

IL CONTRATTO DI ADVISORING E LA RILEVANZA "CIVILISTICA" DELLA CAUSA DI REGOLAZIONE DELLA CRISI

THE ADVISORY CONTRACT AND THE CIVIL LAW RELEVANCE OF THE CRISIS MANAGEMENT'S CONSIDERATION

DANILO GALLETTI

Professore ordinario di Diritto commerciale nell'Università degli Studi di Trento

Abstract: Lo scritto prende in esame il contenuto socialmente tipico del contratto di *advisoring*, e considera come la funzione regolatoria della crisi, e la esigenza di tutelare l'interesse della Massa creditoria, modifichino l'applicazione dei principali istituti civilistici. In particolare viene esaminata la fattispecie delle prestazioni rese *in équipe*, ove ciascun membro del *team*, nel coordinarsi con gli altri, deve farsi carico di obblighi minimali di controllo della prestazione altrui a tutela dei creditori. Vengono poi prese in considerazione la particolare posizione dell'*advisor* legale indicato dalle banche, e le clausole che determinano il corrispettivo *à forfait*.

Abstract: *The paper examines the socially typical content of the advisory contract, and considers how the crisis management's aim, and the need to protect the interest of the creditors, modify the application of the main civil law institutes. In particular, the case of the services rendered as a team is examined, where each member of the team, in coordinating with each other, must undertake minimal obligations to control the performance of the others, to protect creditors. The particular position of the legal advisor indicated by the banks and the clauses that determine the "lump sum" payment are finally taken into consideration.*

Sommario: 1. Premessa. – 2. Il contenuto socialmente tipico della prestazione dell'*advisor*. – 3. (*Segue*): la rilevanza degli interessi della Massa creditoria. – 4. Il rilievo dell'interesse dedotto nella prestazione da rendere *in équipe*. – 5. Prassi aberranti: l'*advisor* legale indicato dal ceto bancario. – 6. (*Segue*): tecniche negoziali di commisurazione del compenso.

1. Premessa

Le recenti innovazioni nell'ambito del diritto concorsuale, con l'introduzione

prima della composizione negoziata (D.L. n. 118/2021), e poi con la “rivisitazione”, in chiave unionale (leggi Direttiva *Insolvency*), del D.Lgs. n. 14/2019 (di seguito, solo “CCII”), hanno riportato sicuramente in primo piano gli aspetti “negoziali” relativi alla funzione regolatoria della crisi.

Non si tratta soltanto di una maggiore enfasi riposta nelle soluzioni “negoziali”, che assecondi mutamenti nella percezione degli interessi sottesi alla crisi, o l’emersione di una maggiore fiducia nell’utilizzo di moduli “privatistici”, rispetto alla tradizionale dicotomia che tradizionalmente collocava al primo piano della “piramide” gli aspetti di natura pubblicistica¹.

Le novità sono infatti anche di carattere “istituzionale” ed attengono a profili di carattere “sostanziale”.

Se infatti il piano dell’accordo privatistico, della sua negoziazione e del suo contenuto era prima d’ora collocato prevalentemente sullo sfondo, come un dato acquisito, un semplice presupposto fattuale per l’applicazione di norme prevalentemente destinate a regolare gli aspetti processuali e procedurali, il diritto riformato si interessa invece direttamente del percorso che conduce alla negoziazione del contratto che regola (o contribuisce a regolare) la crisi, istituisce una cornice istituzionale che ospita gli attori della negoziazione, e mette a disposizione una figura, parimenti “istituzionale”, che svolge prevalentemente un ruolo propulsivo in tale direzione².

Le norme tuttavia non si interessano solo della cornice “procedimentale”: esse infatti dettano anche disposizioni di carattere sostanziale, che definiscono non solo doveri formali di comportamento delle parti durante la negoziazione, ma anche doveri di condotta, che attengono al contenuto degli accordi che attraverso tali strumenti si vanno a proporre, a valutare, ed infine ad accettare o rifiutare.

Il richiamo generale alla “buona fede”, declinato anche in obblighi di comportamento specifici, che attengono non solo alla condotta delle parti durante la trattativa, ma anche a tutti i variegati profili che entrano comunque nel fuoco dell’interesse delle stesse (come la stessa gestione dell’impresa), non può allora essere svalutato, o considerato addirittura “pleonastico”, siccome ripetitivo di precetti già caratteristici del diritto dei contratti e delle obbligazioni (artt. 1175-1375 c.c.; sarebbe questa, infatti, a mio sommesso avviso, una grave deformazione e sottovalutazione della portata della Riforma.

In prima battuta si tratta in realtà di una “buona fede” che non intermedia il rapporto fra debitore e creditore costituito dalla fonte del credito originario: la relazione giuridica rilevante a tal fine è anzi quella che sorge dalla prospettata esigenza di

¹ Cfr. un lavoro ormai “classico”: M. FABIANI, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, Torino, 2009, *passim*.

² Si v. in tale prospettiva di recente A. MONORITI, *Composizione negoziata delle crisi d’impresa o negoziazione per la rigenerazione d’impresa?*, in www.ilfallimentarista.it, 12 maggio 2022.

“ristrutturare” il rapporto, e dunque dalla partecipazione (libera o “spontanea”) del creditore alla trattativa; è quindi una “nuova” buona fede, che trova la sua fonte (anche) nella prospettazione del debitore di rinvenire una soluzione regolatoria della propria crisi.

Se la “buona fede”, nell’universo civilistico dei contratti, può imporre anche comportamenti non previsti ed estranei tanto al regolamento convenzionale quanto al dettato normativo positivo, ciò avviene sempre, secondo l’orientamento del diritto “vivente”, nei limiti in cui ciò di cui si onera la parte non ecceda la dimensione del sacrificio “apprezzabile” del proprio interesse, come dedotto nel rapporto.

Vi è in genere una certa resistenza, almeno secondo gli orientamenti “tradizionali”, a concepire un obbligo contrattuale, generato dalla sola buona fede, che abbia ad oggetto la rinuncia a diritti o facoltà, poiché tale modificazione diretta della propria sfera giuridica, anzi del proprio “patrimonio”, facilmente risulta costituire un sacrificio “apprezzabile”.

L’evoluzione del sistema, e la sempre maggiore concentrazione di energie intellettuali sul versante della “sopravvenienza”, *id est* dell’evento imprevisto e/o imprevedibile, che sconvolge l’equilibrio programmato del rapporto³, è apparsa però nel tempo sempre più capace di operare come un grimaldello, idoneo a modificare o addirittura sovvertire quell’assetto ideologico.

Di fronte alla crisi del proprio debitore, “sopravvenienza” di certo disvolta, ma anche non certo “imprevedibile”, il sistema misura ora la esatta dimensione della sua elasticità.

Albeggia ormai la convinzione per cui l’entità del sacrificio “accettabile” sarebbe costituita, ai nostri fini, da qualsiasi proposta che oltrepassi l’aliquota del “valore di liquidazione” del patrimonio del debitore corrispondente alla pretesa del creditore, il quale quindi, in tale prospettiva, si troverebbe a dover accettare, a pena di assumere altrimenti una specifica responsabilità “contrattuale” (ma fondata sul “contatto sociale” intrinseco alla partecipazione alla “trattativa” col debitore).

Ritengo tuttavia che tale prospettiva si fondi su di un fascio di equivoci concettuali, inerenti soprattutto all’idea per cui il “*surplus*” della ristrutturazione non dovrebbe comunque appartenere al creditore, laddove persino la recente (ed a mio av-

³ Cfr. per tutti F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996; ma v. anche M. AMBROSOLI, *La sopravvenienza contrattuale*, Milano, 2002; F. GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2002; e poi ancora più di recente A. ROMEO, *Recesso e rinegoziazione*, Pisa, 2019; C.A. GIUSTI, *La gestione delle sopravvenienze contrattuali, rinegoziazione e intervento giudiziale*, Napoli, 2019; sino alla emanazione dell’art. 91 D.L. n. 18/2020, che ha introdotto il 6°-bis comma dell’art. 3 del D.L. n. 6/2020, conv. in L. n. 13/2020 (“*il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è sempre valutato ai fini dell’esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore*”), imposto dalla “crisi CoVid-19”, che sembra imporre un modello molto più “attenuato” di quello tradizionale in ordine alla valutazione della concreta “esigibilità” della prestazione, persino parrebbe di quella avente oggetto pecuniario.

viso improvvida) riforma del CCII in realtà non assegna tale *surplus* al debitore, bensì consente solo che lo stesso sia distribuito secondo modalità dissonanti dalla tradizionale priorità “assoluta” (APR). Paradossale del resto sarebbe pensare di alienare in tal modo integralmente tale *surplus* alla sfera del creditore, in un sistema che onera lo stesso di partecipare al tentativo regolatorio, laddove in precedenza proprio la possibilità per quest’ultimo di restare in disparte, facendo *free riding*, era ritenuto argomento sufficientemente demolitorio del paradigma tradizionale da parte dei sostenitori delle tesi più critiche del sistema della APR.

Anche l’efficienza delle nuove norme introdotte lascia particolarmente sgomenti, almeno per quanto mi concerne: la sopravvenienza della crisi, denunciata dal debitore, sanziona la rottura del rapporto di “fiducia formale” del creditore nel debitore, fondata sulla posizione di “diritto” di quest’ultimo (arg. *ex art.* 1372 c.c.); quella fiducia, al fine di evitare la soluzione liquidatoria, dovrà quindi essere “ricreata” dal debitore, e per questo il sistema mette a disposizione apposite piattaforme “istituzionali”, chiamate a contribuire e corroborare questo processo appunto di “rigenerazione della fiducia”; ritenere che ciò sia plausibile per mezzo della composizione negoziata della crisi, come essa è concepita dal D.L. n. 118, sostanzialmente trasfuso nel CCII, costituisce per me un atto di incredibile “ingenuità” (o, specularmente, di arroganza).

Ma non è questa la sede per tali disquisizioni, che devono essere rinviate ad altri momenti.

In questo contesto vale piuttosto la pena di riflettere sulla circostanza per cui l’inserimento, nella funzione economico- individuale del contratto, nella sua causa “concreta”, dello scopo di regolazione complessiva della crisi⁴, non può non influire sull’applicazione degli istituti “classici” del diritto civile, snaturando ed alienando quella componente relazionale, protesa alla ricerca di una corrispettività “bilaterale”, che è normalmente e “astrattamente” tipica dei contratti fra debitore e creditore.

L’inserimento di tale componente, tesa alla regolazione della crisi, in un atto di autonomia privata⁵, non può infatti che enfatizzare quegli elementi “cooperativi”, astrattamente rinvenibili nelle esigenze “solidaristiche”, sempre presenti in ogni atto di scambio, portando alla luce elementi “cooperativi”, ed esigenze di considerazione di interessi “alieni” da quelli delle parti dello scambio.

Non si tratta di condizioni veramente “nuove”, ma più che altro di elementi che le recenti riforme hanno consentito di portare alla superficie.

⁴ Cfr. F. DI MARZIO, *Il diritto negoziale della crisi d’impresa*, Milano, 2011, *passim*; più di recente *Crisi, contratti e ristrutturazione*, in www.dirittodellacrisi.it, 19 novembre 2021.

⁵ Cfr. la raccolta “pionieristica” di studi in F. DI MARZIO-F. MACARIO, *Autonomia negoziale e crisi d’impresa*, Milano, 2010; più di recente G. BEVIVINO, *Le “autonomie private” nel nuovo diritto dell’insolvenza*, Pisa, 2022, *passim*.

Il contratto interessato da tali “arricchimenti” funzionali può poi avere ad oggetto direttamente la relazione giuridica fra debitore e creditore/i, fra debitore e controparte contrattuale a fronte di prestazioni ripetute e complesse, oppure fra debitore ed *advisors*, officiati appunto di ricercare soluzioni regolatorie della crisi.

Quest’ultimo appare in particolare uno dei profili più negletti dalla letteratura e dallo scrutinio giurisprudenziale, profilo che le recenti innovazioni istituzionali possono invece giustamente portare “alla luce”.

2. Il contenuto socialmente tipico della prestazione dell’*advisor*

Il contratto che lega l’*advisor* all’imprenditore in crisi è innegabilmente un rapporto negoziale atipico, pur se collocato all’interno del contratto d’opera professionale.

In gran parte non tipizzato è d’altro canto anche l’unico contratto “essenziale”, la cui esecuzione è destinata a determinare in modo indefettibile le sorti della regolazione della crisi, quello che regola i rapporti fra lo stesso imprenditore e l’esperto “attestatore”; gli unici profili della disciplina legale infatti concernono le qualità soggettive del prestatore, il quale deve presentare i requisiti di “indipendenza” prescritti dal Legislatore, e poi l’oggetto dell’obbligazione assunta dal medesimo, che è definita a livello generale dall’art. 161 L. Fall., e trova poi specificazione nelle *leges artis* di settore.

Un corredo di regole tecniche assai utili, per valutare le condotte dell’*advisor*, e dunque anche indirettamente per apprezzare il contenuto concreto della sua prestazione, ritengo con certezza possa essere recepito nella letteratura che regola proprio l’attività dell’attestatore: così si ricorderanno i “*Principi di attestazione dei piani di risanamento*”, emanati il 6 giugno 2014, esplicitamente riconosciuti dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti, e recentemente aggiornati (v. la versione del 16 dicembre 2020); vi sono del resto diversi altri documenti di contenuto simile: il primo documento del CNDEC del 2006, il documento divulgato sempre dal CNDEC nel febbraio del 2009, e poi le c.d. “*Linee Guida di Firenze*”, nella versione in vigore del 2015, anch’esso riconosciuto dal CNDEC; senza dimenticare ovviamente l’ISAE 3400 (“*The Examination of Prospective Financial Information*”).

Tali documenti consolidano il sapere “tecnico” degli operatori, le *leges artis* relative alla “tecnica” di redazione delle attestazioni, codificando del resto prassi virtuose, ormai da tempo condivise dalla migliore pratica professionale.

Dunque essi non possono che finire per dettare regole valide anche per la *stessa redazione dei piani*, atteso che ciò che non è attestabile non corrisponde di certo al “tipo” legale del piano di risanamento; *un piano non attestabile*, insomma, è anche un piano *non correttamente redatto* dal suo estensore.

Non è forse casuale che le regole tecniche che guidano l'attività di chi è chiamato a verificare un documento "tecnico" siano state elaborate ed approfondite anche prima di quelle che governano la stessa redazione dell'oggetto della verifica: chi è investito di una "posizione di garanzia", a tutela di interessi generali o comunque "terzi", è infatti indotto ad approfondire il fuoco della propria attività in modo più specifico e "pressante", anche al fine di non incorrere in responsabilità.

Le *guidelines* elaborate dal "controllore" diventano così inevitabilmente un *benchmark* irrinunciabile per giudicare della sua attività, e così anche di quella dei controllati.

Sempre non casualmente, d'altro canto, i principi contabili (OIC) sono stati elaborati e perfezionati dopo le procedure di revisione contabile.

E allora dalle regole dettate per valutare la conformità del prodotto dell'attività del professionista agli *standards* tecnici di riferimento potrà ricavarsi indirettamente un cospicuo catalogo di elementi che costituiscono il contenuto "tipico" della prestazione caratteristica dell'esperto; e molto probabilmente anche delle sfere di interessi che debbono essere tutelate nell'ambito di tali attività negoziali.

Non parliamo allora di una tipicità "legale" di tali contenuti contrattuali, ma di una tipicità "sociale", conforme alle prassi universalmente riconosciute, conformi al risultato caratteristico della prestazione, *id est* all'obiettivo normalmente programmato dalle parti, che è quello della *regolazione della crisi*.

E comincia allora a scorgersi un possibile importante corollario di tale ricostruzione: poiché l'obiettivo programmato è costituito da una situazione circondata da rilevanti limiti dettati da norme di rango imperativo, è impossibile assumere che la prestazione dell'*advisor* non ne sia influenzata, che cioè le parti siano del tutto libere di conformare l'oggetto del contratto ai propri esclusivi interessi, senza farsi carico delle esigenze presupposte da quelle norme, *id est* di quella seriazione di interessi della cui tutela quelle disposizioni si fanno inderogabilmente carico.

Se una determinata modalità regolatoria della crisi non è consentita, e ciò è sancito da norme aventi carattere imperativo, addirittura di "ordine pubblico" (come appunto spesso si verifica nell'ordinamento settoriale in questione), allora non è plausibile assumere che le parti del contratto, tantopiù quando una di esse (il debitore) è fatalmente terminale di situazioni conflittuali e di incentivi potenzialmente in antitesi con quelle esigenze sposate dal sistema, possano fissare il contenuto dei propri rapporti liberamente, anche nella direzione di contemplare la possibile, od addirittura "programmatica" lesione di quegli interessi.

Osta a ciò la stessa necessità della valutazione della meritevolezza degli interessi tutelati dal contratto (art. 1322, 2° comma, c.c.), senza dimenticare che la nullità contrattuale può anche scaturire dalla violazione di precetti non già espliciti, bensì impliciti nel sistema (c.d. nullità virtuale: arg. *ex art.* 1418 c.c.).

In sintesi la anomia che caratterizza la disciplina espressa dell'*advisoring* non deve essere vista come una gabbia, che impedisca di trarre elementi di "tipicità"

circa il contenuto del rapporto, bensì come un fattore di grande elasticità, che autorizza ed anzi rende doverosa la ricostruzione dei contenuti del rapporto attraverso la ricognizione e l'esame degli aspetti funzionali del rapporto: gli obiettivi perseguiti anzi funzionalizzano il rapporto, indirizzando l'ambito delle opzioni contrattuali lecite, possibili e "meritevoli" nella direzione ambita dall'ordinamento settoriale del diritto della crisi, selezionando ed espungendo dal contenuto lecito gli obiettivi, i fini disvolti dallo stesso sistema normativo.

Le ricostruzioni dominanti in materia contrattuale, che enfatizzano gli elementi funzionali ed oggettivi rispetto a quelli meramente soggettivi, e che collocano in primo piano la causa "concreta" del negozio, visto nella sua idoneità a perseguire una determinata funzione "economico-individuale", che va anche al di là del contenuto denunziato dalle parti nel regolamento contrattuale esplicito, cospirano anzi al fine di conseguire tale risultato ermeneutico, armonizzando i termini che potrebbero apparire a prima vista fra di loro potenzialmente in collisione.

La distinzione "tradizionale" fra obbligazioni di mezzi e di risultato, benché decisamente recessiva ai giorni nostri, fornisce un altro importante ausilio interpretativo.

La letteratura giuridica, e prima ancora la giurisprudenza, hanno ormai fatto strame di una cattiva manualistica, che aveva voluto introdurre nella *vulgata* una lezione, che si voleva far risalire a Luigi Mengoni, ma in realtà a ben guardare in larga misura apocrifia (v. *infra*), secondo la quale si sarebbero dovuto distinguere le obbligazioni a seconda se esse avessero ad oggetto una prestazione *di mezzi* oppure *di risultato*.

L'asserto, se confermato dal diritto vivente, avrebbe potuto assumere *in subiecta materia* un rilievo non trascurabile: l'obiettivo della regolazione della crisi è infatti quantomai incerto, rimesso all'incidenza di fattori concausali difficilmente controllabili (si pensi solo al voto dei creditori nel concordato).

Nella realtà il pensiero del Maestro⁶ non pare esser mai stato nella direzione che la nostra manualistica ha segnato per decenni: a qualsiasi obbligazione deve infatti corrispondere una prestazione, e così un risultato percepito in termini di *idoneità* dell'attività del debitore a soddisfare l'interesse del creditore dedotto nel contratto⁷.

Nell'ambito delle obbligazioni c.d. di risultato normalmente l'erogazione da parte del debitore di uno sforzo adeguato consente al creditore di conseguire il risultato sperato: il prestatore dunque assume su di sé il rischio del mancato raggiungimento di tale obiettivo, salvo che non provi la causa che glielo ha reso impossibile (il c.d. *casus*).

Per talune prestazioni (definite "di mezzi") invece, caratterizzate da un'elevata

⁶L. MENGONI, *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi"*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, pp. 185 ss. e 280 ss.

⁷Cfr. Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577; più di recente Cass., Sez. Un., 31 dicembre 2021, n. 42093.

alea, per cui l'adempimento "diligente" non consente di escludere che il risultato finale sia comunque mancato, a causa dell'incidenza di fattori concausali esterni, il debitore non assume il rischio della mancata completa realizzazione del proprio interesse da parte del creditore; egli potrebbe nondimeno assumerlo in modo espresso e specifico, ciò che rientra nel fuoco del possibile impegno negoziale; ma in assenza di una tale pattuizione deve presumersi che le dimensioni dell'impegno assunto dal debitore corrispondano a ciò che risulta *socialmente* normale. Ciò non toglie tuttavia che il debitore assuma comunque l'impegno di erogare uno sforzo che sia almeno *astrattamente idoneo* a conseguire quell'interesse.

Dunque il debitore di una prestazione "di mezzi" non è scevro dall'aver garantito un "risultato", ma quest'ultimo è percepibile in termini di scopo "mezzo", la cui realizzazione consente almeno astrattamente di conseguire lo scopo "fine".

E il prestatore può liberarsi, ove il risultato sia mancato, anche provando positivamente di aver erogato lo sforzo esigibile, siccome *idoneo* a conseguire quell'effetto⁸; peraltro quella esigibilità va apprezzata, con riferimento alle prestazioni "professionali", in relazione ad una diligenza "qualificata", sanzionata nell'art. 1176, 2° comma, c.c.⁹, che trascende nella *perizia*¹⁰.

La distinzione può rivestire allora nella materia che ci occupa una rilevanza superiore a quella che viene percepita dalla dottrina "tradizionale": la "idoneità astratta" della condotta dell'*advisor* va apprezzata infatti con riferimento all'obiettivo finale, auspicato, ma estraneo al risultato "garantito", che coincide con la regolazione della crisi; l'*advisor* sarà adempiente se abbia erogato uno sforzo astrattamente idoneo al conseguimento di tale risultato finale¹¹; e non potrà dirsi invece tale, ponendosi anche un problema potenziale di disfunzionalità della causa "concreta" del negozio, quando fra le modalità concrete e programmate della prestazione trovino sede comportamenti contrastanti con divieti imperativi che attengono appunto al modo di conseguire l'obiettivo di regolazione della crisi.

⁸ La giurisprudenza di merito ha già enfatizzato la irrilevanza della natura "di mezzi" della prestazione dell'*advisor*, richiedendo comunque e quantomeno la *idoneità* della prestazione a conseguire il risultato programmato (cfr. Trib. Padova, 1° giugno 2017, Fall.to SiDi s.n.c., inedita; più di recente Trib. Padova, 9 marzo 2021, in www.ilcaso.it); e sanzionando la prestazione di tale professionista là dove "un'attività di controllo o, comunque, una più attenta considerazione della documentazione a disposizione, avrebbe dovuto portare a concludere per la impraticabilità della soluzione concordataria" (Trib. Vicenza, 26 settembre 2018, Fall.to Vimet, pure inedita).

⁹ *Ex multis* cfr. Cass. 22 marzo 2017, n. 7309; Id. 10 giugno 2016, n. 11906.

¹⁰ Sulla "*perizia esigibile dal professionista della crisi ... quella della completezza informativa e proporzionalità dell'apporto rispetto alla finalità della procedura concorsuale cui il debitore intende accedere*", cfr. ancora Cass., Sez. Un., n. 42093/2021, la quale si diffonde anche sulla "eccezionalità" dell'applicazione *in subiecta materia* dell'art. 2236 c.c., norma i cui presupposti, comunque debbono essere specificamente provati dal professionista (e v. anche Cass. 27 ottobre 2021, n. 30295).

¹¹ E v. in tal senso, esplicitamente, Cass. 27 ottobre 2021, n. 30295.

In questi casi si porrà in concreto un problema prima di nullità (al limite parziale) del negozio, poi di integrazione legale automatica del contenuto dello stesso (arg. ex artt. 1339-1374 c.c.), ed infine di correttezza dell'adempimento.

In un precedente studio dedicato sempre alla controversa (ed assai negletta) figura dell'*advisor*¹² mi ero soffermato in particolare sugli aspetti relativi all'inadempimento dello stesso; in questa sede invece intendo dedicarmi a problematiche sempre funzionali ma "strutturali" del rapporto contrattuale¹³.

¹² Cfr. *La responsabilità civile dell'advisor nel processo di regolazione della crisi*, in www.ilfallimentarista.it, 6 giugno 2019.

¹³ Non mi occuperò invece della problematica della natura prededucibile o meno del credito professionale dell'*advisor*: e ciò nonostante i recenti contrasti emersi in seno alla Suprema Corte in ordine ai casi ove la procedura concordataria "con riserva" abortisca, e non approdi all'ammissione ai sensi dell'art. 163 L. Fall., infine composti da Cass., Sez. Un., n. 42093/2021, cit. Lo "spinoso" tema sembrava aver rinvenuto un punto di equilibrio in una giurisprudenza di legittimità, finalmente in apparenza "stabile", per cui la prededuzione spetterebbe nei casi in cui l'attività del professionista si manifesti come "funzionale", e dunque sì *utile* ai creditori, ma in una prospettiva *ex ante*, senza possibilità di negare il beneficio esclusivamente in ordine ad un esame *ex post* della vantaggiosità della prestazione per la Massa (Cass. 5 dicembre 2016, n. 24791; Id., 10 gennaio 2017, n. 280; le pronunzie successive della S.C. sembravano dover essere intese nel solco di tale orientamento, al di là dell'impressione fuorviante che poteva trarsi dall'esame decontestualizzato di talune massime: v. Cass. 30 marzo 2018, n. 7974; Id. 16 maggio 2018, n. 12017; Id., 21 novembre 2018, n. 30114; Id., 19 febbraio 2019, n. 4859; Id., 28 ottobre 2019, n. 27538). Da ultimo, a tale orientamento è stata data esplicitamente continuità con la decisione n. 1961 del 28 gennaio 2021, emessa dalla VI Sezione civile. La ricorrenza, nella *ratio decidendi* di tali pronunzie, di un profilo teso alla ricerca nella fattispecie di una "utilità" per la Massa, da valutarsi tuttavia *ex ante* e non *ex post*, e non di una mera astratta funzionalità dell'attività prestata all'instaurazione di una procedura concorsuale, intesa come mera valutazione di astratta congruenza degli atti compiuti alla predisposizione degli atti strumentali alla sua apertura, sembrava ricollegabile alla volontà di non disincentivare così la condotta professionale dell'*advisor* (si v. su quest'ultima problematica, se si crede, *Prededuzione, revocatoria a tecniche basate sull'inefficiacia e sul risarcimento del danno*, in www.ilfallimentarista.it, 2015), senza tuttavia incentivare incongruamente anche l'opera che risultasse già *ab origine* insuscettibile di arrecare vantaggi economici alla Massa (ma in realtà soltanto al prestatore d'opera); essa appariva inoltre armonizzabile con il fatto che, sempre secondo la S.C., se il concordato fosse stato revocato per scoperta di atti di frode, il beneficio non sarebbe spettato comunque, ove la reticenza fosse stata nota od almeno percepibile dal professionista: evidentemente, infatti, sarebbe stata così rivelata successivamente una "inutilità" che tuttavia già sussisteva *ab origine*: cfr. Cass. 7 febbraio 2017, n. 3218; più di recente Cass. 2 luglio 2020, n. 13596; Id. 15 maggio 2020, n. 9027; in letteratura v. F. PANI, *Il credito prededucibile del professionista tra novità normative e giurisprudenziali*, in www.ilcaso.it, 15 novembre 2021. È vero tuttavia che talune più recenti pronunzie della I Sezione civile della stessa S.C. (Cass. 22 febbraio 2021, n. 4710; Id. 15 gennaio 2021, n. 639) erano addivenute consapevolmente a decisioni che contrastano con l'orientamento appena richiamato, predicando la necessità, ai fini del riconoscimento della prededuzione, che la procedura concordataria "vera e propria" fosse comunque aperta, attraverso l'emissione del decreto ex art. 163 L. Fall. Tale *revirement* sembrava tendere dunque da un lato a "svalutare" la natura "concorsuale" della fase concordataria "con riserva" (là dove, per la verità, a conclusioni differenti sembrava pervenuta la stessa S.C., peraltro a fini diversi, ad es. per fare applicazione del diritto intertemporale emanato a margine della mini-riforma del 2015, ove i concordati con riserva furono considerati appunto concordati preventivi già instaurati, e

Problematiche che vengono inevitabilmente ad impattare sull'accertamento delle ragioni creditorie del professionista, là dove il tentativo regolatorio abortisca, e si apra il concorso fallimentare, con conseguente verifica giudiziale del passivo.

3. (Segue): la rilevanza degli interessi della Massa creditoria

L'attività professionale "intellettuale" costituisce come è noto l'oggetto di un contratto peculiare, ove il debitore della prestazione principale, il professionista, è scelto ed "abilitato" dall'ordinamento per il possesso di conoscenze e competenze affatto speciali, acquisite nel corso di anni di studio e di "investimenti" non soltanto intellettuali¹⁴.

Vi è tuttavia una profonda ed ineliminabile asimmetria informativa fra cliente e professionista, proprio alla luce del *gap* informativo del primo, il quale si trova inevitabilmente in difficoltà nel valutare, sicuramente preventivamente, al momento di instaurare il rapporto, ma anche successivamente, dopo che il servizio è stato prestatato, l'operato del prestatore, e financo il suo "valore".

Ciò qualifica il prestatore, e così anche l'oggetto della sua prestazione, per l'inerenza del dovere di "cura" di interessi normalmente contrapposti; se l'obbligo accessorio di buona fede comporta comunque ed in generale che il contraente debba farsi carico della tutela dell'interesse della controparte, nella misura in cui ciò non lo esponga a sacrifici eccessivi, e dunque lo sforzo aggiuntivo richiesto sia "esigibile", quanto al contraente "qualificato", ed a cui favore operi una rilevante asimmetria informativa, tali *duties to take care* assumono una consistenza indubbiamente maggiore e peculiare.

E anche per tale ragione la determinazione del corrispettivo della prestazione non può essere lasciata puramente e semplicemente alla libertà delle parti (v. *infra*), ma deve incontrare delle limitazioni, che tutelino il cliente dal rischio di essere "soffratto" in sede di contrattazione ed anche di esecuzione del rapporto dallo "scalinio informativo" di cui il professionista beneficia.

quindi regolati dal diritto previgente, anche in ordine agli atti successivi, posti in essere dopo l'ammissione ex art. 163 L. Fall.), potenziando così la tutela della Massa creditoria, che non si troverebbe a dover sopportare costi oggettivamente riconosciuti (anche se *ex post*) come superflui; e dall'altro a valorizzare la portata in qualche modo "interpretativa" dell'art. 6, lett. c), D.Lgs. n. 14/2019 ("CCII"). Tale ultimo orientamento è risultato comunque nei fatti "vincente", grazie alla pronuncia delle Sezioni Unite, già più volte ricordata, in ordine alla quale v. già i commenti di G. NARDECCHIA, in *Fallimento*, 2022, p. 365 ss.; G. FICHERA, e anche L.A. BOTTAI-A. PEZZANO, in www.ilfallimentarista.it, 30 marzo 2022; F. CASA, in www.ilcaso.it, 24 gennaio 2022.

¹⁴ Cfr. in tema M. TESCARO, *Unitarietà e centralità del contratto d'opera nel panorama dei contratti di servizi*, Padova, 2017, *passim*, spec. p. 161 ss.

Ciò vale soprattutto, ma non solo, per la professione dell'avvocato, ove il Legislatore ha mostrato di voler mantenere in vita l'esistenza di limiti normativi rispetto alla libertà di individuazione del *quantum*, proprio con l'art. 13 del D.L. n. 142/2012, all'esito di un lungo e contorto processo di evoluzione legislativa, che ha conosciuto corsi e "ricorsi".

Ciò vale a maggior ragione nel contesto delle crisi d'impresa, ove da un lato le prestazioni richieste sono particolarmente sofisticate¹⁵; e dall'altro il cliente si trova in una situazione di particolare fragilità ed anche di "debolezza contrattuale" (tant'è vero che il Legislatore deve incentivare l'adesione del professionista alla richiesta del cliente con la prededuzione dei compensi, e con l'esenzione da revocatoria dei pagamenti).

L'ordinamento ha d'altro canto da tempo abbandonato l'idea tradizionale per cui l'equilibrio fra le prestazioni contrattuali non sarebbe in alcun modo sindacabile dal Giudice, se non con l'uso degli strumenti "impugnatori" del contratto, affetto da vizi genetici del consenso prestato o da una sperequazione rilevante come "lesione *ultra dimidium*", oppure da vizi funzionali della causa rilevanti sotto il profilo della sua risolvibilità per sopravvenuta impossibilità o onerosità "eccessiva" della prestazione.

Ciò è stato reso possibile dal ricorso, in particolare, da un lato alla buona fede in funzione non solo "integrativa", ma anche come principio "imperativo" ed idoneo a funzionalizzare l'attività dei contraenti, dall'altro appunto al concetto di causa "concreta" del negozio, sostrato funzionale non corrispondente al mero "tipo" astratto prescelto, ma anzi alla "sintesi" degli interessi dedotti dai contraenti nel negozio, come funzione "economico- individuale" del negozio.

In tal modo i caratteri concreti dell'operazione economica entrano a far parte della valutazione del Giudice, in funzione di tutela del contraente che sia stato vittima di una situazione che l'abbia indotto ad accettare una regolamentazione dei propri interessi palesemente sbilanciata e sproporzionata rispetto alla concreta esigenze di tutela dei *propri* interessi.

Ancora una volta ciò si verifica a maggior ragione nel settore della crisi d'impresa, ove il cliente "*distressed*", quando negozia col professionista, si trova in sostanza già a gestire *interessi non soltanto suoi*, essendo oramai prepotentemente comparsi sulla scena, ed in posizione predominante, gli interessi dei creditori, che sono messi a rischio dalla situazione oggettiva dell'impresa.

La materializzazione del pericolo per i creditori di non essere soddisfatti dunque determina da un lato l'insorgere di un obbligo per l'imprenditore di comportarsi in

¹⁵ A proposito della differente figura dell'attestatore, v. nella direzione di tratteggiare il profilo di un "*professionista non comune, specialista della materia, specificamente ingaggiato per (e dunque attrezzato a) esplicitare regole tecniche funzionali ... a tutelare in modo efficace l'interesse del committente, secondo una misura di diligenza notevole*" Cass. 4 maggio 2018, n. 10752.

modo “prudente” per non ulteriormente compromettere quegli interessi, che l’ordinamento reputa prevalenti rispetto a quelli del profitto, della libertà d’impresa e dell’autonomia privata; dall’altro vincola i privati altresì a non porre in essere patruzioni che per la loro struttura possano pregiudicare ulteriormente quei medesimi interessi.

Non è certo una novità del resto l’assunzione per cui il contratto di *advisoring* per la regolazione della crisi contempla sia pur implicitamente la deduzione dell’interesse dei creditori.

Tale stato di diritto, e l’assetto degli incentivi “legali” che possono determinare le scelte dell’amministratore della società in crisi, non possono certo essere ignorati dall’*advisor*, che è un professionista, lo sappiamo, chiamato ad una diligenza addirittura “notevole”.

Di conseguenza difficilmente l’*advisor*, ove agevoli l’operato dell’amministratore che pregiudichi l’interesse dei creditori¹⁶, privilegiando la prospettiva dell’azzardo morale, potrà liberarsi da responsabilità nei confronti di singoli creditori che siano risultati danneggiati da tale condotta.

Tale conclusione è più agevolmente predicabile quanto all’attestatore, ma in quel caso il contenuto della prestazione è conformato direttamente dalla Legge, mentre per l’*advisor* non sussiste una disciplina specifica: benché infatti anche l’attestatore sia legato alla società debitrice da un rapporto contrattuale, pare innegabile che nel fuoco degli interessi tutelati debbano essere collocati anche quelli dei creditori, alla cui tutela l’attestatore, eletto dal Legislatore come *gatekeeper*, è (anche) preposto.

Anche nell’ambito del rapporto contrattuale che lega l’*advisor* alla stessa, tuttavia, la conclusione pare poter essere diversa da quella “classica”, cui il diritto civile sembrerebbe dover condurre.

L’obbligazione del prestatore d’opera- *advisor*, infatti, non sembra possa essere valutata disgiuntamente dal suo contenuto *socialmente tipico*: e nello spettro del contenuto della prestazione di tale professionista rientra “normalmente” anche la tutela dell’interesse dei creditori.

La situazione sembrerebbe presentare interessanti omologie con talune applicazioni in tema di prestazioni sanitarie; il punto di contatto, assai suggestivo, è quello del “consenso informato” che si richiede in entrambi i mondi al cliente: il professionista è sempre chiamato a porre in essere un’attività tecnica, che presuppone nel destinatario un potere di scelta “consapevole” in ordine alle strategie.

¹⁶ Il tema dell’inerenza diretta agli obblighi di condotta degli amministratori degli interessi dei creditori, ed alla loro modulazione in relazione alla situazione finanziaria ed economica dell’impresa, non può essere qua neanche superficialmente indagato (v. anche *infra*); cu ciò peraltro mi soffermerò in un saggio, dedicato anche alle novità introdotte dall’art. 9 D.L. n. 118/2021 (e recepite ormai nel CCII, all’art. 21), cui faccio sin d’ora rinvio.

Vi è in particolare un essenziale punto di convergenza: anche il diritto delle prestazioni sanitarie conosce soggetti “terzi” rispetto alla relazione contrattuale che coinvolge il professionista, i cui interessi debbono essere tutelati: ad es. il nascituro nel contratto che la gestante stipula con la struttura sanitaria¹⁷; tali soggetti non debbono essere necessariamente “informati” dal prestatore (ciò avviene nei confronti del cliente, cioè della controparte contrattuale del professionista), eppure i loro interessi pure entrano nello spettro degli interessi che devono essere “protetti” nell’esecuzione del contratto, e dunque debbono ritenersi implicitamente “dedotti” in esso.

Si discorre per questi casi di contratti con effetti “protettivi” rispetto a terzi, i quali dunque trovano nel vincolo negoziale (di cui non sono parti) la fonte di un’obbligazione (*ex art. 1174 c.c.*) che li tutela, e che possono azionare in giudizio verso il prestatore; non si tratta di un contratto a favore di terzi (*art. 1411 c.c.*)¹⁸, benché si intraveda una responsabilità, pur sempre contrattuale, che deriva dal “contatto sociale” qualificato fra il terzo ed il prestatore.

I termini della peculiare relazione, come ricostruiti dalla giurisprudenza, presuppongono che in tali situazioni “determinati” terzi (identificabili *ex ante*) si trovino “tipicamente” esposti ad un *rischio di danno*, in occasione dell’esecuzione di un contratto *inter alios*, contratto col quale tali terzi entrino in “contatto” non occasionale.

Lo stesso, com’è evidente, parrebbe avvenire per il diritto concorsuale, relativamente all’interesse della Massa creditoria, rispetto al dipanarsi della relazione contrattuale fra il debitore in crisi e l’*advisor*.

Allo schema del contratto con effetti protettivi per i terzi ha del resto già fatto per la verità ricorso, *in subiecta materia*, con riferimento ai creditori concorsuali, un precedente di merito¹⁹, sia pur a proposito del problema limitrofo della spettanza della prededuzione al credito dell’*advisor*.

Pertanto, anche nell’ipotesi in cui ad es. l’*advisor* riceva espresse istruzioni da parte del “cliente” che abbiano ad oggetto una soluzione regolatoria della crisi *pregiudizievole* per i creditori (e determinata dall’azzardo morale del debitore, *rectius* dal soggetto

¹⁷ Cfr. Cass. 11 maggio 2009, n. 10741; Id. 29 luglio 2004, n. 14488, pur negandosi l’esistenza di un “diritto a non nascere”; più di recente v. Cass. 15 settembre 2020, n. 19188, in *Resp. civ. prev.*, 2021, p. 469 ss., con nota di V. NARDI, e nella giurisprudenza di merito Trib. Frosinone, 24 maggio 2016, in *www.deiure.it*; altre applicazioni del principio si rinvencono nel rapporto fra genitori, istituzione scolastica ed alunno per i danni autoinflitti da quest’ultimo: cfr. Cass., Sez. Un., 27 giugno 2002, n. 9346; si v. anche, per un caso non relativo alle prestazioni sanitarie, in cui il compratore di un immobile agiva per il risarcimento del danno cagionato da un professionista che, su incarico del venditore, aveva redatto un certificato attestante fatti non conformi alla realtà obiettiva, Trib. Avezzano, 2 gennaio 2017, in *www.deiure.it*.

¹⁸ Cfr. in materia di recente F. MITE, *Relatività degli effetti del negozio giuridico*, Pisa, 2020, *passim*.

¹⁹ Trib. Rovigo, 14 maggio 2015, in *www.ilcaso.it*.

economico di riferimento dello stesso), egli dovrà rifiutarsi di eseguirle, altrimenti i creditori godranno anche di una pretesa contrattuale (anche) verso il professionista.

Un'altra osservazione di stampo "civilistico" aiuterà forse a comprendere esattamente i reali termini della situazione: immaginiamo che le parti del contratto di *advisoring* abbiano consapevolmente inteso deviare dal contenuto "socialmente tipico" del contratto (che prevede, come abbiamo creduto di dimostrare, anche la considerazione dell'interesse dei creditori), esonerando esplicitamente il prestatore da qualsiasi tutela, valutazione o financo "ponderazione" dell'interesse della Massa concorsuale; che cioè le parti abbiano scientemente voluto assumere il rischio del pregiudizio al ceto creditorio, facendo prevalere quello del debitore, anche al limite di fronte al dilemma della "scommessa" (tipica dell'azzardo morale) fra bassa probabilità di recuperare l'investimento in capitale di rischio ed elevata probabilità di compromettere le ragioni dei creditori.

Ritengo che difficilmente tale pattuizione potrà superare il vaglio di compatibilità con l'art. 1322, 2° comma, c.c., e forse ancor prima non collidere con l'art. 1418 c.c., generando appunto un caso di nullità virtuale²⁰: la materia è connotata, come è noto, da norme di certa *imperatività*, in particolare da quelle che sanzionano penalmente le condotte di aggravamento del dissesto, anche in modo solo colposo (artt. 216-217 L. Fall.).

Potrebbe d'altro canto la gestante liberare preventivamente da responsabilità la struttura sanitaria per le condotte consapevolmente dannose per la salute del nascituro (e non già scriminate dallo "stato di necessità")? Non lo credo, proprio in forza della natura indisponibile di quell'interesse (arg. ex art. 32 Cost).

Il tema è già stato dibattuto *in subiecta materia* a proposito di problemi limitrofi,

²⁰ Cfr., espressamente in tal senso, di recente, Trib. Modena, 3 febbraio 2021, Fall.to SIF, inedita, ove si legge che "nell'ipotesi di contratti volti a risolvere la crisi di impresa, sebbene non siano contemplate obbligazioni di risultato, ciò che sono finalizzati a soddisfare è il risanamento della società che versa in stato di crisi che, come la stessa Cassazione ha affermato, deve avvenire secondo criteri di legalità che tengano in considerazione anche l'interesse dei creditori, principali soggetti interessati dalla crisi dell'impresa. Allora una clausola inserita in un contratto volto a risanare l'impresa che si ponga in palese contrasto con gli interessi dei creditori, comportando il sorgere di ingenti crediti in prededuzione indipendentemente dal contenuto dell'attività svolta dal professionista, non può che ritenersi nulla, in quanto in contrapposizione con la causa in concreto del predetto contratto. Gli interessi pubblicistici sottesi a tale tipo di contratti, suscumbibili nella categoria dell'ordine pubblico economico, includono la tutela dei creditori, che sono necessariamente soggetti coinvolti da ogni pattuizione contrattuale volta al risanamento dell'impresa e i cui interessi rientrano tra quelli che la causa in concreto del contratto sintetizza. Come rilevato correttamente dalla difesa della curatela, i creditori, pur non essendo parte dei contratti de quibus, ne subiscono gli effetti e da esso sono indirettamente tutelati, in quanto il contratto non può obliterare patentemente la loro protezione (si pensi alle conseguenze sanzionatorie previste nei confronti dell'imprenditore ex artt. 216, e 217 l.f.). In definitiva, laddove la funzione economico individuale del contratto sia quella di addivenire al risanamento dell'impresa, tale funzione, che rappresenta la causa in concreto del contratto, non può che essere il metro di paragone alla luce del quale valutare il summenzionato nesso di corrispettività".

ove l'affermazione della natura "imperativa" del diritto concorsuale ha sempre costituito l'approdo finale di tutte le digressioni interpretative: si pensi, a mero titolo di esempio, al *trust* "liquidatorio"²¹; ma anche alle pattuizioni che prevedono l'estensione dei privilegi da un creditore ad un altro, al fine di "comprare" l'astensione di questo dall'instare per il fallimento.

Dunque la deduzione dell'interesse della Massa, nell'oggetto del negozio di *advisoring*, deve ritenersi non solo socialmente tipica, ma altresì "necessaria", e se la prestazione del professionista che, sia pur col consenso del "cliente", ponga in essere tale condotta, non potrà considerarsi né "diligente" né "esatta", parimenti la determinazione del contenuto del negozio che defletta dalla funzione di incentivare correttamente la ricerca di una soluzione regolatoria della crisi genererà la nullità della pattuizione.

Ragionando in modo tradizionale, tuttavia, si intravede la tentazione ad individuare nel coacervo degli obblighi del professionista la necessità per lo stesso di tutelare, attraverso la propria prestazione ed il mandato professionale sottoscritto, esclusivamente l'interesse del proprio "cliente" (che peraltro dovrebbe essere la Società fallita, e non già le persone fisiche di cui la stessa è esponenziale), interesse espressamente percepito, nello schema del contratto di scambio, a prestazioni corrispettive, come "antitetico" rispetto a quello dei creditori.

Il contenuto e la funzione del contratto tuttavia, vengono così concepiti come funzionali solo asseritamente all'interesse del "cliente", ma in realtà essi lo sono soltanto con riferimento all'interesse del professionista, a percepire la massima retribuzione possibile per il proprio operato.

In tal modo tuttavia si confonde fra l'interesse del *singolo creditore*, che può trovarsi in contrasto non soltanto con l'interesse del debitore, ma anche con quello degli altri creditori²², e l'interesse della *Massa dei creditori*, che invece ha natura omogenea (e non potrebbe essere diversamente, posto che altrimenti esso non potrebbe essere oggetto di valutazione, nell'ambito delle norme che introducono il concetto fondamentale del "miglior soddisfacimento").

Se il singolo creditore può valutare il suo interesse personale come diretto ad ottenere una soddisfazione massima del proprio diritto, anche a discapito di quella degli altri, l'ordinamento invece valuta l'interesse della Massa come omogeneo, nella prospettiva della soluzione regolatoria della crisi, che è in grado di massimizzare l'interesse di gruppo, attraverso l'elaborazione di una proposta che appaia "sostenibile"; *id est*, l'interesse dei creditori come Massa può presupporre anche (e fre-

²¹ Cfr. Cass. 9 maggio 2014, n. 10105; e più di recente Cass. 10 febbraio 2020, n. 3128; cfr. anche I.L. NOCERA, *Trust e composizione negoziale della crisi d'impresa: causa in concreto, riconoscibilità e azione revocatoria*, in *Dir. fall.*, I, 2015, p. 640 ss.

²² Donde la fattispecie del conflitto di interessi ai fini del voto concordatario: cfr. Cass., Sez. Un., 28 giugno 2018, n. 17186, e v. ora l'art. 109 del CCII; più di recente Cass. 8 febbraio 2021, n. 2948.

quentemente) la riduzione dei propri diritti, ove ciò sia necessario per rendere la soluzione regolatoria complessivamente *sostenibile*²³.

Così, ciò che per il singolo può sembrare una imposizione del debitore (ed anche della maggioranza degli altri creditori) volta a diminuire la portata dei suoi diritti, per la Massa corrisponde invece ad una prospettiva di massimizzazione dell'interesse collettivo.

Il tema principale del diritto concorsuale, del resto, è notoriamente il problema dell'azione collettiva dei creditori.

E d'altro canto la giurisprudenza, soprattutto sovranazionale (Corte Europa dei diritti umani, Corte di Giustizia UE), ha negli ultimi decenni ben compreso che le soluzioni regolatorie della crisi, se legittime, in realtà non sottraggono ai creditori alcunché circa il contenuto dei loro diritti, posto che il valore "economico" di tali diritti è per definizione, in caso di crisi, fortemente ridotto rispetto al loro valore meramente "nominale".

Per questo è normale, nel diritto concorsuale, intendere il mandato dell'*advisor* come un contratto con effetti protettivi rispetto a terzi²⁴, appunto i creditori intesi come Massa, nonostante le parti dello stesso coincidano solo con il professionista ed il debitore; e questo tanto nella giurisprudenza, quanto nella (scarsa) dottrina che ha affrontato il tema²⁵.

Anche la stessa interpretazione dell'interesse del "cliente", nell'impostazione "tradizionale", è peraltro chiaramente fallace, e si mostra ignara della reale complessità del diritto societario ove, come è ben noto, l'insorgere (quantomeno) dell'insolvenza (se non anche della crisi) dell'impresa provocano, secondo l'opinione oggi largamente dominante, uno "spostamento" del fuoco dei doveri degli amministratori (c.d. *shifting duties*), i quali debbono perseguire non più gli interessi dei soci, bensì oramai quelli appunto dei creditori, intesi come Massa²⁶.

²³ Con quali limiti (ad es. l'aliquota pari al "valore di liquidazione" del patrimonio del debitore) non è questa la sede per indagarlo. Sul valore della "solidarietà" nel diritto della crisi, soprattutto dopo il D.L. n. 118/2021, cfr. M. FABIANI, *Il valore della solidarietà nell'approccio e nella gestione delle crisi d'impresa*, in *Fall.*, 2022, p. 5 ss.

²⁴ Figura sulla quale v. in dottrina, ad es. G. VARANESE, *Il contratto con effetti protettivi nei confronti dei terzi*, Napoli, 2004, *passim*; E. MOSCATI, *I rimedi contrattuali a favore dei terzi*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 357 ss.; M. MAGGIOLLO, *Effetti contrattuali e protezione dei terzi*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 38 ss.; quanto alla giurisprudenza invece ci limitiamo qua a rinviare alle citazioni contenute *supra*. Sul tema degli effetti "dannosi" dei contratti per sfere giuridiche "terze" cfr. invece I.L. NOCERA, *Il contratto "a danno del terzo": identificazione come categoria unitaria e necessità di una tutela effettiva*, in *Giust. civ.*, 2021, p. 443 ss.; ed in prospettiva più ampia, dello stesso a., *Analisi civilistica degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Torino, 2017, *passim*.

²⁵ Cfr. T.M. UBERTAZZI, *Gli accordi per i risanamenti delle imprese in crisi. Profili civilistici*, Napoli, 2014, p. 200, con specifico riferimento all'*advisor*.

²⁶ Ogni citazione sarebbe qua leziosa: per tutti rinviamo all'autorità di R. SACCHI, *La responsabilità*

Ciò a meno non di non voler confondere fra l'interesse della società e l'interesse della persona fisica che costituisce il "soggetto economico" della stessa e del Gruppo; ma questo ovviamente sarebbe un altro discorso.

Perciò è proprio e semmai la considerazione del solo interesse del "singolo" creditore, al quale ad es. sia promesso ad es. un trattamento incompatibile con quello destinato agli altri, ed idoneo a pregiudicare la "sostenibilità" della soluzione regolatoria, e rendere l'accordo ancora illecito, e quindi nullo²⁷.

E perciò, ancora, l'inserimento nella struttura del contratto, tanto quello che contiene la soluzione regolatoria, tanto in quello di *advisoring*, nella causa o nell'oggetto, di elementi che contrastano con l'assetto degli interessi sopra descritto, valutato dall'ordinamento come essenziale, con norme imperative, di "ordine pubblico economico", non può che comportare la sua nullità (art. 1418 c.c.).

4. Il rilievo dell'interesse dedotto nella prestazione da rendere *in équipe*

La problematica involve anche la questione delle attività svolte "*in équipe*", o "*in team*", ed attiene alla sfera di esigibilità dello sforzo richiesto a ciascun membro della "squadra", rispetto al prodotto del lavoro altrui.

La regolazione della crisi richiede indubbiamente conoscenze ed esperienze multidisciplinari; in astratto non è possibile escludere che un solo *advisor* possa assommare in sé tutte le competenze richieste, ma ordinariamente l'individuazione della soluzione più acconcia al caso concreto, tantopiù se connotato da un'impresa di rilevante complessità, richiederà l'agire coordinato di un *team* di professionisti.

Anche in tal caso, come si intuisce, la peculiarità del risultato perseguito, e la rilevanza degli interessi tutelati dall'ordinamento, che sono inevitabilmente implicati dall'esecuzione del contratto, sono idonei a penetrare il sostrato funzionale del rapporto, orientando l'analisi giuridica verso territori inconsueti.

Come credo di aver già dimostrato in una precedente occasione²⁸, è senz'altro frutto di un equivoco la pur frequente affermazione secondo cui l'*advisor* finanziario dovrebbe occuparsi esclusivamente della fattibilità economico-finanziaria del piano, mentre l'*advisor* legale dovrebbe illuminare soltanto gli aspetti legali.

In linea generale ed astratta, non è infatti possibile sostenere che l'attestatore e l'*advisor* non abbiano competenza in ordine alla fattibilità "giuridica", e che i legali

gestionale nella crisi dell'impresa societaria, in *Giur. comm.*, 2014, I, p. 304 ss. Sul punto mi sono diffuso in *Le politiche di gestione del rischio*, Napoli, 2021, *passim*.

²⁷ Cfr. sul punto, specificamente, M. ONORATO, *Gli accordi concorsuali. Profili civilistici*, Pisa, 2017, p. 130 ss.

²⁸ V. ancora *La responsabilità civile dell'advisor nel processo di regolazione della crisi*, cit.

incaricati di rappresentare il debitore non abbiano doveri nell'ambito della fattibilità "economica".

La artificiosa scomposizione della fattibilità in termini rispettivamente "giuridici" ed "economici" compiuta dalle Sezioni Unite (sent. 23 gennaio 2013, n. 1521) ha certamente dato il via ad una serie di equivoci, cavalcata da coloro che cercavano una "via di fuga" per limitare le responsabilità dei professionisti che partecipavano alla preparazione della documentazione e alla predisposizione delle domande concordatarie²⁹.

Uno degli equivoci più deleteri, derivante dalla scissione del concetto di "fattibilità", che ha invece struttura unitaria, verte nella tendenza a scindere altresì le competenze dei professionisti che agiscono sul palcoscenico del concordato a seconda del *background* giuridico od economico degli stessi: dunque l'attestatore, come l'*advisor*, non avrebbe competenza per le questioni che riguardano la fattibilità "giuridica", laddove il legale mandatario del debitore non avrebbe l'obbligo di occuparsi degli aspetti di fattibilità "economica".

Tale teoria è generalmente utilizzata dai professionisti al solo scopo di tentare di limitare o escludere le proprie responsabilità.

Anche a voler ammettere che la dicotomia "fattibilità giuridica – economica" abbia (ancora) validità, la legge non prescrive un'esclusiva dell'avvocato sulla valutazione delle questioni giuridiche, e nemmeno una riserva per il commercialista sulle materie economiche.

Nemmeno d'altro canto esiste una norma per cui il debitore che presenta una domanda di concordato debba essere assistito da qualsivoglia professionista.

Chi riceve il mandato di occuparsi della predisposizione di un concordato, allora, si assume una responsabilità piena, che involve tutte le problematiche relative, tanto giuridiche quanto economiche; se l'avvocato non dispone delle competenze economiche, o il commercialista di quelle giuridiche, essi sono semplicemente responsabili di colpa "per assunzione", nient'affatto esentati da censure, e comunque avrebbero dovuto informare specificamente il cliente sui limiti delle proprie competenze.

Persino quando il legale e l'*advisor* sottoscrivano mandati con oggetti distinti, dividendosi i compiti a seconda delle rispettive specializzazioni, essi rimarranno responsabili per non aver valutato l'uno le carenze del lavoro dell'altro, avendo la "delega" una funzione esclusivamente di organizzazione del lavoro, ad efficacia

²⁹ La distinzione è artificiosa perché entrambe le figure si riconducono alla impossibilità di attuare il piano concordatario, per l'esistenza di un presupposto del piano che non è realizzabile: che questo consista in una impossibilità giuridica od in una impossibilità materiale (come per l'oggetto del deliberato "impossibile" ex art. 2379 c.c., che si distingue da quello "illecito") non fa in realtà alcuna differenza: anche l'impossibilità giuridica rileva qui come "fatto" che rende inattuabile un determinato programma, per la presenza di condizionamenti che vengono dal diritto, anziché dall'ambiente.

“interna”, non opponibile ai portatori degli interessi tutelati dalle norme sul concordato, che come abbiamo visto sono anche i creditori, non soltanto il debitore.

Vi è dunque ancora una eterointegrazione legale del contenuto di tali contratti, conforme alla funzione di tutelare gli interessi rilevanti, che non tollera notomizzazioni.

Solo per le attività “riservate” per legge la responsabilità sarà esclusiva del soggetto abilitato (ad es. per l’avvocato che ometta di compiere un atto del processo).

Il settore delle ristrutturazioni aziendali, che si distingue (in modo ancora “socialmente” tipico) per l’impegno professionale *coordinato* di più esperti (avvocato, *advisor*, attestatore, commercialisti), impone comunque loro, a prescindere dalle specifiche competenze tecniche di ciascuno ed in analogia con i principi di responsabilità che governano il lavoro in “*équipe*”³⁰, soglie elevate di riscontro del lavoro reciproco.

Può ritenersi normale in questi casi che fra i membri del *team* vi sia una continua interazione, come che le scelte “strategiche” siano frutto di condivisione fra gli stessi.

La particolare “professionalità” richiesta a chi si occupa di ristrutturazioni aziendali, a prescindere dallo specifico settore di competenze tecniche, rende comunque a mio avviso più elevata del normale la “soglia di attenzione” rispetto al prodotto del lavoro altrui; dallo “esperto” del settore infatti ci si attende comunque uno spettro di conoscenze interdisciplinari, che lo rendano almeno capace di *comprendere* i semilavorati degli altri membri del *team*; dunque ad es. l’avvocato non potrà essere considerato di per sé capace di produrre i dati, soprattutto “simbolici”, che compongono il piano industriale (a meno che non risulti concretamente in possesso di tali competenze), ma certamente dovrà presumersi che egli possa comprendere quell’apparato numerico e simbolico, al fine di poterlo tradurre nel risultato del proprio specifico lavoro.

Ciò soprattutto ed a maggior ragione nel caso in cui uno dei membri del *team* si impegni contrattualmente, od assuma di fatto il ruolo di “coordinatore” dell’*équipe*³¹; un coordinamento peraltro che, come sappiamo, non può comunque man-

³⁰ Cfr. *ex multis* Cass. 29 gennaio 2018, n. 2060.

³¹ In tal senso v. ad es. Trib. Bolzano, 14 luglio 2017, Fallimento ZH, inedita: “*appare evidente che l’avvocato non risponde in modo automatico del corretto adempimento degli altri professionisti (a meno che non siano suoi ausiliari, v. art. 2232 c.c.), tuttavia il suo ruolo di propulsore della procedura e di interlocutore tecnico fra l’imprenditore in crisi ed il Tribunale, impone una diligente opera di coordinazione e di controllo sia dal punto di vista temporale (assicurando il rispetto dei termini procedurali) che di quello contenutistico, nel senso di una verifica (quantomeno sommaria) della conformità dell’opera di terzi rispetto al modello legale richiesto ... all’avvocato medio che si occupa di materia fallimentare e che di sua iniziativa propone di assistere il redattore dell’attestazione del piano, è richiesta una diligenza e perizia tale da poter valutare la conformità dell’attestazione al modello legale e di cogliere le criticità macroscopiche che non potevano che portare all’inammissibilità dell’istanza di*

care, e dunque esso può essere affidato ad un membro del *team*, oppure essere perseguito in modo “corale”, attraverso l’impegno reciproco di tutti i coautori dell’opera.

Lo stesso è a dirsi quanto all’utilizzo di elaborati redatti da professionisti “terzi”, non facenti parte del *team* che assembla lo strumento regolatorio, cui siano richieste o dal professionista stesso, oppure dal debitore, oppure da terzi, specifiche *expertises*: il professionista della crisi non risponderà in modo automatico degli errori da questi commessi (a meno che egli non possa dirsi sufficientemente “qualificato”); ma non potrà esentarsi da responsabilità qualora non rilevi le difformità nel prodotto finale dallo *standard* di riferimento, secondo i parametri di una diligenza comunque “elevata”³².

Vi sono infatti sempre documenti “tecnici” che consolidano le prassi virtuose che altri professionisti, il cui operato è destinato ad interfacciarsi con quello dell’*advisor* al fine della confezione del tentativo regolatorio, debbono seguire.

Qualsiasi professionista, attestatore come *advisor*, che si trovi ad utilizzare tali *expertises* recependole come elemento base del proprio lavoro, non potrà evitare di sindacare preventivamente la aderenza di tali prodotti alle *best practices* riconosciute, quantomeno sotto il punto di vista della verifica circa la conformità ai “modelli” di riferimento.

Non si richiede dunque che l’*advisor* sia in grado autonomamente di porre in essere la valutazione, ma senz’altro di saper valutare se chi ha svolto tale opera abbia rispettato i canoni metodologici consolidati del settore, illuminando ed approcciando tutte le criticità, e svolgendo i controlli e gli approfondimenti normalmente richiesti.

Il tutto sempre in aderenza al caso concreto, con accurato accertamento dei confini e della natura specifici dell’incarico, e delle specifiche competenze del singolo professionista.

Ne consegue quindi che, ad esempio, l’avvocato che assiste l’impresa nella presentazione della domanda di concordato sarà tenuto a verificare la conformità alle linee guida di settore del lavoro degli altri *advisors*, nonché della corrispondenza dell’attestazione al “modello legale” tipico della stessa, che condiziona direttamente l’ammissibilità del concordato, nonché ad es. dei criteri di valutazione utilizzati anche dagli esperti estimatori, al fine di rilevare eventuali incongruenze ed illogicità

concordato”; principi più recentemente confermati dallo stesso Tribunale: Trib. Bolzano, 24 marzo 2022, Fallimento Ecoabita, inedito.

³² Cfr. Trib. Benevento, 23 aprile 2013, in *Fall.*, 2013, p. 1373: “*in caso di ricorso a perizie rese da terzi, il professionista non può limitarsi ad assumere, in modo apodittico, le valutazioni rese da questi ultimi, ma deve enunciare i criteri ricognitivi, estimativi e prognostici seguiti e ripercorrere l’iter logico*”; per un caso di “appiattimento” dell’attestatore sui valori delle perizie immobiliari, v. anche Cass. 9 marzo 2018, n. 5825.

nelle stime degli *assets* aziendali soprattutto se incidenti sulla stessa fattibilità giuridica del piano concordatario³³.

Un principio analogo è stato peraltro già espresso dalla S.C., là dove ha precisato, sulla premessa della necessità del vaglio sulla veridicità dei dati aziendali e dei documenti prodotti da veicolare ai creditori per l'espressione di un consenso informato e consapevole, che il sindacato del Giudice sulla stima del valore degli elementi patrimoniali effettuati dal professionista attestatore è di principio escluso, salvo comunque il caso di manifesta incongruenza ed illogicità (Cass. 4 maggio 2017, n. 10819).

Sterile è d'altro canto la frequente, disinvolta e pervicace negazione del contenuto oggettivo delle obbligazioni assunte, che sono non soltanto quelle espressamente contemplate dal regolamento contrattuale, ma anche quelle oggetto di "inserimento legale", e facenti parte del c.d. contenuto socialmente tipico, oppure rese necessarie dalla deduzione implicita nel negozio di interessi esterni a quelli delle parti.

Negare che l'obbligo di "esaminare" il prodotto del lavoro altrui implichi anche comprenderlo, e rilevare se esso presenti delle "anomalie" riscontrabili, sarebbe come negare che il c.d.a. della s.p.a., il quale pur deve "esaminare" i piani strategici, redatti dagli organi delegati (art. 2381 c.c.), abbia anche il dovere di rilevarne le eventuali anomalie, come se l'obbligo di riducesse ad una mera e formale "presa d'atto".

Anche il "coordinamento" contrattuale, implicitamente doveroso anche se non espressamente contemplato, non implica che un *advisor* assuma necessariamente un ruolo di "primazia" rispetto agli altri professionisti, ma senz'altro ad es. il lavoro dei legali non può prescindere da quello degli altri, dovendo armonizzarsi con lo stesso, al fine di far salvo l'obiettivo comune ed unitario di approdare ad una idonea e sostenibile soluzione regolatoria della crisi, almeno astrattamente in grado di conseguire il successo, a prescindere dall'evidente imponderabilità di eventi esterni che potrebbero in concreto minare quel risultato.

Tutto questo non può essere eliso semplicemente auto- descrivendosi come un prestatore di servizi meramente "esecutivi" del lavoro altrui, senza alcuna creativi-

³³ Così Trib. Monza, 10 Marzo 2020, in www.ilcaso.it: "*l'avvocato che assiste l'imprenditore nella preparazione e presentazione della domanda di concordato preventivo è tenuto, in adempimento al mandato professionale ricevuto, a rilevare quelle criticità della proposta che ne possono compromettere l'esito ed altresì la conformità della domanda di concordato al modello legale con riferimento alla sua fattibilità giuridica. L'inadempimento a detti obblighi, tra i quali vi è anche quello di dissuadere l'imprenditore dal presentare una domanda non conforme al modello giuridico, costituisce grave violazione non solo della diligenza e perizia qualificata e dei doveri di controllo e di coordinamento degli altri professionisti e di informazione imposti dalla particolare diligenza qualificata ex art. 1176, secondo comma c.c., ma anche dei doveri generali di diligenza, ove tali violazioni si siano risolte nel deposito di una domanda di concordato ex ante non idonea, in quanto manifestamente e giuridicamente non fattibile*".

tà e contributo autonomo o critico, dimenticando tuttavia come ciò non possa non stridere con la ordinaria apprezzabilità economica del compenso quasi sempre richiesto.

Destinato all'insuccesso poi appare anche il frequente tentativo di nascondersi dietro la necessità della "indipendenza" dell'attestatore, al fine di negare la debenza di qualsiasi verifica autonoma; ma è evidente come non si imputi mai agli *advisors* legali il dovere di intervenire presso l'attestatore, al fine di indurlo a svolgere il proprio incarico in modo differente da quello voluto (ciò che solo potrebbe compromettere l'indipendenza), bensì quello, differente, di avvertire il cliente circa la percepibile deviazione del prodotto del lavoro dell'attestatore dagli *standards* legali, anche al fine di *dissuaderlo* esplicitamente dal proseguire su quella strada³⁴.

Compito questo, se si vuole, accessorio rispetto agli obblighi "principali" assunti, e trovante collocazione anche nell'ambito del principio di buona fede e correttezza.

Non ha al riguardo alcuna rilevanza il fatto che la giurisprudenza abbia sinora fatto applicazione dei principi in tema di attività professionali *in team* soprattutto con riferimento alle attività mediche, in particolare nell'ambito di interventi chirurgici, posto che da un lato ciò non ha caratteri esclusivi³⁵, e dall'altro non vi è alcun motivo di limitare a tale contesto i principi che impongono a chi cooperi, anche in assenza di pregressi rapporti contrattuali, con altri nella produzione di un pregiudizio a terzi, di farsi carico del rischio che costoro si comportino in modo anomalo e "pericoloso", nella misura in cui ciò appaia "prevedibile"³⁶.

La giurisprudenza d'altro canto ha fissato talune semplici regole applicative, facendo buon governo dei principi in materia di obbligazioni e contratti, e senza registrare contrasti: così il principio-cardine è quello per cui "*in tema di colpa professionale, qualora ricorra l'ipotesi di cooperazione multidisciplinare, ancorché non svolta contestualmente, ogni sanitario è tenuto, oltre che al rispetto dei canoni di diligenza e prudenza connessi alle specifiche mansioni svolte, all'osservanza degli obblighi derivanti dalla convergenza di tutte le attività verso il fine comune ed unico. Ne consegue che ogni sanitario non può esimersi dal conoscere e valutare l'attività precedente o contestuale svolta da altro collega, sia pure specialista in*

³⁴ In ordine all'esistenza di specifici obblighi di "dissuasione", nello specifico settore in questione, cfr. Trib. Bolzano, 14 luglio 2017, Fallimento ZH, cit., e più di recente ancora Trib. Bolzano, 24 marzo 2022, Fallimento Ecoabita, cit.; Trib. Monza, 4 giugno 2018, in *Fall.*, 2019, p. 655; ed ancora, dello stesso Tribunale, Trib. Monza, 10 marzo 2020, cit. Il principio ha comunque portata generale, nell'esecuzione delle prestazioni professionali: cfr. *ex multis* Cass. 16 febbraio 2022, n. 5131.

³⁵ Si v. ad es. Cass. 6 febbraio 2015, n. 30991, che non trova ostacoli nell'applicare tali regole anche al personale non medico.

³⁶ E cfr. in particolare, per il settore della circolazione stradale, Cass. 18 dicembre 2019, n. 136, ove trova così espressamente limitazione l'opposto principio dello "affidamento" nella correttezza dell'operato altrui.

*altra disciplina, e dal controllarne la correttezza, se del caso ponendo rimedio ad errori altrui che siano evidenti e non settoriali, rilevabili ed emendabili con l'ausilio delle comuni conoscenze scientifiche del professionista medio*³⁷.

Analogamente vanno ricordati i *“i principi di diritto già più volte affermati da questa Corte ... in ordine alle responsabilità dei componenti dell'equipe, ed in particolare ai doveri del componente di informarsi sulla correttezza della procedure seguite prima dell'operazione e dell'obbligo di rifiutare di prendervi parte qualora si accerti l'imprudenza delle stesse, come nella specie ... il principio cardine, più volte richiamato, è quello del controllo reciproco ... il medico componente della equipe chirurgica in posizione di secondo operatore che non condivide le scelte del primario adottate nel corso dell'intervento operatorio, ha l'obbligo, per esimersi da responsabilità, di manifestare espressamente il proprio dissenso ... deve ritenersi che il secondo aiuto di una equipe medica non possa andare esente da ogni responsabilità solo per aver compiuto correttamente le mansioni a lui direttamente affidate, proprio per il principio di controllo reciproco che esiste in relazione al lavoro in equipe, secondo il quale l'obbligo di diligenza che grava su ciascun componente dell'equipe medica concerne non solo le specifiche mansioni a lui affidate, ma anche il controllo sull'operato e sugli errori altrui che siano evidenti e non settoriali ... dal professionista che faccia parte sia pure in posizione di minor rilievo di una equipe si pretende pur sempre una partecipazione all'intervento chirurgico non da mero spettatore ma consapevole e informata, in modo che egli possa dare il suo apporto professionale non solo in relazione alla materiale esecuzione della operazione, ma anche in riferimento al rispetto delle regole di diligenza e prudenza ed alla adozione delle particolari precauzioni imposte dalla condizione specifica del paziente che si sta per operare. Solo una presenza professionalmente informata può consentire che egli possa in ogni momento segnalare, anche senza particolari formalità, il suo motivato dissenso rispetto alle scelte chirurgiche effettuate, ed alla scelta stessa di procedere all'operazione”*³⁸.

La Suprema Corte, è vero, ha espressamente eccettuato dalla responsabilità del sanitario *“non opera in relazione alle fasi dell'intervento in cui i ruoli e i compiti di ciascun operatore sono nettamente distinti, dovendo trovare applicazione il diverso principio dell'affidamento per cui può rispondere dell'errore o dell'omissione solo colui che abbia in quel momento la direzione dell'intervento o che abbia commesso un errore riferibile alla sua specifica competenza medica, non potendosi trasformare l'onere di vigilanza in un obbligo generalizzato di costante raccomandazione al rispetto delle regole cautelari e di invasione negli spazi di competenza altrui”*³⁹.

³⁷ Cass. pen., 6 febbraio 2015, n. 30991.

³⁸ Cass. 29 gennaio 2018, n. 260; conf. Cass. 11 dicembre 2018, n. 31966.

³⁹ Cass. n. 260/2018, cit.; Id. 19 luglio 2018, n. 39733.

Ma in concreto la responsabilità è stata negata soltanto in casi eccezionali, ove accorgersi degli errori altrui avrebbe richiesto “decenni di esperienza” nell’esercizio della specialità medica implicata⁴⁰, e la materializzazione di tali errori era avvenuta ben dopo la conclusione dell’intervento⁴¹, o addirittura il convenuto aveva svolto la sua opera da solo in una fase iniziale, cui aveva fatto seguito l’operare separato dell’*équipe*, secondo canoni dissonanti da quelli generalmente “ammessi”⁴².

Fra la regola generale e l’eccezione tuttavia non sussiste comunque alcun contrasto, e non può dubitarsi della ordinaria e normale prevalenza della prima, basata sull’assunzione da parte del professionista di una “posizione di garanzia” rispetto al cliente, rispetto alla seconda (che si basa invece sul principio di c.d. affidamento).

Le competenze richieste ai professionisti che si impieghino nell’ambito di incarichi che abbiano per contenuto la ricerca di soluzioni regolatorie della crisi, come si è già detto, hanno inevitabilmente natura interdisciplinare; la cooperazione fra professionisti di formazione differente poi, poiché persegue il conseguimento di un obiettivo comune ed unitario, precisamente la ristrutturazione dell’impresa, impone che ciascuno sia in grado di comprendere, ed anche di valutare (dunque non da “mero spettatore”), il prodotto del lavoro altrui, proprio al fine di poter porre in essere efficacemente il proprio.

Non sarebbe semplicemente idoneo allo scopo un professionista che non fosse capace di fare questo, perché non potrebbe efficacemente assemblare la propria “parte” del prodotto finale: e ciò comporta che ciascuno sia in grado di percepire quantomeno le percepibili deviazioni dagli *standards* di comportamento universalmente accettati (non a caso frequentemente “consolidati” e “codificati” in documenti di natura tecnica, che tutti gli operatori del settore, a prescindere dallo specifico *background* “culturale”, conoscono e metabolizzano).

Si tratta di una tipologia di “operazioni” d’altro canto che non si svolgono se non in minima parte in modo “contestuale”, così rendendo disagevole il rendersi conto delle anomalie e l’intervento “in tempo reale”, ma che assicurano sempre a tutti i partecipanti al “*team*” un adeguato *spatium deliberandi*.

Un settore in cui, d’altro canto, come già si sa (v. *supra*), ogni distinzione “netta” fra fattibilità “giuridica” ed “economica” è ormai bandita dal diritto applicato: proprio nel caso peculiare del concordato con continuità, infatti, “*non è esatto porre a base del giudizio una summa divisio fra controllo di fattibilità giuridica astratta (sempre consentito) e un controllo di fattibilità economico (sempre vietato) ... in tal caso la rigorosa verifica della fattibilità in concreto presuppone un’analisi inscindibile dei profili giuridici ed economici, analisi che sia idonea a verificare che il*

⁴⁰ Cass. 17 ottobre 2019, n. 26307.

⁴¹ App. Milano, 17 luglio 2020, in www.deiure.it.

⁴² Trib. Milano, 12 febbraio 2020, in www.deiure.it.

piano con continuità dimostri la sostenibilità finanziaria della continuità stessa"⁴³.

E sempre nell'ambito del concordato con continuità aziendale al giurista non può sfuggire il profilo della "plausibilità" del piano industriale su cui si basa la ristrutturazione, carattere che è alla base del controllo svolto dal Giudice⁴⁴.

D'altro canto quale può essere il contenuto dell'obbligazione del legale, se non quello di evitare che le deficienze del contenuto della domanda giudiziale attivino il controllo censorio giurisdizionale, portando alla reiezione dell'istanza?

In questi casi il legale può non essere da solo in grado di rimediare a quelle deficienze, ma senz'altro deve essere in grado di segnalarle al suo cliente, affinché questi possa attivare le adeguate contromisure, anche coinvolgendo altri professionisti dotati delle idonee conoscenze "settoriali"; e senza che possano quindi concepirsi arbitrarie "scomposizioni" dei doveri dell'avvocato, che prescindano irrazionalmente dal conseguimento del risultato finale voluto, e che risultino incongruamente eterogenee rispetto al perimetro del controllo svolto dal Giudice.

Soltanto le competenze prettamente ed essenzialmente "settoriali" possono sfuggire a tale dovere di percepire le "anomalie" altrui, e possono essere oggetto di "affidamento"; ciò può valere ad es. per i caratteri strettamente industriali e settoriali (in senso merceologico) del piano ristrutturatorio, ma non certo per la struttura dell'attestazione, nonché per le evidenti deviazioni del piano di risanamento in continuità rispetto alle *best practices*, che tutti conoscono⁴⁵.

5. Prassi aberranti: l'*advisor* legale indicato dal ceto bancario

Vi sono alcune fattispecie concrete ma "tipiche", in quanto ricorrenti nella prassi, che possono forse trarre nuova linfa da quanto abbiamo appena dimostrato.

La prassi delle ristrutturazioni, anche elaborate nel contesto di una procedura concorsuale, conosce ormai da anni la "singolare" istanza, avanzata dai creditori di rango bancario, ed immancabilmente sponsorizzata dal debitore in crisi, di imputare come spesa alla Massa attiva il costo del c.d. *advisor* legale delle banche.

Le prestazioni del legale in questo caso sono programmaticamente ed esplicitamente rivolte a beneficio e nell'interesse non già della Società, bensì di *una parte della Massa* creditoria, identificata dalla comune appartenenza al ceto bancario; i

⁴³ Da ultima Cass. n. 19467/2019.

⁴⁴ Così Cass. 27 febbraio 2017, n. 4915; Id. 7 aprile 2017, n. 9061; Id. 5 luglio 2017, n. 22691; e poi nel "solco" Cass. 27 settembre 2018, n. 23315; Id. 18 luglio 2019, n. 19467; da ultima Cass. 15 gennaio 2020, n. 734.

⁴⁵ Si pensi ai *Principi sulla redazione dei piani di risanamento*, emanati la prima volta nell'autunno del 2017 dal CNDEC, ed ora aggiornati nella versione del maggio 2022.

mandati fanno spesso cenno esplicito alla assistenza e consulenza legale erogata agli istituti finanziatori, e specificano addirittura il contenuto delle prestazioni indicando la partecipazione a riunioni tra banche, il rilascio di pareri scritti e orali alle stesse, etc.

Il c.d. *advisor* legale del ceto bancario è dunque individuato dai creditori bancari, opera nel loro interesse ed a loro vantaggio, ma il suo costo dovrebbe essere tuttavia, negli auspici delle stesse banche, integralmente sostenuto dal soggetto debitore.

Ora, è ben noto che ciascun imprenditore, nei limiti dell'art. 217 L. Fall., è libero di impegnare il suo patrimonio come meglio crede; ma quando subentra la disciplina del diritto concorsuale, tuttavia, imponendo controlli a tutela della Massa creditoria, evidentemente la prospettiva non può che mutare.

Appare pertanto assai difficile correlare il costo economico (peraltro non indifferente) di una tale prestazione all'utilità, anche astratta, della procedura, in chiave di "adeguatezza funzionale" alla regolazione della crisi.

E ciò senz'altro già in astratto, talvolta anche in concreto, quando ad es. il piano regolatorio della crisi non preveda immissioni di nuova finanza bancaria, o nuove prestazioni in capo al ceto bancario; inoltre il ribaltamento del costo delle prestazioni dell'*advisor* in questione viene sempre rivendicato anche quando il piano concordatario è già stato redatto e depositato, e pertanto appare anche assai sfumato il senso pratico ed economico delle prestazioni che il professionista dovrebbe erogare, a meno di non enfatizzare l'esigenza di assicurare un apporto informativo relativamente all'oggetto su cui le banche saranno chiamate a votare, ciò che tuttavia costituisce un mero costo strutturale dei creditori, corrispondente ad una loro esigenza esclusiva ed "interna", che non parrebbe poter essere semplicemente "scaricato", attraverso il patrimonio della Società, sulla intera Massa dei creditori (i quali pure peraltro, con riferimento ai creditori extrabancari, potrebbero dover sopportare costi "interni" analoghi).

È usuale, nella letteratura a ciò dedicata, che per lo più si limita a "registrare" tale prassi (pur con ovvie eccezioni: v. *infra*), sottolineare che la prestazione di tale *advisor* legale sarebbe in ultima analisi *utile* rispetto alla riuscita del tentativo ristrutturatorio del passivo, siccome egli "agevolerebbe" la conclusione degli accordi necessari a tal fine; ma è evidente che ciò potrebbe dirsi anche per qualsiasi altra prestazione, percepita come utile a specifiche categorie di creditori ai fini della loro comprensione delle conseguenze del Piano regolatorio, e non per questo, sembra, si potrebbe legittimare la messa a carico dell'unico patrimonio responsabile di tali costi indiscriminatamente; né vi sono sufficienti ragioni, parrebbe, per discriminare a tal fine la sola condizione del creditore bancario; patrimonio responsabile che, peraltro, è per definizione, in queste situazioni, *insufficiente*.

Già dal punto di vista civilistico, d'altro canto, parte della dottrina ha espresso fondatamente perplessità e sulla stessa validità di tali pattuizioni, e sulla anomalia

della *conflittualità* fra gli interessi che dovrebbero essere gestiti contestualmente dal professionista in questione: se può ritenersi, infatti, che lo stesso debitore, ed in particolare i suoi organi, debbano gestire e tutelare, dopo l'insorgere della crisi, gli interessi della Massa creditoria, ciò non può dirsi certamente per quelli di una parte soltanto, omogenea, degli stessi, sovente peraltro in contrasto con le altre "anime" del ceto creditorio, senza considerare le responsabilità che ciò potrebbe comportare⁴⁶.

In particolare, pare che non pochi dubbi possano insorgere in ordine alla (im)meritevolezza degli interessi così tutelati (art. 1322, 2° comma, c.c.), nonché alla (in)sufficiente consistenza della causa del negozio, da assumere come si è già visto senz'altro "in concreto", come sintesi della sua funzione economico-individuale; senza nemmeno considerare i profili relativi alla possibile illiceità della causa medesima, in una situazione connotata dalla applicazione necessaria di norme connotate da forte imperatività.

Il problema, raramente oggetto di esame da parte della giurisprudenza (e ciò appare francamente quasi inspiegabile), è stato invece oggetto di un recente provvedimento di merito, il quale ha sanzionato negativamente tale prassi, com'era del resto più che prevedibile⁴⁷.

6. (Segue): tecniche negoziali di commisurazione del compenso

Anche certe prassi contrattuali, seguite dagli *advisors*, e spesso "imposte" ai debitori in crisi, inerenti alla determinazione del corrispettivo, sembrano dover essere influenzate dalla ricognizione dei principi sopra declinati.

La Suprema Corte ha avuto modo occuparsi del contratto col quale un *advisor* aveva ritenuto di regolamentare i propri rapporti col cliente adottando una particolare modalità di determinazione del compenso, che sembrava prescindere dall'aspetto

⁴⁶ V. ad es. T.M. UBERTAZZI, *Accordi di risanamento: i soggetti coinvolti, il ruolo delle banche e le responsabilità*, in www.judicium.it, p. 16 ss.

⁴⁷ Trib. Forlì, 9 febbraio 2021, Club House Italia s.p.a., in www.ilfallimentarista.it: "risulta di tutta evidenza che tale attività ... non appaia in realtà funzionale alla procedura concordataria e all'interesse dei creditori, dovendo essere svolta nell'interesse degli istituti di credito e finanziari e dunque in favore di una sola categoria di creditori, senza che tale diverso trattamento e tale onere economico a carico della Società sia in alcun modo giustificato, non essendo peraltro neppure prevista nella proposta concordataria l'erogazione di nuovi finanziamenti da parte del sistema bancario; ritenuto pertanto che ove tale categoria di creditori, peraltro dotata di maggiori competenze e capacità conoscitive rispetto ad altre categorie di creditori, necessitasse di un proprio advisor legale, in aggiunta alle informazioni che saranno contenute nella relazione ex art. 172 l.f., dovrà provvedere a sostenerne i relativi costi, senza poterli porre a carico della procedura e a danno degli altri creditori".

funzionale più volte qua evidenziato: la sentenza della Prima Sezione Civile, la n. 7974 del 30 marzo 2018, fissa le seguenti *rationes decidendi*, che si riportano per praticità: *“la clausola determinativa del compenso a forfait è nulla nella parte in cui prevede (stabilendo che "in seguito al deposito del ricorso per la richiesta dell'accesso della società alla procedura di concordato preventivo L. Fall., ex art. 161, comma 6, l'onorario è dovuto per l'intero come sopra previsto in caso di dichiarazione di inammissibilità L. Fall., ex art. 162, anche a seguito di quanto previsto dalla L. Fall., art. 179, ovvero di revoca dell'ammissione al concordato preventivo L. Fall., ex art. 173, ovvero di mancata omologa, il tutto per qualsiasi motivo o ragione") l'erogazione dell'intero corrispettivo pattuito a prescindere dal completamento dell'opera professionale ... Non può essere revocato in dubbio che la causa concreta del contratto concluso fra il professionista e la cliente sia stato l'intento di conseguire una composizione della crisi in cui versava (OMISSIS) s.r.l. in liquidazione tramite lo svolgimento di una complessa attività professionale da compiersi nella fase preparatoria e nel corso dell'intera procedura concordataria al fine di favorire la conservazione dei valori aziendali e assicurare la miglior soddisfazione dei creditori. In un simile contesto negoziale la clausola sopra riportata non solo contrasta con il principio di imprescindibile correlazione fra prestazione e corrispettivo che si può evincere dal generale paradigma di necessaria adeguatezza del compenso previsto dall'art. 2233 c.c., comma 2, ma soprattutto prescinde e dissona con la causa concreta che ispira l'intera pattuizione negoziale. Il tenore di un simile accordo individua infatti il corrispettivo a prescindere dal contenuto della prestazione professionale resa nell'evoluzione dell'attività necessaria alla conclusione della procedura concordataria, rendendo tale prestazione del tutto acausale e svincolata dalla ragione concreta perseguita con la conclusione del contratto, vale a dire dagli intenti risanatori dell'imprenditore da perseguire, grazie alla protratta e costante collaborazione del professionista, nel corso dell'intera procedura. È evidente poi che l'attività risanatoria, per poter perseguire i risultati auspicati, doveva essere prestata secondo criteri di legalità, canone a cui di certo non si ispira una pattuizione che incida negativamente sugli interessi dei creditori concorsuali tramite la costituzione di un credito prededucibile individuato in misura fissa senza alcuna parametrizzazione all'entità della prestazione effettivamente svolta. Il contratto che persegua la soluzione della crisi di impresa tramite il prolungato e articolato intervento di un professionista non può quindi prevedere, stante l'insanabile contrasto che si verrebbe così a creare con la causa concreta dallo stesso perseguita, l'obbligo di pagamento di un corrispettivo fisso a fronte di prestazioni variabili nella loro consistenza, dovendo invece ispirarsi a criteri di corrispettività fra attività compiuta e compenso dovuto. Ciò che è nullo quindi ex artt. 1325 e 1491 c.c., non è l'entità della quantificazione del compenso compiuta dalle parti, ma la pattuizione di insindacabilità della quantificazione a prescindere dalla consistenza della prestazione resa”*.

Tale *ratio decidendi*, che pur ha incontrato critiche nella dottrina soprattutto civilistica, non è tuttavia rimasta isolata, ed ha trovato conferme giurisprudenziali, anche autorevoli⁴⁸.

La giurisprudenza invero ha tradizionalmente ritenuto il 2° comma dell'art. 2233 c.c. come una norma destinata ad attivarsi solo là dove non vi sia una predeterminazione negoziale del compenso effettuata dalle parti; ma in realtà è evidente come tale ricostruzione presupponga che la pattuizione in questione sia non solo formalmente esistente, ma anche valida, e quindi compatibile con i principi che l'ordinamento giuridico pone, in particolare quanto al tipo di prestazione implicata.

L'attività professionale "intellettuale" costituisce infatti, come si è già avuto modo di sottolineare all'inizio, l'oggetto di un contratto peculiare, ove il debitore della prestazione principale, il professionista, è scelto ed "abilitato" dall'ordinamento per il possesso di conoscenze e competenze affatto speciali, acquisite nel corso di anni di studio e di "investimenti" non soltanto intellettuali.

Vi è anche una profonda ed ineliminabile asimmetria informativa fra cliente e professionista, proprio alla luce del *gap* informativo del primo, il quale si trova inevitabilmente in difficoltà nel valutare, tanto preventivamente, al momento di instaurare il rapporto, quanto successivamente, dopo che lo stesso è stato prestato, l'operato del prestatore, e financo il suo "valore".

L'assoggettamento della causa "concreta" dei negozi ad un controllo che apprezzi anche il contenuto economico delle prestazioni, e la rilevanza che le stesse rivestono per l'interesse dei contraenti ivi dedotto, corrisponde ad una linea di evoluzione dell'ordinamento che non può essere ignorata né tantomeno disattesa⁴⁹;

⁴⁸ Si v. ancora la sentenza n. 42093/2021 delle Sezioni Unite; così come Trib. Modena, 3 febbraio 2021, cit.

⁴⁹ La base giuridica per il giudizio, a proposito delle pattuizioni come quelle enfatizzate dalla sentenza della S.C. del 2018, che determinino il compenso in modo "fisso", a prescindere dalla concreta valutazione della qualità e quantità della prestazione resa (e così con incentivazione non adeguata dell'attività del professionista, che può esservi indotto a ricercare con ostinazione soluzioni in realtà non idonee), viene ricercata come si è visto dalla Suprema Corte da un lato nell'art. 2233 c.c., dall'altro nel concetto di causa "concreta" del negozio. Quanto all'art. 2233, in particolare 2° comma, c.c., va qui ribadito che la determinazione della misura del compenso del professionista non può prescindere dall'esistenza di limiti legali, che svolgono proprio la funzione di indirizzare l'attività del professionista verso condotte adeguate alla tutela degli interessi protetti. Lo stesso persistente divieto di porre in essere il c.d. patto di quota lite (art. 13, D.L. n. 142/2012) converge verso tale direzione (e v. soltanto di recente Trib. Bologna, 12 giugno 2020, in *www.deiure.it*). Il compenso del professionista deve essere comunque adeguato alla "importanza" della prestazione, ossia alla sua capacità di quest'ultima di soddisfare l'interesse del cliente (cfr. App. Trento, 2 marzo 2019, n. 26, *ivi*: «L'art. 2233 comma 2 c.c. richiede che la misura del compenso spettante al professionista debba essere "in ogni caso adeguata all'importanza e al decoro della professione": il concetto d'importanza nel linguaggio corrente esprime una qualità per cui una cosa ha grande rilievo ed è sinonimo di entità, interesse, peso, rilevanza, rilievo, serietà e valore, la parola "importanza" deriva da "importare", nel senso di importare a qual-

dall'altro la *ratio decidendi* della pronunzia ricordata si armonizza perfettamente tanto con la ricostruzione degli interessi rilevanti, ed assunti dalle norme imperative che governano il settore della crisi d'impresa, quanto con la realtà specifica del contratto d'opera professionale⁵⁰.

Del primo aspetto si è già detto ampiamente.

Quanto al secondo, basti leggere la recente Cass., 29 dicembre 2020, n. 29745, ove si enfatizza come la disciplina del contratto in questione preveda che l'interruzione del rapporto, e quindi la impossibilità per il professionista di portare a termine l'opera, determini la necessità di adeguare il compenso concretamente maturato alla prestazione effettivamente resa, già sulla base delle norme che costituiscono la disciplina del contratto tipico: così l'art. 2237 c.c., per cui il cliente è tenuto in questi casi a rimborsare al professionista le spese erogate, e il (solo) compenso per la prestazione effettivamente resa; di conseguenza la sentenza che riconosca in tali casi al professionista l'intero compenso pattuito, deve essere cassata, ed il Giudice è chiamato a rideterminare in concreto il suddetto compenso, sulla base dell'art. 2233 c.c.

La stessa "debolezza" del debitore, rispetto ad una determinata negoziazione, non si può misurare in astratto, sulla base della sola forma giuridica assunto dal medesimo: la crisi d'impresa, notoriamente, rende lo stesso debitore più esposto alle pressioni esercitate proprio (ma non solo) da chi entri in relazione con lo stesso, rendendosi funzionale a tentativi di uscita dalla crisi, e limitandone la facoltà di determinarsi liberamente e scientemente. Dietro una società, anche di capitali, vi sono del resto sempre persone fisiche, la cui sfera volitiva e cognitiva può facilmente risultare indebolita in queste situazioni.

*cuno, costituire per qualcuno oggetto di grande e notevole interesse»). In giurisprudenza d'altro canto è avvertita la necessità di perseguire in modo "forte" una proporzionalità fra la entità da un lato della prestazione resa dal professionista e dall'altro del corrispettivo (Cass., Sez. Un., 25 novembre 2014, n. 25012). Ed è proprio ed ancora l'utilizzo dello strumento concettuale della causa "concreta" ha già consentito alla giurisprudenza di sanzionare situazioni contrattuali ove la totale disfunzionalità della causa, in termini di sperequazione fra il contenuto del negozio e la sua idoneità a conseguire la realizzazione dell'interesse di una delle parti dedotta nello stesso negozio, determina la nullità di quest'ultimo (cfr. *ex multis*, ad es. quanto ai contratti "For you", Cass. 15 febbraio 2016, n. 2900; e quanto ai contratti derivati Cass. 31 luglio 2017, n. 19013; ma l'elenco potrebbe continuare). D'altro canto anche la buona fede contrattuale, come espressione di un principio fondamentale destinato ad imporsi ai privati, ha costituito la base giuridica per sindacare la legittimità della determinazione del compenso di un legale, "manifestamente eccessiva" (cfr. Trib. Treviso, 8 ottobre 2018, in www.ilcaso.it: "la buona fede integrativa permette al giudice di ridurre d'ufficio il compenso professionale dell'avvocato pattuito con il cliente quando risulti manifestamente eccessivo, facoltà che trova il suo fondamento nella tutela dell'interesse generale dell'ordinamento all'equità contrattuale, al fine di ricondurre l'autonomia negoziale nei limiti in cui essa appaia meritevole di tutela").*

⁵⁰ E cfr. ancora Trib. Modena, 3 febbraio 2021, cit.