

GLI ATTI E LE ATTIVITÀ DELL'ESPERTO TRA POTERE, CONTROLLI E INVALIDITÀ: UNA POSSIBILE RICOSTRUZIONE.

di GLORIA VISAGGIO

SOMMARIO. 1. Premessa. – 2. I compiti dell'esperto, in sintesi. – 3. *Segue*: gli atti di gestione e conduzione delle trattative. – 4. *Segue*: gli atti dell'esperto discrezionali e produttivi di effetti giuridici (diretti e irredimibili) nella sfera del debitore; in particolare, la decisione unilaterale di provocare l'archiviazione della (istanza di) composizione negoziata della crisi. – 5. *Segue*: i pareri dell'esperto in sede di conferma e proroga delle misure protettive e cautelari. – 6. Il "potere" dell'esperto e i suoi limiti di legittimità: una proposta di ricostruzione sistematica.

1. Premessa

Allorché l'imprenditore decida di intraprendere il percorso di composizione negoziata della crisi, è noto, lo spettro dei possibili scenari di risanamento esperibili, nell'*an* e nel *quomodo*, troverà un banco di prova e di confronto, oltre che con i creditori, anche con l'esperto.

Ed è, l'esperto, figura necessaria e imprescindibile del percorso di che trattasi, abilitato a compiere un certo catalogo (anche piuttosto variegato ed eterogeneo) di atti, la cui funzione e il cui regime giuridico non risultano, invero, limpidamente scolpiti dal Codice della crisi.

Ciò che sollecita qualche riflessione, in particolare, avuto riguardo al peculiare modo di essere degli atti (e più in generale dell'attività) dell'esperto rispetto alle opzioni di risanamento offerte all'imprenditore in crisi e, più nello specifico, in relazione a quel dover essere che talora gli atti dell'esperto, nonché la modalità di esercizio dei suoi compiti, imprimono alla modulazione degli interessi in gioco nel percorso di composizione negoziata.

Gli effetti che gli atti dell'esperto sono in taluni casi idonei a produrre rispetto al percorso del risanamento avviato e nella sfera giuridica dell'imprenditore in crisi pongono, ad avviso di chi scrive, in termini di problematicità l'assenza di precise indicazioni di diritto positivo in ordine al regime giuridico loro applicabile e, in ultima analisi, agli strumenti di tutela e di controllo disponibili, in special modo allorquando gli atti in parola attingano alle coordinate della invalidità o della irregolarità.

Da qui muove la presente indagine che, a partire dall'analisi della struttura degli atti e della funzione dell'attività dell'esperto, prova a fornire qualche possibile opzione ricostruttiva del problema dianzi segnalato.

2. I compiti dell'esperto, in sintesi

Ragionare intorno ai poteri dell'esperto e ai rimedi attivabili contro gli atti da costui posti in essere presuppone un – sia pur breve - inquadramento della funzione, del ruolo e dei compiti allo stesso commessi.

Orbene, a partire dall'enunciato definitorio – l'esperto è, ai sensi dell'art. 2, lettera o *bis*), C.C.I.I.¹, quel “soggetto terzo e indipendente, iscritto nell'elenco di cui all'articolo 13, comma 3 e nominato dalla commissione di cui al comma 6 del medesimo articolo 13, che facilita le trattative nell'ambito della composizione negoziata” – emerge come compito precipuo

¹ L'enunciato definitorio riportato nel testo è stato introdotto su proposta del Consiglio di Stato, in sede di esame dello schema di d. lgs. n. 83/2022.

dell'esperto sia quello di agevolare le trattative tra il debitore e la platea dei creditori e dei soggetti a vario titolo "interessati", nella sua posizione di soggetto "terzo rispetto a tutte le parti" (art. 16, comma 2, C.C.I.I.).

Che questa (agevolare le trattative) sia la funzione dell'ufficio ricoperto dall'esperto si trae conferma anche da un'interpretazione sistematica tanto del Codice della crisi quanto del Decreto Dirigenziale del 21 marzo 2023², a cominciare dall'art. 12, comma 2, C.C.I.I. ("l'esperto agevola le trattative tra l'imprenditore, i creditori ed eventuali altri soggetti interessati"), e dall'art. 16, comma 2 *bis*, C.C.I.I. ("l'esperto dà conto, nei pareri che gli vengono richiesti, dell'attività che ha svolto e che intende svolgere nell'agevolare le trattative tra l'imprenditore, i creditori ed eventuali altri soggetti interessati").

Nel capo del Codice della crisi dedicato alla composizione negoziata, si trovano poi una serie di disposizioni di dettaglio in ordine alle diverse incombenze affidate, in concreto, all'esperto, quanto: a) alla modalità di svolgimento delle trattative; b) ai possibili sbocchi del percorso di composizione negoziata, in rapporto agli esiti delle trattative; c) al ruolo che l'esperto è chiamato ad assolvere laddove si richieda, nel percorso di composizione negoziata, l'intervento del Tribunale.

Quanto alla modalità di conduzione delle trattative, l'esperto: "verifica la coerenza complessiva delle informazioni fornite dall'imprenditore" (art. 16, comma 2, C.C.I.I.); "accettato l'incarico, convoca senza indugio l'imprenditore per valutare l'esistenza di una concreta prospettiva di risanamento, anche alla luce delle informazioni assunte dall'organo di controllo e dal

² Il decreto dirigenziale – che ha a propria volta aggiornato il precedente decreto del 28 settembre 2021 - è fonte di riferimento per l'individuazione dei compiti dell'esperto: a mente dell'articolo 17 del decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, infatti, "l'istanza di nomina dell'esperto indipendente è presentata tramite la piattaforma telematica di cui all'articolo 13 mediante la compilazione di un modello, ivi disponibile, contenente le informazioni utili ai fini della nomina e dello svolgimento dell'incarico da parte dell'esperto nominato. 2. Il contenuto del modello di cui al comma 1 è definito con il decreto dirigenziale del Ministero della giustizia di cui all'articolo 13, comma 2 ...".

revisore legale, ove in carica”; “se ritiene che le prospettive di risanamento sono concrete ... incontra le altre parti interessate al processo di risanamento e prospetta le possibili strategie di intervento”; “nel corso delle trattative l’esperto può invitare le parti a rideterminare, secondo buona fede, il contenuto dei contratti ad esecuzione continuata o periodica, ovvero ad esecuzione differita se la prestazione è divenuta eccessivamente onerosa o se è alterato l’equilibrio del rapporto in ragioni di circostanze sopravvenute” (art. 16, comma 5, C.C.I.I.); nel caso in cui siano compiuti atti di straordinaria amministrazione, “quando ritiene che l’atto possa arrecare pregiudizio ai creditori, alle trattative o alle prospettive di risanamento, lo segnala per iscritto all’imprenditore e all’organo di controllo” e “se, nonostante la segnalazione, l’atto viene compiuto, l’imprenditore ne informa immediatamente l’esperto il quale, nei successivi dieci giorni, può iscrivere il proprio dissenso nel registro delle imprese” (art. 21, commi 3 e 4, C.C.I.I.).

In esito alle trattative, l’esperto: “se non ravvisa concrete prospettive di risanamento, all’esito della convocazione o in un momento successivo, ... ne dà notizia all’imprenditore e al segretario generale della camera di commercio che dispone l’archiviazione della composizione negoziata entro i successivi cinque giorni lavorativi” (art. 16, comma 5, C.C.I.I.); in ogni altro caso di conclusione delle trattative, “al termine dell’incarico ... redige una relazione finale” (art. 16, comma 8, C.C.I.I.) e, in particolare, nel caso in cui sia concluso l’accordo di cui all’art. 23, comma 1, lettera c), C.C.I.I., questo è sottoscritto dall’esperto, che “con la sottoscrizione dell’accordo ... dà atto che il piano di risanamento appare coerente con la regolazione della crisi o dell’insolvenza”.

Infine, allorquando il debitore debba rivolgersi al Tribunale, nel corso del percorso di composizione negoziata, l’esperto è “chiamato ... a esprimere il proprio parere sulla funzionalità delle misure (protettive e cautelari, n.d.r.) richieste ad assicurare il buon esito delle trattative e a rappresentare l’attività che intende svolgere ai sensi dell’articolo 12, comma 2”; egli

esprime, altresì, il proprio parere nel caso di richiesta di proroga delle misure protettive e/o cautelari, indicando “l’attività svolta e da svolgere ai sensi dell’articolo 12, comma 2”.

Sondando, dunque, l’attività dell’esperto in base ai compiti che allo stesso sono commessi, si ha che questi appaiono sinteticamente sussumibili in due *species*: atti di gestione e conduzione delle trattative; atti *lato sensu* consultivi (pareri richiesti dal Tribunale).

Iniziamo con il considerare i primi.

3. Segue: gli atti di gestione e conduzione delle trattative

Nulla o poco dice il Codice della Crisi con riferimento alle modalità di conduzione delle trattative da parte dell’esperto; tuttavia, il rinvio – operato dall’art. 17, comma 1, C.C.I.I. – al Decreto dirigenziale, quanto alle indicazioni in merito allo “svolgimento dell’incarico”, induce a ritenere che le prescrizioni ivi contenute abbiano, *in parte qua*, portata integrativa delle previsioni codicistiche.

E’, in particolare, il § 8 della terza parte del decreto dirigenziale a dettare regole di condotta per l’esperto, riempiendo di contenuto quel ruolo di “agevolatore” delle trattative che la fonte normativa primaria – il Codice della Crisi – esplicita, come detto, *sub* artt. 12, comma 2 e 16, comma 2 *bis*.

Ebbene, da una disamina dei compiti commessi all’esperto in forza delle previsioni, se ne ricava l’idea, in vero, di un “soggetto” molto vicino alla figura, già nota all’ordinamento, del mediatore civile *ex d.* lgs. n. 28/2010: così come il mediatore civile, anche l’esperto non è nominato né dalle parti né dall’autorità giudiziaria (distinguendosi, quanto a quest’ultimo profilo, anche dalla figura del CTU e in genere dell’ausiliario del Giudice); inoltre, così come il mediatore è “un terzo imparziale”, la cui attività è “finalizzata ad assistere due o più soggetti nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, anche con formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa” (art. 1, comma 1, lettera a, d. lgs. n. 28/2010), del tutto similmente l’esperto “è terzo rispetto a tutte

le parti, imprenditore compreso. Non lo assiste né si sostituisce alle parti nell'esercizio dell'autonomia privata ma ha il compito di facilitare le trattative e stimolare gli accordi" (§ 8.2 del decreto dirigenziale).

Non è di poco momento rammentare, peraltro, che l'esperto non è necessariamente un professionista³ (potendosi iscrivere nell'elenco, ai sensi dell'art. 13, comma 3, C.C.I.I., anche quanti abbiano svolto funzioni di amministrazione, direzione e controllo di imprese⁴) e che la specifica formazione che l'art. 13,

³ Ciò si ricava dalla definizione riportata, e citata nel testo, *sub* art. 2, lettera o *bis*), C.C.I.I., ove l'esperto è "il soggetto terzo" e non "il professionista terzo" – diversamente da quanto era stato proposto in sede di schema di d. lgs. – e siffatta scelta è spiegata molto chiaramente nella relazione illustrativa al d. lgs. n. 83/2022: "la lettera o-bis) contiene la definizione dell'esperto nominato per la conduzione delle trattative in cui si sostanzia la composizione negoziata, come da suggerimento del Consiglio di Stato. Si concorda sul fatto che tale definizione è resa necessaria dall'introduzione nel Codice degli istituti introdotti dal decreto-legge n. 118 del 2021, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 147 del 2021. Rispetto alla definizione suggerita non è stata tuttavia utilizzata la parola <professionista> - in quanto, secondo quanto dispone l'articolo 13, l'esperto può essere anche un manager con esperienza nella ristrutturazione aziendale -, sono state utilizzate le parole <terzo e indipendente> per evidenziare la diversa natura di tale figura rispetto a quelle esistenti e sono stati inseriti i riferimenti normativi della composizione negoziata e della procedura di nomina al fine di collocare con precisione la definizione nell'ambito del Codice".

⁴ Recita, infatti, il citato art. 13, comma 3, C.C.I.I.: "presso la camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura di ciascun capoluogo di regione e delle province autonome di Trento e di Bolzano è formato, con le modalità di cui al comma 5, un elenco di esperti nel quale possono essere inseriti: gli iscritti da almeno cinque anni all'albo dei dottori commercialisti e degli esperti contabili e all'albo degli avvocati che documentano di aver maturato precedenti esperienze nel campo della ristrutturazione aziendale e della crisi d'impresa; gli iscritti da almeno cinque anni all'albo dei consulenti del lavoro che documentano di avere concorso, almeno in tre casi, alla conclusione di accordi di ristrutturazione dei debiti omologati o di accordi sottostanti a piani attestati o di avere concorso alla presentazione di concordati con continuità aziendale omologati. Possono inoltre essere inseriti nell'elenco coloro che, pur non iscritti in albi professionali, documentano di avere svolto funzioni di amministrazione, direzione e controllo in imprese interessate da operazioni di ristrutturazione concluse con piani di risanamento attestati, accordi di ristrutturazione dei debiti e concordati preventivi con continuità aziendale omologati, nei confronti delle quali non sia stata successivamente pronunciata sentenza di apertura della liquidazione giudiziale o sentenza di accertamento dello stato di insolvenza".

comma 4, C.C.I.I. richiede come prerequisito ai fini dell'iscrizione nell'elenco degli esperti consta, in misura cospicua, di competenze proprio in materia di gestione delle trattative, facilitazione della comunicazione e della composizione consensuale⁵.

L'ultimo dei profili indicati è suscettibile di rilevare, a mio avviso, anche ad altri fini – ed è questo un ulteriore punto di contatto con la figura del mediatore civile – giacché consente di individuare i limiti esterni dell'operato dell'esperto, ovverosia ciò che egli non può e non deve fare.

In primo luogo, l'esperto “affianca il debitore e lo consiglia ma non si sostituisce a lui nella ideazione delle ipotesi di risanamento”⁶; nel suo ruolo di agevolatore delle trattative e di “coadiutore” del debitore, “non lo assiste né si sostituisce alle parti nell'esercizio dell'autonomia privata ma ha il compito di facilitare le trattative e stimolare gli accordi”⁷.

In secondo luogo, l'esperto non è deputato a controllare, né tantomeno a entrare nel merito, delle rilevazioni contabili del debitore e delle valutazioni di quest'ultimo in merito alle modalità attraverso cui intenda risanarsi.

Il punto è, a mio parere, di centrale importanza e investe, innanzitutto, la questione di definire il perimetro dei compiti dell'esperto allorquando gli si richieda di “valutare l'esistenza di una concreta prospettiva di risanamento” (art. 17, comma 5, C.C.I.I.).

Siffatta valutazione, a mio avviso, non è certamente di carattere economico né aziendalistico e neanche può trattarsi di uno scrutinio di concreta fattibilità del programma di risanamento dell'impresa, che l'esperto possa compiere a partire dalle informazioni offerte dal debitore in sede di presentazione di istanza di accesso alla composizione negoziata (i bilanci; la

⁵ Così la parte quarta del decreto dirigenziale.

⁶ Così la relazione al d. lgs. n. 83/2022, *sub* art. 17 C.C.I.I.

⁷ Cfr. il §8.2 del decreto dirigenziale.

Sul punto, cfr. S. PACCHI, *L'Esperto: un'“alta” professionalità dinanzi alle trattative e alla gestione dell'impresa*, in *ristrutturazioniaziendali.it*, 28.

situazione patrimoniale aggiornata; il progetto di piano di risanamento), o successivamente assunte, anche di propria iniziativa.

Tanto si desume dalla considerazione di una serie di circostanze.

La prima – lo abbiamo già posto in rilievo -: l'esperto non ha necessariamente competenze in ambito aziendalistico, ragionieristico o contabile; anzi: egli può essere un consulente del lavoro, un avvocato, anche un *manager* (e quindi neppure un professionista), cui si richiedono competenze nel settore della crisi d'impresa e capacità di mediazione e conciliazione.

Prova ne sia, del resto – e veniamo alla seconda considerazione – la specificazione, contenuta nell'art. 16, comma 2, C.C.I.I., per cui l'esperto non è equiparabile al professionista indipendente di cui all'art. 2, lettera o), C.C.I.I.⁸, tant'è che può anche avvalersi di coadiutori “dotati di specifica competenza” (sempre ai sensi dell'art. 16, comma 2, C.C.I.I.) e che, *a fortiori*, il Tribunale chiamato a confermare le misure protettive e/o cautelari, accanto e a prescindere dall'esperto, “nomina, se occorre, un ausiliario ai sensi dell'art. 68 del codice di procedura civile” (art. 19, comma 4, C.C.I.I.), evidentemente deputato a esperire approfondimenti istruttori *in primis* di carattere contabile o finanziario⁹.

⁸ Ovverosia “il professionista incaricato dal debitore nell'ambito di uno degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza che soddisfi congiuntamente i seguenti requisiti: 1) essere iscritto all'elenco dei gestori della crisi e insolvenza delle imprese, nonché nel registro dei revisori legali; 2) essere in possesso dei requisiti previsti dall'articolo 2399 del codice civile; 3) non essere legato all'impresa o ad altre parti interessate all'operazione di regolazione della crisi da rapporti di natura personale o professionale tali da comprometterne l'indipendenza di giudizio; il professionista ed i soggetti con i quali è eventualmente unito in associazione professionale non devono aver prestato negli ultimi cinque anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore, né essere stati membri degli organi di amministrazione o controllo dell'impresa, né aver posseduto partecipazioni in essa”.

⁹ Così anche L. BACCAGLINI, F. DE SANTIS, *Misure protettive e provvedimenti cautelari a presidio della composizione negoziata della crisi: profili processuali*, in *Dirittodellacrisi.it*.

Ancora: allorché l'imprenditore si trovi dinanzi all'esigenza ovvero all'opportunità di assumere iniziative in discontinuità¹⁰ (contrarre finanziamenti per assicurare il salvataggio dell'impresa; acquisire finanziamenti dai soci o infragruppo; trasferire l'azienda o uno o più rami di essa), interviene il Tribunale, ad autorizzare il compimento di siffatte iniziative, ai sensi dell'art. 22 C.C.I.I. e in tal caso non soltanto non è prescritto alcun parere o altra attività dell'esperto nel relativo procedimento, ma anzi si specifica che l'autorità giudiziaria provvede "ove occorra, ai sensi dell'articolo 68 del codice di procedura civile", ovverosia nominando un ausiliario: così l'ultimo comma del citato art. 22 C.C.I.I.

Ulteriore indice sistematico, questo, per trarre la conclusione per cui all'esperto non competono incombenze, né sono attribuiti compiti, per ciò che esuli dall'attività di conduzione delle trattative e che, vieppiù, allorquando la negoziazione presupponga mutamenti del programma di piano di risanamento incidenti sulla struttura economico-finanziaria (ricorso a finanziamenti) o patrimoniale (dismissione di rami di azienda o dell'azienda nel suo complesso), all'esperto non è assegnato alcun ruolo.

In quarto luogo – ma non da ultimo per importanza – mette conto di precisare che, allorquando accede al percorso di composizione negoziata, il debitore presenta non già un piano di risanamento definito e tendenzialmente immodificabile, bensì un "*progetto* di piano di risanamento", redatto secondo le indicazioni della c.d. lista di controllo, contenute nel più volte citato decreto dirigenziale (art. 17, comma 2, lettera b, C.C.I.I.).

Non par dubbio, dunque, che quella del risanamento è, al momento dell'avvio del percorso di composizione della crisi, una progettualità, non già un disegno prefigurato nei suoi tratti distintivi e nei suoi lineamenti specifici; ed è un programma *in*

¹⁰ L'espressione è utilizzata nel decreto dirigenziale e ci sembra qui molto calzante rispetto a quanto ci si accinge a dire.

fieri, anche se e soprattutto in quanto l'obiettivo del risanamento si alimenta dei risultati delle trattative con i creditori¹¹.

L'impresa, che per accedere al percorso di composizione negoziata deve essere in regime di continuità¹², conta evidentemente su risorse attuali e confida in flussi prospettici che, se sufficienti al fine, gli consentiranno di risolvere il proprio stato di crisi o di pre-crisi (o, perché no? anche di insolvenza¹³); e intanto gli consentiranno di risanarsi in quanto, per l'appunto, si raggiungano – sottoforma di dilazioni e stralci dei debiti o rinegoziazioni dei contratti pendenti – accordi con i creditori tali da ripristinare il vulnerato equilibrio patrimoniale o economico-finanziario.

Del resto, le indicazioni contenute al riguardo nel decreto dirigenziale – cui rinviano, come detto, gli artt. 13 e 17, comma 2, lettera b), C.C.I.I. – sono, mi sembra, molto chiare: la c.d.

¹¹ Si legge nella relazione al d. lgs. n. 83/2022: “l'articolo 17 contiene le disposizioni dell'articolo 5 del decreto-legge n. 118 del 2021 convertito, con modificazioni, dalla legge n. 147 del 2021 e disciplina le modalità di accesso alla composizione negoziata e il suo funzionamento. L'unica modifica apportata riguarda il comma 3, lettera b), che richiede all'impresa di depositare anche un progetto di piano e cioè un'ipotesi di come intende perseguire il proprio risanamento. Si tratta di precisazione coerente con la celerità che deve caratterizzare la composizione negoziata e con la sua natura (non di procedura ma di percorso di negoziazione aperto solo se vi è una reale e concreta ipotesi di risanamento) oltre che con la funzione dell'esperto (che affianca il debitore e lo consiglia ma non si sostituisce a lui nella ideazione delle ipotesi di risanamento)”.

¹² Mette conto, tuttavia, di segnalare come non manchi, nell'evoluzione giurisprudenziale più recente, qualche apertura anche verso l'accesso al percorso di composizione negoziata anche in presenza di operazioni di risanamento di carattere liquidatorio: cfr. Trib. Perugia, 15 luglio 2024, in *dirittodellacrisi.it*.

¹³ Così come oggi si ricava, tra l'altro, dall'art. 21, comma 1, C.C.I.I.

Per un'analisi del problema prima del correttivo *ter*, cfr. tra gli altri S. AMBROSINI, *La nuova composizione negoziata della crisi: caratteri e presupposti*, in *ristrutturazioniazionali.ilcaso.it*; S. LEUZZI, *Allerta e composizione negoziata nel sistema concorsuale ridisegnato dal D.L. n. 118 del 2021*, in *dirittodellacrisi.it.*, nonché Trib. Bologna, 08 novembre 2022, in *ristrutturazioniazionali.ilcaso.it*.

Cfr. anche la rassegna giurisprudenziale, sulla questione, di M. SPADARO, *Composizione negoziata della crisi: gli orientamenti della giurisprudenza ad un anno dall'esordio*, in *Fallimento*, 2023, 111 ss.

Contra, Trib. Siracusa, 14 settembre 2022, in *ilcaso.it*.

“lista di controllo” contiene dati che pongono a raffronto la situazione debitoria attuale e prevedibile (il margine negativo ipotizzabile in base al *budget* di periodo) dell’impresa con “i flussi annui al servizio del debito che la gestione dell’impresa è mediamente in grado di generare a regime” e ciò, si sottolinea, “prescindendo dalle eventuali iniziative industriali”¹⁴; inoltre, la c.d. “*check list*” particolareggiata per la redazione del piano di risanamento, in coerenza con quanto si dice, muove dal presupposto per cui “non è .. necessario che l’imprenditore, per accedere alla composizione negoziata, abbia già redatto il piano vero e proprio. E’ tuttavia utile che lo abbia fatto posto che lo dovrà comunque redigere, in tempi brevi, nel corso della composizione negoziata per individuare le proposte da formulare alle parti interessate e la soluzione idonea per il superamento della crisi”¹⁵.

Insomma, il (progetto di) piano di risanamento è, come si diceva, una costruzione necessariamente e per sua natura in divenire e lo è proprio perché, rispetto al rapporto su cui si misura il disequilibrio patrimoniale o economico-finanziario dell’impresa (presupposto oggettivo per l’accesso al percorso di composizione negoziata della crisi), svolgono un ruolo cruciale le trattative con i creditori, sotto la gestione auspicabilmente attenta dell’esperto e determinante sarà il loro esito (ovviamente non conoscibile *ex ante*)¹⁶.

All’esperto, dunque, il compito di seguire e agevolare le trattative, se del caso formulando proposte di carattere transattivo¹⁷; la valutazione, a costui commessa, in ordine alla

¹⁴ Cfr. §§1 ss. della sezione I del decreto dirigenziale.

¹⁵ Così sempre il decreto dirigenziale, nella sezione II.

¹⁶ Così anche Trib. Treviso, 04 ottobre 2022, in *ristrutturazioniazendali.it*.

¹⁷ Cfr. anche il § 9 del decreto dirigenziale: “una volta preso atto del debito individuato dall’imprenditore e dei flussi economico-finanziari risultanti dal progetto di piano di risanamento, o dal piano vero e proprio ove già redatto, e destinati dall’imprenditore al servizio del debito, l’esperto, nella prospettiva della individuazione di una delle soluzioni previste all’articolo 23, del Codice della crisi d’impresa stimola la formulazione di proposte concrete da parte dell’imprenditore e delle parti interessate. Le proposte e le soluzioni da esaminare potranno essere anche più di una. Nello stimolare la formulazione di proposte, l’esperto

concreta esperibilità del percorso di risanamento, altro non è, pertanto, se non la verifica che l'esito delle trattative consenta di ripristinare l'equilibrio in parola e sia causalmente efficiente rispetto all'obiettivo del risanamento (detto con altre parole: che delle trattative proficue vi siano e che effettivamente le stesse consentano di riportare quel rapporto tra debiti e attivo rinvenibile dalla gestione corrente a un livello accettabile).

Opinare diversamente, del resto, significherebbe pervenire a un'indebita equiparazione tra l'esperto e altre figure del Codice della Crisi, primo tra tutti il commissario giudiziale, in vero incomparabili al primo, sia perché il relativo ufficio non si colloca nell'alveo di procedure concorsuali, bensì di un percorso stragiudiziale qual è la composizione negoziata della crisi, sia perché non si tratta di un organo di nomina giurisdizionale, deputato ad assolvere ben altri compiti e funzioni.

Mi pare, del resto, che anche i lavori preparatori al Codice della Crisi non possano che essere letti in questa direzione: "è solo l'esperto, esaminata la documentazione allegata all'istanza e la sua coerenza complessiva, a dover valutare se vi sono le condizioni per aprire le trattative al fine di tentare il risanamento dell'impresa o se provocare l'archiviazione dell'istanza, come previsto dall'articolo 17, comma 5, secondo periodo, in presenza di condizioni che non consentono di perseguire la ristrutturazione dell'impresa. Anche tale controllo, per le modalità con le quali viene esercitato, si svolge sulla base di quanto dichiarato e documentato dall'impresa, *senza una verifica di veridicità dei dati contabili, che non compete all'esperto*. La peculiarità del nuovo strumento non consente dunque di operare parallelismi tra l'esperto e le altre figure professionali nominate nell'ambito delle procedure concorsuali che hanno precisi poteri di vigilanza e verifica giustificati dagli

rappresenta l'esigenza che esse assicurino l'equilibrio tra i sacrifici richiesti alle singole parti, in modo quanto più possibile proporzionato al grado di esposizione al rischio di ciascuna di esse, e alle utilità derivanti alle medesime parti dalla continuità aziendale dell'impresa. L'esperto ricorda altresì la necessità che le proposte siano idonee al rispetto del minimo legale del capitale sociale al momento della conclusione dell'accordo, fatte salve le disposizioni speciali".

effetti che l'apertura del concorso produce sul patrimonio dell'impresa e sui diritti dei creditori. Nel caso della composizione negoziata ciò che l'esperto può fare è verificare, grazie alle sue competenze aziendalistiche, la coerenza dei dati inseriti nella piattaforma dall'impresa e la perseguibilità del risanamento, sia al momento dell'avvio delle trattative sia durante il loro svolgimento¹⁸.

4. *Segue: gli atti dell'esperto discrezionali e produttivi di effetti giuridici (diretti e irredimibili) nella sfera del debitore; in particolare, la decisione unilaterale di provocare l'archiviazione della (istanza di) composizione negoziata della crisi*

Fin qui si è detto dei compiti e del ruolo dell'esperto nella gestione delle trattative.

Ma un profilo di criticità (potenzialmente deflagrante, lo vedremo tra breve) rispetto alla fisionomia e ai caratteri del ruolo dell'esperto, per come tratteggiati, emerge allorché si passino in rassegna gli spazi di discrezionalità a costui concessi dal Codice della Crisi nel corso dello svolgimento della predetta attività di gestione delle trattative, segnatamente con riferimento alla possibilità che egli abbia di porre fine *ante litteram* al percorso di composizione negoziata della crisi.

Si allude, in particolare, alla ipotesi contemplata dal quinto comma dell'art. 17, C.C.I.I. che abilita l'esperto, in qualunque momento del percorso di composizione negoziata e anche ben prima del naturale termine dell'incarico di cui al successivo settimo comma, a decidere di decretare l'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata della crisi e, quindi, la chiusura del percorso di risanamento, "se non ravvisa concrete prospettive di risanamento".

Si dà il caso, però, che siffatta iniziativa, una volta adottata, porti con sé una serie di effetti, concretamente sfavorevoli per il debitore, di non poco momento.

¹⁸ Così la relazione illustrativa al d. lgs. n. 83/2022, *sub* art. 13, comma 8.

Il primo: dal giorno dell'archiviazione dell'istanza potrebbe essere pronunciata la sentenza di apertura della liquidazione giudiziale o di accertamento dello stato di insolvenza¹⁹.

Il secondo: dallo stesso momento vengono a cessare gli effetti delle misure protettive e/o cautelari precedentemente confermate, ovvero le stesse potrebbero essere revocate²⁰.

Il terzo: una volta archiviata l'istanza, l'imprenditore non potrà accedere a un nuovo percorso di composizione negoziata della crisi se non decorso un anno dalla stessa²¹.

Il quarto: all'imprenditore sarebbe finanche precluso, in tal caso, l'accesso alla procedura di concordato semplificato *ex art. 25 sexies*, C.C.I.I. che, com'è noto, postula, sì, la conclusione non positiva delle trattative condotte in sede di C.N.C., ma comunque all'esito del vaglio (ovviamente negativo) delle ipotesi contemplate dall'art. 23, commi 1 e 2, C.C.I.I.: vaglio che, verosimilmente, non potrebbe essere stato compiuto allorquando la composizione negoziata si concluda con una precoce diagnosi di assenza di prospettive di risanabilità dell'impresa, ai sensi del citato art. 17, comma 5, C.C.I.I.

Insomma, nella situazione considerata si perverrebbe al risultato per cui, in ragione e a partire da un atto unilateralmente deciso dall'esperto, potrebbe addirittura scaturire, in via immediata, l'apertura della liquidazione giudiziale.

Un risultato, questo, che difficilmente non potrebbe risultare incongruo, in considerazione della struttura e della *ratio* del percorso di composizione negoziata della crisi, in rapporto ai compiti dell'esperto, ma anche (e ovviamente) in ragione degli interessi in gioco.

E' certamente un'indicazione rinveniente dal sistema del codice della crisi nel suo complesso, coerente con le indicazioni

¹⁹ Ai sensi dell'art. 18, comma 4, C.C.I.I.

²⁰ Ai sensi, rispettivamente, dell'art. 17, comma 8 e dell'art. 19, comma 5, C.C.I.I.

²¹ Così ai sensi dell'art. 17 comma 9, C.C.I.I.

del legislatore unionale²², quella per cui il risanamento dell'impresa rappresenta, oramai, un obiettivo primario e un valore in sé; ed appare allora nient'affatto coerente con tale prioritario assetto di interessi commettere all'esperto – un soggetto, come detto, deputato ad agevolare in via stragiudiziale trattative con i creditori – il potere di provocare, con una propria determinazione discrezionale e unilaterale, il fallimento del tentativo di risanamento dell'impresa e finanche l'immediata apertura della liquidazione giudiziale, laddove difettino i presupposti giustificativi di siffatta scelta (o quantomeno si tratti di opzioni discutibili in punto di legittimità dell'atto).

Tanto più distonica rispetto alle logiche del sistema appare tale conseguenza, ove ci si soffermi anche sulla struttura del percorso di composizione negoziata, un percorso di carattere stragiudiziale, ma rispetto al quale un'iniziativa unilaterale dell'esperto può essere foriera di immediate conseguenze e preclusioni di carattere giurisdizionale; un percorso, altresì, avviato per impulso del debitore su propria esclusiva iniziativa e chiuso *ex abrupto* da un soggetto che non è destinatario della relativa istanza, né è geneticamente munito di poteri amministrativi o giurisdizionali o tantomeno di fonte negoziale al fine.

Non mancano, in vero, possibili correttivi: è probabilmente sintomatica dell'avvertita sensibilità del problema (quantomeno in astratto) la circostanza che, in vero, il decreto dirigenziale ha previsto, allorché l'esperto ravvisi l'opportunità di chiudere le trattative ai sensi dell'art. 17, comma 5, C.C.I.I., l'apertura di un contraddittorio con il debitore: “quando l'esperto intende

²² Recita il primo Considerando della Direttiva UE 2019/2023: “la presente direttiva mira a rimuovere tali ostacoli [al funzionamento del mercato e all'esercizio delle libertà fondamentali] garantendo alle imprese e agli imprenditori sani che sono in difficoltà finanziarie la possibilità di accedere a quadri nazionali efficaci in materia di ristrutturazione preventiva che consentano loro di continuare a operare, agli imprenditori onesti insolventi o sovraindebitati di poter beneficiare di una seconda opportunità mediante l'esdebitazione dopo un ragionevole periodo di tempo, e a conseguire una maggiore efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione, in particolare attraverso una riduzione della loro durata”.

richiedere l'archiviazione del fascicolo" – si legge infatti nel § 8.14 – “avverte l'imprenditore segnalando che redigerà una relazione finale. La relazione finale deve essere inserita nella piattaforma e comunicata all'imprenditore, nonché, in presenza di istanza di applicazione di misure protettive o cautelari, al giudice che le ha emesse, ai sensi e per gli effetti di cui all'articolo 17, comma 8, del Codice della crisi d'impresa. La relazione non deve essere comunicata agli altri soggetti intervenuti nelle trattative. Di fronte alla richiesta dell'imprenditore di proseguire comunque nella composizione negoziata, motivata con circostanze - nuove o non prese in considerazione in precedenza - che potrebbero giustificare la prosecuzione delle attività, l'esperto, prima di procedere alla chiusura, ne esamina la concretezza”.

Ciò detto, alcune delle criticità qui evidenziate potenzialmente concernono anche l'altra tipologia di atti che l'esperto è deputato a compiere, attinenti ai compiti che abbiamo in precedenza chiamato “consultivi” e che ci si appresta ad analizzare.

5. *Segue: i pareri dell'esperto in sede di conferma e proroga delle misure protettive e cautelari*

Allorquando l'esperto rilascia i “pareri” previsti dall'art. 19, C.C.I.I., se è corretto l'inquadramento della funzione che è allo stesso devoluta nell'alveo della composizione negoziata, egli a stretto rigore deve e può esprimersi unicamente con riferimento allo stato delle trattative fin lì condotte e (conseguentemente) alle potenzialità di risanamento dell'impresa che ne scaturiscano, ovverosia – detto con altre parole ancora – se le trattative abbiano avuto o stiano avendo esito positivo, così lasciando presagire un itinerario di miglioramento di quello squilibrio patrimoniale ed economico-finanziario di partenza, sì

che la conferma o la proroga delle misure in parola sia funzionale alla continuazione delle trattative in essere²³.

Non altro.

Tanto è precisato anche nelle linee guida di cui al decreto dirigenziale, *sub* § 6: “quando è sentito dal tribunale nel giudizio di conferma delle misure protettive o di rilascio delle misure cautelari, l’esperto rappresenta lo stato delle trattative, l’attività svolta e l’esito delle analisi di cui al paragrafo 2 e di quelle eventualmente già condotte di cui al paragrafo 4 e fornisce al tribunale le informazioni richieste. In caso di richiesta di proroga delle misure protettive, l’esperto rappresenta lo stato delle trattative ed esprime il proprio parere in merito alla sussistenza, a quella data, della praticabilità del risanamento dell’impresa, anche in via indiretta, e all’esigenza di prorogare le misure protettive per salvaguardare l’esito delle trattative”²⁴.

²³ Si legga sul punto Trib. Lecco, 02 gennaio 2023, in *dirittodellacrisi.it*: “la “concretezza” delle prospettive di ripristino delle condizioni di equilibrio patrimoniale, economico e finanziario, da calibrare in relazione alla natura, all’origine e alla gravità degli squilibri manifestati dall’impresa, debba essere giudicata principalmente tenendo conto dei seguenti criteri di valutazione: (i) grado di chiarezza, completezza e coerenza del progetto di piano di risanamento predisposto secondo le linee guida indicate all’art. 13, comma 2, CCII; (ii) risultati del test pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento; (iii) adesione alle trattative di uno o più creditori che rappresentano la maggioranza del debito da ristrutturare; (iv) stato di avanzamento delle trattative ed eventuale formulazione di proposte alle parti interessate; (v) disponibilità del sostegno finanziario dei soci o di terzi investitori (o presenza di manifestazioni di interesse all’acquisto dell’azienda in ipotesi di continuità indiretta); (vi) sostenibilità finanziaria del progetto di risanamento risultante dal piano finanziario per i sei mesi successivi al deposito della domanda”.

²⁴ Esordisce il citato § 6, peraltro, affermando quanto segue: “nel caso di misure di protezione del patrimonio o di misure cautelari a protezione delle trattative, si dovranno considerare l’opportunità, il contenuto e le parti destinatarie dell’istanza, tenendo conto, a titolo esemplificativo, dei seguenti elementi: (i) disponibilità finanziarie e copertura del fabbisogno finanziario occorrente per l’esecuzione dei pagamenti dovuti; (ii) conseguenze delle misure protettive sugli approvvigionamenti e rischio che i fornitori pretendano pagamenti delle nuove forniture all’ordine o alla consegna; (iii) nel caso di estensione delle misure protettive alle esposizioni bancarie, rischio della loro riclassificazione a ‘crediti deteriorati’ con conseguenze sulla nuova concessione di credito”.

Sarebbe agevole ricondurre a coerenza sistematica questa ulteriore attività “consultiva” demandata all’esperto, così intesa e delineata, se non fosse che parrebbe di cogliersi, presso talune interpretazioni giurisprudenziali (pur se non sempre allineate, *in parte qua*), la tendenza non soltanto ad attribuire al parere dell’esperto un peso determinante rispetto alle valutazioni giurisdizionali in punto di proroga e conferma delle misure protettive e cautelari, ma anche a richiedere che l’esperto esprima la propria opinione in merito alla fattibilità – ad ampio raggio – del piano di risanamento dell’imprenditore.

Si tratta di un orientamento che oscilla tra diverse sfumature in ordine alla connotazione dei compiti commessi all’esperto che renda i pareri di cui si dice, dalla verifica di attendibilità del “piano finanziario” redatto dall’impresa²⁵, alla più penetrante valutazione della sua “attuabilità”, condotta in base ad analisi finanziarie anche prospettiche e test di “sensitività” volti a vagliare gli “scenari alternativi”²⁶.

In ragione di come è conformato il sistema, e alla luce delle anzidette valutazioni svolte in ordine alla natura dei compiti dell’esperto e alla funzione del suo ruolo, parrebbe invece a chi scrive che in sede di conferma e di proroga delle misure previste dall’art. 19, C.C.I.I., il parere dell’esperto non possa né debba avere siffatto contenuto.

L’esperto, in vero, lo si è detto, non è un Consulente tecnico, né un ausiliario del giudice *ex art. 68 c.p.c.* (per cui non ha gli stessi poteri, anche valutativi e di indagine, commessi ad esempio al commissario giudiziale)²⁷.

All’esperto – a mente dell’art. 19, comma 4, C.C.I.I. – non compete che il compito di illustrare lo stato delle trattative e di

²⁵ Trib. Brescia, 07 luglio 2022, in *ristrutturazioniazendali.it*.

²⁶ Trib. Treviso, 06 aprile 2023, in *eclegal.it*.

²⁷ Cfr. sul punto M. CESCHIN-M. PANELLI, *La responsabilità in capo all’Esperto nella composizione negoziata della crisi*, in *dirittodellacrisi.it*; M. FABIANI, *Ruolo, funzioni e responsabilità dell’Esperto nella composizione negoziata*, *ivi*, nonché S. AMBROSINI, *Concordato semplificato, la giurisdizione come antidoto alla “coattività” dello strumento e alla “tirannia” dell’esperto*, in *ristrutturazioniazendali.ilcaso.it*.

esprimersi in ordine alla funzionalità delle misure richieste dal debitore ad assicurarne il buon esito, essendogli precluso qualsivoglia sindacato sulla fattibilità economica e/o giuridica del (progetto di) piano di risanamento; al tribunale il compito di recepire queste informazioni e formarsi il proprio convincimento anche attingendo a elementi diversi e ulteriori: compiendo atti di istruzione, valutando gli interessi dei creditori e, se del caso, nominando un ausiliario²⁸.

Così definiti i rispettivi compiti, il sistema troverebbe un punto di equilibrio, che rinvia ai caratteri negoziali e stragiudiziali del percorso di composizione della crisi intrapreso: arbitri del se e del come sia possibile consentire il risanamento dell'impresa sono il debitore proponente e istante, da un lato, e i creditori, dall'altro lato, chiamati a decidere se e come aderire alle trattative avviate, in tal modo consentendo o meno la realizzazione del risanamento avuto in animo dall'imprenditore²⁹.

Laddove rilevi una possibile compressione dei diritti dei creditori, attraverso l'apposizione di misure protettive e

²⁸ Rilevanti e assolutamente condivisibili appaiono le riflessioni espresse, in merito al parere dell'esperto in sede di accesso al concordato semplificato *ex art. 25 sexies*, C.C.I.I., da S. AMBROSINI, *Concordato semplificato, la giurisdizione come antidoto alla "coattività" dello strumento e alla "tirannia" dell'esperto, in ristrutturazioniaziendali.ilcaso.it. cit.*, che opportunamente osserva come la valutazione esperita dall'esperto "non può che essere resa <in prima battuta> e salva ogni diversa – più ponderata e, appunto, <qualificata> – decisione del tribunale. Il parere contenuto nella relazione dell'esperto, poi, non è – né può considerarsi – vincolante, essendo notoriamente tassative le ipotesi di pareri e relazioni definite espressamente tali, peraltro relativi a organi della liquidazione giudiziale (tipicamente, quelli del comitato dei creditori ex artt. 211, c. 5, e 241, c. 2), le cui valutazioni sono dotate, nei suddetti casi eccezionali, di un <peso> comprensibilmente diverso, oltre a provenire dall'organo che <rappresenta> il ceto creditorio: funzione del tutto aliena da quelle proprie dell'esperto".

²⁹ Si legge nella Relazione della Corte di Cassazione del 15 settembre 2022 sul Codice della Crisi, con riferimento al percorso di composizione negoziata: "si tratta, piuttosto, di un percorso di carattere negoziale che, per la particolare rilevanza degli interessi che arriva ad intercettare, è sottoposto all'impulso ed alla vigilanza dell'esperto, oltre che all'intervento dell'autorità giudiziaria nei casi, formalmente eventuali, ma di fatto si ritiene molto frequenti, in cui questa negoziazione debba avvenire sotto l'egida di misure protettive e cautelari".

cautelari, il Tribunale chiamato a esprimersi dovrà, dunque, farsi carico di verificare se si tratti di un sacrificio giustificato dalla effettiva esistenza di trattative verosimilmente efficienti e predittivamente destinate al successo, tali cioè da rendere opportuno concedere al debitore il beneficio di un lasso di tempo immune dalla preoccupazione di azioni esecutive o cautelari dei creditori (che di per sé potrebbero pregiudicare il buon esito delle trattative in corso), necessario e sufficiente a portare avanti le negoziazioni avviate ed sperando dunque una valutazione che, nel senso appena precisato, ha come contenuto e come fine la verifica dell'esistenza di un equo bilanciamento tra istanze del debitore e interessi dei creditori³⁰.

Compito dell'esperto, qui, è dunque di offrire al Tribunale informazioni in merito all'andamento delle trattative in corso, in quel suo ruolo di terzo, imparziale, facilitatore delle

³⁰ Mi pare opportuno segnalare, in tale direzione, Trib. Bergamo, 05 aprile 2022, in *ilcaso.it*, che, in assenza di specifiche allegazioni da parte dei creditori, in sede di conferma delle misure protettive, in merito allo specifico pregiudizio loro derivante dalle misure, ha ritenuto di fare propendere la valutazione a favore del debitore, e dunque di esprimersi favorevolmente rispetto alla valutazione sulla sussistenza del bilanciamento tra gli interessi contrapposti.

In tal senso anche il legislatore comunitario: “un debitore dovrebbe poter beneficiare di una sospensione temporanea delle azioni esecutive individuali, sia essa concessa da un'autorità giudiziaria o amministrativa oppure per legge allo scopo di agevolare le trattative sul piano di ristrutturazione, così da poter continuare a operare o almeno mantenere il valore della sua massa fallimentare durante le trattative. Ove previsto dal diritto nazionale, la sospensione dovrebbe essere possibile anche a beneficio dei terzi garanti, fra cui fideiussori e prestatori di garanzie reali. Tuttavia, gli Stati membri dovrebbero poter disporre che le autorità giudiziarie o amministrative abbiano la facoltà di rifiutare la concessione di una sospensione delle azioni esecutive individuali qualora tale sospensione non sia necessaria o non soddisfi l'obiettivo di agevolare le trattative. Tra i motivi di rifiuto potrebbero figurare la mancanza di sostegno da parte della maggioranza richiesta dei creditori o, se previsto dal diritto nazionale, l'effettiva incapacità del debitore di pagare i debiti in scadenza” (così il Considerando n. 32 della Direttiva UE 2019/2023).

In merito alle posizioni interpretative espresse riguardo alla “ragionevole perseguibilità del risanamento”, cfr. M. SPADARO, *op. cit.*, 112 ss.

Sul bilanciamento degli interessi in gioco, cfr. anche S. AMBROSINI, *La composizione negoziata compie un anno: breve itinerario tra le prime applicazioni*, in *ristrutturazioniazendali.ilcaso.it*.

negoziazioni e di segnalare se l'esito delle trattative sia coerente con le pianificazioni del debitore risultanti dalla *check list* (con conseguente idoneità ed efficienza delle stesse rispetto all'ipotesi di lavoro di risanamento); laddove, viceversa, all'esperto si attribuissero compiti diversi e ulteriori, in special modo ove rivolti a entrare nel merito delle previsioni di risanamento, ciò risulterebbe in patente distonia con la funzione e la natura del percorso (negoziale) di composizione negoziata, in cui la valutazione del "merito" del piano di risanamento compete unicamente, nel momento programmatico, al debitore e, nella successiva fase esecutiva, ai creditori, che decideranno se trattare o meno con l'imprenditore in crisi, nonché al tribunale, eventualmente chiamato a esperire le conseguenti valutazioni in ordine al se sia ragionevole o meno il sacrificio richiesto ai creditori attraverso le misure protettive e/o cautelari³¹.

Il lavoro dell'esperto, insomma, troverebbe così un proprio contrappunto, nonché una adeguata sede di verifica, nella fase giurisdizionale del percorso, allorquando il tribunale, unico giudice del bilanciamento tra gli interessi in gioco, eserciti i

³¹ In tal senso mi sembra, ad esempio, orientato Trib. Parma, 17 marzo 2024, in ilcaso.it.

Così anche Trib. Padova, 20 luglio 2022, in dirittodellacrisi.it, in cui ben si evidenzia come compito del tribunale, in sede di conferma delle misure protettive, sia anche quello di effettuare un opportuno bilanciamento tra l'interesse dell'imprenditore alla soluzione negoziale della propria crisi e quello dei creditori di non subire un significativo e irreparabile aggravamento delle posizioni debitorie a seguito dell'applicazione delle misure protettive.

Cfr. anche Trib. Catania, 25 luglio 2022, in ilcaso.it, secondo cui l'esperto è chiamato ad esprimersi sia sul *fumus* di ragionevole perseguibilità del risanamento, grazie alle trattative che l'imprenditore si prefigge di porre in essere, sia sulla proporzionalità delle misure stesse rispetto alla posizione dei creditori destinatari, all'insegna del limite mobile dell'equo contemperamento degli interessi secondo il principio di buona fede e correttezza che deve improntare tutto il percorso di composizione negoziata.

Conforme anche Trib. Milano, 27 febbraio 2022, in dirittodellacrisi.it.

propri poteri esprimendosi in merito alla conferma o alla proroga delle misure protettive e cautelari³².

Viceversa, laddove arbitro delle sorti dell'impresa, anche rispetto alla conferma o alla proroga delle misure protettive e cautelari divenga l'esperto, attraverso il rilascio di un parere che esuli dai compiti suoi propri per investire più delicate valutazioni inerenti la fattibilità economico-giuridica del progetto di piano di risanamento, anche a prescindere dalle risposte dei creditori in sede di trattative, il sistema, a parere di chi scrive, registrerebbe un'indubbia aporia rispetto all'esigenza di contemperamento degli interessi tanto del debitore quanto dei creditori³³.

6. Il “potere” dell'esperto e i suoi limiti di legittimità: una proposta di ricostruzione sistematica

Insomma, per quanto si è detto nei §§ precedenti, allorquando l'esperto determini, del tutto discrezionalmente, la chiusura anticipata del percorso di composizione negoziata (ai sensi dell'art. 17, comma 5, C.C.I.I.), ovvero la mancata conferma o proroga delle misure protettive e/o cautelari (esprimendo un parere che, esondando dai limiti suoi propri, sia ritenuto decisivo dal Tribunale ai fini dell'esercizio delle potestà giurisdizionali *in parte qua* delineate dall'art. 19, C.C.I.I.), non apparirà azzardato concludere affermando che egli eserciti un vero e proprio *potere*.

³² Così anche M. SPADARO, *op. cit.*, 114 ss. e 117 ss. (e i riferimenti giurisprudenziali ivi citati).

Cfr. anche S. AMBROSINI, *La composizione negoziata compie un anno: breve itinerario tra le prime applicazioni*, *cit.*

³³ Ovverosia, con le parole di S. AMBROSINI, *Concordato semplificato, la giurisdizione come antidoto alla “coattività” dello strumento e alla “tirannia” dell'esperto*, *cit.*: “se così non fosse, del resto, la (pretesa ma insussistente) valenza ostativa del <giudizio> dell'esperto comporterebbe una inaccettabile <delega in bianco> dell'attività giurisdizionale a un soggetto che alla giurisdizione è estraneo; il che appare viepiù inconcepibile ove si consideri che tale relazione non è in alcun modo impugnabile”.

In tali ipotesi, infatti, il compimento degli atti dell'esperto d'anzì individuati, in relazione alla fattispecie che volta a volta rileva, diviene presupposto soggettivo e oggettivo di un evento di modificazione della realtà giuridica: è espressione, cioè, della possibilità di agire nella realtà conseguendo un risultato che la modifichi; ciò che, per l'appunto, è definizione e contenuto di un potere giuridico³⁴.

Più nello specifico, così inquadrati gli atti e i compiti dell'esperto, dovrebbe inferirsene l'attribuzione a costui di un potere che potremmo definire innovativo, in quanto in grado di agire e conformare in via esclusiva la sfera giuridica altrui³⁵.

Se così è, anche in considerazione della rilevanza delle modificazioni nella sfera giuridica del debitore che l'esercizio di tali poteri è in grado di provocare (non è sintesi azzardata: decretare la fine dell'attività d'impresa, con l'apertura della liquidazione giudiziale e l'esclusione di qualunque opzione alternativa; determinare l'esito della richiesta di conferma delle misure protettive e cautelari, con un parere negativo espresso sulla fattibilità del piano di risanamento, anziché sull'esito delle trattative in corso), è doveroso e opportuno interrogarsi, da parte dell'interprete, su quali siano i corrispondenti poteri di reazione dei soggetti, nella cui sfera giuridica si osservino le ricadute negative dell'agire dell'esperto, in special modo allorquando questo sia non immune da critiche sul piano della legittimità.

Iniziamo con il considerare il profilo da ultimo menzionato: se esista, cioè, un criterio normativo per individuare gli eventuali limiti di discrezionalità dell'esperto nell'espletamento dei propri compiti.

Al quesito deve darsi, a mio avviso, risposta affermativa.

Da un'interpretazione rigorosa degli artt. 12, comma 2, e 16, comma 2 *bis*, C.C.I.I. discende, ad avviso di chi scrive, una

³⁴ Cfr. A. LENER, "Potere (dir. Priv.)", in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, 1985, vol. XXXIV, 614 ss.

³⁵ Nota la definizione di S. ROMANO, in *Frammenti di un dizionario giuridico*: sono "innovativi" quei "poteri che agiscono soltanto nella sfera giuridica del loro titolare e quelli che agiscono nella sfera giuridica altrui".

precisa individuazione del limite esterno ai compiti dell'esperto, nel senso in precedenza spiegato; e il decreto dirigenziale detta ulteriori e precise regole di condotta, cui l'esperto debba attenersi, anche per l'ipotesi più critica che si va considerando, quella cioè in cui l'esperto decida in via autonoma e pienamente discrezionale di decretare la fine della composizione negoziata (*ex art. 17, comma 5, C.C.I.I.*), a un tempo precludendo il ricorso ad altri omologhi percorsi per un anno e all'istituto del concordato semplificato.

Parrebbe, altresì, di cogliere, tanto nella direttiva "Insolvency", quanto nei lavori preparatori alla stesura del codice della crisi, una preoccupazione del legislatore storico per le possibili condotte *extra ordinem* dell'esperto.

Si legge, infatti, nell'art. 27 della direttiva: "gli Stati membri predispongono appropriati meccanismi di vigilanza e regolamentazione per garantire che il lavoro dei professionisti sia oggetto di una vigilanza efficace, in modo da assicurare che i loro servizi siano prestati in modo efficace e competente e siano forniti, in relazione alle parti coinvolte, in maniera imparziale e indipendente. Tali meccanismi comprendono anche misure per l'assunzione di responsabilità dei professionisti che non adempiono i propri obblighi".

E l'*input* del legislatore unionale era stato colto nei lavori preparatori, che suggerivano la necessità di predisporre un accurato sistema di vigilanza *ex ante* (attraverso la implementazione di sistemi adeguati di formazione e aggiornamento delle competenze degli esperti) ed *ex post* sulle competenze e professionalità dell'esperto³⁶.

³⁶ Si legge nella relazione al d. lgs. n. 83/2022, *sub art. 13, comma 5*: "ancora in relazione al comma in esame, il Consiglio di Stato suggerisce di prevedere una "vigilanza sull'elenco" in capo al segretario generale della camera di commercio precisando che si tratta della vigilanza richiesta dall'articolo 27 della direttiva, di quella cioè volta a garantire l'efficacia e la competenza dei servizi prestati dagli esperti. Rispetto a tale suggerimento si osserva la necessità di attribuire un tale potere di controllo ad un soggetto istituzionale munito delle competenze necessarie per poter verificare l'operato dell'esperto e quindi comprendere la situazione patrimoniale ed economico-finanziaria della singola impresa affiancata

Cionondimeno, a parte la previsione del potere di richiedere la sostituzione dell'esperto a mente dell'art. 17, comma 6, C.C.I.I., non pare che allo stato sia stato predisposto alcun presidio di vigilanza sull'operato dell'esperto, in particolare *ex post*.

Né sfugge che manca la previsione esplicita di qualsivoglia potere di reazione, di opposizione o di impugnazione, da parte degli interessati, all'eventuale atto illegittimo dell'esperto, la cui ampia discrezionalità resterebbe, dunque, priva di controlli e di strumenti di tutela.

Ma una conclusione di tal fatta non appare congrua, proprio per come è concepita la figura dell'esperto e di quanto ciò appaia in distonia con la portata potenzialmente dirompente e irredimibile di certi suoi atti.

Se si ritiene condivisibile la ricostruzione, qui prospettata, in termini di "potere" dei compiti esercitati dall'esperto (quantomeno allorché egli si cimenti con le diverse opzioni di conclusione del percorso di composizione negoziata, dando un contributo determinante alla chiusura dello stesso), in assenza di previsioni *ad hoc* in ordine agli strumenti di reazione a disposizione delle parti, mette conto di esperire alcune valutazioni di carattere sistematico.

Ebbene, indagando le opzioni offerte dal diritto positivo, in generale, allorquando vi sia esercizio di un potere, sono individuabili ipotesi in cui, in caso di modificazione svantaggiosa, è riconosciuto al soggetto destinatario di queste ultime il potere di rifiutare l'esecuzione dell'atto, come

dall'esperto, l'andamento delle trattative, l'atteggiamento collaborativo o meno dei creditori, le difficoltà incontrate e l'esito della negoziazione. A tal fine pare dunque idoneo meccanismo di vigilanza, sia pure *ex post*, per la verifica delle competenze e della professionalità dell'esperto, la disposizione inserita nel comma 7, ultimo periodo, su suggerimento dello stesso organo consultivo, che include tra i criteri di nomina da parte della commissione regionale anche l'attività svolta dal singolo iscritto in precedenti composizioni negoziate. Per una maggiore completezza della disciplina sul punto, è stato attribuito un potere di verifica e sostituzione dell'esperto alla stessa commissione di nomina, con la disposizione aggiunta all'articolo 17, comma 6".

manifestazione di autonomia (è il caso prospettato, ad esempio, dagli artt. 1236, 1333, 1411 c.c.), accanto a fattispecie in cui l'ordinamento individua norme di condotta, alla cui violazione sorge il diritto e l'interesse di reagire del destinatario leso (833 c.c.); altre volte, si riconosce il diritto di impugnazione, anche in ragione della sussistenza di un "interesse legittimo" in tal senso (è il caso degli artt. 117, 119, 624, 1441, 263, 591, c.c.): è questo anche il caso delle impugnative delle delibere assembleari di società³⁷, laddove si attribuisce al soggetto passivo del potere esercitato dalla maggioranza una tutela che si esplica, in ultima analisi, in termini di controllo giurisdizionale sull'esercizio di quel potere.

Non mancano, altresì, ipotesi in cui il destinatario è costretto a subire quella modificazione, vantaggiosa o svantaggiosa che sia, e il potere conformativo correlativamente esercitato rientra, così, nel novero dei diritti potestativi o poteri di conformazione: in tal caso, l'effetto giuridico si riconduce all'atto di esercizio del potere, senza necessità di collaborazione del soggetto passivo, ma è di norma incluso in un rapporto giuridico preesistente e precostituito e inerisce a una "relazione qualificante tra soggetti determinati", di carattere negoziale³⁸.

Ed è allora, anche nella fattispecie che si va qui considerando, sui meccanismi di controllo che l'indagine dovrebbe spostarsi.

Meccanismi di controllo che, in ragione delle caratteristiche peculiari del percorso di composizione negoziata, dovranno e potranno declinarsi lungo i due versanti in cui lo stesso si dispiega: quello di competenza della camera di commercio, da un lato; quello di competenza dell'autorità giudiziaria, dall'altro.

Per ciò che concerne l'aspetto del percorso di composizione negoziata di competenza della camera di commercio, a mente dell'art. 17, commi 5 e 8, C.C.I.I., si ha che, una volta depositata dall'esperto la propria relazione conclusiva, sia che ciò avvenga per decisione unilaterale assunta durante la pendenza del termine di durata del percorso di composizione negoziata (comma 5), sia

³⁷ A. LENER, *op. cit.*, 619 ss.

³⁸ A. LENER., *op. cit.*, 628.

che ciò avvenga al termine del percorso (comma 8), il segretario generale presso la camera di commercio “dispone l’archiviazione dell’istanza di composizione negoziata”.

Il provvedimento di archiviazione adottato dal segretario generale, pur se riconducibile al novero degli atti amministrativi³⁹, avrebbe dunque natura vincolata.

Ciò che, a una prima disamina della fattispecie, potrebbe escludere l’impugnabilità del provvedimento di archiviazione del segretario generale, allorquando adottato a seguito di violazioni, da parte dell’esperto, delle regole procedurali dettate dal decreto dirigenziale o dal Codice della crisi, poiché a siffatta conclusione condurrebbe l’art. 21 *octies*, l. n. 241/1990⁴⁰: la formulazione dell’art. 17, commi 5 e 8, C.C.I.I., infatti, pare chiara nell’escludere che, una volta depositata la relazione

³⁹ Ciò che si desume dal comb. disp. artt. 20, l. 29 dicembre 1993, n. 580 (in tema di “riordino delle camere di commercio, industria, agricoltura e artigianato”) – a mente del quale “al segretario generale della camera di commercio competono le funzioni di vertice dell’amministrazione, corrispondenti a quelli di cui all’articolo 16 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 16” – e 16, d. lgs. n. 16/2011, secondo cui, tra l’altro, il segretario generale “adotta(no) gli atti e i provvedimenti amministrativi” di propria competenza.

In difetto di ulteriore specificazione, appare a chi scrive che si rientri nel perimetro normativo sopra tracciato.

Secondo TAR Marche, 19 dicembre 1996, n. 571 (in *TAR*, 1997), “il segretario generale della Camera di Commercio è carente di legittimazione passiva nei ricorsi proposti avverso gli atti adottati nella detta qualità, perché, per quanto organo di vertice dell’amministrazione ed investito di poteri rilevanti all’esterno, non è titolare di una propria capacità giuridica, per cui sono sempre imputabili all’amministrazione gli atti da lui posti in essere nell’esercizio delle funzioni esplicate per effetto del rapporto organico e di servizio con quest’ultima”.

⁴⁰ Ai sensi del quale “non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell’avvio del procedimento qualora l’amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. La disposizione di cui al secondo periodo non si applica al provvedimento adottato in violazione dell’articolo 10-bis”.

dell'esperto, residui in capo al segretario generale alcuno spazio di discrezionalità nel disporre l'archiviazione dell'istanza⁴¹.

Così inquadrata la fattispecie, potrebbe, dunque, spingersi il ragionamento su due distinti crinali.

Sotto un primo profilo, una possibilità di tutela potrebbe dirsi offerta al debitore istante dall'art. 17, comma 6, C.C.I.I., che abilita quest'ultimo a formulare "osservazioni sull'operato dell'esperto", provocandone la sostituzione, ad opera della commissione che presiede a detta nomina; e le osservazioni di che trattasi ben potrebbero inerire alla violazione delle regole di condotta prefigurate tanto dal decreto dirigenziale quanto dal Codice della crisi.

Venendo, dunque, alla specifica ipotesi della decisione, assunta dall'esperto, di concludere anticipatamente il percorso di composizione negoziata ai sensi dell'art. 17, comma 5, C.C.I.I., le tappe del procedimento dovrebbero essere le seguenti: "quando l'esperto *intende* richiedere l'archiviazione del fascicolo, *avverte* l'imprenditore segnalando che redigerà una relazione finale" (§ 8.14 del decreto dirigenziale); quindi l'imprenditore può richiedere di proseguire comunque nella composizione negoziata, richiesta "motivata con circostanze - nuove o non prese in considerazione in precedenza - che potrebbero giustificare la prosecuzione delle attività" (*ibidem*); l'esperto valuta la "concretezza" della richiesta dell'imprenditore (*ibidem*); solo all'esito di tale prima fase – in contraddittorio⁴² – del procedimento, "se non ravvisa concrete prospettive di risanamento", l'esperto ne dà notizia all'imprenditore (art. 17, comma 5, C.C.I.I.) e deposita la

⁴¹ Si è, in vero, osservato che "non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato; il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'Amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato" (Cons. Stato, 22 marzo 2017, n. 1310).

⁴² Sul punto cfr. anche R. D'ALONZO, *I compiti dell'esperto nella composizione negoziata, tra adempimenti e scadenze*, in *Dirittodellacrisi.it*.

relazione conclusiva; entro i successivi cinque giorni il segretario generale archivia l'istanza.

Dal che è possibile inferire che, qualora l'esperto ometta una o più delle fasi procedurali sopra indicate, ovvero effettui una prognosi circa la mancanza di concrete prospettive di risanamento non condivisa dal debitore, a quest'ultimo, pur se in un lasso di tempo verosimilmente molto ristretto⁴³, è certamente consentito formulare "osservazioni all'operato dell'esperto", da cui – in maniera altrettanto vincolata – ne discenderebbe la sostituzione, ad opera della commissione all'uopo istituita presso la Camera di Commercio (art. 17, comma 6, C.C.I.I.).

Peraltro, estendendo il perimetro dell'analisi, se il segretario generale è deputato ad accogliere le osservazioni sull'operato dell'esperto, allora non appare distonico rispetto all'itinerario procedimentale previsto per il percorso di composizione negoziata che il debitore, ravvisati gli estremi di una condotta non ineccepibile dell'esperto (per il mancato rispetto, ad esempio, delle regole procedurali suindicate), possa agire in via di autotutela per arrestare l'altrimenti irrefrenabile serie causale di atti (relazione finale dell'esperto – archiviazione dell'istanza) che altrimenti si produrrebbe.

Resta, ad ogni modo, una zona d'ombra.

Ché, in vero, il "percorso" di composizione negoziata è, pur se con le sue peculiarità, un procedimento gestito da un'autorità amministrativa⁴⁴ su istanza di parte, sì che ragionando intorno alla predicabilità dell'applicazione degli artt. 3 e 10 *bis*, l. n. 241/1990⁴⁵ – in un'interpretazione anche costituzionalmente

⁴³ Considerato, infatti, che il segretario generale provvede all'archiviazione dell'istanza entro soli cinque giorni dal deposito nella piattaforma della relazione conclusiva dell'esperto.

⁴⁴ Ai sensi dell'art. 1, comma 1, l. n. 580/1993, le Camere di Commercio sono enti autonomi di diritto pubblico.

⁴⁵ Cfr. TAR Lazio, 13 dicembre 2012, n. 10390 (in *Foro amm.*, TAR, 2012, 12, 3902): "le regole dettate in tema di trasparenza della p.a. e di diritto di accesso ai relativi atti, predicato dalla l. 7 agosto 1990 n. 241, si applicano non solo alle pubbliche amministrazioni in senso stretto, ma anche ai soggetti privati chiamati

orientata⁴⁶ – in special modo allorquando il debitore formuli osservazioni all’operato dell’esperto, sarebbe ragionevole attendersi quantomeno un minimo di motivazione in seno al provvedimento di archiviazione che, implicitamente respingendo le osservazioni in parola, *ex professo* provochi il rigetto della istanza proposta ai sensi dell’art. 12, C.C.I.I.

La “doverosità” del provvedimento di archiviazione, in vero, presuppone l’assenza di *vulnera* al processo (anche valutativo) compiuto dall’esperto, che con la propria determinazione di depositare la relazione conclusiva renda “vincolata” l’attività del segretario generale; ma, se così non fosse, una volta che sia consentito al debitore interferire sull’itinerario procedimentale attivato dall’esperto con la richiesta di archiviazione e, conseguentemente, incidere sul contenuto del provvedimento di

all’espletamento di compiti di interesse pubblico, come i concessionari di pubblici servizi, società pubbliche ad azionariato pubblico, ecc. In particolare, l’attività amministrativa, cui si correla il diritto di accesso di cui agli art. 22 ss., l. n. 241 del 1990 concerne non solo quella di diritto amministrativo, ma anche quella di diritto privato posa in essere dai soggetti gestori di pubblici servizi che, pur non costituendo direttamente gestione del servizio, sia collegata a quest’ultima da un nesso di strumentalità anche sul versante soggettivo, dall’intensa conformazione pubblicistica; del resto, anche gli atti disciplinati dal diritto privato rientrano nell’attività di amministrazione degli interessi della collettività e dunque sono soggetti ai principi di trasparenza e di imparzialità, non avendo in tal senso la legge stabilito alcuna deroga o zona franca”.

⁴⁶ Cfr. Corte Cost., 26 maggio 2015, n. 92: “il difetto di motivazione nel provvedimento non può essere in alcun modo assimilato alla violazione di norme procedurali o ai vizi di forma, costituendo la motivazione del provvedimento il presupposto, il fondamento, il baricentro e l’essenza stessa del legittimo esercizio del potere amministrativo (art. 3 della legge n. 241 del 1990) e, per questo, un presidio di legalità sostanziale insostituibile, nemmeno mediante il ragionamento ipotetico che fa salvo, ai sensi dell’art. 21-octies, comma 2, della legge n. 241 del 1990, il provvedimento affetto dai cosiddetti vizi non invalidanti» (*ex multis*, Consiglio di Stato - sezione terza, 7 aprile 2014, n. 1629; sezione sesta, 22 settembre 2014, n. 4770; sezione terza, 30 aprile 2014, n. 2247; sezione quinta, 27 marzo 2013, n. 1808)” (e così anche la Consulta, nell’ordinanza n. 58 del 17 marzo 2017).

Alle medesime conclusioni è pervenuta anche la giurisprudenza amministrativa: Cons. Stato, 7 aprile 2014, n. 1629; Cons. Stato, Ad. Plen. 17 ottobre 2017, n. 8, sulla necessità di un onere motivazionale ricadente sull’amministrazione anche nel caso di annullamento d’ufficio dei titoli edilizi illegittimi.

archiviazione – formulando osservazioni sull’operato dell’esperto e provocandone la sostituzione, ai sensi dell’art. 17, comma 6, C.C.I.I.⁴⁷ – l’*an* e il *quomodo* del provvedimento di archiviazione diverrebbero tutt’altro che vincolati⁴⁸ e non si vede quali ostacoli impedirebbero l’applicazione dei principi generali e, quindi, l’attivazione dei presidi e dei meccanismi di tutela offerti alla parte istante dalla l. n. 241/1990.

Il controllo sull’operato dell’esperto potrebbe, altresì, devolversi all’autorità giudiziaria ordinaria.

⁴⁷ Secondo A. CESCHIN - A. PANELLI, *op. cit.*, la richiesta di sostituzione dell’esperto potrebbe essere comunque avanzata solo allorquando rilevino criticità in ordine alla sua indipendenza.

⁴⁸ Può essere qui riportato il consolidato orientamento della S.C., secondo cui "A norma della L. 7 agosto 1990, n. 241, art. 21-octies, l'annullabilità di un provvedimento amministrativo per violazione dell'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento, prescritto dall'art. 7 della medesima legge, è esclusa: a) quanto ai provvedimenti di natura non vincolata, subordinatamente alla prova da parte dell'Amministrazione che il provvedimento non avrebbe potuto essere diverso anche in caso di intervento di detti interessati, essendo al riguardo sufficiente la mera eccezione dell'Amministrazione o dei controinteressati per consentire la prova che l'intervento partecipativo del privato non avrebbe potuto avere alcuna influenza sul contenuto del provvedimento; b) quanto ai provvedimenti di natura vincolata, al pari che per la violazione delle altre norme del procedimento, nel caso di evidenza della inidoneità dell'intervento dei soggetti ai quali è riconosciuto un interesse ad interferire sul loro contenuto. A tale riguardo, un provvedimento vincolato è configurabile allorché non soltanto la scelta dell'emanazione o meno dell'atto, ma anche il suo contenuto siano rigidamente predisposti da una norma o da altro provvedimento sovraordinato, sicché all'Amministrazione non residui alcuna facoltà di scelta tra determinazioni diverse, non essendo invece ravvisabile nel caso in cui l'emanazione del provvedimento sia collegata ad un atto negoziale proveniente da soggetti privati estranei all'apparato amministrativo, avente forza di legge esclusivamente tra le parti che lo hanno stipulato".

Si è poi chiarito (Cass. 11083/2020), anche in relazione alla comunicazione del preavviso di rigetto, che "L'annullabilità di un provvedimento amministrativo adottato in violazione delle norme sul procedimento o sulla forma degli atti deve essere esclusa qualora, per la natura vincolata dell'atto, il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato, siccome rigidamente predisposto da una norma o da altro provvedimento sovraordinato, senza che all'amministrazione residui facoltà di scelta tra determinazioni diverse. Il principio rileva anche in ipotesi di mancata comunicazione del preavviso di rigetto dell'istanza, in violazione della L. n. 241 del 1990, art. 10 bis".

Sotto un primo profilo, invero, laddove il segretario generale archiviasse l'istanza di accesso alla composizione negoziata nell'esercizio di un potere completamente vincolato (se e in quanto il debitore non avesse avuto tempo od occasione di sollevare in quella sede le proprie obiezioni all'operato dell'esperto), sempre in un'ottica di sistema ben potrebbe ritenersi ancora sussistente il diritto del debitore a regolamentare la propria crisi e, quindi, a non essere privato dell'opportunità di perseguire il risanamento dell'impresa a cagione di atti o condotte non conformi alla legge posti in essere dall'esperto.

Pur in assenza di una previsione normativa esplicita che indichi la strada, nulla osterebbe all'attivazione di un'azione di annullamento del provvedimento di archiviazione, laddove il presupposto da cui questo origini sia illegittimo o insussistente, anche preceduta o accompagnata da un rimedio cautelare atipico, volto a ordinare al segretario generale la riapertura del percorso di composizione negoziata e ad impedire che si producano, a cascata, gli irrimediabili effetti paventati dall'art. 19, C.C.I.I. (così come, *mutatis mutandis*, il Giudice del registro dispone in ordine all'iscrizione o alla cancellazione dell'atto di competenza del conservatore del registro delle imprese).

Un altro itinerario percorribile potrebbe essere rappresentato dalla richiesta di una misura cautelare nell'alveo della fase giurisdizionale del percorso di composizione negoziata, ovvero ai sensi dell'art. 19, comma 1, C.C.I.I., volta a disapplicare il provvedimento di archiviazione, ogniquale volta questo sia conseguenza di un atto dell'esperto passibile di censura e ad adottare, quindi, il provvedimento giurisdizionale più idoneo ad evitare che se ne producano gli effetti (o anche alcuni effetti, in base all'interesse in concreto vantato dal debitore: tra questi, anche ad esempio quello di cui all'art. 19, comma 9, C.C.I.I.)⁴⁹.

⁴⁹ Così anche M. FABIANI, *op. cit.*: “le parti, debitore e creditori, ogni volta che un determinato atto dell'esperto produce un effetto <esterno> hanno il diritto di sindacare l'erroneità dell'atto chiedendo che, nelle occasioni di incrocio con il giudice, questi non tenga conto dell'atto dell'esperto se viziato. Ad esempio, se

Non risulta azzardato, in vero, ipotizzare che sussista un diritto soggettivo dell'imprenditore a percorrere la strada del risanamento, in ragione dell'assetto di interessi al fine delineato anche dal quadro normativo unionale⁵⁰; e, se così è, anche a scegliere il percorso di salvataggio ritenuto più congruo.

Così impostati i termini della questione, allora, corrisponderebbe a una finalità di congruo bilanciamento e contemperamento degli interessi che *in subiecta materia* rilevano esigere il controllo giurisdizionale sull'operato non corretto e sugli atti non legittimi dell'esperto, allorquando possa derivarne una ingiustificata compressione dei diritti soggettivi dell'imprenditore.

In tal caso, emergerebbe il potere del Giudice di conoscere anche della illegittimità in parola, se del caso esercitando quei poteri di disapplicazione che, in ragione di quanto detto, funzionerebbero anche rispetto all'esercizio dell'attività vincolata del segretario generale consistente nell'archiviazione del procedimento sulla scorta di una iniziativa *uno latere* dell'esperto⁵¹ di dubbia legittimità.

l'esperto archivia la CNC pur in presenza di fattive trattative, ha diritto di presentare una nuova istanza di accesso ai sensi dell'art. 12 CCII e può chiedere al tribunale la conferma delle misure protettive chiedendo la disapplicazione del divieto di una nuova CNC prima del decorso del termine annuale. Se l'esperto sottoscrive l'accordo di cui all'art. 23, comma 1, lett. c) CCII, anche in assenza di un accordo tra le parti, il curatore della liquidazione giudiziale successiva potrà agire con l'azione revocatoria chiedendo la disapplicazione dell'essenzione di cui agli artt. 24 e 166 CCII. Pertanto, pur in assenza di rimedi specifici di matrice impugnatoria e in disparte la tutela rimediale risarcitoria, ci sono soluzioni adeguate a rimediare ai vizi di attività dell'esperto".

⁵⁰ In tal senso, in particolare il primo e il secondo Considerando della direttiva UE 2019/2023, nonché emblematico risulta il Considerando n. 35, laddove esplicitamente si legge del "diritto" del debitore a conseguire la sospensione delle azioni esecutive e cautelari dei creditori al fine di tentare il proprio risanamento.

Il risanamento dell'impresa è, dunque, uno degli strumenti attraverso cui si realizza il corretto funzionamento del mercato interno, scopo ultimo predicato dalla Direttiva: cfr., sul punto, V. MINERVINI, *Dalla legge fallimentare alla Direttiva Insolvency. Il diritto della crisi come strumento per la costruzione e il corretto funzionamento del mercato interno*, in *Dir. Comm.*, 2023, 499 ss.

⁵¹ Tanto si dice in ragione del consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui appartiene alla cognizione del giudice ordinario la controversia in cui

Si tratta, del resto, di una tutela di carattere “reale” che eventuali azioni di responsabilità promosse nei confronti dell’esperto certo non potrebbero garantire: ferma restando, infatti, la praticabilità dell’azione risarcitoria o indennitaria in parola⁵², residuerebbero non pochi dubbi in ordine alla sua concreta utilità (a tacere della oggettiva difficoltà di pervenire a una quantificazione del danno subito dall’imprenditore che convenga in responsabilità l’esperto).

Un efficace meccanismo di controllo giurisdizionale *ex post* dell’operato dell’esperto apparirebbe, invece, perfettamente congruo ed equilibrato rispetto alle esigenze di tutela degli interessi coinvolti dal processo di ristrutturazione in corso, oltre che coerente rispetto alle logiche del sistema nell’alveo della dialettica tra esercizio del potere e soggezione a quest’ultimo.

E il medesimo meccanismo di tutela e controllo giurisdizionale potrebbe dispiegarsi anche nell’alveo del procedimento per la conferma e la proroga di misure protettive e cautelari, quantomeno sotto due distinti, ma connessi, profili.

In primo luogo, risulterebbe coerente rispetto alla natura (negoziata) e della struttura (stragiudiziale) del percorso di composizione negoziata assicurare il pieno contraddittorio delle parti (tanto il debitore quanto i creditori), in special modo allorquando l’esperto esprima un parere negativo, in tal modo ripristinando su un piano di correttezza ed equilibrio il confronto tra gli interlocutori interessati dal risanamento dell’impresa.

In secondo luogo – ma si tratta di profilo strettamente contiguo al precedente – il Tribunale ben potrebbe esercitare i propri poteri di controllo sull’operato dell’esperto delibando

venga in rilievo un diritto soggettivo nei cui confronti la pubblica amministrazione eserciti un’attività vincolata, dovendo verificare soltanto se sussistano i presupposti predeterminati dalla legge per l’adozione di una determinata misura, e non esercitando, pertanto, alcun potere autoritativo correlato all’esercizio di poteri di natura discrezionale (tra le altre, Cass., S.U., 25 settembre 2017, n. 22254; Cass., S.U., 11 maggio 2018, n. 11576; Cass., S.U., 28 maggio 2020, n. 10089; Cass., S.U., 14 marzo 2022, n. 8188).

⁵² Sulla responsabilità dell’esperto, cfr. M. CESCHIN, M. PANELLI, *op. cit.*, nonché M. FABIANI, *op. cit.*

sull'istanza di conferma e/o di proroga delle misure protettive in considerazione dell'operazione di bilanciamento degli interessi in gioco allo stesso commessa, anche a prescindere dall'eventuale parere negativo dell'esperto, laddove quest'ultimo si giustifichi in ragione di (talora ardite; certamente precluse, per quanto detto) valutazioni di merito circa la praticabilità o meno – in senso economico o giuridico – del piano di risanamento indicato dall'impresa agli esordi del percorso di composizione intrapreso.

Pur nel silenzio del Codice della crisi al riguardo, ci sono insomma, mi sembra, una serie di opzioni ragionevolmente praticabili per evitare che l'esercizio non immune da censure dei "poteri" dell'esperto possa ingiustificatamente risolversi in un pregiudizio per gli attori del percorso di risanamento dell'impresa in crisi, anche nell'ottica di una imprescindibile lettura costituzionalmente orientata dei precetti normativi, sì che non resti privo di strumenti di tutela e di difesa l'imprenditore, dinanzi al compimento di atti non conformi alla legge, ovvero contrari alle regole procedurali e/o di condotta stabilite dal decreto dirigenziale.