità normativa. Nuovo Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza – Attuazione della Direttiva UE n. 1083/2019 c.d. *Insolvency* – d.lgs. n. 83/2022"), osservando che la composizione negoziata "non costituisce una procedura concorsuale, come è reso evidente dalla libertà di eseguire pagamenti (art. 18,

ni che prospettava (in particolare il concordato semplificato, opzionabile in caso di esito negativo della composizione negoziata), scompigliasse lo *status quo* costringendo, per poter coglierne le implicazioni, a cambi di prospettiva.

Si tratta, infatti, di un particolare contenitore relazionale che costituisce il luogo sicuro in cui le parti, sedute al tavolo di una trattativa, facilitata e orientata da un esperto (non di nomina giudiziale), giocano, secondo regole prestabilite, la partita della crisi. All'esperto "il legislatore ha affidato un compito chiave ai fini dell'emersione anticipata della crisi. E ciò entro i confini di un procedimento nuovo di natura essenzialmente negoziale, nel cui contesto sono stati ridefiniti compiti e ruoli secondo un archetipo sostanzialmente degiurisdizionalizzato"⁷ coerente con l'impostazione della Direttiva UE 2019/1023⁸.

comma 1, ult. periodo), dall'assenza di qualunque cristallizzazione del debito e dalla mancanza di uno spossessamento in capo all'imprenditore. Si tratta, piuttosto, di un percorso di carattere negoziale che, per la particolare rilevanza degli interessi che arriva ad intercettare, è sottoposto all'impulso ed alla vigilanza dell'esperto, oltre che all'intervento dell'autorità giudiziaria nei casi, formalmente eventuali, ma di fatto si ritiene molto frequenti, in cui questa negoziazione debba avvenire sotto l'egida di misure protettive e cautelari (artt. 6 e 7)".

⁷ F. TERRUSI, *Autorizzazioni del tribunale e rinegoziazione dei contratti*, in A. CAIAFA (a cura di), *La composizione negoziata della crisi di impresa*, Nuova editrice universitaria, Roma, 2022, 139, osservando che con la creazione dell'esperto il legislatore intendeva correggere la "rotta" di una eccessiva giurisdizionalizzazione degli strumenti negoziali così come disciplinati nella prima versione del CCII.

⁸ Al considerando 29 leggiamo che: "fatta eccezione per i casi in cui la presente direttiva preveda la partecipazione obbligatoria delle autorità giudiziarie o amministrative, gli Stati membri dovrebbero poter limitare la partecipazione di tali autorità alle situazioni in cui sia necessaria e proporzionata, tenendo pur sempre conto, tra l'altro, dell'obiettivo di tutelare i diritti e gli interessi dei debitori e delle parti inte-

Il controllo giudiziale nella composizione e nel concordato semplificato

Tutto si svolge all'interno dell'impresa. Ciò a partire sia dal test pratico di risanamento (art. 13, comma 2) – voluto dalla Direttiva *Insolvency* – quale strumento di analisi delle condizioni di salute dell'impresa, utilizzabile dall'imprenditore in qualsiasi momento e a prescindere dall'apertura della composizione negoziata⁹, sia dalle flebili segnalazioni provenienti dall'organo societario di controllo o dai creditori pubblici qualificati¹⁰ e dirette ai gestori che ne valuteranno la consistenza, conseguentemente decidendo sul da farsi e senza che ciò determini l'entrata del giudice¹¹.

È un campo di gioco al quale si accede volontariamente; nel quale si può rimanere, sussistendo le condizioni e rispettando il regolamento, fino alla scadenza del termine assegnato per condurre, con chi è stato selezionato, una partita doverosamente solcata da scambi di informazioni e animata da flussi di interlocuzioni su possibili soluzioni.

ressate così come dell'obiettivo di ridurre i ritardi e i costi delle procedure”.

⁹ C. RUFFINI-M. GARUTI, *Test pratico e check-list particolareggiata nella composizione negoziata: la portata delle novità poco esplorate introdotte dal nuovo decreto dirigenziale 21.03.2023*, in *dirittodellacrisi.it*, 24 ottobre 2023.

¹⁰ Sul tema delle segnalazioni, S. PACCHI, *Le segnalazioni per l'emersione anticipata della crisi. Così è se vi pare*, in *Ristrutturazioni aziendali.ilcaso.it*, 9 agosto 2022; M. SCIUTO, *Quel che resta degli obblighi di segnalazione nel Codice della crisi*, in *Variazioni su temi di diritto del lavoro*, Torino, 2022, 476 ss. Nella bozza di decreto correttivo al CCII del 4 maggio 2024, pubblicata in *Ristrutturazioni aziendali.ilcaso.it*, è previsto un emendamento all'art. 25 *octies* per migliorarne l'efficacia. Dovrebbero essere, così, inserite anche le segnalazioni da parte dei revisori. Per quanto riguarda l'oggetto della segnalazione, al fine di evitare segnalazioni troppo precoci, sarebbe soltanto l'esistenza di uno stato di crisi o d'insolvenza.

¹¹ R. RORDORF, *Il ruolo del giudice nella ristrutturazione delle imprese in crisi*, in *Dirittodellacrisi.it*, 8 marzo 2023.

La individuazione della soluzione alla crisi è affidata all'autonomia privata e non al giudice che non è chiamato neppure a imprimere il sigillo alle soluzioni “target” (art. 23, comma 1).

È un campo “neutro” per trattare; non è di principio solcato dal giudice, a meno che questi non venga chiamato dallo stesso imprenditore per confermare richieste di protezioni o autorizzare fruizioni di strumenti che, in una valutazione prospettica, immettono in sentieri potenzialmente lesivi di interessi e/o diritti altrui. L'ingresso dell'autorità giudiziaria, così, è eventuale ed episodico ma allora, come si dirà, niente affatto marginale.

2. La natura non concorsuale della composizione negoziata e la gestione dell'impresa

L'*appeal* del percorso si rintraccia nell'essere volontario, stragiudiziale e riservato. In questi tre tratti si compendia l'effigie dell'allerta ora allineata ai principi della Direttiva improntati ad una politica suadente e, possibilmente accattivante, della tempestività ma niente affatto cogente. La scelta di entrare in composizione negoziata spetta soltanto all'imprenditore il quale deciderà – nella piena consapevolezza della situazione in cui versa e degli strumenti di cui necessita – se scambiare la riservatezza con una protezione o un supporto ai quali soltanto il giudice può imprimere il sigillo della piena legittimità.

Nessun tratto di procedura e di concorsualità è presente nelle sembianze essenziali – meramente privatistiche – della Composizione negoziata. La disciplina (racchiusa negli artt. 12 e ss. CCII) non ha ad oggetto un “concorso” bensì la trattativa che lo potrà precedere¹². Ecco allora che le regole imposte al-

¹² F. DI MARZIO, *Diritto dell'insolvenza*, Milano, 2023, 461.

Il controllo giudiziale nella composizione e nel concordato semplificato

le parti sono in essenza quelle che presiedono ad ogni trattativa precontrattuale: correttezza e buona fede.

La trattativa, quando instaurata perché sussiste il requisito della risanabilità, verte su una situazione disfunzionale di un'impresa per tentare di superarla con una soluzione condivisa – non necessariamente concorsuale – raggiunta all'interno del percorso dialogico svolto, o individuata successivamente, ma pur sempre “innestata” e ancorata a quello per il nesso temporale e il bagaglio informativo dell'iter precedente. Ciò impone attenzione per quella fase gestionale non potendosi disporre condizionamenti (autorizzazioni) che sarebbero incompatibili con un percorso di trattative volutamente non calato in una procedura.

Il fatto che la trattativa abbia ad oggetto una vicenda relativa ad un'impresa che si trova in una situazione di crisi (più o meno profonda ma comunque risanabile) e che, ciononostante, è gestibile autonomamente dall'imprenditore, impone, allora, qualche regola prudenziale cercando di armonizzare l'autonomia con il rischio che da quella conduzione può discendere sui creditori. Dalla legge emergono (soltanto) regole di buona conduzione a protezione della stessa impresa e del percorso di risanabilità intrapreso e non solo dei creditori. La libertà di iniziativa imprenditoriale è in definitiva condizionata dal buon esito delle trattative obiettivo posto del resto in risalto nell'art. 19, comma 5, per la concessione della proroga della durata delle misure protettive.

L'assenza di un regime autorizzatorio – incompatibile con un istituto estraneo al circuito giudiziale, e armonico con l'idea eurounitaria del *debtor in possession*¹³ – non si traduce, pe-

rò, nell'esenzione dell'imprenditore dalle conseguenze sia in punto di rischio che di responsabilità. La disciplina suppone un cambio di prospettiva che tiene conto della supremazia che ha assunto l'impresa nell'impostazione dell'ordinamento della crisi e, quindi, nelle soluzioni prescelte¹⁴.

Così, il legislatore si limita a consegnare all'imprenditore (art. 21) alcune regole prudenziali riguardo al canone sia gestionale, sia relazionale, risolvendo quest'ultimo in un flusso informativo tra imprenditore ed esperto¹⁵.

Tale canone può essere riassunto nel dovere dell'imprenditore di non pregiudicare la sostenibilità economico-finanziaria dell'attività, se l'impresa è soltanto in crisi e nel perseguimento del prevalente interesse dei creditori se nel mentre è scivolata nell'insolvenza, pur mantenendo il requisito della risanabilità, quest'ultima essendo condizione tassativa al cui venir meno scatta l'esaurimento della composizione negoziata.

Senza imbrigliare la conduzione, limitando e ritardando le operazioni con fardelli di autorizzazioni, tipiche di un territorio concorsuale

ventiva e incoraggiare i debitori a richiedere la ristrutturazione preventiva in una fase precoce delle loro difficoltà finanziarie, è opportuno, in linea di principio, che i debitori mantengano il controllo dei loro attivi e della gestione corrente dell'impresa”.

¹⁴ S. PACCHI, *I canoni per la gestione dell'impresa nel codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Scritti in onore di Gino Cavalli*, NEU-Nuova Editrice Universitaria, Roma, 2023, 349 ss.; parla di diversi livelli di autonomia gestionale (illimitata, controllata e integrata) dell'imprenditore in composizione negoziata, S. BONFATTI, *La gestione dell'impresa nella procedura di composizione negoziata*, in *Dirittodella-crisi.it*, 26 settembre 2023.

¹⁵ F. DI MARZIO, *Diritto dell'insolvenza*, cit., 474. Sulla gestione dell'impresa nella composizione negoziata, S. PACCHI, *I canoni per la gestione dell'impresa nel codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Ristrutturazioniaziedali.ilcaso.it*, 26 aprile 2023.

¹³ Il considerando 30 della direttiva 2019/1023 così esordisce: “Al fine di evitare costi inutili, di rispecchiare la natura precoce della ristrutturazione pre-

Il controllo giudiziale nella composizione e nel concordato semplificato

nel quale ancora non si è entrati, di nuovo si affida tutto a un dialogo (unicamente) con l'esperto¹⁶, a uno scambio di informazioni potenzialmente generatrici di una reazione dell'esperto che, se non può impedire il compimento degli atti, può però spingersi a chiudere la protezione del campo di gioco avendo rilevato pericolose infrazioni al canone della correttezza¹⁷. Anche in questa evenienza, la composizione negoziata potrebbe chiudersi senza alcuna interlocuzione con il giudice, rimanendo la vicenda circoscritta a chi effettivamente ne ha preso parte, se precedentemente non è stato adito per una delle richieste che hanno aperto squarci di concorsualità (le misure protettive).

3. La conferma di protezioni e le “autorizzazioni” per determinati supporti

Questo percorso privatistico – come ho anticipato – è contrassegnato dall'intervento *on demand* ed episodico dell'autorità giudiziaria. Può essere, infatti, eventualmente protetto e/o incentivato per tessere proficui dialoghi privi di turbative.

A tal fine, da una parte si possono congelare diritti dei creditori (diversi dai lavoratori) con la richiesta di misure protettive¹⁸ e cautelari (soggette a conferma del giudice), dall'altra una situazione (con la mera dichia-

razione di sospensione degli obblighi di ricapitalizza o liquida), dall'altra ancora può agevolarsi il rapido raggiungimento di una soluzione con finanziamenti prededucibili (autorizzati) e con il trasferimento dell'azienda o di rami senza gli effetti di cui all'art. 2560, comma 2, c.c.

Queste richieste – a parte la dichiarazione di sospensione degli obblighi di ricapitalizza o liquida per la quale non è prevista una conferma giudiziale – sono sottoposte alla verifica del tribunale.

Probabilmente si discorre di “autorizzazioni” in senso improprio, essendo l'imprenditore autonomo e libero nelle scelte gestionali. Si tratta piuttosto – aprendosi un incidente di concorsualità – di rimettere al giudice una valutazione in prospettiva di quella che potrà essere la ricaduta di tali scelte per la continuità aziendale (diretta o indiretta) e su un prossimo strumento di regolazione della crisi. In questa ottica sono operazioni che possono avere una pesante ricaduta sui diritti dei creditori che subiscono in una futura procedura la partecipazione di creditori prededucibili o vengono privati della garanzia patrimoniale generica costituita dall'azienda o da uno o più rami¹⁹.

Si apre, così, un controllo destinato ad essere niente affatto superficiale, dovendo il giudice valutare la domanda nel contesto di quella crisi avendo come obiettivo” la funzionalità degli atti alla continuità aziendale e alla migliore soddisfazione dei creditori” (art. 22).

Inevitabilmente la verifica muove dalla richiesta del debitore per finire sul percorso e sulle ragionevoli prospettive di risanamento dell'impresa. E ciò a prescindere dalla domanda formulata al giudice.

¹⁶ A. JORIO, *Il diritto della crisi e dell'insolvenza*, Torino, 2023, 129, osserva che l'autonomia gestoria si esprime anche nella mancata previsione dell'obbligo a carico dell'imprenditore di predisporre informazioni periodiche dirette ai creditori e di comunicazioni circa le iniziative che intende compiere, “oltre a quelle già esposte al tribunale per la conferma delle misure protettive.

¹⁷ A. NASTRI, *Le autorizzazioni del Tribunale nella composizione negoziata*, in *Dirittodellacrisi.it*, 23 marzo 2022.

¹⁸ Che implica anche il blocco alla liquidazione giudiziale eventualmente chiesta da un creditore.

¹⁹ A. NASTRI, *Le autorizzazioni ecc.*, cit.

Il controllo giudiziale nella composizione e nel concordato semplificato

D'altra parte, anche l'intervento del giudice sulla richiesta di misure protettive ha questa direzione: il buon esito delle trattative in funzione dell'ipotesi, che pare verosimile, di risanamento.

In tal senso depone anche l'articolazione del procedimento relativo alle misure protettive e cautelari che muove dall'ostensione, unitamente al ricorso, di una ricca documentazione (bilanci, situazione patrimoniale e finanziaria aggiornata, elenco dei creditori) nonché del progetto di piano di risanamento e del piano finanziario per culminare nell'udienza dove il tribunale, quantunque l'esperto sia chiamato "a esprimere il proprio parere sulla funzionalità delle misure richieste ad assicurare il buon esito delle trattative" (art. 19, comma 4), non si ferma a ciò ma instaura un percorso istruttorio avvalendosi, se occorre, di un ausiliario e non solo dei creditori.

Ecco, adesso, il giudice entra nella composizione negoziata per valutare la funzionalità delle misure richieste ad assicurare il buon esito delle trattative che, a loro volta, trovano la giustificazione, della loro instaurazione e permanenza, nella presenza della risanabilità dell'impresa affinché il percorso intrapreso non si risolva a danno dei creditori.

Negli squarci di concorsualità, il giudice è, dunque, la sentinella dell'utilizzo corretto della composizione negoziata²⁰. Ciò perché, "nonostante la predisposizione di uno schema generale degiurisdizionalizzato, la composizione negoziata non può, di fatto, prescindere da codesto tipo di interventi giudiziali" così che "il principio di realtà si incarica di correggere,

in via di fatto, la prima filosofica ipotesi posta al fondo della normativa"²¹.

4. Gli esiti della composizione negoziata: quando non è individuata una delle soluzioni target

Con la composizione negoziata si incentiva la tempestività²² al di là di quello che potrà essere l'impatto della soluzione finale sull'imprenditore (art. 12, comma 2), il legislatore volendo evitare, con l'entrata sollecita in questo percorso guidato dall'esperto, la liquidazione disgregativa²³.

Alla tempestività dell'approccio alla crisi fa da sponda la rapidità dell'individuazione e della realizzazione della soluzione.

Come esito²⁴, si favoriscono le soluzioni negoziali²⁵ *light*, definitive (quelle di cui alle

²¹ F. TERRUSI, *Autorizzazioni del tribunale ecc.*, cit., 140.

²² La molla verso la tempestività dovrebbe essere costituita dall'offerta di un percorso, che se correttamente intrapreso ha tutte le potenzialità per condurre a soluzioni comunque sia preventive.

²³ Su questo aspetto, F. TERRUSI, *Il concordato semplificato: qualificazione, presupposti e ambiti di applicazione*, in *Temi Romana*, 2023, fasc. 3, 12 ss.; P. BASTIA, *Il concordato semplificato. Il banco di prova delle esperienze*, in <https://www.osservatorio-oci.org>, valorizza l'impostazione pragmatica "tesa alla semplificazione procedurale e alla rapidità di svolgimento, considerata anche l'attività già svolta in sede di composizione negoziata dall'esperto, effettuate le trattative tra le parti".

²⁴ V. ZANICHELLI, *Gli esiti possibili della composizione negoziata*, in *Dirittodellacrisi.it*, 26 ottobre 2021; G. FAUCEGLIA, *Le conclusioni delle trattative: riflessioni sull'art. 11, 1° comma, lett. a)*, L. n. 147/2021, in *Dir. fall.*, 2022; L. PANZANI, *Gli esiti possibili delle trattative e gli effetti in caso di insuccesso*, in *Fallimento*, 2021, 1593; S. PACCHI, *Gli sbocchi della composizione negoziata e, in particolare, il concordato semplificato*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 17 gennaio 2023.

²⁵ S. AMBROSINI-S. PACCHI, *Composizione negoziata della crisi, concordato semplificato e segnalazioni per l'emersione anticipata della crisi*, in S.

²⁰ R. RORDORF, *Il ruolo del giudice nella ristrutturazione delle imprese in crisi*, in *Dirittodellacrisi.it*, 8 marzo 2023; L. PANZANI, *La composizione negoziata della crisi: il ruolo del giudice*, in *Dirittodellacrisi.it*, 4 febbraio 2022.

Il controllo giudiziale nella composizione e nel concordato semplificato

lett. a) e c) dell'art. 23, comma 1) o transitorie/interlocutorie (la moratoria di cui alla lett. b)) che costituiscono l'approdo diretto delle trattative²⁶, senza tuttavia respingere l'ipotesi in cui "all'esito delle trattative, se non è individuata una soluzione tra quelle al comma 1" l'imprenditore ricorra (per iniziativa unilaterale)²⁷ o a uno strumento variamente plasmabile quali il piano attestato ex art. 56 o (*hard*) all'accordo di ristrutturazione, che può godere del vantaggio competitivo derivante dal percorso precedentemente intrapreso²⁸ o, se nessuno di questi strumenti è proponibile, – a condizioni ben precise – al concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio²⁹.

PACCHI-S. AMBROSINI, *Diritto della crisi e dell'insolvenza*, II ed., Bologna, 2022, 79.

²⁶ L'esito positivo delle trattative viene fatto coincidere con l'accesso ad una delle soluzioni di carattere contrattuale "secondo una prospettiva fortemente innovativa che si aggiunge alla più tradizionale figura del piano attestato di risanamento, in cui è del tutto assente un intervento giudiziale" (*Relazione dell'Ufficio del Massimario della Corte Suprema di Cassazione sul nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, 15 settembre 2022, 16).

²⁷ M. FABIANI, *Sistema, principi e regole ecc.*, cit., 81, distingue tra esiti che presuppongono un accordo tra debitore e creditori e esiti che derivano da una iniziativa unilaterale del debitore.

²⁸ ASSONIME, *Guida al Codice della crisi*, cit., 33, "La scelta può discendere sia dall'entità della situazione di squilibrio in cui versa l'impresa, sia dalla circostanza per cui le trattative siano andate a buon fine solo con alcuni creditori. Anche in questo caso, tuttavia, la composizione negoziata sarà stata utile a predisporre il terreno per la conclusione di un piano di risanamento assistito dalle garanzie previste dalla legge fallimentare o per accedere rapidamente alla procedura concorsuale, essendo già state vagliate le proposte del debitore e le risposte delle parti sotto il controllo di un esperto equidistante da tutti i soggetti coinvolti".

²⁹ Per una lucida configurazione dell'istituto, A. PALUCHOWSKI, *Giudizio di fattibilità e "ragionevole probabilità di impedire l'insolvenza". Ruolo del giudice e poteri dei creditori*, in *dirittodellacrisi.it*, 14 febbraio 2022.

Qualsiasi imprenditore³⁰, transitato da trattative³¹ condotte con correttezza e buona fede³², nelle quali abbia proposto concrete soluzioni conservative senza tuttavia incontrare l'adesione dei creditori, presa consapevolezza

³⁰ Al concordato semplificato possono farvi ricorso tutti coloro che possono chiedere la nomina dell'esperto per la composizione negoziata essendo iscritti nel RI. Che l'iscrizione nel registro imprese costituisca un requisito, lo si desume dall'art. 13, comma 1, CCI, che riserva l'accesso alla piattaforma telematica nazionale all'imprenditore iscritto. Non sono previsti limiti dimensionali, né verso l'alto né verso il basso. Per le imprese sottosoglia la possibilità di accedere al concordato semplificato è espressamente sancita dall'art. 25 *quater*, comma 4 che prevede per l'imprenditore commerciale e agricolo che presenta congiuntamente i requisiti di cui all'art. 2, comma 1, lett. d), "se all'esito delle trattative non è possibile raggiungere l'accordo" la possibilità di presentare la domanda di concordato minore o di liquidazione controllata o di concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio. Soltanto l'impresa agricola potrà ricorrere, in subordine, anche a un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi degli artt. 57, 60 e 61.

³¹ La proposta di concordato liquidatorio semplificato potrebbe costituire una decisione maturata dopo che le trattative si sono chiuse e che l'esperto ne ha dato rappresentazione in quel documento. Questa sequenza è stata immaginata dal legislatore quando ha preteso che, una volta ricevuta la domanda di concordato, il tribunale da un lato, richieda all'Esperto un ulteriore parere "con specifico riferimento ai presumibili risultati della liquidazione e alle garanzie offerte", dall'altro lato, nomini un Ausiliario ex art. 68 c.p.c. a cui assegna un termine per il deposito "del parere di cui al comma 4".

³² Ai sensi dell'art. 25 *sexies*, occorre che dalla relazione finale dell'esperto – il punto di snodo e il primo documento sul quale il tribunale dovrà soffermarsi nel valutare la ritualità – risulti che le trattative si sono svolte secondo correttezza e buona fede ma che, non avendo avuto esito positivo, le alternative negoziali conservative previste dall'articolo 23, comma 1 e comma 2, lett. a), b) e d) non sono praticabili. Sul punto, in particolare, P. RIVA-G. ROCCA, *L'esito dell'esperto e il contenuto della relazione finale*, in *Quaderno 90 - La composizione negoziata quale soluzione alla crisi d'impresa*, Saf-Scuola di alta formazione, 2022, 12.

Il controllo giudiziale nella composizione e nel concordato semplificato

del fatto che l'unica ipotesi percorribile è quella liquidatoria, può chiedere al tribunale – nei sessanta giorni³³ seguenti alla comunicazione della relazione conclusiva dell'esperto – l'omologazione di un concordato semplificato³⁴ che poggi su un piano liquidativo e su una proposta in cui il trattamento offerto ai creditori non sia pregiudizievole rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale. In questa nuova prospettiva, dovendosi comunque prevedere che ogni creditore sia destinatario di una qualche utilità “una proposta-stralcio a zero è consentita” ma “solo se ciascun creditore riceve, comunque, un vantaggio economicamente misurabile”³⁵.

³³ Il termine è perentorio e non soggetto a proroga. Si tratta, inoltre, di un termine processuale (art. 1, l. 742/1969) che può fruire della sospensione feriale (G. BARVAS-G. BISOGNI-A. GAIANI, *Il concordato semplificato*, in S. BONFATTI-R. GUIDOTTI, *Il ruolo dell'esperto nella composizione negoziata ecc.*, cit., 397).

³⁴ Vasta la letteratura sull'istituto. *Ex multis*: G. BOZZA, *Il concordato semplificato introdotto dal d.l. n. 118 del 2021*, in *dirittodellacrisi.it*, 5 ottobre 2021; Id., *Il concordato semplificato introdotto dal d.l. n. 118 del 2021, convertito, con modifiche dalla l. n. 147 del 2021*, ivi, 9 novembre 2021; Id., *Concordato semplificato, quadri di ristrutturazione e misure protettive: alcune considerazioni*, ivi, 15 aprile 2022; S. AMBROSINI, *La “miniriforma” del 2021: rinvio (parziale) del CCI, composizione negoziata e concordato semplificato*, in *Dir. fall.*, 2021, I, 922; G. FICHERA, *Sul nuovo concordato semplificato: ovvero tutto il potere ai giudici*, in *dirittodellacrisi.it*, 11 novembre 2021; A. ROSSI, *L'apertura del concordato semplificato*, in *dirittodellacrisi.it*, 18 marzo 2022; S. LEUZZI, *L'analisi differenziale tra concordati: concordato semplificato vs ordinario*, in *dirittodellacrisi.it*, 9 novembre 2021; G. D'ATTORRE, *La liquidazione del patrimonio*, in *dirittodellacrisi.it*, 29 dicembre 2021; S. PACCHI, *Il concordato semplificato: un epilogo ragionevole della composizione negoziata*, in *Ristrutturazioniazienali.ilcaso.it*, 23 ottobre 2023.

³⁵ M. FABIANI, *Sistema, principi e regole ecc.*, cit., 270.

Il concordato semplificato si colloca nell'orbita della semplicità, della rapidità, della possibile non dispersione dei valori, di una conclamata inutilità di marchi e sanzioni espunti dall'ordinamento per lasciare il posto ad un'esdebitazione quale generale effetto di una procedura concorsuale (concordataria o liquidativa che sia)³⁶.

Absolutamente rilevanti, quindi, sono alcune precise scelte semplificatrici – assunte per velocizzarne l'esecuzione – soprattutto confrontandolo con il concordato preventivo liquidatorio: non è prevista alcuna percentuale minima di soddisfazione per i creditori, né l'apporto di risorse esterne che incrementino il soddisfacimento dei creditori, né l'attestazione del piano, né il deposito del fondo spese di procedura, né la votazione dei creditori, né un giudizio di ammissione, né la nomina del commissario giudiziale e del giudice delegato.

Il concordato semplificato è, quindi, riservato a quegli imprenditori che non solo abbiano chiesto la nomina dell'esperto, non solo abbiano instaurato le trattative, ma le abbiano condotte con i creditori interessati “secondo i principi di correttezza e buona fede, valendo il richiamo a tali clausole generali ad escludere contegni “abusivi” o semplicemente “opportunistici”, privi di una concreta volontà di ricercare una composizione con i creditori e le altre parti interessate”³⁷. L'imprenditore, seguendo puntualmente il protocollo di cui al decreto dirigenziale, deve essere approdato al-

³⁶ A. JORIO, *Il diritto della crisi e dell'insolvenza*, cit., 137.

³⁷ A. FAROLFI, *Il concordato del patrimonio e la liquidazione del patrimonio*, in *Il nuovo istituto della composizione negoziata della crisi. L'attuazione della Direttiva 1023/2019 e i quadri di ristrutturazione preventiva*, SSM, 3 maggio 2022, in *Scuolamagistratura.it*.

Il controllo giudiziale nella composizione e nel concordato semplificato

la presentazione di concrete misure per il risanamento poi rifiutate.

È interdetto l'accesso a detto concordato non solo nel caso in cui, emerga un "giudizio negativo" sul comportamento dell'imprenditore o quando le proposte negoziali non siano state completamente e chiaramente presentate e illustrate ai creditori, ma anche qualora – prima dell'esito finale –, ai sensi dell'art. 17 comma 5, non sussistendo le concrete prospettive di risanamento, ne sia conseguita l'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata. In questa ipotesi l'esistenza di buona fede non assumerebbe alcun rilievo³⁸ al fine di legittimare il ricorso al semplificato.

Anche sotto questo aspetto, l'esperto assume una indiscussa centralità³⁹.

Direi che uno dei punti nevralgici del concordato semplificato, costituendone uno dei fondamenti, è la relazione finale dell'esperto: la sua completezza, analicità e trasparenza circa la partecipazione dei creditori ("l'assenza di interlocuzione con un determinato creditore nella precedente fase di composizione negoziata non configura automaticamente in capo al debitore una violazione del dovere di correttezza e buona fede")⁴⁰, lo snodarsi delle trattative, l'ostensione delle offerte da parte dell'imprenditore, sono indefettibili "presenze" perché il tribunale, previa verifica della metodologia utilizzata nella redazione della relazione e valutazione circa il fondamento delle dichiarazioni ivi riportate, possa ritenere rituale la domanda. Non sono sufficienti clausole

di stile su correttezza e buona fede delle parti⁴¹.

Senza dubbio nell'art. 25 *sexies* questa relazione detiene una posizione di centralità, essendo posta come requisito della domanda, il legislatore volendo sottolineare che l'imprenditore può chiedere l'omologazione del concordato semplificato solo se quel percorso si è chiuso, essendo stato interamente attraversato e sfruttato.

Occorre che una relazione finale sia stata depositata perché ciò prova che l'imprenditore ha utilizzato quel percorso per trattare con i creditori, presentare soluzioni che sono state rifiutate. Riguardo al contenuto della relazione – riscontro o meno della correttezza e buona fede dell'imprenditore – questo sarà il giudice a dire l'ultima parola.

La relazione finale attesta che una composizione antecedente e che si è esaurita. Il giudice muove da questa anche se non si ferma a questa per valutare la presenza di buona fede e correttezza dell'imprenditore nelle pregresse trattative perché soltanto se quei canoni comportamentali sono stati rispettati – traducendosi in completezza e veridicità dei flussi informativi da una parte e in una presentazione di genuine alternative negoziali – potrà legittimarsi la proposta di concordato semplificato.

5. Dove si radica la semplificazione

La semplificazione dello strumento trae legittimazione dalla percorsa composizione negoziata. È, infatti, utilizzabile esclusivamente come sbocco della composizione negoziata, dove un flusso di informazioni economico-patrimoniali e finanziarie sia intercorso tra le parti, concrete soluzioni negoziali conservative dell'impresa siano state presentate e di-

³⁸ F. TERRUSI, *Il concordato semplificato*, cit., 17.

³⁹ Anche la S.C. nell'ordinanza del 12 aprile 2023, n. 9730, ha sottolineato il raccordo del tribunale con la figura dell'esperto rispetto alla fase deputata al vaglio di ammissibilità in chiave di acquisizione di pareri e relazione.

⁴⁰ Trib. Como, 27 ottobre 2022.

⁴¹ Trib. Siena, 9 settembre 2022 e Trib. Udine, 24 gennaio 2023.

Il controllo giudiziale nella composizione e nel concordato semplificato

scusse ma tuttavia respinte dai creditori⁴² residuando allora la liquidazione dell'intero patrimonio cedendo unitariamente l'azienda o suoi rami.

In questo caso il concordato semplificato costituisce la via obbligata (per l'imprenditore) per evitare la liquidazione giudiziale più lunga, più costosa e quindi meno remunerativa in termini soddisfattivi (per i creditori) quando la proposta non rechi pregiudizio ai creditori rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale e, comunque, assicuri loro un'utilità, non meglio specificata dalla norma e che può consistere anche in vantaggi commerciali.

Lo strumento, allora, può essere ridotto al minimo in quanto sfrutta le informazioni circolate (fra) e acquisite dalle parti, le preclusioni e le indisponibilità dei creditori⁴³. Il voto stesso diventa superfluo in quanto – censite ma respinte alternative soluzioni negoziali – altra soluzione non v'è⁴⁴.

Il raggiungimento di un rapido risultato economico è la ricompensa per l'assenza di votazione (bilanciata dall'opposizione all'omologazione).

Rinvengo un interesse pubblico alla rapida definizione delle crisi - in particolare quando soluzioni conservative siano state esplorate e portate all'approvazione dei creditori che le

hanno tuttavia rifiutate – ed alla altrettanto rapida circolazione degli investimenti senza però dover applicare il più costoso regime (per impresa e creditori) della liquidazione giudiziale⁴⁵.

“L'esclusione del voto non è eretica perché il diritto di *voice* i creditori lo hanno già avuto durante la composizione negoziata e al termine della stessa hanno avuto la possibilità di chiedere la liquidazione giudiziale”⁴⁶.

6. La distanza dal concordato preventivo e la vicinanza con la liquidazione giudiziale

Tali semplificazioni lo rendono difficilmente accostabile al concordato preventivo⁴⁷. A conferma della distanza tra i due istituti, il legislatore ha richiamato soltanto alcune selezionate norme della disciplina concordataria “maggiore” mentre non ha inserito una disposizione che consenta un'applicazione diretta di quella normativa per colmare i vuoti di disciplina. Da questa scelta legislativa l'autonomia del concordato semplificato rispetto al preventivo, ne esce rafforzata.

Alcuni profili di contiguità possono, invece, rintracciarsi con il concordato della liquidazione giudiziale che ha fornito allo strumento in esame il modello procedimentale⁴⁸.

⁴² Tribunale di Firenze, 31 agosto 2022.

⁴³ Così anche L. PANZANI, *Gli esiti possibili delle trattative e gli effetti in caso di insuccesso*, cit., 1598. G. BOZZA, *Il concordato semplificato introdotto dal D.L. n. 118 del 2021*, in *Dirittodellacrisi.it*, 5 ottobre 2021, con riferimento alla chance degli accordi di ristrutturazione (indicata nel comma 2, lett. b) dell'art. 23) osserva che ciò “presuppone che l'esperto abbia riscontrato l'esistenza della disponibilità di adesioni nella misura indicata, necessaria per rendere vincolante – in presenza degli altri requisiti di legge – anche per gli altri creditori non aderenti l'accordo di ristrutturazione.

⁴⁴ App. Venezia, 28 marzo 2024, in *www.ilcaso.it*.

⁴⁵ M. FABIANI-G.B. NARDECCHIA, *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Formulario commentato*, sub art. 25 septies, cit., 149.

⁴⁶ M. FABIANI, *Sistema, principi e regole ecc.*, cit., 272.

⁴⁷ Sull'autonomia del concordato semplificato v. S. AMBROSINI, *Concordato semplificato: la giurisdizione come antidoto alla “coattività” dello strumento e alla “tirannia” dell'esperto*, in *Ristrutturazioniazionari.ilcaso.it*, 27 ottobre 2023.

⁴⁸ Nel quale tuttavia è presente il voto dei creditori, il cui mantenimento è, a mio avviso, giustificato soltanto dalla possibilità che la proposta provenga dai uno o più creditori o da un terzo.

Il controllo giudiziale nella composizione e nel concordato semplificato

In effetti, piuttosto che a un concordato – del quale vi è la proposta ma non l’accordo – siamo dinanzi a un “non fallimento”⁴⁹ per ciò, a mio avviso, dovendosi intendere una procedura che sfrutta, con significativo risparmio di tempo e di denaro, lo schema della liquidazione giudiziale.

Trattasi di procedura concorsuale liquidativa semplificata⁵⁰ che poggia su un piano (programma) di liquidazione organizzato in forma aggregata, accompagnato da una proposta di soddisfacimento (progetto di riparto) diretti al giudice.

“Si tratta di una procedura concorsuale garantita, quanto allo svolgimento, dalla presenza del tribunale e contraddistinta, quanto alle caratteristiche basiche, dalla necessità di rispettare la *par condicio creditorum*”⁵¹ come è imposto nelle procedure liquidative.

Detto piano/programma esporrà le operazioni attraverso le quali si snoderà la liquidazione con le relative sequenze. La proposta/piano di riparto sarà redatta consequenzialmente, tenendo conto anche di possibili scostamenti.

Inquadrato come procedura concorsuale liquidativa semplificata, si giustifica – anche sotto questo aspetto – l’assenza del voto. Nelle procedure liquidative (liquidazione giudiziale e liquidazione controllata) è assente il voto dei creditori che invece possono fare opposizione allo stato passivo e impugnare il piano di riparto.

7. Le tutele per i creditori

I creditori traggono tutela dalla presenza del giudice i cui controlli sono connotati da particolare intensità⁵², specialmente in sede di omologazione⁵³, iniziano con quello di ritualità previsto dall’art. 25 *sexies*, comma 4.

La valutazione della ritualità⁵⁴, che muovendo da una lettura meticolosa e approfondita della relazione finale dell’esperto per verificarne la correttezza metodologica e di contenuto, costituisce – come anticipato – un passaggio rilevante dovendo soffermarsi sulle condizioni di ammissibilità della domanda dell’imprenditore.

⁴⁹ Definisce il concordato semplificato come “un non fallimento”, S. LEUZZI, *Il concordato semplificato nel prisma delle prime applicazioni*, in *Diritto-dellacrisi.it*, 19 marzo 2023.

⁵⁰ Se, per quanto riguarda il primo aspetto (il procedimento), l’assenza del voto costituisce la semplificazione più rilevante, non è, però, l’unica. Precise sono state le scelte semplificatrici: non è prevista alcuna percentuale minima di soddisfazione per i creditori, né l’apporto di risorse esterne che aumentino in misura apprezzabile la soddisfazione dei creditori, né l’attestazione del piano, né il deposito del fondo spese di procedura, né un vero e proprio giudizio di ammissione, né la nomina del commissario giudiziale (sostituito per alcuni aspetti dall’ausiliario) e del giudice delegato. Nella medesima ottica di snellire e velocizzare il procedimento, – i creditori hanno ricevuto durante la composizione negoziata il plesso informativo necessario per valutare e decidere – non è prevista la nomina del comitato dei creditori.

⁵¹ F. TERRUSI, *Il concordato semplificato*, cit., 14.

⁵² M. FABIANI, *Sistema, principi e regole ecc.*, cit., 272.

⁵³ A. JORIO, *Il diritto della crisi e dell’insolvenza*, cit., 137; G. D’ATTORRE, *Manuale del diritto della crisi e dell’insolvenza*, Torino, 2022, 193.

⁵⁴ Alcuni interpreti hanno evidenziato come il vaglio di “ritualità” della proposta non coincida con il vaglio di ammissibilità. Il Tribunale, pertanto, dovrebbe limitarsi a verificare unicamente se l’esperto abbia formulato il proprio parere sullo svolgimento delle trattative secondo correttezza e buona fede nonché sull’impossibilità di percorrere le soluzioni individuate ai sensi dell’articolo 23, commi 1 e 2 lett. b), senza poter tuttavia vagliare la veridicità o attendibilità nel merito di tale parere. Secondo altro orientamento, condiviso dalle prime pronunce della giurisprudenza di merito, già in occasione dell’effettuazione del vaglio di ritualità il Tribunale dovrebbe “riscontrare la sussistenza dei requisiti minimi di legge per l’accesso alla procedura, quali quantomeno la competenza, la tempestività della domanda e la sussistenza dei presupposti previsti dalla norma” (cfr. Trib. Bergamo del 21.9.2022).

Il controllo giudiziale nella composizione e nel concordato semplificato

Vista la rapida scansione che porta all'omologa, parrebbe che il tribunale dovesse fermarsi a una verifica formale senza svolgere un approfondito giudizio di legittimità sostanziale sulla proposta, sulla fattibilità del piano e sui presumibili risultati della liquidazione⁵⁵. All'opposto, la peculiarità stessa dell'istituto – radicandosi questo in un pregresso percorso stragiudiziale contrassegnato da autonomia gestionale “controllata” esclusivamente attraverso un rapporto dialogico con l'esperto (professionista indipendente che non riveste il ruolo di organo nominato dal giudice) – impone “un controllo di legittimità focalizzato sul rispetto delle condizioni di accessibilità allo strumento”⁵⁶.

Mi pare da escludere, così, che la valutazione del tribunale debba arrestarsi ad una verifica formale della sussistenza dei presupposti di accesso alla procedura (competenza, iscrizione presso il Registro Imprese della ricorrente, requisiti soggettivi ed oggettivi ex art. 12 CCII, sottoscrizione della domanda ex art. 120 *bis* CCII, completezza della documentazione ex art. 39 CCII, tempestività della domanda)⁵⁷.

Il rapporto di “interdipendenza” del concordato semplificato – procedura concorsuale - rispetto al segmento della composizione negoziata della crisi – percorso stragiudiziale per le trattative – induce ad ammettere una preliminare verifica del percorso compiuto

dalle parti e, quindi, un esame più ampio anche se di differente e ridotta intensità rispetto alla valutazione di ammissibilità e consistente nella verifica⁵⁸:

- che la relazione finale dell'esperto sia adeguatamente motivata circa la buona fede dimostrata dal debitore nell'ambito delle trattative e nell'assenza di un preordinato disegno di accedere al concordato semplificato. Che, in sostanza, la relazione dell'esperto risponda ad un principio di realtà e razionalità⁵⁹;
- dell'attendibilità del parere dell'esperto (se già prodotto) sui presumibili risultati della liquidazione e sulla convenienza della soluzione liquidatoria;
- che la proposta non si fondi su dati palesemente difformi da quelli comunicati ai creditori;
- che il piano abbia carattere effettivamente liquidatorio (sia quindi esclusa la continuità diretta)
- di tutto ciò che connota la proposta come perimetrata dal legislatore (se vi sono classi, la loro corretta formazione e la parità di trattamento tra i creditori di ogni classe).

Da ciò discende che se pure tale valutazione di ritualità costituisce un *quid minus* rispetto al giudizio di ammissione, “al fine di non rendere oltremodo riduttivo il controllo svolto dal Tribunale”, (anche per motivi di economia processuale, altrimenti diventando obbligatorio in ogni caso la nomina dell'ausiliario) si debba ritenere che il Tribunale è tenuto “alla verifica non solo della formale sussistenza delle attestazioni nella relazione dell'esperto ex art. 17 CCII, ma anche l'attendibilità e ragionevolezza

⁵⁵ G. BOZZA, *Il concordato semplificato introdotto dal d.l. n. 118 del 2021, convertito, con modifiche dalla l. n. 147 del 2021*, in *dirittodellacrisi.it*, 2021, 2; S. AMBROSINI, *Concordato semplificato: la giurisdizione come antidoto alla “coattività” dello strumento e alla “tirannia” dell'esperto*, in *ristrutturazionaziendali.ilcaso.it*, 2023, 6.

⁵⁶ M. FABIANI, *Sistema, principi e regole ecc.*, cit., 271. In giurisprudenza, App. Milano, 13 luglio 2023 e App. Milano, 21 marzo 2024.

⁵⁷ In tal senso anche F.P. CENSONI, *Il concordato “semplificato”: un istituto enigmatico*, in *Ristrutturazionaziendali.ilcaso.it*, 22 febbraio 2022.

⁵⁸ Trib. Parma, 12 luglio 2023.

⁵⁹ S. LEUZZI, *Il concordato semplificato nel prisma delle prime applicazioni*, cit.

Il controllo giudiziale nella composizione e nel concordato semplificato

di tali attestazioni, ritenendo la proposta irri-
tuale ove esse siano prive di motivazione ovve-
ro corredate da motivazioni che non trovino ri-
scontro nella documentazione in atti”⁶⁰.

Non è previsto in questa sede un controllo
di fattibilità del piano, tuttavia, occorre tener
conto di una delle linee guida del Codice della
crisi enucleata nell’art. 7.

Il legislatore – in armonia con la Direttiva
1023/2019 – persegue la tempestività ed il rapi-
do accesso ad una soluzione della crisi, privile-
giando la soluzione conservativa ove questa, pe-
rò, si imponga già alla prima valutazione del
giudice ma, invece, escludendola ove risalti su-
bito la mancanza di prospettive di risanamento
per aprire così ad una rapida liquidazione e al-
trettanto rapido soddisfacimento dei creditori⁶¹.

La manifesta inammissibilità della doman-
da e la manifesta inadeguatezza del piano a
raggiungere l’obbiettivo sono condizioni che
devono essere oggetto di esame in via priorita-
ria. Tali principi espressi nell’art. 7, comma
2, lett. a) e b), sono replicati nell’art. 47,
comma 1, lett. a) nella disciplina dell’apertura
del concordato preventivo liquidatorio.

Ne discende consequenzialmente che nel
controllo di ritualità *ex art. 25 sexies*, comma 3,
il tribunale non si può esimere dal compiere tali
valutazioni, potendo, tra l’altro ritenersi applica-
bile per analogia la disposizione sopra citata (art.
47, comma 1)⁶².

La tutela dei creditori passa poi dal pentran-
te controllo di omologazione demandato al tri-
bunale ai sensi del comma 5 dell’art. 25 *sexies*.

L’omologazione del concordato è disposta
dal Tribunale quando, verificata la regolarità
del contraddittorio e del procedimento (del ri-
spetto cioè delle norme che disciplinano lo
svolgimento dal deposito della domanda fino
all’omologazione), nonché il rispetto dell’ordi-
ne delle cause di prelazione e la fattibilità del
piano di liquidazione, risulta che la proposta
non arrechi pregiudizio ai creditori rispetto
all’alternativa della liquidazione giudiziale e co-
munque assicuri un’utilità a ciascun creditore.

Si tratta di una valutazione di fattibilità del
piano non solo giuridica ma anche economica
dovendo il tribunale svolgere una comparazio-
ne tra la proposta di concordato semplificato e
una eventuale liquidazione giudiziale. È assen-
te, invece, una valutazione di convenienza – al-
tro è la verifica dell’assenza di pregiudizio – il
tribunale non accertando l’esistenza di un van-
taggio bensì l’assenza di un danno. Così è suf-
ficiente che i creditori non ricevano di meno ri-
spetto alla liquidazione giudiziale.

Tali ampie verifiche prescindono dalla pre-
senza di opposizioni da parte dei creditori o di
altri interessati.

Il riferimento non a qualsiasi alternativa ma
soltanto a quella della liquidazione giudiziale
assume rilevanza rispetto al *cram down* che ri-
sulta, così, “attenuato dal fatto di non esser ri-
ferito al miglior soddisfacimento dei creditori
ma solo alla mancanza di pregiudizio e alla as-
sicurazione nome di una qualche utilità”⁶³. Ta-
le inquadramento, di nuovo, risulta armonico
se letto nell’alveo del percorso precedente nel
quale soluzioni diverse sono state proposte ma

⁶⁰ Trib. Monza, 17 aprile 2023, e in tal senso anche
App. Salerno, 6 aprile 2023.

⁶¹ Sul punto anche A. PALUCHOWSKI, *Contenuto
delle misure cautelari e protettive*, in S. BONFAT-
TI-R. GUIDOTTI-M. TARABUSI (a cura di), *Il
ruolo dell’esperto nella Composizione negoziata per
la soluzione della crisi d’impresa*², Torino, 2023, 49.

⁶² Sul punto v. F. ROLFI, *Sull’ambito del controllo
di “ritualità” nel concordato semplificato*, in
www.ilfallimentarista.it, 5 febbraio 2024.

⁶³ F. TERRUSI, *Il concordato semplificato ecc.*, cit., 18.

Il controllo giudiziale nella composizione e nel concordato semplificato

“naufragate per l’atteggiamento assunto non dal debitore, ma dai creditori medesimi”⁶⁴.

Il concordato semplificato presenta barriere protettive rispetto all’interesse dei creditori, sul piano sostanziale, grazie alla non deteriorità della proposta rispetto all’alternativa della liquidazione giudiziale (art. 25 *sexies*, comma 5) e, su quello processuale, al diritto di opposizione “generalizzato” vuoi perché individualmente attribuito a qualsiasi creditore e a qualsiasi interessato, vuoi perché non relegato a motivi di convenienza e al rafforzato, composito controllo giudiziale, anticipato nel terzo comma e approfondito nel quinto comma dell’art. 25 *sexies*.

8. Conclusioni

Il concordato semplificato – si legge nell’ordinanza della Cass., 12 aprile 2023, n. 9730 – “è stato concepito fin dalla legislazione dell’emergenza per evitare la liquidazione giudiziale dopo l’esperimento negativo delle trattative”.

Si tratta – come ho già notato – di un “non fallimento”⁶⁵ volendo essere più rapido e tendenzialmente evitare la disgregazione del patrimonio produttivo trasmettendo ciò che resta del complesso aziendale funzionale all’esercizio dell’impresa.

Il diritto vuole uniformarsi ai tempi del mercato.

La rapidità, che sacrifica il diritto di voto, peraltro controbilanciato da adeguati presidi, trae la sua legittimazione dal precedente esperimento della composizione negoziata nella quale vi sono state trattative supportate da flussi informativi.

Senza dubbio il concordato semplificato costituisce un incentivo per l’imprenditore a

entrare nella composizione negoziata nella consapevolezza che qualora non sia percorribile una soluzione negoziale per il superamento della crisi, sarà comunque possibile ricorrere a una procedura semplificata per una rapida uscita (dal) e un altrettanto rapido ritorno al mercato. Sotto questo aspetto costituisce anche una spinta per i creditori ad abbandonare comportamenti ostruzionistici cercando insieme all’imprenditore una soluzione negoziale. L’abuso potrebbe essere dietro l’angolo.

È per tale consapevolezza che il legislatore ha lastricato lo strumento di controlli e con una *voice* dei creditori nell’opposizione e nel reclamo. Merita allora osservare che neanche nel fallimento c’è una *voice* dei creditori all’infuori dell’opposizione allo stato passivo. Così, per comprendere il senso del concordato semplificato, dobbiamo ragionare in termini di procedura sostitutiva del fallimento. Credo che si debba leggere come strumento semplificato di liquidazione.

A mio avviso non si tratta di “un concordato sbilanciato a favore del proponente”⁶⁶ bensì di uno strumento per il rapido smobilizzo di valori per soddisfare celermente i creditori – qui sta la convenienza dello strumento semplificato rispetto alla liquidazione giudiziale – e per consentire all’imprenditore di far ritorno altrettanto rapidamente al mercato.

Stefania Pacchi
Già Ordinario di Diritto Commerciale
nell’Università di Siena
Catedra de Excelencia UC3M-Banco Santander
Università Carlos III de Madrid

⁶⁴ F. TERRUSI, op. e loc. ult. cit.

⁶⁵ L’espressione è di S. LEUZZI, *il concordato semplificato nel prisma delle prime applicazioni*, in *Dirittodellacrisi.it*, 19 maggio 2023, 3.

⁶⁶ M. CAMPOBASSO, *Il concordato liquidatorio semplificato: ma perché il concordato preventivo non trova pace?*, in *Nuove leggi civili comm.*, 1/2022, 120; G. BOZZA, *Il ruolo del giudice nel concordato semplificato*, in *Ristrutturazioni Aziendali*, 15 gennaio 2023.

La ristrutturazione trasversale dei debiti nel concordato preventivo in continuità aziendale

LA RISTRUTTURAZIONE TRASVERSALE DEI DEBITI NEL CONCORDATO PREVENTIVO IN CONTINUITÀ AZIENDALE

Sommario: **1.** Premesse di ordine sistematico. L'approccio del concorsualista al tema della ristrutturazione trasversale: scenari e dubbi interpretativi – **2.** La ristrutturazione trasversale! Chi è costei? – **3.** Il mutamento del paradigma normativo, lo stravolgimento dei principi e delle categorie del sistema concorsuale e la regressione del principio di maggioranza nel concordato in continuità. Prime applicazioni giurisprudenziali – **4.** La maggioranza nelle classi – **5.** Maggioranza o minoranza delle classi? Esegisi dell'inciso "in mancanza" – **6.** I poteri attribuiti alla classe interessata e alla classe maltrattata ai fini dell'omologazione – **7.** Rilievi di sintesi e possibili riflessi di ordine sistematico

1. Premesse di ordine sistematico. L'approccio del concorsualista al tema della ristrutturazione trasversale: scenari e dubbi interpretativi

Il concorsualista che intenda misurarsi col negletto tema della delimitazione dell'ambito operativo della ristrutturazione trasversale dei debiti deve anzitutto non lasciarsi ingannare da due vistosi *trompe l'oeil* connessi all'interpretazione delle disposizioni normative dettate in tema di approvazione del concordato preventivo in continuità aziendale contenute negli artt. 109, quinto comma¹, e 112, secondo comma, lett. d)², CCII.

¹ L'art 109, quinto comma, CCII testualmente dispone: "Il concordato in continuità aziendale è approvato se tutte le classi votano a favore. In ciascuna classe la proposta è approvata se è raggiunta la

Nel CCII le richiamate norme costituiscono due *faux amis*, ossia due disposizioni apparentemente di semplice applicazione, che, tuttavia, all'esame attento, per l'ipotesi di ristrutturazione trasversale dei debiti nel caso di mancanza di unanimità delle classi, impongono di chiarire due ordini di problemi: il primo

maggioranza dei crediti ammessi al voto oppure, in mancanza, se hanno votato favorevolmente i due terzi dei crediti dei creditori votanti, purché abbiano votato i creditori titolari di almeno la metà del totale dei crediti della medesima classe. In caso di mancata approvazione si applica l'articolo 112, comma 2. I creditori muniti di diritto di prelazione non votano se soddisfatti in denaro, integralmente, entro centotanta giorni dall'omologazione, e purché la garanzia reale che assiste il credito ipotecario o pignoratizio resti ferma fino alla liquidazione, funzionale al loro pagamento, dei beni e diritti sui quali sussiste la causa di prelazione. Nel caso di crediti assistiti dal privilegio di cui all'articolo 2751-bis, n. 1, del codice civile, il termine di cui al quarto periodo è di trenta giorni. Se non ricorrono le condizioni di cui al primo e secondo periodo, i creditori muniti di diritto di prelazione votano e, per la parte incapiente, sono inseriti in una classe distinta".

² L'art. 112, secondo comma, lett. d), CCII testualmente dispone: "Nel concordato in continuità aziendale, se una o più classi sono dissenzienti, il tribunale, su richiesta del debitore o con il consenso del debitore in caso di proposte concorrenti, omologa altresì se ricorrono congiuntamente le seguenti condizioni: a) il valore di liquidazione è distribuito nel rispetto della graduazione delle cause legittime di prelazione; b) il valore eccedente quello di liquidazione è distribuito in modo tale che i crediti inclusi nelle classi dissenzienti ricevano complessivamente un trattamento almeno pari a quello delle classi dello stesso grado e più favorevole rispetto a quello delle classi di grado inferiore, fermo restando quanto previsto dall'articolo 84, comma 7; c) nessun creditore riceve più dell'importo del proprio credito; d) la proposta è approvata dalla maggioranza delle classi, purché almeno una sia formata da creditori titolari di diritti di prelazione, oppure, in mancanza, la proposta è approvata da almeno una classe di creditori che sarebbero almeno parzialmente soddisfatti rispettando la graduazione delle cause legittime di prelazione anche sul valore eccedente quello di liquidazione".

La ristrutturazione trasversale dei debiti nel concordato preventivo in continuità aziendale

è rappresentato dalla necessità di stabilire se per ottenere l'omologazione sia sempre necessaria l'approvazione della maggioranza delle classi, o se sia sufficiente il voto favorevole di una sola classe o di una minoranza di classi; il secondo riguarda la corretta identificazione della classe di creditori che sarebbero almeno parzialmente soddisfatti rispettando la graduazione delle cause legittime di prelazione anche sul valore eccedente quello di liquidazione, assumendo esso significativa rilevanza per l'ipotesi in cui si ritenga sufficiente il voto favorevole di una sola classe o di una minoranza di classi di creditori, atteso che il voto favorevole degli stessi sarebbe da solo sufficiente ad avviare il giudizio di omologazione³.

2. La ristrutturazione trasversale! Chi è costei?

Non sarebbe agevole fornire risposta ai suindicati interrogativi senza preventivamente delineare il significato da attribuire all'espressione "ristrutturazione trasversale dei debiti".

La ristrutturazione trasversale dei debiti (*rectius* "cross-class cramdown")⁴, introdotta nell'ordinamento interno ad opera del secondo correttivo al codice della crisi (d.lgs. n. 83/2022), con il quale è stata recepita la Direttiva *Insolvency* (direttiva UE n. 2019/1023, del 20 giugno 2019), costituisce un meccanismo per addivenire all'omologazione del concordato preventivo, in forza del quale la decisione assunta da un certo gruppo di soggetti aventi diritto su un determinato patrimonio può produrre

effetti ristrutturativi dell'esposizione debitoria complessiva, non soltanto nella classe di appartenenza, ma anche trasversalmente per i soggetti appartenenti ad altre classi aventi diritto sul medesimo patrimonio.

Il riferimento normativo è contenuto nella disciplina dettata in tema di omologazione, prevedendo l'art. 112, quarto comma, CCII che, in caso di opposizione proposta da un creditore dissenziente, la stima del complesso aziendale del debitore debba essere disposta dal tribunale solo se con l'opposizione è eccepita la violazione della convenienza di cui al terzo comma o il mancato rispetto delle condizioni di ristrutturazione trasversale di cui al secondo comma.

L'art. 112, secondo comma, CCII, disciplina i criteri di omologazione per l'ipotesi di concordato preventivo in continuità aziendale, ove è obbligatoria la predisposizione delle classi (art. 85, terzo comma, CCII), nel caso di classi dissenzienti, consentendo al tribunale, su richiesta del debitore o con il consenso del debitore in caso di proposte concorrenti, omologa altresì se ricorrono congiuntamente le seguenti condizioni: **a)** il valore di liquidazione è distribuito nel rispetto della graduazione delle cause legittime di prelazione; **b)** il valore eccedente quello di liquidazione è distribuito in modo tale che i crediti inclusi nelle classi dissenzienti ricevano complessivamente un trattamento almeno pari a quello delle classi dello stesso grado e più favorevole rispetto a quello delle classi di grado inferiore, fermo restando quanto previsto dall'art. 84, settimo comma, CCII⁵; **c)** nessun creditore ri-

³ D'ATTORRE, *Classi "interessate" e classi "maltrattate" nella ristrutturazione trasversale*, in *Diritto dellacrisi.it*, 24 maggio 2023.

⁴ Il recepimento dei principi contenuti nell'art. 11 della Direttiva *Insolvency* ha attribuito cittadinanza giuridica nell'ordinamento interno alla ristrutturazione trasversale dei debiti (c.d. "cross-class cramdown").

⁵ L'art. 84, settimo comma, CCII, testualmente dispone: "I crediti assistiti dal privilegio di cui all'articolo 2751-bis, n. 1, del codice civile sono soddisfatti, nel concordato in continuità aziendale, nel rispetto della graduazione delle cause legittime di

La ristrutturazione trasversale dei debiti nel concordato preventivo in continuità aziendale

ceve più dell'importo del proprio credito; **d**) la proposta è approvata dalla maggioranza delle classi, purché almeno una sia formata da creditori titolari di diritti di prelazione, oppure, in mancanza, la proposta è approvata da almeno una classe di creditori che sarebbero almeno parzialmente soddisfatti rispettando la graduazione delle cause legittime di prelazione anche sul valore eccedente quello di liquidazione.

A sua volta, l'art. 112, terzo comma, CCII dispone che nel concordato in continuità aziendale, se con l'opposizione un creditore dissenziente eccepisce il difetto di convenienza della proposta, il tribunale omologa il concordato quando, secondo la proposta e il piano, il credito risulta soddisfatto in misura non inferiore rispetto alla liquidazione giudiziale.

La disamina delle norme consente di qualificare giuridicamente la ristrutturazione trasversale come un istituto nell'ambito del quale, ricorrendo determinate condizioni, su proposta o con l'accordo del debitore, il piano di ristrutturazione, sebbene non approvato da tutte le classi di creditori, può essere comunque omologato dall'autorità giudiziaria, divenendo così vincolante anche per le classi dissenzienti⁶.

prelazione sul valore di liquidazione e sul valore eccedente il valore di liquidazione. La proposta e il piano assicurano altresì il rispetto di quanto previsto dall'articolo 2116, primo comma, del codice civile".

⁶ La "forzatura dell'autorità giudiziaria" ai fini dell'omologa disciplinata dall'art. 112, secondo comma CCII, non comprime i poteri di vaglio giurisdizionale in ordine alla sussistenza dei presupposti di cui al primo comma della medesima disposizione normativa, che, ferma l'eccezione, per ragioni di incompatibilità, per la verifica inerente al voto favorevole di tutte le classi del ceto creditorio, deve avere esito positivo. In dottrina: LEUZZI, *Il volto nuovo del concordato preventivo in continuità aziendale*, in *Diritto della Crisi.it*, 12 settembre 2022.

La *ratio legis* consiste nell'agevolare l'omologazione del concordato, assegnando al proponente una sorta di seconda opportunità per l'ipotesi in cui la proposta non abbia raggiunto il consenso sufficiente per essere approvata secondo le regole generali (art. 109, quinto comma, CCII), onde limitare il più possibile l'apertura della liquidazione giudiziale.

Va rimarcato che, quello delineato dalla norma, differisce dalle altre forme di *cram-down*, recepite nell'ordinamento interno⁷ e in quello internazionale⁸, essendo contraddistinto da un marcato *favor convenii* nella soluzione concordataria in continuità, in forza del quale al proponente viene finanche concessa una terza opportunità per addivenire all'omologazione, il cui buon esito è del tutto disancorato dal raggiungimento di una qualsivoglia maggioranza dei voti favorevoli per numero, importo o per classi, salvo quella all'interno della teoricamente anche unica classe assenziente.

⁷ A ben vedere il meccanismo, conosciuto con l'espressione *cram-down*, era già presente nel vecchio art. 177, primo comma, l.fall., laddove, con riferimento all'approvazione del concordato preventivo, si stabiliva che esso era approvato dai creditori che rappresentano la maggioranza dei crediti ammessi al voto, con la precisazione per la quale, nel caso in cui fossero state previste classi di creditori, l'approvazione si sarebbe ottenuta col voto favorevole nel maggior numero di classi. In dottrina sul punto è stata sottolineata l'ispirazione della soluzione dal modello del *Chapter 11* del *Bankruptcy Code* statunitense. VATTERMOLI, *Ristrutturazione trasversale dei debiti*, in *Giur. comm.*, 2023, 808.

⁸ La direttiva *insolvency* e il CCII traggono ispirazione dal sistema del *Chapter 11* del *Bankruptcy Code* statunitense, nel quale per consentire al giudice procedere al *cram-down* è necessario, da un lato che il piano presentato non discrimini i creditori in maniera illegittima (*unfairly*), e sia al tempo stesso "*fair and equitable*", dall'altro che abbia ottenuto il consenso di almeno una classe di creditori c.d. *impaired* (ossia, non soddisfatti al 100%).

La ristrutturazione trasversale dei debiti nel concordato preventivo in continuità aziendale

L'invocazione della ristrutturazione trasversale dei debiti impone il rispetto di determinate regole in punto di distribuzione del patrimonio responsabile, affinché non siano pregiudicate ingiustamente le ragioni dei creditori dissenzienti, destinatari di una sterilizzazione del proprio voto, cui si correla un controllo, *ab externo*, più pervasivo sull'attività gestoria del debitore, richiedendosi automaticamente la nomina di un professionista nel campo della ristrutturazione, costituendo il concordato in continuità, per effetto del recepimento della Direttiva *Insolvency*, un quadro di ristrutturazione preventiva⁹.

Scendendo *in medias res* occorre stabilire la portata delle condizioni a cospetto delle quali il meccanismo della ristrutturazione trasversale consente di imporre ad una o più classi dissenzienti di creditori una determinata soluzione per essi non concordata della crisi.

Quando non è stata raggiunta la maggioranza delle classi (art. 109, quinto comma, e 112, primo comma, CCII) sovviene una peculiare forma di eterotutela di classe, assicurata dalle verifiche demandate al tribunale, onde considerare come non ragionevole, ai soli fini del computo della maggioranza, abusivamente *ostruzionistica*, la mancata adesione alla proposta da parte dei creditori, sterilizzandone di fatto il voto negativo, espresso o presunto, che si affianca alla tutela individuale azionabile dal creditore dissenziente interessato.

⁹ A supporto della soluzione sovviene il Considerando n. 55, primo periodo, ove testualmente si prevede che “*Nel caso della ristrutturazione trasversale dei debiti, gli Stati membri dovrebbero assicurare che le classi dissenzienti di creditori interessati non siano ingiustamente pregiudicate dal piano proposto e gli Stati membri dovrebbero garantire loro una tutela sufficiente*”.

In primo luogo compete al tribunale verificare che il valore di liquidazione¹⁰ sia distribuito nel rispetto della graduazione delle cause legittime di prelazione (art. 112, secondo comma, lett. *a*)) e che quello eccedente il primo sia distribuito in maniera tale che i crediti inclusi nelle classi dissenzienti ricevano complessivamente un trattamento almeno pari a quello delle classi dello stesso grado più favorevole rispetto a quello delle classi di grado inferiore, salvo quanto disposto per i crediti vantati dai lavoratori dipendenti (art. 112, secondo comma, lett. *b*)), per i quali la regola del rispetto delle cause legittime di prelazione opera anche su quest'ultima componente del valore dell'impresa¹¹.

¹⁰ È stato osservato che il “valore di liquidazione” stimato nel piano (art. 87, primo comma 1, lett. *c*), CCII) coincide con quello che sarebbe distribuito ai creditori in caso di apertura della procedura di liquidazione giudiziale. Più in particolare, esso non coincide con la mera sommatoria dei valori di mercato dei beni del patrimonio, ben potendo essere incrementato dall'avviamento generato dai *cash-flow* positivi dell'azienda o dal ramo di azienda in continuità e dalle utilità economiche rinvenibili dall'esercizio delle azioni di massa. Sebbene non espressamente richiesto dalla norma il valore eccedente quello di liquidazione deve essere necessariamente stimato dal proponente al momento della presentazione dell'istanza di ammissione, essendo tale valutazione funzionale al corretto “confezionamento” della proposta. Esso deriva dalla previsione dei flussi in entrata e in uscita, legati alla continuità aziendale, nel periodo di durata del piano concordatario e può essere calcolato, altresì, sottraendo dal fabbisogno concordatario, come questo risulta dagli obblighi assunti dal proponente, il valore di liquidazione del patrimonio, come prima definito. VAT-TERMOLI, *Ristrutturazione trasversale dei debiti*, in *Giur. comm.*, 2023, 811.

¹¹ Va rimarcato che nel caso vi sia un unico creditore che sia titolare di crediti in misura superiore alla maggioranza dei crediti ammessi al voto, il concordato sarebbe approvato se, oltre alla maggioranza di cui al primo periodo, abbia riportato la maggioranza per teste dei voti espressi dai creditori ammessi al voto.

La ristrutturazione trasversale dei debiti nel concordato preventivo in continuità aziendale

Si configura un regime di responsabilità patrimoniale del debitore a geometria variabile, fondato sulla scissione del valore della massa attiva, della quale la componente prospettica, eccedente il valore di liquidazione, viene svincolata dall'operare dell'ordine delle cause legittime di prelazione, nella specie sostituito da un diverso meccanismo di distribuzione (*ex ante*, al momento della nascita del credito), il quale impone soltanto che la classe di creditori *senior* riceva un trattamento più favorevole – senza, peraltro, che venga specificata l'entità del trattamento migliorativo – rispetto a quello previsto per la classe di creditori *junior*, potendosi affermare che mentre rispetto al valore di liquidazione del patrimonio del debitore opera la regola della priorità assoluta (*absolute priority rule*)¹², per la por-

zione del valore del patrimonio che eccede quello di liquidazione (c.d. *surplus* concordatario) opera la regola della priorità relativa (*relative priority rule*)¹³.

creditors, nessun soddisfacimento può essere previsto per gli junior creditors né, tanto meno, per gli equityholders, salvo vi sia un consenso espresso (attraverso l'accettazione del piano) da parte dei primi. È questa la c.d. absolute priority rule. La regola tenta dunque di replicare, all'interno della procedura di riorganizzazione, il meccanismo di distribuzione della massa attiva utilizzato in caso di liquidazione dell'impresa in crisi [§724(b)]: meccanismo, quest'ultimo, che tiene conto, da un lato, delle cause legittime di prelazione e, dall'altro, degli accordi di subordinazione e della mandatory subordination e nel quale i creditori di pari rango vengono soddisfatti secondo la regola della proporzionalità". Nella letteratura internazionale sulla *absolute priority rule* si vedano: GEORGAKOPOULOS, *New Value, After LaSalle*, in 20 *Bankr. Dev. J.*, 2003, 4: "The effect of the rule is to block plans that would violate the satisfaction of creditors by rank of seniority"; e, dunque, "Creditors can attack distributions of value to claimants junior to them"; PEEPLES, *Staying In: Chapter 11, Close Corporations and the Absolute Priority Rule*, in 63 *Am. Bankr. L.J.*, 1989, 72 ss.; BAIRD, *Present at the Creation: The Sec and the Origins of the Absolute Priority Rule*, in 18 *Am. Bankr. L. Rev.*, 2010, 591 ss.; LUBBEN, *The Overstated Absolute Priority Rule*, in 21 *Fordham J. Corp. & Fin. L.*, 2016, 581 ss.

¹³ Sulla regola della priorità relativa si vedano: PERRINO, "Relative priority rule" e diritti dei soci nel concordato preventivo in continuità, in *Dirittodellacrisi.it*, 12 dicembre 2022, 22; D'ATTORRE, *Le regole di distribuzione del valore*, in *Il fallimento*, 2022, 1223 ss.; D'ATTORRE, *La distribuzione del patrimonio del debitore tra absolute priority rule e relative priority rule*, in *Il fallimento*, 2020, 1072; GALLETTI, *Regole di priorità e distribuzione del plusvalore concordatario: due passi indietro ed un'occasione importante perduta*, in *Il Fallimentarista*, 6 aprile 2022; INZITARI, *Le mobili frontiere della responsabilità patrimoniale: distribuzione del valore tra creditori e soci nel concordato in continuità secondo la negozialità concorsuale del codice della crisi*, in *Dirittodellacrisi.it*, 27 febbraio 2023, in part., 49 ss.; LEUZZI, *Il volto nuovo del concordato preventivo in continuità aziendale*, in *Dirittodellacrisi.it*, 22 settembre 2022, 18 ss.; PEZZANO e RATTI, *Le regole di distribuzione*, in *Dirittodella-*

¹² Per una descrizione della "*absolute priority rule*" nel sistema statunitense, sia consentito riportare le parole VATTERMOLI, *Ristrutturazione trasversale dei debiti*, in *Giur. comm.*, 2023, 811, nota 11, laddove l'autore afferma "Nel sistema statunitense, il piano presentato dal debtor in possession (o, scaduto il periodo di "esclusiva", da qualsiasi altro interessato) ottiene la confirmation da parte della corte fallimentare quando tutte le classi in cui sono suddivisi i creditori accettano la proposta; oppure, attraverso il meccanismo del c.d. cram-down, che richiede, per un verso, che il piano presentato non discrimini i creditori in maniera illegittima (unfairly) e sia al tempo stesso fair and equitable; e, per altro verso, abbia ottenuto il consenso di almeno una classe di creditori c.d. impaired (ossia, non soddisfatti al 100%). Tra le condizioni poste positivamente dalla legge affinché un piano possa essere considerato fair and equitable, v'è quella in base alla quale [o i creditori appartenenti alla classe dissenziente ricevono l'intero ammontare del credito ammesso alla procedura (ipotesi decisamente rara), oppure] i titolari di crediti o quote di capitale proprio che occupano, rispetto agli appartenenti alla classe dissenziente, una posizione subordinata nell'ordine gerarchico di distribuzione non ricevono alcunché. Ciò significa, dal punto di vista teorico, che se il valore del patrimonio responsabile non è tale da coprire per intero l'ammontare dei crediti vantati dai senior

La ristrutturazione trasversale dei debiti nel concordato preventivo in continuità aziendale

Il tribunale deve poi verificare che ai creditori non vengano attribuite utilità di valore tali da superare l'importo del credito vantato (art. 112, secondo comma, lett. c), non potendo il sistema distributivo del patrimonio tra i creditori giammai produrre una ristrutturazione migliorativa della condizione originaria in cui versava il creditore.

Infine, compete al tribunale verificare il raggiungimento di una delle due maggioranze alternative di cui all'art. 112, secondo comma, lett. d), CCII: la prima maggioranza, contemplata nel primo inciso della disposizione normativa, ove viene previsto che la proposta deve essere approvata dalla maggioranza delle classi, purché almeno una sia formata da creditori titolari di diritti di prelazione; la seconda sovviene nel caso in cui non dovesse essere raggiunta la prima, prevedendo la norma la possibilità di addivenire all'omologazione, purché la proposta sia approvata da almeno una classe di creditori che sarebbero almeno parzialmente soddisfatti rispettando la graduazione delle cause legittime di prelazione anche sul valore eccedente quello di liquidazione.

In pratica le valutazioni operate dal legislatore europeo, prima, e nazionale, poi, devono

essere ripartite distinguendo ciascuna singola maggioranza alternativa.

Con riferimento alla prima è stata considerata la fattispecie per la quale se una classe di privilegiati vota, è perché i creditori che la compongono risultano danneggiati, nonostante vantino una causa di prelazione. In tale ipotesi se votano favorevolmente, è possibile logicamente ritenere che la proposta, da un lato risulta essere più conveniente rispetto all'alternativa liquidatoria, dall'altro non discrimina illegittimamente gli altri creditori. Ciò anche in ragione del fatto che la proposta viene approvata da creditori di rango superiore rispetto ai chirografari, che in linea teorica sarebbero destinatari di maggiori perdite per effetto dell'applicazione della *relative priority rule*.

In relazione alla seconda si è al cospetto di una maggioranza "sintetica" o "non-maggioranza", venendo meno, oltre alla maggioranza calcolata sul totale dei crediti ammessi al voto, anche quella calcolata sulle classi in cui sono divisi i creditori¹⁴.

crisi.it, 6 settembre 2022; MACAGNO, *La distribuzione di valore tra regole di priorità assoluta e relativa. Il plusvalore da continuità*, in *Dirittodellacrisi.it*, 6 aprile 2022; LENER, *Considerazioni intorno al plusvalore da continuità e alla "distribuzione" del patrimonio (tra regole di priorità assoluta e regole di priorità relativa)*, in *Dirittodellacrisi.it*, 25 febbraio 2022; PACCHI, *Par condicio e relative priority rule. Molto da tempo è mutato nella disciplina della crisi d'impresa*, in *Dirittodellacrisi.it*, 26 gennaio 2022; BALLERINI, *La distribuzione del (plus)valore ricavabile dal piano di ristrutturazione nella direttiva (UE) 2019/1023 e l'alternativa fra absolute priority rule e relative priority rule*, in *Riv. dir. comm.*, 2021, I, 367 ss.

¹⁴ La soluzione conferma la volontà del nostro legislatore di agevolare al massimo l'omologazione del concordato in continuità, a tal fine sfruttando lo spazio lasciato sul punto dalla direttiva, la quale, lungi dall'imporre tale soluzione, consentiva di aumentare il numero di classi assenzienti necessarie per giungere alla omologazione. E difatti, il Considerando n. 54 dispone: "*Qualora una maggioranza delle classi non sostenga il piano di ristrutturazione, dovrebbe essere possibile che il piano possa comunque essere omologato da almeno una classe di creditori interessati o che subiscono un pregiudizio che, in base a una valutazione del debitore in regime di continuità aziendale, riceveranno pagamenti o manterranno interessi o, se previsto dal diritto nazionale, si possa ragionevolmente presumere che ricevano pagamenti o mantengano interessi se fosse applicato l'ordine delle cause legittime di prelazione previsto dal diritto nazionale in caso di liquidazione. In tal caso, gli Stati membri dovrebbero poter aumentare il numero delle classi necessarie per l'approvazione del piano, senza necessariamente imporre che tutte queste*

La ristrutturazione trasversale dei debiti nel concordato preventivo in continuità aziendale

Sussiste, tuttavia, la necessità di individuare i creditori che compongono la classe il cui voto favorevole è sufficiente per addivenire all'omologa della proposta, non potendo essi coincidere tanto con quelli, privilegiati o chirografari, che otterrebbero un soddisfacimento integrale in sede di distribuzione del valore di liquidazione, quanto con quelli che, seppure votanti, siccome destinatari di un soddisfacimento parziale, qualora si applicasse l'*absolute priority rule* sull'intero valore del patrimonio del debitore, non sarebbero soddisfatti né sul valore di liquidazione, né su quello eccedente, oppure lo sarebbero, ma solo su quello generato dalla continuità aziendale.

Se ne deduce che la norma sembrerebbe essere stata strutturata con l'intento di sterilizzare, ai fini dell'omologazione, il voto di quei creditori che sono particolarmente interessati (c.d. "iperinteressati") al buon esito della proposta concordataria, perché destinatari di un trattamento di favore legato, in via diretta, alla continuità aziendale e, indirettamente, all'operare della *relative priority rule*.

In sintesi si deve ritenere che nella maggioranza per classi si devono computare anche i creditori iperinteressati alla proposta, ma tra le classi che votano a favore ce ne deve essere almeno una formata da privilegiati, laddove nella maggioranza "sintetica" (o "non maggioranza"), invece, non è richiesta alcuna

maggioranza aggiuntiva, oltre quella all'interno della classe di creditori danneggiati in senso stretto¹⁵.

3. Il mutamento del paradigma normativo, lo stravolgimento dei principi e delle categorie del sistema concorsuale e la regressione del principio di maggioranza nel concordato in continuità. Prime applicazioni giurisprudenziali

Delineate le caratteristiche della ristrutturazione trasversale non ci si può esimere dal rilevare che il legislatore ha attuato un vero e proprio mutamento di paradigma nell'ordinamento del diritto della crisi, idoneo a travolgere non solo le norme di dettaglio, ma anche i principi e le categorie fondanti il pregresso sistema concorsuale.

Il riferimento è alla regressione del principio di maggioranza in favore di un inedito principio di minoranza¹⁶, che, ponendo in di-

¹⁵ VATTERMOLI, *Ristrutturazione trasversale dei debiti*, in *Giur. comm.*, 2023, 818.

¹⁶ Per approfondimenti sul principio di maggioranza nel sistema anteriore e successivo alla riforma della normativa concorsuale si vedano: BARASSI, *Il principio maggioritario nel diritto privato*, in *Studi in onore di A. Ascoli*, Messina, 1931; CONFORTINI, *Interesse di classe e autonomia concorsuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1223 ss.; CONFORTINI, *Interesse di classe e autonomia concorsuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1223 ss.; D'ATTORRE, *Il conflitto d'interessi fra creditori nei concordati*, in *Giur. comm.*, 2010, I, 392 ss.; D'ATTORRE, Art. 177, in *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Torino, 2014, 303 ss.; D'ATTORRE, *La ristrutturazione "coattiva" dei debiti fiscali e contributivi negli adr e nel concordato preventivo*, in *Il fallimento*, 2021, 164 ss.; DI MARZIO, *Il diritto negoziale della crisi d'impresa*, Milano, 2011, 246 ss.; GALGANO, *Note sull'organizzazione collegiale dei creditori concorsuali*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, II, 257; GALGANO, *Il principio di maggioranza nelle società personali*, Padova, 1960; GALGANO, *Principio di maggioranza*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, 547 ss.;

classi, in base a una valutazione del debitore in regime di continuità aziendale, debbano ricevere un pagamento o mantenere un interesse a norma del diritto nazionale. Tuttavia, gli Stati membri non dovrebbero esigere il consenso di tutte le classi. Conseguentemente, qualora vi siano solo due classi di creditori, il consenso di almeno una classe dovrebbe essere ritenuto sufficiente, se sono soddisfatte le altre condizioni per l'applicazione del meccanismo di ristrutturazione trasversale dei debiti. Per pregiudizio del creditore si intende la riduzione del valore dei suoi crediti".

La ristrutturazione trasversale dei debiti nel concordato preventivo in continuità aziendale

scussione finanche la natura negoziale del concordato in continuità aziendale¹⁷, impone di delinearne i limiti applicativi proprio sulla base delle regole che ne governano l'approvazione.

L'indagine si impone, tenuto conto delle prime pronunce della giurisprudenza di merito in sede di omologa di concordati preventivi finalizzati a consentire la risoluzione della crisi con continuazione dell'attività di impresa, assumendo le statuizioni significativa rilevanza nel completamento dei repertori (si sarebbe detto in tempo) successivi all'entrata in vigore del Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza.

Il Tribunale di Bergamo, con sentenza dell'11 aprile 2023, ha statuito che “*In tema*

di concordato preventivo in continuità aziendale, in mancanza di approvazione dei creditori, il Tribunale può omologare lo strumento solo in quanto appuri il ricorso congiunto delle quattro condizioni declinate dall'art. 112, comma 2, CCII. In particolare la condizione di cui alla lettera d) della norma sussiste, secondo una lettura conforme al diritto unionale (art. 11 Dir. EU 2019/1023), qualora il concordato sia stato approvato dalla maggioranza delle classi, oppure, alternativamente, abbia conseguito il voto favorevole pure di una sola classe di voto che nel concordato medesimo riceva però un trattamento meno vantaggioso, quindi peggiorativo, rispetto a quello che otterrebbe nel contesto eventuale della liquidazione giudiziale”.

Il Tribunale di Napoli, con la sentenza del 22 febbraio 2024, ha chiarito che “*Nell'ambito della procedura di concordato preventivo di gruppo in continuità aziendale, la facoltà del Tribunale di omologare la proposta presentata dal debitore, anche in presenza di una o più classi contrarie, nel caso in cui sussistano congiuntamente i presupposti di cui all'art. 112, comma 2, CCII, trova origine nell'art. 11 della Dir. (UE) 2019/1023 (c.d. Direttiva Insolvency). In particolare, tale ultima disposizione prevede la ristrutturazione trasversale dei debiti e impone l'accettazione della proposta anche alle classi dei creditori che la hanno respinta, non approvandola con il proprio voto. Alla luce di ciò, il piano può essere omologato grazie alla forzatura dell'autorità giudiziaria, verificata la presenza predetti presupposti, essenziali per consentire l'omologa ex lege”.*

Il Tribunale di Bari, nella sentenza dell'8 aprile 2024, ha precisato che “*In tema di ristrutturazione trasversale ai sensi dell'art. 112, comma 2, codice della crisi d'impresa,*

GALGANO, *La forza del numero e la legge della ragione*, Bologna, 2007; FABIANI, *Brevi riflessioni su omogeneità degli interessi ed obbligatorietà delle classi nei concordati*, in *Il fallimento*, 2009, 437 ss.; FABIANI, *Dalla votazione al voto nel concordato fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2011, I, 578 ss.; JAEGER, “*Par condicio creditorum*”, in *Giur. comm.*, 1984, I, 88 ss.; D'ALESSANDRO, *Sui poteri della maggioranza del ceto creditorio e su alcuni loro limiti*, in *Il fallimento*, 1990, 189 ss.; MASSELLA DUCCI TERI, *I poteri della maggioranza nel concordato preventivo alla luce del codice della crisi tra proprietà e gestione*, in *Corr. giur.*, 2020, 389 ss.; MIGLIORINO, *Mysteria concursus. Itinerari premoderni del diritto commerciale*, Milano, 1999, 153 ss.; NUZZO, *Il conflitto di interessi dei creditori nei concordati*, Milano, 2019, 169 ss.; RUFFINI, *Il principio maggioritario. Profilo storico*, Torino, 1927; SACCHI, *Il principio di maggioranza nel concordato e nell'amministrazione controllata*, Milano, 1984, passim e spec. 261 ss.; SACCHI, *Dai soci di minoranza ai creditori di minoranza*, in *Il fallimento*, 2009, 1062 ss.; SACCHI, *Concordato preventivo, conflitto di interessi fra creditori e sindacato dell'autorità giudiziaria*, in *Il fallimento*, 2009, 32; TAMPONI, *Principio di maggioranza, legittimazione del potere e autonomia privata*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 1313 ss.; VENDITTI, *Collegialità e maggioranza nelle società di persone*, Napoli, 1955

¹⁷ D'ATTORRE, *Dal principio di maggioranza al principio di minoranza*, in *Il Fallimento*, 2023, 309.

La ristrutturazione trasversale dei debiti nel concordato preventivo in continuità aziendale

*l'assenza di un valore eccedente la liquidazione (c.d. surplus concordatario) non può ritenersi ostativa alla possibilità di omologazione, posto che la disposizione in esame impone la condizione concorrente della distribuzione di tale valore secondo i criteri ivi indicati, ove esistente, ma non impone l'effettiva distribuzione di tale risorsa aggiuntiva a pena di inammissibilità, ove non disponibile*¹⁸.

4. La maggioranza nelle classi

Il calcolo delle maggioranze all'interno delle singole classi non presenta profili problematici, essendo agevole l'applicazione del disposto dell'art. 109, quinto comma, CCII, a tenore del quale la proposta concordataria si considera approvata preliminarmente, in applicazione del criterio principale, quando in ciascuna classe è stata raggiunta la maggioranza assoluta dei crediti con diritto di voto o, in mancanza, sulla base di un criterio sussidiario, quando abbiano votato i creditori titolari di almeno la metà dei crediti della medesima classe (*quorum costitutivo*) e sia stato espresso il voto favorevole di almeno i due terzi dei crediti dei creditori votanti (*quorum deliberativo*).

È evidente il *favor legis* per la soluzione concordataria in continuità che, in ragione del funzionamento del criterio sussidiario, che opera nel rispetto del principio di maggioranza nella singola classe, tenuto conto del valore dei crediti, non già dei creditori votanti, evita che il disinteresse dei creditori possa nuocere

al proponente, agevolando il conseguimento della maggioranza nelle classi, dovendosi, peraltro precisare che in ciascuna classe anche un singolo voto favorevole della maggioranza dei crediti dei creditori votanti, anche se essi rappresentano una minoranza dei crediti complessivamente ammessi al voto¹⁹ comporterebbe l'approvazione della proposta concordataria.

5. Maggioranza o minoranza delle classi? Esegesi dell'inciso "in mancanza"

Occorre stabilire quali siano le conseguenze scaturenti dal mancato raggiungimento della maggioranza delle classi (art. 109, comma quinto, CCII) obbligatorie nell'ambito di un concordato preventivo in continuità, quando sia stata richiesta al tribunale, dal debitore o con il suo consenso in caso di proposte concorrenti, la ristrutturazione trasversale.

E difatti, considerando il tenore letterale dell'art. 112, secondo comma, CCII, si impone di stabilire se nel caso *de quo* per avviare il giudizio di omologazione sia sempre necessaria l'approvazione della maggioranza delle classi, o diversamente il voto favorevole di una sola classe o di una minoranza di classi.

Sulla questione sono state fornite due opposte soluzioni interpretative.

È stata ritenuta necessaria l'approvazione della maggioranza delle classi alla condizione che almeno una di esse sia composta da creditori titolari di diritti di prelazione o da creditori c.d. "*in the money*", che sarebbero almeno parzialmente soddisfatti rispettando la graduazione delle cause legittime di prelazione

¹⁸ Nella fattispecie affrontata il tribunale ha proceduto ad omologare mediante il meccanismo della ristrutturazione trasversale un concordato preventivo in cui vi era un piano di ristrutturazione in continuità indiretta e, quindi, in assenza di ogni valore eccedente quello di liquidazione.

¹⁹ D'ATTORRE, *Manuale di diritto della crisi e dell'insolvenza*, Torino, 2022, 148; BOZZA, *Le maggioranze per l'approvazione della proposta concordataria*, in *Dirittodellacrisi.it*, 3 agosto 2022, 28.

La ristrutturazione trasversale dei debiti nel concordato preventivo in continuità aziendale

anche sul valore eccedente quello di liquidazione²⁰.

In senso diametralmente opposto si è ritenuto che il giudizio di omologazione possa essere avviato all'esito del voto favorevole di una sola classe o, comunque, di una minoranza di classi formate da creditori che sarebbero almeno parzialmente soddisfatti, rispettando la graduazione delle cause legittime di prelazione, anche sul valore eccedente quello di liquidazione²¹.

Va rimarcato che, non essendo prevista una doppia maggioranza per crediti e classi, in entrambi i casi, ove si ponga mente alle tecniche di formazione delle classi, il concordato in continuità potrebbe essere approvato col voto favorevole solo di una minoranza dei crediti complessivamente ammessi al voto e finanche di una minoranza dei crediti votanti.

Potrebbe accadere che il proponente abbia formato diverse classi, ciascuna con un diverso ammontare di crediti, distinguendole in

funzione prospettica del voto con attribuzione alla classe favorevole di un importo minore rispetto a quello attribuito alla classe sfavorevole, generando un contesto processuale nell'ambito del quale il voto favorevole della maggioranza delle classi non corrisponda al voto favorevole della maggioranza dei crediti complessivamente ammessi al voto o dei crediti votanti. In tal caso la proposta potrebbe essere approvata con la maggioranza delle classi, i cui voti rappresenterebbero solo una minoranza dei crediti ammessi al voto e dei creditori votanti.

Non diverse le conclusioni cui si perverrebbe allorquando nelle classi favorevoli la maggioranza sia stata raggiunta con uno scarto ridotto, mentre in quelle sfavorevoli all'approvazione la maggioranza abbia conseguito un ampio margine.

In senso opposto, per l'ipotesi in cui si ritenga sufficiente ai fini dell'approvazione il voto positivo di una minoranza di classi, la proposta potrebbe ottenere il voto favorevole della maggioranza dei crediti complessivamente ammessi al voto o anche solo dei crediti votanti anche in mancanza della maggioranza delle classi.

Quelli appena descritti costituiscono gli effetti consequenziali alla mancata previsione normativa della doppia maggioranza per classi e credito, dovendosi rimarcare essere possibile il disallineamento tra le stesse, idoneo a generare la sussistenza, non solo di una maggioranza di classi favorevoli con minoranza di crediti ammessi al voto favorevoli o di crediti votanti favorevoli, ma anche di una minoranza di classi favorevoli con maggioranza di crediti ammessi al voto favorevoli o di crediti votanti favorevoli.

Tanto poiché l'art. 112, comma secondo, lett. d), CCII, ai fini del calcolo per l'appro-

²⁰ CAMPOBASSO, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2023, 657-658; CAMPOBASSO, *La posizione dei soci nel concordato preventivo della società*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2023, 184 (nota 23) (qui l'Autore si esprime in forma dubitativa); FICHERA, *Il giudizio di omologazione nei concordati liquidatori e in continuità aziendale*, in *Dirittodellacrisi.it*, 1° novembre 2022, 11; BINELLI, *L'omologazione del concordato in continuità non approvato*, in *Dirittodellacrisi.it*, 27 dicembre 2022, 15.

²¹ D'ATTORRE, *Dal principio di maggioranza al principio di minoranza*, in *Il fallimento*, 2023, 306 ss.; D'ATTORRE, *Manuale di Diritto della crisi e dell'insolvenza*, Torino, 2022, 148-149; FABIANI, *Il diritto diseguale nella concorsualità concordataria postmoderna*, in *Il fallimento*, 2022, 1489; LEUZZI, *L'omologazione del concordato preventivo in continuità*, in *Dirittodellacrisi.it*, 16 febbraio 2023, 24; BOZZA, *Le maggioranze per l'approvazione della proposta concordataria*, in *Dirittodellacrisi.it*, 3 agosto 2022, 32; ROSSI, *I soci nella regolazione della crisi della società debitrice*, in *Le società*, 2022, 957. In questo senso anche il primo precedente edito: Trib. Bergamo, 11 aprile 2023, in *Dirittodellacrisi.it*.

La ristrutturazione trasversale dei debiti nel concordato preventivo in continuità aziendale

vazione della proposta, attribuisce valore unicamente al calcolo della maggioranza nel voto delle singole classi, non già a quello dei crediti complessivamente ammessi al voto o votanti.

Si impone, quindi, di verificare se il principio maggioritario operi con riferimento al numero delle classi, essendo possibile svolgere le seguenti considerazioni sul dato testuale dell'art. 112, comma secondo, lett. d), CCII, tenuto conto della genesi che la norma ha avuto nella fase del recepimento delle Direttiva *Insolvency*²², segnatamente chiedendosi quale sia la portata applicativa della locuzione “*in mancanza*”.

È stato osservato che detta locuzione, precedendo il riferimento alla possibilità che la proposta possa essere approvata “*da almeno una classe di creditori che sarebbero almeno parzialmente soddisfatti rispettando la graduazione delle cause legittime di prelazione anche sul valore eccedente quello di*

liquidazione”, debba essere riferita non alla sussistenza di una classe favorevole formata da creditori titolari di diritti di prelazione, quanto, piuttosto, alla maggioranza delle classi, con la conseguenza per la quale, venendo in rilievo l'approvazione da parte di almeno una classe di creditori solo in via succedanea alla mancanza del voto favorevole nella maggioranza delle classi, il giudizio di omologazione potrà essere avviato col voto favorevole di una minoranza di classi, o anche di una sola di esse²³.

²² Per una ricostruzione del quadro comparativo, considerato utile per individuare gli “indici interpretativi” della norma di cui all'art. 112, comma 2, lett. d), CCII, che, lo si rimarca, costituisce l'attuazione domestica della regola del *cross-class cram down* previsto dalla Dir. UE 1023/2019, che, a sua volta, trae ispirazione dal *Chapter 11* statunitense, si veda: D'ATTORRE, *Dal principio di maggioranza al principio di minoranza*, in *Il fallimento*, 2023, 304 ss., ove l'autore fornisce una limpida e completa ricostruzione del quadro comparativo, attraverso la disamina dell'*US Bankruptcy* nel *Chapter 11*, e, partendo dal contenuto degli artt. 9, paragrafo 6, e 11, comma primo, della Direttiva *Insolvency* (Dir. UE 1023/2019), si sofferma ad analizzare le differenti modalità di recepimento nei sistemi giuridici spagnolo, Tedesco e dei Paesi Bassi. Sull'uso della comparazione giuridica come strumento per l'interpretazione del diritto interno, specialmente in relazione agli istituti provenienti da altri sistemi, si vedano: PORTALE, *Il diritto societario tra diritto comparato e diritto straniero*, in *Riv. Società*, 2013, 325 ss.; CARIELLO, *Comparazioni e interpretazione*, Torino, 2020.

²³ D'ATTORRE, *Classi “interessate” e classi “maltrattate” nella ristrutturazione trasversale*, in *Diritto dellacrisi.it*, 24 maggio 2023, ove l'autore, a fondamento della soluzione interpretativa testualmente osserva: “*Questa opzione ermeneutica, già dotata di maggiore persuasività sulla base della sola lettura della norma, si impone con ancora maggiore evidenza se si tiene conto che l'art. 112, comma 2, lett. d), CCII costituisce attuazione della Direttiva UE 1023/2019, e precisamente dell'art. 11, comma 1, lett. b), Direttiva UE 1023/2019. Quest'ultima norma dispone che, ai fini della ristrutturazione trasversale sia necessario che il piano sia stato approvato “i) dalla maggioranza delle classi di voto di parti interessate...; oppure, in mancanza, ii) da almeno una delle classi di voto di parti interessate...”.* Qui, l'uso del punto e virgola prima della locuzione “*in mancanza*” rende certo ed inconfutabile che la previsione di cui al romanino (ii) (ossia, approvazione di almeno una classe) sia alternativa rispetto alla previsione di cui all'intero romanino (i) (ossia, approvazione da parte della maggioranza delle classi), come peraltro esplicitato anche dal considerando n. 54. Anche senza voler richiamare il canone ermeneutico dell'obbligo di interpretazione conforme al diritto UE, che già di per sé sarebbe dirimente, la chiara similitudine tra la struttura ed il testo dell'art. 112, comma 2, lett. d), CCII (“la proposta è approvata dalla maggioranza delle classi ..., oppure, in mancanza, la proposta è approvata da almeno una classe ...”) e quella dell'art. 11, comma 1, lett. b), Direttiva UE 1023/2019 (“è stato approvato i) dalla maggioranza delle classi di voto di parti interessate, ...; oppure, in mancanza, ii) da almeno una delle classi di voto di parti interessate ...”) impone un analogo approdo interpretativo, che non può che essere quello della possibilità di approvare la proposta anche

La ristrutturazione trasversale dei debiti nel concordato preventivo in continuità aziendale

con il voto favorevole di una sola classe, o comunque di una minoranza di classi. D'altra parte, quando i legislatori nazionali hanno utilizzato la facoltà concessa dalla medesima Direttiva UE 1023/2019 di prevedere una regola più rigida attraverso l'introduzione dell'obbligo dell'approvazione da parte della maggioranza delle classi, lo hanno fatto in modo chiaro, come dimostra l'esempio dello StaRUG in Germania, dove, senza incertezze o subordinate, si pone la necessità del voto favorevole della maggioranza ("Mehrheit") delle classi (art. 26 Abs. 1 Nr. 3. StaRUG). Se davvero il legislatore italiano avesse voluto discostarsi dalla regola base prevista dalla Direttiva UE 1023/2019, lo avrebbe dovuto fare in modo inequivocabile, così che anche laddove si ritengano plausibili opposte interpretazioni del dato letterale, la prevalenza deve andare verso l'opzione conforme alla soluzione base prevista dal diritto UE. A definitiva conferma della conclusione raggiunta si pone un ulteriore e non superabile argomento. La Direttiva UE 1023/2019 consente agli Stati membri di "poter aumentare il numero delle classi necessarie per l'approvazione del piano", ma pone un limite a questo incremento. Infatti, nel Considerando n. 54 si precisa che "gli Stati membri non dovrebbero esigere il consenso di tutte le classi necessarie per l'approvazione del piano. Conseguentemente, qualora vi siano solo due classi di creditori, il consenso di almeno una classe dovrebbe essere ritenuto sufficiente, se sono soddisfatte le altre condizioni per l'applicazione del meccanismo di ristrutturazione trasversale dei debiti". Proprio in applicazione di questo limite, lo StaRUG tedesco, pur ribadendo la regola della maggioranza delle classi, stabilisce espressamente che, laddove vi siano solo due classi, è sufficiente l'approvazione di una sola classe, a condizione che non sia formata da soci o da creditori postergati (§ 26 Abs. 1 Nr. 3 StaRUG). Ora, laddove si aderisca per ipotesi alla tesi secondo cui la formulazione letterale dell'art. 112, comma 2, lett. d), CCII impone sempre l'approvazione della maggioranza delle classi, si dovrebbe coerentemente affermare la vigenza di questa regola anche nell'ipotesi in cui vi siano due sole classi di votanti, con la conseguenza per cui sarebbe in tale ipotesi richiesta l'unanimità delle classi votanti; il che non è in alcun modo consentito dalla Direttiva UE 1023/2019, che non permette agli Stati membri di esigere il consenso di tutte le classi. Tutti i canoni ermeneutici convergono, quindi, nel confermare l'interpretazione secondo cui nel concordato in continuità aziendale per giungere all'omologazione non è necessario il voto favorevole della maggioranza

Non si tratta di soluzione ermeneutica esente da obiezioni.

Si potrebbero, infatti, osservare che l'attribuzione del potere di consentire l'ammissione al giudizio di omologazione alla minoranza darebbe luogo ad un'ipotesi di abuso in danno della maggioranza dissenziente dei crediti.

L'obiezione sarebbe destinata a cadere ove si considerino le tutele che il sistema delinea non solo sotto il profilo individuale, essendo necessario sempre il rispetto dell'assenza di pregiudizio (art. 112, terzo comma, CCII), ma anche in relazione a quello collettivo della classe, trovando applicazione le disposizioni imperative dettate in tema di distribuzione del valore nel caso di classi dissenzienti (art. 112, terzo comma, CCII)²⁴.

Si potrebbe affermare essersi al cospetto di una fattispecie di approvazione connotata dalla sostanziale irrilevanza del voto dei creditori, potendo il concordato essere avviato nella fase dell'omologazione col solo voto di una minoranza di classi, in ipotesi, anche di importo limitato rispetto a quello della maggio-

delle classi, ma è sufficiente il voto favorevole di una sola classe o comunque di una minoranza di classi, purché si tratti di classe formata da creditori che sarebbero almeno parzialmente soddisfatti rispettando la graduazione delle cause di legittime prelazione anche sul valore eccedente quello di liquidazione". D'ATTORRE, *Dal principio di maggioranza al principio di minoranza*, in *Il fallimento*, 2023, 308 ss.

²⁴ D'ATTORRE, *Le regole di distribuzione del valore*, in *Il fallimento*, 2022, 1223 ss.; BALLERINI, *Le ricadute di diritto italiano della regola di non discriminazione della Direttiva Restructuring*, in *Giur. comm.*, 2021, I, 967 ss.; DONATI, *Crisi d'impresa e diritto di proprietà. Dalla responsabilità patrimoniale all'assenza di pregiudizio*, in *Riv. Società*, 2020, 164 ss.

La ristrutturazione trasversale dei debiti nel concordato preventivo in continuità aziendale

ranza di altre classi con crediti di valore superiore²⁵.

Tuttavia, l'obiezione non sarebbe idonea a superare la soluzione ermeneutica preferita (*rectius* voto favorevole di una minoranza di classi, o anche di una sola di esse), dovendosi rilevare che, essendo possibile che l'ammontare dei crediti inclusi in ciascuna classe sia differente, si potrebbe verificare la situazione per la quale anche al voto favorevole della maggioranza delle classi non corrisponda il voto favorevole della maggioranza dei crediti ammessi al voto o dei crediti votanti, potendosi, infatti, determinare una maggioranza di classi favorevoli a fronte di una minoranza di voti favorevoli di crediti complessivamente ammessi al voto o votanti.

Detta possibilità rappresenta il riflesso della scelta, operata dal legislatore nei concordati con continuità aziendale, di regredire il requisito del voto favorevole della maggioranza dei crediti complessivamente ammessi al voto, in favore della minoranza.

Sotto ulteriore profilo potrebbe essere invocata la difficoltà di individuare il fondamento al preferito principio della minoranza, rilevandosi come esso incida in senso negativo sul principio dell'autonomia privata dei creditori dissenzienti, trovandosi essi a subire una modifica della percentuale o delle modalità di soddisfazione delle proprie ragioni credi-

torie contro e indipendentemente la propria volontà.

Invero, la giustificazione del principio di minoranza deve essere individuata proprio nella nuova e diversa funzione che la votazione dei creditori assume nel concordato in continuità aziendale come novellato nel sistema delle procedure concorsuali.

E difatti, preso atto della possibilità di poter avviare il giudizio di omologazione col voto favorevole di una minoranza di classi o anche di una sola classe, è possibile desumere che il voto dei creditori non è più finalizzato alla mera approvazione della proposta concordataria. Esso, infatti, assolve ad una nuova duplice funzione di verificare dell'eventuale presenza di un veto insuperabile dei creditori rispetto alla soluzione concordataria e di disposizione del diritto individuale del singolo creditore e del diritto collettivo della classe rispetto alla distribuzione del valore del patrimonio del debitore.

In relazione al primo aspetto va rimarcato che, ove si consideri che al debitore è preclusa la possibilità di chiedere l'omologazione solo quando la proposta abbia ricevuto il voto contrario unanime di tutte le classi, è possibile ritenere che il legislatore ha previsto un sistema idoneo a bloccare il passaggio all'omologazione, non per consentire il passaggio ad essa²⁶.

²⁵ D'ATTORRE, *Dal principio di maggioranza al principio di minoranza*, in *Il fallimento*, 2023, 308 ss., ove l'autore osserva in relazione a tale evenienza che "ci troveremmo in presenza di un concordato omologato in presenza di un consenso minimale se rapportato all'ammontare complessivo dei crediti ammessi al voto, con il rischio di una sostanziale irrilevanza del consenso dei creditori e di trasformazione di fatto in un concordato "coattivo", sul modello del concordato semplificato o dei concordati nelle procedure amministrative".

²⁶ Nel vigore dell'originaria versione della legge fallimentare, connotato dal pieno controllo di convenienza da parte del tribunale, si era già configurata la votazione dei creditori come "garanzia ulteriore per i creditori" rispetto alla eterotutela del tribunale. SACCHI, *Il principio di maggioranza nel concordato preventivo e nell'amministrazione controllata*, Milano, 1984, 325. Sul ruolo anche "informativo" per il tribunale del consenso dei creditori, si veda: TERRANOVA, *Concordati senza consenso: la posizione dei creditori privi di voto*, in *Riv. dir. comm.*, 2016, 195 ss.

La ristrutturazione trasversale dei debiti nel concordato preventivo in continuità aziendale

Ne consegue che il principio di maggioranza delle classi può in questo modo essere recuperato, pur se attraverso la riqualificazione della votazione in termini di possibile espressione del veto dei creditori, in luogo della mera approvazione della proposta.

Nel novellato contesto, infatti, il diritto di voto dei creditori rappresenta un vero e proprio diritto di veto, da esercitarsi con maggioranze qualificate.

Con riferimento al secondo aspetto, va osservato che l'espressione del voto, qualificando il singolo creditore o la singola classe come consenziente o dissenziente, attribuisce ai dissenzienti la legittimazione alla proposizione dell'opposizione all'omologazione al fine di contestare il difetto di convenienza e la classe dissenziente a pretendere il rispetto delle regole di distribuzione orizzontale e verticale del patrimonio, rappresentate dal principio di non discriminazione e dalle regole di priorità. Se ne deduce che il voto dei singoli creditori o delle classi non è più funzionale all'approvazione proposta, svolgendo la diversa funzione di consentire l'esercizio o meno del diritto di veto dei creditori rispetto all'omologazione e, al contempo, di consentire ai creditori ed alle classi, attraverso il loro dissenso, di beneficiare delle maggiori tutele individuali e collettive riservate ai dissenzienti.

Le suesposte considerazioni permettono di accantonare l'obiezione, suggestiva, ma irragionevole, che qualifica il voto contrario in un voto abusivo per violazione di un inesistente obbligo di voto positivo²⁷, confermando l'opzione inter-

pretativa che giustifica il principio di minoranza nella diversa e rinnovata funzione che la votazione dei creditori assume nel concordato in continuità aziendale.

6. I poteri attribuiti alla classe interessata e alla classe maltrattata ai fini dell'omologazione

Chiarito che per l'approvazione della proposta concordataria è necessaria esclusivamente l'approvazione della minoranza delle classi o anche di una sola classe, si impone di identificarla correttamente, considerando che la stessa è munita di una vera e propria *golden share* per passare alla fase dell'omologazione.

Il nostro legislatore ha inteso esercitare le facoltà di scelta concesse dall'art. 11 primo comma, della Direttiva *Insolvency*²⁸, che in

²⁸ Per comprendere tale aspetto è imprescindibile considerare la regola del *cross-class cram down* previsto dalla Direttiva Ue 1023/2019, di cui la norma di cui all'art. 112, comma 2, lett. d), CCII costituisce l'attuazione domestica. L'art. 11, comma primo, Dir. UE 1023/2019 disponeva che per il *cross-class cram down* il piano dovesse essere approvato "da almeno una delle classi di voto di parti interessate o, se previsto dal diritto nazionale, di parti che subiscono un pregiudizio, diversa da una classe di detentori di strumenti di capitale o altra classe che, in base a una valutazione del debitore in regime di continuità aziendale, non riceverebbe alcun pagamento né manterrebbe alcun interesse o, se previsto dal diritto nazionale, si possa ragionevolmente presumere che non riceva alcun pagamento né mantenga alcun interesse se fosse applicato il normale grado di priorità di liquidazione a norma del diritto nazionale". La norma unionale, quindi, attribuiva la c.d. *golden share* alle "classi di voto di parti interessate o, se previsto dal diritto nazionale, di parti che subiscono un pregiudizio". Nel Considerando n. 54, veniva precisato che "qualora una maggioranza delle classi non sostenga il piano di ristrutturazione, dovrebbe essere possibile che il piano possa comunque essere omologato da almeno una classe di creditori interessati o che subiscono un pregiudizio che, in base a una valutazione del debitore in regime di continuità aziendale, riceveranno pagamenti o manterranno interessi o, se previsto dal diritto nazionale, si possa

²⁷ Sulle problematiche che questi tentativi di conversione di voti contrari in voti favorevoli pongono nel c.d. *cram down* fiscale, si vedano: D'ATTORRE, *La ristrutturazione "coattiva" dei debiti fiscali e contributivi negli adr e nel concordato preventivo*, in *Il fallimento*, 2021, 164 ss.; LENZI, *I doveri dei creditori nella crisi d'impresa*, Milano, 2022.

La ristrutturazione trasversale dei debiti nel concordato preventivo in continuità aziendale

tema di *golden share* prevedeva la facoltà di attribuzione o alle classi di voto di “parti interessate”²⁹ o alle classi di voto di “parti che subiscono un pregiudizio”, riconoscendo il potere decisivo alla “classe interessata”³⁰, per tale intendendosi quella composta “dai creditori che sarebbero almeno parzialmente sod-

ragionevolmente presumere che ricevano pagamenti o mantengano interessi se fosse applicato l'ordine delle cause legittime di prelazione previsto dal diritto nazionale in caso di liquidazione. ... Per pregiudizio del creditore si intende la riduzione del valore dei suoi crediti”.

²⁹ La definizione di “parti interessate” era fornita dall’art. 2, paragrafo primo, n. 2 della Direttiva UE 1023/2019: “parti interessate: i creditori, compresi, se applicabile ai sensi del diritto nazionale, i lavoratori, o le classi di creditori, e, se applicabile ai sensi del diritto nazionale, i detentori di strumenti di capitale, sui cui rispettivi crediti o interessi incide direttamente il piano di ristrutturazione”.

³⁰ D’ATTORRE, *Classi “interessate” e classi “maltrattate” nella ristrutturazione trasversale*, in *Dirittodellacrisi.it*, 24 maggio 2023. In senso contrario si sono espressi: FABIANI, *Il diritto diseguale nella concorsualità concordataria postmoderna*, in *Il fallimento*, 1173 ss., facendo riferimento alla “classe degli svantaggiati”, formata dai creditori che “riceverebbero nella liquidazione giudiziale un trattamento migliore perché in base alla loro posizione nell’ordine della graduazione sarebbero soddisfatti in misura superiore con applicazione della absolute priority rule in luogo della relative priority rule applicata al concordato preventivo”; LEUZZI, *L’omologazione del concordato preventivo in continuità*, in *Dirittodellacrisi.it*, 16 febbraio 2023, 25, affermando che “Il concordato, in altri termini, passa il filtro dell’omologa se è favorevolmente accolto da una classe di creditori in esso “maltrattati”, in quanto titolari di una aspettativa virtuale di miglior soddisfazione alla stregua del proprio rango creditorio”. Nella giurisprudenza: Trib. Bergamo, 11 aprile 2023, in *Dirittodellacrisi.it* è orientato in senso contrario: “In buona sostanza la Direttiva consente all’autorità giudiziaria di omologare la proposta concordataria solo se essa sia stata approvata da almeno una classe di creditori (privilegiati), che nel concordato venga trattata in maniera deteriore (“che subisce un pregiudizio”) rispetto all’ipotesi della liquidazione giudiziale”.

disfatti rispettando la graduazione delle cause legittime di prelazione anche sul valore eccedente quello di liquidazione”.

Essendo stato omesso qualsivoglia riferimento alla classe di creditori “che subiscono un pregiudizio”, ossia quella i cui creditori che subiscono con la proposta un trattamento deteriore rispetto a quello che subirebbero laddove fosse applicata la regola della priorità assoluta su tutto il valore, sia quello di liquidazione, sia quello eccedente, e non potendosi assimilare tale figura alla “classe interessata”³¹, occorre individuare correttamente questa classe.

³¹ Sulla questione si riporta poiché eloquente l’argomentazione di D’ATTORRE, *Classi “interessate” e classi “maltrattate” nella ristrutturazione trasversale*, in *Dirittodellacrisi.it*, 24 maggio 2023, 8, ove l’autore così si esprime: “L’obbligo di interpretazione conforme al diritto UE non può, in questo caso, spingersi fino al punto di modificare la scelta legittimamente compiuta dal legislatore nazionale in sede di attuazione nell’ambito di una delle due opzioni concesse e, pertanto, non può sorreggere un’interpretazione che voglia riconoscere la cd. *golden share* alla classe “di parti che subiscono pregiudizio” invece che alla classe di “parti interessate”. La distinzione tra classe “di parti interessate” e classe “di parti che subiscono pregiudizio” (a volte definite come classi degli “svantaggiati” o dei “maltrattati”) non è meramente nominalistica. I creditori “interessati”, nel senso di creditori che sarebbero almeno parzialmente soddisfatti rispettando l’ordine delle cause legittime di prelazione anche sul valore eccedente quello di liquidazione, possono coincidere con i creditori “svantaggiati”, quando la proposta di concordato preventivo prevede in concreto per essi un soddisfacimento inferiore rispetto a quello che avrebbero potuto ottenere rispettando la regola della priorità assoluta su tutto il valore. Ma può accadere che i creditori “interessati” non siano anche “svantaggiati”, quando la proposta, per effetto di un “sacrificio” imposto alle classi superiori, offra loro comunque un soddisfacimento pari o superiore rispetto a quello che avrebbero potuto ottenere rispettando la regola della priorità assoluta su tutto il valore; in questa seconda ipotesi, ritenere necessario il voto favorevole della classe di creditori

La ristrutturazione trasversale dei debiti nel concordato preventivo in continuità aziendale

L'interesse dei creditori inseriti nella classe non deve essere valutato considerando l'alternativa della liquidazione giudiziale, dovendosi, più correttamente, vagliare quello del concordato preventivo in continuità aziendale con applicazione della regola della priorità assoluta su tutto il valore.

La bontà di siffatta soluzione ermeneutica è desumibile da plurimi argomenti.

In primo luogo, sovviene l'interpretazione letterale del disposto dell'art. 112, comma secondo, lett. d), CCII, omettendo la norma qualsivoglia riferimento alla liquidazione giudiziale o all'alternativa liquidatoria. Invero, l'omissione non può essere considerata priva di rilievo, dovendosi rimarcare come in molte altre occasioni il CCII ha espressamente indicato quale termine di comparazione per il trattamento dei creditori la liquidazione giudiziale o l'alternativa liquidatoria³².

Sotto ulteriore profilo il riferimento espresso al “valore eccedente quello di liquidazione” im-

pone, necessariamente, di prendere in considerazione quel plusvalore della continuità che il concordato preventivo consente di acquisire a differenza della liquidazione giudiziale.

Ed ancora, l'art. 11, comma primo, della Direttiva *Insolvency* prevedeva che il voto favorevole dovesse essere espresso da una classe “diversa da una classe di detentori di strumenti di capitale o altra classe che, in base a una valutazione del debitore in regime di continuità aziendale, non riceverebbe alcun pagamento né manterrebbe alcun interesse o, se previsto dal diritto nazionale, si possa ragionevolmente presumere che non riceva alcun pagamento né mantenga alcun interesse se fosse applicato il normale grado di priorità di liquidazione a norma del diritto nazionale”.

L'alternativa, rimessa ai legislatori nazionali, era tra la comparazione basata sul debitore “in regime di continuità aziendale” e “il normale grado di priorità di liquidazione”, con facoltà rimessa ai legislatori nazionali e il nostro il legislatore ha inteso esercitarla, optando per la prima ipotesi.

Se ne deduce che la distinzione tra l'ancorare il termine di comparazione all'alternativa della liquidazione giudiziale o a quella della distribuzione dell'intero valore concordatario secondo la regola della priorità assoluta, non è esente da risvolti applicativi, se si considera che l'adesione all'una o all'altra tesi conduce a qualificare una classe di creditori come interessati o come non interessati.

Ed infatti, potrebbe verificarsi la situazione in forza della quale, considerando il solo valore di liquidazione, una classe di creditori non riceverebbe alcun pagamento anche applicando la regola della priorità assoluta, mentre, considerando il *surplus* derivante dalla continuità, vi sarebbe spazio per un pagamento parziale applicando la regola della priorità as-

“svantaggiati” significa privare illegittimamente della *golden share* la classe di creditori “interessati”, ma non “svantaggiati” Per la chiarezza delle idee sulla ristrutturazione trasversale vanno, quindi, distinte e non sovrapposte le nozioni di classe di creditori “interessati” e di classe di creditori “che subiscono un pregiudizio”. Ai fini della ristrutturazione trasversale il sufficiente il voto favorevole anche solo di una classe di creditori “interessati”. In dottrina si vedano: NATOLI-PALAZZOTTO, *La ristrutturazione trasversale: un caso pratico*, in *Diritto dellacrisi.it*, 16 maggio 2023, i quali, tuttavia, propendono per la tesi, opposta rispetto a quella sostenuta, della necessità del voto favorevole delle classi “maltrattate”, intese come le classi “che nel caso di omologa otterrebbero nell'ipotesi della distribuzione del valore nel rigoroso rispetto della graduazione (anche sul surplus di liquidazione)”; FABIANI, *Per la chiarezza delle idee su proposta, piano e domanda di concordato preventivo e riflessi sulla fattibilità*, in *Il fallimento*, 2011, 172 ss.

³² Si vedano gli artt. 87, comma terzo; 88, comma secondo bis; 112, comma terzo, CCII.

La ristrutturazione trasversale dei debiti nel concordato preventivo in continuità aziendale

soluta sia sul valore di liquidazione, sia sul valore eccedente quello di liquidazione.

Nel primo caso la classe non potrebbe essere qualificata come “interessata”, con la conseguenza per la quale il suo voto favorevole non sarebbe sufficiente.

Nel secondo caso la classe sarebbe “interessata” e, quindi, il suo voto favorevole sarebbe bastevole all’approvazione.

La corretta individuazione della classe di creditori “interessati” non può prescindere da una simulazione di distribuzione del valore del piano concordatario alternativa rispetto a quello effettivamente offerta nella proposta, evidentemente basata sull’applicazione della regola della priorità assoluta, sia sul valore di liquidazione, sia sul valore eccedente quello di liquidazione³³.

È stato osservato che utilizzando come base il valore per come identificato nel piano, comprensivo anche del plusvalore di concordato, si applica su tutto il valore la regola della priorità assoluta e si verifica quali classi di creditori sarebbero soddisfatte anche solo parzialmente, addivenendo ad identificare in queste le classi di creditori “interessate” il cui voto favorevole è sufficiente ai fini della ristrutturazione trasversale³⁴.

7. Rilievi di sintesi e possibili riflessi di ordine sistematico

Dovendo formulare delle riflessioni conclusive sulla ristrutturazione trasversale dei debiti alla luce delle questioni trattate ritengo

imprescindibile svolgere alcune considerazioni di ordine sistematico.

Il primo luogo il meccanismo della ristrutturazione trasversale si struttura sulla base di valutazioni sviluppate sulla base di stime, che, essendo ontologicamente inidonee a garantire la corretta allocazione del patrimonio responsabile, svilupperanno un considerevole contenzioso sulla corretta applicazione della disciplina³⁵.

Valutando il merito delle scelte operate dal nostro legislatore è stata evidenziata la mancanza di giustificazione razionale di quella che prevede che il consenso di una sola classe, che, per numero di creditori coinvolti e per importo potrebbe essere, teoricamente, anche di rilievo del tutto secondario rispetto alla restante massa passiva, possa neutralizzare il dissenso manifestato da tutte le altre classi. Più in particolare è stato sottolineato come, una volta scelta la strada del “one-class show”, sarebbe stato opportuno evitare di ricorrere alla maggioranza in precedenza definita “alternativa”, di cui alla prima parte della lett. d) dell’art. 112, comma secondo, CCII³⁶.

Un’ultima e non meno rilevante considerazione, attiene ad un rilievo di ordine sistematico, che pone in discussione la natura negoziale del concordato in continuità aziendale e, che, invero, scaturisce dalla constatazione che il vo-

³³ BINELLI, *L’omologazione del concordato in continuità non approvato*, in *Diritto della crisi.it*, 27 dicembre 2022, 15; NATOLI-PALAZZOTTO, *La ristrutturazione trasversale: un caso pratico*, in *Dirittodellacrisi.it*, 16 maggio 2023.

³⁴ D’ATTORRE, *Classi “interessate” e classi “maltrattate” nella ristrutturazione trasversale*, in *Dirittodellacrisi.it*, 24 maggio 2023, 10.

³⁵ VATTERMOLI, *Ristrutturazione trasversale dei debiti*, in *Giur. comm.*, 2023, 830, ove l’autore evidenzia la concretezza del rischio contenzioso affermando che “... il meccanismo della RTD della RTD è governato, ed anche questo si è visto, da regole ed eccezioni, che a loro volta soffrono eccezioni, di cui non sempre – anzi, quasi mai – è chiaro il fondamento. Il che contribuisce a rendere non prevedibili le situazioni giuridiche soggettive, generando un’insicurezza che è facile prevedere si traduca, di nuovo, in un incremento del livello di litigiosità”.

³⁶ VATTERMOLI, *Ristrutturazione trasversale dei debiti*, in *Giur. comm.*, 2023, 830.

La ristrutturazione trasversale dei debiti nel concordato preventivo in continuità aziendale

to, da un lato non costituisce più l'espressione della volontà generale del ceto creditorio, partitamente composta dal voto dei singoli creditori e delle singole classi, dall'altro non rappresenta più approvazione della proposta.

Sulla base di tali rilievi è stato osservato come, anche laddove voglia ritenersi che il disallineamento tra chi decide e chi subisce gli effetti della decisione non sia di ostacolo al riconoscimento della negozialità, essendovi compatibilità tra negozialità ed eteronomia di alcuni suoi effetti³⁷, nel concordato in continuità sembra essere venuto meno l'elemento strutturale della complessa fattispecie concordataria dato dall'accettazione da parte dei creditori, essendo stata la stessa surrogata dall'esercizio del veto e dall'opposizione³⁸.

Si tratta, ovviamente, di prospettive qui solo delineate che andranno sottoposte a ben più rigoroso vaglio critico da parte della giurisprudenza di merito e legittimità così, come la dottrina, che potranno, nel tempo, dare un contributo per la individuazione delle soluzioni più coerenti, in relazione ad un sistema normativo nuovo che necessita, per essere compreso, di trovare il necessario spazio applicativo. Esse, tuttavia, consentono già in questa fase di consigliare una certa prudenza rispetto ad aprioristici e forse azzardati tentativi di qualificazione dell'istituto della ristrutturazione trasversale in termini di involuzione di sistema, se si considera che, se da un la-

to, in nome dell'efficientamento del diritto della crisi d'impresa, sono stati sacrificati i principi cardine del concordato preventivo, allo stato non è possibile cogliere gli effetti delle scelte legislative sul sistema economico e imprenditoriale.

Alberto Valerio

Diritto delle procedure concorsuali
Università L.U.M. "Giuseppe Degennaro" Bari

³⁷ In questo senso si vedano: ONORATO, *Accordi a sfavore di terzi? Profili dei negozi sulla crisi d'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, 888 ss.; ONORATO, *Gli accordi concorsuali. Profili civilistici*, Pisa, 2017, 103 e 136 ss.; CONFORTINI, *Il concordato preventivo fra legge del concorso e legge del contratto. Concordati di riorganizzazione societaria e status socii*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 1308 ss.

³⁸ D'ATTORRE, *Dal principio di maggioranza al principio di minoranza*, in *Il fallimento*, 2023, 309.

Attuazione della direttiva Npl, questioni giuridiche ed evoluzioni di mercato

ATTUAZIONE DELLA DIRETTIVA NPL, QUESTIONI GIURIDICHE ED EVOLUZIONI DI MERCATO

Sommario: 1. Premessa – 2. Mercato e dinamica delle cessioni dei crediti – 3. Gestione dei crediti problematici e mercato della crisi – 4. Dato normativo in divenire – 5. Alcune questioni specifiche – 6. Conclusioni

1. Premessa

Lo schema di decreto legislativo di attuazione della Direttiva (UE) 2021/2167 (c.d. Direttiva Npl) offre un'importante occasione di riflessione sul mercato delle sofferenze bancarie e sulle relative regole. A fronte di un mercato primario ormai saturo, a seguito di massicce cessioni di sofferenze secondo un'ampia politica di *derisking* che ha messo in sicurezza i patrimoni di vigilanza delle Banche, la Direttiva punta a sviluppare, da un lato, il mercato secondario per garantire maggiore liquidità all'intera industria del *credit management* e, dall'altro, a meglio tutelare la posizione dei debitori ceduti.

Se all'inizio dello sviluppo del mercato, i *servicer* erano considerati come un fornitore "esterno" deputato alla mera attività di recupero e – per quelli più evoluti – in alcuni casi anche all'acquisito di portafogli di crediti deteriorati dal sistema bancario, nel tempo il ruolo di questi operatori si è evoluto.

Nel corso degli anni questi operatori sono diventati sempre più sofisticati, passando dal mero ruolo di *servicer* a quello di gestori del credito, compreso quello vivo ma problematico.

Contestualmente, attraverso lo sviluppo di *partnership* sempre più strette con le principa-

li banche, i *servicer* sono diventati sempre più complementari al settore bancario¹.

Dalla semplice attività di recupero si è passati a quella di gestione del credito quale valore da preservare e tutelare.

Al riguardo, è opportuno ricordare che sia il *calendar provisioning* sia le linee guida LOM emanate dall'Eba incidono profondamente sulla operatività bancaria². Le prime attraverso la previsione di progressive coperture patrimoniali delle esposizioni, le seconde con una puntuale regolamentazione sia nella concessione del credito che nel monitoraggio dell'andamento dell'esposizione. Queste più stringenti misure possono rappresentare una spinta ad esternalizzare i servizi di gestione del credito e a rendere quindi più efficiente il rapporto con le imprese.

In questo quadro, la Direttiva sui gestori dei crediti punta decisamente ad una maggiore professionalizzazione dei *servicer*, ad una conferma della rilevanza degli NPE quale *asset class* e a una maggiore attenzione per il debitore ceduto. Ci sembra dunque che da questo contesto emergano nuovi e importanti segnali verso un rinnovato ruolo dei soggetti che operano nel settore del *credit management* secondo una prospettiva che potremmo definire come nuova "attività parabancaria".

¹ Su questi aspetti: GIANNANTONIO-MUTTI, *I crediti deteriorati fra la prospettiva regolamentare e contabile*, in *Riv. Dr. Comm.*, 2018, 443.

² Un'ampia disamina delle linee guida LOM è contenuta nel Position Paper n. 30, *Rischio di Credito*, a cura di AIFIRM-Associazione Italiana Financial Industry Risk Managers, 2021, consultabile all'indirizzo: <https://www.aifirm.it/wp-content/uploads/2021/09/2021-Position-paper-30-Rischio-di-credito-2.0.pdf>.

Si veda anche per un primissimo commento: TIRLONI, *Le nuove Linee Guida Eba sulla concessione e monitoraggio del credito*, in <https://www.dirittobancario.it/art/le-nuove-linee-guida-eba-sulla-concessione-e-monitoraggio-del-credito>.

Attuazione della direttiva Npl, questioni giuridiche ed evoluzioni di mercato

A ciò si aggiungono le preoccupazioni crescenti legate al quadro macroeconomico con le recenti spinte inflazionistiche, al caro energia per la guerra in corso, all'instabilità internazionale, all'aumento dei tassi di interesse³. Indubbiamente sia le politiche fiscali che monetarie incidono in modo sensibile sul mondo delle imprese e quindi anche su quello del credito. Il sistema delle imprese ha diffusi punti di debolezza che non saranno sostenuti così facilmente dal sistema bancario. Da qui dunque anche una rinnovata attenzione alle esigenze finanziarie dell'economia, alla diversificazione della struttura del capitale delle imprese e a un ampliamento delle fonti di approvvigionamento.

Questo quadro è poi ancora più sfidante se si guarda alla rinnovata sensibilità per la gestione della crisi sia in punto di *governance* che di rimedi utilizzabili. Come noto il sistema del Codice della Crisi si incentra sulla prevenzione e sulla tempestività degli interventi di risanamento⁴, con significative interazioni sul diritto so-

cietario, realizzando una “*fusione degli orizzonti*” (direbbe Gadamer) tra questi due importanti ambiti del diritto commerciale.

Ma anche questa corretta visione rischia di naufragare se non si offrono sponde per il finanziamento alle imprese in difficoltà e se non si creano soggetti specializzati nella gestione di tali *special situation*.

Ciò detto, in punto di quadro generale di riferimento, occorre una precisazione di ordine lessicale. Nel corso delle riflessioni verrà utilizzata l'espressione crediti problematici in senso ampio, ricomprendendo in essa sia i crediti in sofferenza (c.d. Npl) che gli Utp (Unlikely to pay) e gli High Risk.

Con il presente lavoro si vuole fornire un contributo di riflessione sul nuovo scenario normativo che va configurandosi, guardando anche alle dinamiche di mercato che possono avere una influenza rilevante sull'interpretazione e attuazione delle nuove regole.

2. Mercato e dinamica delle cessioni dei crediti

Come noto il mercato Npl è stato indotto da una esigenza di fondo: quella di mettere in sicurezza il sistema bancario, evitare un *credit crunch* ed aprire quindi spazi per nuove erogazioni di credito. Questo iniziale quanto massiccio flusso di cessioni ha saturato ormai il mercato primario ponendo l'esigenza di stimolare lo sviluppo di quello secondario.

Del resto, come si ricorderà, nei complessi scenari delle crisi bancarie statunitensi il timore del contagio in Europa ed il rischio correlato per i debiti pubblici nazionali, sostenuti in gran parte dal sistema bancario, portarono a ritenere che occorreva ad ogni costo evitare il *default* delle

³ Cruciale la domanda che si pone PADOA SCHIOPPA, *Regole e Finanza*, Bologna, 2004, 247: “(...) la crisi attuale deve essere vista come una correzione di un percorso sbagliato o una deviazione dal percorso giusto? In questo contesto alle parole “giusto” e “sbagliato” dovrebbe essere attribuito il significato positivo di “sostenibile/insostenibile” (...). Si veda anche GALBRAITH, *Soldi - Conoscere le logiche del denaro per capire le grandi crisi*, Milano, 1995, il quale – in premessa – ricorda che “(...) la storia dei soldi testimonia in modo impressionante le disavventure e la follia che frequentemente si accompagna alla gestione degli affari monetari. Mi riferisco a uno dei grandi errori di ogni tempo: il rapporto con il denaro, specialmente con cospicue quantità di esso, trasmette una pericolosa quanto irresistibile impressione di intelligenza, almeno fino al giorno della resa dei conti”.

⁴ Ved. TOMBARI, *Principi e problemi di “diritto societario della crisi”*, in U. TOMBARI (a cura di), *Diritto societario e crisi di impresa*, Torino, 2014,

20; GUIOTTO, *La nuova allerta nella declinazione degli assetti organizzativi*, in *Fall.*, 2022, 1185.

Attuazione della direttiva Npl, questioni giuridiche ed evoluzioni di mercato

banche secondo l'ormai famoso brocardo “*too big to fail*”, passato ormai nel gergo comune.

Occorre dunque tenere presente questa genesi per comprendere che una volta neutralizzati questi pericoli e definiti nuovi assetti operativi e regolamentari (basti pensare ai nuovi criteri per la valutazione del merito creditizio e per il monitoraggio dell'andamento delle esposizioni), anche il mercato Npl muta e gli stessi operatori del relativo segmento industriale si muovono secondo logiche di accorpamento, da un lato, e di maggiore affiancamento del sistema bancario, dall'altro.

Inizialmente si può dire che la relazione tra banche e mercato Npl è stata di tipo lineare. Nel senso che la dinamica del rapporto si è esaurita in operazioni di cessione diretta attraverso operazioni economiche di cartolarizzazione. Da qui l'operatività di soggetti specializzati per la gestione e il recupero attraverso le note figure del *master servicer* e *special servicer*.

Il contesto attuale è invece diverso. La presenza di un mercato primario maturo, nonché di una pluralità di operatori con una riduzione tendenziale del flusso di nuove sofferenze, ha innescato altre istanze – quali la tutela del debitore e l'efficienza dei sistemi di *restructuring* e di *recovering* – con un nuovo approccio di tipo *circolare*, basato sulla interazione tra gli operatori.

Basti pensare, nel nuovo sistema normativo derivante dall'attuazione della Direttiva, all'obbligo informativo che ricade sui cedenti: la piena *disclosure* della banca, o intermediario cedente, a favore dell'acquirente del contratto o del credito crea una prima e originaria relazione qualificata tra i due principali soggetti dell'operazione⁵.

A questo si affianca poi il ruolo del gestore dei crediti – diverso, nella visione della Direttiva, dal soggetto acquirente e dal fornitore di servizi di gestione – che si occupa, in un sistema vigilato, dell'attività di gestione e di recupero, gravato a sua volta di obblighi informativi nei confronti del debitore ceduto.

Per cui, mentre prima della Direttiva tutto si risolveva nel rapporto cedente-cessionario e nei flussi finanziari generati dal recupero, oggi la dinamica è più complessa, per la rilevanza della posizione del debitore e per l'esigenza di stimolare il mercato secondario. La liberalizzazione dei soggetti acquirenti dovrebbe infatti avere questo effetto, rendendo così più liquido l'intero mercato Npl.

Guardando poi all'origine del fenomeno, va detto che la pressione regolamentare dei tempi recenti ha influenzato fortemente il ruolo delle banche, soprattutto a seguito delle Linee Guida Eba-*Loan Origination and Monitoring*. Possiamo quindi affermare che tale ruolo non è più limitato a quello di mero “*produttore di sofferenze*”, in quanto le banche sono chiamate a politiche di erogazione e di controllo dell'andamento del credito che deve – a monte – perseguire l'obiettivo di una riduzione dei *non performing*.

Possiamo in sostanza dire che la banca è il soggetto che in questo nuovo sistema circolare è chiamato a far sì che i flussi di sofferenze siano ridotti e che il mercato, per così dire delle esternalizzazioni negative, sia di conseguenza più efficiente e meno di massa.

Del resto non va dimenticato che nell'iniziale Piano d'azione del Consiglio del 2017 la strategia complessiva per affrontare l'accumulo delle sofferenze veniva tracciata su

⁵ Per un primo approfondito commento al disegno di legge delega di attuazione della Direttiva: D. CRIVELLARI e F. CRIVELLARI, *Servicing di npl. Criticità e prospettive: dal recepimento della direttiva smd alla nuova giurisprudenza sulla legittimazione attiva di spv e servicer*, in *Rist. aziend.*, 2024, 3.

criticità e prospettive: dal recepimento della direttiva smd alla nuova giurisprudenza sulla legittimazione attiva di spv e servicer, in *Rist. aziend.*, 2024, 3.

Attuazione della direttiva Npl, questioni giuridiche ed evoluzioni di mercato

quattro direttrici di fondo: vigilanza prudenziale; riforma della disciplina della crisi; sviluppo di mercati secondari; promozione della ristrutturazione del sistema bancario. Ebbene, si può rilevare che queste direttrici sono state complessivamente seguite ed attuate.

Tutto questo ci porta a ritenere che assisteremo alla nascita di un nuovo sistema parabancario.

Come noto, l'iniziale comparsa del sistema parabancario si è avuta con la nascita degli organismi di gestione collettiva del risparmio e quindi sul lato della differenziazione delle modalità di raccolta.

Oggi questa nuova attività parabancaria viene a nascere sul piano degli attivi bancari per sovvenire al loro deterioramento e traslare sul mercato il rischio di perdita. Non è un caso, del resto, che lo schema di decreto legislativo intervenga proprio sul tessuto del TUB, inserendo un nuovo Capo II nel titolo V.

Stiamo quindi assistendo ad un cambiamento significativo⁶ che prelude a nuovi – ma non dirompenti – assetti di mercato, questa volta indotti da un rinnovato impianto normativo.

Del resto, l'imperativo degli ultimi anni è stato quello della prevenzione dell'accumulo di sofferenze. Questa prevenzione ha visto due importanti modalità di attuazione, confermando che il tema delle sofferenze bancarie è un tema di sistema e di mercato: da un lato, il *calendar provisioning* per la copertura progressiva delle perdite sui crediti; dall'altro, la nuova disciplina della crisi basata sull'*early*

warning. La Direttiva Npl può dunque determinare questo nuovo scenario.

3. Gestione dei crediti problematici e mercato della crisi

Un ulteriore aspetto sul quale riflettere riguarda le politiche bancarie di gestione dei crediti problematici. Infatti, se in sede di attuazione – così come sembra dallo schema di decreto legislativo – la relativa disciplina dovesse riguardare le posizioni classificate a sofferenza al momento della cessione e non anche gli **Utp** e, a maggior ragione, gli **Stage 2 (c.d. High Risk)**, le conseguenze potrebbero essere duplici: da una parte, potrebbe aversi una maggiore “ritenzione” delle posizioni Utp e High risk nel sistema bancario e quindi una tendenziale specializzazione delle banche nella relativa gestione; dall'altra, potrebbe aversi la nascita di un terzo mercato – quello Utp e High risk – caratterizzato da esigenze diverse rispetto al mercato secondario Npl, legate a una gestione più dinamica, più sofisticata con istanze di nuova finanza.

Questa seconda possibilità sarebbe da preferire e da stimolare.

Le ragioni di questa preferenza sono diverse.

In primo luogo, negli ultimi anni le banche hanno voluto evitare i costi legati alla gestione di queste posizioni, peraltro perdendo personale specializzato che è confluito nell'organico dei nuovi operatori: *master* e *special servicer*.

In secondo luogo, le posizioni Utp, ma possiamo dire oggi anche quelle *high risk*, molto spesso entrano nel sistema del *restructuring* che, come noto, nasce proprio per evitare l'accumulo di sofferenze bancarie nel mercato unico europeo (al riguardo la Direttiva *Insolvency* è eloquente). Questo sistema recepito dal Codice della crisi è altamente sofisticato e complesso (basti pensare alle nuove

⁶ In questo senso anche LIGNOLA-MICENE, *L'industria del credit servicer al servizio delle banche*, in www.Bebankers.it, 2023; D. CRIVELLARI, *Crediti deteriorati: un fenomeno endemico. Nuove proposte in Parlamento*, in *Scritti in onore di Gino Cavalli*, Caiafa (a cura di), NEU-Nuova Editrice Universitaria, Roma, 2023.

Attuazione della direttiva Npl, questioni giuridiche ed evoluzioni di mercato

regole che presiedono alla distribuzione del valore), impatta in modo significativo sulla *governance* societaria per la sensibilizzazione verso la percezione tempestiva dei segnali di allerta, e si basa su un nuovo percorso di risanamento (la composizione negoziata) che implica l'esigenza di seguire e orientare le trattative con il debitore. Tutto questo comporta un elevato grado di specializzazione e di conoscenza operativa dei relativi strumenti⁷.

In terzo luogo, è sempre più diffusa l'esigenza di nuova finanza, che spesso non può essere erogata dalle banche. In altri termini, alla rilevazione tempestiva della crisi o dei segnali di squilibrio si accompagna per osmosi la rapidità della manovra finanziaria, che passa non solo dalla ristrutturazione della debitoria ma anche dalla disponibilità di nuove risorse.

Possiamo dire che queste ragioni, tra di loro connesse, possono essere sintetizzate nell'espressione "*mercato della crisi*" che allude alla nascita e sviluppo di soggetti specializzati che si interpongono, in modo efficiente, tra le imprese con avvisaglie di difficoltà o

in crisi e il sistema bancario, non più in grado, per i suoi vincoli operativi, a dare risposta efficace in questi frangenti.

In definitiva, se le "*crisi di mercato*" sono inevitabili, il "*mercato della crisi*" può divenire lo strumento di sistema in grado di rendere sostenibili i momenti avversi, attenuandone le conseguenze negative attraverso appunto la gestione dei suoi effetti (più marcati a seguito del nuovo rapporto banca -impresa).

Questa visione di mercato aiuta a tenere conto della sostanza dei fenomeni in esame. Al riguardo, sembra decisivo rilevare che, mentre nelle posizioni Npl l'esigenza primaria è data, sostanzialmente, dal recupero del residuo valore sottostante il credito o il contratto di credito ceduto e acquistato; per gli Utp e gli *high risk* l'esigenza è quella di mantenere, se non incrementare, il valore sottostante.

La tendenza, dunque, a distinguere questi segmenti di mercato può risultare positiva nella misura in cui si vuole realmente puntare sulla preservazione e creazione di valore attraverso gestioni specializzate, capaci di rispondere ad istanze differenti.

Riguardata in questi termini, la Direttiva Npl offre ampi spazi per una riflessione che va oltre i confini della tematica relativa⁸.

4. Dato normativo in divenire

Lo schema di decreto legislativo riprende la distinzione tra acquirente di crediti in sofferenza e gestori di crediti in sofferenza che, a loro volta, possono esternalizzare i relativi servizi al fornitore di servizi di gestione di crediti in sofferenza.

⁷ Tutto questo può portare a definire la c.d. "*sostenibilità della crisi*". Al riguardo si rimanda a un nostro scritto: DE SENSI, *Sostenibilità, governance e sistema finanziario*, in *Non performing Exposures*, D'Arrigo, De Sensi, Nuzzo (a cura di), Roma, 2024, 29. Si veda anche un importante documento: Rapporto Assonime, *Doveri degli amministratori e sostenibilità*, in *Riv. soc.*, 2021, 388, nel quale si sottolinea a che "(...) la Direttiva sull'informazione non finanziaria, entrata in vigore nel 2018, ha rappresentato una svolta storica in questa direzione: gli obblighi informativi imposti riguardo alla gestione dei rischi ambientali e sociali legati all'attività dell'impresa hanno creato di fatto una forte responsabilizzazione degli amministratori nel considerare i temi di sostenibilità come componente strutturale delle strategie aziendali. Si realizza per questa via un'estensione degli interessi di cui gli amministratori devono tenere conto e un possibile ampliamento dei doveri fiduciari".

⁸ Ved. PARZIALE, *Verso il mercato unico dei crediti deteriorati: la Direttiva 2021/2167 sui non performing loans*, in *Riv. dir. banc.*, 2023, 42; CARRIÈRE, *La direttiva sdm sui gestori e acquirenti di Npl*, in www.dirittobancario.it, 2024.

Attuazione della direttiva Npl, questioni giuridiche ed evoluzioni di mercato

Come noto, questa distinzione tra acquirenti e gestori dipende dall'esigenza di sottoporre a vigilanza solo i secondi e non anche i primi.

Secondo la definizione di cui all'art. 114.1. del suddetto schema di decreto legislativo gli acquirenti di crediti sono identificati con *“la persona fisica o giuridica, diversa da una banca, che nell'esercizio della propria attività commerciale o professionale acquista crediti in sofferenza”*; mentre i gestori di crediti in sofferenza sono indicati come *“le società iscritte all'albo di cui all'art. 114.5 che svolgono attività di gestione di crediti in sofferenza per conto di acquirenti di crediti in sofferenza”*.

In base poi all'art. 114.3 la gestione dei crediti in sofferenza è riservata alle banche, agli intermediari 106 TUB e ai gestori di crediti in sofferenza di cui al predetto Albo, previa autorizzazione di Banca d'Italia.

Sul punto va osservato che l'elemento portante della disciplina non sono gli operatori come tali, ma il credito in sofferenza quale definito dall'art. 114.1, ovvero quei crediti concessi da banche e altri soggetti abilitati alla concessione di finanziamenti e classificati a sofferenza.

Da qui deriva il corollario che tale credito rimane sempre in un regime di vigilanza, anche laddove dovesse essere oggetto di più cessioni rispetto a quella originaria.

La Direttiva e lo schema di attuazione intendono dunque creare un presidio di vigilanza per un valore che origina da un sistema sottoposto a vigilanza e come tale deve continuare ad esserlo.

Possiamo icasticamente dire che si è passati da un *“valore da gestire”* a un *“valore da vigilare”*.

Un secondo aspetto riguarda l'ampiezza e la portata dell'attività di vigilanza di Banca

d'Italia. L'art. 114.11 definisce i relativi poteri di vigilanza esercitabili non solo nei confronti dei gestori iscritti nell'Albo, ma anche nei confronti dei soggetti ai quali viene esternalizzato il relativo servizio⁹.

Questa ampia previsione di vigilanza avrà un impatto diretto soprattutto sulle società con licenza ex art. 115 TULPS che sino ad ora, per dimensioni e natura, sono rimaste ai margini del sistema.

Anche questo aspetto conferma la volontà di una vigilanza profonda e capillare che possa arrivare a coinvolgere tutti gli operatori nel mercato Npl.

Questo nuovo sistema stimolerà aggregazioni per migliorare gli standard di efficienza dei gestori, anche in un'ottica di diversificazione delle loro attività e quindi delle marginalità che potranno conseguire.

Osservando, infine, l'ambito di applicazione dell'attuazione della Direttiva – per come sino ad ora pensata – non dovrebbe aversi impatto sulla disciplina delle cartolarizzazioni, alla luce del fatto che tali operazioni finanziarie trovano una specifica e dettagliata disciplina e che i *master servicers* sono soggetti vigilati. Infatti, si prevede che la normativa di attuazione non si applica quando il soggetto acquirente è una società veicolo per la cartolarizzazione. Va detto tuttavia al riguardo che un'operazione di cartolarizzazione può essere anche a *tranche* singola e quindi potrebbero di fatto venir meno quelle ragioni che giustifica-

⁹ In generale sul ruolo di Banca d'Italia: ANGELINI, *I crediti deteriorati: sviluppi recenti e prospettive*, in *Non performing Exposures*, D'ARRIGO, DE SENSI, NUZZO (a cura di), Roma, 2024, 19; CONTI, *Crediti deteriorati: definizione e approcci di supervisione*, in *Non performing Exposures*, cit., 47; PIGNATARO, *Le operazioni di cartolarizzazione*, in *Non performing Exposures*, D'ARRIGO, DE SENSI, NUZZO (a cura di), cit., 165.

Attuazione della direttiva Npl, questioni giuridiche ed evoluzioni di mercato

no un diverso trattamento per le cartolarizzazioni. Se dovesse quindi rimanere tale impostazione, verrebbe sottratta un'importante fetta di mercato agli operatori di altri Paesi dell'Unione, al contrario di ciò che la stessa Direttiva vorrebbe.

Sotto questo profilo l'attuazione della Direttiva sarebbe abbastanza limitata in quanto confinata alla liberalizzazione dei soggetti acquirenti senza però una significativa conformazione del mercato Npl.

5. Alcune questioni specifiche

Analizzando più nel dettaglio lo schema di decreto legislativo di attuazione della Direttiva Npl, emergono questioni di interesse sotto una molteplicità di profili.

In primo luogo sembra che il suddetto schema voglia tenere fuori dalla relativa disciplina la cartolarizzazione secondo la disciplina europea dove l'acquirente dei crediti è qualificato come *Securitization Special Purpose Entity*, mentre rientrerebbero nel decreto attuativo le cartolarizzazioni domestiche¹⁰.

A ben vedere non si comprende la ragione di una tale esclusione, se non quella di ritenere che nelle cartolarizzazioni europee la presenza di più investitori determinerebbe una visione recessiva della tutela del debitore ceduto rispetto al quale resterebbe comunque la tutela sul piano informativo secondo quanto prevede l'art. 114.2 dello schema di decreto legislativo.

Ovviamente questa opzione normativa potrebbe determinare un incentivo a preferire le cartola-

rizzazioni c.d. europee piuttosto che le domestiche con possibile alterazione del mercato.

Un secondo aspetto sul quale riflettere attiene alla nozione di attività di gestione dei crediti. Al riguardo l'art. 114.1 offre la definizione di attività di gestione individuando quattro ambiti: riscossione e recupero dei pagamenti da parte dei debitori ceduti; rinegoziazione dei termini e delle condizioni contrattuali con il debitore; gestione dei reclami; informativa al debitore.

Ci soffermiamo in particolare sulla rinegoziazione dei termini e delle condizioni contrattuali, in quanto la questione che al riguardo si pone è se tale rinegoziazione ha una funzione meramente dilatoria, una sorta di mera moratoria, oppure se questa può determinare il ritorno *in bonis* del debitore ceduto in un'ottica di riammissione del medesimo alla possibilità di fruire di nuovo credito.

Si tratta di questione delicata soprattutto con riguardo ai debitori societari che, nel più generale sistema di prevenzione della crisi, laddove vi sia ancora valore da gestire e rimettere sul mercato, hanno necessità di essere recuperati anche ad una migliore efficienza finanziaria.

Dovremmo dunque propendere a ritenere che tale rinegoziazione deve essere finalizzata a un tale recupero.

Una terza questione riguarda il tema della legittimazione dei *servicer* sul piano processuale.

Si tratta di un tema che si è di recente proposto in ragione di alcune pronunce di merito¹¹ che hanno ritenuto privi di legittimazione ad agire per il recupero le società di *servicing* in quanto secondo l'attuale impianto normati-

¹⁰ Sulle differenze: SEPE, *La cartolarizzazione: profili gius-economici e problematiche aperte*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, 555; GIANNELLI, *La società per la cartolarizzazione dei crediti*, in *Riv. soc.*, 2002, 920.

¹¹ Trib. Civitavecchia, 27 dicembre 2013; Trib. Treviso, 18 dicembre 2023; Trib. Viterbo, 27 maggio 2023, Trib. Monza, 22 gennaio 2024.

Attuazione della direttiva Npl, questioni giuridiche ed evoluzioni di mercato

vo potrebbero essere affidatarie solo di una gestione stragiudiziale del recupero in particolare quando la società ha l'autorizzazione ai sensi dell'art. 115 TULPS¹².

A ben vedere argomentando in termini più ampi e guardando proprio alla disciplina delle cartolarizzazioni, si potrebbe arrivare serenamente alla conclusione che le banche e gli stessi intermediari ex art. 106 TUB possono essere mandatarie di una SPV che attribuisca loro anche la rappresentanza in sede di giudizio. A questo punto anche lo *special servicer*, che avesse solo la licenza ex art. 115 TULPS, potrebbe a sua volta dare mandato al *master servicer* ex art. 106 TUB per il recupero giudiziale.

Questa tematica però dovrebbe ormai essere superata con l'attuazione della Direttiva laddove appunto è previsto che nella gestione del credito rientra anche l'attività di recupero.

6. Conclusioni

Le questioni che abbiamo esaminato, seppure nei limiti del presente lavoro, intorno al tema delle sofferenze bancarie sono di un'ampiezza tale da consentire di coglierne un valore trasversale in tutto ciò che concorre a rendere stabile il sistema economico-finanziario.

Si osserva che la complessità dell'economia, dovuta alla interdipendenza dei relativi sistemi, si accompagna a livelli crescenti di incertezza generandone così una endemica fragilità¹³.

Peraltro, nei tempi recenti, altro termine molto diffuso è stato quello di "resilienza", intesa come attitudine a resistere a *shock* im-

provvisi e recuperare la sostenibilità a lungo termine.

Le ricadute di queste rinnovate consapevolezza sul piano economico-finanziario e giuridico sono molteplici, andando anche a investire i rimedi per la crisi e le regole di comportamento degli operatori finanziari con riguardo alla gestione del valore sotteso al credito.

La Direttiva Npl e la sua attuazione danno un segnale interessante nel senso di una visione d'insieme della sostenibilità dove regole o standard di condotta, approcci decisionali e rimedi per la crisi concorrono a rafforzare l'attitudine del sistema economico-finanziario a reagire ad eventi avversi.

Del resto, come visto, l'interazione recepita dalla Direttiva *Insolvency* tra incremento di efficienza dei rimedi per la crisi e abbattimento delle sofferenze bancarie nel mercato unico, dischiude scenari del tutto nuovi nella misura in cui la riallocazione sul mercato dei valori sottesi al debito attiva tendenze virtuose per la ristrutturazione. In un certo qual modo la cessione o la gestione delle esposizioni da parte di operatori specializzati, diversi dalle banche, apre ad una nuova attività parabanca che incrementa le possibilità di uscita dalla crisi.

Vincenzo De Sensi
Diritto della crisi di impresa
Università LUISS "Guido Carli"

Eleonora Gasparin
Dottoressa

¹² Su questo: D. CRIVELLARI-F. CRIVELLARI, cit., 34: "L'articolo 115 TULPS pone però una limitazione operativa alle società licenziate, circoscrivendone formalmente le attività di recupero stragiudiziale dei crediti per conto di terzi".

¹³ Su questo: MARCZYK, *A new theory of risk and rating*, Trento, 2011.

NATURA GIURIDICA DEL DANNO MORALE

Sommario: 1. Introduzione e definizione – 2. Risarcibilità del danno morale in presenza del danno contrattuale e in presenza del danno extra-contrattuale – 3. L’equivoco della non risarcibilità del danno morale causata dalla sentenza delle Sez. Un. del 24/06/2008, n. 26972 – 4. Il danno morale nelle procedure fallimentari – 5. L’autonomia del danno morale rispetto al danno biologico – 6. Esempi di risarcibilità del danno morale – 7. Conclusioni

1. *Introduzione e definizione*

Il danno morale soggettivo si determina nella *perturbatio* dell’animo della vittima e rientra nell’ampia categoria del danno non patrimoniale, in cui rientrano anche il danno biologico, ossia inteso come danno all’integrità fisica e psichica, tutelato dalla garanzia dell’art. 32 Cost., e il danno dinamico-relazionale (ex danno esistenziale), che consiste in quel danno conseguente alla lesione di altri beni non patrimoniali, ma considerati di rango costituzionale, in sostanza rientrano tutte quelle lesioni di valori riguardanti la persona.

Invero, risulta necessario palesare il criterio di distinzione tra danno morale e danno psichico, in quanto, rispettivamente, il primo consiste in una mera sofferenza psichica, invece il danno psichico consiste nella devianza patologica dell’ordinario decorso psichico che ha subito il danneggiato e di conseguenza è un vero e proprio danno biologico.

Per i motivi suesposti appare inappropriata la tesi secondo la quale sia il danno morale che il danno psichico debbano essere valutati come due stadi dello stesso nocumento, considerando più intenso il primo e di minore intensità il secondo.

Quindi, il danno morale, inteso come sofferenza soggettiva, rappresenta una voce dell’ampia categoria del danno non patrimoniale e ben può derivare da un inadempimento contrattuale che pregiudica un diritto inviolabile della persona.

Nello specifico, il danno morale deve manifestarsi come danno da stress o di patema d’animo, la cui risarcibilità postula la sussistenza di un pregiudizio sofferto dal titolare dell’interesse leso.

Sul medesimo titolare grava l’onere della prova del danno morale subito, anche attraverso presunzioni semplici.

In finale, il danno morale, nel suo positivo riconoscimento e nella sua concreta liquidazione per i pregiudizi causati alla persona danneggiata mantiene la propria autonomia in modo integrale rispetto a qualsiasi altra fattispecie di danno non patrimoniale.

Questo perché il danno suddetto consiste in una sofferenza di natura assolutamente interiore e per niente relazionale e di conseguenza legittima il danneggiato a chiedere un risarcimento come compenso aggiuntivo, a prescindere dalla personalizzazione prevista per la compromissione degli aspetti puramente dinamico-relazionali della vita individuale¹.

2. *Risarcibilità del danno morale in presenza del danno contrattuale e in presenza del danno extra-contrattuale*

Qualsiasi illecito per determinare responsabilità civile, con il conseguente risarcimento, deve inconfutabilmente produrre un danno.

A tale proposito è stato rilevato dalla dottrina come «*un modello nel quale il rimedio risarcitorio viene disancorato da qualsiasi*

¹ Cass., 9 novembre 2021, n. 32935, in www.top24diritto.ilsole24ore.com.

Natura giuridica del danno morale

considerazione dei riflessi negativi a carico della vittima porta, infatti, ad un inevitabile snaturamento dell'istituto aquiliano; la rinuncia a transitare attraverso una nozione di danno distinta dall'illecito spinge, infatti, verso un allargamento ingovernabile dei confini del danno risarcibile; né tale problema può essere aggirato attraverso l'introduzione di un filtro selettivo, costituito dalla rilevanza costituzionale dell'interesse leso; proprio dalle applicazioni giurisprudenziali emerge, infatti, la tendenza a ravvisare la violazione di un interesse protetto a livello costituzionale qualunque sia il genere di torto in questione; le corti pervengono, cioè, all'individuazione (o meglio, vera e propria creazione) di diritti soggettivi aventi rilevanza costituzionali al solo scopo di assicurare alla vittima il risarcimento di questa nuova voce di danno»².

Pertanto, da quanto finora esposto emerge un sistema risarcitorio che il vigente codice civile declina in modo bipolare, visto che al danno patrimoniale contrappone con definizione decisamente negativa e con valenza residuale, il danno non patrimoniale.

Nella categoria del danno non patrimoniale sono collocate tutte quelle ipotesi di lesione di valori riguardanti la persona, tipo il danno morale soggettivo e tipo il danno biologico, nonché il danno dinamico-relazionale (danno esistenziale).

Infatti, secondo un'interpretazione giurisprudenziale, il risarcimento di danno biologico è legato alla lesione del diritto costituzionale alla salute sancito dall'art. 32 Cost.

La relativa disciplina ha subito una lunga evoluzione giurisprudenziale, che ha infine condotto la Suprema Corte di Cassazione a

definirlo espressamente come danno non patrimoniale.

Per tali motivi, si ritiene risarcibili, oltre al danno morale e al danno non patrimoniale nei casi espressamente previsti dalla legge, anche tutti i danni non patrimoniali che conseguono ad una lesione di diritti costituzionalmente garantiti, ivi compresi il danno biologico e tutti quei pregiudizi di carattere esistenziale subiti dalla vittima.

L'art. 32 della Costituzione che tutela e garantisce il diritto alla salute, oltre ad essere considerato fondamentale, è anche l'unico diritto costituzionale considerato assolutamente inviolabile ed è la fonte normativa del danno biologico, il quale riguarda sia il danno all'integrità fisica che il danno all'integrità psichica e nello specifico, il danno all'integrità psichica è definito danno psichico.

A questo punto diventa fondamentale effettuare un distinguo, sul piano giuridico, tra il danno morale e il danno psichico, proprio per evitare che qualsiasi mutamento dell'umore possa essere considerato un danno alla salute.

Infatti, il danno psichico si fonda su un'alterazione patologica delle funzioni psichiche dell'individuo, la quale deve essere riconosciuta dalla scienza medica in generale e dalla psichiatria in particolare e di conseguenza accertabile da un punto di vista medico-legale, mentre il danno morale non altera in modo patologico le funzioni psichiche del danneggiato, sebbene il medesimo ne subisca delle sofferenze.

Inoltre, non può sussistere alcuna richiesta di risarcimento senza la concretizzazione di un danno e quindi di un fatto illecito.

In effetti, l'altro presupposto per cui possa delinearsi un diritto al risarcimento è proprio il fatto illecito commesso, la cui essenza incide sulle modalità e sulla tipologia del risarcimento dovuto al danneggiato.

² CENDON P.-ZIVIZ P., *Il risarcimento del danno esistenziale*, Milano, 2003, 63.

Natura giuridica del danno morale

Questo perché il fatto illecito rappresenta una violazione del diritto e perciò la causa del danno ingiusto.

Invero, nell'evoluzione del concetto di danno ingiusto, il legislatore si è ispirato al principio informatore della materia di risarcimento del danno nel considerare come danno ingiusto la lesione di qualsiasi interesse giuridicamente rilevante, salvo la presenza di un contrapposto interesse prevalente dell'autore della condotta lesiva.

L'illecito civile è normato e previsto sia all'art. 2043 cod.civ. (responsabilità extracontrattuale o aquiliana), che regola il principio generale dell'ingiustizia del danno *erga omnes* in quanto stabilisce che *“Qualunque fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno”*, sia all'art. 1218 cod.civ. (responsabilità contrattuale) quando il danno è ingiusto a causa di un inadempimento inerente a un precedente rapporto obbligatorio (*in personam*), questo perché *“il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile”*.

In sostanza, per il nostro diritto vigente, l'illecito civile postula sia la responsabilità contrattuale che quella extracontrattuale, di conseguenza il danneggiato è legittimato ad agire per entrambe le tipologie di responsabilità.

Questo perché, nel nostro ordinamento, quando si è in presenza di un illecito civile vige il principio della cumulabilità dei due tipi di responsabilità succitati nel momento in cui uno stesso fatto, che generi in modo autonomo un danno, implichi gli estremi dell'inadempimento

contrattuale ex art. 1218 cod. civ. e del torto aquiliano 2043 cod. civ.

Invero, il danno non patrimoniale consiste in tre sotto-categorie, come il danno biologico, danno morale e danno dinamico-relazionale (danno esistenziale).

3. L'equivoco della non risarcibilità del danno morale causata dalla sentenza delle Sez. Un. del 24/06/2008, n. 26972

La sentenza in oggetto ha messo in discussione la tripartizione del sistema risarcitorio inerente al danno non patrimoniale più per ciò che non precisa che per quello che afferma.

L'arresto della Suprema Corte qualifica il danno morale come sofferenza soggettiva, escludendo che esso possa essere considerato una sottocategoria autonoma del danno non patrimoniale.

La pronuncia della Cassazione *de qua* si preoccupa di dare una definizione di danno morale senza approfondimento, limitandosi a delinearlo come un tipo di pregiudizio consistente nella sofferenza soggettiva in sé considerata, che causa l'illecito.

Pertanto, secondo l'arresto giurisprudenziale in questione, l'intensità e la durata nel tempo di questa sofferenza soggettiva non determinano alcuna rilevanza ai fini dell'esistenza del danno, ma diventa rilevante solamente per la quantificazione del risarcimento.

Nello specifico, la Suprema Corte ha affermato che *«nell'ipotesi in cui il fatto illecito si configuri (anche solo astrattamente) come reato, è risarcibile il danno non patrimoniale, sofferto dalla persona offesa e dagli altri ulteriori eventuali danneggiati, nella sua più ampia accezione di danno determinato dalla lesione di interessi inerenti la persona non connotati da rilevanza economica. La limitazione alla tradizionale figura del cosiddetto danno*

Natura giuridica del danno morale

morale soggettivo transeunte va definitivamente superata. La figura, recepita, per lungo tempo dalla pratica giurisprudenziale, aveva fondamento normativo assai dubbio, poiché né l'art. 2059 cod. civ. né l'art. 185 cod. pen. parlano di danno morale e tantomeno lo dicono rilevante solo se sia transitorio ed era carente anche sul piano della adeguatezza della tutela, poiché la sofferenza morale cagionata dal reato non è necessariamente transeunte, ben potendo l'effetto penoso protrarsi anche per lungo tempo»³.

Il suddetto arresto è risultato foriero di equivoci riguardo alla definizione del danno morale, infatti, fondandosi sul principio secondo il quale il danno non patrimoniale non implicherebbe delle sottocategorie, ha messo in dubbio la sua risarcibilità, della quale in realtà non si può in alcun modo dubitare, proprio perché il danno morale, in riferimento alla sua risarcibilità, non richiede la sussistenza dei presupposti di cui all'art. 185 cod. pen. (*“Ogni reato obbliga alle restituzioni, a norma delle leggi civili. Ogni reato, che abbia cagionato un danno patrimoniale o non patrimoniale, obbliga al risarcimento il colpevole e le persone che, a norma delle leggi civili, debbono rispondere per il fatto di lui”*), ma si riferisce ai diritti inviolabili della persona e per questo tutelati e garantiti dalla Costituzione.

4. Il danno morale nelle procedure fallimentari

Il danno morale può sussistere anche in caso di procedure fallimentari superiori alla durata complessiva di sette anni, in quanto la ragionevole durata delle procedure fallimentari

considerevolmente complesse (quando ad esempio vi sono numerosi creditori o per la particolare natura o situazione giuridica dei beni da liquidare, per la proliferazione di giudizi connessi o per la pluralità di procedure concorsuali interdipendenti) non può superare la durata massima di sette anni.

Infatti, oltre detto termine, il danno patrimoniale, nel suo significato di danno morale soggettivo correlato ai disagi e ai turbamenti di carattere psicologico derivanti dall'eccessiva nonché irragionevole durata del processo, deve intendersi come conseguenza normale, anche se non automatica e necessaria, della violazione del diritto alla ragionevole durata del processo tutelato dall'art.6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

Di conseguenza, una volta che sia stata accertata e determinata l'irragionevole durata, il giudice deve ritenere tale danno esistente senza che le parti interessate siano tenute ad una specifica allegazione circa il pregiudizio subito.

Al contrario, per dichiarare insussistente il pregiudizio lamentato il giudice dovrà accertare la sussistenza, nel caso concreto, di circostanze particolari che facciano positivamente escludere che tale danno sia stato effettivamente subito⁴.

Inoltre, in un recentissimo arresto giurisprudenziale della Cassazione è stato affermato che il danno non patrimoniale per l'irragionevole durata del processo consiste nella violazione del diritto alla ragionevole durata del processo.

Questo perché la lesione del suddetto diritto determina diversi disagi e turbamenti di carattere psicologico.

³ Cass., Sez. Un., 24 giugno 2008-11 novembre 2008, n. 26972, in www.top24diritto.ilsole24ore.com.

⁴ Cass., 24 ottobre 2022, n. 31274, in www.top24diritto.ilsole24ore.com.

Natura giuridica del danno morale

Pertanto, qualora una procedura fallimentare duri un periodo maggiore di sette anni, il quale decorre per i creditori ammessi dall'approvazione dello stato passivo, subentrano i presupposti per chiedere un indennizzo.

Nello specifico, la sentenza in oggetto è inerente al ricorso proposto dall'erede del creditore ammesso al passivo, il quale adiva la Corte d'Appello di Brescia allo scopo di farsi riconoscere l'equo indennizzo spettante per la durata non ragionevole della procedura concorsuale inerente al fallimento della S.r.l., nei cui confronti vantava il credito.

Per la Suprema Corte di Cassazione, la Corte di Appello che aveva respinto la domanda di indennizzo, richiesto appunto a causa di una procedura fallimentare protrattasi per oltre 18 anni, ha commesso un errata valutazione dell'*an* del diritto alla equa riparazione negandolo al creditore ammesso al passivo, perché non può essere considerata un sufficiente e valido motivo la dimostrazione della complessità della procedura fallimentare per poter giustificare che il danno subito possa essere suscettibile di un indennizzo.

Alla luce di tali considerazioni, la Suprema Corte ha accolto il ricorso e cassato il decreto impugnato rinviando alla Corte di Appello in diversa composizione⁵.

5. L'autonomia del danno morale rispetto al danno biologico

La Cassazione ha statuito in un recente arresto che il giudice di merito ha il dovere prioritario di accertare l'eventuale concorso del danno biologico e del danno morale, nel

procedimento di liquidazione del complessivo danno non patrimoniale⁶.

Il positivo riconoscimento e la concreta liquidazione, in forma monetaria, dei pregiudizi sofferti dalla persona a titolo di "danno morale" mantengono integralmente la propria autonomia rispetto a ogni altra voce del cosiddetto danno non patrimoniale; non essendone in alcun modo giustificabile l'incorporazione nel danno esistenziale, perché il danno morale riguarda la sofferenza di natura del tutto interiore e non relazionale e di conseguenza meritevole di un compenso aggiuntivo a prescindere dalla "personalizzazione" prevista per la compromissione degli aspetti puramente dinamico-relazionali della vita individuale.

Con particolare riguardo al danno biologico va evidenziato che secondo il nuovo testo del codice delle assicurazioni, qualora la menomazione accertata incida in maniera rilevante su specifici aspetti dinamico-relazionali personali, documentati e obiettivamente accertati, l'ammontare del risarcimento del danno, calcolato secondo quanto previsto dalla tabella unica nazionale, può essere aumentato dal giudice, con un equo e motivato apprezzamento delle condizioni soggettive del danneggiato, fino al 30%.

A ben vedere, il danno biologico si sostanzia nella lesione temporanea o permanente all'integrità psico-fisica della persona suscettibile di accertamento medico-legale, che esplica un'incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato.

In particolare, al fine di considerare la componente morale da lesione dell'integrità fisica, la quota corrispondente al danno biolo-

⁵ Cass., 12 gennaio 2024, n. 1286, in www.top24diritto.ilsole24ore.com.

⁶ Cass., 17 maggio 2022, in www.top24diritto.ilsole24ore.com.

Natura giuridica del danno morale

gico è incrementata in via progressiva e per punto, individuando la percentuale di aumento di tali valori per la personalizzazione complessiva della liquidazione.

Quindi, viene definitivamente confermato il principio dell'autonomia del danno morale rispetto al danno biologico, atteso che il sintagma 'danno morale' allude a una realtà che, diversamente dal danno biologico, rimane in sé insuscettibile di alcun accertamento medico-legale, e si sostanzia nella rappresentazione di uno stato d'animo di sofferenza interiore del tutto autonomo e indipendente, pur potendole influenzare, dalle vicende dinamico-relazionali della vita del danneggiato.

Secondo la Suprema corte, dalle descritte coordinate discende che, nel procedere alla liquidazione del complessivo danno non patrimoniale, il giudice di merito deve innanzitutto accertare l'esistenza, nel singolo caso, di un eventuale concorso del danno biologico e del danno morale.

In caso di positivo accertamento dell'esistenza anche di quest'ultimo, determinare il quantum risarcitorio applicando integralmente le "Tabelle di Milano" che prevedono la liquidazione di entrambe le voci di danno; ma pervengono all'indicazione di un valore monetario complessivo che è costituito dalla somma aritmetica di entrambe le voci di danno.

In caso di accertamento negativo, e di conseguente esclusione della componente morale del danno – accertamento da condurre caso per caso – considerare la sola voce del danno biologico, depurata dall'aumento previsto dalla tabella di riferimento per il danno morale secondo le percentuali ivi indicate, liquidando, conseguentemente il solo danno biologico.

Mentre, nel caso di positivo accertamento dei presupposti per la cosiddetta personalizzazione del danno biologico, procedere all'au-

mento fino al 30% del valore del solo danno biologico, depurato, dalla componente morale del danno automaticamente inserita in tabella, secondo il disposto normativo del novellato codice delle assicurazioni.

6. Esempi di risarcibilità del danno morale

La risarcibilità del danno morale come autonoma sottocategoria del danno non patrimoniale viene confermata da diversi e anche recenti arresti giurisprudenziali di seguito riportati.

- Il danno morale scaturente da un illegittimo esercizio dell'attività amministrativa, come ad esempio quello subito da uno studente che illegittimamente non è stato ammesso alla classe IV di un liceo scientifico⁷;
- Il danno subito dal lavoratore quando è sottoposto quotidianamente al pericolo della propria incolumità⁸;
- Il danno lamentato per il patema d'animo subito da un correntista a causa di un ritardo da parte di una banca nell'accredito di un'ingente somma di denaro a suo favore. La suddetta condotta della banca aveva generato nel correntista in oggetto uno stato di ansia che non gli permetteva più di dormire, costringendolo a far uso di psicofarmaci⁹;
- Il danno "da vacanza rovinata", in quanto è considerata legittima la condanna da parte del giudice al risarcimento in via equitativa del danno morale quando la vacanza viene rovinata nell'ultimo giorno, dal momento che quest'ultima deve ritenersi compro-

⁷ Tar Liguria Genova, 5 ottobre 2022, n. 834, in www.top24diritto.ilsole24ore.com.

⁸ Cass., 17 giugno 2022, n. 19632, in www.top24diritto.ilsole24ore.com.

⁹ Cass., 13 settembre 2021, n. 24643, in *Responsabilità civile e risarcimento del danno*, Bari, 2024, 186.

Natura giuridica del danno morale

messa sia nella sua parte finale che come ricordo;

- Il danno morale sussiste anche quando viene rovinata la tranquillità domestica a causa dei rumori causati dall'attività di un ristorante attiguo alla abitazione del danneggiato.

Nel caso di specie, affinché possa ricorrere la fattispecie presente all'art. 2059 cod.civ., deve sussistere un fatto illecito costituente reato o che leda un valore della persona tutelato dalla Costituzione;

- Il danno da lutto, ossia quel danno non patrimoniale da perdita del rapporto parentale subito dal familiare sopravvissuto tanto nel momento in cui la perdita è stata percepita quanto al tempo di sofferenza che il danneggiato prova a causa del lutto subito.

Pertanto, le due succitate caratteristiche del danno da lutto compongono lo stesso complesso pregiudizio, il quale nella sua integrale unità deve essere considerato¹⁰.

- Il danno morale per le vittime dell'amianto, quale danno conseguenza che deve essere considerato *in re ipsa*, il quale può essere accertato anche mediante presunzioni, in quanto consiste in un patema d'animo, ovvero una sofferenza interna del soggetto (causata dall'insorgenza della patologia causata dall'esposizione all'amianto), che non può essere accertato con metodi scientifici, ma valutabile in base a indizi e presunzioni, i quali anche da soli possono diventare decisivi ai fini della sua configurabilità¹¹.

7. Conclusioni

La definizione di danno morale come categoria di sofferenza psichica rimane stabile sia

presso i giudici di legittimità¹² sia presso i giudici di merito.

Pertanto, il danno morale, quando viene provata la sua esistenza, deve essere riconosciuto a ristoro della sofferenza psichica provata da colui che ha subito delle lesioni fisiche, a causa delle quali sia subentrato dopo breve tempo *l'exitus*.

Inoltre, quando la vittima delle lesioni fisiche suddette vive in uno stato di lucidità l'agonia in cui si trova, con la drammatica consapevolezza di attendere la propria fine, si determina il danno tanatologico, il quale viene ricondotto nella dimensione del danno morale inteso nella sua più elastica accezione.

In sostanza, il danno tanatologico consiste nella sofferenza che la vittima prova assistendo lucidamente allo spegnersi della propria esistenza.

Quindi, il danno morale appartiene decisamente alla categoria dei danni non patrimoniali e la legittimità di ottenere il risarcimento da parte di coloro che lo subiscono si rinviene nel dettame dell'art. 2059 cod. civ.

La liquidazione del danno morale non potrà che essere rigidamente equitativa, poiché anche quando il giudice di merito ricorresse a indici valutativi oggettivi e schematizzati non potrebbe esimersi dall'effettuare una necessaria personalizzazione del risarcimento, al fine di adeguare concretamente il ristoro al fatto lesivo patito¹³.

Da quanto finora esposto emerge in modo sempre più inconfutabile quanto sia necessario procedere a una adeguata personalizzazione della liquidazione del danno non patrimoniale, proprio perché è fondamentale prendere

¹⁰ Cas., 15 luglio 2022, n. 22397, in www.top24diritto.ilsole24ore.com.

¹¹ Cass., 17 giugno 2022, n. 19623, in www.top24diritto.ilsole24ore.com.

¹² Cass., 17 maggio 2022, n. 15733, in www.top24diritto.ilsole24ore.com.

¹³ Cass., 24 ottobre 2022, n. 31332, in www.top24diritto.ilsole24ore.com.

Natura giuridica del danno morale

in considerazione l'entità della sofferenza morale che prova il danneggiato, anche procedendo secondo un criterio di valutazione presuntiva.

Al postutto, il danno morale soggettivo non può non essere oggetto di un'autonoma valutazione e liquidazione per risarcire integralmente il danno non patrimoniale scaturente da lesione della salute, in cui è annoverato il danno biologico senza, però, che siano escluse altre possibili conseguenze non patrimoniali di un evento dannoso¹⁴.

Fabrizio Valerio Bonanni Saraceno
Avvocato del Foro di Roma
Componente Commissione Crisi

¹⁴ Cass., 19 settembre 2022, n. 27380,
in www.top24diritto.ilsole24ore.com.

“Trust: una legge moderna nella più antica repubblica del mondo”

“TRUST: UNA LEGGE MODERNA NELLA PIÙ ANTICA REPUBBLICA DEL MONDO”

Sommario: 1. Premessa – 2. Principali caratteristiche della legge sammarinese sul *Trust* – 3. Il principio dell'affidamento – 4. Il principio dell'autonomia patrimoniale dei beni in *Trust* – 5. L'Agente Residente – 6. Il Registro dei *Trust* – 7. La Corte per i *Trust* ed i rapporti fiduciari – 8. Fiscalità del *Trust* – 9. Conclusioni

1. Premessa

La Repubblica di San Marino, la più piccola Repubblica del mondo, si è dotata di una innovativa legge sul *Trust*.

Nell'anno 2004, la Repubblica di San Marino ha ratificato¹ la Convenzione sulla legge applicabile ai *trusts* e sul loro riconoscimento adottata all'Aja il 01 luglio 1985, e la Repubblica Italiana² ha ratificato la predetta convenzione nell'anno 1989.

A seguito della ratifica della Convenzione dell'Aja, San Marino, invece, ha introdotto nell'anno 2010 la Legge n. 42³ che disciplina organicamente l'istituto del *trust*: si tratta di una legge innovativa ed originale per i principi fondanti che la distinguono dal modello di *Trust* internazionale ed inglese.

La Legge n. 42/2010 prevede la facoltà di istituire *trust* per beneficiari, *trust* di scopo e anche *Trust* misti⁴.

¹ Decreto 20 settembre 2004 n. 119 “*Adesione alla Convenzione sulla legge applicata ai trust e sul loro riconoscimento fatta a L'Aja il 1 luglio 1985*”.

² Legge 16 ottobre 1989 n. 364 “*Ratifica ed esecuzione della convenzione sulla legge applicabile ai trusts e sul loro riconoscimento, adottata da L'Aja il 1 luglio 1985*”.

³ Legge n. 42 del 1 marzo 2010 “*L'Istituto del Trust*”.

⁴ Art. 1 lettera n) e o) Legge n. 42/2010.

I *Trust* regolati dalla Legge di San Marino hanno validità nella Repubblica Italiana in forza della Convenzione dell'Aja con la cui ratifica, l'Italia si è impegnata a riconoscere i *trust* istituiti da cittadini italiani regolati da leggi straniere: fra queste rientrano anche i *trust* regolati da legge sammarinese.

2. Principali caratteristiche della legge sammarinese sul Trust

La normativa sammarinese è **una legge scritta in lingua italiana** – il che costituisce già un oggettivo vantaggio sia per i professionisti sia per i clienti.

Il modello di *trust* sammarinese è un modello di *trust* diverso rispetto ai modelli di diritto consuetudinario anglosassone.

Più precisamente, la normativa di San Marino ha elaborato un modello di *trust* sviluppato in un contesto normativo di diritto positivo, improntato su principi di maggior connessione con il *civil law*, e cioè su principi affini al diritto civile italiano, diversamente da altre leggi sorte su principi di *common law*.

La legge sammarinese sul *Trust* rappresenta **un importante strumento** per i professionisti che si trovano a redigere un atto di *Trust* poiché l'articolato indica puntualmente gli elementi necessari per la validità dell'atto istitutivo: la legge costituisce, quindi una guida preziosa per chi si appropria al *trust*.

La normativa delinea una cornice entro la quale è consentito al professionista trovare la migliore soluzione per il proprio Cliente.

Il Legislatore sammarinese lascia ampia libertà di decisione al disponente nella consapevolezza che ogni atto vada adattato al caso di specie: il professionista ha a disposizione uno strumento che gli consente di trasporre nell'atto istitutivo i *desiderata* del Cliente.

Gran parte degli articoli della Legge te-

“Trust: una legge moderna nella più antica repubblica del mondo”

stualmente recitano: “*Se l’atto istitutivo non dispone diversamente...*”⁵.

Nel dettaglio i principi che contraddistinguono la Legge di San Marino sul trust sono⁶.

3. Il Principio dell’affidamento

È attribuita centralità al ruolo del Trustee, che è tenuto a perseguire gli interessi dei beneficiari, come fosse proprietario dei beni in trust.

L’affidamento dei beni al Trustee deve essere pieno ed il Disponente deve effettivamente spogliarsi della proprietà dei beni.

Non esiste trust senza affidamento ed è, pertanto, necessario che il trust sia dotato sin da subito di un fondo, anche minimo, altrimenti è nullo⁷.

Le decisioni del Trustee devono essere autonome, ma sempre rispettose delle disposizioni dell’Atto istitutivo.

Sono espressione del principio dell’affidamento:

- ✓ l’obbligo di diligenza del trustee nell’esercizio del suo ufficio⁸;
- ✓ l’attribuzione al trustee di un generale potere di fare investimenti⁹;

⁵ Vedi Legge n. 42/2010: art. 6, terzo comma; art. 9 secondo comma; art. 11 quarto comma; art. 12 secondo e quarto comma; art. 13; art. 14; art. 19 secondo comma; art. 22; art. 23 terzo e quinto comma; art. 24; art. 25; art. 27 secondo comma; art. 29; art. 30 secondo e terzo comma; art. 32 secondo comma; art. 33 primo comma; art. 34 secondo comma; art. 35; art. art. 36 primo comma; art. 37 secondo comma; art. 42 primo comma; art. 43 secondo comma; art. 49 primo comma; art. 50 secondo e terzo comma; art. 51 primo comma; art. 52 ottavo, nono e decimo comma.

⁶ VICARI A., *La scelta della legge regolatrice dei trust: una questione di Principia beneficiari*, in *Trusts e attività fiduciarie*, Luglio 2011.

⁷ Legge n. 42/2010, art. 10 comma primo.

⁸ Legge n. 42/2010 art. 20.

⁹ Legge n. 42/2010 art. 22.

- ✓ la previsione di sanzioni penali per il trustee in caso di violazione di alcuni obblighi fondamentali¹⁰;
- ✓ la nullità del trust quando è simulato o è simulato il trasferimento dei beni al trustee¹¹.

Altro principio cardine della Legge è il **principio di destinazione**: tale principio attribuisce al Disponente piena autonomia nel dettare le regole dell’atto istitutivo e privilegia la sua volontà.

Sono espressione di questo principio:

- ✓ la facoltà del Disponente di dettare regole per impedire che i beneficiari possano estinguere il Trust anticipatamente o cedere la posizione beneficiaria¹²;
- ✓ e poi ancora: la possibilità per il Disponente di istituire un trust senza indicare i Beneficiari o senza indicare i criteri per l’individuazione: in questo caso il Disponente indica il soggetto che ha il potere di individuare i beneficiari¹³;
- ✓ la facoltà per il Disponente di istituire Trust di scopo, per beneficiari o anche Trust misti¹⁴.

4. Il principio dell’autonomia patrimoniale dei beni in Trust

- ✓ i beni in trust costituiscono un patrimonio autonomo rispetto ai beni personali del trustee, e conseguentemente il Trustee risponde delle obbligazioni assunte nei confronti dei terzi, unicamente con i beni in

¹⁰ Legge n. 42/2010 artt. da 57 a 61.

¹¹ legge n. 42/2010 art. 10;

¹² Legge n. 42/2010 art. 50 e art. 51.

¹³ Legge n. 42/2010 art. 6.

¹⁴ Vedi nota n. 4.

“Trust: una legge moderna nella più antica repubblica del mondo”

trust, qualora abbia ovviamente palesato la sua qualità¹⁵.

Nella struttura dei Trust di common law, di regola, il trustee risponde delle obbligazioni *ultra vires*, cioè anche con il suo patrimonio; la legge di San Marino, invece, esige la patrimonializzazione del trust rendendo così il Trustee responsabile fino alla concorrenza del fondo e mai *ultra vires*¹⁶.

Dall’analisi di questi principi è evidente **l’affinità dei principia in tema di trust della legge sammarinese con i principi dell’ordinamento giuridico italiano.**

5. L’Agente Residente

Una peculiarità della legge sammarinese è la figura dell’**agente residente**, che funge da collegamento tra il trustee e la Banca Centrale di San Marino¹⁷.

La norma prevede che, qualora il *Trustee* di un *Trust* retto dalla legge di San Marino sia un cittadino o una società straniera, si debba nominare un Agente residente¹⁸ che pone in essere, sotto la propria responsabilità, gli adempimenti presso Banca Centrale e si occupi degli adempimenti antiriciclaggio.

L’Agente Residente non ha alcun potere di detenzione e gestione dei beni in trust, svolge un ruolo di garanzia e di supporto per il trustee, il quale si può avvalere di un professionista, presidio del trust nel territorio sammarinese.

Il ruolo di Agente Residente deve essere svolto da un soggetto qualificato: avvocato-notaio, dottore o ragioniere commercialista,

iscritti ai rispetti Albi di San Marino o *trust company* di diritto sammarinese¹⁹.

6. Il Registro dei Trust

Nella Repubblica di San Marino è già da tempo attivo il Registro dei Trust tenuto da Banca Centrale²⁰ nel quale sono iscritti i Trust regolati dalla legge sammarinese; l’accesso al Registro è limitato ai soggetti qualificati contemplati dalla normativa.

Banca Centrale di San Marino²¹ è l’Ente certificatore di tutti i Trust iscritti nel Registro; rilascia un Certificato di iscrizione nel quale sono riportate le informazioni principali del Trust²².

Tale funzione di Banca Centrale attribuisce sicurezza giuridica e consente ai Trust di legittimarsi di fronte alle attuali esigenze di tracciabilità richieste dal mondo finanziario internazionale.

Banca Centrale svolge attività di custodia dei dati dei Trust assolvendo così ad **esigenze di trasparenza ed effettività** che mancano in altri sistemi.

7. La Corte per i trust ed i rapporti fiduciari

La Repubblica di San Marino ha istituito, con legge costituzionale²³, un Tribunale specializzato, **la “Corte per i trust ed i rapporti fiduciari”**, composta da giuristi specializzati

¹⁹ Legge n. 42/2010, art. 1, e Regolamento anno 2010/numero 01 per l’esercizio professionale dell’ufficio di *trustee* nella Repubblica di San Marino, nel testo consolidato al 13/02/2024.

²⁰ Legge n. 42/2010, art. 8; Decreto Delegato n. 50 del 16 marzo 2010 “*Iscrizione e tenuta del Registro dei Trust e modalità di vidimazione del Libro degli Eventi*”, e ss.mm. e ii.

²¹ Legge n. 96 del 29 giugno 2005 – Statuto della Banca Centrale di San Marino, in *www.bcsm.sm*.

²² Decreto Delegato n. 50/2010, art. 5.

²³ Legge Costituzionale n. 1 del 26 gennaio 2012 e ss.mm. e ii.

¹⁵ Legge n. 42/2010, art. 12.

¹⁶ Legge n. 42/2010, art. 47.

¹⁷ Legge n. 42/2010, art. 1.

¹⁸ Legge n. 42/2010, art. 6.

“Trust: una legge moderna nella più antica repubblica del mondo”

in materia di trust provenienti da tutto il mondo, così da assicurare un elevato livello di preparazione.

Si tratta di un organo innovativo con competenza esclusiva a dirimere le controversie in materia di trust, affidamento fiduciario, fedecompresso, ed istituti simili²⁴.

Il Legislatore sammarinese ha voluto *in primis* istituire una Corte che affiancasse e sostenesse il trustee e tutti gli altri soggetti del trust qualora si trovino a dover risolvere situazioni, avvenimenti, non contemplati dall'atto, ovvero quando il contenuto dell'atto istitutivo sia dubbio o di difficile comprensione o sia necessaria la sua interpretazione.

Dunque, una Corte con funzione di supporto al trustee, alla quale quest'ultimo potrà ricorrere per un “*parere*”, un orientamento prima di porre in essere un'attività o un'operazione così da ottenere un supporto qualificato e tempestivo²⁵.

È difficile pensare ad un atto istitutivo che preveda e regoli tutte le situazioni e gli eventi che si possano verificare nella lunga esistenza dello stesso.

La Corte è anche competente a risolvere le controversie in materia di trust ed istituti affini, ma per l'esperienza avuta in questi anni la Corte raramente interviene per gestire il contenzioso, nella maggior parte dei casi ha svolto una funzione di “*collaborazione*” con il *Trustee*.

La Corte è un tribunale al quale è semplice accedere, opera con procedure digitalizzate e dinnanzi al quale possono patrocinare tutti gli avvocati, anche avvocati italiani, purché domiciliati presso un collega sammarinese.

Il tutto con costi notevolmente minori rispetto ad una Corte straniera²⁶.

Il Legislatore sammarinese ha attribuito alla Corte un grande valore, ritenendo che il ruolo del Giudice sia coesistente all'esistenza del Trust: non ci può essere un Trust senza Giudice che ne sovrintenda l'amministrazione.

8. *Fiscalità del Trust*

Accanto alla normativa organica sull'istituto del trust e alla previsione di una Corte apposita, la Repubblica di San Marino ha emanato norme fiscali favorevoli per i trust, considerandoli soggetti fiscali autonomi²⁷.

Nella legge sammarinese i redditi prodotti dal trust, se residente a San Marino, in base all'articolo 18 della legge 171/2022, scontano un'aliquota effettiva del 13,6%.

La previsione dell'aliquota ordinaria nella misura del 13,6% non rende applicabile la normativa italiana prevista per i Trust residenti in paesi a fiscalità privilegiata, con la conseguenza che i beneficiari residenti in Italia – di un trust discrezionale retto dalla legge sammarinese – ricevono il reddito del trust

²⁴ Legge Qualificata n. 1 del 26/01/2012 “Disposizioni per l'attivazione e il funzionamento della Corte per il Trust ed i Rapporti Fiduciari”.

²⁵ Legge n. 42/2010, Decreto Delegato n. 128 del 30 settembre 2013 “*Procedimento innanzi la Corte per il Trust e i Rapporti Fiduciari*”, Legge n. 207 del 22 dicembre 2021 “*Bilancio di previsione dello Stato e degli enti pubblici per l'esercizio finanziario 2022 e Bilanci pluriennali 2022/2024*”, art. 14.

²⁶ Decreto del Presidente della Corte per il Trust ed i rapporti fiduciari dell'1 ottobre 2018 “*Decreto sui diritti di cancelleria e il compenso dei giudici*” e Regolamento Unico del Presidente della Corte per il Trust e i rapporti fiduciari del 18 gennaio 2022;

²⁷ Legge n. 38 del 17 marzo 2005 “*Regime fiscale dei trust regolati dalla Legge della Repubblica di San Marino amministrati da trustee autorizzati*”, e ss. mm. e ii.

“Trust: una legge moderna nella più antica repubblica del mondo”

sammarinese senza doverlo assoggettare nuovamente a tassazione²⁸.

Oltre a tale regime ordinario del 13,6% esiste un regime opzionale agevolato che prevede l'applicazione di una aliquota del 1,7% ai soli proventi reinvestiti per almeno 24 mesi dalla data della percezione.

Infine, occorre evidenziare che San Marino ha sottoscritto numerosi accordi contro le doppie imposizioni, dei quali il trust, quale entità fiscale autonoma, può beneficiare. Fra questi accordi, vanno ricordati l'accordo contro le doppie imposizioni con l'Italia ed il Regno Unito²⁹.

9. Conclusioni

In definitiva, alla domanda sul perché scegliere la legge sammarinese, la risposta è semplice:

- ✓ per la disciplina dettagliata della normativa;
- ✓ per la tutela della posizione dei disponenti e dei trustee;
- ✓ per la limitazione della responsabilità patrimoniale del trustee per le obbligazioni assunte verso i terzi (cfr. art. 47 comma 1 L. 42/2010 s.m.i.);
- ✓ per la presenza di una Corte altamente specializzata competente esclusivamente in materia di Trust e di rapporti fiduciari;
- ✓ per l'affidabilità dei trust conseguente al sistema di controllo e vigilanza di Banca Centrale.

Dunque la scelta della legge sammarinese rappresenta certamente una alternativa che

merita grande attenzione da parte del professionista che vuole fornire al suo cliente una scelta accorta ed avveduta.

Anna Maria Lonfernini
Avvocato
Notaio Repubblica San Marino

²⁸ Legge 23 dicembre 2022 n.171 “*Bilanci di Previsione dello Stato e degli Enti Pubblici per l'esercizio finanziario 2023, Bilanci Pluriennali 2023/2025*”, art. 18 e Circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 34/E del 20 ottobre 2022.

²⁹ www.esteri.sm.

Segreto professionale alla luce del d.lgs. 24/23 *whistleblowing* e il rispetto delle norme deontologiche negli organi sociali composti da professionisti tra cui l'organismo di vigilanza ex d.lgs. 231/01

SEGRETO PROFESSIONALE ALLA LUCE DEL D.LGS. 24/23 WHISTLEBLOWING E IL RISPETTO DELLE NORME DEONTOLOGICHE NEGLI ORGANI SOCIALI COMPOSTI DA PROFESSIONISTI TRA CUI L'ORGANISMO DI VIGILANZA EX D.LGS. 231/01*

Introduzione

Il d.lgs. 24/2023 (d'ora in avanti "decreto") ha dato attuazione nel nostro ordinamento alla direttiva (UE) 2019/1937, riguardante la protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione e delle disposizioni normative nazionali (c.d. direttiva «*Whistleblowing*»).

La normativa italiana risultava, in parte, aver recepito alcune previsioni della direttiva, essendo la materia del c.d. «*whistleblowing*», già regolata, sia per il settore pubblico che per il settore privato¹. Il legislatore, con il decreto, ha raccolto in unico testo normativo la disciplina relativa alla tutela della persona segnalante, conformandosi altresì alla direttiva «*whistleblowing*».

Lo scopo della direttiva europea, recepita nel nostro ordinamento dal decreto, è quello di disciplinare la protezione dei «*whistleblower*» (segnalanti), nell'ambito delle segnalazioni di violazioni del diritto dell'Unione o

delle normative nazionali, al fine di anticipare l'emersione di eventuali violazioni.

Per violazioni, secondo il decreto, si intendono tutti i comportamenti, atti od omissioni che ledono l'interesse pubblico o l'integrità dell'amministrazione pubblica o dell'ente privato. In particolare, secondo quanto precisato dal decreto, possono essere oggetto di segnalazione le violazioni che consistono in illeciti amministrativi, contabili, civili o penali, in condotte illecite rilevanti ai sensi del d.lgs. 231/2001, ovvero in violazioni del modello organizzazione e gestione, in illeciti che rientrano nell'ambito di applicazione degli atti dell'Unione Europea e dei relativi atti nazionali attuativi, nonché in altri atti che sono specificamente elencati nell'art. 2, comma 1, nn. 3, 4, 5, 6 del decreto.

Per «informazioni sulle violazioni» devono invece intendersi le «*informazioni, compresi i fondati sospetti, riguardanti violazioni commesse o che, sulla base di elementi concreti, potrebbero essere commesse nell'organizzazione con cui la persona intrattiene un rapporto giuridico*».

Tra le novità di maggior rilievo introdotte nella disciplina del decreto vi è l'**obbligo di attivare un canale interno di segnalazione**, che offra garanzie di riservatezza dell'identità del segnalante, del contenuto della segnalazione e della relativa documentazione, anche tramite il ricorso a strumenti di crittografia. I motivi dell'istituzione di un canale interno sono stati evidenziati nella stessa direttiva, che ha considerato, sulla base di "studi empirici", che la maggior parte degli informatori tende, di norma, ad effettuare segnalazioni all'interno dell'organizzazione presso la quale lavora².

* Testo tratto dalla pubblicazione "Scritti in Onore di Renato Tobia e Paolo Tombolini", a cura di Antonio Caiafa, NEU-Nuova Editrice Universitaria, Roma, giugno 2024.

¹ Per il settore pubblico e per quello privato la materia era regolata, rispettivamente, dal d.lgs. 165/2001 (art. 54 *bis*) e dal d.lgs. 231/2001 (art. 6, comma 2 *bis* ss.), come modificati dalla legge 179/2017.

² Considerando n. 33 della direttiva.

Segreto professionale alla luce del d.lgs. 24/23 *whistleblowing* e il rispetto delle norme deontologiche negli organi sociali composti da professionisti tra cui l'organismo di vigilanza ex d.lgs. 231/01

Sicuramente, tale disciplina incide sull'attività dei liberi professionisti che svolgono anche attività di consulenza presso enti pubblici o privati o ricoprono incarichi negli organi aziendali quali, ad esempio, nell'organismo di vigilanza ai sensi del d.lgs. 231/01 o negli organi di controllo degli enti del terzo settore a cui potrebbe essere affidato il compito di gestire il canale interno di segnalazione.

Il segreto professionale

In questo ambito occorre necessariamente una riflessione sugli interessi tutelati dal decreto e sulle norme a cui si deve attenere l'avvocato nella propria professione, primo fra tutti l'obbligo del segreto professionale.

Preliminare a questa riflessione sono alcuni cenni sull'individuazione dei confini del segreto professionale al fine di valutare, nel prosieguo, la portata della disposizione di cui all'art. 1 comma 3 del decreto, a norma della quale *«Resta ferma l'applicazione delle disposizioni nazionali o dell'Unione europea in materia di: a) informazioni classificate; b) segreto professionale forense e medico; c) segretezza delle deliberazioni degli organi giurisdizionali»*.

Il contenuto del segreto professionale può essere individuato attraverso le norme deontologiche forensi.

L'art. 28³ del codice deontologico forense (approvato dal CNF il 31/1/2014 e poi modifi-

cato) prevede un contenuto ampio delle informazioni coperte dal segreto professionale il quale, infatti, verte *«sull'attività prestata e su tutte le informazioni che gli siano fornite dal cliente e dalla parte assistita, nonché su quelle delle quali sia venuto a conoscenza in dipendenza del mandato»*; segreto che perdura anche dopo la conclusione del mandato.

L'art. 2.3. della Carta dei principi fondamentali dell'avvocato europeo, approvato dal Consiglio degli Ordini Forensi Europei il 31/1/2008, offre ulteriori elementi utili che chiariscono la portata del segreto professionale. Infatti, da un lato, prevede che *«senza la garanzia della riservatezza, non può esserci fiducia. Il segreto professionale è dunque riconosciuto come un diritto e un dovere fondamentale e primario dell'avvocato»*, dall'altro, indica che il segreto *«è volto a tutelare sia gli interessi dell'amministrazione della giustizia che quelli del cliente. È per questo che esso gode di una*

³ **Art. 28 – Riserbo e segreto professionale**

1. È dovere, oltre che diritto, primario e fondamentale dell'avvocato mantenere il segreto e il massimo riserbo sull'attività prestata e su tutte le informazioni che gli siano fornite dal cliente e dalla parte assistita, nonché su quelle delle quali sia venuto a conoscenza in dipendenza del mandato.
2. L'obbligo del segreto va osservato anche quando il mandato sia stato adempiuto, comunque concluso, rinunciato o non accettato.

3. L'avvocato deve adoperarsi affinché il rispetto del segreto professionale e del massimo riserbo sia osservato anche da dipendenti, praticanti, consulenti e collaboratori, anche occasionali, in relazione a fatti e circostanze apprese nella loro qualità o per effetto dell'attività svolta.
4. È consentito all'avvocato derogare ai doveri di cui sopra qualora la divulgazione di quanto appreso sia necessaria:
 - a) per lo svolgimento dell'attività di difesa;
 - b) per impedire la commissione di un reato di particolare gravità;
 - c) per allegare circostanze di fatto in una controversia tra avvocato e cliente o parte assistita;
 - d) nell'ambito di una procedura disciplinare.
 In ogni caso la divulgazione dovrà essere limitata a quanto strettamente necessario per il fine tutelato.
5. La violazione dei doveri di cui ai commi precedenti comporta l'applicazione della sanzione disciplinare della censura e, nei casi in cui la violazione attenga al segreto professionale, l'applicazione della sospensione dall'esercizio dell'attività professionale da uno a tre anni.

Segreto professionale alla luce del d.lgs. 24/23 *whistleblowing* e il rispetto delle norme deontologiche negli organi sociali composti da professionisti tra cui l'organismo di vigilanza ex d.lgs. 231/01

speciale protezione da parte dello Stato» e quindi ricomprende “tutte le informazioni” riservate di cui venga a conoscenza l'avvocato nell'ambito della sua attività professionale.

Si è ritenuto, in ambito europeo, che il segreto professionale possa essere considerato «*quale valore fondamentale dello stato di diritto nell'Unione europea segnato da esigenze di protezione che trascendono le singole situazioni giuridiche soggettive di volta in volta coinvolte e non dovrebbe configurarsi come un diritto disponibile dal cliente, bensì come istituto giuridico complesso*»⁴.

La violazione dell'obbligo del segreto comporta dunque diverse conseguenze sia deontologiche sia, in alcuni casi, penali, nel caso di rivelazione del segreto professionale «*senza giusta causa*» ovvero con impiego del segreto «*a proprio o altrui profitto*», secondo quanto previsto dall'art. 622 c.p. (Rivelazione di segreto professionale).

Con riferimento a quest'ultima fattispecie, giova ricordare come la stessa punisca chiunque, avendo notizia, per ragione del proprio stato o ufficio, o della propria professione o arte, di un segreto, lo riveli, senza giusta causa, ovvero lo impieghi a proprio o altrui profitto, se dal fatto può derivare nocimento. Come si vede, trattasi di reato di pericolo, incentrato sulla rivelazione o sull'utilizzo di un segreto⁵,

concernente non solamente una professione (quale, ad esempio, quella forense), ma anche uno «stato», per tale dovendosi intendere, secondo la dottrina, «quella peculiare condizione giuridica o situazione sociale di appartenenza ad entità organizzative, intese in senso ampio, che comporta l'esercizio continuativo di una determinata attività – pur non professionale in senso stretto – a favore dei richiedenti», ricomprendendosi così nell'ambito di applicazione dell'art. 622 c.p. e del successivo art. 623 c.p. anche la violazione del c.d. segreto aziendale, inteso come relativo, fra le altre cose, all'organizzazione dell'impresa, alle pratiche commerciali, alla situazione economico-finanziaria dell'azienda, alla qualità della materia prima lavorata, ai prezzi di vendita, etc.⁶.

La stessa giurisprudenza, peraltro, ha avuto modo di affermare, sebbene non recentemente, che commette il reato di cui all'art. 622 c.p. anche l'impiegato di una società che trasmetta notizie segrete riguardanti la propria azienda, nell'ambito di una gara d'appalto, a vantaggio di altra società poi aggiudicataria della gara⁷.

La rivelazione del segreto ai sensi dell'art. 622 c.p. è tuttavia consentita in presenza di una «giusta causa», nozione su cui si tornerà *infra*.

⁴ Cfr. conclusioni dell'Avvocato generale Poiars Manduro dinanzi alla CGUE in causa C-305/05 (presentate il 14 dicembre 2006), in Consiglio Nazionale Forense, parere 9 maggio 2007, n. 9.

⁵ Da intendersi, secondo la dottrina, come dati o informazioni la cui conoscenza da parte di persone non autorizzate potrebbe arrecare danno alla persona o all'ente cui i dati o le informazioni attengono, dovendosi quindi trattare di dati o informazioni per i quali è riconoscibile al loro titolare un interesse positivamente apprezzabile alla segretezza, come peraltro si ricava dalla procedibilità a querela: in que-

sto senso, v. BORSARI-FALAVIGNA, *Whistleblowing, obbligo di segreto e «giusta causa» di rivelazione*, in *Riv. resp. amm. soc. enti*, 2/2018, 54. Del pari, v. anche Cass., Sez. VI, 19 aprile 1996-24 settembre 1996, n. 8635, nella quale si trova affermato che le notizie segrete sono quelle che riflettono situazioni soggettive di privati e delle quali colui che di esse è depositario in virtù del suo *status* professionale in senso lato (ufficio, professione o arte) deve assicurare la riservatezza.

⁶ *Ibidem*.

⁷ V. Cass. pen., 4 settembre 1985.

Segreto professionale alla luce del d.lgs. 24/23 *whistleblowing* e il rispetto delle norme deontologiche negli organi sociali composti da professionisti tra cui l'organismo di vigilanza ex d.lgs. 231/01

L'obbligo del segreto, quindi, si atteggia a un tempo come diritto e come dovere dell'avvocato, diritto-dovere che prevede solo "eccezionalmente" deroghe e che viene tutelato altresì, a livello processuale, dall'art. 200 del codice di procedura penale, nei casi di testimonianza dell'avvocato.

Per completezza occorre evidenziare che l'avvocato deve rispettare anche il dovere di riservatezza. La distinzione tra riservatezza e segreto, secondo autorevoli commentatori⁸ è "*una differenza di grado del bene tutelato, che sarebbe sempre lo stesso, consistendo nella riservatezza, intesa come modo di essere negativo della persona rispetto alla conoscenza altrui*".

Il segreto professionale e la riservatezza sono a tutela sia del cliente sia dell'avvocato, infatti quest'ultimo deve poter esercitare la propria attività senza il timore di subire limitazioni della propria indipendenza professionale, in quanto sa di potere, in determinati casi, opporre il segreto professionale.

Come si può notare, le norme deontologiche, da un lato, offrono una nozione ampia del segreto professionale e, dall'altro, estendono quest'ultimo a tutte le informazioni professionali, non solamente a quelle maturate in ambito giudiziale ma anche a quelle relative all'ambito stragiudiziale.

In tal senso, sia l'art. 13 dell'attuale codice deontologico, sia l'art. 6, comma 1 della legge professionale forense (legge n. 247/2012), affermano, con identica disposizione, che *«l'avvocato è tenuto, nell'interesse del cliente e della parte assistita, alla rigorosa osservanza del segreto professionale e al massimo riserbo su fatti e circostanze in qualsiasi modo*

apprese nell'attività di rappresentanza e assistenza in giudizio, nonché nello svolgimento dell'attività di consulenza legale e di assistenza stragiudiziale», aggiungendo in più l'art. 13 cit. anche l'espressione *«e comunque per ragioni professionali»*.

Le uniche eccezioni che devono considerarsi tassative, nelle quali l'avvocato ha la facoltà di divulgare quanto appreso in ragione del proprio mandato, sono quelle previste dall'art. 28 cod. deont., il quale prevede la possibilità di derogare al dovere di segreto professionale qualora la divulgazione sia necessaria *«a) per lo svolgimento dell'attività di difesa; b) per impedire la commissione di un reato di particolare gravità; c) per allegare circostanze di fatto in una controversia tra avvocato e cliente o parte assistita; d) nell'ambito di una procedura disciplinare»*.

L'obbligo del segreto professionale è previsto sia, come già detto, dalla legge professionale forense, sia dalla CEDU e di conseguenza gode di diverse tutele nell'ordinamento statale e sovranazionale.

Oltre alle note garanzie processuali in sede civile e penale i riflessi e le garanzie si rinvengono in diverse norme europee.

Una sintetica panoramica sul segreto professionale si rende necessaria in ambito europeo, tenuto conto che la normativa *whistleblowing* è l'attuazione di una direttiva europea.

Garanzie del segreto professionale in ambito europeo

Per valutare la portata del segreto professionale in ambito europeo è utile analizzare la nota sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea del 26 giugno 2007, in proc. 305/05, in materia di obblighi anticiclaggio imposti agli avvocati.

⁸ Cfr. S. MOBRICI, *Sub art. 13, A. CAIAFA* (a cura di), *Commentario del codice deontologico forense*, Roma, 2019, 69.

Segreto professionale alla luce del d.lgs. 24/23 *whistleblowing* e il rispetto delle norme deontologiche negli organi sociali composti da professionisti tra cui l'organismo di vigilanza ex d.lgs. 231/01

La Cour d'arbitrage belga aveva sottoposto alla Corte di giustizia la questione pregiudiziale se l'art. 1 della direttiva europea 2001/97/CE violasse il diritto di cui all'art. 6 della CEDU laddove impone anche agli avvocati l'inclusione nella sfera di applicazione della direttiva medesima, la quale, in sostanza, è volta a imporre alle persone fisiche e agli enti da essa contemplati l'obbligo di informare le autorità responsabili della lotta contro il riciclaggio di qualsiasi fatto che possa essere indizio di un siffatto riciclaggio.

Il ricorso era proposto sul presupposto che estendere agli avvocati l'obbligo di informare le autorità competenti qualora ravvisino fatti che sanno o sospettano essere connessi al riciclaggio di capitale arrecherebbe un pregiudizio ingiustificato ai principi del segreto professionale e dell'indipendenza dell'avvocato, i quali costituirebbero un elemento primario del diritto fondamentale di ogni singolo cittadino a un equo processo e al rispetto del diritto di difesa, in violazione dell'art. 6 CEDU⁹.

⁹ **ARTICOLO 6 - Diritto a un equo processo.** 1. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia. 2. Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata. 3. In particolare, ogni accusato ha diritto

In particolare, secondo il Consiglio dell'Ordine degli avvocati dell'Unione Europea, i principi citati (indipendenza e segreto professionale), contribuiscono alla fiducia del pubblico in tale professione, fiducia che non riguarda solamente taluni compiti particolari dell'avvocato, ma il complesso dell'attività professionale svolta da costui.

La Corte ha evidenziato che la direttiva 91/308, così come modificata dalla direttiva 2001/97/CE pone due limiti all'obbligo di informazione: il primo relativo all'obbligo solo nei limiti in cui i soggetti tenuti all'informazione partecipino a talune operazioni tassativamente elencate dall'art. 2 *bis* punto 5 e il secondo che emerge dall'art. 6 n. 3 par. 2 direttiva 91/308 da cui risulta «*che gli stati membri non sono tenuti ad imporre gli obblighi di informazione e di collaborazione degli avvocati con riferimento alle informazioni che ricevono da un loro cliente, o ottengono su di esso, nel corso dell'esame della posizione giuridica del loro cliente e dell'espletamento dei compiti di difesa o di rappresentanza di questo cliente in un procedimento, ove tali informazioni siano ricevute o ottenute prima, durante o dopo un procedimento stesso*».

di: (a) essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico; (b) disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa; (c) difendersi personalmente o avere l'assistenza di un difensore di sua scelta e, se non ha i mezzi per retribuire un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia; (d) esaminare o far esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico; (e) farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua usata in udienza.

Segreto professionale alla luce del d.lgs. 24/23 *whistleblowing* e il rispetto delle norme deontologiche negli organi sociali composti da professionisti tra cui l'organismo di vigilanza ex d.lgs. 231/01

L'importanza di tale esenzione, argomenta la Corte, è evidenziata dal diciassettesimo "considerando" della direttiva 2001/97, nel quale si afferma che «non sarebbe appropriato che la direttiva 91/308 imponga l'obbligo di comunicare eventuali operazioni sospette di riciclaggio a professionisti indipendenti che forniscono consulenza legale, i quali siano legalmente riconosciuti e controllati come, ad esempio, gli avvocati, qualora esaminino la posizione giuridica di un cliente o lo rappresentino in un procedimento giudiziario». In tale "considerato" viene dunque evidenziato come da tale esenzione si desuma «che la consulenza legale è soggetta a vincolo del segreto professionale, a meno che il consulente giuridico partecipi alle attività di riciclaggio dei proventi illeciti, che la consulenza sia fornita a fini di riciclaggio o l'avvocato sia a conoscenza che il cliente chiede consulenza giuridica ai fini del riciclaggio dei proventi illeciti».

Pertanto, entro tali limiti l'avvocato non ha l'obbligo di informazione alle autorità competenti per il contrasto al riciclaggio.

Secondo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, poi, la nozione di «*equo processo*» di cui all'art. 6 della CEDU è costituita da diversi elementi, i quali comprendono, specificatamente, i diritti della difesa, il principio di uguaglianza delle armi, il diritto di accesso alla giustizia, etc.

Di conseguenza, prosegue la CGUE nella sentenza in analisi, affermando che «l'avvocato non sarebbe in grado di svolgere adeguatamente il suo incarico di consulenza, di difesa e di rappresentanza del suo cliente, e quest'ultimo sarebbe, di conseguenza, privato dei diritti attribuitigli dall'art. 6, della CEDU, se l'avvocato stesso, nell'ambito di un procedimento giudiziario o della sua preparazione, fosse tenuto a col-

laborare con i pubblici poteri trasmettendo loro informazioni ottenute durante le consulenze giuridiche che hanno avuto luogo nell'ambito di tale procedimento».

La Corte ricorda che le operazioni elencate dall'art. 2 *bis* a cui partecipa un avvocato che assista i clienti, non rientrano nei limiti dell'obbligo citato in quanto, per regola generale, tali attività, a causa della loro stessa natura, si situano in un contesto che non è collegato ad un procedimento giudiziario e, pertanto, si pongono al di fuori dell'ambito di applicazione del diritto ad un equo processo.

Deve infatti essere chiarito che, come affermato nella sentenza *de qua*, «l'esonero all'obbligo implica una connessione con un procedimento giudiziario», connessione nella quale deve essere ricompresa anche «la consulenza sull'eventualità di intentare o evitare un procedimento, ove tali informazioni siano ricevute o ottenute prima, durante o dopo il procedimento stesso».

Di conseguenza, risulterebbe che fuori dai casi di un collegamento con procedimenti giudiziari e nell'ambito specifico delle operazioni di cui all'art. 2 *bis* punto 5 i professionisti dovrebbero attenersi all'obbligo di comunicazioni antiriciclaggio.

Come si può notare, il ragionamento della Corte si basa sul presupposto che il segreto professionale rientra tra quei diritti di cui all'art. 6 CEDU e quindi ha una tutela sia nazionale sia europea.

Il limite all'obbligo di comunicazione, che la Corte riconosce è dato dalla connessione tra l'attività svolta dall'avvocato e il procedimento giudiziario; al di fuori di questo caso sembra non sussistere la deroga e, di conseguenza, rimarrebbe l'obbligo di comunicare eventuali violazioni.

Segreto professionale alla luce del d.lgs. 24/23 *whistleblowing* e il rispetto delle norme deontologiche negli organi sociali composti da professionisti tra cui l'organismo di vigilanza ex d.lgs. 231/01

Norme deontologiche negli organi sociali composti da professionisti

Occorre brevemente analizzare come si conciliano le norme deontologiche dell'avvocato nel caso in cui quest'ultimo sia anche componente di un organo aziendale, quale, in particolare, l'organismo di vigilanza ex d.lgs. n. 231/2001.

È dunque necessario domandarsi in quale rapporto giuridico si inquadri un caso siffatto.

Autorevoli autori hanno sostenuto, che *«la dottrina maggioritaria, facendo leva sul particolare livello di diligenza richiesto nell'espletamento dell'incarico forense e, soprattutto, sul carattere eminentemente intellettuale della prestazione resa, propende per configurare il rapporto tra l'ente e il membro esterno dell'OdV come contratto d'opera intellettuale ex artt. 2229 ss. c.c., scartando le ipotesi del contratto di mandato semplice ex artt. 1703 ss. c.c. o dell'appalto di servizi ex art. 1655 c.c. si tratterebbe, pertanto, di un vero e proprio conferimento di incarico professionale, che – in quanto tale – risulterebbe soggetto alla disciplina prevista dalla normativa di settore e dai relativi codici deontologici»¹⁰.*

Ne consegue che, nei confronti dei membri dell'OdV appartenenti a determinati Ordini professionali, risulterebbero normalmente applicabili anche i doveri di segretezza e riservatezza stabiliti dalle relative leggi sull'ordine professionale o dai Codici deontologici¹¹.

Nel caso degli avvocati, quindi, come detto, rileverebbe innanzitutto l'art. 6 della legge sulla disciplina dell'ordinamento forense (l. 247/2012) – che fissa il dovere di segreto professionale – e poi ancora i già richiamati artt. 13 e 28 del codice deontologico forense, oltre ad altre norme del codice deontologico.

Di conseguenza e ancora, i membri esterni dell'organismo di vigilanza – qualora siano professionisti appartenenti a Ordini che stabiliscano autonomi doveri di segretezza e riservatezza – risulterebbero del pari soggetti altresì alla previsione di cui all'art. 622 c.p.¹².

Vi è tuttavia di più, in quanto, chiaramente, l'avvocato che rivesta il ruolo di membro dell'OdV non sarà solamente tenuto, ordinariamente, al rispetto delle ricordate disposizioni sul segreto professionale forense, bensì anche agli (probabilmente ulteriori) obblighi di riservatezza e segretezza che gravano sull'OdV in ragione della propria natura di organo aziendale. A tale riguardo, deve essere in particolare notato come anche sull'organismo di vigilanza insista il dovere di rispettare il segreto commerciale e industriale, il mancato ottemperamento di tale obbligo comportando la violazione dell'art. 2105 c.c. (Obbligo di fedeltà del prestatore di lavoro) nonché dell'art. 623 c.p. (Rivelazione di segreti scientifici o commerciali).

Con riferimento, in particolare, all'art. 2105 c.c., giova notare come, secondo la dottrina, la

¹⁰ V. BRUNI, *Gli obblighi di segretezza e riservatezza gravanti in capo ai membri dell'OdV*, in SANTORIELLO-DI FIORINO (a cura di), *L'organismo di vigilanza nel sistema 231*, Pisa, 2021, 160.

¹¹ Trattasi di tema non particolarmente approfondito in dottrina: v. al riguardo SANTORIELLO, *Attività dell'organismo di vigilanza e obbligo di segretezza in capo ai suoi componenti*, in *Resp. amm. soc. enti*,

4/2015, 109 ss.; GHINI, *OdV: obbligo di riservatezza e di tutela dei dati personali, segreto aziendale/professionale*, in *Resp. amm. soc. enti*, 1/2011, 249 ss., nonostante la sicura rilevanza pratica dello stesso, potendo la corretta delimitazione dell'obbligo del segreto influenzare la condotta dei membri dell'OdV sia all'interno dell'azienda sia, e soprattutto, verso l'esterno.

¹² V. sempre BRUNI, *Gli obblighi*, cit., 160 ss.

Segreto professionale alla luce del d.lgs. 24/23 *whistleblowing* e il rispetto delle norme deontologiche negli organi sociali composti da professionisti tra cui l'organismo di vigilanza ex d.lgs. 231/01

norma, nel disciplinare l'obbligo di fedeltà del prestatore di lavoro pubblico o privato, vieta a quest'ultimo la divulgazione di notizie attinenti all'organizzazione e ai metodi di produzione dell'impresa stessa (c.d. «segreto aziendale»), notizie fra le quali rientrano le acquisizioni e informazioni (tecniche, applicative, di esperienza), estrinseche e oggettive rispetto al prestatore e alla sua personalità, che attengono al patrimonio immateriale dell'impresa, nella sua organizzazione e nei sistemi di produzione adottati. Si ritiene, peraltro, che l'oggetto del divieto comprenda anche informazioni che, pur non avendo contenuto tecnico-specialistico, possono favorire la concorrenza a danno dell'impresa del datore di lavoro¹³.

È dunque del tutto evidente che anche i membri dell'OdV non possano dirsi estranei al contenuto di un obbligo di riservatezza che abbia ad oggetto tali delicate informazioni aziendali.

Insomma, sembra che, in sostanza, l'avvocato che sia membro dell'OdV rivesta una duplice veste, essendo tenuto al rispetto sia del segreto professionale forense, sia del segreto aziendale, in quanto pur sempre soggetto destinatario di flussi informativi delicati e certamente riservati all'interno dell'impresa.

Lo scopo del *whistleblowing* e i rapporti con il segreto professionale

La direttiva europea prevede, al “considerando” n. 26, che *«la presente direttiva non dovrebbe pregiudicare la protezione della riservatezza delle comunicazioni tra avvocati e i loro clienti (“segreto professionale forense”) prevista dal diritto nazionale e, ove applicabi-*

le, dal diritto dell'Unione, in conformità della giurisprudenza della Corte». Pertanto, la stessa direttiva consiglia, sia per gli avvocati che per i professionisti sanitari, di rispettare le norme deontologiche sul segreto professionale.

Peraltro la stessa direttiva prevede (considerando n. 28) che *«pur prevedendo, a determinate condizioni, un esonero limitato della responsabilità – compresa la responsabilità penale – in caso di violazione della riservatezza, la presente direttiva dovrebbe lasciare impregiudicate le norme nazionali di procedura penale, in particolare quelle volte a salvaguardare l'integrità delle indagini e dei procedimenti o i diritti della difesa delle persone coinvolte»*.

Infine, viene previsto che (considerando n. 37) *«Ai fini dell'applicazione efficace del diritto dell'Unione la protezione dovrebbe essere concessa al maggior numero possibile di categorie di persone che, cittadini dell'Unione o di paesi terzi, per le loro attività professionali, indipendentemente dal tipo e se si tratti di attività remunerate o meno, hanno un accesso privilegiato a informazioni sulle violazioni che è nell'interesse del pubblico segnalare e che sono a rischio di ritorsioni in caso di segnalazione. Gli Stati membri dovrebbero adoperarsi affinché la necessità della protezione sia stabilita tenendo conto di tutte le circostanze pertinenti e non solo della natura della relazione, così da coprire l'insieme delle persone collegate in senso ampio all'organizzazione in cui si è verificata la violazione»*.

La direttiva, come si accennava, è stata recepita con d.lgs. 24/2023, per ciò che interessa, prevedendo all'art. 1 comma 3, relativo all'ambito di applicazione oggettiva, che *«resta ferma l'applicazione delle disposizioni nazionali o dell'Unione europea in materia di:*

¹³ V. *sub* art. 2105, in CIAN-TRABUCCHI (a cura di), *Commentario breve al codice civile*, Padova, 2014.

Segreto professionale alla luce del d.lgs. 24/23 *whistleblowing* e il rispetto delle norme deontologiche negli organi sociali composti da professionisti tra cui l'organismo di vigilanza ex d.lgs. 231/01

a) informazioni classificate, b) segreto professionale forense e medico, c) segretezza delle deliberazioni degli organi giurisdizionali».

La stessa relazione illustrativa al decreto prevedeva che *«rimane esclusa nell'ambito di applicazione della direttiva ... la protezione delle informazioni classificate, del segreto professionale forense e medico e delle deliberazioni degli organi giudiziari, nonché le norme di procedura penale».*

Coerentemente con questa disposizione l'art. 20 del decreto relativo alle *«limitazioni della responsabilità»* ha previsto, al comma 1, che *«Non è punibile l'ente o la persona di cui all'art. 3 che riveli o diffonda informazioni sulle violazioni coperte dall'obbligo di segreto, diverso da quello di cui all'articolo 1 comma 3».* Prosegue l'articolo (ai commi 2 e 3) prevedendo per i casi di cui all'art. 1 l'esclusione altresì di ogni ulteriore responsabilità anche di natura civile o amministrativa e, *«salvo che il fatto costituisca reato, l'ente o la persona di cui all'articolo 3 non incorre in alcuna responsabilità, anche di natura civile o amministrativa, per l'acquisizione delle informazioni sulle violazioni o per l'accesso alle stesse».*

Infine, specifica al comma 4 che *«in ogni caso, la responsabilità penale e ogni altra responsabilità, anche di natura civile o amministrativa, non è esclusa per i comportamenti, gli atti o le omissioni non collegati alla segnalazione, alla denuncia all'autorità giudiziaria o contabile o alla divulgazione pubblica o che non sono strettamente necessarie a rivelare la violazione».*

In sostanza l'avvocato è comunque tenuto a rispettare il segreto professionale e, in caso di eventuale segnalazione *whistleblowing* avente ad oggetto informazione coperta dal

segreto professionale, non godrebbe di alcuna limitazione della responsabilità prevista dall'art. 2 che, coerentemente, esclude dalla non punibilità le informazioni di cui all'art. 1 comma 3 il quale richiama, come detto, proprio le disposizioni nazionali ed europee sul segreto professionale che, in virtù della legge professionale, rientrano le norme del codice deontologico relative al segreto professionale.

Di conseguenza, un'eventuale segnalazione che abbia ad oggetto informazioni sul segreto professionale, potrebbe essere sottoposta alle norme deontologiche (art. 28 cod. deont.), penali (art. 622 c.p.) e processuali (art. 200 c.p.p.).

Le stesse Linee guida ANAC in materia di *whistleblowing*¹⁴, nell'evidenziare la norma del decreto anzidetta, affermano che lo scopo è di *«proteggere la riservatezza delle comunicazioni tra gli avvocati e i loro clienti (segreto professionale forense)»* prevista dal diritto dell'Unione e dal diritto nazionale», richiama una serie di norme tra cui l'art. 200 c.p.p. (segreto professionale), l'art. 622 c.p. (rivelazione di segreto professionale), e gli artt. 13 (dovere di segretezza e riservatezza) e 28 (riserbo e segreto professionale) del codice deontologico forense.

Si evidenzia, infine, che l'art. 1, comma 3, d.lgs. n. 24/2023 fa salvo solamente il segreto professionale per le professioni forensi e mediche e non per altre professioni, quali, ad esempio, i commercialisti.

La previsione di cui all'art. 1, comma 3, cit., dunque, ha rappresentato una sicura novità rispetto al regime previgente in materia di *whistleblowing*, il quale, infatti, come noto, conteneva invece un'espressa disposizione

¹⁴ V. ANAC, delibera n. 311 del 12 luglio 2023.

Segreto professionale alla luce del d.lgs. 24/23 *whistleblowing* e il rispetto delle norme deontologiche negli organi sociali composti da professionisti tra cui l'organismo di vigilanza ex d.lgs. 231/01

volta a qualificare la segnalazione effettuata nell'interesse all'integrità delle amministrazioni (pubbliche o private), nonché alla prevenzione e repressione delle malversazioni quale giusta causa di rivelazione delle notizie coperte dal segreto d'ufficio, professionale, scientifico, industriale e aziendale.

Ci si riferisce, come noto, all'art. 3, l. n. 179/2017, espressamente abrogato dall'art. 23, d.lgs. n. 24/2023, il quale prevedeva appunto – con disposizione comune al settore pubblico e a quello privato – che nelle ipotesi di segnalazioni o denunce effettuate nelle forme e nei limiti stabiliti dagli artt. 54 *bis*, d.lgs. 165/2001 per il settore pubblico e 6, d.lgs. 231/2001 per il settore privato, il perseguimento dell'interesse all'integrità delle amministrazioni pubbliche e private, nonché alla prevenzione e alla repressione delle malversazioni, costituisce giusta causa di rivelazione di notizie coperte dall'obbligo del segreto, con riferimento alle fattispecie di reato di cui agli artt. 326 (Rivelazione ed utilizzazione di segreti d'ufficio), 622 (Rivelazione di segreto professionale) e 623 (Rivelazione di segreti scientifici o industriali) c.p., oltreché in relazione all'obbligo di fedeltà del dipendente di cui all'art. 2105 c.c. (art. 3, comma 1, l. 179/2017).

La disciplina non si applicava, tuttavia, ai rapporti di consulenza o di assistenza (art. 3, comma 2, l. 179/2017), oppure nel caso in cui il segreto fosse rivelato con modalità eccedenti rispetto alle finalità dell'eliminazione dell'illecito e, in particolare, al di fuori del canale di comunicazione specificamente predisposto a tal fine (art. 3, comma 3, l. 179/2017).

Nel regime previgente, quindi, purché la segnalazione integrasse i requisiti di cui al citato art. 3 (e cioè fosse realizzata nell'interesse

all'integrità delle amministrazioni pubbliche e private, nonché alla prevenzione e alla repressione delle malversazioni), la stessa poteva essere considerata «giusta causa» di rivelazione del segreto, sottraendo il *whistleblower* dalle conseguenze penali che normalmente conseguono alla violazione del segreto medesimo.

L'abrogazione dell'art. 3, l. n. 179/2017 – in uno con la ricordata espressa clausola di salvezza della disciplina vigente in materia di segreto professionale forense (art. 1, comma 3, d.lgs. n. 24/2023) – dovrebbe pertanto condurre l'interprete a ritenere che, oggi, la segnalazione *whistleblowing* non possa più rappresentare una giusta causa di rivelazione del segreto forense (in disparte la problematica, non di interesse in questa sede, circa la minore ampiezza dell'art. 1, comma 3 rispetto al novero dei segreti prima derogabili ai sensi dell'art. 3, l. n. 179/2017), chiare essendo in questo senso e la volontà del legislatore e la *littera legis*, avendo la nuova disciplina non solamente, in negativo, abrogato la qualificazione previgente della segnalazione quale giusta causa di rivelazione, ma avendo altresì, in positivo, riaffermato la piena applicabilità del segreto professionale.

Tutto ciò premesso, può tuttavia avanzarsi, in questa sede, una suggestione interpretativa concernente i rapporti fra la nuova disciplina del *whistleblowing* e la nozione di «giusta causa» ritraibile, per quanto di interesse, dall'art. 622 c.p.

Pur essendo, infatti, del tutto indiscutibile quanto appena detto circa l'impossibilità di ritenere che, oggi, nel vigore del d.lgs. n. 24/2023, la rivelazione del segreto effettuata per determinate meritevoli finalità possa qualificarsi *ex lege* come giustificata, essendo tale qualificazione stata abrogata dal legislatore,

Segreto professionale alla luce del d.lgs. 24/23 *whistleblowing* e il rispetto delle norme deontologiche negli organi sociali composti da professionisti tra cui l'organismo di vigilanza ex d.lgs. 231/01

non può tuttavia del pari tacersi di come – se le disposizioni del nuovo decreto non hanno fatto altro, in sostanza, che escludere la deroga introdotta dalla legge n. 179/2017 al generale regime del segreto professionale – a tale ultimo generale regime dovrà continuare a guardarsi, con la conseguenza che sarà operazione di interpretazione quella di valutare se vi possano essere i margini, di volta in volta, per qualificare una segnalazione *whistleblowing* quale giusta causa di rivelazione del segreto professionale ex art. 622 c.p.

Tale conclusione si impone in considerazione, in particolare, della più accreditata ermeneusi che si suole dare della locuzione «giusta causa», la quale, lungi dal richiamare meramente (e inutilmente) le sole cause di giustificazione tipizzate, deve essere invece interpretata quale riferimento ad altre cause, non tipizzate, oggettivamente meritevoli di considerazione ed idonee ad escludere l'illiceità della rivelazione¹⁵, nello specifico dunque in presenza di norme giuridiche che impongono o legittimano la rivelazione.

Di tale avviso è anche la giurisprudenza, avendo la Corte Costituzionale affermato che «*la clausola in questione non può essere ritenuta evocativa delle sole cause di giustificazione in senso tecnico – lettura che la renderebbe pleonastica, posto che le scriminanti opererebbero comunque, in quanto istituti di carattere generale*», svolgendo invece la «giusta causa» la funzione di «*valvola di sicurezza*» del sistema penalistico, «*evitando che la sanzione penale scatti allorché – anche al di fuori della presenza di vere e proprie cause di giustificazione – l'osservanza del precetto*

appaia concretamente 'inesigibile' in ragione, a seconda dei casi, di situazioni ostative a carattere soggettivo od oggettivo, di obblighi di segno contrario, ovvero della necessità di tutelare interessi confliggenti, con rango pari o superiore rispetto a quello protetto dalla norma incriminatrice, in un ragionevole bilanciamento di valori»¹⁶.

Conformemente, anche la Corte di Cassazione, sebbene in relazione alla diversa fattispecie di cui all'art. 616 c.p., che tuttavia contiene identica clausola, ha affermato che la disposizione in discorso opera come una sorta di scriminante aperta, rimandando a un concetto generico di giustizia, che il giudice deve determinare di volta in volta con riguardo alla liceità, sotto il profilo etico e sociale, dei motivi che determinano il soggetto ad un certo atto o comportamento¹⁷.

Conseguentemente, fermo quanto detto *supra*, non può escludersi del tutto che, nella singola fattispecie concreta, una segnalazione *whistleblowing* possa venire qualificata come «giusta causa» di violazione del segreto, sebbene l'art. 1, comma 3, d.lgs. n. 24/2023 riduca effettivamente al minimo tale possibilità, non escludendola però del tutto, dal momento che fa riferimento all'applicazione delle disposizioni nazionali in materia di segreto professionale, fra le quali, invero, rientra anche la scriminante aperta della giusta causa.

Conclusioni

In conclusione la disciplina sul *whistleblowing* non sembra avere apportato modifiche o deroghe al diritto-dovere del segreto profes-

¹⁵ In tal senso, v. BORSARI-FALAVIGNA, *Whistleblowing*, cit., 49.

¹⁶ V. Corte cost., 13 gennaio 2004, 5, in *Giur. cost.*, 2004, 80 ss.

¹⁷ V. Cass., Sez. V, n. 52075 del 29/10/2014, Rv. 263226.

Segreto professionale alla luce del d.lgs. 24/23 *whistleblowing* e il rispetto delle norme deontologiche negli organi sociali composti da professionisti tra cui l'organismo di vigilanza ex d.lgs. 231/01

sionale forense, in quanto esclude esplicitamente che la tutela del *whistleblowing* si applichi al segreto professionale.

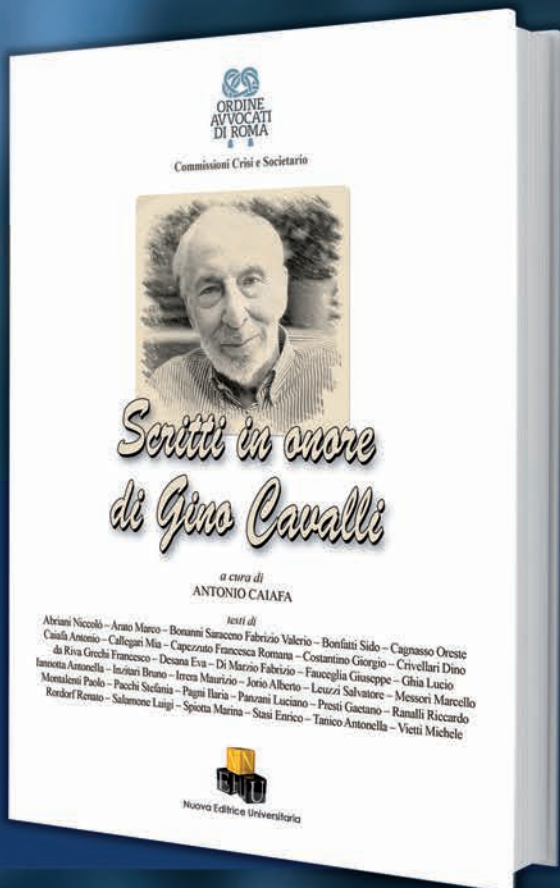
Al contrario, sembra che la nuova disciplina abbia definitivamente superato la precedente deroga al segreto professionale prevista dall'art. 3, legge n. 179/2017. Pertanto, qualsiasi segnalazione interna avente ad oggetto il segreto professionale non dovrebbe essere trattata come segnalazione *whistleblowing* e non dovrebbero dunque trovare applicazione, tra l'altro, le garanzie e le tutele per il segnalante. Diversamente, infatti, si creerebbe un corto circuito se il sistema di *whistleblowing* potesse essere utilizzato per aggirare il diritto al segreto professionale.

Come si è detto, questa conclusione – se non può dirsi contestabile in nessun caso con riferimento alla rilevanza deontologica della violazione del segreto – potrebbe comunque essere mitigata, in concreto, dalla perdurante operatività, sul piano penale, della clausola di giustificazione atipica della «giusta causa» di cui all'art. 622 c.p., la cui applicazione non è esclusa *in toto* dall'art. 1, comma 3 del decreto.

Giacomo Scicolone
Avvocato del Foro di Roma
Componente Commissione Deontologica



TEMI ROMANA
Rivista Giuridica



33 autori **700** pagine
1048 note

Abriani Niccolò
Arato Marco
Bonanni Saraceno Fabrizio Valerio
Bonfatti Sido
Cagnasso Oreste
Caiafa Antonio
Callegari Mia
Capezzuto Francesca Romana
Costantino Giorgio
Crivellari Dino

Da Riva Grechi Francesco
Desana Eva
Di Marzio Fabrizio
Fauceglia Giuseppe
Ghia Lucio
Iannotta Antonella
Inzitari Bruno
Irrera Maurizio
Jorio Alberto
Leuzzi Salvatore
Messori Marcello

Montalenti Paolo
Pacchi Stefania
Pagni Ilaria
Panzani Luciano
Presti Gaetano
Ranalli Riccardo
Rordorf Renato
Salamone Luigi
Spiotta Marina
Stasi Enrico
Tanico Antonella
Vietti Michele

15 autori **200** pagine
198 note



Riziero Angeletti
Carlo Arnulfo
Sandra Aromolo
Stefano Bartolomei
Antonio Caiafa

Paola Carello
Vincenzo Comi
Patrizia Corona
Antonella Lo Conte
Mario Mazzeo

Giulio Micioni
Saveria Mobrìci
Vincenzo Alberto Pennisi
Giacomo Scicolone
Marco Tocci



1° CONGRESSO

GIURIDICO FORENSE DEL LAZIO

19-20 SETTEMBRE 2024

Il Futuro della Giustizia ed
il ruolo dell'Avvocatura



8 GIUGNO 1874
ISTITUZIONE DEGLI ORDINI FORENSI
DA 150 ANNI A DIFESA DEI DIRITTI

UOFL
**UNIONE DEGLI ORDINI
FORENSI DEL LAZIO**

AUDITORIUM CONCILIAZIONE
VIA DELLA CONCILIAZIONE, 4 - ROMA

CON LA PARTECIPAZIONE
E IL PATROCINIO DI:



**REGIONE
LAZIO**



Città metropolitana
di Roma Capitale

ROMA

