

Il lento cammino dell'Italia verso la direttiva U.E. 2019/1023 sull'insolvenza

Claudio Cecchella*

ZVglRWiss 121 (2022) 325–352

L'Italia si presenta al coordinamento con la direttiva insolvenze dell'UE appena due giorni prima della scadenza fissata e il saggio ripercorre il tortuoso percorso del legislatore italiano, a partire dal codice 2019 – mai entrato in vigore nel suo tenore originario, perché non coerentemente con le indicazioni provenienti dall'U.E. e con le esigenze dell'emergenza economica dovuta alla pandemia di Covid 19 –, la successiva normativa ed infine il decreto legislativo n. 83 del 2022, pubblicato in Gazzetta Ufficiale il 1° luglio 2022, che affronta i principali aspetti dell'ottemperanza alla direttiva, in particolare la previsione dei rimedi, anche prima del sopraggiungere della crisi o dell'insolvenza, con l'intervento di un soggetto indipendente e professionista specializzato, sulla base di un concordato preventivo e in assenza di un concordato semplificato soggetto a controllo giurisdizionale.

Italy has implemented the Directive 2019/1023 on restructuring and insolvency only two days before the deadline set by the EU expired. The essay retraces the tortuous path of the Italian legislator, starting from the 2019 code which never entered into force in its original tenor, because it did not comply with the European Directive 2019/1023 and with the needs of the economic emergency due to the Covid 19 pandemic. It is followed by the subsequent legislation and finally the legislative decree (d.lgs.) n. 83 of 2022, published in the Gazzetta Ufficiale on 1 July 2022.

Die Umsetzung der europäischen Restrukturierungsrichtlinie gelang in Italien erst zwei Tage vor Ablauf der von der EU den Mitgliedstaaten hierfür gesetzten Frist. Der Aufsatz zeichnet den verschlungenen Weg des italienischen Gesetzgebers nach, ausgehend vom Kodex von 2019, der nicht in Kraft treten konnte, weil er nicht im Einklang mit den Vorgaben der Richtlinie und den Erfordernissen der wirtschaftlichen Notlage aufgrund der Covid-19-Pandemie stand. Anschließend werden die nachfolgende Gesetzgebung und schließlich das endgültig verabschiedete Gesetz (d.lgs.) Nr. 83 von 2022 (Gazetta originale vom 1. 7. 2022) dargestellt.

* Professore ordinario di diritto processuale civile, diritto processuale civile comparato e diritto della crisi dell'impresa, dell'Università di Pisa.

C o n t e n t

I. La Pandemia Covid 19 e il <i>de profundis</i> del Codice della crisi del 2019	326
II. La autentica <i>ratio</i> della legislazione emergenziale italiana	328
III. Le occasioni perse nella legislazione di emergenza italiana: il regime di un'amministrazione vigilata dell'impresa da parte di un professionista indipendente e le sorti del codice della crisi 2019	331
IV. La Direttiva UE 2019/1023: le ragioni per un intervento di modifica del codice della crisi del 2019 prima della sua entrata in vigore	333
V. La riforma del codice della crisi: la legge n. 147 del 2021 e il d. lgs. 83 del 2022	338
1. Il presupposto oggettivo e soggettivo della nuova composizione negoziale: la probabilità della crisi e la sanabilità dell'impresa, l'iniziativa	339
2. La nomina dell'esperto e la sua indipendenza	340
3. Le trattative, gli obblighi delle parti, le misure protettive e cautelari	342
4. L'esito della composizione negoziale	346
5. La novità del concordato semplificato liquidatorio	348

I. La Pandemia Covid 19 e il *de profundis* del Codice della crisi del 2019

L'Italia si apprestava all'entrata in vigore del codice della crisi, risultato dell'intenso lavoro di una Commissione ministeriale, presieduta dal Presidente *Renato Rordorf*, che ha fonte nel d. lgs. n. 14 del 2019¹ quando, nel marzo del 2020, la pandemia Covid 19 ha sconvolto il mercato con il primo *lockdown* europeo, e ha reso inevitabile un intervento del legislatore italiano, proprio per i timori dell'impatto della nuova disciplina del Codice – soprattutto in relazione agli istituti dell'allerta, e cioè dell'emersione della crisi e dell'insolvenza, che ne costituiscono uno dei capisaldi. Difatti, la disciplina dettata in relazione a detti istituti rischiava di trascinare l'intera economia italiana al *default*.

Il codice nasce, dunque, fuori dalla Storia e la *prorogatio* viene proiettata ben oltre i diciotto mesi previsti nel testo originale (art. 389 cod. crisi).²

Il testo della riforma del diritto della crisi dell'impresa si colloca anche fuori dal contesto in cui avrebbe dovuto essere necessariamente inserito, ovvero

- 1 Che già aveva avuto avvisaglie di gravi difficoltà all'orizzonte, essendo stato il progetto partorito alla fine del 2017, in tutta fretta per la fine imminente della legislatura, e poi non era stato messo all'ordine del giorno dell'ultimo Consiglio dei Ministri, rendendo sinistri i suoi destini nella diciottesima legislatura, anche per il forte cambiamento impresso dalla elezione all'indirizzo politico del Parlamento; cionondimeno era diventato legge del 2019. Per "d. lgs." s'intende il decreto legislativo con il quale il Governo attua una delega conferita dal Parlamento; per "d.l." s'intende decreto-legge con il quale il Governo interviene d'urgenza attraverso un atto avente forza di legge, destinato ad essere successivamente convertito in legge dal Parlamento.
- 2 Con il d.l. n. 23 del 2020, la prima proroga è stata fissata al 1° settembre 2021 e con il d.lgs. n. 83 del 2022, l'entrata in vigore è stata definitivamente fissata il 15 luglio 2022.

quello della disciplina europea sulla crisi e l'insolvenza, di cui avrebbe già dovuto avere la sensibilità dei temi della Raccomandazione n. 2014/135 e del Regolamento n. 2015/848, e nasce prematuro per essere coerente, in particolare, con la successiva Direttiva n. 2019/1023.³

L'incoerenza con la rapida evoluzione della congiuntura economica e con la disciplina europea è stato la maggiore remora alla sua entrata in vigore, che è avvenuta solo dopo tre anni, il 15 luglio 2022, con un intervento legislativo ulteriore e profondo, che modifica sensibilmente le scelte originarie, dovuto alla Commissione ministeriale presieduta dalla Prof. *Ilaria Pagni* (si tratta del d. lgs. n. 83 del 2022).

L'intervento governativo dell'emergenza sulla disciplina dell'insolvenza e della crisi dell'impresa, che ha impedito l'entrata in vigore del codice del 2019, ha già il sapore di una normativa che trova occasione solo apparentemente nella congiuntura, sulla scia degli interventi che si sono susseguiti con cadenza annuale nel secondo decennio del 2000, particolarmente negli ultimi cinque anni, destinati a modificare sensibilmente l'impianto della riforma della legge fallimentare, che aveva contraddistinto le riforme degli anni 2005, 2006 e 2007.

I primi "strappi" si erano manifestati, rispetto alla riforma dei primi anni duemila, già con la legge n. 132 del 2015, che apriva la stagione dello sfavore verso il concordato liquidatorio, con la previsione di limiti al suo contenuto, e verso il concordato preventivo in genere, con la necessità di un voto espresso dei creditori (difformemente dal concordato incidentale).

Il disegno si compie con la legge delega 19 ottobre 2017, n. 155, sino al codice della crisi, che tracciano per il concordato la via della continuità dell'impresa, essendo la liquidazione monopolio della procedura del fallimento, ovvero della liquidazione giudiziale che sostituisce, solo nel nome, il fallimento.

All'interno del codice, il concordato e l'accordo di ristrutturazione vivono remore rispetto al recente passato, con un controllo significativamente rinnovato, sia in sede di ammissibilità che di omologa, sulla fattibilità economica dei piani proposti dal debitore ai creditori. Un concetto, questo, che avrebbe necessitato – auspicabilmente – di un'interpretazione non restauratrice del controllo di merito, tipico della originaria legge del 1942, sulla opportunità della proposta negoziale.

Più concretamente, gli interventi sulle riforme degli anni 2005, 2006 e 2007, che avevano potenziato la soluzione contrattuale della crisi e dell'insolvenza,

3 Direttiva (UE) 2019/1023 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019, riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione e le interdizioni, e le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione, e che modifica la direttiva (UE) 2017/1132 (direttiva sulla ristrutturazione e sull'insolvenza), entrata in vigore il ventesimo giorno successivo alla pubblicazione nella G.U. dell'Unione Europea (GUL 172 del 26. 6. 2019, p. 18 et seq.).

rivelano una diffidenza verso la soluzione ispirata dall'autonomia privata, che costituiva uno dei pilastri dell'originaria riforma dei primi anni duemila.

Inoltre, il codice, attraverso gli istituti dell'allarme e delle misure conseguenti, favorisce l'emersione della crisi e dell'insolvenza con gli sbocchi necessitati: *a)* della soluzione negoziale, nelle evidenziate nuove ristrettezze della sua disciplina, oppure *b)* della liquidazione giudiziale, destino inesorabile, se la prima via non avesse la buona sorte di essere percorsa e conclusa.

Il destino "revisionista" colpisce proprio la riforma del 2019, che ha introdotto il codice della crisi.

I decreti-legge succedutisi dal mese di marzo 2020, in coincidenza con l'epidemia virale, oltre ad introdurre alcune modifiche di grande rilievo nell'ambito processual-civilistico comune, nella espressione del d.l. 8 aprile n. 23 del 2020, intervengono in modo non meno significativo in quello processual-concorsuale.

In primo luogo (art. 5 d.l. n. 23 del 2020) con il (significativo) rinvio di oltre un anno della entrata in vigore della riforma del 2019 (il quale vivrà, poi, una *vacatio legis* che supera i tre anni), sinistro destino della riforma generale.

In secondo luogo, aprendo la prospettiva di favore verso la soluzione contrattuale, consentendo la modifica dei piani di concordato o di accordo di ristrutturazione, sui loro contenuti in genere o, più limitatamente, sui termini in essi stabiliti per il pagamento dei creditori, oppure, quando il piano non è ancora approvato o omologato, con la concessione di un termine per una sua nuova elaborazione, alla luce del mutato quadro legislativo (art. 9).

In terzo luogo, chiudendo processualmente le domande pendenti per la dichiarazione di fallimento (art. 10).

Infine, sospendendo l'applicazione di alcune norme di garanzia per i creditori nelle società di capitali, costituite dalla tutela dell'effettività del capitale sociale e dalle misure per la sua reintegrazione in caso di perdite, dalla postergazione dei crediti per finanziamenti dei soci e da un'attenuazione degli oneri a carico degli amministratori, nella stesura del bilancio relativo all'anno 2020, in ordine alla enunciazione dei presupposti per la continuità dell'esercizio dell'impresa (artt. 6, 7 e 8).

La disciplina dell'emergenza interviene, comunque, per tempi mediamente brevi, essendo del tutto trascurato il medio-lungo termine.

II. *La autentica ratio della legislazione emergenziale italiana*

Il decreto-legge, che costituisce ormai l'unica fonte privilegiata dello Stato, coglie nell'emergenza sanitaria e nella conseguente ricaduta economica, dovuta alla paralisi di tutte le attività imprenditoriali per un tempo determinato, la *ratio* dell'intervento.

Ad una lettura meno superficiale, non è solo questa la ragione che ispira l'esecutivo sul piano oggettivo e sistematico, in rapporto soprattutto alla riforma del 2019.⁴

La crisi economica, esito certo delle misure governative di paralisi delle attività industriali e commerciali, che comporta, da un lato, la soppressione della domanda (concentrata solo sui generi alimentari) e, dall'altro, quella dell'offerta, si proporrà, in tutta la sua dimensione devastante, probabilmente quando il regime emergenziale non sarà più applicabile e, quasi per ironia, quando entrerà in vigore il codice della crisi del 2019.⁵ L'intervento sul breve termine e non sul medio lungo, ha questo sapore.

La gravissima crisi avrebbe dovuto indurre, sul piano razionale, a distinguere tra le imprese che effettivamente dall'epidemia hanno subito una soluzione di continuità nell'attività (fattore esclusivo della crisi, se non addirittura dell'insolvenza), dalle imprese che la crisi avevano già subito per fattori anteriori, o comunque estranei all'epidemia, le quali, pertanto, avrebbero dovuto essere condotte, coerentemente, alle procedure concorsuali e, in particolare, alla loro liquidazione, secondo la diversa esperienza del diritto comparato.⁶

Invece, si è adottato un indiscriminato esonero dalla disciplina sulla liquidazione fallimentare, in una logica conservativa, applicabile, contro ogni regola economica, all'impresa insolvente. La stessa logica conservativa che ha condotto il legislatore ad escludere dalla normativa del codice della crisi, ed in particolare dagli istituti dell'allerta e della composizione della crisi, la grande impresa e la impresa di rilevanti dimensioni.

Si manifesta, così, una *ratio* irrazionalmente conservativa e fine a se stessa; quanto di più lontano dai principi del codice della crisi, che fondava le sue basi su di una seria valutazione intorno alla opportunità della continuità dell'impresa, nell'interesse dei creditori, attraverso la diversa consapevolezza indotta all'imprenditore costretto a nuovi modelli organizzativi; gli strumenti

4 Forse è il caso di ricordare che il r.d. n. 267 del 1942, come i principali codice civile e di rito, sono entrati in vigore in piena guerra, in una situazione di crisi dei rapporti economici dovuti all'evento bellico, come evidenzia correttamente *Galletti*, Il diritto della crisi sospeso e la legislazione concorsuale in tempo di guerra, in www.ilcaso.it; cf. *Rordorf*, Il codice della crisi e dell'insolvenza in tempi di pandemia, in www.giustiziainsiene.it.

5 Ancora, *Galletti* (n. 4): "proiettate verso il mero disegno di 'differire' nel tempo le conseguenze della crisi in atto, senza curarsi minimamente degli effetti non già soltanto a lungo, ma neanche di quelli a medio termine".

6 "Una tendenza generale delle riforme che sono state introdotte in molti Paesi, in particolare nell'Unione Europea, è di riservare gli interventi alle imprese che prima della crisi da Covid-19 si trovavano in buona salute, abbandonando le altre al loro destino", così *Corno/Panzani*, La disciplina dell'insolvenza durante la pandemia da Covid-19. Spunti di diritto comparato, con qualche riflessione sulla possibile evoluzione della normativa italiana, in www.ilcaso.it.

di allarme e composizione della crisi; il processo unitario di accertamento della fattispecie che privilegia la domanda per una soluzione negoziale che assicuri la continuità, in cui l'elemento del beneficio per i creditori appare il corretto criterio di discriminé.

Se quella governativa fosse una scelta consapevole (le continue oscillazioni, nel corso dei decreti-legge che si sono susseguiti, fanno pensare ad un progetto incerto che varia a seconda dei risultati delle sue concrete sperimentazioni), si è trattato di una scelta che ha l'epidemia, ed i suoi effetti economici, sullo sfondo, e che ha lasciato sinistri presagi sul rinvio del codice della crisi.

Sua ispiratrice è, al contrario, il criterio "assistenziale", privo di basi razionali ed obiettive, fattore di freno dello sviluppo e di propagazione dell'insolvenza sul mercato.

Le misure sono state, forse, risolutive del superamento dell'epidemia virale sul piano sanitario, ma, certamente, controproducenti per contenere quel *virus* economico, che è l'insolvenza, e la sua forte capacità di diffusione sul mercato, trascinando tutto il sistema economico, in pregiudizio, non solo degli imprenditori colpiti dalla soluzione dell'esercizio continuativo dovuto alle misure di ordine pubblico, ma sani e privi di sintomi originari di crisi o di insolvenza, bensì anche e soprattutto dei creditori.

I creditori sono stati colpiti mortalmente da una continuità non fondata su reali possibilità di ripresa, per essere l'insolvenza in taluni casi dovuta a fattori estranei all'epidemia.

I creditori non hanno potuto, certamente, interloquire a fronte di un mutamento dei contenuti del piano concordatario o dell'accordo, ma non hanno potuto neppure interloquire sul mutamento concernenti solo i termini di pagamento (dettato dalla legge e dalla volontà dell'imprenditore proponente); non hanno potuto interloquire, a fronte dell'improcedibilità, per alcuni mesi, della domanda fallimentare, ancorché questa fosse unita ad un'istanza cautelare e hanno subito, per lungo tempo, l'esonero dell'imprenditore sociale dalle regole basilari a tutela del credito, come la conservazione del capitale sociale, la postergazione dei finanziamenti dei soci, la trasparenza del bilancio sulle ragioni degli amministratori per una continuità di esercizio (a cui i bilanci del 2020 risponderanno con un mero rinvio alle risultanze del 2019).⁷

Lo strumento giusto dell'emergenza avrebbe dovuto essere, invece, quello del finanziamento straordinario a carico dello Stato e a fondo perduto, con

7 Si è correttamente osservato (Galletti [n. 4]), che la continuità, da valore con il quale l'imprenditore deve quotidianamente confrontarsi ai sensi dell'art. 2082, 2° comma, c.c., diventa un dato meramente contabile in occasione dei bilanci annuali, con un riferimento fittizio, almeno per l'anno 2020.

sgravi fiscali,⁸ soggetto tuttavia alla condizione di una valutazione positiva sul reale rilievo dell'epidemia nella crisi della singola impresa.⁹

III. Le occasioni perse nella legislazione di emergenza italiana: il regime di un'amministrazione vigilata dell'impresa da parte di un professionista indipendente e le sorti del codice della crisi 2019

Sarebbe stato molto più opportuno, anziché usare misure radicali indiscriminate, rivitalizzare l'istituto dell'amministrazione controllata,¹⁰ nelle forme, eventualmente, di una domanda di concordato con riserva di presentazione del piano ai creditori, essendo la corretta predisposizione di una proposta uno degli aspetti più problematici della soluzione negoziale alla crisi.

Avrebbero potuto le imprese, sotto la vigilanza di un professionista, indipendente e imparziale, essere sottoposte ad una sorta di amministrazione controllata, nel lasso di tempo necessario, beneficiare di un ombrello protettivo contro le azioni esecutive individuali dei creditori e farsi coadiuvare nella trattativa, necessaria per l'elaborazione del piano da proporre, verso un'auspicata soluzione contrattuale.

Si sarebbe trattato di una soluzione corretta che, attraverso un controllo di un professionista esperto, avrebbe discriminato tra imprese meritevoli, sottoposte agli effetti della congiuntura, ed imprese insolventi da tempo, soggette ad una crisi strutturale irreversibile, rispetto alle quali la continuità è, non solo miraggio, ma un pregiudizio gravissimo per i creditori.

Questo non avrebbe troppo appesantito gli organi dello Stato, in mancanza di un intervento del tribunale fallimentare, essendo prevalente il ruolo del professionista indipendente. Infatti, soltanto su sua segnalazione, in caso di

8 Così anche Rordorf (n. 4): "Ma i veri rimedi per favorire il superamento delle attuali difficoltà del nostro mondo produttivo, fatto soprattutto di piccole e medie imprese che la pandemia potrebbe distruggere, bisogna cercarli altrove: sul terreno dell'intervento finanziario dello Stato, dell'agevolazione del credito bancario, degli sgravi fiscali, e simili".

9 Spiotta, La (presunzione di) continuità aziendale al tempo del COVID-19, in www.ilcaso.it (contributo pubblicato anche in *Irrera* [ed.], *Il diritto dell'emergenza: profili societari, concorsuali, bancari e contrattuali*, 2020, 46 ss.): "Celare i sintomi di uno stato di crisi (che invece dovrebbero essere costantemente monitorati) potrebbe incoraggiare gli amministratori a tenere una condotta non molto diversa da quella che si è sempre rimproverata loro, ossia di nascondere, tramite artifici contabili, la perdita del capitale sociale. Così come non basta scrivere 'andrà tutto bene' per cambiare la realtà, redigere il bilancio nella prospettiva (*rectius, auspicio*) di continuare l'attività, ma senza alcuna iniziativa per recuperarla, potrebbe essere controproducente".

10 *Irrera*, Le procedure concorsuali al tempo del coronavirus: alcune proposte, in www.dirittobancario.it. (contributo pubblicato anche in *Irrera* [ed.], *Il diritto dell'emergenza: profili societari, concorsuali, bancari e contrattuali*, 2020, 5 ss.).

atti dell'imprenditore in frode ai creditori e di sottrazione della gestione dal controllo, si sarebbero attivati i rimedi giurisdizionali dell'insolvenza.

Onde evitare di gravare i tribunali sottoposti, certamente, ad una pressione non indifferente, quando le misure dilatorie *ex lege* fossero cessate, la soluzione, come si è suggerito,¹¹ avrebbe potuto essere negoziale, attraverso un accordo di dilazione tra imprenditore e creditori con criterio maggioritario, la nomina di un professionista indipendente che svolgesse funzioni di controllo e fosse garante del periodo di dilazione e promotore della trattativa con i creditori, con effetto sospensivo di azioni cautelari ed esecutive.

È stato, poi, questa volta correttamente, rinviata l'entrata in vigore del codice della crisi del 2019. È stata una scelta opportuna.¹²

Certamente l'emersione della crisi, come regolata negli istituti dell'allerta, contenuti nel codice della crisi del 2019, male si adattavano ad una crisi generalizzata di liquidità che ha colpito la maggior parte delle imprese durante l'epidemia.¹³

La disciplina, inoltre, necessitava di un ripensamento, alla luce della Direttiva 2019/1023, essendo la riforma del 2019 nata prematuramente, nella fretta dei termini di scadenza della delega, senza tener conto delle indicazioni europee per una prevenzione della crisi, che assicurasse la continuità di esercizio dell'impresa e non la conducesse all'inesorabile destino dell'insolvenza.

Erano proprio tali istituti a dovere subire necessariamente un freno, magari un'abrogazione, e, necessariamente, un'entrata in vigore graduale, attraverso un penetrante intervento sul testo in linea con le norme dettate dalla Direttiva,

11 *Corno/Panzani* (n. 6), i quali ipotizzano: "una procedura di moratoria semplificata, dove la sospensione delle azioni esecutive e cautelari per un periodo prefissato segua in via automatica alla iscrizione nel Registro delle imprese di una dichiarazione del debitore, in una con la documentazione che fotografa la situazione dell'impresa, e con indicazione di un professionista con funzione di sorveglianza, sempre tra i soggetti che hanno i necessari requisiti di professionalità, onorabilità ed indipendenza, salva la facoltà del tribunale di designare altro soggetto su istanza dei creditori o del P.M." oppure *Limitone*, L'accompagnamento fuori della crisi con l'aiuto dell'OCC-Covid-19, in www.ilcaso.it, 2020, 1, che ipotizza l'organismo di composizione della crisi in sede di contrasto al Covid-19, quale strumento di controllo dell'imprenditore durante la crisi da pandemia; cf. *Benassi*, Brevi spunti per un'agile procedura di "sostegno" alle imprese in crisi da Coronavirus, in www.ilcaso.it.

12 Di interesse sotto questo profilo in particolare *Santangeli-Fabbi*, Il (giusto) differimento, in ragione dell'emergenza, della entrata in vigore del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza; ma è indispensabile che alcune norme entrino in vigore immediatamente, in www.ilcaso.it

13 Così anche *Rordorf* (n. 4); *Irrera*, Le misure di allerta ai tempi del coronavirus, in *Irrera* [ed.], Il diritto dell'emergenza: profili societari, concorsuali, bancari e contrattuali, 2020.

sugli interventi che precedono la crisi e l'insolvenza, nei quali l'allerta si inseriva, invece, in via esclusiva.

IV. La Direttiva UE 2019/1023: le ragioni per un intervento di modifica del codice della crisi del 2019 prima della sua entrata in vigore

La condizione particolare dell'impresa nella fase prodromica alla crisi, quando questa ancora non si è svelata, ma vi sono, sulla base degli indici indicati dalla scienza economica, i presupposti per un suo probabile insorgere, aveva avuto nella originaria legge fallimentare del 1942, che ha disciplinato l'imprenditore commerciale, uno scarso rilievo, esclusivamente offerto da una procedura concorsuale *ad hoc*, costituita dall'amministrazione controllata, abrogata dalle riforme degli anni 2006 e 2007.¹⁴

L'imprenditore, sulla base di una iniziativa esclusivamente individuale, cui non era affatto costretto, poteva, nell'insorgere di una contemporanea difficoltà ad adempiere, sottoporre ad un controllo, per un arco limitato di tempo, la gestione della propria impresa, allo scopo di giungere ad un risanamento della crisi ed evitare il suo confluire nella insolvenza. Si trattava di un'iniziativa che poteva condurre ad attenuare il carattere sanzionatorio del fallimento, anche nella prospettiva di soluzioni premiali all'eventuale insolvenza inesorabilmente sopraggiunta, come era, all'epoca, concepito il concordato preventivo.

Tuttavia, vi è da dire, che l'imprenditore poteva attingere alla procedura solo quando la crisi si fosse rivelata, ancorché non qualificabile in termini di vera e propria insolvenza (il legislatore fissava il presupposto nella "*temporanea difficoltà ad adempiere alle obbligazioni*"), mentre si trattava di introdurre strumenti che prevenissero una crisi reversibile, e non che l'avessero a presupposto. Inoltre l'amministrazione controllata affidava all'organo giurisdizionale la funzione di vigilare la gestione; organo non munito di quelle nozioni della scienza economica necessarie per avviare l'imprenditore ad un percorso che evitasse la crisi e tanto più l'insolvenza. Era del tutto estraneo alla procedura il tema della trattativa per l'elaborazione di un piano che prevenisse l'insolvenza e fosse accettato dai creditori.

Anche dopo le riforme del 2006 e 2007 la situazione non era mutata, poiché solo in caso di crisi l'imprenditore poteva attingere, dopo l'abrogazione dell'amministrazione controllata, al piano di risanamento (art. 67, comma 3°, l.fall.¹⁵), all'accordo di ristrutturazione (art. 182-*bis* l.fall.) o al concordato con riserva del piano (art. 161, comma 6°, l.fall., introdotto, quest'ultimo, ad opera

14 L'abrogazione è dovuta all'art. 147 del d.lgs. n. 5 del 2006, a decorrere dal 16 luglio 2006.

15 Nel testo l.fall. sta per regio decreto n. 267 del 1942, che ha regolato il diritto della crisi dell'impresa italiano sino al 15 luglio 2022.

della l. n. 134 del 2012), unici strumenti offerti per evitare che insorgesse l'insolvenza e si aprissero le porte di un vero e proprio fallimento. Anche tali strumenti erano lasciati alla libera iniziativa dell'imprenditore e soggetti ad un controllo solo giurisdizionale (gli ultimi due attraverso l'omologa o la concessione delle misure di protezione).

La legge delega n. 155 del 2017 (che sarebbe stata, poi, eseguita attraverso la legge istitutiva del codice della crisi del 2019) sulla base degli stimoli provenienti dalla U.E. (Raccomandazione UE 2014/135) all'art. 4 ha previsto l'introduzione di

“procedure di allerta e composizione assistita della crisi, di natura non giudiziale e concorsuale, finalizzate a incentivare l'emersione anticipata della crisi e ad agevolare lo svolgimento di trattative tra debitore e creditori”.

Non potremmo intendere correttamente la nuova normativa in esecuzione della delega, senza cogliere l'obbligatorietà per l'imprenditore di avviare gli istituti di allarme e di composizione.

In questo contesto hanno immediato rilievo l'art. 3 cod. crisi, nel testo originario, il quale avrebbe imposto all'imprenditore individuale, come all'imprenditore collettivo, di adottare un assetto organizzativo, o comunque misure utili, a rilevare con immediatezza lo stato di crisi, al fine di assumere (obbligatoriamente) misure idonee a prevenirla o almeno a prevenire il suo confluire nell'insolvenza. Sotto questo profilo è eloquente il secondo comma dell'art. 2086 c.c., introdotto proprio dal codice e già entrato in vigore nell'ordinamento italiano:

“L'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale”.

Si sarebbe imposto, in tal modo, all'imprenditore di attivare gli strumenti di prevenzione, autonomamente rispetto all'allerta promossa da altri soggetti, eventualmente all'immediato avviarsi dei procedimenti di composizione della crisi, regolati dagli artt. 12, e ss., cod. crisi, nel tenore originario.

Parallelamente, sempre come soluzione interna all'impresa societaria, l'obbligo per gli organi di controllo, sia nel verificare la sussistenza di un'organizzazione e di un'amministrazione idonea a rilevare gli indici della crisi, sia nel cogliere direttamente gli indici, di segnalare tali circostanze allo stesso organo amministrativo e, a fronte di ulteriore inerzia di questo ultimo, all'organismo di composizione della crisi (art. 14 cod. crisi, versione originaria).

In alternativa la segnalazione della crisi sarebbe spettata a creditori pubblici qualificati, l'Agenzia delle entrate, l'Istituto nazionale della previdenza

sociale, e l'agente di riscossione, anch'essi assoggettati ad un preciso obbligo (art. 15 cod. crisi, versione originaria).

La soluzione adottata alla fine della procedura di allerta non sarebbe stata una soluzione giurisdizionale (un giudice che dirime controversie sui diritti ha certamente una solida preparazione giuridica, ma non certo economica), bensì l'avviarsi di un controllo affidato ad un collegio di esperti selezionati, che avrebbero operato riservatamente, al fine di evitare quel clamore che presto avrebbe potuto condurre l'impresa alla vera e propria insolvenza.

L'organismo avrebbe guidato l'imprenditore alla elaborazione di un accordo con i creditori, in un tempo breve di tre mesi, prorogabili di ulteriori tre (art. 19, comma 1°, cod. crisi, versione originaria), sollecitando o predisponendo una relazione economica finanziaria e gli ulteriori elementi per elaborare i contenuti dell'accordo; sarebbe stata, quindi, una soluzione in termini di accordo di ristrutturazione o di concordato.

Decorsi vanamente i termini, l'organismo avrebbe invitato l'imprenditore ad aprire il procedimento di regolazione della crisi oppure, in difetto di effettiva collaborazione dell'imprenditore all'*iter* compositivo, avrebbe segnalato con una relazione al p.m. il mancato esito dell'intervento sollecitato dall'imprenditore, per le eventuali successive iniziative di questi, ai fini dell'apertura della liquidazione giudiziale (artt. 21 e 22, cod. crisi, versione originaria).

Le procedure di allerta e di composizione negoziale della crisi, in caso di esito negativo, avrebbero condotto inesorabilmente l'imprenditore agli esiti liquidatori delle procedure di insolvenza, con una soluzione non proprio in linea con gli intenti e gli scopi già della Raccomandazione n. 2014/135 e, in particolare, della Direttiva n. 2019/1023.

Nelle more del procedimento, l'imprenditore avrebbe potuto rivolgersi all'autorità giudiziaria ordinaria per ottenere il sollievo di misure protettive contro le iniziative individuali cautelari ed esecutive dei creditori (art. 20 cod. crisi, versione originaria).

Sarebbero stati assoggettati alla stessa disciplina anche gli imprenditori agricoli e di minori dimensioni, non soggetti alla procedura liquidatoria di insolvenza, i quali avrebbero trovato il supporto degli organismi di composizione della crisi da sovraindebitamento, a loro deputati (OCC, artt. 12, comma 7, cod. e 2 lett. t) cod. crisi, versione originaria).

Era evidente – nella previsione originaria del codice del 2019 – la finalità ultima degli istituti di allarme e di composizione della crisi: quello di tutelare la continuità aziendale in primo luogo, solo quando fondata sulla base di presupposti di effettivo risanamento che passano attraverso la valutazione dei creditori (l'accordo, art. 19 cod. crisi, versione originaria) e di un esperto qualificato indipendente, il quale in mancanza di collaborazione dell'imprenditore oppure qualora non avesse ritenuto vi fosse spazio per una soluzione, avrebbe avviato l'interessato inesorabilmente alla liquidazione

giudiziale o se ve ne fossero stati i presupposti (assai remoti) ad altra soluzione per accordo o concordato (art. 21 cod. crisi, versione originaria).

Due sono, pertanto, i profili critici della soluzione originaria del codice della crisi del 2019: da un lato, aver calato l'allarme nell'ambito della crisi ormai verificata, se non addirittura dell'insolvenza e, dall'altro, avere inesorabilmente dettato un destino verso la liquidazione, mediante procedura di insolvenza, dell'esito del procedimento di composizione non confluito in un accordo con i creditori.

Tale esito, inoltre, non sarebbe scaturito solo dall'iniziativa dell'imprenditore, che avrebbe potuto subito accedere all'organismo, ma l'allarme avrebbe potuto giungere dagli organi di controllo della società (allarme interno) e da alcuni creditori pubblici qualificati (allarme esterno).

Infatti, se nei termini fissati dall'organismo l'accordo non fosse stato raggiunto, l'imprenditore sarebbe stato invitato dallo stesso organismo a presentare la domanda di accesso alle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza (art. 21, comma 1°, cod. crisi, versione originaria).

Qualora detta domanda non fosse stata presentata nel termine oppure l'imprenditore non avesse collaborato durante la procedura, non presentandosi all'audizione fissata o non rispettando i termini per l'adozione delle misure concordate, l'organismo ne avrebbe informato il referente, il quale lo avrebbe segnalato al p.m., al fine di avviare l'azione per l'apertura della liquidazione giudiziale, ovviamente lasciata alla discrezionalità dell'organo (art. 22, cod. crisi, versione originaria).

Il codice del 2019 nasceva, quindi, inadeguato rispetto alla disciplina europea.

La Direttiva 2019/1023 poneva una serie di principi rispetto ai quali si sarebbe reso necessario un ulteriore intervento del legislatore.¹⁶

In particolare, la Direttiva imponeva, anzitutto, ai governi nazionali un forte incoraggiamento verso l'armonizzazione delle discipline nazionali e, particolarmente, nella direzione di una effettiva prevenzione della crisi e dell'insolvenza, mentre l'istituto dell'allerta, al contrario, costruito sul suo meccanico e automatico confluire nelle procedure liquidatorie di insolvenza, sembra calato, piuttosto, proprio nella crisi o – peggio ancora – nell'insolvenza.

La Direttiva evidenziava la preferenza per la risoluzione stragiudiziale della crisi di impresa o, addirittura, nella fase che la precedeva, tendenza che non si apprezzava al contrario nella disciplina della riforma italiana del 2019, ove emerge – come evidenziato nel par. 2 – la remora profonda verso il concordato

16 A tale fine, a poco meno di due mesi dalla pubblicazione in Gazzetta ufficiale del codice della crisi, già il Parlamento italiano era stato costretto ad adottare una nuova legge delega: L. 8 marzo 2019, n. 20 "Delega al Governo per l'adozione di disposizioni integrative e correttive dei decreti legislativi adottati in attuazione della delega per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza, di cui alla legge 19 ottobre 2017, n. 155".

liquidatorio e il più intenso controllo da parte dell'organo giurisdizionale sui contenuti degli accordi di ristrutturazione e dei piani concordatari, destinati alla continuità, con il monopolio della liquidazione giudiziale in caso di cessazione dell'attività di impresa da parte del debitore.

Proprio nella direzione di un favore verso vie alternative a quella giurisdizionale, deve sottolinearsi, inoltre, la valorizzazione della sospensione automatica delle azioni cautelari ed esecutive individuali, con una contraddizione evidente del codice della crisi rispetto a tale indirizzo, fortemente riduttivo delle misure di protezione. Il fenomeno è ben evidente, sia laddove le misure sono sottoposte ad apposita istanza di parte, con procedimento *ad hoc* innanzi al tribunale, sia per i termini estremamente ridotti della protezione. Ugualmente, negli istituti di allerta e composizione della crisi, in considerazione del fatto che all'art. 20 cod. crisi, nel suo tenore originario, le misure protettive sono sottoposte, su istanza di parte, al vaglio del tribunale, sezione specializzata in materia di imprese (oltretutto con una soluzione di continuità rispetto alla competenza comune del tribunale ordinario circondariale).

Il termine massimo applicato alle misure protettive di dodici mesi "*inclusi eventuali rinnovi o proroghe*" (art. 8 cod. crisi, versione originaria) contraddice il favore verso una maggiore estensione della protezione in considerazione della complessità e vastità della trattativa che prelude la soluzione negoziale (è in proposito significativo constatare come, ancora all'art. 20, comma 3°, cod. crisi, versione originaria, era stabilita una durata della misura protettiva di tre mesi, oppure l'art. 40 cod. crisi, medesima versione, consente la fissazione di un termine tra trenta e sessanta giorni prorogabili eccezionalmente in ulteriori sessanta giorni).

La disciplina è di per sé inspiegabile e irrealistica solo che si avessero presente, in concreto, i tempi per una ricostruzione dei dati contabili dell'imprenditore in crisi, per la elaborazione rispetto ad essi di una proposta di accordo o di un piano concordatario e per l'avvio delle trattative con i creditori. La disciplina delle misure di protezione appare all'evidenza uno sfavore verso la soluzione concordata e negoziale della crisi che contravviene altro principio direttivo dell'atto comunitario.

La Direttiva, poi, sembra preferire, rispetto alla burocratizzazione di un organismo collegiale presso le Camere di Commercio, il più snello rapporto con un unico professionista – esperto e indipendente – che guidi l'imprenditore e i suoi consulenti, aprendo una trattativa per una composizione negoziale delle pendenze debitorie, verso una soluzione per accordo, le cui tipologie sono lasciate all'autonomia privata.

Detta Direttiva favorisce, infine, una estensione dell'esdebitazione, oltre il caso dell'imprenditore-persona fisica, noto nella legislazione italiana previgente, e un regime di attenuazione delle forme di incapacità che, nel regime previgente, colpivano l'imprenditore.

*V. La riforma del codice della crisi: la legge n. 147 del 2021
e il d. lgs. 83 del 2022*

Ancora con un decreto legge (d.l. n. 118 del 2021, convertito nella l. n. 147 del 2021 recante:

“Misure urgenti in materia di crisi d’impresa e di risanamento aziendale, nonché ulteriori misure urgenti in materia di giustizia”

il Governo italiano ha differito l’entrata in vigore del codice della crisi del 2019, fissando il termine al 16 maggio 2022 (poi con il d. lgs. n. 83 del 2022, ancora al 15 luglio 2022). Ma l’aspetto più eloquente dell’intervento governativo è la proroga dedicata al Titolo II della parte I del codice della crisi, riguardante gli istituti dell’allerta e della composizione della crisi, rinviati al 31 dicembre 2023. Un segno evidente dell’intento abrogativo della disciplina, che puntualmente avverrà con il successivo d. lgs. n. 83 del 2022.¹⁷

La l. n. 147 del 2021, all’art. 2, introduce, inoltre, una nuova disciplina sulla *composizione negoziata* per la soluzione della crisi d’impresa:

“L’imprenditore commerciale e agricolo che si trova in condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne rendono probabile la crisi o l’insolvenza, può chiedere al segretario generale della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura nel cui ambito territoriale si trova la sede legale dell’impresa la nomina di un esperto indipendente quando risulta ragionevolmente perseguibile il risanamento dell’impresa”,

che viene confermata dal successivo decreto legislativo n. 83, di cui si richiameranno le norme del codice della crisi modificate (art. 12 e ss. cod. crisi), salvo lievi modifiche che saranno segnalate.

Si tratta delle norme che costituiscono la base di alcune delle maggiori modifiche del codice della crisi, operate poi dal d. lgs. n. 83 del 2022, in linea

17 Il d. lgs. n. 83 del 2022, che sancisce la definitiva entrata in vigore del codice della crisi riformato, è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 1° luglio 2022, n. 152; attraverso di esso il Governo attua la legge delega n. 53 del 2021 per il recepimento delle direttive europee in materia di crisi di impresa e insolvenza. Su questa legge, vista la sua pubblicazione pochi giorni dalla redazione di questo saggio, non ci sono commenti che possono essere indicati. Qualche commento, appena edito, sulla legge 147 del 2021, *Ambrosini*, La legge n. 147/2021 di conversione del d.l. n. 118: Primi, brevi, appunti in ordine sparso, in *Dir. fall.*, 2021, 1141 ss.; *Id.*, La “miniriforma” del 2021: rinvio (parziale) del CCI, composizione negoziata e concordato semplificato, in *Dir. fall.*, 2021, 901 ss.; *Minervini*, La nuova “composizione negoziata” alla luce della direttiva “Insolvency”. Linee evolutive (extracodicistiche) dell’ordinamento concorsuale italiano, in *Dir. Fall.* 2022, 251 ss. Prima della recentissima evoluzione dell’ordinamento italiano un saggio sul tema della coerenza con la direttiva sull’insolvenza, *Mingolla*, L’illusorio allineamento allo “spazio concorsuale europeo” del nuovo diritto della crisi dell’impresa, in *Dir. Fall.*, 2021, 286 ss.

con la direttiva 2019/1023 e che fissano la definitiva entrata in vigore del codice della crisi del 2019 (profondamente modificato), il 15 luglio 2022, appena due giorni anteriore al termine concesso dall'U.E. per l'adeguamento delle legislazioni nazionali (17 luglio 2022).

1. *Il presupposto oggettivo e soggettivo della nuova composizione negoziale: la probabilità della crisi e la sanabilità dell'impresa, l'iniziativa*

Si introduce in modo chiaro un concetto di "probabilità" della crisi e dell'insolvenza, accanto ai concetti di "crisi" e di "insolvenza", che avevano contraddistinto sinora la disciplina dell'ordinamento italiano.

Il concetto non era contemplato nell'ordinamento italiano.

Il concetto più generale di crisi si ricavava dall'art. 160, 1° comma, l. fall.; ma particolarmente dal 3° c. della disposizione: "*ai fini di cui al primo comma, per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza*" (modifica dovuta alla l. n. 51/06). Il riferimento normativo, pure nella sua genericità, faceva capire che il concetto di crisi era un *genus*, a cui apparteneva come *species* quello dell'insolvenza. I due concetti, seppure parzialmente, si sovrapponevano.

La crisi era il presupposto del concordato preventivo e degli accordi concorsuali; mentre il presupposto del fallimento era l'insolvenza.

Il concetto di crisi del Codice della crisi del 2019 è disciplinato invece dall'art. 2 lett. a):

"Lo stato di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l'insolvenza del debitore, e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate".

Il concetto dell'art. 2 è aziendalistico: "inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici".

Il legislatore all'art. 160 l. fall. non era stato così chiaro nel delineare sul piano positivo il concetto giuridico di crisi, per cui si rendeva necessaria un'interpretazione sistematica, che tenesse conto anche del passato ante riforma.

Originariamente la legge del 1942 contemplava un'autonoma procedura (amministrazione controllata), fondata sulla "*temporanea difficoltà ad adempiere*" (art. 187, l. fall.).

La riforma del 2006 e 2007 aveva assorbito nel concordato tale procedura: evidentemente il concordato muoveva anche dalla temporanea difficoltà ad adempiere, che delineava il concetto di crisi, oltre l'insolvenza. Quindi l'insolvenza coincideva, e coincide, per lo più con il concetto di *crisi irreversibile* e conduceva, tendenzialmente, alla liquidazione ed estinzione dell'impresa; il concetto di crisi, racchiudeva in sé anche la nozione di temporanea difficoltà ad adempiere, da intendersi come *crisi reversibile* la quale non conduceva normalmente alla liquidazione ed estinzione dell'impresa. Esempi di crisi reversibile sono: lo sbilancio patrimoniale, che

non è mai di per sé sintomo di insolvenza; il rischio di insolvenza, l'imprenditore che nell'adempimento delle proprie obbligazioni si trova in palese affanno nel reperimento della liquidità, ma non è ancora inadempiente.

A questi concetti aggiunge oggi quello di probabilità della crisi, introdotto dal d. lgs. n. 83 del 2022, all'art. 12, 1° comma, cod. crisi: "*condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza*".

La probabilità di insolvenza coincide con il concetto di crisi e la probabilità della crisi è da far coincidere con la presenza di sintomi che possono, presto o tardi, condurre ad una crisi vera e propria, come insolvenza reversibile. Esemplicando: la perdita improvvisa di una commessa strategica; la messa a perdita di un credito per insolvenza del debitore; l'improvvisa crisi congiunturale del settore merceologico a cui è riconducibile l'attività di impresa; un'improvvisa variazione dei tassi bancari o dei rendimenti di un investimento.

A tale presupposto, ai fini della composizione negoziale, deve accompagnarsi un'effettiva sanabilità che assicuri la continuità dell'esercizio dell'impresa e non conduca perciò a soluzioni drasticamente e totalmente liquidatorie; deve trattarsi con certezza di una crisi reversibile (ancora art. 12, 1° comma, cod. crisi: "*risulta ragionevolmente perseguibile il risanamento dell'impresa*").

L'iniziativa può essere promossa da un imprenditore – non dunque da un debitore civile non imprenditore o un consumatore –, anche un imprenditore agricolo o di minori dimensioni (come tale non soggetto alla procedura *ex lege* di insolvenza, art. 25 *quater* cod. crisi).

Pure l'organo di controllo nella società di capitali può segnalare il rischio di crisi all'imprenditore sociale affinché avvii la composizione negoziata,¹⁸ come anche un ente esterno, quale un creditore fiscale o previdenziale qualificato.¹⁹ Tutti non possono che operare per uno stimolo all'imprenditore, il quale resta – con tutte le sue responsabilità al riguardo – l'unico che può intraprendere la via.

2. La nomina dell'esperto e la sua indipendenza

Sul presupposto del rischio di crisi e sulla prospettiva della continuità dell'impresa e per esclusiva iniziativa dell'imprenditore, il segretario generale

18 Art. 15, legge n. 147: "L'organo di controllo societario segnala, per iscritto, all'organo amministrativo la sussistenza dei presupposti per la presentazione dell'istanza di cui all'articolo 2, comma 1. La segnalazione è motivata, è trasmessa con mezzi che assicurano la prova dell'avvenuta ricezione e contiene la fissazione di un congruo termine, non superiore a trenta giorni, entro il quale l'organo amministrativo deve riferire in ordine alle iniziative intraprese. In pendenza delle trattative, rimane fermo il dovere di vigilanza di cui all'articolo 2403 del codice civile", oggi art. 25 *octies* cod. crisi."

19 Art. 25 *novies* cod. crisi.

della Camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura nel cui ambito territoriale si trova la sede legale dell'impresa, può nominare l'esperto.

Con l'istanza di nomina dell'esperto, o con dichiarazione successivamente presentata con le modalità di cui all'articolo 5, comma 1 della legge n. 147 (ora art. 20 cod. crisi), l'imprenditore può dichiarare che, sino alla conclusione delle trattative o all'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata, non si applicano nei suoi confronti gli istituti a protezione del capitale sociale, in particolare, la causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale. A tal fine, l'istanza o la dichiarazione sono pubblicate nel registro delle imprese e gli effetti decorrono dalla pubblicazione.²⁰ L'art. 17 del cod. della crisi precisa una lunga serie di documenti che con l'istanza elettronica per la nomina devono essere caricati sulla piattaforma (i bilanci, una situazione dell'attivo e del passivo, il piano di risanamento – che evidentemente nei suoi tratti essenziali deve essere delineato – il certificato dei debiti fiscali, previdenziali ed assicurativi, un estratto delle informazioni presenti alla centrale rischi).

Normalmente la competenza dell'organo è radicata nel luogo del centro degli interessi dell'imprenditore (art. 9 l. fall. e art. 2, lett. m) cod. crisi), ovvero il luogo ove vengono assunte le decisioni fondamentali dell'impresa, normalmente il luogo dell'amministrazione, non il luogo della produzione o dello scambio di merci o servizi.

Per semplificazione viene dato rilievo invece alla sede che risulta dal registro delle imprese, quindi anche la sede puramente formale, che non coincide con la sede principale.

La ragionevolmente perseguibilità di un risanamento dell'impresa è presupposto che non può certo essere valutato dal segretario, né dalla commissione per la nomina; sarà poi l'esperto a valutarlo esprimendo la volontà o meno di proseguire.

Deve trattarsi di un professionista esperto iscritto all'albo degli avvocati o iscritto all'albo dei commercialisti, in entrambi i casi con concreta esperienza, oppure iscritto all'albo dei consulenti del lavoro (in questa ipotesi con almeno cinque casi svolti negli ultimi tre anni), oppure, infine, 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 dichiarativa di fallimento o sentenza di accertamento dello stato di insolvenza (art. 13 cod. crisi).

L'iscrizione all'elenco, a cui attinge la commissione che procede alla nomina, è, altresì, subordinato per tutti i professionisti interessati al possesso della specifica formazione prevista con decreto dirigenziale del Ministero della giustizia (art. 13 cod. crisi).

20 Art. 8, legge n. 147.

L'esperto è terzo rispetto a tutte le parti e opera in modo professionale, riservato, imparziale e indipendente. Il professionista nominato 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 dell'imprenditore, né essere stati membri degli organi di amministrazione o controllo dell'impresa, né aver posseduto partecipazioni in essa (art. 4, legge n. 147, oggi art. 16 cod. crisi), potendo altrimenti essere ricusato.²¹

3. Le trattative, gli obblighi delle parti, le misure protettive e cautelari

L'esperto 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 revisore legale, ove in carica.²²

Se non ravvisa concrete prospettive di risanamento, all'esito della convocazione o in un momento successivo, l'esperto ne dà notizia all'imprenditore e al segretario generale della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura che dispone l'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata.²³

È tuttavia da sottolineare che nell'ipotesi in cui manchi il pericolo di crisi o di insolvenza e si tratti ormai di insolvenza irreversibile conclamata, il legislatore non contempla, come nell'istituto dell'allarme, un'iniziativa dell'esperto per l'apertura del fallimento o della procedura liquidatoria di insolvenza, neppure sollecitata al p.m.

Se ritiene invece che le prospettive di risanamento sono concrete, l'esperto incontra le altre parti interessate al processo di risanamento e prospetta le possibili strategie di intervento fissando i successivi incontri con cadenza periodica ravvicinata.

L'esperto agevola le trattative tra l'imprenditore, i creditori ed eventuali altri soggetti interessati, al fine di individuare una soluzione per il superamento del pericolo di crisi e assicurare la continuità dell'impresa, anche mediante il trasferimento dell'azienda o di rami di essa (è da escludere che lo sviluppo della trattativa debba concludersi con una liquidazione totale dell'azienda).

Nell'espletamento dell'incarico di cui all'articolo 2, comma 2, l'esperto può chiedere all'imprenditore e ai creditori tutte le informazioni utili o necessarie e

21 Art. 6, 5° comma, legge n. 147: "Entro tre giorni dalla comunicazione della convocazione le parti possono presentare osservazioni sull'indipendenza dell'esperto al segretario generale della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura, il quale riferisce alla commissione perché, valutate le circostanze esposte e sentito l'esperto, se lo ritiene opportuno provveda alla sua sostituzione". Art. 17, 6° comma, cod. crisi.

22 Art. 5, 5° comma, legge n. 147; art. 17 cod. crisi

23 Art. 5, 5° comma, legge n. 147; art. 17 cod. crisi.

può avvalersi di soggetti dotati di specifica competenza, anche nel settore economico in cui opera l'imprenditore, e di un revisore legale.

Gli obblighi delle parti nella trattativa – come in tutte le negoziazioni a scopo conciliativo o mediativo – sono retti dal principio di buona fede e correttezza e dall'obbligo di verità e lealtà, nel rappresentare i propri diritti e i fatti rilevanti.

L'imprenditore, in particolare,

“ha il dovere di rappresentare la propria situazione all'esperto, ai creditori e agli altri soggetti interessati in modo completo e trasparente e di gestire il patrimonio e l'impresa senza pregiudicare ingiustamente gli interessi dei creditori”.²⁴

“Le banche e gli intermediari finanziari, i loro mandatari e i cessionari dei loro crediti sono tenuti a partecipare alle trattative in modo attivo e informato. L'accesso alla composizione negoziata della crisi non costituisce di per sé causa di revoca degli affidamenti bancari concessi all'imprenditore”.²⁵

Il codice della crisi introduce una deroga, consentendo sospensione e revoca degli affidamenti se richiesto “dalla disciplina di vigilanza prudenziale”, previa comunicazione all'imprenditore anche delle ragioni (art. 18, 5° comma cod. crisi).

“Se nel corso della composizione negoziata sono assunte rilevanti determinazioni che incidono sui rapporti di lavoro di una pluralità di lavoratori, anche solo per quanto riguarda l'organizzazione del lavoro o le modalità di svolgimento delle prestazioni, il datore di lavoro che occupa complessivamente più di quindici dipendenti, prima della adozione delle misure, informa con comunicazione scritta, trasmessa anche tramite posta elettronica certificata, i soggetti sindacali”.²⁶

Particolarmente rilevante è la disciplina sulle misure protettive e cautelari durante la trattativa:

“L'istanza di applicazione delle misure protettive è pubblicata nel registro delle imprese unitamente all'accettazione dell'esperto e, dal giorno della pubblicazione, i creditori non possono acquisire diritti di prelazione se non concordati con l'imprenditore, né possono iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul suo patrimonio, o sui beni e sui diritti con i quali viene esercitata l'attività d'impresa. Non sono inibiti i pagamenti”.²⁷

Sono tuttavia esclusi dalle misure protettive i diritti di credito dei lavoratori.

Non è sufficiente la semplice pubblicazione della istanza nel registro delle imprese, ma questa deve essere seguita da istanza per la convalida giudiziale (art. 7, legge n. 147, art. 18 cod. crisi) lo stesso giorno della pubblicazione e

24 Art. 4, 5° comma, legge n. 147; art. 16 cod. crisi.

25 Art. 4, 6° comma, legge n. 147; art. 16 cod. crisi.

26 Art. 4, 8° comma, legge n. 147. La norma non compare invece nel codice della crisi.

27 Art. 6, 1° comma, legge n. 147; art. 18 cod. crisi.

dell'accettazione dell'esperto, da parte del tribunale competente ex art. 9 l. fall. (secondo le regole generali: sede principale dell'impresa), a pena di inefficacia, con richiesta di misure cautelari se necessarie.

Nei trenta giorni successivi l'imprenditore deve pubblicare sul registro delle imprese il numero di ruolo della relativa procedura, ancora a pena di inefficacia, consentendo così ai creditori di costituirsi nel relativo procedimento, per contraddire all'istanza.

Il processo segue il modello del processo cautelare uniforme, con contraddittorio di terzi controinteressati perché potenzialmente lesi nei propri diritti e si conclude con ordinanza reclamabile, con possibilità di proroga del termine di legge (120 gg ma non superiore a 240 gg) o di abbreviazione.

Interessanti i rapporti del procedimento con l'eventuale istanza per il fallimento dell'imprenditore e il suo avvio ad una procedura liquidatoria di insolvenza.

La norma in proposito è perentoria:

“dal giorno della pubblicazione dell'istanza di cui al comma 1 e fino alla conclusione delle trattative o all'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata, la sentenza dichiarativa di fallimento o di accertamento dello stato di insolvenza non può essere pronunciata”.²⁸

Non è tuttavia chiara la conseguenza processuale: la domanda è improcedibile oppure semplicemente si sospende? Non lo chiarisce neppure il successivo d. lgs. n. 83 del 2022.

Nel corso delle trattative, l'imprenditore conserva la gestione ordinaria e straordinaria dell'impresa, salvo condurla in modo da evitare pregiudizio alla sostenibilità economico-finanziaria dell'attività. Quando, nel corso della composizione negoziata, risulta che l'imprenditore è insolvente ma esistono concrete prospettive di risanamento, lo stesso gestisce l'impresa nel prevalente interesse dei creditori.²⁹

La previsione sembra fondare, dunque, una prosecuzione dell'iter della composizione negoziale della crisi, ancorché emerga nel corso della trattativa una vera e propria insolvenza, che di per sé non ne provoca l'arresto.

Per gli atti di straordinaria amministrazione, l'imprenditore ha l'obbligo di informazione dell'esperto.³⁰ In caso di dissenso dell'esperto e volontà comunque dell'imprenditore di perfezionare l'atto, l'esperto può manifestare per iscritto il suo dissenso nel registro delle imprese e sollecitare la revoca delle misure protettive e cautelari.

Alcuni atti devono essere autorizzati dal tribunale della sede principale degli interessi dell'imprenditore (art. 22 cod. crisi): contrazione di mutui

28 Art. 6, 4° comma, legge n. 147; art. 18 cod. crisi

29 Art. 9, 1° comma, legge n. 147; art. 21 cod. crisi.

30 Art. 9, 2° comma, e ss., legge n. 147; art. 21 cod. crisi.

prededucibili presso banche e soci, anche da parte di società del gruppo; cessione della azienda, o ramo di essa, senza gli effetti dell'art. 2560 c.c.; rideterminazione dei contenuti del contratto divenuto troppo oneroso, salvo indennizzo.

Il tribunale segue un procedimento in camera di consiglio e conclude con decreto reclamabile.

Gli effetti degli atti autorizzati, in caso di consecuzione di altra procedura concorsuale, si conservano e non sono revocabili,³¹ salvo dissenso dell'esperto o rigetto della autorizzazione da parte del tribunale. Non danno origine al reato bancarotta. Restano ferme le comuni responsabilità dell'imprenditore, per ogni atto gestorio da lui compiuto.

Normalmente i contratti ineseguiti o parzialmente ineseguiti non subiscono alterazioni di regime durante la composizione negoziale, secondo il regime ordinario previsto per le soluzioni negoziali della crisi. È tuttavia consentita una rinegoziazione secondo buona fede, quando il contratto è ad esecuzione continuativa o periodica oppure differita, se è diventata eccessivamente onerosa per effetto della pandemia.

In mancanza di accordo l'imprenditore, secondo la legge n. 147 del 2021, poteva chiedere al tribunale la rideterminazione dei contenuti del contratto. Si trattava di un intervento non consueto del giudice. Il tribunale sentito il parere dell'esperto e tenuto conto delle ragioni del contraente poteva rideterminare equamente le condizioni del contratto, per il periodo strettamente necessario e per assicurare la continuità aziendale. Erano esclusi i contratti di lavoro dipendente, i contratti di lavoro autonomo, anche parasubordinato. Non erano dunque previsti lo scioglimento o la sospensione, ma solo la rideterminazione dei contenuti in riequilibrio delle prestazioni.

Sino a oggi il giudice non è mai potuto entrare nel merito del contenuto del contratto, ma compiere solo un controllo di legalità che poteva condurre alla sua nullità o annullabilità oppure, nelle patologie per inadempimento o impossibilità sopravvenuta, alla risoluzione.

Unica ipotesi di un accertamento sul merito riguarda l'eccessiva onerosità (contratti ad esecuzione continuata o periodica o differita), per fatti straordinari e imprevedibili (art. 1467 c.c.).

Vi era nell'intervento ipotizzato del Tribunale una forte analogia con l'art. 1349 c.c. sull'arbitraggio, che impone al giudice di non superare le soglie della manifesta iniquità o erroneità, verificabili attraverso la motivazione che deve giustificare la determinazione equa, per cui la determinazione del giudice non può essere rimessa al mero arbitrio.

La previsione di un certo interesse non è stata confermata nel codice della crisi, nel quale all'art. 17, 5° comma, si limita su iniziativa dell'esperto a suggerire alle parti la rinegoziazione dei contratti diventati iniqui e

31 Art. 12, legge n. 147; art. 24 cod. crisi.

eccessivamente onerosi, rinegoziazione che deve essere ispirata a correttezza e buona fede, ma le conseguenze sul piano giurisdizionale non sono chiare.

Si deve ritenere che, sia che il mutamento del contenuto avvenga per accordo e sia che avvenga per provvedimento, gli effetti si conservino anche nel successivo episodio negoziale o di liquidazione giudiziale (salvo comunque l'applicazione del regime per quest'ultimo sui contratti ancora ineseguiti).

L'incarico dell'esperto si considera concluso se, decorsi centottanta giorni dalla accettazione della nomina, le parti non hanno individuato, anche a seguito di sua proposta, una soluzione adeguata per il superamento del pericolo di crisi. Il termine può essere prorogato per consenso delle parti oppure in occasione di istanze cautelari e protettive al tribunale.

In caso di esito infruttuoso, ancora una volta, non vi è automatica comunicazione al p.m. per l'avvio della procedura liquidatoria di insolvenza, come negli istituti dell'allerta dell'originaria disciplina del codice della crisi del 2019.

La composizione negoziale viene concepita come parentesi a cui può l'imprenditore avviare la sua impresa, senza esiti automatici e consequenziali, in caso di fallimento della trattativa

Il compenso dell'esperto (art. 25 *ter* cod. crisi) è determinato in percentuale sul valore dell'attivo, con variazioni in aumento in relazione alla complessità della trattativa e dell'esito favorevole del procedimento, oltre al rimborso spese e il credito relativo è prededucibile, in caso di successiva procedura concorsuale.

4. *L'esito della composizione negoziale*

La soluzione può essere, tra quelle tradizionalmente offerte all'imprenditore già nel regime previgente, un piano unilaterale di risanamento *ex art.* 167, 3° comma, l. fall., un accordo di ristrutturazione con una maggioranza qualificata di creditori (art. 182 bis, l. fall.), una proposta concordataria (artt. 161, l. fall.) oppure – questa la novità – qualsiasi tipo di accordo che possa consentire il superamento della probabile crisi o insolvenza, in una prospettiva di continuità diretta o indiretta dell'impresa (art. 23 cod. crisi).

Per continuità diretta deve intendersi la prosecuzione della impresa sotto la titolarità dell'imprenditore persona fisica o persona giuridica (in tal caso, anche se vi è un avvicendamento della proprietà delle quote o delle azioni, purché l'impresa resti nella titolarità della persona giuridica).

Per continuità indiretta deve intendersi non continuità soggettiva (stesso imprenditore), ma continuità oggettiva, attraverso la cessione dell'azienda o di un suo ramo ad altro soggetto giuridico (persona fisica o persona giuridica) o affitto d'azienda, che ne faccia salva la continuità.

Ma anche – e si tratta della novità più significativa, come già sottolineato – una soluzione attraverso atti di autonomia privata atipici, lasciati alla libera determinazione dell'imprenditore e dei creditori, sancendo in tal modo un ritorno al "passo" dell'originaria riforma degli anni 2006 e 2007, che aveva vissuto una soluzione di continuità con la legislazione seguente e in particolare con il codice della crisi del 2019 nella sua edizione originaria, con le loro remore a soluzioni dettate esclusivamente dall'accordo tra imprenditore e creditori.

Ne è la prova più evidente l'art. 11, comma 1, della legge n. 147 (oggi art. 23 cod. crisi), che consente alle parti di concludere un contratto, con uno o più creditori, nel caso in cui, secondo la relazione dell'esperto, esso sia idoneo ad assicurare la continuità aziendale, per un periodo non inferiore a due anni.

Di detto contratto non si precisano i contenuti, da modulare evidentemente caso per caso, secondo le volontà delle parti, guidate semplicemente dal parere dell'esperto.

La legge n. 147, come il codice della crisi novellato, contiene, inoltre, una serie di ulteriori soluzioni contrattuali, che innovano istituti già introdotti nell'ordinamento.

Le parti possono infatti concludere una convenzione di moratoria, caratterizzata essenzialmente dalla dilazione nei pagamenti, ai sensi dell'articolo 182-*octies* l. fall.³², con la particolarità di un'efficacia estesa a tutto il ceto creditorio.

Ugualmente concludere un accordo sottoscritto dall'imprenditore, dai creditori e dall'esperto che produca gli effetti di cui all'art. 67, terzo comma, lettera d), l. fall.: un piano di risanamento concordato, che non necessita più dell'attestazione di un professionista indipendente, prevista dal medesimo art. 67 l. fall (essendo sufficiente l'adesione dell'esperto).

Infine, concludere accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa, art. 182-*septies* l. fall.³³, anch'essi con la particolarità di un'efficacia che va oltre la percentuale dei creditori che vi hanno espressamente aderito.

Rispetto ad un'analisi differenziale con gli altri strumenti tradizionali (piano attestato, accordi di ristrutturazione, concordati), emerge un maggiore spazio per la soluzione negoziale, dettata dalla volontà dell'imprenditore e

32 "La convenzione di moratoria conclusa tra un imprenditore, anche non commerciale, e i suoi creditori, diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi e avente ad oggetto la dilazione delle scadenze dei crediti, la rinuncia agli atti o la sospensione delle azioni esecutive e conservative e ogni altra misura che non comporti rinuncia al credito, in deroga agli articoli 1372 e 1411 del codice civile, è efficace anche nei confronti dei creditori non aderenti che appartengono alla medesima categoria". Art. 23 cod. crisi.

33 "La disciplina di cui all'articolo 182-bis si applica, in deroga agli articoli 1372 e 1411 del codice civile, al caso in cui gli effetti dell'accordo siano estesi anche ai creditori non aderenti che appartengono alla medesima categoria, individuata tenuto conto dell'omogeneità di posizione giuridica ed interessi economici".

della maggioranza dei creditori, estesa alla minoranza (che sarà comunque garantita dalla necessità che la soluzione non sia peggiore da quella offerta dalla procedura liquidatoria di insolvenza e dalla possibilità di contestare l'omologazione dell'accordo a cui il creditore è rimasto estraneo).

La trattativa può concludersi nella direzione di ognuna di questi possibili esiti concordati, con un contenuto non predeterminato, un metodo innovativo per giungere ad una soluzione per accordo tra imprenditore e creditori.

5. *La novità del concordato semplificato liquidatorio*

L'art. 19 della legge n. 147 del 2019 (art. 25 *sexies* cod. crisi), introduce una nuova procedura.

Nonostante il *nomen*, la soluzione non è contrattuale – non è prevista una fase di espressione della volontà dei creditori –, ma costituisce lo sbocco del mancato accordo con i creditori ed è procedura, dunque, *ex lege*: una sorta di liquidazione per procedura di insolvenza semplificata, le cui regole sono suggerite tuttavia dallo stesso imprenditore.

Per la sua introduzione è necessario lo svolgimento della trattativa dell'esperto e il suo fallimento. Secondo il precedente art. 18, l'esperto deve attestare che la trattativa si è condotta correttamente, ma non è giunta in porto.³⁴

La *ratio* è evidente. Si vogliono evitare i costi di una procedura di liquidazione giudiziale (fallimento in senso stretto), per giungere, attraverso una sorta di liquidazione di rito abbreviato, allo stesso risultato.

L'istituto favorisce l'opera dell'esperto ai fini dello sbocco della trattativa verso l'accordo, poiché avrà agio di agitare ai creditori l'alternativa del concordato semplificato, nel quale i creditori stessi non hanno voce in capitolo.

Si tratta certamente di una procedura concorsuale (coinvolgimento di tutti i creditori e dell'intera massa dell'attivo), ma di una procedura *ex lege* essenzialmente controllata dal tribunale.

Secondo l'art. 17 della legge n. 147, ancora art. 25 *sexies* cod. crisi, risulta una evidente diversità rispetto al concordato preventivo ed incidentale, essendo la via aperta all'imprenditore in genere, anche sotto soglia e agricolo. Pure i requisiti oggettivi, mutano: sono rilevanti anche la probabilità di crisi o insolvenza.

La finalità del concordato semplificato esclude la continuità, che viene assicurata soltanto con l'accordo dei creditori; è dunque essenzialmente liquidatoria (interrompendo opportunamente il monopolio della liquidazione

34 “Quando l'esperto nella relazione finale dichiara che le trattative si sono svolte secondo correttezza e buona fede, che non hanno avuto esito positivo e che le soluzioni individuate ai sensi dell'articolo 11, commi 1 e 2, non sono praticabili, l'imprenditore può presentare, nei sessanta giorni successivi alla comunicazione di cui all'articolo 5, comma 8, una proposta di concordato...”. Art. 25 *sexies* cod. crisi.

da parte della procedura di insolvenza principale, secondo il tenore originario del codice della crisi del 2019).

La soluzione costituisce il recupero del rilievo di un concordato con cessione dei beni, liberato dagli ostacoli frapposti dal codice della crisi nella sua edizione del 2019.

Il piano viene elaborato dall'imprenditore – certamente l'apporto dell'esperto nella fase della trattativa non sarà secondario –, che con ricorso chiede semplicemente l'omologa del tribunale, dal quale si producono alcuni gli effetti della domanda di concordato preventivo (art. 25 *sexies*, 1° comma, cod. crisi).

Non si intende però se si applicano in via analogica altre disposizioni del concordato: manca il richiamo generale salvo compatibilità.

Il carattere di procedura *ex lege* fa pensare al richiamo piuttosto delle norme sulla liquidazione giudiziale (si richiamano in effetti ad esempio la gradualità dei crediti e le norme sulla revocatoria fallimentare).

Del concordato non si applica la fase prenotativa (il concordato in bianco), né esiste una vera e propria previa ammissione della domanda, esiste solo un controllo di ritualità, che però è altra cosa. L'iniziativa è sempre dell'imprenditore, non c'è il voto dei creditori. Non si applica la percentuale per i chirografari (20%) del concordato liquidatorio. Non vi è obbligo di relazione asseverata, né deposito per le spese.

Il controllo di ritualità non è giudizio di ammissione e non implica, come nel concordato preventivo, un sindacato di legittimità sostanziale ovvero di attuabilità, essendo ad esso riservato il ben più pregnante giudizio di omologa, a cui si giunge con estrema rapidità. La peculiarità rende ragione tuttavia di una impossibilità del tribunale di interloquire con l'imprenditore sui contenuti, ai sensi dell'art. 162, 1° comma, l. fall. per consentire modifiche o integrazioni in funzione della successiva omologa (l'imprenditore agirà al buio).

La verifica è formale, riguarda l'esistenza di una domanda, di un piano di liquidazione (e non di continuità dell'impresa), la presenza della documentazione necessaria allegata e della rappresentanza tecnica, i presupposti soggettivi rappresentati dall'essere l'imprenditore il richiedente ed oggettivi, probabilità di crisi o insolvenza, e la relazione dell'esperto.

L'art. 19, legge n. 147, oggi 25 *septies* cod. crisi, prevede la cessione della azienda o di un ramo di azienda in sede esecutiva, ciò che fa pensare che la continuità possa esserci nel piano liquidatorio, purché indiretta, ovvero attraverso cessione a terzi eventualmente preceduta da affitto, ma non come continuità diretta.

È invece da escludere la possibilità di continuità diretta, in vista della adesione ad un'offerta da parte di un soggetto individuato, perché allora si renderebbe necessaria l'applicazione dell'art. 186 *bis* l. fall. che non è richiamato e manca una relazione asseverata sull'utilità della continuità per i creditori.

Ne discende che la continuità, obiettivo della composizione negoziale dell'esperto, è riservata all'accordo con i creditori.

La proposta va presentata entro sessanta giorni dalla relazione finale dell'esperto, ovvero dalla sua comunicazione all'imprenditore, a pena di inammissibilità (irricevibilità); ne consegue un legame intenso con la negoziazione assistita, ma anche con un evidente principio di tempestività dell'azione dell'imprenditore.

L'esperto deve relazionare sull'andamento della trattativa (attestando che si è svolta corretta e secondo buona fede), sul mancato raggiungimento dell'accordo e sulla impossibilità di una delle soluzioni concordate.

La relazione pone un problema di ammissibilità in caso di parere contrario alla proposta di concordato semplificato?

Certamente se l'esperto non ha avviato le trattative non essendovi spazio di continuità, il concordato semplificato non può ammettersi. Se l'imprenditore non ha fornito le informazioni anche contabili a cui è obbligato e quindi non ha condotto la trattativa con i canoni di legge, con una proposta astrattamente attuabile, pure deve ritenersi inammissibile il concordato.

È invece da escludere che l'esperto possa entrare – nella prima relazione- merito della proposta, egli deve solo certificare ciò che è accaduto durante le trattative poi fallite, ma non sostituirsi ad una valutazione che compete solo al tribunale (e anteriormente all'imprenditore e ai suoi consulenti).

Dunque tale valutazione è irrilevante agli effetti del controllo di ritualità della domanda.

Ugualmente il Tribunale non potrà mettere in dubbio – quali diversi elementi avrebbe? – la certificazione dell'esperto su buona fede e correttezza nella trattativa dell'esperto.

Il tema potrebbe essere messo in discussione solo dai creditori oppositori, in sede di omologa.

Diversamente, dopo l'apertura della procedura, in occasione della relazione successiva dell'esperto e dell'ausiliario, che entra ovviamente nel merito della proposta concordataria, rispetto alle alternative possibili, prima che si svolga il giudizio di omologa vero e proprio.

L'esperto, in particolare, deve esprimere la sua opinione sui risultati della liquidazione e sulle garanzie offerte e sull'alternativa di una liquidazione giudiziale.

Superato il vaglio di ritualità, il Tribunale nomina un ausiliario.³⁵

35 “Nomina un ausiliario ai sensi dell'articolo 68 del codice di procedura civile, assegnando allo stesso un termine per il deposito del parere di cui al comma 4. L'ausiliario fa pervenire l'accettazione dell'incarico entro tre giorni dalla comunicazione. All'ausiliario si applicano le disposizioni di cui agli articoli 35, comma 4-bis, e 35.1 del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159”. Art. 25 *sexies*, 3° comma, cod. crisi.

Il legislatore introduce una figura atipica, mentre avrebbe potuto richiamare *tout court* la figura del commissario giudiziale nel concordato, con la disciplina relativa.

L'ausiliario eserciterà compiti di vigilanza *ad hoc* stabiliti dal tribunale, prima e dopo l'omologa; non è pubblico ufficiale.

Segue la comunicazione della proposta ai creditori,³⁶ ai fini di una loro eventuale opposizione alla omologa del piano concordatario.³⁷

La possibilità di un'opposizione, fa pensare ad un consenso indiretto dei creditori, una sorta di voto favorevole per silenzio assenso, dovuto alla mancata introduzione della opposizione.

Il giudizio di omologa,³⁸ condotto nelle forme del decreto,³⁹ non coincide solo con una valutazione di fattibilità economica, secondo l'ambito in genere del controllo operato dal tribunale in sede di concordato (salvo il caso del pagamento parziale dei creditori prelazionati; della opposizione di un creditore di classe dissenziente; della opposizione di creditori, pari al 20% dei crediti), ma con un esame di merito, vero e proprio, sulla vantaggiosità delle alternative possibili (la liquidazione giudiziale). Ciò per tutte le classi; per tutti i creditori; in relazione alla opportunità di esperire azioni revocatorie o di responsabilità, possibili solo nel caso di inesorabile liquidazione giudiziale.

La norma pone come non derogabile la graduazione e il soddisfacimento integrale dei creditori prelazionati, anche se sembra poco coerente con la suddivisione in classi pure ammessa.

36 "Con il medesimo decreto il tribunale ordina che la proposta, unitamente al parere dell'ausiliario e alla relazione finale e al parere dell'esperto, sia comunicata a cura del debitore ai creditori risultanti dall'elenco depositato ai sensi dell'articolo 39, comma 1, ove possibile a mezzo posta elettronica certificata ..., specificando dove possono essere reperiti i dati per la sua valutazione e fissa l'udienza per l'omologazione. Tra la scadenza del termine concesso all'ausiliario ai sensi del comma 3 e l'udienza di omologazione devono decorrere non meno di trenta giorni", art. 25 *sexies*, 4° comma, cod. crisi

37 "I creditori e qualsiasi interessato possono proporre opposizione all'omologazione costituendosi nel termine perentorio di dieci giorni prima dell'udienza fissata", art. 25 *sexies*, 4° comma, cod. crisi.

38 "Il tribunale, assunti i mezzi istruttori richiesti dalle parti o disposti d'ufficio, omologa il concordato quando, verificata la regolarità del contraddittorio e del procedimento, nonché il rispetto dell'ordine delle cause di prelazione e la fattibilità del piano di liquidazione, rileva che la proposta non arreca pregiudizio ai creditori rispetto all'alternativa della liquidazione fallimentare e comunque assicura un'utilità a ciascun creditore", art. 25 *sexies*, 5° comma, cod. crisi.

39 "Il decreto, pubblicato a norma dell'articolo 17 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, è comunicato dalla cancelleria alle parti che, nei successivi trenta giorni, possono proporre reclamo alla corte di appello ai sensi dell'articolo 183 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267. 7. Il decreto della corte d'appello è ricorribile per cassazione entro trenta giorni dalla comunicazione", art. 25 *sexies*, 6° comma, cod. crisi.

Deve ritenersi, in considerazione dell'ampia istruttoria prevista, che il rito sia regolato dai canoni del processo camerale ibrido, aperto alle garanzie della cognizione piena e del giusto processo (la soluzione è ben evidente nella lettura dell'art. 25 *sexies*, cod. crisi).

In sede di esecuzione del piano, oltre alla nomina di un liquidatore, sono imposti nella liquidazione i procedimenti di evidenza pubblica.⁴⁰

40 "Quando il piano di liquidazione di cui all'articolo 25-*sexies* comprende un'offerta da parte di un soggetto individuato avente ad oggetto il trasferimento in suo favore, anche prima dell'omologazione, dell'azienda o di uno o più rami d'azienda o di specifici beni, il liquidatore giudiziale, verificata l'assenza di soluzioni migliori sul mercato, dà esecuzione all'offerta e alla vendita si applicano gli articoli da 2919 a 2929 del codice civile. 3", art. 25 *septies*, 2° comma cod. crisi.