

LA NUOVA COMPOSIZIONE NEGOZIATA E IL RUOLO DEL GIUDICE (d.l. n. 118/2021)¹

A cura di
Giuseppe Minutoli

1. Dal Codice della crisi d'impresa al d.l. n. 118/2021 – 2. Un primo approccio sistematico alla riforma del d.l. n. 118/2021 – 3. Sintesi della disciplina della composizione negoziata – 4. Il ruolo della giurisdizione. Le misure protettive e cautelari - 5. Il potere autorizzatorio del Tribunale – 6. Gli sbocchi della composizione negoziata – 7. La composizione negoziata tra negozialità e controllo giudiziale

1. Dal Codice della crisi d'impresa al d.l. n.118/2021.

La riforma della legge fallimentare (*rectius*: del diritto concorsuale) è un cantiere aperto e infinito almeno dal 2005, da quando, con l'emanazione decreto-legge n. 35 del 14 marzo 2005, convertito nella legge 14 maggio 2005 n. 80, si è aperta la stagione della novellazione parcellizzata della vecchia legge fallimentare del 1942, con le robuste innovazioni apportate dai d. lgs. nn. 5/2006 e 169/2007 e da interventi successivi nel 2012 e nel 2015².

Negli ultimi anni, poi, tra una commissione ministeriale e l'altra, nel contesto di quello che è stato definito un tormentato *iter*, anche per gli sviluppi successivi sino ai nostri giorni³, si è pervenuti alla elaborazione del Codice della crisi d'impresa (d. lgs. 12 febbraio 2019, n. 14), frutto del lavoro della c.d.

¹ Rielaborazione della relazione tenuta il 5 novembre 2021 a Barcellona P.G. (ME) al Convegno su “*La composizione negoziata della crisi d'impresa*” organizzato dall'Ordine dei Dottori commercialisti di Barcellona P.G. e di Patti e dall'Ordine degli Avvocati di Barcellona P.G. e di quella tenuta a Firenze il 27 novembre 2021 al Convegno nazionale dell'Osservatorio sulle crisi d'impresa – OCI su “*Contratto e concorsualità tra emersione anticipata della crisi e regolazione dell'insolvenza: le ultime riforme*”.

² Per una disamina storica delle varie tappe della riforma, *La riforma delle procedure concorsuali. Il percorso della riforma e la sintesi delle principali novità*, in www.tuttocamere.it, 28 ottobre 2007.

³ Si rinvia all'ampio saggio di R. Rordorf, *Il tormentato iter della riforma del diritto concorsuale*, www.questionegiustizia.it, 6 ottobre 2021.

Commissione Rordorf, un *corpus* organico che ha espresso un disegno innovativo e certamente sistematico ed organico, basato, tra l'altro, su due pilastri portanti:

- a) L'allerta, come meccanismo di incentivazione ad una precoce emersione della crisi;
- b) Un sensibile irrobustimento del ruolo dell'autorità giudiziaria, sia giudicante che requirente, in controtendenza rispetto alla riforma pseudoprivativistica e negoziale del biennio 2006/2007.

Ma, come è stato notato, di questo codice si sono perse le tracce, per una sempre più pressante esigenza dilatoria (apparentemente fondata sulla emergenza pandemica da Covid 19⁴), poi forse per non meglio precisate ragioni di opportunità⁵, ma anche per l'affermata esigenza – che tuttavia da sola non avrebbe imposto tale rinvio - di adeguamento alla c.d. Direttiva europea *Insolvency* n. 2019/1023 del 20 giugno 2019⁶: infatti, la sua entrata in vigore del codice è stata rinviata da ultimo al 16 maggio 2022 con il d.l. 24 agosto 2021, n. 118, salvo la parte relativa all'allerta (parte prima, titolo II), addirittura rinviata all'1 gennaio 2024⁷.

⁴ Dalla Relazione governativa al d.l. n. 118/2021: *“La natura fortemente innovativa e la complessità dei meccanismi previsti dal Codice della crisi e dell'insolvenza - che pur prevede istituti per l'emersione precoce della crisi, come l'allerta interna ed esterna, e strumenti di soluzione negoziata della crisi, una disciplina organica dei piani attestati di risanamento, l'estensione della possibilità di ricorrere agli accordi di ristrutturazione dei debiti e il concordato minore per le imprese minori – non consentirebbero quella necessaria gradualità nella gestione della crisi che è richiesta dalla situazione determinata dalla pandemia”*

⁵ Ghedini – Russotto, *L'istituto della composizione negoziata della crisi*, in *www.dirittodellacrisi.it*, 19 ottobre 2021: *“È veramente la emergenza Covid a giustificare questa misura? Spiace pensare che una pandemia così drammatica sia posta a scusa per adottare uno strumento che agevola soltanto gli interessi del debitore a detrimento di ogni tutela del credito, ma appare lecito avanzare una risposta negativa. Nella relazione illustrativa si dice che i nuovi strumenti sono i migliori per fronteggiare le crisi derivanti da Covid, inadeguato essendo il CCII (che comporterebbe il fallimento di centinaia di migliaia di imprese): si dovrebbe trattare quindi di uno strumento temporaneo e cui si può accedere solo se la crisi, o meglio la pre-crisi, sia determinata dalla pandemia. Ebbene di questo limite temporale non vi è menzione nel provvedimento: potranno accedere ai nuovi istituti tutti gli imprenditori, sopra o sotto soglia ed agricoli, che siano in uno stato di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che renda "probabile la crisi o l'insolvenza" e che offrano un piano che renda "concrete le prospettive di risanamento"; e potranno farlo anche quando, in un futuro sperabilmente ormai prossimo, la pandemia sarà finita.*

⁶ Nota Rordorf, *op. cit.*, che *“ovviamente la direttiva europea, che essenzialmente riguarda i piani di ristrutturazione preventiva delle imprese in crisi, gli strumenti di early warning idonei a rilevare tempestivamente i sintomi della crisi e le forme di esdebitazione attraverso cui consentire una seconda chance a chi sia incappato in una situazione d'insolvenza, non era un evento imprevisto. Nell'elaborazione del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza si era già largamente tenuto conto della proposta di direttiva allora nota e, quantunque il testo finale della direttiva presenti novità di un qualche rilievo rispetto alla precedente proposta, mi sentirei di dire che, per recepirla correttamente, sarebbe bastato un certo numero di modifiche ad alcune disposizioni del codice senza necessariamente differirne ancora l'entrata in vigore”*.

⁷ Ancora Ghedini – Russotto, *op. cit.*, condivisibilmente affermano che, a fronte della crisi pandemica, *“il primo intervento del legislatore è tipico dell'atteggiamento che poi proseguirà: non fornisce strumenti di risoluzione ma modera e sospende gli obblighi dell'imprenditore posti a tutela del ceto creditorio. Affievolisce il principio dettato dall'art. 2740 c.c. e le sue ricadute quasi che la tutela del credito rappresenti un ostacolo alla imprenditorialità in tempo di crisi. Il D.L. sospende la disciplina della riduzione del capitale sociale per perdite rilevanti, con una norma che poi è stata modificata dalla legge di bilancio per il 2021: attualmente le perdite di capitale emerse nell'esercizio in corso alla data del 31 dicembre 2020 non richiedono gli interventi previsti in materia dal codice civile fino alla data di approvazione del bilancio 2025. Sostanzialmente, le perdite d'esercizio del 2020 possono essere*

Insomma, come è stato evidenziato in dottrina, l'allerta (che dovrebbe essere - in qualsiasi efficace sistema concorsuale - lo strumento qualificante di emersione tempestiva della crisi) è stata messa nel *freezer*, per un periodo talmente lungo che fa presumere che mai verrà scongelata⁸: si è così parlato di prepensionamento precoce prima dell'inizio della sua operatività⁹. Anche se, per il vero, un diverso approccio ermeneutico di segno esattamente opposto ritiene che “*nel delineare i presupposti della composizione, il decreto-legge ha voluto valorizzare nella logica dell'allerta precoce, la rilevanza di un fenomeno molto diffuso e fino ad oggi trascurato, vale a dire quello della “pre-crisi?”*”¹⁰. Impostazione che potrebbe rivelarsi corretta ma che, in assenza di strumenti che prescindono dalla volontà dell'imprenditore (al di là dell'iniziativa dell'organo di controllo prevista dall'art. 15 d.l. n. 14/2021), presuppone che sia quest'ultimo, di sua iniziativa, a ricorrere alla nomina dell'esperto precocemente e non solo quanto la crisi sia ormai prossima all'insolvenza o si sia trasformata in quest'ultima.

Ciò premesso, senza voler guardare indietro o avere nostalgia di qualcosa che neanche è entrato in vigore (e non sappiamo se mai sarà diritto vigente), oggi abbiamo di fronte il compendio normativo del decreto-legge 24 agosto 2021, n. 118, convertito con modificazioni nella legge 21 ottobre 2021, n. 147:

sterilizzate per cinque esercizi. I provvedimenti utili potranno essere presi in relazione dell'approvazione del bilancio 2025, ovvero intorno al mese di aprile del 2026. In tutto questo periodo rimangono sospesi gli articoli del codice civile che impongono alle società con perdite rilevanti l'alternativa tra: la ricapitalizzazione per la copertura delle perdite e il verificarsi di una causa di scioglimento della società, ex art. 2484 c.c. Si consente pertanto a imprese che hanno perso il capitale sociale di continuare ad operare, senza limitare tale intervento a quelle perdite di capitale che siano attribuibili alla emergenza pandemica, non mancando peraltro opinioni in forza delle quali la regola farebbe riferimento non solo alle perdite di competenza economica del 2020 ma anche a perdite precedenti. La scelta del legislatore è poi, fra le altre, quella di rendere improcedibili le istanze di fallimento presentate dal 9 aprile al 30 giugno del 2020: verosimilmente l'intento è quello di impedire che vengano dichiarate fallite imprese che debbono la loro insolvenza (temporanea evidentemente) alla emergenza pandemica. Ma questo intento non poteva essere certamente raggiunto con la misura approvata: poiché anche il meno preparato degli operatori (come chi scrive) comprendeva che le istanze presentate nell'arco temporale predetto non potevano (visto che generalmente il creditore, per assicurarsi un esito positivo della istanza, allega un titolo esecutivo e pignoramenti negativi, e comunque ricorre alla istanza di fallimento come extrema ratio) afferire a crisi generate dalla pandemia appena sorta.

⁸ Ghedini – Russotto, *op. cit.* evidenziano come sorge in molti commentatori il fondato dubbio che ormai il CCII sia destinato a non entrare mai in vigore e che forse, al più, se ne prenderanno dei lacerti da inserire nella ormai martoriata legge fallimentare del 1942, il cui corpo è ormai segnato da innumerevoli innesti e cicatrici.

⁹ Rordorf, *op. Cit.*

¹⁰ M. Fabiani, I. Pagni, *Introduzione alla composizione negoziata, Fall.*, 12, 2021, 1483. V. anche P. Vella, *Le finalità della composizione negoziata e la struttura del percorso. Confronto col CCII*, in *Fall.*, 12, 2021, 1492, al cui compiuto percorso argomentativo si rinvia, che evidenzia come il nuovo strumento è capace d'esorcizzare i timori che erano sorti anche a seguito dello snaturamento, con la legge delega 19 ottobre 2017 n. 155 rispetto al progetto iniziale e alle raccomandazioni della Commissione Europea, e al tempo stesso di recepire la diversa visione portata dall'*early warning* europeo.

un intervento legislativo che si pone nel contesto di quelle ormai usuali normazioni c.d. spezzatino, lontane da una visione organica e complessiva quale doveva essere il codice crisi d'impresa.

Tuttavia, pur considerando alcune posizioni decisamente critiche che, per il vero, hanno alcune ragioni di verità¹¹, occorre porsi in un'ottica funzionale di comprensione e analisi del testo normativo, trattandosi di una riforma che, per il vero, introduce strumenti astrattamente idonei a superare la crisi (o pre-crisi) dell'impresa e che va attuata sul campo in maniera propositiva e proficua, perché, come è stato detto, è comunque una scommessa ambiziosa che non si deve perdere¹² e che, anzi, deve vedere l'impegno corale di tutti i protagonisti o attori chiamati a farlo funzionare. E ciò considerando che con la composizione negoziata il legislatore ha di fatto ridisegnato le relazioni e le interazioni con la concorsualità ordinaria ed un riposizionamento delle istituzioni della stessa concorsualità e delle conseguenti gerarchie regolatorie¹³.

Infatti, come notato in occasione della citata novellazione del 2005¹⁴, di fronte ad ogni riforma normativa di una certa rilevanza, che incide su settori vitali dell'ordinamento giuridico, l'atteggiamento del giurista, al di là degli opposti estremi della critica preconcepita, ad ostinata difesa dell'esistente, e dell'entusiastica adesione al *novum*, dovrebbe porsi in un'ottica obiettiva e sgombra da pregiudizi, per la quale vale certamente l'appello di un autorevole studioso, secondo cui *“ogni riforma dovrebbe essere valutata più con lo spirito costruttivo che deriva dalla constatazione che “qualcosa” è stato fatto, che con lo spirito critico derivante dalla valutazione che si potesse far di meglio”*, con la condivisibile precisazione, tuttavia, che *“maggior è l'attesa sottesa ad una determinata prospettiva di riforma, più cocente può essere la delusione per la inadeguatezza dei suoi esiti (...)*¹⁵.

¹¹ Ancora Ghedini – Russotto, che, nel contesto di *“una ratio di stampo decisamente liberistico e in piena controriforma rispetto alla ideologia che era sottesa al CCII”*, parlano di *“un istituto (la composizione negoziata della crisi d'impresa) del tutto privatistico che, grazie al providenziale e maientico esperto, dovrebbe garantire la individuazione di un percorso di fuoriuscita o composizione della pre-crisi, in difetto del quale si apre la autostrada a quattro corsie del concordato semplificato liquidatorio. Quest'ultimo è un concordato coatto con cessione dei beni senza alcun vincolo di soddisfazione dei chirografari e con ovvio effetto esdebitatorio”*

¹² F. Santangeli, *Il d.l. 118/2021. Spunti per la conversione*, www.dirittodellacrisi.it, 21 settembre 2021.

¹³ SI rinvia all'ampio e articolato studio di M. Ferro, *La composizione negoziata e il riposizionamento delle istituzioni della concorsualità giudiziale dopo il d.l. n. 118/2021*, *Fall.*, 2021, 1573 ss.

¹⁴ MI permetto di rinviare a G. Minutoli, *Quale futuro per il giudice delegato (la riforma del diritto fallimentare tra pretese di efficienza ed emarginazione della giurisdizione)* in *Fallimento*, 2005, 12, 1460.

¹⁵ S. Bonfatti, *La promozione e la tutela delle procedure di composizione negoziata della crisi d'impresa nella riforma della legge fallimentare*, in www.fallimento.ipsoa.it, 2005, 54.

2. Un primo approccio sistematico alla riforma del d.l. n. 118/2021.

Parlare di ruolo del giudice nella composizione negoziata della crisi d'impresa, istituto di nuovo conio introdotto a decorrere dal 15 novembre 2021 dal d.l. 24 agosto 2021 n. 118, significa porre l'accento su una delle sue caratteristiche qualificanti, in un'ottica di sostanziale degiurisdizionalizzazione della gestione della crisi stessa.

E' stato detto¹⁶, infatti, che la caratteristica più visibile della nuova composizione negoziata è la sua estraneità all'ambito giudiziale, in quanto la linea d'orizzonte prescelta è quella di un giudice non invasivo dinanzi all'impresa che prova darsi faticosamente un nuovo equilibrio, tanto da parlarsi di giurisdizione episodica¹⁷.

Ed è una prospettiva nel suo complesso non nuova, che ricalca normative, idee, dubbi che già sono stati dibattuti 16 anni fa, in occasione del citato d.l. 14 marzo 2005 n. 35.

Personalmente non sono un fautore monolitico della giurisdizionalizzazione spinta del diritto della crisi, essendo consapevole che i tempi sono maturi per la prospettiva *“che il giudice abbia un ruolo molto più defilato di quello al quale siamo stati abituati da molti decenni, e con la tesi secondo cui l'organo giurisdizionale (anche quello fallimentare), in quanto terzo ed imparziale, deve occuparsi di ciò cui è chiamato istituzionalmente, e cioè la tutela dei diritti e la composizione dei conflitti, non ingerendosi in profili meramente gestori o di amministrazione e senza essere influenzato dall'aver preso parte, in maniera più o meno invasiva, alle scelte di amministrazione”*¹⁸. E ciò è tanto più vero oggi, in un periodo in cui l'Istituzione giudiziaria, da tempo, troppo spesso (forse a ragione) viene vista dall'imprenditore che è in crisi (se non in insolvenza) come uno spauracchio, da cui nascondersi e da cui difendersi e a cui arrivare spessissimo troppo tardi, con ineluttabili destini: sensazione che potrebbe essere confermata dalla strutturazione attuale del Codice della crisi ancora non entrato in vigore che, rispetto alla proposta della Commissione Rordorf (con il tentativo di concepire gli istituti

¹⁶ S. Leuzzi, *Allerta e composizione negoziata nel sistema concorsuale ridisegnato dal D.L. n. 118 del 2021*, www.dirittodellacrisi.it, 28 settembre 2021.

¹⁷ R. Brogi, *Le autorizzazioni e la rideterminazione delle condizioni contrattuali*, *Fall.* 2021, 1548 ss.

¹⁸ Minutoli, *op. cit.* In una prospettiva storica, sul tema della imparzialità del giudice delegato, v. A. Patti, *L'imparzialità del giudice delegato*, in *Il Fallimento*, 2004, 990-997; M. Fabiani, *Giusto processo e ruolo del giudice delegato*, *ivi*, 2002, 271 ss. Si vedano anche gli interventi al Convegno *“Fallimento e giusto processo”* tenuto in Alba nel novembre 2001, pubblicati su *Fallimento* 2002, 3. La maggior parte degli studiosi ha evidenziato come il giudice delegato, nel sistema della legge del 1942, si occupasse in maniera eccessivamente penetrante della procedura concorsuale e che una sensibile riduzione dei suoi compiti fosse sostanzialmente conforme alle esigenze di efficienza e dinamismo delle procedure concorsuali: si veda, ad es., G. Lo Cascio, *Gli organi e la tutela giurisdizionale nella prospettiva di riforma*, *ivi*, 2004, 985, per il quale il modo di attivare e controllare l'espletamento delle attività delle procedure di fallimento, concordato preventivo e amministrazione controllata è eccessivamente complesso ed antiquato, impedendo quell'efficiente dinamismo senza il quale ormai è impossibile realizzare risultati economicamente utili.

dell'allerta e della composizione assistita per assolvere soprattutto ad una funzione di supporto per l'imprenditore in difficoltà, incoraggiandolo perciò ad avvalersene il più presto possibile) ha delineato *“un'impostazione alquanto più burocratica e proceduralizzata, scandita da una molteplicità di termini di adempimento e di soglie di rilevanza, in cui sembra quasi che l'imprenditore sia chiamato a giustificarsi e difendersi piuttosto che ad essere coadiuvato, in un contesto che rischia perciò di evocare il clima di una procedura prefallimentare, rafforzato dalla previsione dell'intervento finale del pubblico ministero in caso di cattivo esito dei tentativi di risanamento”*¹⁹.

Tuttavia, sono sempre convinto della perdurante necessità (o, quanto meno, opportunità) di un ruolo non marginale, pur se ridefinito, rimodulato e rimodernato, della giurisdizione: ciò se si vuole dare il giusto e necessario rilievo all'esigenza di tutelare sia le ragioni del debitore da eventuali abusi da parte dei creditori, sia questi ultimi (complessivamente considerati) da speculari abusi di strumenti procedimentali o giudiziari da parte del debitore medesimo²⁰. Sicché, seguendo autorevole dottrina, resta condivisibile l'affermazione secondo cui l'affidamento dell'esecuzione sul patrimonio del debitore esclusivamente o prevalentemente a dei privati, o comunque a soggetti che seguono logiche di interesse non pubblico e - in aggiunta - direttamente interessati alle modalità e all'esito della stessa, può in concreto alterare in maniera significativa l'equilibrio tra le rispettive posizioni giuridiche, cui il nostro ordinamento tende per coesistente ragione di esistenza e di funzionamento²¹. Senza dire che il Tribunale fallimentare (a dispetto del suo tetro nome) non deve essere il Tribunale della paura o dell'ineluttabile fallimento, ma il luogo della composizione dei conflitti, per l'appunto, e della tutela dei diritti (del debitore, dei creditori, del mercato), posto che, comunque, l'ordinamento giudiziario concorsuale, già oggi, prevede strumenti di gestione della crisi che possono essere utili nell'ottica dell'imprenditore e del risanamento dell'impresa.

3. Sintesi della disciplina della composizione negoziata.

¹⁹ Così acutamente Rordorf, *op. cit.* che scrive che “è come se quel cambio di passo insito nella cultura dell'early warning fosse riuscito solo a metà, e credo che ciò abbia non poco contribuito a riattivare l'antica diffidenza di molti nei confronti dei nuovi istituti ed a favorirne il differimento, in un momento nel quale invece, se essi fossero stati intesi e recepiti davvero come strumenti di supporto, le difficoltà generate dalla pandemia maggiormente ne avrebbe suggerito l'adozione.

²⁰ Si veda, in ordine al necessario collegamento tra incentivi ad una tempestiva emersione della crisi e successive responsabilità di coloro che hanno amministrato M. Fabiani e S. Leuzzi, *La tutela dei creditori tra allerta precoce e responsabilità*, 2021.

²¹ Cfr. G. Limitone, *Giudice delegato*, in M. Ferro, *Le insinuazioni al passivo*, Padova, 2005, I, 355.

Il d.l. n. 118/2021 delinea un istituto per il quale la Relazione illustrativa parla significativamente di “percorso”, non di procedura²² (nozione che, in genere, intercetta una natura giurisdizionale), anche se probabilmente l’aspetto terminologico deve passare in secondo piano rispetto a quello funzionale: un istituto caratterizzato, come prima accennato, dalla valorizzazione massima della negoziabilità, con l’ausilio e il coordinamento di un esperto indipendente e terzo, che (art. 2) in presenza di “*condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che rendono probabile la crisi o l’insolvenza*” e su richiesta dell’imprenditore stesso, “*agevola le trattative tra l’imprenditore, i creditori ed eventuali altri soggetti interessati, al fine di individuare una soluzione per il superamento delle condizioni di cui al comma 1, anche mediante il trasferimento dell’azienda o di rami di essa*”.

È possibile individuarne alcuni tratti salienti²³:

- a) La volontarietà: l’iniziativa spetta solo all’imprenditore, in un’ottica ben distante dai meccanismi di allerta del CCII, che possono essere attivati da soggetti terzi²⁴: quindi, è di tutta evidenza che la scommessa normativa si gioca innanzitutto sulla volontà dell’imprenditore di mettersi in gioco per trovare (auspicabilmente in tempi utili) una soluzione idonea a superare il presupposto oggettivo di squilibrio o crisi²⁵, pur con la “spinta gentile” di cui si è detto *supra* (nota 22).
- b) La tendenziale universalità: possono accedere alla composizione negoziata tutti gli imprenditori, piccoli o grandi che siano (anche quelli c.d. sottosoglia, ai sensi dell’art. 17), compreso l’imprenditore agricolo;
- c) Il ragionevole perseguimento del risanamento dell’impresa: e questo requisito prospettico (che per qualcuno potrebbe escludere la vera e propria insolvenza e la crisi conclamate e sembrerebbe

²² Una sorta di “interpretazione autentica” da parte di è stato protagonista della redazione delle norme si rinviene in Fabiani – Pagni, *op. cit.*, 1480, secondo cui “*il percorso di composizione negoziata non è una procedura concorsuale, ma esclusivamente un luogo dove il debitore entra volontariamente o per spinta “gentile”, quella dell’organo di controllo prevista dall’art. 15 d.l. n. 14/2021*”.

²³ Per una ampia riflessione sul tema rinvio a P. Vella, *op. cit.*, 1489 ss., anche in una prospettiva di collegamento con la direttiva *Insolvency* e di conformità alla stessa. V. anche M. Perrino, *Disciplina italiana dell’allerta e Direttiva Insolvency: un’agenda per il legislatore*, in AA.VV.: *Le nuove misure di regolazione della crisi d’impresa, Speciale Diritto della crisi*, novembre 2021, 16 ss.

²⁴ SI pensi all’obbligo di segnalazione degli organi di controllo societari del revisore contabile e della società di revisione, o a quello dei creditori pubblici qualificati (Agenzia delle entrate, l’Istituto nazionale della previdenza sociale e l’agente della riscossione).

²⁵ Nota Rordorf che “*E’ uno strumento del quale l’imprenditore può liberamente decidere di avvalersi per far sì che un soggetto terzo e professionalmente ben attrezzato favorisca le possibilità di una soluzione della crisi concordata con i creditori o, comunque, abbia un accesso più efficace e tempestivo alle diverse possibili procedure concorsuali previste dall’ordinamento. Uno strumento, dunque, che si sarebbe tentati di definire più “mite”, il ricorso al quale non inopportuno viene anche qui incoraggiato con misure premiali, ma che dovrebbe nel complesso apparire privo del carattere ancora un po’ arcigno presentato dall’allerta e dalla composizione assistita*”.

consentire l'accesso alla composizione solo a imprese ancora in attività, ovvero idonee al risanamento²⁶), per la sua genericità intercetta da subito notevoli criticità interpretative e di valutazione anche aziendalistica, oltretutto giuridica, intanto da parte dell'esperto²⁷ e poi, eventualmente, ad opera del Tribunale, al pari della ampia nozione di “*condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che rendono probabile la crisi o l'insolvenza*”²⁸.

- d) La stragiudizialità: il “percorso” di composizione negoziata si svolge lontano dalle aule del Tribunale e mai potrebbe farvi accesso, se non si chiedono misure protettive o cautelari e se lo sbocco è negativo senza richiesta di procedure concorsuali vere e proprie ovvero positivo con soluzioni del tutto negoziali. Infatti, a norma dell'art. 2 d.l. n. 118/2021 l'imprenditore che ha i requisiti soggettivi ed oggettivi prima indicati deve rivolgersi alla Camera di commercio nel cui ambito territoriale si trova la sede legale dell'impresa la nomina dell'esperto di cui al successivo art. 4, attraverso una piattaforma telematica nazionale prevista dall'art. 3. IL co. 6 di quest'ultima norma prevede che la nomina dell'esperto avviene ad opera di una commissione costituita presso le Camere di commercio dei capoluoghi di regione (e delle province autonome di Trento e Bolzano), sulla base degli elenchi di cui ai commi precedenti.
- e) Il ruolo istituzionale delle CCIAA sia nella fase iniziale (di nomina dell'esperto) che in quelle successive e finali, anche quanto ai profili di pubblicità
- f) La centralità dell'esperto/facilitatore²⁹, sia nella fase valutativa dei requisiti oggettivi e prospettici, che nei rapporti con il sistema fiscale e finanziario/creditizio³⁰, sia quale fonte informativa e consultiva del Tribunale nella fase della conferma delle misure cautelari e protettive, nella fase autorizzatoria e di rideterminazione delle clausole contrariali (v. artt. 10 ss. del decreto dirigenziale

²⁶ Ghedini – Russotto, op. cit.,

²⁷ Notano Ghedini – Russotto che “*a chi spetti giudicare la ricorrenza di tale, evanescente, presupposto non è chiaro: lo stesso esperto certamente deve verificare che non si tratti di imprese già decotte, ed in tale caso rinunciare all'incarico. Si tratta di un controllo molto labile, che non pare idoneo a evitare il rischio di abuso dello strumento, ovvero che imprese già in stato di insolvenza irreversibile si affaccino all'istituto e ne fruiscono fino a giovare del concordato semplificato, magari nelle more della composizione effettuando pagamenti preferenziali e spogliandosi dei propri cespiti senza alcun controllo*”.

²⁸ V., tra i tanti, A. Rossi, *Il presupposto oggettivo tra crisi dell'imprenditore e risanamento dell'impresa*, Fall., 2021, 1501 ss. Anche per un attento esame del concetto di “concrete prospettive di risanamento dell'impresa”

²⁹ R. D'Alonzo, *I compiti dell'esperto nella composizione negoziata tra adempimenti e scadenze*, www.dirittodellacrisi.it, 2021; A. Guiotto, *La figura dell'esperto e la conduzione delle trattative nella composizione negoziata della crisi*, Fall., 2021, 1527 ss.

³⁰ S. Leuzzi, *Allerta e composizione negoziata nel sistema concorsuale ridisegnato dal D.L. n. 118/2021* www.dirittodellacrisi.it, 28 settembre 2021: *l'idea della negoziazione professionale non è una invenzione bizzarra, ma l'adattamento di un archetipo: quello del mandataire ad hoc transalpino. L'esperienza attesta che i creditori non interloquiscono di buon grado con l'imprenditore moroso senza un valido diaframma.*

28 settembre 2021). Tuttavia, la monocraticità della funzione è oggetto di critiche in relazione a procedure caratterizzate da complessità anche per le dimensioni dell'impresa³¹. In tal senso, *“l'individuazione di un negoziatore attrezzato a comprendere le dinamiche del settore è aspetto basilare”*, posto che *“l'autorevolezza dell'esperto chiamato a condurre la ricerca delle soluzioni costituisce una precondizione affinché il nuovo istituto possa funzionare”*³². Va poi evidenziato come non è prevista una procedura di sostituzione a posteriori del professionista “inadatto”, ma solo la possibilità che entro tre giorni dalla comunicazione della convocazione le parti possano presentare osservazioni sull'indipendenza (non sulla professionalità) del facilitatore al segretario generale della camera di commercio, il quale riferisce alla commissione perché, valutate le circostanze esposte e sentito il professionista, se lo ritiene opportuno provveda ad un avvicendamento.

- g) La tendenziale speditezza. A tal proposito, numerosi sono gli indici lessicali sintomatici: a norma dell'art. 5, co. 5, *“l'esperto, accettato l'incarico, convoca senza indugio l'imprenditore per valutare l'esistenza di una concreta prospettiva di risanamento (...)”* fissando incontri con le parti interessate con cadenza periodica ravvicinata. E il co. 7 prevede che *“l'incarico dell'esperto si considera concluso se, decorsi centottanta giorni dalla accettazione della nomina, le parti non hanno individuato, anche a seguito di sua proposta, una soluzione adeguata per il superamento delle condizioni di cui all'articolo 2, comma 1.”*
- h) La riservatezza: a norma dell'art. 4, co. 7: *“tutte le parti coinvolte nelle trattative (...) rispettano l'obbligo di riservatezza sulla situazione dell'imprenditore, sulle iniziative da questi assunte o programmate e sulle informazioni acquisite nel corso delle trattative”*, per consentire all'imprenditore in difficoltà di poter tentare il risanamento senza che la sua situazione, se esternalizzata in maniera incontrollata, possa determinare reazioni pregiudizievoli dal sistema.
- i) La buona fede e la condotta collaborativa di tutte le parti coinvolte nelle trattative (tale condotta viene espressamente normativizzata e anche riguardo alle banche): ancora l'art. 4 prevede che *“4. Durante le trattative le parti si comportano secondo buona fede e correttezza. 5. L'imprenditore ha il dovere di rappresentare la propria situazione all'esperto, ai creditori e agli altri soggetti interessati in modo completo e trasparente e di gestire il patrimonio e l'impresa senza pregiudicare ingiustamente gli interessi dei creditori. 6. Le banche e gli intermediari finanziari, i loro mandatari e i cessionari dei loro crediti sono tenuti a partecipare alle trattative in modo attivo e informato. L'accesso alla composizione negoziata della crisi non costituisce di per sé causa di revoca degli affidamenti bancari concessi all'imprenditore. 7. Tutte le parti coinvolte nelle trattative hanno il dovere*

³¹ Nota condivisibilmente V. Zanichelli, *Gli esiti possibili della composizione negoziata*, in *dirittodellacrisi.it*, 2021, che *“la previsione della nomina di un solo esperto in luogo del collegio previsto dal Codice rende più agevole e quindi efficiente il rapporto con le parti ma è probabile che per la gestione dell'attività in caso di crisi di imprese di grandi dimensioni l'esperto non possa che utilizzare la facoltà di farsi coadiuvare da ausiliari”*.

³²

di collaborare lealmente e in modo sollecito con l'imprenditore e con l'esperto (...). Le medesime parti danno riscontro alle proposte e alle richieste che ricevono durante le trattative con risposta tempestiva e motivata".

Quest'ultimo aspetto è certamente condivisibile, ma forse nel contesto di un mondo ideale ed utopistico delineato in astratto dal legislatore, essendo essenziale per la buona riuscita della "scommessa" che tutte le parti coinvolte facciano lealmente la propria parte. Non a caso si parla anche di diritto concorsuale solidale.

E sempre facendo riferimento alla correttezza e buona fede deve valutarsi un altro aspetto importante dell'istituto: durante le trattative l'imprenditore conserva la completa gestione della propria impresa³³, con il solo limite, solo laddove vi sia probabilità di insolvenza, di dover evitare non già che vi sia pregiudizio per i creditori ma che sia pregiudicata la sostenibilità economico-finanziaria della impresa: è stato detto che il focus è tutto sull'imprenditore e sulla sua tutela, con scarso riguardo ai suoi creditori, siano essi privati o pubblici.

4. Il ruolo della giurisdizione. Le misure protettive e cautelari.

In un istituto (o percorso o procedura che dir si voglia) che assume caratteri pregnanti di negozialità e che tende sino a quando è possibile a rimanere fuori dalle aule giudiziarie anche in molti suoi possibili sbocchi, il coinvolgimento della giurisdizione è riservato ai momenti topici.

È stato osservato che *"ai giudici difficilmente il lavoro mancherà. Rimane ampia, molto poco accademica e piuttosto oscura e impervia la materia su cui dovranno soffermarsi, che si dipanerà dai limiti (se ve ne sono) della business judgment rule in ambito di assetti, agli inesplorati paradigmi della responsabilità (attiva ed omissiva), di amministratori e controllori, nella relativa definizione o indefinizione". Ed in effetti, la messa in ombra del magistrato non pare bilanciata da "impianto sanzionatorio immediato e automatico, idoneo a stigmatizzare senza indugio perlomeno alcune condotte tipizzabili fra quelle contrarie ai doveri di predisposizione degli assetti e di destinazione a tal fine di adeguate risorse, oltre che di cura della riservatezza e della segretezza nel quadro della mediazione eventualmente intrapresa"*³⁴.

Ciò premesso, l'intervento giudiziale attiene in primo luogo, ai sensi dell'art. 6 d.l. n. 118/2021, alle misure protettive del patrimonio, variamente declinate³⁵.

³³ F. Michelotti, *La gestione dell'impresa e il ruolo dell'esperto*, Fall., 2021, 1561 ss.

³⁴ Leuzzi, *op. cit.*, che cita anche la valutazione critica di P. Liccardo, *Neoliberalismo concorsuale e svalutazioni competitive: il mercato delle regole*, www.dirittodellacrisi.it.

³⁵ L. Baccaglini – F. De Santis, *Misure protettive e provvedimenti cautelari a presidio della composizione negoziata della crisi: profili processuali*, www.dirittodellacrisi.it, 12 ottobre 2021.

Nel sistema concorsuale vigente le misure protettive e cautelari esistono già: si pensi all'art. 15, co. 8, legge fall. in fase di istruttoria prefallimentare (il tribunale, ad istanza di parte (di regola il creditore) può pronunciare i provvedimenti cautelari o conservativi a tutela del patrimonio o dell'impresa oggetto del provvedimento, che hanno efficacia limitata alla durata del procedimento e vengono confermati o revocati dalla sentenza che dichiara il fallimento, ovvero revocati con il decreto che rigetta l'istanza): in tal caso, la misura in questione, chiesta anche dal creditore, è diretta a tutelare non solo l'impresa, ma anche le ragioni dei creditori stessi, sotto il profilo della conservazione della garanzia patrimoniale ex art. 2740 c.c. e della redditività e integrità aziendale; si pensi anche all'art. 168 legge fall. in tema di concordato preventivo (dalla data della pubblicazione del ricorso di concordato preventivo nel registro delle imprese e fino al momento in cui il decreto di omologazione del medesimo diventa definitivo, i creditori per titolo o causa anteriore non possano, sotto pena di nullità, iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul suo patrimonio, col necessario correttivo che le prescrizioni che sarebbero state interrotte dagli atti predetti rimangono sospese e le decadenze non si verificano) nel contesto dell'effetto cd. di *automatic stay*, esteso dall'art. 182 bis agli accordi di ristrutturazione dei debiti.

Nel sistema del d.l. n. 118/2021 e, quindi, nella composizione negoziata, l'art. 6 prevede che l'imprenditore può chiedere, con l'istanza di nomina dell'esperto o con successiva istanza presentata con le modalità di cui all'articolo 5, comma 1, l'applicazione di misure protettive del patrimonio (che possono produrre effetti, quanto meno in astratto, nei confronti di una platea indeterminata di destinatari (creditori e/o terzi).

È evidente, rispetto alla vigente legge fallimentare e al CCII, una sorta di "torsione" dal punto di vista dell'interesse ad agire, perché solo il debitore può chiedere quelle misure al fine di condurre a termine le trattative.

La caratteristica di tale istituto è che l'effetto protettivo si produce immediatamente in forza di una mera espressione di volontà dell'imprenditore (esternata attraverso la pubblicità camerale), ma ha natura provvisoria, perché destinato a venir meno in mancanza di un intervento dell'autorità giurisdizionale.

In realtà, come ha avuto modo di evidenziare uno dei primi Tribunali che si è occupato della questione (Trib. Brescia 2 dicembre 2021³⁶), *“l'intervento di stabilizzazione riservato al giudice, non a caso destinato ad essere veicolato entro un modulo procedimentale improntato a celerità e deformalizzazione, presuppone logicamente che un qualche effetto protettivo si sia già concretamente sprigionato, non ricorrendo alcunché, diversamente, né da confermare né da modificare”*. Ma tale effetto non è collegato solo alla pubblicazione dell'istanza di applicazione delle

³⁶ Con commento di F. De Santis, *Istanza di conferma delle misure protettive e coeva pendenza delle procedure giudiziali pattizie: primi rompicapi interpretativi (osservazioni a margine di Trib. Brescia 2 dicembre 2021)*, www.dirittodellacrisi.it, 2021.

misure e di nomina dell'esperto, ma anche alla accettazione del mandato da parte di quest'ultimo, posto che *“il percorso di composizione negoziata, il cui regolare dipanarsi dovrebbe essere garantito dalle misure protettive di cui si discute, può dirsi effettivamente avviato soltanto con l'accettazione dell'esperto, che di detto percorso costituisce il motore, essendogli “affidato il compito” sostanziale “di agevolare le trattative necessarie per il risanamento dell'impresa” (cfr. Relazione allo schema di decreto legge)”*.

È quindi essenziale da parte del Tribunale una prima verifica sulla tempestività dell'istanza di conferma, con riguardo ai dati fattuali or ora esposti.

Ciò posto, la misura protettiva per eccellenza è il divieto di azioni esecutive individuali e il divieto per i creditori di acquisire diritti di prelazione se non concordati con l'imprenditore; può anche individuarsi l'impossibilità di dichiarare il fallimento o di accertare lo stato d'insolvenza fino alla conclusione delle trattative o all'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata della crisi: ciò vuol dire che, durante questo periodo, la domanda di fallimento o di accertamento dello stato d'insolvenza può essere introdotta e (compatibilmente col principio di economia processuale) forse anche istruita – ma che comunque non può essere decisa nel senso del suo accoglimento. Si ritiene, fondatamente, che non sia possibile il ricorso a misure atipiche funzionali alla conduzione delle trattative, al di fuori di quelle previste dall'art. 6³⁷.

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

Quanto alle misure cautelari³⁸ (il cui riferimento immediato è all'art. 15, co. 8, legge fall.) può parlarsi della sospensione della segnalazione centrale rischi, della sospensione, *ex latere debitoris*, della esecuzione di uno o più contratti, senza una strumentalità con un giudizio di merito, trattandosi di misure genericamente necessarie per condurre a termine le trattative e che, incidendo sui diritti di terzo, necessitano del contraddittorio.

L'art. 7 disciplina la attivazione del Tribunale da parte dell'imprenditore e l'intervento del giudice. Ed è interessante notare che la competenza spetti al tribunale del luogo in cui ha sede l'impresa ai sensi dell'art. 9 legge fall., anziché al tribunale delle imprese (forse perdendo l'ennesima occasione per ulteriormente valorizzare la specializzazione dei giudici in una materia che diventa sempre più nevralgica e decisiva nell'economia nazionale e che potrebbe intercettare forti criticità nei tribunali medio-piccoli, in cui la promiscuità di funzioni è la regola).

³⁷ F. De Santis, *Le misure protettive e cautelari nella soluzione negoziata della crisi d'impresa*, *Fall.*, 2021, 1539.

³⁸ *Op. cit.*, 1540.

Si è poi ritenuto di accantonare il percorso – ritenuto tortuoso - degli artt. 54 e 55 CCII, per mutuare il collaudato modello del rito cautelare uniforme, anche in punto di reclamo³⁹.

Dal punto di vista procedimentale, emerge subito l'esigenza per il giudice di fissare con immediatezza l'udienza, previa la superiore verifica di tempestività del ricorso (che, lo si ricorda, deve essere depositato lo stesso giorno in cui l'istanza per l'applicazione delle misure cautelari è stata depositata alla camera di commercio). In caso di tardiva iscrizione a ruolo, è ipotizzabile un decreto *inaudita altera parte* d'inefficacia delle misure protettive. Ed analogo esito può avere l'esame preliminare della palese incompletezza della documentazione di supporto al ricorso, trattandosi di atti fondamentali per mettere il tribunale in condizione di verificare in prima battuta la domanda, fatta salva l'esigenza di eventuali integrazioni o chiarimenti rispetto a documenti comunque prodotti⁴⁰. E in tali casi è opportuno un provvedimento esplicito del giudice, che giustifichi in tal modo la mancata fissazione dell'udienza⁴¹: ciò anche ai fini della previsione (art. 7, co. 3) – da più parti definita singolare - secondo cui gli effetti protettivi prodotti dalla presentazione dell'istanza alla camera di commercio cessano se, nel termine di dieci giorni dal deposito del ricorso, il giudice non provvede alla fissazione dell'udienza (termine che si riferisce non alla data dell'udienza stessa, ma al decreto di fissazione): così facendo derivare ad un ritardo (od omissione) del giudice effetti pregiudizievoli per la parte istante.

Sui profili processuali si rinvia a studi più analitici.

Quel che qui interessa è sintetizzare il perimetro dei poteri valutativi e decisorii del giudice, per i quali sono possibili due approcci, qui sintetizzati seguendo il condivisibile percorso argomentativo di autorevole dottrina⁴².

³⁹ Art. 7, co. 7: I procedimenti disciplinati dal presente articolo si svolgono nella forma prevista dagli articoli 669-bis e seguenti del codice di procedura civile e il tribunale provvede in composizione monocratica con ordinanza comunicata dalla cancelleria al registro delle imprese entro il giorno successivo. Contro l'ordinanza è ammesso reclamo ai sensi dell'articolo 669-terdecies del codice di procedura civile.

⁴⁰ In tal senso ancora Trib. Brescia 2 dicembre 2021 cit., secondo cui “*il ricorso proposto si rivelerebbe comunque inammissibile anche a cagione dell'incompletezza delle allegazioni documentali che lo corredano, in relazione all'elencazione di cui all'art. 7, c. II, del D.L. n. 118/2021. E' stato infatti condivisibilmente osservato in dottrina che l'automatico prodursi degli effetti protettivi di cui all'art. 6 del D.L. n. 118/2021 non può non accentuare l'onere di allegazione e collaborazione dell'imprenditore il quale, depositando sollecitamente tutta la documentazione di cui all'art. 7, deve porre il giudice nella condizione di poter deliberare sin da subito la serietà del percorso di trattative iniziato oltretutto l'idoneità delle misure e dei provvedimenti richiesti a garantirne il regolare corso senza eccessivi sacrifici per i creditori: d'acché, l'incompleta produzione dei documenti richiesti dovrebbe produrre l'immediato arresto in rito del procedimento di conferma o modifica*” (nella specie, il ricorrente aveva “prodotto una situazione patrimoniale, economica e finanziaria aggiornata soltanto alla data del 30.11.2020 e quindi ad una data ben anteriore a quella di non oltre sessanta giorni prima il deposito del ricorso, avvenuto il 17.11.2021”).

⁴¹ De Santis, *op. cit.*, 1542.

⁴² Il riferimento è sempre a De Santis, *op. cit.*, 1546 s.

Secondo un primo modo di vedere (definito “funzionalista”), muovendo dalla natura marcatamente “privatistica” della procedura di composizione negoziata della crisi, si potrebbe giungere alla conclusione che la valutazione del tribunale debba limitarsi a (e concludersi con) la mera verifica:

- a) dell’attitudine delle misure protettive e/o dei provvedimenti cautelari a perseguire astrattamente la funzione loro propria, cioè la finalizzazione alla protezione delle trattative in vista del loro buon esito);
- b) dell’assenza di pregiudizi ingiustificati a carico dei creditori e dei terzi, secondo una tecnica di astratto “bilanciamento” degli interessi.

Secondo un approccio opposto (che, per comodità, può definirsi “teleologico”), il tribunale deve verificare:

- a) la concreta possibilità che, nella fattispecie concreta, le misure protettive ed i provvedimenti cautelari servano allo scopo suddetto;
- b) il bilanciamento degli interessi contrapposti tra esigenze dell’imprenditore e il concreto pregiudizio che, a seguito dell’applicazione delle misure, potrebbero subire tutti o alcuni tra i creditori ed i terzi, che ad esse si oppongono.

Il secondo approccio sembra preferibile (anche alla luce del decreto dirigenziale del Ministero della Giustizia 28 settembre 2021, che individua alcuni parametri valutativi tecnici), a pena di un arretramento della giurisdizione che relegherebbe il ruolo del giudice ad un mero notaio e che, al contrario, intercetta anche un più che opportuno (se non necessario) presidio contro possibili abusi dello strumento in esame. Tema, quest’ultimo, certamente stimolante e già affrontato nei primi precedenti giurisprudenziali e dottrinari⁴³.

Ma non deve comunque dimenticarsi che si tratta di valutazione a carattere sommario, propria delle procedure cautelari *lato sensu*, che ha come parametro di riferimento, per l’appunto, la idoneità delle

⁴³ Il tema è affrontato da Trib. Brescia, *cit.*, posto che nel caso deciso è stato individuato quale limite di accesso alla composizione negoziata, allo scopo di evitarne l’utilizzo strumentale la “pendenza del procedimento introdotto (...) con ricorso per l’ammissione al concordato preventivo, a fronte di un ricorso rinunciato ma rispetto al quale il Tribunale fallimentare non aveva ancora assunto un provvedimento di improcedibilità della domanda di concordato oggetto di rinuncia. Nel commento a tale provvedimento (citato nella nota 36) la dottrina ha evidenziato alcune criticità di tale profilo, con un possibile cortocircuito, ritenendo comunque che *il giudice designato ai sensi dell’art. 7, d.l. n. 118, può negare la conferma delle misure protettive di cui all’art. 6, commi 1 e 5, se ravvisa nella rinuncia alla pregressa domanda di concordato preventivo o di omologazione di un accordo di ristrutturazione il “sintomo” dell’abuso del diritto di negoziare nell’ambiente protetto del d.l. n. 118; il collegio in precedenza investito della domanda di concordato o di omologazione dell’accordo può, dal canto suo, ritenere che la rinuncia a tali domande rientri nel disegno “abusivo” di ritardare la dichiarazione di fallimento, e con ciò accogliere la domanda di fallimento, sul presupposto che, ai sensi dell’art. 23, comma 2, non si è mai incardinata una valida istanza di composizione negoziata della crisi (e, quindi, non si sono prodotti gli effetti dell’art. 6, comma 4, d.l. n. 118)”*.

misure in questione a garantire o favorire o proteggere il successo delle trattative in corso, valutati tutti i presupposti, ivi compreso lo stato di crisi e la funzionalizzazione al risanamento dell'impresa. Ed in tale contesto appare del tutto corretto il paragone con la valutazione di fattibilità giuridica e/o economica del concordato preventivo, ampiamente scrutinato nella prassi applicativa e nella riflessione dottrina, si da poter costituire una guida anche nei primi approcci.

5. Il potere autorizzatorio del Tribunale.

Una norma importante nel sistema del d.l. n. 118/2021 è l'art. 10, che delinea un novero di prerogative autorizzatorie in capo al Tribunale (sempre quello competente ai sensi dell'art. 9 legge fall.), affidando al "filtro" di delibazione dell'Ufficio giudiziario sia finanziamenti prededucibili (da parte di terzi o di soci o nel contesto di un gruppo di imprese) sia trasferimenti d'azienda⁴⁴.

Le autorizzazioni poggiano su due presupposti compenetrati:

- la funzionalità degli atti di cui si chiede l'autorizzazione alla continuità aziendale che possono assicurare
- la migliore soddisfazione dei creditori che in parallelo garantiscono.

Quindi, come notato in dottrina, la salvaguardia dell'esercizio d'impresa è propedeutica e funzionale alla massimizzazione dell'attivo e comunque ancillare alla tutela del credito, anziché finalizzati alla protezione dell'impresa in sé e per sé⁴⁵.

La decisione del tribunale (in composizione monocratica) avviene nel contesto di un procedimento camerale deformalizzato, sentite le parti interessate, assunte le informazioni necessarie anche da parte dell'esperto (v. al riguardo l'art. 10 decreto Dirigenziale del 28 settembre 2021), e provvedendo, ove occorre, alla nomina di un ausiliario ex art. 68 c.p.c. (delineandosi una netta distinzione tra esperto, che ausiliario del giudice non è, e la tradizionale figura tipizzata di soggetto che integra le conoscenze dell'organo giudiziario). Quindi, il giudice dovrà preliminarmente individuare eventuali parti interessate, cioè nella cui sfera giuridica possano prodursi gli effetti autorizzatori, direttamente ed indirettamente, tanto da aver fatto ritenere alla dottrina che, *"diversamente dalle misure protettive e cautelari dove lo stesso imprenditore può individuare selettivamente i soggetti da coinvolgere e nei cui confronti si chiede che le misure siano adottate, nelle ipotesi delle autorizzazioni di cui all'art.10, incidendo le medesime su atti strategici per la vita dell'impresa (finanziamenti e cessione dell'azienda) è verosimile che debbano essere coinvolti tutti i creditori fino a quel momento già"*

⁴⁴ L. De Simone, *Le autorizzazioni giudiziali*, in AA.VV., *Le nuove misure*, cit., 63 ss.

⁴⁵ Cfr. Leuzzi, *op. cit.*

*raccolti attorno al tavolo dell'esperto negoziatore. A costoro si aggiungeranno gli altri creditori che, sebbene non ancora convocati dinanzi all'esperto, vedono le proprie sfere giuridico-economiche direttamente influenzate dalla scelta dell'imprenditore in attesa di autorizzazione*⁴⁶.

Estremamente interessante è la previsione del co. 2, secondo cui, premesso che *“l'esperto può invitare le parti a rideterminare, secondo buona fede, il contenuto dei contratti ad esecuzione continuata o periodica ovvero ad esecuzione differita se la prestazione è divenuta eccessivamente onerosa per effetto della pandemia da SARS-CoV-2 (...), in mancanza di accordo, su domanda dell'imprenditore, il tribunale, acquisito il parere dell'esperto e tenuto conto delle ragioni dell'altro contraente, può rideterminare equamente le condizioni del contratto, per il periodo strettamente necessario e come misura indispensabile ad assicurare la continuità aziendale. Se accoglie la domanda il tribunale assicura l'equilibrio tra le prestazioni anche stabilendo la corresponsione di un indennizzo. Le disposizioni di cui al presente comma non si applicano alle prestazioni oggetto di contratti di lavoro dipendente*⁴⁷.

Si tratta di un istituto che (meritando specifico approfondimento in altra sede) intercetta problematiche attinenti al delicato campo dell'intervento del giudice sull'assetto negoziale (con correlato sacrificio di una delle parti contraenti) ed alla clausola generale della buona fede non solo in sede di conclusione del contratto, ma anche di sua esecuzione nel tempo⁴⁸: e, pertanto, impone una equilibrata e ponderata applicazione. Esso riguarda quei contratti inerenti all'esercizio dell'attività di impresa (necessari, quindi, per lo svolgimento della stessa) e che, in generale, dovrebbe costituire l'*extrema ratio*, per un periodo limitato ove si tratti di condizione essenziale per assicurare la continuità aziendale e l'obiettivo del risanamento, in caso di eccessiva onerosità sopravvenuta a cagione della situazione pandemica⁴⁹.

In effetti, la funzione “conservativa” dell'istituto è evidente, a fronte del rimedio radicale della risoluzione per eccessiva onerosità *ex art. 1463 c.c.*

⁴⁶ De Simone, *op. cit.*, 66.

⁴⁷ Il Decreto dirigenziale 28 settembre 2021 all'art. 11.2 precisa che, quando, in caso di insuccesso, l'imprenditore chieda al tribunale di rideterminare equamente le condizioni del contratto, l'esperto rende un parere nel quale, come elementi minimi, dovranno essere contenute indicazioni: - sul fatto che la misura richiesta nel ricorso dell'imprenditore consenta effettivamente di assicurare la continuità aziendale; - sul tempo minimo necessario perché questo avvenga. Solo nel caso in cui le parti vi abbiano acconsentito, il parere potrà contenere anche indicazioni circa le ragioni del fallimento delle trattative, se ciò sia utile al fine della valutazione del tribunale sulla richiesta dell'imprenditore. Quando sentito dal tribunale, l'esperto potrà, ove richiesto e nei limiti in cui i principi in punto di riservatezza lo consentano, esprimersi sulle ragioni dei soggetti incisi dal provvedimento.

⁴⁸ In linea generale, di recente, A. Pisani Tedesco, *Sopravvenienze, contratti di durata e intervento del giudice*, www.giustiziacivile.com, 25 gennaio 2021; F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione dei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996.

⁴⁹ Brogi, *op. cit.*, 1559. Si veda anche l'ampia riflessione di G. Lener, *Appunti sull'autonomia privata e sulla rinegoziazione nel d.l. n. 118/2021 in AA.VV., Le nuove misure*, cit., 170 ss.

In linea del tutto sommaria e generale può richiamarsi l'insegnamento della Suprema Corte, secondo cui il fondamento dell'istituto (nella specie riduzione giudiziale della penale) va ravvisato nella riconduzione - mediante l'equo contemperamento degli interessi delle parti - dell'autonomia privata nei limiti in cui essa è meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico, costituendo pertanto espressione dell'equità non già suppletiva bensì integrativa o più esattamente correttiva (Cass. 5 agosto 2002, n. 11780; Cass. SS.UU., 13 settembre 2005, n. 18128⁵⁰).

Si tratta di una valutazione complessa in capo al giudice nel cui quadro sembrano potere rilevare anche i c.d. "vantaggi compensativi". Rilevano, cioè, non solo le utilità stimate sulla base di una potenziale miglior soddisfazione nominale del credito monetario, ma anche quelle suscettibili di collegarsi, non tanto alla percentuale numerica del credito, ma alla posizione del suo titolare, nonché della singola sottocategoria nella quale costui si iscrive⁵¹.

6. Gli sbocchi della composizione negoziata.

⁵⁰ Le SS.UU. così affermano: *“La legge, nel momento in cui ha ampliato l'autonomia delle parti, in un campo normalmente riservato alla disciplina positiva, ha riservato al giudice un potere di controllo sul modo in cui le parti hanno fatto uso di questa autonomia. Così operando, la legge ha in sostanza spostato l'intervento giudiziale, diretto al controllo della conformità del manifestarsi dell'autonomia contrattuale nei limiti in cui essa è consentita, dalla fase formativa dell'accordo (...) alla sua fase attuativa (...). Un potere di tal fatta appare concesso in funzione correttiva della volontà delle parti per ricondurre l'accordo ad equità. Vi sono casi in cui la correzione della volontà delle parti avviene automaticamente, per effetto di una disposizione di legge che ne limita l'autonomia e che sostituisce alla volontà delle parti quella della legge (in tali casi l'accordo delle parti, che non rispecchia il contenuto tipico previsto dalla legge, non viene dichiarato nullo ma viene modificato mediante la sostituzione della parte non conforme); ve ne sono altri, in cui una inserzione automatica della disciplina legislativa, in sostituzione di quella pattizia, non è possibile perché non può essere determinata in anticipo la prestazione dovuta da una delle parti, che quindi non può essere automaticamente inserita nel contratto; in tali casi la misura della prestazione è rimessa al giudice, per evitare che le parti utilizzino uno strumento legale per ottenere uno scopo che l'ordinamento non consente ovvero non ritiene meritevole di tutela, come è reso evidente, proprio in tema di clausola penale, dal fatto che il potere di riduzione è concesso al giudice solo con riferimento ad una penale che non solo sia eccessiva, ma che lo sia "manifestamente", ovvero ad una penale non più giustificabile nella sua originaria determinazione, per effetto del parziale adempimento dell'obbligazione. In tale senso inteso, il potere di controllo appare attribuito al giudice non nell'interesse della parte ma nell'interesse dell'ordinamento, per evitare che l'autonomia contrattuale travalichi i limiti entro i quali la tutela delle posizioni soggettive delle parti appare meritevole di tutela, anche se ciò non toglie che l'interesse della parte venga alla fine tutelato, ma solo come aspetto riflesso della funzione primaria cui assolve la norma. Può essere affermato allora che il potere concesso al giudice di ridurre la penale si pone come un limite all'autonomia delle parti, posto dalla legge a tutela di un interesse generale, limite non prefissato ma individuato dal giudice di volta in volta, e ricorrendo le condizioni previste dalla norma, con riferimento al principio di equità. Se così non fosse, apparirebbe quanto meno singolare ritenere, sicuramente con riferimento all'ipotesi di penale manifestamente eccessiva, in presenza di una clausola valida (si ricordi che è valida la clausola ancorché manifestamente eccessiva), che l'esercizio del potere del giudice di riduzione della penale debba essere condizionato alla richiesta della parte, quasi che, a questa, fosse riconosciuto uno jus poenitendi, e, quindi la facoltà di sottrarsi all'adempimento di un'obbligazione liberamente assunta (quella appunto del pagamento di una penale che fin dall'origine si manifestava come eccessiva).*

⁵¹ In tal senso, Leuzzi, *op. cit.*

Il tema dei possibili esiti del “percorso” di negoziazione assistita può dirsi che rappresenti la cartina di tornasole della poliedricità dell’istituto, che solo con ingiusta semplificazione è stato definito da qualche commentatore come vera e propria anticamera del concordato semplificato, che costituirebbe, a sua volta, il vero obiettivo dell’imprenditore in difficoltà o crisi.

La realtà normativa è invero più complessa, offrendo una serie di soluzioni e di sbocchi la cui ricaduta pratica ed operativa costituirà l’essenza del successo o meno della novella⁵².

Infatti, la composizione può avere diversi esiti (di natura stragiudiziale ovvero giudiziale), che vengono disciplinati dall’art. 11 e che, al di là dell’ipotesi di sbocco negativo di cui si dirà, sono accomunati dal comune presupposto che sia stata individuata una soluzione idonea al superamento della situazione di cui all’articolo 2, comma 1 (cioè “*condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne rendono probabile la crisi o l’insolvenza*”). Ciò in quanto compito dell’esperto è quello di favorire un accordo che comporti l’esclusione del rischio di crisi o di insolvenza⁵³.

6.1 - Ci può essere, tuttavia, un preliminare esito negativo (previsto dal precedente art. 5), quando l’esperto non ravvisa concrete prospettive di risanamento, all’esito della convocazione o in un momento successivo: e ciò può derivare sia dalla situazione oggettiva dell’impresa che dall’atteggiamento di chi pure ha assunto l’iniziativa o, ancora ed in una fase più avanzata, dalla indisponibilità di uno o più creditori ad addivenire ad un accordo⁵⁴: in tal caso l’esperto ne dà notizia all’imprenditore e al segretario generale della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura che dispone l’archiviazione dell’istanza di composizione negoziata (art. 5, co. 5). In tal caso, ai sensi del co. 8-ter del citato art. 5, l’imprenditore non può presentare una nuova istanza prima di un anno dall’archiviazione stessa.

Ma, e soprattutto, l’archiviazione della composizione osta a che siano invocabili i benefici di cui all’art. 12 la cui fruizione presuppone un’iniziale valutazione dell’esperto circa la sussistenza di prospettive di risanamento, come meglio si vedrà.

6.2 – Può anche ipotizzarsi (pur non rinvenendosi nella legge alcun accenno) una ristrutturazione esclusivamente interna all’azienda, nel senso di una modifica delle modalità di gestione dell’impresa⁵⁵,

⁵² Si rinvia all’ampia disamina di L. Panzani, *Gli esiti possibili delle trattative e gli effetti in caso di insuccesso*, Fall., 2021, 1591 ss.

⁵³ Zanichelli, *op. cit.*, 6

⁵⁴ *Ivi*, 3.

⁵⁵ *Ivi*.

che si ritenga idonea a superare la crisi, anche se tra i possibili esiti dell'intervento dell'esperto non vi è l'archiviazione per intervenuto accordo e conseguente adozione di misure di tal fatta.

6.3 – Tornando alle previsioni dell'art. 11 d.l. n. 118/2021, ed al di là di quanto or ora esposto, la composizione può avere diversi esiti (di natura stragiudiziale ovvero giudiziale), che vengono disciplinati dall'art. 11 e che si applicano anche ai gruppi di imprese *ex art.* 13 (le imprese del gruppo⁵⁶, in esito alle trattative, possono stipulare, in via unitaria, uno dei contratti di cui all'articolo 11, comma 1, ovvero accedere separatamente alle soluzioni di cui alla stessa norma⁵⁷).

Tali esiti sono accomunati dal comune presupposto funzionale che sia stata individuata una soluzione idonea al superamento della situazione di cui all'articolo 2, comma 1 (cioè *“condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza”*). Ciò in quanto compito dell'esperto è quello di favorire un accordo che comporti l'esclusione del rischio di crisi o di insolvenza⁵⁸.

Cosa significa ciò?

Il ragionevole perseguimento del risanamento dell'impresa è il requisito prospettico che escluderebbe la insolvenza e la crisi conclamate e sembrerebbe consentire l'accesso alla composizione solo a imprese ancora in attività, ovvero idonee al risanamento⁵⁹; esso, per la sua genericità, intercetta da subito notevoli criticità interpretative e di valutazione anche aziendalistica, oltreché giuridica, intanto da parte dell'esperto⁶⁰ e poi, eventualmente, ad opera del Tribunale, al pari della ampia nozione di *“condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che rendono probabile la crisi o l'insolvenza”*. In sostanza, si tratta

⁵⁶ Ai fini dell'art. 13, costituisce gruppo di imprese l'insieme delle società, delle imprese e degli enti, esclusi lo Stato e gli enti territoriali, che, ai sensi degli articoli 2497 e 2545-septies del codice civile, esercitano o sono sottoposti alla direzione e coordinamento di una società, di un ente o di una persona fisica.

⁵⁷ Sui gruppi, v. N. Abriani e G. Scognamiglio, Crisi dei gruppi e composizione negoziata, www.dirittodellacrisi.it, 2021.

⁵⁸ Zanichelli, *op. cit.*, 6

⁵⁹ Ghedini – Russotto, *op. cit.*. Tuttavia (v. I. Pagni – M. Fabiani, *La transizione dal codice della crisi alla composizione negoziata (e viceversa)*, www.dirittodellacrisi.it, 2021, 12) l'art. 9 prevede che, quando, nel corso della composizione negoziata, risulta che l'imprenditore è insolvente ma esistono concrete prospettive di risanamento, lo stesso gestisce l'impresa nel prevalente interesse dei creditori. Restano ferme le responsabilità dell'imprenditore.

⁶⁰ Notano Ghedini – Russotto che *“a chi spetti giudicare la ricorrenza di tale, evanescente, presupposto non è chiaro: lo stesso esperto certamente deve verificare che non si tratti di imprese già decotte, ed in tale caso rinunziare all'incarico. Si tratta di un controllo molto labile, che non pare idoneo a evitare il rischio di abuso dello strumento, ovvero che imprese già in stato di insolvenza irreversibile si affaccino all'istituto e ne fruiscono fino a giovare del concordato semplificato, magari nelle more della composizione effettuando pagamenti preferenziali e spogliandosi dei propri cespiti senza alcun controllo”*.

di concetti che devono essere approfonditi con un interscambio di conoscenze tra nozioni giuridiche ed aziendalistiche.

6.4 - E questo presupposto funzionale è assolutamente interessante (anche per le eventuali conseguenze giudiziarie) nell'esame della prima ipotesi di sbocco (esclusivamente negoziale) prevista dall'art. 11, co. 1, lett. A) d.l. n. 118/2021: le parti possono concludere un **contratto**, con uno o più creditori, che produce gli effetti di cui all'articolo 14 (e, quindi l'applicazione di misure premiali per i debiti tributari) se, secondo la relazione dell'esperto di cui all'articolo 5, comma 8, è idoneo ad assicurare la continuità aziendale per un periodo non inferiore a due anni.

La norma è estremamente laconica e, quindi, mancando qualsiasi specificazione del contenuto dell'assetto negoziale in questione, trova massima esaltazione l'autonomia privata nei limiti generali dell'art. 1322 c.c. in effetti la struttura negoziale è amorfa e neutra (oltretutto coerente con la ordinaria disciplina del contratto in generale e dei contratti in particolare), rispetto a una molteplicità di contenuti e di programmazioni negoziali, alla possibilità di contratti distinti o di collegamenti negoziali o di contatti plurilaterali, ma non è neutra la causa: nel senso che comunque essa intercetta (la tensione verso) il risanamento dell'impresa: con l'ulteriore limite e la effettiva finalizzazione che l'impresa possa proseguire l'attività per almeno due anni (presupposto, quest'ultimo, per l'applicazione delle predette misure premiali fiscali). Circostanza, questa, attestata dall'esperto sotto la sua responsabilità con una valutazione prognostica, ma senza un riferimento normativo alla esigenza di tutela dei creditori (si pensi, al contrario, a quanto previsto dall'art. 104 legge fall. in tema di esercizio provvisorio, autorizzato "*se dalla interruzione può derivare un danno grave, purché non arrechi pregiudizio ai creditori*").

Si parla in dottrina⁶¹ di contratti di ristrutturazione, con ciò intendendosi i più diversi schemi contrattuali (tipi legali, tipi sociali, contratti atipici in senso stretto) caratterizzati da un elemento causale e da una funzione economica del contratto come accordo patrimoniale finalizzato alla ristrutturazione del debito. In sostanza, come è stato acutamente scritto, nelle situazioni di crisi, la contrattazione è riorganizzata come risorsa per la soluzione di quel problema. In questo senso, la ristrutturazione costituisce la funzione generale di una attività contrattuale complessa (la contrattazione) destinata a svolgersi in un periodo definito. Possono individuarsi contratti di ristrutturazione del debito, che presuppongono l'esistenza di rapporti obbligatori rimasti insoddisfatti (accordi sul pagamento a saldo e stralcio di alcuni crediti (in genere, dei fornitori); accordi sulla dilazione del pagamento di altri crediti (in genere, dei finanziatori); accordi sull'estinzione di altri crediti ancora attraverso prestazioni di utilità diverse dal denaro (art. 1197 cc): conversione del credito in titoli partecipativi od obbligazionari della

⁶¹ F. Di Marzio, *Crisi, contratti e ristrutturazione*, www.dirittodellacrisi.it, 2021, 16 ss.

società debitrice o di società, anche di nuova costituzione, in cui è fatto confluire l'attivo della società debitrice. E contratti di ristrutturazione dell'impresa, che si arricchiscono, sul piano causale, per lo scopo ulteriore del superamento della crisi d'impresa (accordi sull'organizzazione economica, che riguardano l'azienda: contratti di affitto o di vendita di rami aziendali. accordi sull'organizzazione giuridica, che riguardano la società debitrice: che può essere assoggettata a ricapitalizzazioni, operazioni di trasformazione, fusione, scissione).

Tornando alla previsione dello sbocco negoziale *ex art. 11, lett. a)*, quanto tale obiettivo (eventualmente con un respiro corto e temporaneo e svincolato da un vero e proprio risanamento dell'impresa) possa risultare appagante in situazioni di crisi che legittimerebbero ben altro esito è tutto da verificare, anche considerando che la prosecuzione dell'attività di impresa potrebbe in tal caso creare ulteriori esposizioni debitorie, aggravando la situazione iniziale; senza dire, come è stato notato, non è prevista la preveducibilità dei crediti nascenti dall'esecuzione del contratto: il che è un fattore di criticità all'adesione allo strumento pattizio, restando fermo il rischio di revocatorie in caso di successivo fallimento, non operando per il contratto in esame l'esenzione *ex art. 12 d.l. n. 118/2021*, prevista unicamente per quelli posti in essere nel corso delle trattative e non per le attività compiute dopo la conclusione delle stesse quali sono quelle collegate all'esecuzione del contratto⁶².

E più a monte residua il problema, per la parte inadempiente o in crisi, di ricostruire nel corso delle trattative un sufficiente tasso di fiducia circa la propria capacità di adempiere (ossia *“ripristinare una fiamma sufficientemente viva nella fiaccola del credito è operazione tutt'altro che facile”*⁶³). In tale contesto di criticità, emerge ancora una volta l'importanza del ruolo dell'esperto, oltreché il rispetto dei canoni generali di buona fede e correttezza nelle trattative (requisiti ormai normativizzati dall'art. 4).

In ordine, poi, ai rimedi giudiziali ipotizzabili nei confronti di questi contratti, vale il richiamo alla normativa generale sulle nullità ed invalidità contrattali. Infatti, abbiamo detto che si tratta di figure negoziali che non hanno una strutturazione diversa dalla ordinaria e generale figura del contratto disciplinato dal codice civile.

Premesso che ciascun atto di ristrutturazione del debito può rivelarsi dannoso per i creditori ad esso estranei (pregiudicandone ingiustificatamente gli interessi), viene subito in mente l'azione revocatoria,

⁶² Ancora Zanichelli, *op. cit.*, 7.

⁶³ Di Marzio, *op. cit.*, 6. *Ecco allora che i creditori a cui è chiesta la rinegoziazione del debito debbono recuperare fiducia nel debitore non soltanto sul piano interno alla loro relazione economica ma anche sul piano ad essa esterno. Debbono valutare in prospettiva l'efficacia dell'atto di ristrutturazione non solo rispetto alle specifiche (ed eventualmente accresciute) garanzie di adempimento del proprio credito ma anche rispetto alle possibili azioni revocatorie esperibili dagli altri creditori sull'accordo di ristrutturazione del debito e su ciascun atto esecutivo dello stesso.*

con la quale il creditore (estraneo al contratto) può domandare che siano dichiarati inefficaci nei suoi confronti gli atti dispositivi con cui il debitore pregiudichi le sue ragioni. Per tali contratti non dovrebbe operare l'esenzione *ex art. 12 d.l. n. 118/2021*, prevista unicamente per quelli posti in essere nel corso delle trattative e non per le attività compiute dopo la conclusione delle stesse quali sono quelle collegate all'esecuzione del contratto⁶⁴. È bene però ricordare che gli atti compiuti dall'imprenditore, e ciò al fine di tutelare l'affidamento dei terzi, non sono soggetti a revocatoria quando si tratta di atti, di pagamenti e di garanzie coerenti con l'andamento delle trattative e le prospettive di risanamento. Per prudenza, si è previsto che l'esenzione ricorra per i c.d. "atti normali", ovvero quelli indicati nell'art. 67, 2° comma, l.fall. e che l'esenzione si cumuli con quelle di cui al 3° comma della disposizione (ad esempio i pagamenti nei termini d'uso)⁶⁵.

Ma è da riflettere – sempre nell'ottica della tutela dei creditori non contrattualizzati – sulla possibilità di un'azione di nullità ai sensi dell'art. 1418 c.c., alla quale *ex art. 1421* è legittimato chiunque vi ha interesse (ferma la rilevabilità d'ufficio da parte del giudice). Ciò sotto il profilo della illiceità della causa, o della sua non riconducibilità ai presupposti funzionali previsti dalla legge, in quanto, come detto, il contratto *ex art. 11, co. 1, lett a)* deve essere finalizzato al superamento della crisi, deve essere stipulato nel contesto della buona fede (art. 4: *l'imprenditore ha il dovere di (...) gestire il patrimonio e l'impresa senza pregiudicare ingiustamente gli interessi dei creditori*), deve consentire una continuità aziendale per un periodo non inferiore a due anni.

6.5 - Un secondo sbocco stragiudiziale è dato dalla c.d. convenzione di moratoria nella versione di cui all'art. 182 *octies* legge fall., introdotto dall'art. 20 d.l. n. 118/2021, ripescando l'art. 62 CCII. Si tratta di un istituto negoziale che ha un oggetto vincolato e cioè la dilazione delle scadenze dei crediti, la rinuncia agli atti o la sospensione delle azioni esecutive e conservative e ogni altra misura che non comporti rinuncia (totale o parziale) al credito e che, in deroga agli articoli 1372 e 1411 del codice civile, alle condizioni indicate dalla norma, è efficace anche nei confronti dei creditori non aderenti che appartengono alla medesima categoria.

L'intervento giudiziale è eventuale ed attiene alla fase delle possibili opposizioni da parte dei creditori, decise con decreto motivato, reclamabile alla corte di appello, ai sensi dell'articolo 183.

Qui il ruolo del professionista qualificato *ex art. 67, c. 3, lett. d)*, l.fall., è centrale, dovendo egli verificare ed attestare non solo che la convenzione sia idonea a disciplinare provvisoriamente gli effetti della crisi ma anche che i creditori della medesima categoria non aderenti, cui vengono estesi gli effetti

⁶⁴ Ancora Zanichelli, *op. cit.*, 7.

⁶⁵ Pagni – Fabiani, *op. cit.*, 27.

della convenzione, subiscano un pregiudizio proporzionato e coerente con le ipotesi di soluzione della crisi o dell'insolvenza in concreto perseguite e, quindi, in definitiva, motivare sulla sostenibilità ed efficacia della soluzione.

6.6 - Ancora, la norma prevede, quale esito stragiudiziale, un accordo tra imprenditore e creditori, controfirmato dall'esperto, che produce gli effetti dell'art. 67, comma 3, lett. d), l.fall. (e quindi l'esenzione dalla revocatoria degli atti, dei pagamenti e delle garanzie posti in essere in esecuzione dello stesso) senza tuttavia che vi sia necessità di attestazione. Ma deve ritenersi che comunque, essendo il fine della composizione negoziata il risanamento dell'impresa, la sottoscrizione del contratto anche da parte dell'esperto responsabilizza quest'ultimo ad una previa verifica della veridicità dei dati aziendali e fattibilità del risanamento⁶⁶.

6.7 – Sono anche possibili esiti giudiziali della composizione negoziata, posto che l'imprenditore, all'esito delle trattative, può innanzitutto

- a) chiedere l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'art. 182 *bis* l.fall.
- b) predisporre un piano di risanamento attestato *ex art.* 67, comma 3, lett. d), l.fall.,
- c) accedere a una delle procedure di cui alla legge fallimentare,
- d) accedere al concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio, istituito di nuovo conio regolato dagli artt. 18 e 19 del Decreto.

Su tali istituti non ci si sofferma per ragioni di spazio, rinviando a specifici studi in materia.

7. La composizione negoziata tra negozialità e controllo giudiziale.

Il poeta latino Orazio, parlando della sua opera poetica, aveva scritto: *exegi monumentum aere perennius*.

Noi oggi – in un contesto di accelerazione continua della storia, delle vicende economico-sociali, di travolgente crisi derivante dalla pandemia ancora in atto e senza poter contare, di conseguenza, su codificazioni tendenti a durare decenni, come in passato - ci troviamo di fronte ad un “monumentino” normativo il quale, affrontando situazioni contingenti ma proiettandosi con una certa organicità in un futuro prossimo, deve essere assolutamente essere messo in condizione di funzionare al meglio, a pena di una possibile crisi sistemica assai pericolosa. Si tratta, infatti, come dicevo all'inizio, di una occasione che non possiamo perdere⁶⁷.

Per il vero, le abitudini pregresse sono dure a morire, con il rischio:

⁶⁶ v. *amplius* Panzani, op. cit., 1593 s.

⁶⁷ Sulla attualità e prospettive del nuovo istituto, si veda anche F. Santangeli, *Le finalità della composizione negoziata per le soluzioni della crisi d'impresa*, www.dirittodellacrisi.it, 2022.

- di un ceto, quello imprenditoriale, abituato a temere iniziative giudiziarie, e qualunque ingresso di terzi in situazione di crisi, che non sarà ancora sufficientemente invogliato ad adire la composizione negoziata⁶⁸;
- di una istituzione giudiziaria, che deve ancora di più mutare pelle e cercare, come nel caso delle procedure di sovraindebitamento, di perseguire un maggior *favor debitoris*, ma nel contemperamento delle esigenze di tutti i soggetti coinvolti.

Ed è proprio per questo che, a parere di chi scrive, residua la perdurante necessità (o, quanto meno, opportunità) di un ruolo non defilato, pur se ridefinito, rimodulato e rimodernato, del tribunale: ciò se si vuole dare il giusto e necessario rilievo all'esigenza di tutelare sia le ragioni del debitore fallito da eventuali abusi da parte dei creditori, sia questi ultimi (complessivamente considerati) da possibili rapporti di forza sbilanciati e violazioni della c.d. *par condicio creditorum*, formula che non esprime un concetto polveroso e desueto (pur se ormai ampiamente minato), ma un valore ancora attuale di trasparenza e di garanzia. E seguendo autorevole dottrina, può affermarsi che l'affidamento dell'esecuzione sul patrimonio del debitore esclusivamente o prevalentemente a dei privati, o comunque a soggetti che seguono logiche di interesse non pubblico e - in aggiunta - direttamente interessati alle modalità e all'esito della stessa, può in concreto alterare in maniera significativa l'equilibrio tra le rispettive posizioni giuridiche, cui il nostro ordinamento tende per coesistente ragione di esistenza e di funzionamento.

La prassi applicativa e la sfida lanciata alla indubbia professionalità e capacità delle diverse categorie chiamate a svolgere ruoli fondamentali nei nuovi istituti, *in primis* l'esperto, potrà senz'altro smentire tale iniziale preoccupazione⁶⁹, anche se, come ha notato la dottrina⁷⁰, ciò non deve comportare alcuna flessione in tema di tutela dei diritti ed anzi il ruolo del giudice come fattore di equilibrio fra gli altri organi della procedura e i creditori deve essere persino rafforzato, proprio in funzione di contrappeso rispetto alla maggiore elasticità gestionale accordata agli altri soggetti.

⁶⁸ R. Ranalli, *Il comportamento dell'imprenditore e il ruolo dell'esperto anche alla luce del decreto dirigenziale*, Fall., 2021, 1513 ss.

⁶⁹ Afferma A. Rossi, *Composizione negoziata della crisi d'impresa: presupposti e obiettivi*, www.dirittodellacrisi.it, 25 ottobre 2021, che si tratta di un istituto totipotente, unico per ampiezza di applicazione nell'ordinamento nazionale, destinato ad imprenditori commerciali ed agricoli, grandi e piccini, organizzati in gruppi o monadi, destinato dal legislatore a trattare qualsiasi situazione di crisi, anche la peggiore immaginabile: veramente uno strumento, anche se forse non del tutto veramente adatto al governo di *qualsiasi* situazione di crisi, i cui risultati, in questo contesto di intervento "quanto basta" dell'autorità giudiziaria, dipenderanno soprattutto dalla professionalità, dalla razionalità, dalla serietà, finanche dalla moralità delle persone coinvolte nel procedimento.

⁷⁰ Ferro-Fabiani, *op. cit.*, 135.