

DEGIURISDIZIONALIZZAZIONE DELLA CRISI D'IMPRESA E COMPOSIZIONE NEGOZIATA: UNA FIGLIA NATURALE NON (ANCORA) RICONOSCIUTA. CON NOTAZIONI A MARGINE.

GIUSEPPE LIMITONE

Dalle prime leggi concorsuali contenute negli Statuti Comunali (degli anni 1100-1200) alla legge fallimentare del 1942 l'impianto normativo e l'impostazione ideologica dell'approccio statutale alla crisi d'impresa sono rimasti sostanzialmente immutati.

Valeva il brocardo "*decoctor ergo fraudator*" attribuito al giureconsulto Baldo degli Ubaldi, per cui il fallito, in quanto insolvente, era per forza assimilato ad un imbrogliatore (*fraudator*), sia pure con qualche illuminata eccezione¹.

¹ «Gli storici del diritto, descrivendo le legislazioni comunali, disegnano il fallimento come un istituto in odio al decotto. Il rigore della dottrina è compendiato dalla celebre invettiva di Baldo degli Ubaldi: «*Falliti sunt infami et infamissimi et more antiquissimae legis tradi creditoris laniandi ... Nec excusantur ob adversam fortunam est decoctor ergo fraudator; sic lex enim vocat eos, unde edictum fraudatorium*» (Baldo, Consilia vol. V, 399, Venezia 1575).

Questo rigido orientamento, giunto nella nostra legislazione quasi fino alla recente riforma della legge fallimentare, trovò nei secoli passati una forte, ma isolata voce contraria, quella di Benvenuto Stracca (1509-1578), che alla sentenza di Baldo contrapponeva la distinzione fra le varie specie di falliti, insegnando che:

«*Tria decoctorum esse genera: primum, illorum qui fortunae vitio decoquant, secundum, illorum qui suo vitio conturbant fortunas et rationes. Et illud tertium, illorum qui suo partim fortunae vitio processerunt*» (Stracca, Decisiones et tractatus varii de mercatura, Lione, 1553, III n. 2).

Secondo gli storici del diritto le legislazioni italiane, nonostante gli insegnamenti di Stracca, continuarono a seguire i rigidi criteri e le severe sanzioni; e così avveniva anche nelle altre legislazioni europee. Si distingueva, invece, la legislazione concorsuale di Venezia, nella quale vi erano poche sanzioni e nessuna formalità ignominiosa. Goldoni, nella commedia "La bancarotta", spiega bene in che cosa consisteva la mitezza della procedura di fallimento." (Così G. CABRAS, *Il diritto fallimentare nel teatro di Carlo Goldoni*, in Dircomm.it, VI.1- gennaio-giugno 2007).

Di fronte al decotto-imbroglione, cioè al debitore colpevolmente insolvente, la risposta dello Stato è sempre stata durissima, connotata da norme di forte impronta pubblicistica, a carattere inquisitorio (erano previsti anche il fallimento di ufficio pronunciato persino sulla base di notizie di stampa e c'era il mandato di cattura del fallito spiccato dallo stesso tribunale fallimentare) e a carattere sanzionatorio (diversi istituti infatti limitavano le facoltà di agire del fallito, se non addirittura glielo toglievano, come l'elettorato attivo e quello passivo), tanto che il fallimento era considerato come una "morte civile" e talora conduceva la persona, privata anche della dignità e della speranza, financo al suicidio.

Le cose sono radicalmente cambiate quando le note crisi finanziarie statunitensi verificatesi dal 2005 al 2008 (ricordiamo i crac della ENRON e della LEHMAN BROTHERS oltre alla vicenda dei mutui *subprime*) hanno indotto anche in Europa un fenomeno di crisi endemica generalizzata, che ha colpito trasversalmente tutti gli imprenditori, anche e soprattutto quelli incolpevoli, per cui il fatto che la crisi abbia riguardato anche persone incolpevoli ha interrotto l'equazione decotto-imbroglione ed ha costretto gli Stati a modificare il loro atteggiamento nei confronti della crisi di impresa, passando dalla sanzione con modalità inquisitoria all'aiuto con modalità di accoglienza: infatti, se l'imprenditore non è colpevole per la sua insolvenza, lo Stato non deve punirlo, ma deve aiutarlo a risollevarsi, secondo la filosofia tipicamente anglosassone della "*second chance*".

Per aversi concretamente la possibilità di ripartire, è essenziale poterlo fare senza il peso dei vecchi debiti, per cui è diventato centrale l'istituto dell'esdebitazione, che consente a tutti i soggetti dell'ordinamento (imprenditori e non) di avere concretamente una seconda possibilità, e che è stato costruito dal Codice della Crisi, sulla scorta delle indicazioni date dalla Commissione Europea con la Raccomandazione del 12.3.2014 (che ha raccomandato agli Stati membri di legiferare in modo da offrire ai debitori insolventi la concreta possibilità di avere una *second chance* e quindi di poter ripartire), non più come un beneficio concesso all'esito di un procedimento, e previa verifica dell'avvenuto pagamento di almeno una parte dei creditori concorsuali, bensì come un diritto soggettivo, che matura con la chiusura della procedura o, comunque, allo scadere del triennio dalla sua apertura, che il giudice non deve più "concedere", ma che deve ora "dichiarare", in quanto già spettante al debitore, al di fuori di un procedimento (quindi a contraddittorio eventuale e successivo, in sede, semmai, di reclamo), e senza la previa verifica dell'avvenuto pagamento di una qualche percentuale ai creditori.

Ed infatti l'esdebitazione spetta nel CdC anche al nullatenente.

Il mutato approccio dello Stato alla crisi d'impresa (da sanzione ad aiuto) si è visto anche con la scelta del ventaglio degli strumenti offerti

all'imprenditore per uscire dalla crisi e poter ripartire, che prima si incentravano essenzialmente nel fallimento (soluzione demolitoria liquidatoria) e poi, dal 2005 in poi, sono andati focalizzandosi prevalentemente su soluzioni di natura pattizia o comunque negoziale, con una presenza sempre più ridotta del giudice.

Ed infatti, se l'imprenditore non è più necessariamente colpevole della sua crisi, e perciò bisogna dargli una seconda possibilità, allora, anche per salvaguardare la continuità aziendale, che costituisce al postutto il vero valore collettivo che va tutelato², a prescindere dalle vicende che riguardano l'imprenditore, si è scelto di privilegiare istituti che non comportassero la liquidazione aziendale, ma la sua conservazione, ottenuta attraverso modalità pattizie (concordato preventivo, accordo di ristrutturazione, piano attestato, composizione assistita con l'OCRI, composizione negoziata con l'esperto).

Si tratta, in fin dei conti, di dare fiducia all'imprenditore, inducendolo a venire presto allo scoperto, facendo emergere tempestivamente la crisi e con ciò aumentando sensibilmente le possibilità di un concreto salvataggio.

Lo si è visto dal favore dato dal Legislatore, nelle varie riforme che si sono succedute dal 2005 ad oggi, agli istituti di salvataggio a carattere negoziale, e, principalmente, a quelli che consentono la conservazione del valore impresa attraverso la continuità aziendale.

Il ragionamento è: se l'imprenditore non è più colpevole della sua insolvenza, allora va aiutato a ripartire, salvaguardando l'impresa e la continuità aziendale, purché però la crisi venga fatta emergere tempestivamente e così aumentino le concrete possibilità di successo del tentativo di salvataggio.

Se la crisi emerge con ritardo, infatti, il salvataggio non è più possibile o è molto più arduo, e così si spiegano il 95% di concordati liquidatori che la statistica ha registrato negli ultimi anni di riforme (benché) orientate alla continuità aziendale.

La scommessa, quindi, è quella di indurre l'imprenditore all'emersione tempestiva della crisi, favorendo le soluzioni negoziali che consentano la continuità aziendale, a preferenza di quelle liquidatorie giudiziali, quindi: meno pubblico e più privato, meno processo e più contratto, meno giudice

² Sull'implementazione, in quest'ottica, del concordato preventivo, cfr. LEUZZI S., *Appunti sul Concordato Preventivo ridisegnato*, *Diritto della Crisi*, 5 maggio 2022, 2-3. Sul tema, in epoca di poco anteriore alle ultime modifiche, v. AMBROSINI S., *Criterio di prevalenza, fattibilità economica, ipertutela dei privilegiati, silenzio-diniego: quattro "tabù" da sfatare nel concordato preventivo che verrà*, *Ristrutturazioni Aziendali*, 7 marzo 2022, 1-9.

e più parti negoziali, meno fallimento e più concordato (o altri istituti simili).

A questo scopo, il Codice della Crisi ha compiuto passi da gigante, già in chiave di scelte lessicali.

Non si poteva pretendere che l'imprenditore si facesse avanti per tempo, chiedendo aiuto per il salvataggio della sua azienda, se fosse rimasto il rischio (in caso di insuccesso delle soluzioni negoziali) di essere dichiarato fallito, con l'attribuzione alla persona di un termine infamante, che genera sovente questo sillogismo: poiché sei fallito, sei un fallito; con ogni conseguenza ben immaginabile sul piano delle relazioni personali private e sociali.

E così il CdC (legge delega 19 ottobre 2017 n. 155) ha eliminato ogni riferimento alle espressioni "fallito" e "fallimento", che già la giurisprudenza di merito³ aveva chiesto alla Corte Costituzionale di espungere dalla legge del 1942⁴.

Il CdC è stato quindi concepito, sulla scorta di quanto indicato dalla Raccomandazione della Commissione Europea del 12.3.2014, come una legge di accoglienza (non più legge-sanzione), e ciò si vede da una serie di istituti e di particolari che ne evidenziano i caratteri di grande novità, a tratti persino rivoluzionari, rispetto al passato.

Si è detto dell'esdebitazione che è divenuta un diritto soggettivo di ogni debitore (imprenditore o professionista o consumatore) che scelga di regolare la sua crisi attraverso una procedura concorsuale.

L'allerta (istituto inteso come allarme di una situazione che potesse preludere all'insolvenza) era⁵ stata concepita in termini *soft*, senza clamore (che tanto aveva preoccupato gli imprenditori nella stesura del Progetto della Commissione Trevisanato, di riforma della legge fallimentare, degli anni 2001-2004, in cui l'allerta operava come un allarme così forte da poter ingenerare esso stesso lo stato di insolvenza per effetto del *credit crunch*),

³ Trib. Vicenza 13 giugno 2014, *IlCaso.it*, n. 10773 del 9.7.2014.

⁴ Corte Cost. 3 marzo 2016 n. 46, che ha ritenuto apprezzabile lo spunto del Tribunale che aveva sollevato la questione, ma ha rimesso l'attuazione dello spunto al Legislatore, che già era stato incardinato nella Commissione Rordorf (con decreto MinGiustizia del 28.1.2015).

⁵ Si usa l'imperfetto (anziché il passato prossimo) per la concreta possibilità che l'allerta rimanga un istituto del passato, anziché del futuro. Cfr., sul punto, DESANA E.R., *Le misure di allerta fra vecchio e nuovo diritto della crisi: la tela di Penelope*, *Ristrutturazioni Aziendali*, 3 maggio 2022, 1-4. Sulla sopravvivenza nel Codice della Crisi di un'allerta trasformata, v. PACCHI S., *L'allerta tra la reticenza dell'imprenditore e l'opportunismo del creditore dal Codice della Crisi alla composizione negoziata*, *Ristrutturazioni Aziendali*, 14 marzo 2022, 55-57

ora ristretta solo ad alcuni soggetti, ed ha perciò ricevuto il *placet* iniziale del mondo dell'impresa.

L'OCRI, che doveva aiutare l'imprenditore a trovare valide soluzioni per la crisi, lo avrebbe affiancato come un consulente privato per cercare di comporre la crisi, fornendo un aiuto fattivo all'imprenditore, sul presupposto che questi avesse fatto emergere tempestivamente le difficoltà della impresa, con esclusione, per i primi sei mesi, di ogni presenza giudiziale (compreso il P.M.).

Il luogo dell'incontro era stato concepito in campo "neutro", cioè dove l'imprenditore paga i diritti camerali e si sente un po' a casa sua, in Camera di Commercio, non certo in tribunale.

Il modo dell'incontro, per mettere ancora di più a suo agio l'imprenditore, doveva essere "riservato e confidenziale" (art. 18 CdC), sì da invogliarlo anche a fare all'OCRI dichiarazioni riservate, in fiducia, per raggiungere il risultato di comune interesse.

Tutto quindi era stato pensato e voluto e reso norma per invogliare l'imprenditore, escludendo nella fase iniziale la presenza del giudice, a far emergere la crisi tempestivamente e facilitare così il salvataggio della sua impresa, il risultato vero cui tendono tutte le riforme che si sono viste dal 2005 ad oggi, dichiaratamente per il tramite della emersione tempestiva della crisi, che ne costituisce l'obiettivo mediato, anche per la conservazione dei posti di lavoro, dei rapporti finanziari e produttivi, del tessuto economico-sociale connesso all'impresa, di tutto l'indotto, con beneficio dichiarato per l'economia nazionale.

Un ulteriore significativo passo avanti nella degiurisdizionalizzazione della crisi d'impresa si è poi, nel tempo, ravvisato nella chiarissima preferenza data dal Legislatore alle soluzioni alternative alla liquidazione giudiziale, come il concordato preventivo, l'accordo di ristrutturazione dei debiti, il piano attestato, la composizione assistita e, infine, la composizione negoziata, la quale, introdotta con il d.l. n. 118/2021, costituisce il punto di arrivo di questo processo e, come appunto dice il suo stesso nome, è caratterizzata dalla negoziazione, cioè dalla ricerca di una soluzione negoziata, *inter privatos*, senza giudice.

La composizione negoziata, poi, non è neppure una procedura, ma uno strumento (il termine inglese *tool* esprime bene questo concetto) a disposizione dell'imprenditore in difficoltà, a cui ricorrere facoltativamente⁶.

⁶ Per PANZANI L., *La composizione negoziata alla luce della Direttiva Insolvency, Ristrutturazioni Aziendali*, 31 gennaio 2022, 22, la composizione negoziata può essere considerata non tanto essa stessa un "quadro di ristrutturazione", quanto "uno step o fase di un quadro di ristrutturazione".

Ad essa, intesa come fase procedurale del tutto degiurisdizionalizzata, si è poi, forse, giunti in reazione alla “stretta” data dai decreti attuativi della legge di delega RORDORF, che – in contrasto con lo spirito iniziale di totale accoglienza che aveva caratterizzato la delega - hanno ridato alla fase dell’allerta alcuni connotati procedurali e riproposto la presenza giudiziale, in specie del P.M. (artt. 22 e 38 CdC)⁷, con la conseguenza che sarà certo meno facile invogliare alla emersione tempestiva gli imprenditori in crisi.

Ad ogni modo, la composizione negoziata, stanti i plurimi rinvii dell’entrata in vigore del CdC, va a colmare un vuoto normativo che si sentiva urgente riempire, specie in un momento di grave crisi generale come quello presente, dovuto alla pandemia (ed infatti, ad esempio, la rinegoziazione dei contratti era stata introdotta agganciandola alla eccessiva onerosità sopravvenuta a causa della pandemia), come era stato indicato necessario ed utile da diversi Autori sin dalla primavera del 2020, al primo impatto con la pandemia e con le sue conseguenze sulle imprese⁸.

Ora, però, che lo schema di decreto legislativo approvato il 17 marzo 2022 prevede l’innesto della composizione negoziata nel Codice della Crisi, in attuazione della Direttiva *Insolvency* del giugno 2019, è d’uopo verificarne la coerenza proprio nei termini che si sono detti, quale punto di arrivo del processo di degiurisdizionalizzazione e di privatizzazione della crisi d’impresa.

Davvero la composizione negoziata si pone come punto di arrivo di questo inarrestabile processo?

La composizione negoziata nel Codice della Crisi prende il posto della composizione assistita fatta con l’OCRI, che aveva una chiara connotazione privatistica, in quanto, durante il periodo di contatto con

⁷ Così evidenzia RODORF R., *Il tormentato iter della riforma del diritto concorsuale*, Quaderni Giustizia, 4/2021, §4: “...nella versione finale del codice ha preso corpo un’impostazione alquanto più burocratica e proceduralizzata, scandita da una molteplicità di termini di adempimento e di soglie di rilevanza, in cui sembra quasi che l’imprenditore sia chiamato a giustificarsi e difendersi piuttosto che ad essere coadiuvato, in un contesto che rischia perciò di evocare il clima di una procedura prefallimentare, rafforzato dalla previsione dell’intervento finale del pubblico ministero in caso di cattivo esito dei tentativi di risanamento.”.

⁸ V. ad es.: GALLETTI D., *Il diritto della crisi sospeso e la legislazione concorsuale in tempo di guerra*, *Il Fallimentarista*, 14.4.2020; LIMITONE G., *L’accompagnamento fuori della crisi con l’aiuto dell’OCC-COVID-19*, *Il Caso.it*, 18.4.2020, n. 905; CORNO G.-PANZANI L., *La disciplina dell’insolvenza durante la pandemia da Covid-19. Spunti di diritto comparato, con qualche riflessione sulla possibile evoluzione della normativa italiana*, *Il Caso.it*, 27.4.2020, n. 925; CORNO G.-PANZANI L., *Proposta di legge per una moratoria straordinaria volta a gestire l’emergenza tramite l’istituzione di una procedura di “amministrazione vigilata”*, *Il Caso.it*, 7.5.2020, n. 940; BENASSI F.-CESARE F.-GALLETTI D.-LIMITONE G.-PANNELLA P., *Appello al Legislatore*, *Il Caso.it*, 11.5.2020, n. 945.

l'OCRI, mai l'imprenditore aveva a che fare con il tribunale e con un giudice o con il P.M. (almeno nel suo impianto originario).

Lo stesso non si può dire per la composizione negoziata e, dato il tasso attuale di insuccesso della medesima (solo 167 ricorsi in tutta Italia alla data del 15.4.2022 dal 25.8.2021), occorre chiedersi quali possano essere stati i motivi di tale scarsa applicazione.

È poi possibile che la composizione negoziata possa prendere il posto delle tanto temute misure di allerta e, in una certa qual misura, l'obiettivo potrebbe essere alla sua portata, ma vediamo in quali termini.

Si noti che negli USA non esistono le misure di allerta, in quanto lì non ne sentono la necessità, e pure da noi, nel tempo, si dovrà poter fare a meno di queste misure, che "costringono" l'imprenditore a farsi avanti alle prime avvisaglie della crisi, cioè quando sarà entrato nel DNA degli operatori (imprenditori, *advisors*, legali) che l'emersione tempestiva della crisi è un fatto eticamente e socialmente giusto, una concreta manifestazione di rispetto per sé e per gli altri, come accade appunto negli USA per inveterata impostazione culturale, forse legata alla religione calvinista (che considera il successo economico come una conseguenza giustificata del corretto comportamento negli affari).

Vediamo quindi ora le peculiarità e le supposte (a parere di chi scrive, ovviamente) criticità della composizione negoziata, avuto riguardo alle sue premesse ideologiche, di strumento privatistico a disposizione degli imprenditori che intendano agire per il salvataggio della loro impresa in una fase in cui ciò sia ancora concretamente possibile.

Questo assunto è dimostrato dall'*incipit* del d.l. n. 118/2021, secondo cui l'imprenditore può attivare la composizione negoziata quando si trovi "*in condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza*".

Come bene espresso dal termine probabile, e dalla sua desinenza, si tratta di una situazione ben anteriore alla crisi o all'insolvenza, cioè di una situazione in cui è ancora possibile il salvataggio.

Se l'impresa fosse già insolvente, non sarebbe possibile il salvataggio negoziato, e occorrerebbe optare per una procedura liquidatoria (o comunque un concordato).

Con queste premesse, la composizione negoziata non dovrebbe riguardare le imprese che sono già in liquidazione o che dovrebbero comunque esserci, in quanto insolventi.

La composizione negoziata costituisce senz'altro una forte (ma apparente) accelerazione verso la degiurisdizionalizzazione della crisi d'impresa, ma con tali contrappesi (ostensioni ex art. 5, autorizzazioni e controlli giudiziali) da vanificarne la originaria vocazione squisitamente

privatistica, introdotti probabilmente come rimedio all'eccesso di apertura della stessa composizione negoziata, che – palesemente - è stata resa inopinatamente disponibile anche per le imprese insolventi⁹.

Si vedano, a tale proposito, gli artt. 6, co.4, 9, co. 1, e 12, co. 2, 3 e 5, che chiaramente danno per presupposto che sia in fase di composizione negoziata una impresa insolvente, che avrebbe dovuto, invece, essere dichiarata fallita o avrebbe dovuto comunque utilizzare ben altro strumento di composizione della crisi (concordato preventivo o altro).

La tesi che si vuole dimostrare è, da un lato, che la contaminazione dovuta alla possibilità di utilizzo dello strumento sia da parte di chi non è insolvente sia da parte di chi lo è reca delle asperità che, di fatto, ne inibiscono la fruizione ad entrambe le tipologie di soggetti e, dall'altro lato, che se lo strumento fosse adoperabile solo da chi non è insolvente, cioè solo da chi si trova in precrisi (o, al massimo, in crisi, ma non insolvenza), veramente la composizione negoziata potrebbe realizzare il grande risultato di rendere superflue le misure di allerta, confidando in un processo, anche se non breve, di adattamento della mentalità degli imprenditori, agevolato dai buoni risultati e dal passaparola o dall'imitazione degli esempi più virtuosi, come già avviene negli USA¹⁰.

Vale a dire che, se l'imprenditore vede che lo strumento è cosa buona per lui, e ne fa uso a tempo debito, potrà far emergere per tempo la crisi e ne consentirà la probabile soluzione: ma, allora, bisogna depurare lo strumento dei contrappesi inseriti per porre rimedio alla possibilità che lo strumento stesso venga usato da chi è insolvente, che sono – a sommosso avviso di chi scrive – possibili disincentivi al ricorso a questo importante “tool”.

Si pensi: all'obbligo di totale trasparenza (art. 4, co. 5) e a quello di totale *discovery* (art. 5, co. 3), che non sono richiesti invece per il preconcordato, per cui il richiedente deve produrre un piano finanziario per

⁹ Come ha ben evidenziato AMBROSINI S., *La nuova composizione negoziata della crisi: caratteri e presupposti*, *Ristrutturazioni Aziendali*, 23 agosto 2021, 6-9; v. anche, dopo la conversione in legge del decreto n. 118/2021, AMBROSINI S., *La legge n. 147/2021 di conversione del D.L. n. 118: appunti in ordine sparso*, *Ristrutturazioni Aziendali*, 23 agosto 2021, 1.

¹⁰ Non possono che condividersi, in argomento, le chiare e giuste parole di JORIO A., *Qualche ulteriore considerazione sul D.L. 118/2021, e ora sulla legge 21 ottobre 2021. n. 147*, in *Quaderni di Ristrutturazioni Aziendali*, 1/2022, p. 122, “...dipende anche dal nuovo clima che a poco a poco riuscirà (se ci riuscirà) a crearsi attorno e all'interno delle imprese, influenzato anche da una nuova considerazione dei valori che si sia diffusa nella società tutta, ove i principi della serietà, imprenditoriale e non, prevalgano su quelli della furbizia e della disonestà, ove il rispetto delle leggi non sia più considerato un peso, e ove, per dirla con schiettezza, i comportamenti diffusi anche nel ceto imprenditoriale abbiano avvicinato il nostro paese a quelli delle nazioni più virtuose.”.

i successivi sei mesi con l'indicazione delle iniziative industriali che intende assumere; all'eccesso di meritevolezza (non necessaria nel concordato preventivo) sotteso dagli adempimenti di cui all'art. 5, lett. da "e" a "h": certificato unico dei debiti tributari, situazione debitoria complessiva con il Fisco, certificato dei debiti contributivi, informazioni presenti nella Centrale Rischio, tutto quello, a ben vedere, che può disincentivare l'insolvente a farsi avanti.

D'altro canto, pensati per l'insolvente, ma disincentivanti per chi non lo è, possono essere i vincoli alla gestione (art. 9), la necessità di rivolgersi al giudice per ottenere autorizzazioni (art. 10, co. 1), quando, ad es., la prededuzione dei finanziamenti (da far valere in concreto in sede concorsuale) può essere ottenuta diversamente, e inoltre la cessione dell'azienda in questa sede non realizza l'effetto purgativo delle iscrizioni e delle trascrizioni¹¹ (ed è quindi poco appetibile), il potere immanente di controllo del tribunale, che può anche sfociare in una segnalazione al P.M. ex art. 7 l.f. per l'insolvenza del debitore.

Scompare opportunamente peraltro, con l'innesto nel Codice della Crisi, la rideterminazione equitativa del contratto da parte del giudice, prevista nel caso di rinegoziazione mancata *inter partes*, e anche la stessa rinegoziazione è stata svincolata dal superato requisito della eccessiva onerosità dovuta alla pandemia.

Perciò, sembra proprio che, se l'imprenditore è insolvente, abbia maggior convenienza a chiedere un preconcordato, in cui può operare senza alcuna *discovery* né obbligo di meritevolezza, mentre, se non è insolvente, potrebbe non essere interessato ad uno strumento così invasivo, non avendo ancora formato *ex se* una solida cultura dell'emersione tempestiva della crisi, in quanto ancora legato all'idea tutta nostrana di potercela ancora fare da solo e, come piano B, di salvare il salvabile, per poi, eventualmente, naufragare in un concordato liquidatorio.

Pertanto, un ottimo strumento, che potrebbe persino consentire di fare a meno delle misure di allerta, se destinato solo a chi si trovi in precrisi (o crisi) rischia di non funzionare a dovere per eccesso di apertura anche alle imprese insolventi, in contrasto con la sua stessa matrice filosofica.

Si auspicano, pertanto: l'esclusione degli insolventi dalla composizione negoziata; più coraggio nella scelta di degiurisdizionalizzare lo strumento in questione e più fiducia nell'esperto, vero fulcro attivo della composizione della crisi.

Vanno, poi, segnalate alcune criticità, ove ancora sia possibile emendarle.

¹¹ Assunto condiviso da D'ATTORRE G., *La concorsualità liquida nella composizione negoziata*, Fall. 3/2022, 309s.

La prima riguarda la previsione di legge (art. 16, co. 3, lett. d) di un maggior compenso per l'esperto che contribuisca all'individuazione di un acquirente del complesso aziendale, con ciò essendo elevato il rischio che l'esperto si trasformi in un "sensale", e l'*animus mercatorum* sovrasti l'*animus conciliandi*.

La seconda emerge dal confronto degli artt. 17, co. 4, lett. e, che prevede lo sbocco del concordato semplificato, per gli imprenditori sottosoglia, all'esito **positivo** delle trattative gestite dall'esperto, con l'art. 18, co. 1, che prevede lo sbocco del concordato semplificato, per gli imprenditori soprasoglia, all'esito **negativo** delle trattative.

La terza riguarda la già menzionata mancanza dell'effetto purgativo nelle vendite realizzate nella composizione negoziata (art. 10, co. 1, lett. d) e nel concordato semplificato (art. 19, co. 2), che non hanno natura coattiva, e che sono scevre dall'applicazione di un'astratta regola competitiva (gara), e perciò non consentono al giudice di cancellare le formalità gravanti sul bene ceduto all'esito della cessione, con un evidente effetto disincentivante per il compratore.

Una significativa lacuna potrebbe rinvenirsi nella mancanza di una disciplina della transazione fiscale, posto che la maggior parte del debito delle imprese in crisi è sovente derivante dal loro pessimo rapporto con il Fisco.

Un'ulteriore seria criticità è data poi dalla previsione di legge (art. 7, co. 3), secondo cui se il giudice non fissa l'udienza per la conferma delle misure protettive entro dieci giorni dal deposito del ricorso, le misure decadono, ponendo inspiegabilmente a danno del debitore la sanzione per il ritardo causato da un soggetto diverso da lui, laddove, di solito, la perdita di efficacia di un atto dipende dall'inerzia dello stesso soggetto ad esso interessato ed è sanzionata a vantaggio della controparte processuale, cioè opera tra le parti private della vertenza, senza travasi di sanzioni e di responsabilità processuali con l'organo pubblico, come tale estraneo alla vertenza.

Né può tacersi l'evidente *vulnus* professionale, che potrà sortire effetti gravemente negativi sul buon funzionamento dello strumento in esame, dovuto alla mancanza di specializzazione dei giudici, a fronte invece della elevatissima specializzazione che sarà richiesta all'esperto ed alla altissima tecnicità dei contenuti autorizzatori *et similia*, come ben evidenziato in dottrina¹².

¹² PAGNI I. – FABIANI M., *La transizione dal Codice della Crisi alla composizione negoziata (e viceversa)*, Diritto della Crisi, 2022, 12, che così descrive i compiti del giudice: "il ruolo del tribunale si rivela centrale per l'intera architettura, perché il giudice è chiamato ad operare un bilanciamento tra gli interessi del debitore e le aspettative dei

Chi conosce la realtà dei tribunali italiani ben sa che tale elevato livello di professionalità si può raggiungere solo in sezioni specializzate, in cui si trattano questi temi quotidianamente, con un confronto continuo tra i giudici e con gli operatori, non certo nelle sezioni promiscue (che sono la maggioranza) in cui ogni giorno il giudice cambia materia e non può certo essere uno specialista di tutto, con il risultato che questi strumenti vivranno prevalentemente degli *input* dati dagli esperti e dagli ausiliari, con una scarsa cooperazione sostanziale da parte dell'organo pubblico, quando è richiesta la sua partecipazione tecnica.

La Commissione RORDORF, nel redigere la legge di delega, aveva invero previsto di: *“k) assicurare la specializzazione dei giudici addetti alla materia concorsuale, con adeguamento degli organici degli uffici giudiziari la cui competenza risulti ampliata: i) attribuendo ai tribunali sede delle sezioni specializzate in materia di impresa la competenza sulle procedure concorsuali, e sulle cause che da esse derivano, relative alle imprese in amministrazione straordinaria ed ai gruppi di imprese di rilevante dimensione; ii) mantenendo invariati i vigenti criteri di attribuzione della competenza per le procedure di crisi o insolvenza del consumatore, del professionista e dell'imprenditore in possesso del profilo dimensionale ridotto di cui alla lettera e); iii) individuando tra i tribunali esistenti, sulla base di parametri quantitativi, quali piante organiche, flussi delle procedure concorsuali e numero di imprese iscritte nel registro delle imprese, quelli competenti alla trattazione delle procedure concorsuali relative alle restanti imprese;”*

Ma i decreti attuativi non hanno voluto attuare la delega sul punto.

Tuttavia, l'art. 1 della legge 8 marzo 2019 n. 20¹³ facoltizza il Governo ad emanare disposizioni non solo correttive dei decreti attuativi, ma anche integrative, sicché è ben possibile che le varie commissioni che saranno all'opera in questi tempi si pongano concretamente il problema se attuare o meno la delega sotto questo profilo, e così salvare la riuscita della riforma (anche in relazione al *novum ius* costituito dalla composizione negoziata) per l'elevata professionalità richiesta ai giudici, evitando che particolarismi di vario genere possano prevalere su interessi di natura generale.

creditori: un ruolo nevralgico, di grande responsabilità, che impone una adeguata professionalità da ricercare in percorsi mirati formativi”

¹³ *“Delega per l'adozione di decreti legislativi correttivi in materia di riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza. 1. Il Governo, con la procedura indicata al comma 3 dell'articolo 1 della legge 19 ottobre 2017, n. 155, entro due anni dalla data di entrata in vigore dell'ultimo dei decreti legislativi adottati in attuazione della delega di cui alla medesima legge n. 155 del 2017 e nel rispetto dei principi e criteri direttivi da essa fissati, può adottare disposizioni integrative e correttive dei decreti legislativi medesimi.”*

Infine, è opportuno far cenno alla questione di maggior interesse relativamente alla *ratio* sottesa a tutti i nuovi strumenti previsti dalla legge per far fronte alla crisi di impresa, tra i quali anche la composizione negoziata, che è chiaramente ispirata a principi di solidarietà, imponendo in modo espresso comportamenti solidali alle parti della vicenda economica.

Si vedano, in tal senso, questi obblighi:

- tutte le parti della composizione negoziata devono comportarsi secondo buona fede e correttezza (art. 4, co. 4);
- l'imprenditore deve rappresentare la sua situazione in modo completo e trasparente (art. 4, co. 5);
- le banche e gli intermediari finanziari devono comportarsi in modo attivo ed informato (art. 4, co. 6);
- tutte le parti devono collaborare lealmente e con obbligo di riservatezza e devono fornire riscontri e risposte tempestivi e motivati (art. 4, co. 7);
- la rinegoziazione dei contratti deve avvenire secondo buona fede (art. 10, co 2).

Si è voluto, a questo proposito, in dottrina, enucleare una tendenza all'affermazione di valori rinvenienti da principi costituzionali, quale è appunto la solidarietà¹⁴.

Si è cercato anche di dare una spiegazione al fatto che la concorsualità (in via di esaurimento come valore, a fronte di prededuzioni e privilegi numericamente e quantitativamente sempre crescenti) non basta più a fondare, come *ratio*, tutte le procedure "concorsuali"¹⁵, visto anche che non tutte quelle così chiamate lo sono veramente (ad es. gli accordi di ristrutturazione, in cui la *par condicio* - che è l'essenza della concorsualità - non trova alcuna applicazione), ben potendosi peraltro optare per una nozione di "concorsualità liquida" "*...che giustifica e consente l'estensione degli effetti concorsuali anche in procedure non concorsuali, quali appunto la composizione negoziata*"¹⁶.

In realtà, più ancora che alla solidarietà, occorre por mente alla categoria della "utilità".

¹⁴ FABIANI M., *Il valore della solidarietà nell'approccio e nella gestione delle crisi d'impresa*, Fall. 1/2022, 5ss.

¹⁵ Tuttavia, sulla permanente utilità della nozione di concorsualità v. SPIOTTA M., *E' necessaria o inutile una definizione di procedura concorsuale (o di procedura di regolazione della crisi o di quadro di ristrutturazione)? Quando le categorie generali possono conservare funzionalità*, *Diritto della Crisi*, 22.4.2022.

¹⁶ Cfr. D'ATTORRE G., *La concorsualità liquida nella composizione negoziata*, Fall. 3/2022, 301ss.

La spiegazione di ciò viene ancora una volta dai sistemi economici anglosassoni (di ispirazione calvinista), che poco sanno della solidarietà in campo economico, come è ben dimostrato dalla mancanza di un sistema pensionistico diffuso e di un sistema sanitario veramente pubblico e alla portata di tutti.

Lo si comprende se si pone mente all'istituto dell'esdebitazione, che negli USA è applicato senza riserve dal 1984 (entrata in vigore del *Bankruptcy Act*) e che persino in Germania porta a decine di migliaia di applicazioni ogni anno, mentre da noi è così avversato (specie con riferimento alle procedure di sovraindebitamento) che se ne contano ancora troppo poche applicazioni rispetto ai nobili fini dell'istituto (contrasto effettivo all'usura, salva suicidi e ripresa economica nazionale, per i grandissimi numeri che riguardano questo fenomeno).

Il ragionamento che spesso si sente fare, anche dagli operatori giuridici, è questo: perché il sovraindebitato deve essere esdebitato se io pago tutti i miei debiti? Li paghi anche lui! C'è l'art. 2740 c.c. (*"Il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri."*). Non si vede perché si debba fare questo favore al sovraindebitato. Etc. etc.

La legge n. 3/2012 ha, infatti, avuto scarse applicazioni anche per questa ragione, oltre che per mancata conoscenza e cattive interpretazioni del suo difficile testo, parzialmente rivisto (e facilitato) dalle modifiche apportate dalla legge n. 176 del 18 dicembre 2020: la si considera un mero beneficio in favore del sovraindebitato, un regalo immotivato, e dunque perché farglielo?

Ora, a parte il fatto che l'esdebitazione ha cittadinanza per gli imprenditori fallibili da sempre, e nessuno se ne è mai scandalizzato, e a parte la banale considerazione che la legge n. 3/2012 può ben aver modificato la portata dell'art. 2740 c.c., escludendone l'applicabilità ai casi da essa previsti, come avviene da sempre per la legge fallimentare (che ben prevede l'esdebitazione), posto che *"lex posterior specialis derogat priori generali"* (si veda, comunque, la derogabilità prevista dal secondo comma: *"Le limitazioni della responsabilità non sono ammesse se non nei casi stabiliti dalla legge."*), occorre aggiungere che la portata della esdebitazione non può essere valutata soltanto con riferimento al singolo caso, per il quale potrebbe parlarsi anche di una concessione individuale, cioè di un regalo dello Stato dovuto a ragioni di solidarietà, che ben potrebbero essere avversate da chi paga i debiti regolarmente e non intende fare sconti a chi non li paga.

Il fatto è che l'esdebitazione va vista non solo come un evento individuale, ma soprattutto come un evento in prospettiva macroeconomica¹⁷, in ragione dei grandissimi numeri interessati.

Si pensi ad una nave (che simboleggia un Paese liberale) che naviga verso il porto del benessere con 1000 rematori a bordo.

Alcuni (pochi) di questi rematori cascano in acqua, per distrazione o stanchezza o altre private ragioni.

I rematori rimasti a bordo possono continuare a remare verso il benessere, perché pochi rematori in meno non incidono sulla velocità della nave.

Ma se a cadere in acqua sono 100 rematori su 1000 (in Italia i sovraindebitati sono circa 6 milioni, circa il 10% della popolazione), allora ne risentirà la velocità della nave, per il sensibile calo della forza motrice.

I rematori rimasti a bordo dovranno, quindi, porsi il problema di che cosa fare per i rematori caduti in acqua e decideranno, se non vogliono compromettere il benessere generale (la navigazione verso il relativo porto), di recuperare i rematori mancanti, come da taluno si osserva, al circuito produttivo, o persino al circuito del consumo, si badi, non per ragioni di solidarietà, ma per ben più prosaiche ed efficaci ragioni di utilità collettiva.

Ed è ancora l'utilità collettiva ad ispirare le nuove legislazioni concorsuali (e non), e talora anche le scelte giurisprudenziali, laddove il salvataggio dei più deboli, quando si tratta di grandi numeri (negli altri casi può ben riguardare scelte squisitamente private e solidaristiche), giova sensibilmente e lampantemente all'intero gruppo socio-economico di appartenenza.

E lo stesso potrebbe dirsi per il salvataggio dell'impresa, che viene perseguito nell'interesse (utilità) generale.

Ecco perché, al postutto, l'esdebitazione di molti giova all'intera collettività, non solo ai singoli, così come i comportamenti solidaristici virtuosi "imposti" dalla legge nella composizione negoziata, di cui sono onerate a vario titolo tutte le parti della stessa, giovano al salvataggio delle

¹⁷ In argomento, cfr. MINERVINI V., *La "composizione negoziata" nella prospettiva del recepimento della Direttiva Insolvency. Prime riflessioni*, *Ristrutturazioni Aziendali*, 17 ottobre 2021, 20, e ulteriori citazioni in nota ivi, secondo cui "...una moderna ricostruzione del diritto dell'insolvenza deve spaziare al di là della sola definizione dei rapporti debitori all'interno dell'impresa in crisi (secondo la tradizionale visuale "microeconomica"), per abbracciare (in un senso anche "macroeconomico") la trama complessiva delle relazioni che si dipanano intorno all'impresa in difficoltà".

imprese e, di conseguenza, all'economia nazionale, nell'interesse di tutti, anche di chi è tenuto a quei virtuosi comportamenti¹⁸.

¹⁸ Viene in mente il paragone fatto da Kant nella Critica della Ragion Pratica, secondo cui la condotta morale degli uomini è indotta dalla legge più che da un sentimento interiore: proprio come gli alberi crescono forti perché ognuno cerca di privare gli altri della luce e dell'aria costringendoli perciò ad innalzarsi con sforzo, così l'uomo – nota Kant – è un “*legno storto*” che si raddrizza sotto costrizione della natura, ma si tratta di un raddrizzarsi giuridico e non morale.