

**CRITERIO DI PREVALENZA, FATTIBILITÀ ECONOMICA,
IPERTUTELA DEI PRIVILEGIATI, SILENZIO-DINIEGO:
QUATTRO “TABÙ” DA SFATARE
NEL CONCORDATO PREVENTIVO CHE VERRÀ**

STEFANO AMBROSINI

SOMMARIO: 1. Premessa: la necessità di intervenire sui vincoli della legge delega. – 2. L’auspicato superamento dell’improvvido criterio della prevalenza. – 3. La fattibilità economica: una categoria serenamente “rinunciabile”. – 4. Il rischio dell’ipertutela dei creditori privilegiati. – 5. La regola del silenzio-diniego e la proposta di scorporo dal *quorum* di non votanti e astenuti. – 6. Conclusioni.

1. Premessa: la necessità di intervenire sui vincoli della legge delega

È opinione ormai alquanto diffusa che le criticità riscontrabili nella disciplina del concordato preventivo quale declinata nel codice della crisi siano ascrivibili, in larga misura, a scelte adottate dal legislatore in occasione della legge delega del 2017.

Come si è già avuto modo di sottolineare in altre sedi¹, assai discutibile si è rivelata la decisione del Governo allora in carica di discostarsi, talora marcatamente, dall’impianto congegnato dalla c.d. prima commissione Rordorf (incaricata di redigere il testo dei principi di delega) per abbracciare un approccio schiettamente dirigista sul piano dell’eterotutela del debitore, con conseguente, significativa, riduzione dei suoi margini di manovra: il tutto sull’altare della necessità di reprimerne gli abusi, la cui non infrequente verifica nel recente passato, pur innegabile e giustamente repressa dalla giurisprudenza, sembra aver condizionato oltre misura il legislatore della novella. Per di più senza essere questi riuscito a

¹ La “falsa partenza” del codice della crisi, le novità del decreto liquidità e il tema dell’insolvenza incolpevole, in *IlCaso.it*, 21 aprile 2020, p. 4; ID., *Introduzione*, in PACCHI-AMBROSINI, *Diritto della crisi e dell’insolvenza*, Bologna, 2020, p. 11.

realizzare – non manca di ricordarlo con rammarico lo stesso Rordorf² – una riforma davvero organica del diritto della crisi, come denota, a tacer d’altro, la persistente “specialità” di trattamento (anche sotto il profilo della *sedes materiae*) dell’amministrazione straordinaria. A puntuale riprova che il ponderato ed equilibrato lavoro di quella commissione, attenta a contemperare le esigenze della giurisdizione con le istanze provenienti dal mondo produttivo, avrebbe probabilmente meritato maggiore considerazione in sede politica.

Da ciò dovrebbe derivare, da parte di tutti, la necessaria presa d’atto che, senza un intervento che vada a incidere *anche sull’impianto della legge delega*, alcune rilevanti “storture” della normativa in esame sono purtroppo destinate a permanere, insieme al loro carico di problemi interpretativi e di difficoltà pratiche a perseguire efficacemente l’obiettivo della ristrutturazione dei debiti e del (miglior) soddisfacimento dei crediti.

2. L’auspicato superamento dell’improvvido criterio della prevalenza

A valle del codice della crisi, come (non) modificato dal decreto correttivo, buona parte della dottrina si è espressa in chiave schiettamente critica all’indirizzo del criterio di prevalenza coniato dal nuovo art. 84³.

Chi scrive ha ritenuto di osservare, al riguardo, che rispetto all’enunciazione “programmatica”, contenuta nella Relazione illustrativa, di favore nei confronti del concordato in continuità il disposto del comma 3 dell’art. 84 risulta, a ben guardare, in flagrante controtendenza. Ed invero, l’aver subordinato al superamento della prevalenza quantitativa la possibilità di configurare un concordato in continuità contrasta con il fine, per l’appunto più dichiarato che concretamente perseguito, di favorire la continuità aziendale attraverso lo strumento concordatario. È infatti sufficiente, in base alla disciplina codicistica, che il valore dei beni oggetto di dismissione superi quello dei beni destinati alla prosecuzione dell’attività d’impresa per ricadere, peraltro, in modo “artificioso” rispetto alle reali dinamiche della vita di un’azienda, nel perimetro applicativo del concordato liquidatorio, arrivando così a negare la tutela della continuità

² Da ultimo nel volume, di amplissimo e stimolante respiro, *Magistratura Giustizia Società*, Bari, 2020, pp. 268-269.

³ In luogo di altri si vedano ARATO, *Il concordato con continuità nel Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza*, in *Fallimento*, 2019, p. 855 ss.; D’ANGELO, *Il concordato preventivo con continuità aziendale nel nuovo Codice della crisi e dell’insolvenza*, in *Dir. fall.*, 2020, I, p. 27 ss.

aziendale sulla base di un criterio tanto rigido e formale quanto, appunto, poco aderente alla realtà delle nostre imprese⁴.

Né potrebbe obiettarsi che la soluzione attuale sia in qualche modo imposta dalla c.d. Direttiva *Insolvency* del 2019: com'è stato correttamente chiarito, difatti, la Direttiva “ammette la prosecuzione parziale dell'attività senza porre vincoli di prevalenza sul momento liquidatorio che lo affianchi, ritenendo comunque prioritario l'obbiettivo che le imprese continuino a operare (Cons. 1)”⁵.

Per onestà intellettuale, va detto che chi scrive aveva propugnato, in sede di audizione alla Camera dei deputati, l'introduzione di un principio di delega di segno esattamente opposto, basato cioè sull'assunto che nel concordato in continuità sia possibile soddisfare i creditori dal ricavato della continuità aziendale *in misura non necessariamente prevalente* rispetto alle altre “componenti attive” e che questo – e non già il suo opposto – sia il modo per realizzare effettivamente il *favor legis* per la continuità aziendale. Senza voler peccare di autoreferenzialità, si resta saldamente convinti che questa sia tuttora l'opzione preferibile, per cui non si può non formulare l'auspicio di un chiaro *revirement* del legislatore sul punto.

Quanto poi alla questione del mantenimento dei livelli occupazionali declinato dall'art. 84, rimane a mio avviso fermo il rilievo critico avanzato con riferimento al regime della continuità indiretta: l'impostazione adottata dal decreto delegato suscita svariate perplessità, sia dal punto di vista della “contaminazione” della fattispecie con aspetti occupazionali (per loro natura più acconci alla disciplina dell'amministrazione straordinaria che non a quella del concordato preventivo)⁶, sia sotto il profilo del rispetto della legge delega, dal momento che l'art. 6, comma 1, lett. i), n. 3, è imperniato sul presupposto dell'identità di disciplina fra continuità diretta e indiretta, con ciò sembrando escludere disposizioni di “sfavore” (in termini di oneri supplementari) per quest'ultima, com'è, invece,

⁴ *Concordato preventivo fra vecchio e nuovo: continuità normativa, interessi protetti e soddisfacimento dei creditori*, in questa *Rivista*, 5 agosto 2021, p. 10 (e ora, con alcune variazioni, in *Diritto dell'impresa in crisi*, Pisa, 2022, p. 64).

⁵ VELLA, *La spinta innovativa dei quadri di ristrutturazione preventiva europei sull'istituto del concordato preventivo in continuità aziendale*, in questa *Rivista*, 1° gennaio 2022, p. 8.

⁶ Diversamente orientato sul punto, però, MAFFEI ALBERTI, *Crisi dell'impresa e continuazione dell'attività*, in questa *Rivista*, p. 12, il quale osserva: “Se la visione prospettica della procedura di amministrazione straordinaria sembra troppo focalizzata sulla prosecuzione dell'attività, a scapito dei creditori anteriori, la disciplina del concordato in continuità sembra troppo focalizzata sulla tutela di questi ultimi. Non resta che augurarci che possa essere raggiunta una più efficace mediazione tra i contrapposti interessi, che oggi appaiono ancora troppo distanti”.

chiaramente quella sul livello minimo di lavoratori da mantenere o riassumere. Senza dire del possibile, ulteriore, profilo di incostituzionalità – di là dal dirimente contrasto con la legge delega – in ordine alla dubbia ragionevolezza di una siffatta disparità di trattamento fra continuità diretta e indiretta, tanto più – si ripete – al cospetto di un quadro che, dalla *ratio* sottesa alle indicazioni del legislatore delegante alla posizione assunta dalla Suprema Corte sulla continuità indiretta, è caratterizzato dal principio della medesima disciplina delle due fattispecie e, come tale, verosimilmente idoneo a limitare la discrezionalità del legislatore delegato sul punto⁷.

Ne consegue che le soglie occupazionali in questione andrebbero espunte nella riscrittura, attualmente in corso, delle disposizioni sul concordato preventivo; al pari del predetto criterio di prevalenza, a meno di volerlo capovolgere in quello di *non prevalenza*: scelta che – come si diceva – risulterebbe ancor più opportuna.

3. La fattibilità economica: una categoria serenamente “rinunciabile”.

Le perplessità di parecchi autori nei confronti della categoria della fattibilità economica come oggetto di diretto scrutinio giudiziale sono note da tempo⁸. Da parte di alcuni, fra cui chi scrive, si è posta in luce “l’inopportunità di introdurre precetti e concetti (come quello di verifica circa la «realizzabilità economica» del piano contenuto nel recente disegno

⁷ AMBROSINI, *Concordato preventivo fra vecchio e nuovo*, cit., p. 18. E v. ora, nel medesimo senso, VELLA, *La spinta innovativa dei quadri di ristrutturazione preventiva europei sull’istituto del concordato preventivo in continuità aziendale*, cit., p. 8, la quale afferma che i vincoli “imposti finiscono per ingessare oltremodo la ristrutturazione con continuità indiretta”; JORIO, *Ragionando sul concordato preventivo. alcuni consigli (non richiesti) ai conditores*, in questa *Rivista*, 2 marzo 2022, p. 9.

⁸ In luogo di altri cfr. ZANICHELLI, *La revoca dell’ammissione per non fattibilità del piano*, in AA. VV., *Fallimento, soluzioni negoziate della crisi e disciplina bancaria*, a cura di Ambrosini, Bologna, 2017, pp. 178 ss. Per un sintetico ma efficace riepilogo delle principali problematiche venute negli anni in evidenza cfr. COSTA, *Il controllo di fattibilità del concordato preventivo tra vecchia disciplina e nuovo codice della crisi e dell’insolvenza*, in *Dir. fall.*, 2020, I, p. 333, ove il rilievo che “si è subito evidenziata in concreto la difficoltà di distinguere tra i due tipi di fattibilità e di definirne i contenuti ed i confini”. Nello stesso senso già (e fra i primi) JORIO, sub *art. 160*, in SANTORO-NIGRO-SANDULLI (a cura di), *La legge fallimentare dopo la riforma*, vol. 3, Torino, 2010, pp. 2035 ss., cui *adde*, variamente orientati, PANZANI, *I nuovi poteri autorizzatori del tribunale e il sindacato di fattibilità nel concordato*, in *Società*, 2013, pp. 565 ss.; BOZZA, *Il sindacato del Tribunale sulla fattibilità del concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2011, pp. 167 ss.; AMATORE, *Il giudizio di fattibilità del piano nel concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2012, I, pp. 109 ss. Per un inquadramento aggiornato delle questioni e per gli opportuni riferimenti si veda, fra i contributi più recenti, MOSCARIELLO, *Il controllo del tribunale sulla ‘fattibilità economica’ del piano di concordato preventivo con continuità aziendale*, *ivi*, 2019, II, pp. 213 ss.

di legge delega per la riforma organica della disciplina concorsuale) che, lungi dall'apportare un contributo di chiarezza e certezza in materia, aumentino il livello di imprevedibilità delle decisioni giudiziali e con essa il rischio di prassi eterogenee fra i diversi tribunali, ciò che notoriamente preoccupa gli imprenditori in difficoltà non meno dei potenziali investitori e finanziatori”⁹.

Non a caso, relativamente a tale *vexata quaestio*, i redattori del c.d. Progetto Rordorf, contenente la bozza dei principi di legge delega, avevano fatto, in precedenza, appropriato riferimento ai principi consolidati nella giurisprudenza in materia¹⁰ (a cominciare, in allora, dalla distinzione tra fattibilità economica e fattibilità giuridica quale enucleata dalle Sezioni Unite della Cassazione e da successive pronunce di legittimità).

Incautamente, nella versione finale della legge delega si è optato per il ricorso al criterio della fattibilità economica, poi recepito nel decreto delegato: l'art. 47 del codice della crisi stabilisce infatti che il tribunale fa luogo all'apertura del concordato una volta “verificata l'ammissibilità della proposta e la fattibilità economica del piano ed acquisito, se non disponga già di tutti gli elementi necessari, il parere del commissario giudiziale, se nominato ai sensi dell'art. 44, comma 1, lettera b)”.

Nel commentare criticamente tale norma si è osservato che comunque essa non comporterebbe la possibilità per il tribunale di negare l'ammissione al concordato ogniqualvolta la percentuale offerta ai creditori chirografari venga giudicata troppo bassa: la verifica in questione, infatti, attiene al potere/dovere del giudice di valutare, di regola sulla scorta dei rilievi commissariali, le concrete prospettive di soddisfacimento dei creditori, indipendentemente dall'entità dello stesso. D'altronde, nulla avrebbe impedito al legislatore di stabilire una soglia percentuale minima anche per il concordato in continuità, sicché occorre prendere atto dell'assenza, nella disciplina del codice, di manifestazioni di volontà in tal senso¹¹.

Leggendo poi il requisito della fattibilità economica attraverso il prisma del più recente criterio di conio giurisprudenziale – la manifesta inidoneità

⁹ *Il controllo giudiziale su domanda e piano concordatari e i compiti dell'attestatore nell'evoluzione recente della disciplina*, in AA. VV., *Fallimento, soluzioni negoziate della crisi e disciplina bancaria*, a cura di Ambrosini, cit., p. 158.

¹⁰ Nell'art. 6 della bozza di legge delega si legge infatti: “La disciplina della procedura di concordato preventivo va riordinata prevedendo: [...] f) l'esplicitazione dei poteri del tribunale, con particolare riguardo: i) alla valutazione della fattibilità del piano, tenuto conto della specifica utilità indicata nella proposta ed alla luce dei criteri desumibili da consolidati orientamenti del giudice di legittimità”.

¹¹ AMBROSINI, *Il nuovo concordato preventivo: “finalità”, “presupposti” e controllo sulla fattibilità del piano*, in *ILcaso.it*, 25 febbraio 2019, p. 13.

del piano a perseguire l'obiettivo del risanamento dell'impresa¹² – chi scrive ha così ritenuto di concludere: “Alla stregua di quanto stabilito dal comma 1 dell'art. 47, pertanto, può affermarsi che il tribunale è tenuto a respingere la domanda di concordato sotto il profilo della non fattibilità economica ogniqualvolta: (i) il piano risulti *ictu oculi* irrealizzabile (caso, per vero non frequente, in cui il tribunale già dispone di tutti gli elementi necessari senza bisogno di approfondimenti tecnici di sorta); (ii) il parere richiesto dal tribunale al commissario giudiziale metta in luce, con ragionevole certezza, l'irrealizzabilità del piano. Negli altri casi, quand'anche sussistano dubbi sulla fattibilità del piano (che del resto, per sua natura non è – né può essere – connotato da certezza quanto al risultato), il tribunale non può bloccare l'iter della domanda e deve consentire che la prognosi circa l'effettiva realizzabilità del piano sia effettuata dai creditori attraverso l'esercizio del voto”¹³.

Orbene, se vi fosse finalmente, da parte del legislatore, la presa d'atto che la categoria della fattibilità economica risulta oggettivamente ambigua e scivolosa sul piano interpretativo, oltre a non apparire propriamente acconcia, nel suo scarso rigore terminologico, a un testo di legge che abbia anche ambizioni di rigore formale, dovrebbe seriamente considerarsi l'idea di tornare alla formulazione del Progetto Rordorf, utilizzando quindi la tecnica del rimando ai consolidati orientamenti della giurisprudenza in materia.

In alternativa, dal momento che il concetto di manifesta inattitudine del piano al conseguimento dei suoi obiettivi può ormai dirsi, appunto, *consolidato*, non si vede perché non attingere a esso per soppiantare quello di fattibilità economica, che potrebbe in tal modo essere serenamente abbandonato, senza rimpianti di sorta.

4. Il rischio dell'ipertutela dei creditori privilegiati.

È il decano della nostra materia a non stancarsi di ripetere, giustamente, che uno dei principali ostacoli alle soluzioni negoziate della crisi è rappresentato dall'eccesso di protezione che l'ordinamento italiano accorda ai titolari di crediti muniti di cause di prelazione. Questo l'auspicio ancora da ultimo formulato da Alberto Maffei Alberti: “mi auguro venga abbandonato, in relazione al soddisfacimento dei creditori, il principio del

¹² Su cui cfr. in dottrina, tra gli altri, SPIOTTA, *Fattibilità giuridica versus fattibilità economica – Il tramonto della distinzione tra fattibilità giuridica ed economica: un adeguamento anticipato alla prossima riforma?*, in *Giur. it.*, 2017, p. 1122; TERENGHI, *Verso un superamento della distinzione tra “fattibilità giuridica” e “fattibilità economica” nel concordato in continuità?*, in *Fallimento*, 2017, pp. 929 e ss.

¹³ *Accesso alle procedure di regolamentazione della crisi e dell'insolvenza*, in PACCHI – AMBROSINI, *Diritto della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit., pp. 100-101.

“*todos caballeros*” e ci si incominci a interrogare se non sia il caso di superare il tabù del pagamento integrale di tutti i creditori privilegiati”¹⁴.

Anche chi scrive, come pure altri autori, è incline a ritenere che questo aspetto andrebbe riconsiderato in vista di un più agevole perseguimento dell’obiettivo del risanamento delle imprese *viabiles*. Probabilmente, però, i tempi non sono maturi per una “rivoluzione” di tal genere, come dimostra plasticamente il fatto che il principio di delega sulla razionalizzazione dei privilegi (in chiave evidentemente selettiva) è purtroppo rimasto lettera morta.

Ciò non toglie che una sorta di “linea del Piave”, rispetto all’intervento riformatore in corso, dovrebbe essere rappresentato dalla necessità di evitare, per quanto possibile (tenuto ovviamente conto dei vincoli della Direttiva *Insolvency*), *norme di ulteriore favore a beneficio dei creditori privilegiati*, pena un concreto rischio di *hyper protection* di tale categoria di soggetti e di conseguente disequilibrio del sistema nel suo complesso.

Il riferimento è ad alcune ipotesi emerse nel recente dibattito, che vanno precisamente nella direzione anzidetta. Ad esempio: è ben vero che il criterio di calcolo per l’attribuzione del diritto di voto dei privilegiati interessati dalla moratoria fino a due anni, ai sensi dell’odierno art. 86, risulta un po’ macchinoso, ma – come segnalavo in altra sede – l’alternativa consisterebbe nel riconoscere il voto in misura pari all’intero credito, con un rimedio verosimilmente peggiore del male.

Risulta invece imposta dalla Direttiva (di là da ogni valutazione sul punto) la necessità di subordinare l’approvazione del concordato alla circostanza che una delle classi che si è espressa in senso favorevole debba essere costituita da creditori privilegiati¹⁵; come pure l’obbligatoria previsione di classi nel caso di concordato in continuità.

Non par dubbio, ad ogni modo, che sarebbe preferibile concentrarsi su soggetti titolari di privilegi *realmente* meritevoli di maggior tutela, quali anzitutto i lavoratori subordinati, incidendo, ove possibile, sia sul *quantum* che sul *quando* (ad esempio, con la previsione di una moratoria assai più contenuta di quella biennale) delle relative pretese.

¹⁴ MAFFEI ALBERTI, *Prefazione ad AA.VV., Le soluzioni negoziate della crisi d’impresa*, a cura di Ambrosini, Torino, 2021, pp. XV-XVI.

¹⁵ La seconda parte del Considerando n. 53 della Direttiva così recita: “In caso di ristrutturazione trasversale dei debiti, il piano per essere omologato dovrebbe essere sostenuto dalla maggioranza delle classi di voto di parti interessate. Almeno una di tali classi dovrebbe essere una classe di creditori garantiti o avere rango superiore alla classe dei creditori non garantiti”. E il conforme art. 11, alla lett. b), esplicita che può essere omologato un piano di ristrutturazione quando esso “è stato approvato: i) dalla maggioranza delle classi di voto di parti interessate, purché almeno una di esse sia una classe di creditori garantiti o abbia rango superiore alla classe dei creditori non garantiti”.

5. La regola del silenzio-diniego e la proposta di scorporo dal *quorum* di non votanti e astenuti.

Altro *refrain* di alcuni autori è costituito dalla giusta critica al principio del silenzio-diniego in tema di esercizio del voto. A fronte di quanti invocano, ancora da ultimo, un ritorno *tout court* al silenzio-assenso¹⁶, per ragioni – tutt’altro che peregrine – di *favor* verso la soluzione negoziata e anche di simmetria rispetto alla disciplina del concordato fallimentare, chi scrive ha proposto diversi anni fa una soluzione che si ritiene tuttora, ad un tempo, più equilibrata rispetto alle soluzioni “estreme” e più coerente col principio civilistico della tendenziale *non significatività del silenzio*.

Più precisamente, si era osservato che sarebbe stato importante rendere la disciplina concorsuale finalmente armonica con il resto dell’ordinamento civilistico, notoriamente retto dal principio della non significatività del silenzio (*qui tacet neque dicit, neque negat, neque utique fatetur*)¹⁷. Pertanto – si è ribadito in un successivo contributo – si sarebbero dovuti scomputare i creditori non votanti dal *quorum* deliberativo, “giacché il loro atteggiamento astensionistico non è, obiettivamente, riconducibile né a un assenso, né a un dissenso”¹⁸.

Tale soluzione è stata ripresa alcuni giorni fa – seppure in termini di *second best* – proprio sulle colonne di questa Rivista¹⁹, nonché da un ampio, recentissimo, contributo sul voto nel concordato, ove con adesivo richiamo della predetta tesi si è giustamente rimarcato che, con l’impostazione confermata dal codice della crisi, “si è persa l’occasione, non solo di omogeneizzare le discipline sulla rilevanza dell’inerzia tra i due tipi di concordato, ma di eliminare questa disarmonia attraverso lo scomputo dei creditori non votanti dal *quorum* deliberativo, facendo sì che la decisione sulla proposta concordataria, sia essa preventiva che fallimentare, valorizzi i soli creditori che si sono espressi esplicitamente, dimostrando il loro effettivo interesse”²⁰.

¹⁶ JORIO, *Ragionando sul concordato preventivo. alcuni consigli (non richiesti) ai conditores*, cit., p. 12.

¹⁷ *Problemi in tema di voto nel concordato preventivo*, in *Fallimenti & Società*, 12 dicembre 2017, pp. 2-3.

¹⁸ AMBROSINI, *Il nuovo concordato preventivo: “finalità”, “presupposti” e controllo sulla fattibilità del piano*, cit., p. 17.

¹⁹ JORIO, *Ragionando sul concordato preventivo. alcuni consigli (non richiesti) ai conditores*, cit., p. 12: “mi sarei anche accontentato della soluzione indicata da AMBROSINI”.

²⁰ BOZZA, *Il sistema delle votazioni nei concordati tra presente e futuro*, in *www.dirittodellacrisi.it*, 4 marzo 2022, pp. 30-31, motivando sulla scorta del rilievo che l’atteggiamento astensionistico “non è, obiettivamente, riconducibile né a un assenso, né a un dissenso”.

Orbene, l'autorevolezza di questi ultimi contributi dottrinali, unitamente alle esigenze di armonia del sistema, autorizza a nutrire la speranza che il problema possa essere affrontato, questa volta, in chiave non preconcepita ma, per l'appunto, aderente ai principi generali, che non vi è alcuna ragione di derogare in ambito concorsuale, specie con riferimento al concordato in continuità, nei cui confronti – ripetiamo – si invoca un *favor* talora solo programmaticamente perseguito.

6. Conclusioni

Molte altre sarebbero, evidentemente, le possibili riflessioni sulla disciplina del concordato preventivo oggetto del nuovo, imminente, intervento riformatore. Ma già il recepimento di almeno alcuni dei “suggerimenti” che ci si è fin qui permessi di avanzare (a partire da quelli sul criterio di prevalenza, sul concetto di fattibilità economica e sul voto) consentirebbe di colmare il *gap* ancor oggi esistente fra obiettivi dichiarati – quali il *favor* per il concordato in continuità e la riduzione dei fattori di incertezza interpretativa – e soluzioni normative adottate.

A condizione, beninteso, che spunti come questi, coinvolgendo (anche) il contenuto del controllo giudiziale e lo stesso ruolo del giudice, non vengano vissuti come “battaglie di retroguardia”, né come tentativi di *revanche* rispetto ad opzioni codicistiche che non vanno considerate come munite del crisma dell'intangibilità: opzioni che appaiono, semplicemente, ponderate in modo non adeguato e comunque senza la piena consapevolezza delle difficoltà che implicano anche dal punto di vista operativo.

Come giustamente ci rammenta colui che ha guidato con saggezza, generosità ed equilibrio le due precedenti Commissioni di riforma, occorre “più che mai sforzarsi di superare le stantie contrapposizioni ideologiche tra le concezioni c.d. negozial-privatistiche della composizione della crisi e quelle processual-pubblicistiche, che ancora spesso risuonano nelle discussioni concernenti il ruolo del giudice in siffatte vicende. È indubbio che le crisi si possono superare al meglio coniugando la collaborazione dei soggetti interessati con l'esigenza del controllo di legalità rimesso all'autorità giudiziaria. Ma va evitato il rischio di guardare le nuove norme con occhiali vecchi, e bisogna comprendere come la stessa funzione giurisdizionale sia venuta oggi assumendo, in questa materia, una curvatura in certo senso mediatrice, volta cioè a trovare il giusto punto di equilibrio tra i diversi interessi in gioco”²¹.

²¹ RORDORF, *Magistratura Giustizia Società*, cit., pp. 275-276.