



GIULIO NICOLA NARDO

La composizione della crisi di impresa tra autonomia negoziale e poteri decisorii del giudice

Il tema della presente indagine tenta di fornire un contributo alla annosa e delicata questione del rapporto tra autonomia negoziale e poteri decisorii del giudice, evidenziando come se ai fini della composizione della crisi di impresa la tendenza del legislatore nazionale e sovranazionale va sempre più orientandosi verso una degiurisdizionalizzazione, non di meno non può sostenersi che il ruolo del giudice sia secondario per la utile gestione della crisi di impresa, la quale può trovare soluzione solo se accedendo al beneficio di qualche procedura concorsuale consente di raggiungere il duplice traguardo della tutela del ceto creditorio e, al contempo, la soluzione della crisi di impresa insieme alla ragionevole e possibile tutela dei livelli occupazionali, così evidenziando la doppia anima di quelle procedure che hanno questa finalità.

The investigation attempts to provide a contribution to the age-old and delicate question of the relationship between negotiating autonomy and the judge's decision-making powers, highlighting how if, for the purposes of settling the business crisis, the tendency of the national and supranational legislator is increasingly moving towards a dejurisdictionalization, nevertheless it cannot be argued that the role of the judge is secondary for the useful management of the business crisis, which can only find a solution if by accessing the benefit of some insolvency procedure it allows the dual goal of protection of the creditor class and at the same time the solution to the business crisis together with the reasonable and possible protection of employment levels, thus highlighting the double soul of those procedures that have this purpose

Sommario: 1. – Introduzione. 2.- Autonomia negoziale e potere del giudice tra processo e negozio. 3. – *Segue*: nel concordato preventivo in continuità. 4. – *Segue*: nella composizione negoziata della crisi di impresa. 5. - Considerazioni conclusive.

1. Introduzione.

La riforma delle procedure concorsuali con l'introduzione del c.d. codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, ha accresciuto ancora di più l'interesse ad approfondire il delicato rapporto tra l'autonomia negoziale dell'imprenditore che accede al beneficio delle procedure di soluzione della crisi di impresa¹ e il potere-dovere di intervento del giudice non solo ai fini del

¹ Nella ristrutturazione della crisi di impresa, l'autonomia negoziale si riferisce alla capacità delle parti coinvolte (ad esempio, il debitore e i creditori) di negoziare accordi per risolvere la situazione finanziaria problematica dell'impresa. Questi accordi possono includere piani di ristrutturazione del debito, riduzioni dei tassi di interesse, estensioni dei termini di pagamento o altri meccanismi per ridurre il carico finanziario dell'impresa e consentirle di tornare alla solidità finanziaria. Tuttavia, l'autonomia negoziale delle parti può essere limitata dalle leggi e dai regolamenti che disciplinano la ristrutturazione delle

controllo di regolarità (*id est*: legalità) della procedura cui l'imprenditore chiede di poter accedere, ma anche dell'accordo negoziale che interviene tra l'imprenditore debitore ed i suoi creditori.

Scopo del presente lavoro è quello di tentare di fornire un contributo per individuare il perimetro entro il quale autonomia negoziale e potere decisorio del giudice - aspetto del più ampio e complesso rapporto tra negozio² e processo³ - si articolano, senza alcuna commistione di ruoli e finalità ma, evidentemente, accomunate, laddove sussistono le condizioni ed i presupposti di legge, per favorire il virtuoso percorso dell'utile gestione della crisi di impresa che, nel salvaguardare quest'ultima e allo stesso tempo i lavoratori occupati, non di meno fornisca una soddisfacente e realistica prospettiva di soddisfazione dei crediti.

crisi d'impresa. In molti paesi, ci sono procedure legali specifiche per la ristrutturazione delle imprese in difficoltà, come ad esempio la procedura di concordato preventivo in Italia o il *Chapter 11* negli Stati Uniti. Queste procedure possono prevedere l'intervento di un giudice che supervisiona il processo e può avere il potere di approvare o respingere gli accordi raggiunti dalle parti. Il potere del giudice nella ristrutturazione della crisi di impresa dipende dalle leggi e dalle normative del paese in questione. Sul tema, per ora come prime indicazioni, V. ZANICHELLI, *Il giudice nella ristrutturazione*, in *Diritto della crisi*, 2022, p. 1 ss.; ; L. PANZANI, *La composizione negoziata della crisi: il ruolo del giudice*, in *Dirittodellacrisi.it*, 4 febbraio 2022, p. 8 ss. È evidente che nella composizione negoziata della crisi non dovrebbe configurarsi un problema d'intervento del giudice in un procedimento che: a) non è una procedura concorsuale; b) può concludersi, ai sensi dell'art. 11 del d.l. 118, con vari esiti, alcuni dei quali corrispondono all'apertura di una procedura concorsuale, che può anche essere il fallimento, ora la liquidazione giudiziale (art. 11, co. 3, lett. c). In alcuni sistemi legali, il giudice ha un ruolo attivo nel facilitare i negoziati tra le parti e nel garantire che gli interessi di tutte le parti interessate siano adeguatamente rappresentati. In altri casi, il giudice può avere un ruolo più limitato, intervenendo solo per approvare o respingere gli accordi proposti dalle parti. In generale, l'obiettivo del coinvolgimento del giudice nella ristrutturazione della crisi di impresa è quello di garantire un equilibrio tra gli interessi dei creditori e del debitore e di facilitare il raggiungimento di soluzioni che consentano all'impresa di continuare le proprie attività in modo.

² Nota è la definizione di negozio giuridico quale dichiarazione di volontà con la quale vengono enunciati gli effetti perseguiti ed alla quale l'ordinamento giuridico ricollega effetti giuridici conformi al risultato voluto. L'analisi di tale istituto non può prescindere dalla lettura dell'opera di E. BETTI *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1960. G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961; R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, 2ª ed., Napoli, 1969; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, ed. Napoli, 1989; F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, 2ª ed., Milano, 2002; G.B. FERRI, *Il negozio giuridico*, 2ª ed., Padova, 2004; L. FRANZESE, *Il contratto oltre privato e pubblico. Contributi della teoria generale per il ritorno ad un diritto unitario*, Padova, 2001. L'ampia letteratura sul tema riporta inevitabilmente ai lavori di F. GALGANO, *Teorie ed ideologie del negozio giuridico*, in AA. VV., *Categorie giuridiche e rapporti sociali- il problema del negozio giuridico*, a cura di C. Salvi, Milano, 1978, p. 75. 2 Così E. ROPPO, *Negozio giuridico, stato, società civile. Sui rapporti tra teoria del negozio e teoria dell'atto amministrativo* in *"Categorie giuridiche e rapporti sociali - il problema del negozio giuridico"*, AA. VV., a cura di C. Salvi, Milano, 1978, p. 212 3 Cfr. V. SCALISI, *La teoria del negozio giuridico a cento anni dal BGB*, in *Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo*, Milano, 1998; anche *Enciclopedia del diritto*, sub voce: *Negozio Giuridico (Teoria del)*, Roma, 1988 e G.B. FERRI, *Digesto delle discipline privatistiche*, voce: *Negozio giuridico*, Torino, 1995. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, Milano, vol.1, 1990, p. 15 ss; F. CRISCUOLO, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, in *Trattato di diritto civile del consiglio nazionale del Notariato*, diretto da P. PERLINGIERI, Napoli, 2008.

³Fornire un'indicazione della letteratura, anche solo di massima, sullo studio del processo, rimane un compito eccessivamente oneroso e per tale motivo si evita di appesantire la presente nota. In ogni caso, si segnala F. CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, Roma, 1941; ID, *Diritto e processo*, in *Trattato del processo civile*, diretto da F. Carnelutti, NAPOLI, 1958; G. CHIOVENDA, *Principii del processo civile italiano*, Napoli, 1923; P. CALAMANDREI, *Studi sul processo civile*, Padova, 1957; G. MONTELEONE, *Scritti sul processo civile*, Roma, 2012, pp 1 ss ; per una lettura "diversa " si segnala il saggio dal quale emerge il travaglio di G. VERDE, *Giustizia, politica, democrazia*, Soveria Mannelli (CZ) 2021.

Per vero, la questione è se in tale direzione trattandosi di tutela di diritti (di credito) disponibili, l'autonomia negoziale vada preferita rispetto alla portata dell'intervento decisorio del giudice o se, viceversa, la tutela del credito, percorrendo la via giurisdizionale che ha natura pubblica, impone di non relegare ad un ruolo secondario il giudice delegato alla procedura e, più in generale, il tribunale.

E' noto che la nuova prospettiva della gestione della crisi d'impresa derivante già dalle riforme del diritto concorsuale iniziate nel 2005 e completate con il cd. decreto correttivo 12 settembre 2007, n. 169, è fortemente privatistica o negoziale, essendo stati rideterminati ruoli e funzioni degli organi fallimentari, con il notevole ampliamento dei poteri anche gestori del curatore e quelli autorizzatori del comitato dei creditori e, correlativamente, la riduzione dei poteri del giudice delegato e del tribunale:⁴ in effetti, l'impostazione ideologica di fondo della stagione delle riforme è consistita, da un lato, nell'avere additato la giurisdizione in sé come fattore anticompetitivo e come uno dei principali motivi di rallentamento della procedura concorsuale e dei tentativi di ripresa e rilancio produttivo e finanziario delle imprese;⁵ dall'altro, nella valorizzazione (spesso portata alle estreme conseguenze) dell'autonomia negoziale (a volte sostanzialmente coincidente con la volontà della maggioranza dei crediti e neppure dei creditori) e degli accordi tra privati, cioè nel contratto quale strumento privilegiato di regolazione delle relazioni commerciali della crisi d'impresa. Ciò in quanto si riteneva che gli attori della crisi (debitore e soprattutto i creditori) sono i migliori arbitri e tutori dei loro interessi e della *par condicio*, mentre non possono attribuirsi a un'autorità pubblica poteri inquisitori sul regolare andamento delle imprese.⁶

Ai fini di una corretta impostazione del tema di indagine, occorre distinguere se l'obiettivo della ristrutturazione sia il debito oppure l'impresa: in questo secondo caso, la compressione dei diritti dei creditori è una soluzione subottimale; ma poiché le operazioni sottostanti sono complesse e sono coinvolte tante categorie di soggetti, è necessaria la cooperazione fra tutti gli interessati, che non sono solo i creditori (lavoratori, acquirenti, finanziatori, fornitori, erario, Inps, etc.). E' lo stesso concetto di collaborazione-cooperazione che, sotto il presidio

⁴ Sul punto, si rinvia a G. MINUTOLI, *Art. 25 l.f.*, in M. FERRO (a cura di), *La legge fallimentare*, Padova, 2006, p. 199-201, con ampi riferimenti dottrinali.

⁵ Opinione, questa, di grande impatto emotivo e certamente di difficile confutazione, ove si considerino le comuni lungaggini delle procedure concorsuali (con il conseguente contenzioso ex legge Pinto sulla ragionevole durata dei processi) e le inefficienze delle stesse sotto il profilo dei costi e delle percentuali di recupero dei crediti (si veda v., tra i tanti studi, D. MASCIANDARO - F. RIOLO (a cura di), *Crisi d'impresa e risanamento – Ruolo delle banche e prospettive di riforma*, Milano, 1997), ma che dimentica – senza voler rimpiangere un passato ormai alle spalle – come negli ultimi anni si erano diffuse prassi virtuose (sia nella fase prefallimentare che in sede gestionale e della liquidazione dell'attivo), le quali hanno dimostrato come la presenza attiva e responsabile del giudice delegato sia tutt'altro che di ostacolo alla ragionevole durata del processo fallimentare, potendo egli costituire fattore di stimolo e di controllo rispetto ai curatori, oltretutto strumento imprescindibile di garanzia.

⁶ S. BONFATTI – P.F. CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2011, p. 42; A. JORIO, *Le crisi d'impresa - Il fallimento*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Judica e Zatti, Milano, 2000, p.244; S. SATTA, *Diritto fallimentare*, Padova, 1996, p. 54.

delle clausole di buona fede e correttezza, deve sorreggere le trattative funzionali a qualsiasi strumento di regolazione della crisi, atteso che l'unico limite normativo è l'assenza di pregiudizio rispetto alla Liquidazione giudiziale. Dunque i creditori nel loro insieme sono una categoria fittizia e superata (la famosa comunità della perdita) ed occorre distinguere tra le varie categorie quelle meritevoli di considerazione *ex lege*.

È esperienza ormai acquisita e diffusa anche in altri ordinamenti, quella secondo la quale, in relazione al momento attuativo dei diritti, la via della tutela giurisdizionale non sempre ha in sé la capacità di assicurare la piena realizzazione degli interessi protetti, impedita o messa in pericolo da condotte antigiuridiche. La questione ha certamente a che vedere con le ormai conclamate e quasi endemiche inefficienze del nostro apparato giurisdizionale, ma un'analisi del fenomeno non può esaurirsi nella considerazione di esse e tanto meno può trovare, sul piano della ricostruzione teorica e della individuazione di strumenti alternativi, risposte che siano dettate dalla limitata esigenza di porre rimedio a distorsioni patologiche causate da più o meno durevoli contingenze (che possono perfino determinare contesti emergenziali rispetto ai quali ogni soluzione rischia di essere costruita sull'eccezionalità), laddove, per contro, si appalesa sempre più viva la necessità di inquadrare ed approfondire i fattori storici, sociali e culturali che segnano il nostro tempo al fine di rinvenire soluzioni di carattere generale e adeguate all'interno del sistema, alla luce della complessità di esso.

Come noto il sistema della responsabilità patrimoniale non coincide necessariamente con l'azione esecutiva - o, più in generale, con quella concorsuale - e all'inadempimento non si può porre rimedio esclusivamente con l'esecuzione forzata (singola o concorsuale) giurisdizionale, esistendo altre forme di soddisfazione del credito che nascono proprio dall'autonomia negoziale e nello specifico dal volontario e negoziato adempimento dell'obbligazione pecuniaria e, ancora di più, quando questa si inserisce nell'opportunità di accedere a strumenti di composizione e della crisi di impresa del debitore imprenditore.

Secondo un comune pensiero la statualità dell'esecuzione forzata è tutta di carattere normativo e il diritto dello Stato può avocare a sé e ai propri organi esecutivi tale prerogativa, come può lasciarla, in misura più o meno stringente, al potere privato, permettendo all'autonomia l'attribuzione al creditore di un potere unilaterale di modificare la realtà giuridica, sì da attingere unilateralmente utilità nel patrimonio del debitore in funzione soddisfattiva.

Occorre pertanto prendere coscienza di una scissione logica tra l'astratta attingibilità dell'utilità, a prescindere dalla condotta del debitore, e le modalità concrete con cui essa avviene nonché di delineare forme obbligatorie la cui attuazione forzata non sia necessariamente affidata all'intermediazione del processo statale, con la conseguenza che i poteri di apprensione diretta in capo al creditore contribuiscono precisamente a connotare, nel senso di una più intensa appartenenza, alcune categorie di obbligazione.

In tale contesto si inserisce il mai sopito problema del rapporto tra diritto e giustizia, la quale ultima non è una specifica regola morale ma il precetto supremo dell'etica della convivenza umana, e cioè il perseguimento della migliore soluzione dei conflitti di interesse.⁷

Il codice della crisi attraverso la previsione di alcune procedure - quali la composizione negoziata della crisi, l'accordo di ristrutturazione dei debiti, il concordato preventivo in continuità aziendale - prevede il meccanismo per la sistemazione, da un lato, dei rapporti obbligatori che sorgono dai rapporti commerciali tra imprenditori (i c.d. "rapporti pendenti") e, dall'altro, per assicurare che il percorso virtuoso prescelto, dato dalla procedura concorsuale cui si accede - è garantito dalla mediazione giurisdizionale del giudice, dalla fase della apertura e fino alla sua conclusione, per la soluzione della crisi della impresa.

Per definire meglio il perimetro di azione della autonomia negoziale occorre dunque valutare quale sia appunto

- i) la portata della autonomia negoziale che il legislatore riconosce all'imprenditore nella predisposizione della proposta di soddisfazione dei crediti che questi, al netto delle procedure prescelte, rivolge ai propri creditori.
- ii) il rapporto tra la suddetta autonomia e il rispetto delle norme che riguardano, per esempio, l'ordine dei privilegi previsto dal codice e dalle leggi speciali.
- iii) il criterio di formazione delle classi dei creditori e dunque la oscillazione tra possibile preferenza di trattamento dei crediti (ossia la autonomia negoziale) e legittima collocazione dei creditori per omogeneità economica e giuridica (rispetto della legge e potere di intervento del giudice).
- iv) l'intervento integrativo e sostitutivo del giudice sul contenuto della proposta del debitore in funzione di garanzia dell'esatta osservanza delle norme e, più in generale, degli scopi propri del processo sia nella fase di ammissione alla procedura richiesta sia in fase di omologazione.

Le diverse interpretazioni fornite anche dalla giurisprudenza, alcune condivisibili, altre meno, impongono un'analisi sistematica oltre che una ricostruzione dei vari istituti.

Il tema della tutela giurisdizionale dei diritti, anche fuori dal processo ha ciclicamente costituito oggetto di approfondimento da parte della dottrina, la quale tende a ricondurre i problemi a due ambiti concettualmente segnati, a loro volta, dal ricorso a due categorie note allo strumentario del civilista: quella della autotutela privata - che anche attraverso la composizione negoziata della crisi di impresa trova piena attuazione - e quella della effettività della tutela che, per vero, dovrebbe essere maggiormente garantita dalla c.d. mediazione giurisdizionale, ossia dalla presenza del giudice.

⁷ Sul concetto di giustizia, v. C. PERELMAN, *La giustizia*, (trad.it.) Torino, 1959; R. ZIPPELIUS, *Einführung in das Recht*, München, 1974, 32; E. OPOCHER, *Analisi dell'idea di giustizia*, Milano, 1977.

Si tratta di due concetti dai connotati non ancora ben definiti, che hanno suscitato e continuano a suscitare un vivace dibattito, talora perfino sulla stessa perdurante utilità di essi, anche alla luce della obiettiva difficoltà di ricondurre a unità le molte questioni che essi evocano.

La disciplina delle procedure concorsuali di carattere strettamente liquidatorio assegna al giudice quella che potrebbe definirsi giurisdizione esecutiva, che assicura la effettività della tutela giurisdizionale dei diritti, mentre quando si tratta di strumenti giuridici volti al superamento della crisi d'impresa mediante la sua ristrutturazione, il ruolo del giudice subisce un significativo mutamento, che per certi aspetti può leggersi quale demansionamento delle sue funzioni e del suo ruolo in pendenza delle procedure concorsuali *latu sensu*, per altri aspetti modifica del perimetro di intervento orientata verso una funzione comunque diversa rispetto a quella della precedente legge fallimentare.

In tale direzione è evidente come il codice della crisi abbia ancora di più rimarcato questa scelta anche se non può certo sostenersi che con esso si sia compiuta quella degiurisdizionalizzazione delle procedure concorsuali per alcuni aspetti condivisibile e quasi inevitabile, per altri non meno rilevanti, molto meno, posto che il giudice anche con la nuova normativa rimane un organo che per diversi aspetti è dirimente per il buon esito della procedura.

Si tratta evidentemente di un piano sul quale l'idea di effettività e quella di efficienza della tutela dei diritti vengono a sovrapporsi nella prospettiva di consentire, attraverso la piena attuazione degli interessi protetti, proprio il migliore e più consono sfruttamento delle utilità, in linea con aspettative, bisogni e finalità tanto del soggetto titolare del diritto di credito, ossia del creditore, quanto del mercato nel suo complesso, e ciò nell'ottica dell'imprenditore.

È in questo contesto che il principio di effettività delle tutele, inteso, però, non più come diritto al processo ma come fattore costitutivo della coesistenzialità tra responsabilità e credito e della equivalenza funzionale tra esecuzione forzata e spontaneo adempimento, costituisce l'ineludibile sostrato della necessaria indagine in ordine alla disponibilità della disciplina della responsabilità patrimoniale, vuoi con riferimento alla misura di essa, vuoi con riferimento alle modalità di soddisfacimento dell'interesse, entrambi profili rispetto ai quali la tradizione tende a escludere che sia consentito all'autonomia derogare allo statuto normativo della responsabilità patrimoniale.

Per vero, l'evoluzione del sistema normativo contenuto nel codice della crisi schiude la strada a soluzioni che non si limitano asetticamente a regolamentare la tutela giurisdizionale del credito, o meglio del diritto di credito, ma volgono lo sguardo, ovvero l'interesse verso soluzioni che favoriscono il raggiungimento di un comune orizzonte per il ceto creditorio e l'imprenditore: questo è dato dalla più utile gestione della crisi di impresa che, da un lato, garantisca la responsabilità patrimoniale del debitore e, dall'altro, assicuri ai creditori la migliore forma di soddisfazione del credito stesso attraverso l'accesso alla procedura più

conforme.

Ciò perché ormai è dato acquisito che il traguardo cui tendono il ceto creditorio e l'imprenditore non è affatto contrapposto ed in conflitto, laddove proprio attraverso le nuove misure introdotte dal codice si favorisce il raggiungimento di tale meta con piena soddisfazione degli (apparenti) contrapposti interessi.

Si tratta, infatti, di procedure o strumenti nei quali è dominante l'elemento negoziale ed il giudice cessa di esserne il motore per svolgere soprattutto una funzione di garante del rispetto dei limiti entro i quali legittimamente si esplica l'autonomia negoziale delle parti interessate. Nondimeno, anche in questo caso l'intervento del giudice si rivela quasi sempre d'importanza decisiva, nei principali momenti di emersione ed evidenziando come, se è vero che la ristrutturazione delle imprese in crisi è in teoria ipotizzabile anche senza l'intervento del giudice, senza quell'intervento essa il più delle volte non sarebbe realizzabile.

In tale contesto le diverse procedure si collocano su un piano sul quale l'idea di effettività e quella di efficienza della tutela dei diritti vengono a sovrapporsi nella prospettiva di consentire, attraverso la piena attuazione degli interessi protetti, proprio il migliore e più consono sfruttamento delle utilità, in linea con aspettative, bisogni e finalità tanto dell'imprenditore quanto del mercato nel suo complesso.

In ciò si trovano le ragioni profonde del dibattito intorno al ruolo del giudice e al funzionamento dei sistemi di tutela giurisdizionale nell'ambito delle riflessioni sulla competitività dei sistemi economici e sul miglioramento dei contesti nei quali si svolgono le attività economiche.

Come accennato, la procedura di composizione della crisi di impresa coniuga in sé, racchiudendoli, i due - apparentemente opposti - diritti: quello dell'imprenditore alla salvaguardia della propria impresa e quello del creditore della tutela del proprio credito.

L'orizzonte che però accomuna i due diritti è dato proprio dalla adeguata scelta della procedura più idonea a favorire il raggiungimento del suddetto (comune) traguardo che non evidenzia alcun ostacolo al raggiungimento degli obiettivi, sì diversi, ma che sostanzialmente percorrono il medesimo binario: ossia la migliore composizione della crisi in uno alla effettiva tutela dei diritti.

In tale ultimo verso la seppur favorita autonomia negoziale che trova la massima espressione nella parte "propositiva" deve fare il paio con l'intervento decisorio del giudice che pur non sostituendosi alla volontà concordata delle parti (debitore e creditore) in un certo senso la sorveglia e la indirizza verso la giusta direzione: quella del rispetto delle regole, mai dimenticando che qualsiasi procedura negoziale nel momento in cui accede ed avvia una procedura concorsuale assume natura pubblicistica e si apre un processo,⁸ in presenza di un

⁸ Per uno studio recente e sistematico dei rapporti tra procedimento e processo, richiamando l'illustre Maestro, Elio Fazzalari, si segnala l'opera a cura di M. ABBAMONTE, R. MARTINO, A. PANZAROLA, *Procedimento e processo. Metodi di ponderazione di*

giudice e nel rispetto delle norme processuali che sono poi quelle che regolamentano l'iter di certificazione della regolarità giuridica ed economica della procedura stessa favorendo il perseguimento dello scopo.

La questione dunque è quella di delineare con ragionevole condivisione di argomenti quale sia il perimetro entro il quale la seppur riconosciuta autonomia negoziale del debitore che accede alla diverse procedure di ristrutturazione della crisi di impresa abbia titolo per operare principalmente nella determinazione della domanda propositiva, ossia nell'elaborazione della proposta che egli rivolge al ceto creditorio, che ha una doppia anima, quella di negoziazione del debito e, non di meno, di gestione della crisi di impresa con l'evidente riflesso del mantenimento dei livelli occupazionali soprattutto in particolari procedure quale quella del concordato preventivo in continuità aziendale.

Il tema dell'autonomia negoziale e dei suoi limiti è di indubbia complessità ed involge una serie di profili, ma è di tutta evidenza come una sua più ragionata considerazione deve essere messa in conto per poter adeguatamente comprendere i nuovi meccanismi offerti all'imprenditore in crisi ed ai suoi creditori per superare una situazione, transitoria o irreversibile, di illiquidità.

E', insomma, necessario cercare di approfondire entro i confini della presente indagine in che limiti l'autonomia negoziale dei protagonisti della crisi d'impresa può esplicarsi e quali strumenti, civilistici e non, di controllo e di reazione giudiziaria possono attivarsi per la tutela di eventuali interessi pretermessi o pregiudicati.

L'apertura del legislatore verso forme di autonomia negoziale (*id est*: composizione negoziata) nella gestione della crisi di impresa non deve e non può ingannare, posto che anche il codice della crisi nell'assegnare certo un ruolo quasi dirimente all'imprenditore soprattutto nella prima fase della procedura cui chiede di accedere, non deve far dimenticare che, viceversa, la tendenza alla decontrattualizzazione della composizione della crisi trova conferma in alcune fasi della procedura che assegnano al giudice un ruolo affatto secondario, anzi per certi versi prevalente.⁹

interessi e risoluzione di conflitti, Casamassima (BA), 2022. Di seguito si riportano le note dei Curatori "A partire dalla metà del novecento, Elio Fazzalari ha compiuto significativi studi volti al superamento dello schema del "rapporto giuridico processuale" in cui in precedenza era stato organizzato il fenomeno giurisdizionale, giungendo ad enucleare una nozione pregnante di "processo". Il Maestro, pur inquadrando quest'ultimo fenomeno nello schema del procedimento, ne individua la peculiare caratteristica nel contraddittorio e lo configura come una struttura applicabile al di là del campo in cui storicamente si è originato (i.e., l'attività giurisdizionale). Secondo questa celebre dottrina, il processo rappresenta, in sostanza, una sottospecie del procedimento, da quest'ultimo differenziandosi, appunto, per la presenza del contraddittorio, e cioè per il suo carattere policentrico e per il correlato svolgimento dialettico che lo contraddistingue. Una volta collocato nella nozione di "procedimento" il baricentro del processo, quest'ultimo diventa una struttura che può essere posta al servizio anche di funzioni diverse dalla giurisdizione, in particolare della funzione legislativa ed amministrativa, nonché di attività riconducibili all'autonomia dei privati, tutte le volte in cui l'esercizio di quelle funzioni, o lo svolgimento di quelle attività, richieda la partecipazione al procedimento dei destinatari degli effetti dell'atto finale, su un piano di simmetrica parità.

⁹ Con la conseguenza che si tende a favorire il ricorso a strumenti della autonomia negoziale che impone un'indagine tra autonomia negoziale e eteronomia giudiziale e sulla idoneità degli accordi a fungere da fonti del diritto per quanto concerne

Per tale effetto l'idea per la quale con la recente riforma delle procedure concorsuali il nostro legislatore abbia quasi cristallizzato la scelta della degiurisdizionalizzazione delle procedure non coglie affatto nel segno della riforma che, al contrario, tende a coniugare - in alcuni casi con successo, in altri meno - il complesso e fondamentale rapporto tra autonomia negoziale e potere decisorio del giudice.

2. Autonomia negoziale e potere del giudice tra processo e negozio.

Il rapporto tra autonomia negoziale e potere del giudice, consegna all'interprete una questione di non facile e, tanto meno, univoca soluzione¹⁰ anche perché sullo sfondo si agitano delicate questioni di portata più generale: il rapporto tra diritto ed economia e quello tra autonomia privata e ruolo del giudice nelle vicende economiche, questioni delicatissime e di insidiosa soluzione anche per l'evidente rapporto tra tutela dei diritti ed economia di impresa che, come noto, ha rilievi pubblicistici, confermati anche dalle norme del codice civile e dalle leggi speciali che disciplinano le società commerciali.

Per vero, il rapporto tra economia e diritto, quando si guarda al mondo dell'impresa sembra sempre più orientato verso forme di ri-privatizzazione del diritto civile per effetto del fenomeno della globalizzazione.¹¹

Non è questa certamente la sede per affrontare il rilevante e complesso tema della valenza dell'autonomia privata e del principio della libertà di contratto, codificato nell'art. 1322 c.c., se non nei limiti strettamente necessari a porre alcuni punti fermi che potranno essere utili nel prosieguo della trattazione.

E', infatti, opportuno chiarire sin dall'inizio che la tanto esaltata libertà negoziale incontra già nel suo campo d'elezione strettamente civilistico limiti e controlli per nulla secondari, sì da mettere in crisi lo stesso dogma tradizionale della signoria della volontà delle parti, tenendo conto dell'evoluzione che lo stesso concetto di contratto ha subito nel corso degli ultimi anni sia in dottrina che in giurisprudenza.¹²

ad esempio la formazione delle classi dei creditori nel concordato preventivo. Sul tema, N. LIPARI, *Fonti del diritto ed autonomia dei privati*, in *Riv. dir. civ.* 2007, I, p. 727.

¹⁰ Si segnala il fondamentale saggio di I. PAGNI, *Crisi d'impresa e crisi del contratto al tempo dell'emergenza sanitaria, tra autonomia negoziale e intervento del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2021, p. 349 ss.

¹¹ Così P. GROSSI, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Foro it.*, 2002, V, c. 156.

¹² Il principio in esame, pur fondamentale nell'economia dei rapporti giuridici, secondo autorevole, ma non pacifica, opinione¹², non risulta autonomamente garantito dalla Costituzione, se non indirettamente, quale strumento di esercizio della libertà di iniziativa economica e del diritto di proprietà ex artt. 41 e 42 Cost. (nonché negli artt. 36, 37 e 40), norme nelle quali, lo si ricordi, è chiaro e forte il riferimento alla "utilità o funzione sociale" e a "fini sociali". Ed è interessante notare come nel corso del tempo questa clausola generale (che vale ad insinuare profili pubblicistici e solidaristici in istituti di impronta tradizionalmente privata) abbia subito una evoluzione, di pari passo con la tendenza dello Stato - già con un ruolo attivo di arbitro dell'economia - ad abbandonare un modello che vedeva la sovrapposizione ai meccanismi tipici del mercato di un modulo economico sostanzialmente dirigista, operante mediante imprese pubbliche sottratte alle leggi del mercato stesso. In sostanza, a partire dalla seconda metà degli anni '80, anche per effetto dell'Atto unico europeo del 17 febbraio 1986, il

Anche nel sistema privatistico dei contratti, l'autonomia negoziale non è certo illimitata e senza controlli esterni. Sotto il primo profilo, è anzi noto che nella realtà sono sempre più diffusi i contratti standardizzati, nei quali si è giunti a configurare uno scambio senza accordo e, in sostanza, l'assenza del contratto stesso.¹³

Il secondo aspetto, poi, è di particolare delicatezza, perché riguarda il vaglio giurisdizionale sull'esplicazione dell'autonomia delle parti ed alla concreta individuazione di quel criterio di meritevolezza degli interessi perseguiti nel regolamento contrattuale previsto dall'art. 1322, comma 2, c.c. e sul quale dottrina e giurisprudenza disputano da decenni.

Senza addentrarsi in approfondimenti non possibili in questa sede, viene da chiedersi se quel criterio abbia una sua autonomia o vada intercettato con riferimento ad altre norme, ad esempio gli artt. 1343 (causa del negozio), 1344 (negozio in frode alla legge) e 1345 c.c. (motivo illecito, unico e determinante).¹⁴

In ogni caso, attraverso la causa può esercitarsi un vaglio giudiziale di liceità ex art. 1343 c.c. che, come è stato osservato, dalla struttura del singolo negozio si estende sino a toccare i suoi risultati economici e giuridici.¹⁵ Proprio la causa (quale elemento essenziale del contratto, da intendersi come funzione economico-individuale)¹⁶ si prospetta come strumento di accertamento, per l'interprete, della generale conformità a legge dell'attività negoziale posta effettivamente in essere, della quale va accertata la conformità ai parametri normativi degli artt. 1343 c.c., in tema di causa illecita, e 1322, comma 2, c.c., inerente il giudizio di meritevolezza di tutela degli interessi dei soggetti contraenti secondo l'ordinamento giuridico.¹⁷

primato del mercato sul ruolo dello Stato ha cominciato a emergere anche a livello di interpretazione costituzionale, spostando la logica dell'intervento pubblico dalla funzione programmatica a quella di rimozione degli ostacoli frapposti al funzionamento corretto ed ottimale del mercato. Siffatta mancanza di diretta copertura costituzionale dell'autonomia privata, ove sussistente, e la necessità che la libertà di contratto venga normativamente limitata per armonizzarla con l'utilità sociale ed i valori della persona costituzionalmente protetti, comporta solo che la discrezionalità legislativa incontra comunque l'ordinario limite del principio di ragionevolezza ex art. 3 Cost.

¹³ N. IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1998, p. 347-364; G. BENEDETTI, *L'autonomia contrattuale e il suo statuto. Una rilettura dell'art. 1322 cod. civ.*, in A. BELVEDERE e C. GRANELLI (a cura di), *Confini attuali dell'autonomia privata*, Padova, 2001, p. 128.

¹⁴ Sul punto, v. G. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 128-132.

¹⁵ F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Padova, 2008; nonché ID., *Errore, violenza, dolo, azione di annullamento*, in P. Cendon, *I contratti in generale*, VI, Torino, 2000, p. 240 ss.; A.G. ANNUNZIATA, *Gli angusti confini dell'autonomia privata*, www.altalex.it, 25.6.2008.

¹⁶ Per tale definizione, v. la fondamentale Cass. 8 maggio 2006, n. 10490, in *Riv. not.*, 2007, n. 1, Milano, parte II, p. 184.

¹⁷ Cass. 19 febbraio 2000 n. 1898, *Giust. civ.* 2001, I, 2481, in fattispecie in cui una società aveva, contemporaneamente e presso la stessa banca, depositato delle somme di danaro su un libretto al portatore ed aperto un conto corrente. Sopravvenuto il concordato preventivo della società, la banca aveva proceduto alla compensazione tra l'attivo del deposito e lo scoperto del conto corrente. Il giudice di merito aveva dichiarato legittima la compensazione, qualificando il rapporto come un negozio fiduciario, comprendente la pattuizione della compensazione stessa. La S.C., nell'enunciare il massimato principio di diritto, ha cassato la sentenza impugnata per avere omesso di accertare la conformità di un siffatto contratto ai parametri di liceità e meritevolezza previsti dalle citate disposizioni normative.

In tale contesto occorre chiedersi, anche ai fini dell'analisi del diritto concorsuale "privatizzato", se esista un principio generale di sindacabilità giurisdizionale del programma negoziale stabilito dalle parti o se l'equilibrio contrattuale è rilevante solo nelle ipotesi previste normativamente e quali sono gli strumenti di tutela, eliminatori o correttivi ed integrativi.¹⁸

Quanto a quest'ultimo aspetto, i meccanismi di reazione potrebbero essere quelli tradizionali del diritto civile inerenti i vizi della volontà (errore, dolo e violenza) o le ipotesi di contratto concluso a condizioni inique in stato di pericolo noto alla controparte (art. 1447 c.c.) e di contratto concluso in stato di bisogno, del quale l'altra parte ha approfittato per ottenere una prestazione di valore superiore di oltre la metà al valore della controprestazione (art. 1448). Tuttavia, va detto che nella realtà le questioni di maggior problematicità attengono all'eventuale squilibrio contrattuale che derivi, oltreché da una diversa posizione di forza iniziale, da un difetto di informazione o comunicazione inerente l'oggetto ed il contenuto dell'affare, in violazione della clausola della buona fede.¹⁹

Qui entra in gioco un altro principio, quello di integrazione del contratto ex art. 1374 c.c., per il quale accanto alle determinazioni pattizie, il contenuto dell'accordo può essere determinato, in via cogente o suppletiva, da fonti eteronome, come la legge o gli usi o ancora l'equità. Tra tali fonti un posto preminente occupa, appunto, la buona fede, quale regola di condotta richiamata più volte dal codice, che esprime e rappresenta uno dei principi portanti del nostro ordinamento, con valore di ordine pubblico ed un fondamento etico idoneo a colorare di valenza solidaristica ex art. 2 Cost. sia la fase delle trattative che dell'interpretazione e dell'esecuzione del rapporto contrattuale, nel senso della lealtà del comportamento e di imposizione di un obbligo di salvaguardia.²⁰

In effetti, la giurisprudenza di legittimità si è sempre più distinta per un impiego della clausola della buona fede anche in funzione integrativa del contratto, la cui violazione, comunque, non comporta alcuna invalidità del contratto, ma è solo fonte di responsabilità per i danni cagionati alla controparte.²¹

¹⁸ V. R. TOMMASINI (a cura di), *Autonomia privata e strumenti di controllo nel sistema dei contratti*, Torino, 2007.

¹⁹ Cfr., sul punto, A. GENTILI, *Informazione contrattuale e regole dello scambio*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 555-578.

²⁰ V. sinteticamente M. BIANCA, *Diritto civile*, III, Milano, 2000, p. 499-501, nonché G. D'AMICO, *Regole di validità e di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I.

²¹ E' stato così affermato che l'obbligo di buona fede, correttezza e solidarietà si aggiunge agli obblighi convenzionali quale impegno di solidarietà ex art. 2 cost., imponendosi a ciascuna parte l'adozione di comportamenti che, a prescindere da specifici obblighi contrattuali e dal dovere extracontrattuale del *neminem laedere*, senza rappresentare un apprezzabile sacrificio a suo carico, siano idonei a preservare gli interessi dell'altra parte (v., da ultimo, Cass. 13 luglio 2007, n. 15669; analogamente, per Cass. 15 febbraio 2007, n. 3462 la buona fede oggettiva o correttezza si concreta in un comportamento leale (specificantesi in obblighi di informazione e di avviso) nonché volto alla salvaguardia dell'utilità altrui, nei limiti dell'apprezzabile sacrificio).

Come noto economia e diritto sono due aree sempre più strette al punto che è consueto analizzare i fenomeni giuridici con gli strumenti dell'analisi economica del diritto.²² E' quasi ineluttabile che l'idea del diritto - in particolare del diritto della impresa - come etica delle regole preesistenti ai fenomeni che sono deputate a governare sia destinata a subire decisamente l'influenza dell'economia quale conseguenza di un' esigenza di adeguamento delle regole ad una realtà effettuale sempre più in divenire con una rapidità evolutiva che non consente riflessioni meditate e spesso conduce a modificazioni del diritto commerciale sull'onda dell'emergenza.²³

Anche lo stesso concetto di mercato (*rectius*: l'economia di mercato) non può di per sé evocare l'assenza di regole, ma un vero e proprio regime giuridico,²⁴ posto che, come è stato condivisibilmente osservato, il diritto conforma i vari regimi di produzione e circolazione dei beni, costituendoli come fatti giuridici: sicché il mercato è il proprio e determinato contenuto di norme, le quali, di volta in volta, lo prevedono e disciplinano con riguardo ad un certo bene o ad una certa categoria di beni.²⁵

E' evidente come il codice della crisi e prima ancora la legislazione che è intervenuta - seppur a macchia di leopardo - sulle procedure concorsuali ci ha consegnato un sistema nel quale il valore dell'autonomia negoziale dell'imprenditore è chiaro e ben strutturato: per vero, ne sono confermate le diverse norme che attribuiscono all'imprenditore un ampio potere di formulare ai creditori una proposta di pagamento diversificata e frutto anche di una diversa valutazione e conseguente differenziato trattamento dei crediti.

Ciò avviene, per esempio, sia nell'accordo di ristrutturazione dei debiti, come nel piano di risanamento e, non di meno, nella redazione della proposta di concordato preventivo, soprattutto in continuità aziendale.

Le norme di riferimento chiaramente confermano come le diverse procedure di composizione della crisi di impresa attribuiscono all'imprenditore un potere di condurre la trattativa (tipicamente contrattuale) con i propri creditori cercando di armonizzare gli apparenti contrapposti interessi,²⁶ quelli del ceto creditori ad un pronto soddisfacimento del proprio

²² M. FABIANI, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, in *Modelli e tecniche del processo civile*, collana diretta da G. Arieta e F. De Santis, Torino, 2009, p. 4 ss.; nota 4 in cui si segnala nella sterminata letteratura sul tema, P. PARDOLESI, *Analisi economica del diritto*, in *Digesto civ.*, I, Torino, 1987, p. 309, spec. 316.

²³ V. BUONOCORE, *Etica degli affari e impresa etica*, in *Giur. Comm.*, 2004, I, p. 181; G. OPPO, *I contratti di impresa tra codice civile e legislazione speciale*, in *Riv. dir. civ.* 2004, p. 847; L. LANFRANCHI, *Civile giurisdizione e procedure concorsuali*, in *Corriere giur.*, 2007, p. 850.

²⁴ N. IRTI, *op. cit.*, 10 ss.; BELVEDERE, *op. cit.*, p. 9.

²⁵ N. IRTI, *op. cit.*, in BELVEDERE, *Confini attuali, op. cit.*, p. 166. Si veda anche l'interessante riflessione di A. GALASSO - G. PALMIERI, *Persona e mercato*, in *La magistratura*, 2008, I, pp. 168-183.

²⁶ Non può non porsi fortemente il problema della tutela di tutti i creditori e del rispetto dell'ordine di priorità, osservando, ad esempio, che è ben difficile l'equilibrio tra attuazione della responsabilità patrimoniale e massimizzazione dell'oggetto su cui essa si attua, posto che un'attuazione rigorosa degli artt. 2740 e 2741 c.c. rischia di distruggere quello che si vorrebbe distribuire tra i creditori. Si aggiungano i rischi di una prospettiva meramente privatistica della gestione della crisi, poiché,

credito e quello dell'imprenditore debitore di garantire - proprio attraverso l'accesso alle diverse procedure - l'atteso soddisfacimento e al contempo il superamento della crisi di impresa.

Nel rapporto tra economia e diritto, etica e diritto e dunque tra economia (nel senso che qui interessa di impresa) ed etica, occorre chiarire il rapporto tra etica e mercato²⁷ evidenziando come tali nozioni non devono essere considerate tra loro incompatibili o collidenti,²⁸ in un'ottica per la quale il mercato non possa essere solo soggetto alla autoregolamentazione - che funziona solo in ragione di determinati rapporti - ma impone anche una eteroregolamentazione allorché i soggetti del mercato e soprattutto gli interessi protetti sono diversi da quelli che vi operano come imprese.²⁹

Con la conseguenza che l'eccessivo potenziamento dell'autonomia privata intesa come autoregolamentazione dei rapporti tra impresa e creditori, non può favorire il pericolo che un eccessivo investimento sulle scelte dei privati possa condurre a soluzioni paradossalmente meno avanzate, quasi che un eccesso ad un'autonomia possa corrispondere in negativo una sorta di anomia sociale.³⁰

La questione, proprio per l'indubbia interferenza di settori ordinamentali e normativi diversi e sovente non comunicativi, necessita di ulteriori specificazioni ed integrazioni, posto che in questi anni, nel contesto del complesso e stimolante rapporto tra diritto ed economia,³¹ parte della dottrina non ha mancato di esaltare la prevalenza delle ragioni e delle regole del mercato (concetto, quest'ultimo, non a caso strettamente collegato alla nozione di autonomia privata³²) e la logica conseguenza della scelta cd. negoziale e della privatizzazione della gestione della crisi dell'impresa, sottolineando, tra l'altro, che, quando il capitale di rischio sia stato interamente perduto (come accade nei momenti di rilevante crisi finanziaria dell'impresa) i creditori dell'imprenditore sono di fatto soci senza diritti e poteri: ne deriva che uno dei più

come è stato felicemente sintetizzato: a) la correttezza del negoziato tra le parti postula una simmetria e veridicità informativa difficilmente rinvenibile nella prassi; b) lo stesso negoziato non è idoneo a rappresentare e tutelare interessi superindividuali o pubblici (quali il mantenimento di livelli occupazionali o di determinati poli produttivi) o interessi contrattualmente deboli; c) viene esaltato il ruolo, sovente gravido di insidie per il progressivo coinvolgimento nella gestione imprenditoriale, delle *merchant banks* e delle banche creditrici. Senza dire delle conseguenze penali in caso di fallimento dei piani di ristrutturazione, sotto il profilo della bancarotta o del ricorso abusivo al credito.

²⁷ P. SCHLESINGER, *I mercati neri*, in Riv. dir. civ. 1999, p. 187 che evidenzia come si assiste ad un abuso del termine mercato senza che questo corrisponda ad una univoca nozione.

²⁸ Ciò perché il mercato deve corrispondere ad una idea di legalità astretta tra i sintagmi regole per il mercato e mercato delle regole, così M. FABIANI, *Diritto e processo a confronto sul nuovo fallimento e lo spettro dei conflitti di classe*, in *Il Fall.*, 2008, p.7 ss.

²⁹ Così G. Rossi, *Il gioco delle regole*, Milano, 2006, p.26 per il quale nessun contrattualismo anche il più equilibrato può solo governare i conflitti; per i riflessi concorsuali, G. MINUTOLI, *L'autonomia privata nella crisi di impresa tra giustizia contrattuale e controllo di merito (o di meritevolezza)* in *il Fall.* 2008, p.1052.

³⁰ Ancora M. FABIANI, *op.ult.cit.*, p.8 ss.

³¹ Sul quale v., *ex multis*, F. GALGANO, *Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio*, in *Contr. Impr.*, 2000, pp.189-205.

³² A. BELVEDERE, *Confini attuali dell'autonomia privata*, Padova, 2001, p.9.

importanti obiettivi delle procedure di insolvenza è quello di trasferire il controllo dell'impresa dall'imprenditore alla categoria di soggetti che, loro malgrado, forniscono il capitale di rischio e procurare loro - di per sé non coordinati o strutturati né coesi - strumenti per l'organizzazione di quel controllo, al fine di poter esercitare i poteri che spettano agli investitori.³³

In tale contesto è di tutta evidenza come i creditori sono i veri interessati alla migliore gestione e realizzazione del patrimonio dell'impresa debitrice, sicché è naturale quel processo di trasferimento, con l'aumento dei poteri anche gestori degli stessi e l'arretramento della giurisdizione,³⁴ derivandone in linea di principio anche minori costi gestionali.³⁵

Dunque ampia ed ampiamente articolata è l'autonomia negoziale dell'imprenditore nella formulazione della proposta in termini di falcidia dei crediti chirografari e privilegiati, così come i tempi di pagamento e le modalità dello stesso, laddove, con riferimento alla falcidia, i crediti chirografari possono subire una riduzione seppur nel rispetto della "causa" della proposta, per come interpretata dalla giurisprudenza, mentre quelli in privilegio possono legittimamente subire una falcidia in ragione dell'incapienza del patrimonio del debitore siano in privilegio generale - quindi con garanzia sull'intero patrimonio - siano essi in ragione di privilegi speciali immobiliari (es: ipoteca) o su beni mobili (pegno).

Parimenti, le modalità di pagamento possono essere diversificate anche in relazione ai crediti privilegiati, seppur il ritardato pagamento impone come giusto contrappeso il pagamento degli interessi ma, in ogni caso, la strutturazione della proposta - si ripete tipicamente negoziale - si svolge tutta in quella fase delle trattative che precede qualsiasi accordo tra le parti: e in tale direzione nessun potere decisorio del giudice è legittimato ad intervenire anche solo per integrare il contenuto dell'accordo, salvo come si dirà in seguito, quello che doverosamente consente - anzi impone - al giudice di intervenire per allineare il contenuto negoziale al rispetto delle norme che comunque disciplinano tale fase.

Va poi detto che la complessità delle crisi di imprese medie e grandi, con la costellazione di interessi anche estranei al ceto creditorio propriamente detto (come la tutela dei lavoratori e il mantenimento dei livelli occupazionali o le scelte strategiche di rilevanza nazionale o le

³³ Cfr. l'interessante ed articolato studio di L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa tra diritto ed economia*, Bologna, 2007, p.23 ss., p.50 ss. nonché p.200 ss., al quale si rinvia per una molteplicità di stimolanti suggestioni e riflessioni interdisciplinari, anche in una prospettiva comparatistica con la scelta negoziale del *Chapter 11* statunitense e dell'*Insolvenzplan* tedesco. Sulla critica alla versione neo-liberista dell'economia, che chiede allo Stato ed al diritto di restringersi al minimo, provvedendo, tra l'altro, alla garanzia dei patti liberamente convenuti, v. N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari-Roma, 1998.

³⁴ L. STANGHELLINI, *Creditori "forti" e governo della crisi d'impresa nelle nuove procedure concorsuali*, in *Fall.*, 2006, p.377-378; D.L.BIANCO *Le scelte dell'aziendalista tra luci, ombre e speranze nella nuova legge fallimentare*, in S.AMBROSINI, *Le nuove procedure concorsuali*, Bologna-Roma, 2008, p.619, il quale plaude alla riforma laddove ha riconosciuto al debitore, ai creditori e ai professionisti ruoli di autonomia in assenza di un controllo dell'autorità giudiziaria sull'economicità delle scelte operate.

³⁵ In realtà, è di tutta evidenza che le soluzioni concordate stragiudizialmente, se non gravano finanziariamente sulla collettività, costano assai alle parti, in termini di consulenti, esperti ed altro: v. L. STANGHELLINI, *op.cit.*, p. 307.

esigenze dell'indotto) difficilmente può essere affrontata solo nel contesto di procedure concorsuali tradizionali, inidonee allo scopo.³⁶

Se queste esigenze sono del tutto legittime e reali e gli scenari che ne conseguono sembrerebbero prospettare lunghi periodi di efficienza e di competitività, la realtà può essere ben diversa e più monotona, non fosse altro (a prescindere degli altri rilevanti profili di cui si dirà di qui a poco) perché la maggior parte delle situazioni di crisi riguarda piccole imprese (che costituiscono il tessuto connettivo della nostra economia), nelle quali, anche per le scarse o nulle risorse ricavabili, i creditori non hanno un grosso interesse ad impegnarsi (sicché, ad esempio, il comitato dei creditori mal funziona). Ed in effetti, la stessa dottrina prima citata non può non porsi fortemente il problema della tutela di tutti i creditori e del rispetto dell'ordine di priorità, osservando, ad esempio, che è ben difficile l'equilibrio tra attuazione della responsabilità patrimoniale e massimizzazione dell'oggetto su cui essa si attua, posto che un'attuazione rigorosa degli artt. 2740 e 2741 c.c. rischia di distruggere quello che si vorrebbe distribuire tra i creditori.³⁷

Si aggiungano i rischi di una prospettiva meramente privatistica della gestione della crisi, poiché, come è stato ben sintetizzato:³⁸ *i)* la correttezza del negoziato tra le parti postula una simmetria e veridicità informativa difficilmente rinvenibile nella prassi; *ii)* lo stesso negoziato non è idoneo a rappresentare e tutelare interessi superindividuali o pubblici (quali il mantenimento di livelli occupazionali o di determinati poli produttivi) o interessi contrattualmente deboli; *iii)* viene esaltato il ruolo, sovente gravido di insidie per il progressivo coinvolgimento nella gestione imprenditoriale, delle *merchant banks* e delle banche creditrici. Senza dire delle conseguenze penali in caso di fallimento dei piani di ristrutturazione, sotto il profilo della bancarotta o del ricorso abusivo al credito.

Il ruolo del giudice in pendenza delle procedure concorsuali in Italia è un tema da lungo tempo dibattuto ed oggetto soprattutto di continui interventi interpretativi da parte della giurisprudenza di merito e di legittimità.

E' noto come la legge fallimentare assegnava al giudice il ruolo dirimente in ogni procedura concorsuale, anche per effetto che quella legge era essenzialmente focalizzata sul fallimento, quale strumento necessario per eliminare dal mercato imprese ormai divenute inefficienti, con qualche - per vero assai modeste - aperture in ipotesi di un possibile

³⁶ In tal senso, d'accordo, con R. VIVALDI, *Soluzioni stragiudiziali ed intervento del giudice*, in *Il fall.* 2003, p. 933, ss., che osserva come non è un caso che la legge fallimentare è entrata in crisi quando, nel corso degli anni '70, alle procedure concorsuali si sono voluti attribuire scopi di risanamento che le erano estranei, mentre si sono creati (e negli ultimi anni moltiplicati) procedimenti di impronta più prettamente amministrativistica per le grandi imprese in crisi.

³⁷ L. STANGHELLINI, *op.cit.*, p.59-60. Si aggiunga che un sistema basato sulla contrattazione delle parti può dare origine a ritardi e tentativi da parte dei creditori più bassi nella gerarchia di "estorcere" concessioni da coloro che hanno più da perdere dal ritardo: sicché si giustifica lo strumento del *cram down*, attribuendo al giudice il potere di imporre il piano concordato e di superare, a determinate condizioni, la mancata approvazione di una o più classi (*op. cit.*, p.202).

³⁸ R. VIVALDI, *op. cit.*, p.935.

salvataggio di imprese in difficoltà finanziarie, economiche o patrimoniali, prevedendosi le due procedure dell'amministrazione controllata e del concordato preventivo per garanzia, che non casualmente venivano definite quali procedure concorsuali minori, e che nella realtà erano diventate alquanto marginali o, non di rado, quale anticamera della dichiarazione di fallimento, utili a diluire gli effetti nel tempo.

Si parlava infatti spesso, a tal riguardo, di un uso alternativo di queste procedure concorsuali minori, finalizzate non tanto a favorire il superamento della crisi d'impresa quanto a servire come ammortizzatore sociale per attenuare l'impatto negativo sui livelli occupazionali del prossimo fallimento e della conseguente liquidazione dell'azienda. Erano però pur sempre la liquidazione dei beni aziendali e la ripartizione del ricavato tra i creditori - secondo ben definite regole concorsuali - a costituire l'oggetto principale della disciplina, la quale perciò poteva in larga parte essere considerata come una particolare forma di esecuzione forzata, con speciali connotazioni dovute al suo oggetto ed alla già accennata esigenza di assicurare la *par condicio creditorum*.

Per vero, l'esecuzione forzata si colloca a pieno titolo nell'ambito della giurisdizione - giurisdizione esecutiva, che affianca quella di cognizione - giacché essa è strumento di tutela e realizzazione effettiva dei diritti, cui naturalmente è preposto un giudice per garantire che nell'esercizio della forza di cui lo Stato dispone ci si mantenga entro il rigoroso confine tracciato dalla legge.

Da qui, in tal genere di procedure, la preminenza del ruolo del giudice, la cui funzione in ambito fallimentare finiva però per estendersi anche ad una serie di attività di carattere prettamente gestorio, rese sovente inevitabili dall'essere la liquidazione il più delle volte riferita non a singoli beni ma ad intere aziende o rami di esse.

Nel tempo l'impianto normativo si è modificato già dalla riforma inaugurata dal D.L. n. 35 del 2005, convertito con la legge n. 80 dello stesso anno,³⁹ ed in un contesto generale più incline a favorire una visione liberista, in ambito economico, ed a dare maggior spazio all'autoregolamentazione degli interessi privati, in ambito giuridico, si è andata sempre più affermando l'idea che fosse necessario ridimensionare in qualche misura il ruolo del giudice, considerato talvolta più come un intralcio ed un fattore d'inefficienza nelle dinamiche del mercato che come una garanzia del loro corretto funzionamento.

Nello specifico settore delle procedure concorsuali, poi, si è cominciato a dubitare dell'opportunità di attribuire al giudice competenze gestorie e si è diffusa l'opinione che sarebbe stato preferibile sopprimerle, quelle competenze, o almeno maggiormente

³⁹ Come va ricordato come ha fatto poi seguito una nutrita serie di ulteriori provvedimenti normativi all'insegna dell'urgenza, non sempre coerenti l'un con l'altro, che hanno interessato la legge fallimentare del 1942 sin quasi alla vigilia della sua abrogazione.

circoscriverle, giacché in questo campo si richiede una professionalità manageriale di cui normalmente il giudice non dispone.

Meglio, perciò, riservargli una mera funzione di garanzia e di risoluzione dei conflitti eventualmente insorgenti nell'ambito delle diverse procedure concorsuali.

Il passaggio dall'una all'altra impostazione non è stato, tuttavia, né semplice né lineare ed ha presentato non poche criticità, anche perché, nel medesimo tempo, i connotati prevalentemente liquidatori del diritto concorsuale si sono andati nettamente attenuando in favore di una visione volta a privilegiare procedure la cui principale finalità non è più la liquidazione bensì la ristrutturazione aziendale delle imprese in crisi.

L'importanza di questa mutata prospettiva, che ha caratterizzato l'evoluzione del diritto europeo prima ancora di quello nazionale, è sin troppo evidente da dover essere sottolineata, essendo sufficiente ricordare quanto all'ordinamento italiano, che nell'originaria versione della legge fallimentare si rinveniva una ben specifica definizione dello stato d'insolvenza ma la parola "crisi" non era mai neppure menzionata (il termine "crisi" fa la sua comparsa nella disciplina del concordato preventivo solo a seguito delle modifiche apportate dal citato D.L. n. 35 del 2005).

Oggi, invece, quell'espressione figura addirittura nello stesso titolo del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (d'ora innanzi designato, per brevità, semplicemente come il Codice), entrato integralmente in vigore nel luglio del 2022.

La crisi, che è oggetto della prima delle definizioni contenute nell'art. 2 di tale codice, si colloca in una fase logicamente e cronologicamente antecedente rispetto alla eventuale insolvenza, ed il legislatore ha trasferito su questa fase la sua prevalente attenzione allo scopo di fornire agli operatori strumenti giuridici volti il più possibile ad impedire che la crisi degeneri in insolvenza (nonché, ove tuttavia l'insolvenza si manifesti, a cercare di evitare che essa divenga irreversibile).

Tutto ciò provoca un radicale mutamento nella connotazione delle procedure concorsuali e nelle fasi ad esse prodromiche della vita delle imprese, che si potrebbe riassumere nella formula:meno processo e più negozio.

Se la liquidazione forzata del patrimonio dell'insolvente appartiene, come già detto, al mondo dei processi esecutivi, gli strumenti attraverso cui si cerca invece di risanare un'impresa in crisi, preservando o recuperando la continuità aziendale, si collocano piuttosto nell'area negoziale, perché alla realizzazione di un tale risultato concorrono di regola le convergenti volontà dei soggetti a vario titolo interessati. Più che i principi propri del diritto processuale, o comunque accanto ad essi, vengono perciò in primo piano i criteri ispiratori del diritto civile dei contratti. È facile allora intendere come il maggior rilievo assunto in questo campo dai profili negoziali si rifletta anche sul ruolo del giudice.

Se è al giudice che compete la guida del processo, nel negozio sono invece le parti ad essere le principali protagoniste.

È dunque in questa cornice, così profondamente mutata e per molti aspetti anche assai più complessa, che si deve collocare l'interrogativo rispetto ad uno dei temi del presente contributo, ossia quale sia oggi il ruolo del giudice nelle procedure di ristrutturazione delle imprese in crisi ed in relazione agli strumenti che a tale scopo il legislatore predispone.

Per tentare di rispondere in modo esauriente a questo interrogativo occorrerebbe procedere ad un'analisi minuta di un'ampia serie di disposizioni previste nel Codice, che in molti diversi contesti prevedono varie forme di intervento giudiziale, magari limitando l'attenzione su alcune procedure più significative, e nello specifico prevalentemente su alcuni aspetti più significativi del ruolo del giudice, nella procedura di concordato preventivo in continuità, che tra le diverse procedure concorsuali è forse quella nella quale in modo più emblematico si manifesta lo scopo di recuperare la funzionalità di un'impresa in crisi evitandone la liquidazione, e nel percorso della composizione negoziata della crisi, che indubbiamente rappresenta una delle innovazioni di maggior rilievo nel rinnovato panorama normativo qui in esame.

Tutto ciò con una necessaria precisazione: il recupero dell'autonomia privata nell'ambito delle procedure concorsuali privatizzate, conseguenti alle riforme del biennio 2005-2007, non comporta per nulla la sottrazione dell'area della negozialità concorsuale a qualsiasi controllo giurisdizionale diverso da quello meramente formale o notarile che pure parte della dottrina propugna. Al contrario se, come si è visto, anche nel suo campo d'elezione dei contratti prettamente civilistici l'autonomia negoziale incontra limiti e vincoli che, soprattutto negli ultimi anni, sono finalizzati a ricercare una tendenziale giustizia contrattuale (pur con le cautele che tale ultimo concetto impone), a maggior ragione ciò vale nell'ambito concorsuale, nel quale entrano in gioco interessi quanto meno super-individuali. Il che, evidentemente non significa recuperare un ormai improbabile ruolo attivo della giurisdizione (il vecchio giudice delegato – gestore), sostitutivo della regolamentazione pattizia, ma entrare nel vivo della libertà negoziale, per consentirne una piena e consapevole esplicazione su basi tendenzialmente paritarie e conformi a legge.

In sostanza, come bene è stato evidenziato, la negozialità e le regole di diritto privato possono considerarsi maggiormente idonee a disciplinare proficuamente la crisi d'impresa, ritenendo le parti capaci di autoregolarsi in quel settore, a condizione che l'autonomia privata non si traduca in assenza di regole, giustificando la legge del più forte:⁴⁰ infatti, nell'ambito dell'annosa competizione tra economia e diritto, che vede prevalere le esigenze della prima, è chiaro che affidando il governo della crisi d'impresa al c.d. mercato non sono i creditori in quanto tali ad avere più potere, ma sono talune classi di creditori quelle più strutturate e forti, che possono avere il sopravvento e come questo coincida con l'idea di una seria tutela del

⁴⁰ In tal senso G.B. NARDECCHIA, *Crisi d'impresa, autonomia privata e controllo giurisdizionale*, Milano, 2007, p. 302.

credito é tutto da dimostrare, non potendo il diritto essere piegato per sostenere l'economia quando ciò crei un *vulnus* alle ragioni di tutti.⁴¹

3. *Segue: nel concordato preventivo in continuità aziendale.*

Nota è la contrapposizione tra una visione essenzialmente negoziale di alcune procedure concorsuali come, per esempio, il concordato preventivo, tesa a valorizzare principalmente il ruolo dell'autonomia privata - senza dubbio nella fase introduttiva riferita alla c.d. domanda di concordato - ed una concezione che ne privilegia invece gli aspetti processuali e sottolinea l'indispensabilità di strumenti di eterotutela, come tali dotati di una maggiore coloratura pubblicistica.

In tal senso emblematici sono i contrasti alimentati in giurisprudenza in ordine al potere-dovere del giudice non solo di controllare che la procedura si svolga nel rispetto delle regole per essa stabilite [è il c.d. controllo di legalità] ma anche di sindacare la fattibilità giuridica [ed economica?] dei piani di concordato, ossia la loro idoneità a realizzarne gli scopi.⁴²

Il sistema attuale del codice della crisi assegna al giudice un ruolo più strutturato ed incisivo molto evidente ad esempio nel giudizio di omologazione,⁴³ in cui egli ha il potere di valutare ed intervenire nella analisi di fattibilità economica del piano.⁴⁴

La ritualità di una proposta di concordato dipende dalla sua conformità alle regole con cui il legislatore ne ha delineato i caratteri fondamentali ed i requisiti indispensabili di forma, e

⁴¹ M. FABIANI, *Diritto e processo a confronto sul nuovo fallimento e lo spettro dei conflitti di classe*, in *Fall.*, 2008, p.5. Si segnalano le riflessioni critiche svolte da G. MINUTOLI, *Autonomia privata e ruolo del professionista negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Fall. e crisi d'impresa*, 2008, V, p. 447 ss. nonché da L. ABETE, *Le vie negoziali per la soluzione della crisi d'impresa*, in *Fall.*, 2007, p. 620 s. e G. ROSSI, *Il gioco delle regole*, Milano, 2006, p. 26.

⁴² Quei contrasti non furono del tutto sopiti neppure con l'intervento delle Sezioni unite della Cassazione (sentenza 1521/2013) che esclude la possibilità del giudice di sindacare la convenienza della proposta concordataria, riconoscendogli però il compito di vagliare se questa fosse in concreto priva della sua "causa negoziale", consistente nella regolazione e nel superamento della crisi dell'imprenditore mediante almeno un minimo soddisfacimento delle ragioni dei creditori.

⁴³ Sul tema del giudizio di omologazione, si rinvia al lavoro di G. CARMELLINO, *I giudizi di omologazione tra degiurisdizionalizzazione e contratto*, Napoli, 2018, p. 1 ss e, sul tema del giudizio di omologazione nel concordato preventivo, p. 145 ss.

⁴⁴ Anche nei lunghi e tormentati lavori che hanno preceduto l'entrata in vigore dell'odierno Codice si sono registrate oscillazioni e dissensi a questo proposito. Il progetto di legge elaborato dalla prima commissione ministeriale incaricata di questo compito al principio del 2015 aveva inteso seguire l'indirizzo tracciato dalle Sezioni unite, poi però disatteso dal Legislatore con la legge delega n. 155/2017, sulla scorta della quale gli artt. 47, comma 1, e 48, comma 3, del Codice, emanato col d. lgs. n. 14 del 2019, inizialmente stabilirono che il tribunale dovesse anche vagliare la fattibilità economica del piano di concordato. Nella versione definitiva dello stesso Codice, rielaborato dal D.Lgs. 17 giugno 2022, n. 83, per recepire la direttiva 2019/1023 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019 (c.d. direttiva *Insolvency*), l'art. 47, comma 1, demanda ora invece al tribunale di verificare, in fase di apertura del procedimento, quando si tratta di concordato liquidatorio, la "ammissibilità della proposta" e la "fattibilità del piano", non più però in chiave economica bensì intesa come "non manifesta inattitudine del medesimo a raggiungere gli obiettivi prefissati". In caso di concordato in continuità aziendale, il vaglio preventivo del tribunale deve invece investire la "ritualità della proposta" e che il piano non sia "manifestamente inidoneo alla soddisfazione dei creditori, come proposta dal debitore, e alla conservazione dei valori aziendali". Si torna così ad un'impostazione molto simile a quella cui si erano ispirate le Sezioni unite nella citata sentenza del 2013.

dunque dal rispetto delle norme che delimitano anche il perimetro entro il quale la proposta medesima, o meglio il contenuto della stessa, possa ragionevolmente evolversi e assumere una chiara volontà dell'imprenditore che questi manifesta al ceto creditorio volendo, parimenti, accedere al beneficio di una delle procedure concorsuali regolamentate proprio dal codice della crisi.

La manifesta inidoneità del piano a realizzare le sue funzioni essenziali non implica una valutazione di maggiore o minore probabilità di successo, che saranno i creditori a stimare, bensì un giudizio di assoluta inesistenza di qualsiasi possibilità di successo, che rende perciò in concreto impossibile l'oggetto stesso della proposta concordataria. Altrimenti detto, il giudice conserva il suo ruolo naturale di controllore della correttezza dello svolgimento del processo, ossia delle regole del processo, che si riferisce anche alla regolare formazione del consenso dei creditori, espresso sulla base di un'adeguata informazione ed esente da possibili elementi di frode.⁴⁵

Oltre tale limite però il giudice non può e non deve andare, essendogli preclusa in questa fase, una valutazione del merito della proposta concordataria, che compete unicamente ai creditori in ossequio all'autonomia negoziale, che evidentemente si svolgerà entro precise regole procedurali il cui rispetto deve essere garantito proprio dal giudice, salvo che, come detto, l'evidente inattuabilità del piano su cui la proposta si regge, non renda quest'ultima del tutto inammissibile.⁴⁶

E' proprio grazie a questa dinamica che può sostenersi la mancanza nel giudizio di omologazione di una esternalizzazione della tutela, in cui il ruolo del giudice viene ricollocato nell'orbita della tutela giurisdizionale dei diritti, e dunque per la soluzione del conflitto.

Quando però la procedura abbia avuto corso, la proposta sia stata approvata dai creditori con le prescritte maggioranze e si passi alla fase dell'omologazione, i poteri d'ingerenza del giudice nelle dinamiche della ristrutturazione aziendale prevista da un concordato in continuità possono assumere assai maggior rilievo. Ai controlli di carattere ancora essenzialmente procedimentale elencati dall'art. 112, comma 1, lett. a), b), c), d) ed e), si accompagna, con specifico riguardo al concordato in continuità aziendale,

- i) la verifica del complesso sistema di distribuzione tra i creditori dell'eventuale valore di liquidazione e
- ii) di quello che si prevede deriverà dal protrarsi dell'attività dell'impresa (art. cit. comma 2). Su queste regole di distribuzione occorre evidenziare quanto stabilito dalla successiva lett. f) del primo comma dell'articolo citato, secondo la quale il tribunale deve anche verificare che il piano non sia privo di ragionevoli prospettive di impedire o superare l'insolvenza e che eventuali nuovi finanziamenti siano necessari per l'attuazione del piano e non pregiudichino

⁴⁵ I. PAGNI, *Il controllo del tribunale e a tutela dei creditori nel concordato preventivo*, in *Fall.*, 2008, p.1092.

⁴⁶ G. CARMELLINO, *op.cit.*, p. 156 ss, anche nelle note 560 ss.

ingiustamente gli interessi dei creditori. Una formula, questa, che per il concordato in continuità aziendale sembra implicare una valutazione più estesa e penetrante sulla fattibilità del piano, rispetto a quella consistente nel giudizio di non manifesta inattitudine del piano a raggiungere gli obiettivi prefissati, di cui prima s'è detto, la quale viene poi richiamata dalla successiva lett. g) del medesimo comma con riferimento ad ogni tipo di concordato.

Evidente dunque che la scelta della continuità aziendale schiude la via ad un controllo più strutturato del giudice, ma mai il giudice potrà modificare la proposta,⁴⁷ posto che nel concordato esiste una base negoziale che esprime una sfera di autonomia privata che non può essere intaccata pena il rischio che la regolamentazione contrattuale voluta dalle parti subisca una non richiesta né voluta indebita integrazione della volontà comune delle parti - imprenditore e creditori.

In ogni caso, solo nella pratica applicazione di questa nuova normativa si comprenderà davvero quale sia la portata di tale valutazione e l'ampiezza dei poteri che il giudice eserciterà nel compierla.

Resta però comunque fermo che neppure in sede di omologazione il giudice è chiamato d'ufficio a valutare la convenienza della proposta e del piano di concordato, rimessa al giudizio dei creditori. Tuttavia, se la convenienza è contestata da un creditore opponente, al tribunale tocca un delicato giudizio di comparazione, dovendosi stabilire se il credito dell'opponente risulterà comunque soddisfatto in misura non inferiore di quel che accadrebbe in caso di liquidazione giudiziale (art. cit. comma, 3).

Non sembrerebbe potersi escludere che questo giudizio comparativo, in parte controfattuale, in molti casi finisca per comportare un ampliamento della sfera di valutazione rimessa al giudice, sino a comprendervi anche profili attinenti alla convenienza della proposta concordataria, per poterla commisurare ai presumibili risultati dell'alternativa liquidatoria.

Per vero, la ragione della portata del controllo del giudice in sede di giudizio di omologazione è data dalla non secondaria circostanza che il controllo eteronomo è volto a garantire la legalità tanto delle situazioni dei creditori coinvolti quanto di quello estranei.

Ciò perché il giudizio di omologazione tende anche al controllo ed alla tutela della minoranza dei creditori dissenzienti, ossia di quelli che non hanno approvato la proposta e contro la stessa hanno proposto opposizione all'omologazione: e la ragione del controllo giudiziario è data proprio in tale direzione, ossia a garanzia della genuinità della formazione del vincolo negoziale che determina legittimamente la forzatura del concordato nei confronti della minoranza dei creditori: è la regola degli effetti del decreto di omologazione ed il rapporto con il concordato approvato dalla maggioranza dei creditori.

Potrebbe sostenersi che il ruolo del tribunale nel giudizio di omologazione più che costituire

⁴⁷ I. PAGNI, *Contratto e processo nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in Trattato diretto da V. Buonocore e A. Bassi, Milano, 2010, p.598 ss.

una *condicio iuris* di efficacia della soluzione negoziale della crisi di impresa,⁴⁸ rimanga centrale ai fini del conferimento di efficacia vincolante alla proposta accettata, sintomatico dell'insopprimibile ruolo di garanzia degli interessi in gioco, anche superindividuali.⁴⁹

In altre parole la riconciliazione del controllo giudiziale con la privatizzazione della gestione della crisi, non implica la cancellazione del primo ma soltanto la eliminazione di ogni controllo officioso, nella riconosciuta possibilità⁵⁰ agli interessati di richiedere l'intervento del giudice che decide in posizione di terzietà.

Merita poi di essere richiamata, a tal proposito, anche un'ulteriore disposizione, inserita *in extremis* nel testo del Codice, ossia l' art. 53, comma 5 *bis* (introdotto esercitando un'opzione consentita al legislatore nazionale dall'art. 16, par. 4, comma 2, della direttiva *Insolvency*), ove è previsto che, in caso di reclamo contro la sentenza di omologazione di un concordato preventivo in continuità aziendale, il giudice d'appello, pur accogliendo il reclamo, potrebbe nondimeno confermare l'omologazione se valuti che l'interesse generale dei creditori e dei lavoratori sia prevalente rispetto al pregiudizio subito dal reclamante, riconoscendo a quest'ultimo il risarcimento del danno. Si chiede qui al giudice di compiere un delicato bilanciamento di interessi contrapposti, tra i quali viene in rilievo anche l'interesse dei lavoratori al mantenimento in attività dell'azienda, che evidenzia come si tratti di una valutazione che va ben oltre il giudizio di convenienza di cui prima si parlava, perché qui la convenienza deve essere considerata da una pluralità di punti di vista, corrispondenti ai diversi interessi in gioco: l'interesse dei lavoratori, che potrebbe in questo caso prevalere su quello del singolo creditore opponente, pur restando subvalente rispetto all'interesse generale della massa dei creditori, perché l'art. 84, comma 2, afferma che il concordato in continuità aziendale "tutela l'interesse dei creditori" e solo "nella misura del possibile" preserva anche i posti di lavoro; l'interesse, appunto, dei creditori in quanto comunità organizzata, retta al proprio interno dal principio maggioritario, pur con l'adattamento derivante dalla suddivisione in classi, la quale però qui non sembra venire in rilievo dal momento che è solo l'interesse comune all'intera massa a poter prevalere su quello del singolo creditore che si sia fondatamente opposto all'omologazione; ed, infine, l'interesse personale di quest'ultimo, cui si appresta una tutela risarcitoria, in luogo della tutela reale, ma ovviamente in misura non eccedente quella che gli sarebbe spettata in caso di mancata omologazione del concordato ed apertura di una procedura di liquidazione giudiziale.

Si tratta, nel complesso, di valutazioni pur sempre affidate a criteri piuttosto elastici e non è escluso che anche in futuro l'intervento del giudice in questa materia si manifesterà con

⁴⁸ Per vero, efficacemente sostenuto da M. FABIANI, *Il concordato preventivo*, in Commentario Scialoja- Branca, , Bologna, Roma, 2014, p.1688

⁴⁹ Così Cass. 15 settembre 2011, n. 18864, in *il Fall.*, 2012, p. 142.; I. PAGNI, *Del controllo del tribunale sulla proposta di concordato dopo la sentenza 23 gennaio 2013, n. 1521 (e sui rapporti tra concordato e fallimento)*, in *Corr. giur.*, 2013, p.641.

⁵⁰ G. BOZZA, *L'omologazione della proposta (i limiti delle valutazioni del giudice)*, in *Fall.*, 2006, p.1072.

intensità variabile, a seconda della maggiore o minore propensione dei singoli tribunali ad estendere la portata del loro sindacato: e qui la mai sopita tendenza dei giudici di merito a non essere relegati ad attori non protagonisti nella gestione delle procedure concorsuali è rimessa alle (non sempre) prudenti valutazioni dei vari tribunali.

Non va poi sottovalutata l'importanza dell'intervento del giudice nella concessione di misure cautelari e protettive di cui agli artt. 54 e segg. del Codice, spesso decisive per la realizzazione del piano, nell'accordare le quali non è indicato che il giudice debba vagliare la fattibilità (e tanto meno la convenienza per i creditori) del piano di concordato, ma è presumibile che egli tenga conto delle maggiori o minori probabilità di successo di detto piano. Anche sotto questo profilo, dunque, è evidente il ruolo non secondario del giudice, potendo egli invece, in realtà, condizionare fortemente l'esito della prospettata ristrutturazione aziendale con valutazioni che sarebbe davvero riduttivo considerare di natura meramente formale.

In tale direzione è evidente che il pendolo tra autonomia negoziale e potere decisorio del giudice oscilla verso il secondo laddove presupposto, per vero inevitabile, per la concessione delle misure cautelari e protettive richieste è la compiuta analisi da parte del giudice dell'esistenza dei presupposti oltre che di diritto senza dubbio anche di fatto che giustifichino la concessione di tali misure così invasive, e dunque la necessità di accertare compiutamente ogni valutazione.

Con la logica conseguenza che il dibattito intorno alla prevalenza o meno della autonomia negoziale rispetto al ruolo del giudice e viceversa, non trova univoca soluzione posto che la dinamica della composizione della crisi, al netto della procedura prescelta apre la strada, talora, alla volontà negoziale delle parti, talaltra al potere decisione del giudice che integra, completa e a volte sostituisce il contenuto dell'accordo.

4. Segue : la composizione negoziata della crisi di impresa.

La previsione all'interno del codice della crisi di utili strumenti di composizione della crisi impone però che a prevenire l'insolvenza si intervenga in tempi utili attraverso un sistema di allerta che favorisca un tempestivo, se non precoce, rilevamento dei sintomi di crisi che, se non immediatamente fronteggiati, potrebbero compromettere ogni reale possibilità di ristrutturazione finalizzata al mantenimento o al recupero della continuità aziendale.⁵¹

⁵¹ Le Misure urgenti in materia di crisi di impresa e risanamento aziendale recate dal D.L. n. 118/2021 (c.d. "Decreto Pagni"), convertito con modificazioni dalla L. n. 147/2021, hanno suscitato nutrita attenzione da parte della dottrina. Il Decreto Pagni è sembrato inaugurare una nuova (e speriamo anche decisiva) fase di quel cantiere di riforme aperto da troppo tempo, che parrebbe destinato a radicare anche un rilevante "*cambio di cultura*" nel diritto della crisi d'impresa, e non solo nella sua dimensione emergenziale (lo schema di decreto legislativo di modifica al Codice della crisi in circolazione sembra oggi suffragare questa ipotesi). La composizione negoziata appare come uno snodo determinante di tale processo: fulcro logico e innovativo del Decreto Pagni, essa sembra poggiare, solidamente, su una riflessione dottrinarina avviata, anche a livello internazionale, ben prima della pandemia; riflessione che, nell'ordinamento unionale, è culminata, come a tutti noto, a

La necessità di adottare tecniche di *early warning* era ben avvertita già nella Raccomandazione 2014/135/UE della Commissione su un nuovo approccio al fallimento delle imprese e all'insolvenza ed è stata poi ancor più fortemente ribadita nella già citata Direttiva *Insolvency*. Il legislatore italiano, con la citata legge delega n. 155 del 2017, ha inteso recepire queste sollecitazioni prefigurando un apposito sistema di allerta, volto appunto a far emergere tempestivamente gli eventuali sintomi di crisi dell'impresa, accompagnato da uno strumento di composizione assistita per favorire la ricerca della via più adatta ad impedire la sopravveniente insolvenza.⁵²

Nel Codice gli strumenti di *early warning* sono stati per diversi aspetti modificati, rispetto alla previsione iniziale, ed alla composizione assistita si è sostituita la composizione negoziata della crisi, con l'intento di tracciare un percorso di risanamento aziendale più agevolmente

seguito di un lungo e non semplice *iter* [6] (fatto anche di compromessi e di parziali annacquiamenti delle soluzioni inizialmente proposte), nell'approvazione della direttiva "*Insolvency*". Per un'analisi dell'impianto concettuale su cui si fonda la Direttiva n. 2019/1023 si rinvia, tra i tanti, a A. NIGRO, *La proposta di direttiva comunitaria in materia di disciplina della crisi delle imprese*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2017, II, p. 201 ss.; L. STANGHELLINI, *La prososta di direttiva UE in materia di insolvenza*, in *Fallimento*, n. 8-9/2017, p. 875 ss.; L. STANGHELLINI-R. MOKAL-C.G. PAULUS-I. TIRADO, *Best practices in Europe Reructuring Contratualised Distreess Resolution in the Shadow of the Law*, Milano, 2018; P. VELLA, *La prima direttiva europea su ristrutturazione ed insolvenza*, in *Foro it*, 2019, V, c. 423 ss. e Id., *I quadri di ristrutturazione preventiva nella direttiva UE 2019/1023 e nel diritto sostanziale*, in *Fallimento*, 2020, p. 1033 ss. Sul recepimento della direttiva in altri Paesi europei cfr., da ultimo, C.G. PAULUS—R. VAN GALEN, *L'attuazione della direttiva Insolvency nell'esperienza dei Paesi Bassi e Germania*, in *Dir. crisi*, 14 febbraio 2022.

⁵² L'istituto in questione è stato oggetto di ampi commenti nonché di interventi della giurisprudenza di merito e legittimità che hanno alimentato il dibattito evidenziando criticità e prassi anche virtuose. Assai chiara, sul punto, è la stessa Relazione illustrativa del decreto, che espressamente qualifica la composizione negoziata come un "nuovo strumento di ausilio alle imprese in difficoltà, di tipo negoziale e stragiudiziale, sottolineando anche il fatto che tale preferenza verso l'iniziativa di parte e la scelta di rimedi – almeno in prima battuta – di tipo esclusivamente "negoziale" (a meno che non sia lo stesso imprenditore in difficoltà a richiedere interventi protettivi e riequilibrativi al Tribunale appariva congrua alla situazione di insolvenza diffusa per cause soprattutto esogene che si intendeva affrontare. Come è stato ben evidenziato, "in queste circostanze lo strumento negoziale è [stato ritenuto] quello più adatto anche perché non è imperniato sulla contrapposizione tra debitore e creditori, ma piuttosto sulla ricerca congiunta di una risposta adeguata al problema che affligge tutti cercando di puntare alla conservazione della relazione economica. L'accordo si proietta oltre la soluzione del debito. Sempre secondo la Relazione, in una dimensione quasi di ottimo paretiano, la Composizione dovrebbe far sì che attraverso "il risanamento dell'impresa [si garantisca] il ripristino delle sue capacità solutorie [ciò che] rappresenta per tutti i creditori la migliore alternativa rispetto alla gestione della crisi in sede concorsuale". Nella composizione negoziata la salvaguardia della continuità aziendale diventa non più "valore-mezzo" (di tutela degli interessi del ceto creditorio), ma "valore-fine", ossia valore tutelato in sé. Occorre tuttavia segnalare che in occasione della conversione in legge sono state introdotte alcune modifiche al testo governativo che appaiono, almeno in parte, distoniche rispetto al resto dell'articolato. Così, S. LEUZZI, *Profili evolutivi del valore della continuità aziendale nelle procedure concorsuali*, op.cit. In dottrina, si segnalano, V. ZANICHELLI, *Gli esiti possibili della composizione negoziata*, in *Diritto della crisi*, 2021; A. GHEDINI—M.L. RUSSOTTO, *L'istituto della composizione negoziata della crisi*, ivi, 2021; V. MINERVINI, *Composizione negoziata, norme unionali e (nuovo) codice della crisi*, ivi, 2022; F. SANTANGELI, *Le finalità della composizione negoziata per la soluzione delle crisi di impresa*, ivi, 2022; ID, *Il codice della crisi di impresa e della insolvenza*, a cura di F. SANTANGELI, Milano, 2023; S. ROSSETTI, *Presupposti e condizioni per l'accesso alla composizione negoziata. Il valore perseguibile: il risanamento della impresa*, in *Diritto della crisi*, 2023; M. ZONCA - J. FOSSATI, *I limiti di accesso alla CNC in presenza di un ricorso per la apertura della liquidazione giudiziale*, ivi, 2024.

percorribile per l'imprenditore in crisi e di eliminare alcuni aspetti che avrebbero potuto intimidirlo inducendolo a non intraprendere tempestivamente quel percorso.

Va segnalato che, sin da principio, si è (almeno apparentemente) imposta l'idea che questa fase precoce di analisi e di contrasto alla crisi dovesse avere carattere non solo riservato, ma anche stragiudiziale.

Il vero fulcro logico della nuova composizione negoziata sembra essere quello della risanabilità che, evidentemente, si predica del (e inerisce al) l'impresa in sé, obiettivamente considerata.⁵³

La risanabilità dell'impresa costituisce, infatti, il primo e indefettibile presupposto-requisito che deve ricorrere perché si possa accedere alla composizione (dovendo essere ragionevolmente perseguibile il risanamento dell'impresa): su di essa sono stati costruiti tanto l'onere probatorio gravante sull'impresa (art. 3, 2° comma, e art. 7, 2° comma, lett. e) quanto il mandato conferito all'esperto, che fin dalla prima audizione è tenuto a "valutare l'esistenza di una concreta prospettiva di risanamento"; soprattutto, da essa dipende l'esito stesso della "procedura"⁵⁴, posto che l'istanza deve essere archiviata de plano laddove un tale risultato non sia ragionevolmente perseguibile (art. 5, 5° comma).

Per vero, la nuova composizione negoziata appare ancor più chiaramente preordinata a dare priorità al salvataggio dell'impresa (nel senso sopra precisato), tutelando cioè in via diretta la continuità aziendale, ed in questo supera, piuttosto nettamente, l'assetto di interessi definito, sul punto, dal Codice.⁵⁵

Infatti – come validamente osservato – mentre il Codice ha sposato in sostanza un'impostazione qualificabile come *creditor-oriented*, nel Decreto la filosofia della *business rescue* (e della salvaguardia della continuità aziendale che ne è il corollario) è stata indubbiamente privilegiata, imprimendo alla Composizione, con la complicità della contingenza pandemica, un orientamento più nettamente *debtor-oriented*.⁵⁶ Condivisibile è il tentativo svolto autorevolmente per accreditare questo risultato anche attraverso un diverso percorso logico-argomentativo, che valorizza la composizione negoziata quale momento e strumento per la costituzione di una "comunità"

⁵³ I. PAGNI - M. FABIANI, *La transizione dal codice della crisi alla composizione negoziata (e viceversa)*, cit., p. 18 ss. e N. ABRIANI, *Concordato preventivo e ristrutturazione dell'impresa dopo il D.L. n. 118/2021: Que reste-t-il?*, in *Dir. crisi*, 16 febbraio 2022. In termini più generali, sulla centralità di tale concetto nel nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza si veda A. MAFFEI ALBERTI, Prefazione, in AA.VV., *Le soluzioni negoziate della crisi*, a cura di Ambrosini, Torino, 2021.

⁵⁴ La tesi che la composizione negoziata non sia, infatti, in senso proprio, una procedura concorsuale v. S. AMBROSINI, *La nuova composizione negoziata della crisi: caratteri e presupposti*, cit., in partic. p. 11 ss. e ora, quasi a mo' di "interpretazione autentica", I. PAGNI-M. FABIANI, *La transizione dal codice della crisi alla composizione negoziata (e viceversa)*, in *Dir. crisi*, 2021. p. 9.

⁵⁵ S. LEUZZI, *op.cit.* Sul punto si veda anche A. JORIO, *Alcune riflessioni sulle misure urgenti: un forte vento di maestrale soffia sulla riforma!* in *Diritto della crisi*, 21.10.2021.

⁵⁶ S. AMBROSINI, *Il (doppio) rinvio del CCI: quando si scrive "differimento" e si legge "ripensamento"*, cit.; sul punto si veda anche A. JORIO, *op. ult.loc. cit.*

di interessi intorno alla vicenda di crisi, richiamando i doveri di solidarietà che la Costituzione impone all'interno della comunità sociale; doveri che potrebbero allora giocare un ruolo rilevante anche nella più piccola "comunità" che la crisi dell'impresa inevitabilmente crea e costituisce, in termini anche di relazioni e rapporti giuridici.⁵⁷ In questo senso la composizione, proprio per la sua spiccata "negozialità", mediata in prima battuta dall'esperto (e ove necessario, in seconda battuta, dall'intervento protettivo o riequilibrativo dei rapporti affidato al giudice), consentirebbe di pervenire più agevolmente ad una soluzione di risanamento e salvataggio dell'impresa, in grado di distribuire gli oneri e i sacrifici a ciò necessari, in modo bilanciato, su tutte le parti in causa.

Questo carattere è oggi rafforzato dal fatto che la segnalazione dei sintomi di crisi da parte degli organi di vigilanza dell'impresa e di alcuni creditori qualificati è destinata ad innestare un dialogo che si svolge unicamente tra i segnalanti ed i gestori dell'impresa stessa, e sono solo questi ultimi poi a decidere se avvalersi o meno della composizione negoziata, ove ricorrano le condizioni previste dall'art. 12 del Codice, senza che il giudice debba essere chiamato in causa.

E' prevista invece una nuova figura, quella dell'esperto, ed è lui che si presenta, sotto molti aspetti, come il vero *dominus* della composizione negoziata, nel cui ambito svolge al tempo stesso la funzione di facilitatore di possibili accordi tra debitore e creditori e di vigile controllore della correttezza dei comportamenti delle parti interessate. L'esperto però non è di nomina giudiziale (al presidente della sezione del tribunale specializzata in materia di imprese spetta solo la designazione di uno dei tre componenti la commissione, istituita presso la camera di commercio, cui tocca la nomina dell'esperto), egli non opera sotto il controllo di un giudice e non può considerarsi un suo ausiliario.

Per vero, la composizione negoziata manifesta l'intento di affidare la possibile risoluzione della crisi all'autonomia negoziale dei soggetti interessati, anziché al giudice per l'effetto il pendolo tra negozio e processo oscilla verso il primo.

Anche in questo ambito, però, il ruolo del giudice potrebbe risultare - e nella maggior parte dei casi presumibilmente risulterà - per nulla marginale.

Al giudice, come già s'è detto, non spetta decidere se vi siano o meno le concrete possibilità di risanamento dell'impresa, che costituiscono il necessario presupposto della composizione negoziata, ma è pur sempre a lui che occorre rivolgersi se si vogliono ottenere misure protettive o cautelari, che si rivelano quasi sempre indispensabili per il buon esito

⁵⁷ M. FABIANI, *Il valore della solidarietà nell'approccio e nella gestione delle crisi d'impresa*, cit., per il quale tutti dobbiamo maturare la consapevolezza che risolvere la crisi di una impresa è un modo per accrescere le risorse del nostro Paese e questa consapevolezza, da sola, esprime un principio di solidarietà; se non ci sono valori da salvare, una scelta solidale è quella di evitare distruzione di ricchezza, mentre se un valore è ancora presente, una scelta solidale è dare fiato alla prosecuzione dell'attività d'impresa, non già per una sterile e fittizia solidarietà occupazionale, ma per favorire una creazione di ricchezza in grado di spalmarsi su più attori.

dell'iniziativa; restano pure affidate al giudice le eventuali decisioni di conferma, revoca o riduzione della durata di tali misure (artt. 18 e 19 del Codice).

Parimenti, è ancora al Tribunale che spetta, se richiesto, autorizzare il debitore sia a contrarre finanziamenti prededucibili sia a trasferire a terzi l'azienda o rami di essa (art. 22). Inoltre, il Tribunale interviene anche nell'eventuale rinegoziazione dei contratti di durata resi eccessivamente onerosi a causa dell'epidemia da Covid-19 (art. 10, comma 2, del D.L. n. 118 del 2021), quando l'esperto abbia invano sollecitato le parti a rivedere secondo buona fede il contenuto del contratto in corso, rideterminandolo d'autorità secondo criteri equitativi.

Nel pronunciare tali provvedimenti è inevitabile che il giudice si interroghi anche sulle concrete possibilità di risanamento dell'impresa e sull'idoneità dei mezzi prescelti per realizzarla.

Ciò appare evidente per le autorizzazioni del Tribunale a contrarre finanziamenti ed a trasferire l'azienda, che il citato art. 22 subordina alla verifica della funzionalità degli atti rispetto alla continuità aziendale e alla migliore soddisfazione dei creditori, riferita quest'ultima ai singoli atti per i quali è chiesta l'autorizzazione ma che, inevitabilmente, comporta anche una più generale valutazione dell'esistenza di quelle ragionevoli prospettive di risanamento dell'impresa da cui l'utilità stessa della negoziazione assistita dipende e la cui eventuale mancanza non potrebbe non riflettersi sulla funzionalità degli atti di cui è richiesta l'autorizzazione. Anche nelle altre situazioni sopra descritte, nelle quali è previsto l'intervento del giudice nella fase di composizione negoziata della crisi, è difficile immaginare che possa davvero prescindere da una preliminare valutazione dell'effettiva sussistenza dei requisiti occorrenti per intraprendere e svolgere quel tipo di percorso negoziale. Non è pensabile che un Tribunale pronunci provvedimenti cautelari o protettivi, capaci di incidere significativamente su diritti ed interessi dei soggetti coinvolti, senza verificare l'esistenza delle condizioni preliminari indispensabili per il raggiungimento del fine ultimo cui tendono la composizione negoziata ed i provvedimenti ad essa strumentali.

Significativo al riguardo è che l'art. 19, comma 4, del Codice non soltanto prescriva che in questi casi l'esperto sia chiamato ad esprimere il proprio parere sulla funzionalità delle misure richieste, ma preveda altresì la possibilità per il giudice di avvalersi di un ausiliario (ovviamente da non confondere con l'esperto appena menzionato) soprattutto per supportarlo in valutazioni di tipo aziendalistico.

Insomma, pare che neppure il carattere stragiudiziale che si è inteso assegnare alla composizione negoziata della crisi debba essere troppo enfatizzato, o almeno occorrerebbe precisare che si tratta di un carattere non certo assoluto, ma destinato non di rado a coniugarsi con la possibilità di interventi giudiziali tutt'altro che marginali e, probabilmente, per nulla rari.

5. Considerazioni conclusive

A conclusione della presente indagine, potrebbe affermarsi che il recupero dell'autonomia privata nell'ambito delle procedure concorsuali privatizzate, conseguenti alle riforme del biennio 2005-2007 e fino al codice della crisi, non comporta per nulla la sottrazione dell'area della negozialità concorsuale a qualsiasi controllo giurisdizionale diverso da quello meramente formale o notarile.

Al contrario, se, come si è visto, anche nel suo campo d'elezione dei contratti prettamente civilistici l'autonomia negoziale incontra limiti e vincoli che, soprattutto negli ultimi anni, sono finalizzati a ricercare una tendenziale giustizia contrattuale (pur con le cautele che tale ultimo concetto impone), a maggior ragione ciò vale nell'ambito concorsuale, nel quale entrano in gioco interessi quanto meno superindividuali.

Il che, evidentemente, non significa recuperare un ormai improbabile ruolo attivo della giurisdizione (il vecchio giudice delegato - gestore), sostitutivo della regolamentazione pattizia, ma entrare nel vivo della libertà negoziale, per consentirne una piena e consapevole esplicazione su basi tendenzialmente paritarie e conformi a legge.

In sostanza, come bene è stato evidenziato, la negozialità e le regole di diritto privato possono considerarsi maggiormente idonee a disciplinare proficuamente la crisi d'impresa, ritenendo le parti capaci di autoregolarsi in quel settore, a condizione che l'autonomia privata non si traduca in assenza di regole, giustificando la legge del più forte.⁵⁸

Infatti, come detto, nell'ambito dell'annosa competizione tra economia e diritto, che vede prevalere le esigenze della prima, è chiaro che affidando il governo della crisi d'impresa al c.d. mercato non sono i creditori in quanto tali ad avere più potere, ma sono talune classi di creditori quelle più strutturate e forti, che possono avere il sopravvento e come questo coincida con l'idea di una seria tutela del credito è tutto da dimostrare, non potendo il diritto essere piegato per sostenere l'economia quando ciò crei un *vulnus* alle ragioni di tutti.⁵⁹

Occorre chiedersi come la giurisdizione debba operare, nell'ambito dell'alternativa tra giudice "facilitatore" e giudice "stabilizzatore",⁶⁰ cioè tra un soggetto istituzionale che segue e promuove dall'esterno, in modo informale o formale, la fase delle trattative prodromiche all'accordo tra debitore e creditori o che si limita a svolgere (anche o solo) una funzione di consolidamento giuridico (o stabilizzazione che dir si voglia) dell'accordo stesso, in nome dell'ordinamento statuale, dandogli, così, una forza cogente che altrimenti non avrebbe (si

⁵⁸In tal senso G.B. NARDECCHIA, *Crisi d'impresa, autonomia privata e controllo giurisdizionale*, Milano, 2007, p.302.

⁵⁹M. FABIANI, *Diritto e processo a confronto sul nuovo fallimento e lo spettro dei conflitti di classe*, in *il Fall.*, 2008, p.5. V. anche le riflessioni critiche svolte da G. MINUTOLI, *Autonomia privata e ruolo del professionista negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Fall. & crisi d'impresa*, 2008, V, p. 447 ss., nonché da L. ABETE, *Le vie negoziali per la soluzione della crisi d'impresa*, in *Fall.*, 2007, p.620 s. e G. ROSSI, *Il gioco delle regole*, Milano, 2006, p.26.

⁶⁰ L.STANGHELLINI, *op. cit.*, p.314 s.

pensi all'omologazione del concordato o a quella degli accordi di ristrutturazione *ex art. 182 bis l.f.*).

Tentando poi di rispondere all'interrogativo iniziale, si può sostenere che l'evoluzione dell'ordinamento italiano si è orientata, in via di principio, anche sulla scorta di sollecitazioni derivanti dalla normativa sovranazionale europea, a consentire la ristrutturazione di imprese in crisi, almeno a certe condizioni, senza l'intervento del giudice, ma che, senza quell'intervento, la ristrutturazione spesso non sarebbe realisticamente ipotizzabile.

L'effettiva incidenza della presenza attiva del giudice in tal genere di vicende è ovviamente variabile, come variabili sono le fattispecie normative e le situazioni concrete in cui essa può manifestarsi. Da molte parti si auspica che essa sia il più possibile contenuta, alla luce del generale maggior favore mostrato dai legislatori europeo e nazionale per gli strumenti di ristrutturazione, che si vorrebbero rimessi al libero gioco della volontà negoziale delle parti e rispetto ai quali il giudice dovrebbe fungere solo da garante della legalità.

Almeno entro certi limiti, l'intervento giudiziale continua però a rivelarsi indispensabile in situazioni di questo tipo, per due ragioni di fondo: perché non può farsi a meno di un controllo di legalità, che però quasi mai è svincolato dalla necessità di bilanciare interessi diversi, talora concomitanti ma più spesso conflittuali, ed è in ultima analisi al giudice, per la sua naturale e particolarmente spiccata caratteristica di imparzialità, che quel bilanciamento finisce per esser affidato; ed, inoltre, perché tra i diversi interessi di cui occorre tener conto ve ne sono anche di quelli che fanno capo a soggetti terzi, o comunque non dotati di adeguati strumenti di autotutela, per i quali quindi è imprescindibile la garanzia di un controllo giudiziale che non sia di mera legittimità formale.

Perché ciò avvenga in modo fisiologico, evitando che l'intervento del giudice si risolva in un fattore d'imprevedibilità e, quindi, d'inefficienza degli strumenti volti a favorire la ristrutturazione aziendale ed a scongiurare la dispersione dei valori dell'impresa, o che quell'intervento sia comunque avvertito come tale, sarebbe però indispensabile assicurare un più elevato grado di specializzazione dei magistrati chiamati ad occuparsi di questa materia.⁶¹

A ciò va ad aggiungersi la non secondaria circostanza per la quale dalla ricostruzione del rapporto di responsabilità patrimoniale - anche dell'imprenditore - in termini sostanziali, invece che processuali, consegue che le limitazioni convenzionali della responsabilità configurerebbero una parziale rinuncia del creditore proprio a quella situazione sostanziale evocata come "garanzia generica", venendo così meno, con la negazione della natura processuale della responsabilità patrimoniale, ogni argomento per dubitare che l'autonomia negoziale possa disporre dello statuto della responsabilità patrimoniale e che risulti

⁶¹ L'impulso che anche a tal riguardo proviene dal diritto sovranazionale europeo e dal confronto con la realtà di altri Paesi comparabili al nostro avrebbe dovuto spingere ad interventi normativi in questa direzione. Lo si era infatti previsto nel corso dei lavori da cui è scaturito il Codice e nella citata legge delega del 2017, ma non se ne è fatto poi praticamente nulla.

definitivamente infranto il tabù del monopolio statale dell'esecuzione forzata, e più in generale di quella concorsuale, così confermando che la oscillazione del pendolo tra negozio e processo, dunque tra autonomia negoziale e poteri del giudice nelle procedure di composizione della crisi di impresa, trova nel codice una soluzione quasi di ragionevole (?) compromesso che coniuga non senza difficoltà interpretative e di prassi applicativa il difficile rapporto tra la volontà dell'imprenditore e la decisione del giudice, entro il delicato e talora ristretto perimetro in cui si muovono la libertà delle parti (imprenditore e creditori) e potere del giudice nella composizione della crisi di impresa.

Giulio Nicola Nardo
Associato dell'Università della Calabria