

## “UTILITÀ SOLIDALE” NEL CODICE DELLA CRISI: UN OSSIMORO SOLO APPARENTE

MARINA SPIOTTA

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. Etimologia - 3. Dall'egoismo (fine a sé stesso) del r.d. 267/1942 alla solidarietà (dei vantaggi compensativi) del CCII passando per le misure (di pronto soccorso) varate dal d.l. 118/2021 conv. in L. 147/2021 - 4. Spunti conclusivi

### 1. Premessa

Come noto, ai sensi dell'art. 2 Cost., «la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale»: tre accezioni che rispecchiano la suddivisione della Parte I della Carta Costituzionale, divisa in quattro Titoli, tre dei quali ricalcano esattamente la declinazione di cui sopra<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Titolo IV *Rapporti politici*; Titolo III *Rapporti economici*; Titolo II *Rapporti etico-sociali*. Sull'art. 2 Cost. v., senza alcuna pretesa di completezza, S. Rodotà, *Solidarietà, un'utopia necessaria*, Roma-Bari, 2014; F.D. Busnelli, *Il principio di solidarietà e «l'attesa della povera gente»*, oggi, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2013, 413 ss.

I costituzionalisti<sup>2</sup> distinguono tra una solidarietà solo *interna* (che si realizza solo internamente alla comunità, al gruppo, alla categoria, all'associazione) ed una *esterna* e tra un significato *debole* (come mero criterio di organizzazione del traffico giuridico, che si può ricongiungere alla buona fede) ed uno *forte*<sup>3</sup> (di "sponda" contrapposta al principio dell'"individualismo proprietario"<sup>4</sup> volta a legittimare interventi redistributivi).

Con le pagine che seguono ci si propone di valorizzare tale principio anche nel contesto del Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza (*breviter*, CCII) e tentare di dimostrare che la raffigurazione della solidarietà come istanza che «opera a *cerchi concentrici* con vincoli e doveri che [...] si allargano progressivamente» e come una *forza centrifuga* che si dipana dal centro verso l'esterno in innumerevoli direzioni<sup>5</sup>, si sposi perfettamente con la metafora dei *cerchi concentrici della concorsualità*<sup>6</sup>. Man mano che ci si allontana dal nucleo più piccolo (la procedura fallimentare, oggi di liquidazione giudiziale: l.g.) e fino all'orbe più esterna (gli accordi di ristrutturazione dei debiti: a.d.r.), aumenta (l'autonomia delle parti, ma anche) la solidarietà, che tocca il suo apice nella composizione negoziata della crisi (CNC), che, come si desume dall'art. 2, lett. m-*bis*, CCII, non è né una procedura concorsuale, né uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza (SRC), ma un percorso volontario fondato sull'autonomia privata e sul dialogo con i vari *stakeholders* al fine di consentire

---

<sup>2</sup> V. per tutti S. La Porta, *L'organizzazione delle libertà sociali*, Milano, 2004, 86.

<sup>3</sup> Per questa accezione v. D. Messinetti, *Abuso del diritto*, in *Enc. del diritto*, Agg. II, Milano, 1998, 12.

<sup>4</sup> P. Barcellona, *L'individualismo proprietario*, Torino, 1987.

<sup>5</sup> In questo senso v. B. Bertarini, *Il principio di solidarietà tra diritto ed economia*, Torino, 2020, 77.

<sup>6</sup> La nota metafora è stata coniata da Cass., 12 aprile 2018 n. 9087, in *Dir. fall.*, 2019, II, 444 ss. con nota di M. Del Linza, *La Cassazione fissa un punto fermo sulla vexata quaestio della natura giuridica degli accordi di ristrutturazione dei debiti* e in *Fallimento*, 2018, 984 ss., con nota di C. Trentini, *Gli accordi di ristrutturazione sono una procedura concorsuale; la Cassazione completa il percorso*.

la condivisione dei sacrifici presso una platea più ampia di interessati.

Negli altri SRC la *solidarietà* (al pari della protezione dalle azioni esecutive individuali ottenibile tramite la richiesta di apposite misure<sup>7</sup>) può essere:

- “*selettiva*” stante la ritenuta possibilità di escludere alcuni creditori sia dagli a.d.r. che, per analogia, dalla convenzione di moratoria<sup>8</sup>, ma, nel contempo, *estesa ai garanti*<sup>9</sup>;

- “*spontanea*” o “*imposta*” con un effetto di “trascinamento” (amplificato negli a.d.r. ad efficacia *super-estesa*, che rappresentano un possibile *exit* della CNC: v. art. 23, co. 2, lett. b, CCII) nei confronti dei creditori riottosi onde scoraggiare iniziative *free riding*.

## 2. Etimologia

L’etimologia del sostantivo deriva dal latino giuridico: pagare *in solidum* per i romani indicava l’obbligo contratto da una persona, appartenente a un gruppo di debitori, di corrispondere interamente il dovuto. La persona solidale era strettamente vincolata ad altri da un legame di interdipendenza. L’aggettivo *solidus* — da cui deriva il sostantivo *solidum* — aveva anche il significato di pieno, intero, oltre a quello di solido e robusto.

Se si cerca «*solidarietà*» in un moderno dizionario della lingua italiana compare la seguente spiegazione: sentimento di fratellanza, di aiuto materiale e morale tra le persone di un gruppo, di una collettività. Detta accezione è nata durante la rivoluzione francese. Per la precisione, nel 1789 la parola *solidarité* uscì dall’ambito giuridico ed economico in cui veniva

---

<sup>7</sup> Cfr. L. Baccaglini, *Composizione negoziata della crisi e misure protettive: presupposti, conseguenze ed effetti della loro selettività sulle azioni esecutive individuali*, in *Fallimento*, 2022, 1105.

<sup>8</sup> Per uno spunto in tal senso v. C. Trentini, in *Commentario Lo Cascio*, 2017, 2525 ss.

<sup>9</sup> Cfr. Trib. Venezia, 6 febbraio 2023, in *Giur. it.*, 2023, fasc. 8/9, con nota di A.J. Pagano, *L’estensione delle misure protettive ai soci ed ai garanti. Un whatever it takes all’italiana*.

usata e cominciò a indicare un atteggiamento di supporto, sostegno e vicinanza ai propri concittadini e connazionali. Con questo significato la parola superò i confini francesi e si diffuse anche in Italia.

I suoi *sinonimi* sono: fratellanza, partecipazione, aiuto vicendevole (ma attenzione: non uguaglianza). I suoi *contrari* animosità, ostilità, egoismo.

Ebbene i suddetti valori, sebbene inespressi<sup>10</sup>, hanno conquistato anche il d.lgs. n. 14/2019 nella versione armonizzata con la Direttiva *Insolvency* dal d.lgs. n. 83/2022<sup>11</sup>.

D'altronde anche i creditori di un imprenditore in difficoltà vengono a formare una *comunità d'interessi*, sia pure involontaria (a differenza di quella che si crea tra i soci quando si costituisce una società) e *sui generis* (in quanto opera sia nelle relazioni tra creditori che in quelle tra debitore-creditori), dove l'interesse comune può essere ravvisato nel raggiungimento di un obiettivo di mercato.

Eppure i primi Autori<sup>12</sup> che hanno “osato” parlare di solidarietà e di responsabilità sociale d'impresa (RSI) o *Corporate Social Responsibility* (CSR) anche nel contesto della crisi d'impresa hanno ammesso di essersi sentiti quasi “derisi”, “fuori posto”, degli “idealisti”. Adesso il clima è cambiato.

---

<sup>10</sup> Vi è un solo cenno, nell'art. 189, co. 6, lett. d), CCII ai «contratti di solidarietà» e non figura nessuno dei suddetti vocaboli.

<sup>11</sup> Sull'evoluzione dell'ordinamento concorsuale v., in luogo di altri, A. Jorio, *Il diritto della crisi e dell'insolvenza*, Torino, 2023; S. Ambrosini, *Evoluzione della disciplina: dalla legge fallimentare al codice della crisi (attraverso la Direttiva UE del 2019 e l'emergenza epidemiologica)*, in S. Pacchi – S. Ambrosini, *Diritto della crisi e dell'insolvenza*, Bologna, 2022, 1 ss.

<sup>12</sup> Cfr. G. D'Atorre, *Sostenibilità e responsabilità sociale nella crisi*, in *Diritto della crisi*, 13 aprile 2021; Id., *La responsabilità sociale dell'impresa insolvente*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 60 ss.; L. Baccaglioni, *I processi concorsuali solidali*, in *Il processo civile solidale*, a cura di A. Didone e F. De Santis, Milano, 2020, 345 ss.; M. Fabiani, *Il valore della solidarietà nell'approccio e nella gestione delle crisi d'impresa*, in *Fallimento*, 2022, 5 ss. In precedenza, di solidarietà non si parlava; neppure se ne fa cenno in L. Lanfranchi, *Costituzione e procedure concorsuali*, Torino, 2010.

### **3. Dall'egoismo (fine a sé stesso) del r.d. 267/1942 alla solidarietà (dei vantaggi compensativi) del CCII passando per le misure (di pronto soccorso) varate dal d.l. 118/2021 conv. in L. 147/2021**

In effetti, nella versione originaria del r.d. n. 267/1942 ciascun creditore poteva atteggiarsi rispetto agli altri come *homo homini lupus*<sup>13</sup> e veniva salvaguardata essenzialmente la *par condicio creditorum*.

In realtà, esaminando i dati normativi *funditus*, ci si avvede che la “*solidarietà concorsuale*” era già un valore sotteso a molte norme della legge fallimentare. Si pensi: alla socializzazione delle perdite conseguente alla revocatoria concorsuale dei c.d. atti normali e al diritto del creditore soccombente di insinuarsi al passivo<sup>14</sup> o, ancora, alla corresponsione di indennizzi a fronte di condotte (come lo scioglimento dai contratti pendenti)<sup>15</sup> potenzialmente dannose per il contraente *in bonis*, pur non essendo *contra ius*. Si potrebbe parlare di un “*pregiudizio giusto*”, ossimoro definitivamente sdoganato dagli artt. 16, co. 4 e 112, co. 1, lett. f), CCII che consentono all'imprenditore di contrarre nuovi finanziamenti purché «non pregiudichino *ingiustamente* gli interessi dei creditori», inciso che, letto *a contrariis*, sta a significare che possono pregiudicarli purché per un fine più nobile (particolare declinazione, in ambito concorsuale, del principio generale del *neminem laedere* sancito dall'art. 2043 c.c.)<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup> In questi incisivi termini Corte Cost., 22 aprile 1986, n. 102, in *Dir. fall.*, 1986, II, 177.

<sup>14</sup> Come rileva M. Fabiani, *Il valore della solidarietà nell'approccio e nella gestione delle crisi d'impresa*, cit., 9 s., «la retrocessione alla massa (cioè alla comunità) delle utilità ricevute è un meccanismo di solidarietà orizzontale perché qualcuno deve condividere con altri quella parte del bottino che ha legittimamente ricevuto (art. 166, co. 2, CCII, corrispondente all'art. 67, co. 2, l. fall.), ma potrà poi insinuarsi al passivo (art. 171, co. 2, CCII, equivalente all'art. 70 l. fall.).

<sup>15</sup> Artt. 97 e 172 CCII, che hanno ripreso gli artt. 169-*bis* e 72 l. fall.

<sup>16</sup> L. Boggio, *Gestione e protezione del patrimonio e dell'impresa del debitore nella composizione negoziata della crisi (riflessioni a margine dell'evoluzione del*

Fino al 2019, però, mancavano spinte nella direzione di una visione solidaristica volta a far emergere valori più alti di quelli strettamente correlati ai rapporti debito/credito.

Dopo la pandemia da Covid-19 si è stati chiamati, nei più svariati contesti, all'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà in tutte e tre le accezioni menzionate dalla Costituzione, nonché ad abbandonare il clima di reciproca sfiducia e la diffidenza di fondo fra i custodi della legalità (i giudici) e gli attori economici.

L'appello a una maggiore solidarietà non si è però risolto in un accorato invito formulato sulla scorta dell'emotività e "passato di moda" con il rientro dell'emergenza, ma (fortunatamente) è rimasto e può essere letto in filigrana dietro diverse norme e istituti del d.lgs. n. 14/2019.

A fare da ponte tra la vecchia legge fallimentare e il nuovo Codice è stato il d.l. n. 118/2021 (numero quanto mai indovinato per un provvedimento normativo nato proprio per "soccorrere" le imprese messe a dura prova dalle restrizioni rese necessarie per combattere la diffusione del *virus*) che, come noto, ha introdotto la CNC. Si tratta, come già *supra* ricordato, di un percorso (poi trasfuso nel CCII) volontario e (parzialmente) stragiudiziale<sup>17</sup>, fondato sui pilastri della concorsualità e della partecipazione e su uno spirito di solidarietà non velleitario, ma basato sulla teoria (ora divenuta diritto positivo) dei vantaggi compensativi, al fine di evitare che la crisi di un'impresa singola

---

*sistema*), in AA.VV., *Governance e mercati. Studi in onore di Paolo Montalenti*, tomo III, Torino, 2022, 1814.

<sup>17</sup> Così fra i primi S. Ambrosini, *La composizione negoziata compie un anno: breve itinerario fra le prime applicazioni*, in *Ristrutturazioni Aziendali*, 12 dicembre 2022; cui *adde* M. Fabiani e I. Pagni, *Introduzione alla composizione negoziata*, in *Fallimento*, 2021, 1485. Per una ricognizione degli artt. del CCII in cui si parla espressamente di vantaggi compensativi sia consentito rinviare a M. Spiotta, *La solidarietà dei "vantaggi compensativi" alla luce della normativa emergenziale e della l. n. 147/2021*, in *Ristrutturazioni Aziendali*, 29 novembre 2021; Id., *Il d.lgs. n. 83/2022 rafforza la teoria dei "vantaggi compensativi"*, in AA.VV., *Governance e mercati. Studi in onore di Paolo Montalenti*, cit., 1965 ss.

sconfini nella crisi del mercato, più pericolosa e più dannosa di una qualche rinuncia.

In ambito concorsuale, non ci si accontenta più della massima “*recovery*” per i creditori, ma dovranno essere ponderati quei valori, non strettamente misurabili in termini economici, sui quali deve fondarsi uno Stato moderno che voglia ambire ad una crescita sostenibile nelle situazioni di crisi che ruoti (anche) attorno ai valori dell’etica, della solidarietà e della responsabilità sociale<sup>18</sup>.

Ecco allora che nel CCII si parla espressamente, per la prima volta, di sicurezza del lavoro e di tutela ambientale (art. 87 CCII), nonché di sostenibilità (cfr. gli artt. 3, co. 3, lett. b; 21, co. 1; 25-*undecies*; 87, co. 3, CCII). Ma il diritto concorsuale post-moderno è caratterizzato anche dai valori della solidarietà e della partecipazione che - sebbene inespressi e rimasti, per così dire, sottotraccia - rappresentano la vera anima del Codice, che premia chi s’impegna nel percorso di risanamento e disincentiva eventuali comportamenti ostruzionistici, mentre ammette disuguaglianze e disparità di trattamento.

Un ribaltamento totale di prospettiva:

-nella legge fallimentare valeva la regola “*tutti contro tutti*”, *mors tua vita mea*, perché più sono gli invitati ad un banchetto e minore sarà la porzione di torta spettante ad ognuno, salva la parità di trattamento tra creditori (art. 2741 c.c.);

-nel Codice della crisi “*tutti indossano la stessa maglietta*” e sono consapevoli di essere “sulla stessa barca”, ma anche del fatto che per arrivare a destinazione non possono abbandonare i rematori caduti in mare<sup>19</sup> perché “nessuno si salva da solo” e ciascuno deve impegnarsi al massimo delle sue possibilità.

---

<sup>18</sup> Così M. Fabiani, *Introduzione ai principi generali e alle definizioni del codice della crisi*, in *Fallimento*, 2022, 1181.

<sup>19</sup> Calzante la metafora di G. Limitone, *Degiurisdizionalizzazione della crisi d’impresa e composizione negoziata: una figlia naturale non (ancora) riconosciuta. Con notazioni a margine*, in *Ristrutturazioni Aziendali*, 17 maggio 2022, 13 s.: «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

La *mission* (scongiurare una “corsa” all’accaparramento delle risorse del debitore, che i manuali spiegano ricorrendo alla teoria dei giochi ed utilizzando l’esempio dello stagno e dei pescatori<sup>20</sup>) e le due componenti classiche della materia concorsuale (dimensione della torta e sua suddivisione) sono però restate immutate. L’unica differenza è che secondo la regola della priorità assoluta (*Absolute Priority Rule: APR*) i criteri per la divisione della torta fra i commensali vengono negoziati *ex ante* (anche) nell’ottica di definire chi, e secondo quale ordine, parteciperà al ‘banchetto’ nel caso in cui la ‘torta’ sia insufficiente a soddisfare tutti; in base alla regola della priorità relativa (*Relative Priority Rule: RPR*), che incentiva i soci a collaborare per il successo del piano, i suddetti criteri non si applicano alla porzione aggiuntiva rappresentata dal valore di ristrutturazione, sul quale i creditori non avrebbero comunque potuto fare affidamento<sup>21</sup>.

---

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 (...), allora ne risentirà la velocità della nave, per il sensibile calo della forza motrice» e i rematori rimasti a bordo dovranno porsi il problema di che cosa fare e decideranno, se non vogliono compromettere il benessere generale (la navigazione verso il relativo porto), di recuperare i rematori mancanti al circuito produttivo, o persino al circuito del consumo, non per ragioni di solidarietà, ma per ben più prosaiche ed efficaci ragioni di utilità collettiva.

<sup>20</sup> Il titolare dello stagno è il debitore; i pesci rappresentano la massa attiva; i pescatori sono i creditori che, in assenza di una disciplina imperativa volta a regolare il concorso tra più aventi diritto su di un patrimonio (di norma incapiente), sarebbero portati a pensare egoisticamente solo a se stessi, incuranti del fatto che la vendita forzata del bene oggetto dell’espropriazione individuale potrebbe impedire la prosecuzione dell’attività d’impresa o la vendita in blocco dell’azienda, così frustrando ogni possibilità di preservare il *going concern value* (l’esempio è tratto da A. Nigro e D. Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese*, Bologna, 2021, 54).

<sup>21</sup> Sulla genesi di tale regola v. *ex multis* G. Ballerini, *La distribuzione del (plus)valore ricavabile dal piano di ristrutturazione nella Direttiva (UE) 2019/1023 e l’alternativa fra absolute priority rule e relative priority rule*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 2021, I, 367 e, più di recente, M. Perrino, “Relative priority rule” e diritti dei soci nel concordato preventivo in continuità, in *dirittodellacrisi.it*, 12 dicembre 2022.



Gli indici normativi dai quali si evince che oggi il diritto concorsuale impone, oltre a una “collettivizzazione” delle procedure esecutive individuali, anche una “solidarizzazione” tesa a superare una *logica avversariale dicotomica* debitore-creditori sono molteplici.

Qualche esempio può essere chiarificatore.

### Indici normativi che incentivano la solidarietà

In estrema sintesi, il concetto di solidarietà innerva una serie di disposizioni ed è interessante osservare che i destinatari dei precetti non ne sono gli unici beneficiari.

Per esempio:

-il dovere di adottare misure idonee e assetti adeguati (artt. 3 CCII e 2086 c.c.), «anche» (e quindi non solo) in funzione della rilevazione tempestiva della crisi, è posto a carico dell'imprenditore (rispettivamente individuale e collettivo), ma, aiutandolo a restare sul mercato (giova ricordare l'insegnamento di Zappa secondo cui l'azienda è un istituto destinato a durare nel tempo), tutela indirettamente i creditori e tutti gli *stakeholders*;

-i doveri del debitore di trasparenza e piena *disclosure* e quelli, speculari, dei creditori alla riservatezza e alla collaborazione leale con il debitore e con l'esperto, ma (non espressamente) anche con gli altri creditori<sup>22</sup> (art. 4 CCII) si saldano insieme e sono strumentali alla solidarietà, che presuppone informazione e disponibilità al confronto (le disposizioni contenute nell'art. 16, co. da 4 a 6, CCII impongono più puntuali doveri collaborativi alle banche e agli intermediari finanziari, ai loro mandatarî e ai cessionari dei loro crediti);

---

<sup>22</sup> Ad avviso di P.G. Cecchini, *L'egoismo del macellaio e il conflitto di interessi nel concordato*, in *ilfallimentarista.it*, Focus del 7 novembre 2019, il creditore non avrebbe alcuna obbligazione *ex art. 1173 c.c.* che lo costringa a tenere una determinata condotta nell'interesse comune di tutti i creditori «posto che l'art. 4 c.c.i.i. confina tali obblighi unicamente ai suoi rapporti con il debitore e con gli organi della procedura».

-l'inedito e apparentemente "stravagante" ruolo del commissario giudiziale, chiamato a «fornire ai creditori che ne fanno richiesta, valutata la congruità della stessa e previa assunzione di opportuni obblighi di riservatezza, le informazioni utili per la presentazione di proposte concorrenti, [...], nonché ogni altra informazione rilevante in suo possesso» (art. 92, co. 3, CCII), si spiega considerando che la concorrenza dovrebbe incentivare l'individuazione della soluzione migliore e agevolare la creazione di un mercato efficiente del *distressed debt*;

-i doveri di segnalazione e comunicazione sono sanciti per i creditori finanziari (*monitor* ideali dell'equilibrio economico-finanziario di un'impresa, tanto è vero che spesso la giurisprudenza presume che siano a conoscenza dello stato di insolvenza del debitore<sup>23</sup>) e quelli pubblici qualificati (artt. 25 *novies* e *decies* CCII), ma a beneficio dell'imprenditore disorganizzato, che non potrà più "navigare a vista";

-il divieto di autotutela contrattuale, ossia il fatto che i creditori non possano, unilateralmente, rifiutare l'adempimento dei contratti pendenti o provocarne la risoluzione, né anticiparne la scadenza o modificarli in danno dell'imprenditore per il solo fatto del mancato pagamento di crediti anteriori alla presentazione della domanda di accesso alla CNC o a uno SRC (artt. 18, co. 5; 63, co. 3 e 4 e 94-*bis* CCII) evita la creazione di una sorta di "cordone sanitario" attorno all'impresa;

-la *rinegoziazione spontanea* dei contratti ad esecuzione continuata o periodica ovvero ad esecuzione differita in cui la prestazione sia divenuta «eccessivamente onerosa» (anche – a differenza dell'art. 1467 c.c. - per il verificarsi di avvenimenti non connotati dai caratteri della straordinarietà e dell'imprevedibilità) o sia «alterato l'equilibrio del rapporto in ragione di circostanze sopravvenute» (art. 17, co. 5, CCII) e la

---

<sup>23</sup> Di recente v. Cass., 3 luglio 2023, n. 18727, segnalata in *Euteke.info* del 4 agosto 2023, da Pezzetta, *Presunzione di conoscenza della banca sull'insolvenza del debitore. Necessario il costante e diligente monitoraggio degli intermediari finanziari verso le imprese.*

*rinegoziazione forzata* (sulla falsariga dell'art. 2932 c.c., ma non "a rime obbligate"<sup>24</sup>) dei soli contratti in cui «la prestazione [sia] divenuta eccessivamente onerosa per effetto della pandemia» (art. 10, co. 2, d.l. 118/2021) è un modo per ripristinare lo *status quo ante* e l'economicità del singolo rapporto contrattuale considerando, in particolare, i "vantaggi compensativi contrattuali" derivanti a ciascuna parte dalla permanenza del rapporto di lungo periodo<sup>25</sup>.

### *Deterrenti contro l'egoismo o l'apatia/disinteresse*

I comportamenti contrari alla solidarietà (come ostilità, ostruzionismo, impuntature irrazionali) sono inibiti:

-dal co. 5-*bis* dell'art. 53 CCII che, su richiesta delle parti, consente alla Corte d'appello, in caso di accoglimento del reclamo proposto contro la sentenza di omologazione del concordato preventivo in continuità aziendale, di «confermare la sentenza di omologazione se *l'interesse generale dei creditori e dei lavoratori prevale rispetto al pregiudizio subito dal reclamante*, riconoscendo a quest'ultimo il risarcimento del danno» (inciso che potrebbe finanche far dubitare dell'esistenza di un vero "diritto" del creditore "a far fallire" il proprio debitore, in quanto tale risultato presuppone una convincente risposta alla domanda *Cui prodest?*);

---

<sup>24</sup> Così I. Pagni e M. Fabiani, *La transizione dal codice della crisi alla composizione negoziata (e viceversa)*, in *dirittodellacrisi.it*, 2 novembre 2021, 25. Per una lettura in chiave solidaristica della rinegoziazione v. L. Balestra, *Pandemia, attività d'impresa e solidarietà*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2020, 1153 ss.; U. Mattei-A. Quarta, *Tre tipi di solidarietà, oltre la crisi nel diritto dei contratti*, in *giustiziacivile.com*, 7 maggio 2020; R. Tarolli, *Le tendenze evolutive della crisi d'impresa: verso un (nuovo) modello di accordo socialmente orientato*, in *Giur. comm.*, 2023, I, 468 ss.

<sup>25</sup> Per una disamina sul rapporto tra *outbreak* pandemico e rinegoziazione, si segnalano M. Bianca, *Crisi e rinegoziazione dei contratti tra diritto emergenziale e codice della crisi. Prime riflessioni*, in *Orizzonti del Diritto Commerciale*, 2022, 829 e, più di recente, A.J. Pagano, *La (presunta) sopravvivenza della rinegoziazione emergenziale*, in *Giur. it.*, 2023, 1718 ss.

-dal co. 2-*bis* degli artt. 63 (recentemente sospeso) e 88 e dal co. 3 dell'art. 80 CCII che, a certe condizioni, consentono la «transazione su crediti tributari e contributivi», ossia l'omologazione (forzosa) degli a.d.r., del concordato preventivo e del concordato minore a prescindere dal consenso espresso dell'Agenzia delle entrate e degli Enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie, sicché, in virtù di tale speciale legittimazione a decidere che attua la “ristrutturazione forzata del passivo” proprio attribuendo rilievo superiore all'interesse concorsuale, viene superato il principio di cui all'art. 1966 c.c. (la transazione è nulla se i diritti che formano oggetto della lite, per loro natura o per espressa disposizione di legge, sono sottratti alla disponibilità delle parti)<sup>26</sup>;

-dal co. 5 dell'art. 109 CCII ove, al fine dell'approvazione del concordato preventivo in continuità, si prevede un criterio sussidiario in base al quale in ciascuna classe di creditori (la cui formazione è obbligatoria) la proposta è approvata qualora abbiano votato favorevolmente i 2/3 dei crediti dei creditori votanti (*quorum* deliberativo) purché titolari di almeno la metà del totale dei crediti della medesima classe (*quorum* costitutivo), il che corrisponde alla possibilità che la maggioranza sia costituita dal 33,33% dei crediti (criterio sussidiario, pur sempre riconducibile al principio maggioritario, sebbene calcolato sui votanti anziché sugli aventi diritto al voto, in modo da sterilizzare la condotta dei creditori apatici);

-dall'art. 112, co. 2, lett. d), seconda parte, CCII che consente la ristrutturazione trasversale (o *cross class cram down*), ossia l'omologazione del concordato preventivo in continuità aziendale, nonostante il dissenso di una o più classi, qualora la relativa proposta sia approvata da almeno una classe di creditori che sarebbero parzialmente soddisfatti rispettando la

---

<sup>26</sup> Così App. Messina, 22 maggio 2023 (data della decisione), ove si pone in rilievo che la fattispecie della transazione fiscale esula dallo schema negoziale individuato dalla normativa civilistica e va inquadrata in un paradigma diverso, atipico, di negozio solutorio che vede la *voluntas legis* sostituirsi a quella della parte in disaccordo.

graduazione delle cause legittime di prelazione anche sul valore eccedente quello di liquidazione (c.d. creditori *in the money*, “maltrattati”<sup>27</sup> che si sacrificano per il bene comune, ipotesi in cui si potrebbe addirittura parlare di *altruismo*);

-dagli artt. 118, co. 6 e 120-*quinquies*, co. 1, ultima parte, CCII, che consentono di nominare un amministratore giudiziario per dare esecuzione alla proposta di concordato omologata, superando l'ostruzionismo dei soci e amministratori della società debitrice.

È importante sottolineare che in caso di violazione del divieto di condotte ostruzionistiche e/o disinteressate le *sanzioni* non sono solo *risarcitorie* (per concessione abusiva di credito o per aver ostacolato tentativi di risanamento), ma anche in forma specifica (si pensi, lato debitore, alla revoca delle misure protettive/cautelari qualora non si sia comportato in modo trasparente o alla preclusione all'accesso al concordato liquidatorio semplificato quando l'esperto, nella relazione finale, dichiara che le trattative non si siano svolte secondo correttezza e buona fede; lato creditori, al divieto di voto per quanti versino in conflitto di interessi o alle sanzioni specifiche in caso di omessa valutazione del merito creditizio in tema di sovraindebitamento).

Dagli indici normativi sopra sinteticamente ricordati emerge come la solidarietà non rappresenti più solo una fonte di doveri, ma giunga a costituire la ragione giustificatrice di disposizioni che comprimono i diritti del singolo<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> G. D'Atorre, *Classi “interessate” e classi “maltrattate” nella ristrutturazione trasversale*, in *dirittodellacrisi.it*, 24 maggio 2023. Il primo precedente giurisprudenziale è Trib. Bergamo, 11 aprile 2023, in *Fallimento*, 2023, 791, con commento di I. Donati, *Il requisito del “sostegno minimo” dei creditori per l'omologazione del concordato in continuità: una prima (errata) applicazione dell'art. 112, comma 2, lett. d) CCII* e in corso di pubblicazione su *Giur. it.*, 2023, con nota di A.J. Pagano, *Il perimetro applicativo della ristrutturazione trasversale nel concordato preventivo*.

<sup>28</sup> Per L. Mengoni, *Fondata sul lavoro: la Repubblica tra diritti inviolabili e doveri inderogabili di solidarietà*, in *Jus*, 1998, 1, 49 s., «l'eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge non è completa se non viene integrata dal dovere

La stessa dottrina e giurisprudenza<sup>29</sup> stanno cercando, sia pure con qualche difficoltà, di cambiare mentalità (e di farla così cambiare agli operatori del settore).

Chi scrive ha suggerito un ripensamento:

-della stessa nozione di “*procedura concorsuale*” e precisamente dell’aggettivazione che tradizionalmente evoca l’idea di un “*concorso*” e quindi un certo “*antagonismo* tra i partecipanti”, mentre oggi andrebbe intesa come “*unione delle forze*”<sup>30</sup> e della tradizionale categoria delle azioni di massa, sostituendola con quella inedita delle azioni “*PRO*” (ossia, “a favore” della) massa<sup>31</sup>.

La dottrina aziendalistica<sup>32</sup> ha giustamente parlato di risanamento *con* (e non *contro*) i creditori (da altro da sé ad altro per me) sottolineando che un’apparente norma di favore per i soci (l’art. 120-*quater* CCII consente di riservare loro parte del valore risultante dalla ristrutturazione) costituisce, in realtà, un «ostacolo alla ricostruzione del valore a spese dei soli creditori».

Il valore della solidarietà sembrerebbe quindi ormai assunto a canone interpretativo collegabile sia con le clausole generali come quella di buona fede (concorsuale)<sup>33</sup> e correttezza (che impone, ma al contempo circoscrive, l’impegno di solidarietà

---

solidale di tutti di sobbarcarsi, in proporzione delle proprie disponibilità, al peso comune costituito dai costi dello stare insieme in società».

<sup>29</sup> Trib. Tempio Pausania, 14 febbraio 2023, in *dirittodellacrisi.it*.

<sup>30</sup> Sia consentito rinviare a M. Spiotta, *Evoluzione del diritto concorsuale e modello concordatario: unitarietà o pluralità?*, in *Fallimento*, 2023, 879.

<sup>31</sup> M. Spiotta, *Le “azioni di massa” dopo il d.lgs. n. 83/2022: un aggiornamento del catalogo o un ripensamento del significato del sintagma?*, in *Judicium*, 2022, fasc. 3, 317 ss.

<sup>32</sup> R. Ranalli, *Con il Codice il risanamento è con i creditori e non vi è più spazio per quelli contro di essi*, in *dirittodellacrisi.it*, 18 luglio 2023.

<sup>33</sup> Le critiche mosse all’utilizzo della solidarietà costituzionale quale strumento di riequilibrio della relazione contrattuale e quale grimaldello per utilizzare la buona fede (contrattuale) alla stregua di una regola di validità mal si attagliano alla buona fede (concorsuale) che ha una dimensione collettiva esattamente come la solidarietà. Peraltro, già i criteri ermeneutici dettati dagli artt. 1366 e 1371 c.c. paiono fondati su un’esigenza di “solidarietà contrattuale”.

nei limiti di un apprezzabile sacrificio), sia con il principio di proporzionalità che, a sua volta, è una declinazione del principio di ragionevolezza<sup>34</sup>, la cui misura è predeterminata dal Legislatore.

Dopodiché, in dottrina si è anche posto in luce, con riferimento alla nuova disciplina del concordato preventivo (e in particolare all'art. 84 CCII), il rischio che l'utilizzo del concetto di solidarietà finisca per risultare un po' "inflazionato" e, comunque, non sempre strettamente necessario, specie ove vengano direttamente in rilievo i principi costituzionali. «Non sembra dubbio che la disposizione finalizzata a preservare, nella misura possibile, i posti di lavoro sia ispirata a valori di rango costituzionale. I principi che vengono in evidenza dal punto di vista che ci occupa non attengono tanto al concetto (in qualche modo potenzialmente *bon à tout faire*) di solidarietà – di recente invocato, nel dibattito dottrinale, soprattutto a proposito della composizione negoziata della crisi – quanto piuttosto a quelli di protezione del lavoro e di utilità sociale.

È infatti evidente che, in linea generale, il nuovo art. 84, co. 2, CCI, si colloca, per così dire, sotto l'ampio ombrello dell'art. 35 Cost., ai sensi del quale la Repubblica tutela il lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni. E l'aspetto fortemente innovativo – si torna a dire – è rappresentato dall'applicazione di questo principio con riferimento al concordato preventivo, tradizionalmente "funzionalizzato" al solo perseguimento dell'interesse dei creditori»<sup>35</sup>.

Ad ogni buon conto, occorre prendere atto che:

-certe regole che apparentemente sembrerebbero sbilanciate a favore dell'imprenditore (come la già ricordata *RPR* che emerge dal combinato disposto degli artt. 84 e 112 CCII) si traducono anche in un vantaggio per i creditori (nella specie, chirografari,

---

<sup>34</sup> Cfr. P. Montalenti, *Le nuove clausole generali nel Codice della crisi*, in *Giur. it.*, 2023, 1434 ss.

<sup>35</sup> Così S. Ambrosini, *Concordato preventivo e soggetti protetti nel codice della crisi dopo la Direttiva Insolvency: i creditori e i lavoratori*, in *Ristrutturazioni Aziendali*, 1° giugno 2022, 9.

che non prenderebbero alcunché se fosse osservato un rigido ordine di distribuzione verticale delle risorse);

-la partecipazione è incentivata e anticipata fin dal momento dell'accesso alla composizione negoziata della crisi, che rappresenta un passaggio imprescindibile per accedere al concordato semplificato, dove i creditori non votano proprio perché avrebbero dovuto far sentire la loro voce durante le trattative condotte dall'Esperto;

-la rinegoziazione dei contratti e la liberazione dai debiti (*discharge*) sono un vantaggio per tutti perché consentono all'imprenditore di diventare di nuovo un ramo verde dell'attività produttiva e di far tesoro dei propri eventuali errori pregressi.

Riallacciandoci alle considerazioni che precedono e alla digressione sull'etimologia del vocabolo, più che di *solidarietà* (che potrebbe ancora suonare come antitetica rispetto alla spietata logica degli affari) sarebbe più appropriato parlare di utilità *solidale*<sup>36</sup>, in ottica macroeconomica.

#### 4. Spunti conclusivi

Concludendo: è giunto il momento di dimostrare solidarietà anche tra i tre formanti del diritto (del resto, alcune delle critiche mosse al nuovo ordito codicistico possono essere ridimensionate semplicemente cambiando angolo visuale<sup>37</sup>) per evitare nuovi “*casus belli*” (come la nota vicenda della società calcistica *Reggina 1914*, che ha portato il D.L. 69/2023, conv. in L. 103/2023 a sospendere inopinatamente l'applicabilità dell'art. 63, co. 2-*bis*, CCII, prevedendo una disciplina transitoria

---

<sup>36</sup> Con una crisi, quindi, fra il concetto di solidarietà e quello di utilità sociale invocato da S. Ambrosini, *op. ult. cit.*

<sup>37</sup> Come osservato da Don G. Dellavite nel suo intervento di apertura al Convegno di Bergamo del 19 e 20 giugno 2023 (la registrazione audio-video è disponibile su Diritto della crisi), per far tornare i conti, a volte, basta una lettura *a contrario*. Es.: XI+I = X (operazione errata) ma è esatto dire che: X = I + IX.



sull'omologazione forzata degli a.d.r.)<sup>38</sup> e di convincere i creditori che la *solidarietà esterna* (verso l'imprenditore e i soci, che, a certe condizioni, possono trattenere anche parte del valore di ristrutturazione) si tradurrà anche in una *interna*, ossia in un beneficio per loro<sup>39</sup>.

Ogni riforma richiede un periodo di metabolizzazione, ma un approccio dialogico e costruttivo tra Legislatore, giurisprudenza e dottrina sarebbe di grande aiuto anche nell'accelerare l'auspicato cambio di mentalità tra gli operatori e i professionisti del settore. Così come esiste la pratica del "caffè sospeso", gli imprenditori dovranno abituarsi anche a quella di una "fornitura (di beni/servizi) sospesa" contando sul recupero del *going concern* da parte dell'impresa in difficoltà in una sorta di «*passa il favore*» qui declinata come «*concorsualità collaborativa*» che potrà essere ulteriormente incentivata, per es., attraverso la tecnica del c.d. "earn out".

---

<sup>38</sup> Per un primo commento v. A. Nicotra e M. Pezzetta, *Cram down «transitorio» per gli accordi con transazione fiscale o contributiva. Confermate le misure del DL 69/2023 con effetto dal 15 giugno 2023*, in *Eutekne.Info*, 11 agosto 2023; A.J. Pagano, in *Linkedin* (Diritto Fallimentare-Restructuring), 4 agosto 2023, <https://www.linkedin.com/groups/4701955/?highlightedUpdateUrn=urn%3A%3AgroupPost%3A4701955-7093255647336554496&q=highlightedFeedForGroups>.

<sup>39</sup> Come ha osservato S. Pacchi, *Par condicio e relative priority rule. Molto da tempo è mutato nella disciplina della crisi*

*d'impresa*, in *dirittodellacrisi.it*, 26 gennaio 2022, 13, «la solidarietà, [...], muta direzione: non per il recupero del credito – come tentava di sollecitare il vecchio sistema liquidativo-satisfattivo ponendo l'astratta ed utopica regola della *par condicio* – ma per il recupero dei valori aziendali. I creditori possono aggregarsi per un comune interesse all'impresa mentre l'interesse al soddisfacimento esalta, al contrario, i particolarismi incentivando i contrasti»; Id., *L'allerta tra la reticenza dell'imprenditore e l'opportunismo del creditore. Dal codice della crisi alla composizione negoziata*, in *Dir. fall.*, 2022, I, 501 ss.