

Giacomo D'Attorre

Manuale di diritto della crisi e dell'insolvenza

SECONDA EDIZIONE



Giappichelli



PREFAZIONE ALLA SECONDA EDIZIONE

La seconda edizione del manuale esce a distanza di un solo anno dalla prima.

Le significative modifiche al Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza introdotte dal d.lgs. 17 giugno 2022, n. 83, in attuazione della Direttiva Ue 2019/1023, hanno imposto un doveroso aggiornamento dei contenuti per conservare la costante attualità dell'opera. L'intervento è stato anche l'occasione per una naturale revisione del testo, che ha tenuto conto dei contributi della dottrina e della giurisprudenza, delle esperienze professionali e, soprattutto, di quanto appreso dal confronto con gli studenti durante le mie lezioni universitarie.

Sono rimasti intatti l'approccio e la finalità del manuale, destinato agli studenti, perché possa essere un valido strumento di ausilio nello studio della materia. L'efficacia didattica continua ad essere la "stella polare" del manuale, ricercata attraverso la semplicità espositiva, la presenza di numerosi esempi chiarificatori e la costante rappresentazione delle esigenze alla base della disciplina normativa degli istituti, il tutto senza rinunciare al tentativo di stimolare la riflessione.

Dedico ancora una volta il manuale a Margherita e Angela, che mi accompagnano sempre con un sorriso che rende lieve il lavoro.

Salerno, agosto 2022

Giacomo D'Attorre

PREFAZIONE ALLA PRIMA EDIZIONE

Il diritto della crisi e dell'insolvenza ha subito nel corso degli anni rilevanti modifiche, non solo e non tanto per quanto riguarda il contenuto delle norme e dei singoli istituti, quanto soprattutto per la funzione ad esso assegnato. Non si tratta più solo di un insieme di regole dirette ad attuare in modo efficiente la responsabilità patrimoniale dell'imprenditore insolvente nell'interesse dei creditori, ma di un qualcosa di profondamente diverso. La normativa della crisi e dell'insolvenza è oggi la disciplina di una fase, sia pure delicata, della vita economica o imprenditoriale del debitore, della quale ne viene regolamentata allo stesso tempo la pianificazione, la gestione e l'esito, assicurando un ragionevole equilibrio tra le esigenze dei creditori, dei terzi, della collettività e dello stesso debitore. Così identificato, il diritto della crisi e dell'insolvenza è, ormai, un complesso di norme che si inserisce in modo organico nel diritto civile e nel diritto dell'impresa e che sempre più si allontana da un approccio meramente processuale ed esecutivo. Questo percorso, avviato già da tempo, ha segnato una tappa importante con la pubblicazione del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, con il quale è stata abrogata la legge fallimentare.

La diversa posizione del diritto della crisi e dell'insolvenza nel sistema normativo richiede un rinnovato approccio anche a livello manualistico, che non si limiti solo a dare conto delle modifiche introdotte dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza rispetto alla legislazione precedente, ma che sia invece basato su una diversa impostazione della materia, di cui si tenga conto tanto nell'impostazione generale della esposizione, quanto nell'esame dei singoli istituti. Questa è l'esigenza alla base della scelta di dare alle stampe il volume.

Il manuale è destinato agli studenti e si propone di essere uno strumento di ausilio nello studio della materia. Dire che il manuale è destinato agli studenti non è una formula di stile. Significa, anzitutto, che si è ricercata l'efficacia didattica anche attraverso la massima semplicità espositiva, pur senza rinunciare al tentativo di stimolare la riflessione. In questa prospettiva, si è corredato il testo di numerosi esempi chiarificatori e si è dedicato particolare spazio alla rappresentazione delle esigenze sostanziali alla base della disciplina normativa degli istituti ed al modo in cui gli stessi orientano concretamente la condotta dei soggetti nella realtà economica. La volontà di fornire un valido strumento di studio si è tradotta anche in una precisa scelta di esposizione del programma, decidendo in modo consapevole

di non seguire lo stesso ordine di trattazione degli istituti presente nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza laddove l'allontanamento dalla struttura codicistica sia stato ritenuto utile ad una migliore comprensione dello studente. Ad esempio, il procedimento unitario per l'accesso alle procedure di regolazione non è trattato in modo autonomo e le norme processuali che lo compongono sono esaminate al momento in cui viene affrontata la singola procedura; in tal modo, si è ricomposta, da un punto di vista espositivo, l'unitarietà di esposizione di ciascuna procedura, che viene illustrata in modo organico con riferimento al profilo processuale ed al profilo sostanziale.

Spero che il manuale, che è il frutto dell'attività didattica, del lavoro di ricerca e delle esperienze professionali sul campo, possa aiutare gli studenti nel comprendere e, ancor prima, apprezzare una materia solo apparentemente fredda, ma che in realtà vibra di vita e passione.

Dedico il lavoro a Margherita e Angela, per la pazienza con cui mi hanno accompagnato e per la gioia che mi trasmettono ogni giorno.

Salerno, gennaio 2021

Giacomo D'Attorre

CAPITOLO I

IL DIRITTO DELLA CRISI E DELL'INSOLVENZA

1. Premessa

Il diritto della crisi e dell'insolvenza comprende l'insieme delle regole che trovano applicazione quando si verifica una situazione di crisi o insolvenza del debitore, consistente in uno squilibrio di tipo economico, patrimoniale o finanziario.

Prima di esaminare il contenuto di questa disciplina, occorre interrogarsi sulle ragioni alla base della stessa e, per fare ciò, si deve partire dagli specifici problemi che si presentano nelle situazioni di crisi o insolvenza. È proprio l'analisi di queste esigenze a spiegare il *perché* ed il *come* del diritto della crisi e dell'insolvenza.

Crisi e
insolvenza

Quando la crisi non è ancora attuale, ma probabile, ed a maggior ragione quando si è ormai verificata, il primo rischio da evitare è il ritardo da parte del debitore nel rilevarla e nell'adottare iniziative idonee ad affrontarla. Questo ritardo, in genere, dipende da una non adeguata struttura organizzativa del debitore, ma può anche accadere che il debitore tenga condotte non corrette o non sia pienamente consapevole degli strumenti che la legge mette a sua disposizione. Il ritardo nella emersione dello stato di crisi o di insolvenza è sempre un fattore di aggravamento della condizione di difficoltà, rendendo più complessa e meno efficiente l'attività di risanamento dell'impresa e di salvaguardia dei valori aziendali e, in ogni caso, deprimendo i valori di realizzo dei beni.

Quando, invece, la crisi o l'insolvenza sono ormai manifeste, è probabile che i singoli creditori, in presenza di un patrimonio tendenzialmente insufficiente al loro soddisfacimento integrale e immediato, possano ricercare la soddisfazione del loro credito attraverso l'avvio di azioni esecutive individuali, con una triplice conseguenza negativa.

In primo luogo, azioni molteplici e non coordinate conducono alla disgregazione dei complessi aziendali, ove ancora esistenti, con impossibilità di una loro utile ricollocazione sul mercato. In secondo luogo, si crea-

no disparità di trattamento tra i creditori più attivi, che agiscono per primi ed ottengono un maggiore e più rapido soddisfacimento, e creditori meno reattivi o non ancora in condizione di far valere il proprio credito, che devono soddisfarsi su un patrimonio quantitativamente e qualitativamente residuale. In terzo luogo, la soggezione del debitore alle azioni esecutive dei creditori fino al loro completo soddisfacimento disincentiva lo stesso dall'avviare in futuro una nuova iniziativa economica, perché consapevole che difficilmente la nuova attività potrebbe reggere il peso anche dei debiti precedenti non soddisfatti, e, in ogni caso, gli impedisce di ritornare nel normale circuito del credito e delle relazioni commerciali.

Inadeguatezza delle regole sulla responsabilità patrimoniale e sulle esecuzioni individuali

Le regole sulla responsabilità patrimoniale e sulle esecuzioni individuali non sono adeguate per affrontare in modo efficace queste esigenze, perché, da un lato, intervengono tardi, quando la crisi o l'insolvenza si sono ormai aggravate, e, dall'altro lato, non forniscono criteri per disciplinare in modo efficiente il concorso delle singole azioni sul patrimonio del debitore e per individuare un limite alla soggezione dello stesso rispetto alle pretese dei creditori.

A ciò si aggiunga che la situazione di crisi e insolvenza del debitore coinvolge, allo stesso tempo ed allo stesso modo, tutti i creditori e non solo loro, ma anche gli altri soggetti ugualmente portatori di interessi o aspettative rispetto al patrimonio del debitore, come ad esempio i lavoratori. Occorrono, quindi, regole in grado di assicurare un approccio collettivo, che consenta a tutte le parti a vario titolo interessate di operare in un quadro di regole certe, che crei coattivamente una comunanza di interessi tra creditori potenzialmente in conflitto e che definisca gli obiettivi che devono orientare l'operato dei soggetti chiamati a gestire il patrimonio del debitore. L'effetto collettivo della situazione di crisi o insolvenza richiede, in altri termini, una speculare risposta collettiva.

Le risposte del diritto della crisi e dell'insolvenza

Il diritto della crisi e dell'insolvenza è la risposta dell'ordinamento a queste problematiche, rispetto alle quali opera in due direzioni principali.

In un primo momento, quando la situazione di crisi o di insolvenza può essere affrontata ancora con mezzi meno invasivi, il debitore ed i creditori, attraverso un prudente dosaggio di effetti premiali e sanzionatori, vengono incentivati a porre in essere una reazione attiva e ad utilizzare gli strumenti messi a disposizione dall'ordinamento per regolare la crisi o l'insolvenza in un contesto ordinato, trasparente e verificabile.

Poi, quando la situazione richiede interventi più decisi e radicali, si dispone l'intervento di un'autorità pubblica e l'imposizione di vincoli sul patrimonio del debitore, assicurando una composizione ordinata della crisi o dell'insolvenza e, all'esito, consentendo, a determinate condizioni, al debitore di potersi liberare dai propri debiti pregressi anche non soddisfatti (esdebitazione), in modo da offrirgli una seconda opportunità dopo un ragionevole periodo di tempo.

Nel contesto della disciplina normativa, la crisi e l'insolvenza sono considerati una fase, sia pure delicata, della vita economica o imprenditoriale del debitore; di questa fase il legislatore ne disciplina allo stesso tempo la pianificazione, la gestione e l'esito, assicurando un ragionevole equilibrio tra le esigenze, talvolta contrapposte, del debitore, dei creditori, dei terzi e della collettività. Quale sia il punto di equilibrio e di sintesi degli interessi al cui soddisfacimento le regole sono preordinate non può essere affermato in termini generali, perché dipende dalla tipologia del debitore, dalla maggiore o minore gravità della sua situazione, dalle condotte che il debitore stesso o i suoi creditori decidono di adottare.

Disciplina della pianificazione, gestione ed esito della crisi e dell'insolvenza

Questa varietà di risposte rende vano ogni ulteriore tentativo di spiegazione unitaria del diritto della crisi e dell'insolvenza, che può essere correttamente compreso solo analizzando i vari strumenti di cui la regolamentazione concretamente si compone.

2. I percorsi, gli strumenti e le fonti normative

I percorsi e gli strumenti presenti nell'ordinamento per far fronte al rischio di crisi e al verificarsi della crisi o dell'insolvenza sono molteplici e diversificati per presupposti, effetti, contenuto e finalità. Può essere utile in questa sede fornirne già un primo sguardo di sintesi, che ne delinea le principali caratteristiche, rinviando la trattazione analitica di ciascuno di essi ai capitoli successivi.

In primo luogo, ci sono le regole che presidiano ed agevolano il dovere del debitore di individuare ed affrontare in modo tempestivo il proprio stato di crisi. Queste regole si concretizzano innanzitutto nel dovere del debitore di adottare misure e assetti idonei a rilevare tempestivamente lo stato di crisi e di assumere senza indugio le iniziative necessarie per farvi fronte. L'attuazione di questo dovere è agevolata dalla possibilità di intraprendere anche la strada della composizione negoziata della crisi, che rappresenta un percorso di mediazione, affidato ad un esperto indipendente che ha il compito di facilitare le trattative tra l'imprenditore, i creditori e tutti gli altri soggetti interessati, al fine di trovare una possibile soluzione per il risanamento dell'impresa.

Dovere di tempestiva emersione della crisi e composizione negoziata

Vi sono, poi, gli strumenti negoziali di regolazione della crisi e dell'insolvenza: i piani attestati di risanamento, gli accordi di ristrutturazione dei debiti, la convenzione di moratoria, il piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione, il concordato preventivo ed il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio. Si tratta di strumenti riservati esclusivamente ai debitori che svolgono attività d'impresa e che, se pur diversi per disciplina applicabile e procedimento, sono tuttavia accomunati dalla loro natura negoziale, nel senso che si basano su una proposta del debitore

Strumenti negoziali

rivolta ai propri creditori; tale proposta ha per oggetto e scopo il soddisfacimento dei creditori in esecuzione di un piano economico-finanziario.

Procedure
di insolvenza

Altre procedure, previste soprattutto per i casi in cui lo squilibrio economico o finanziario si presenti nella forma più grave dell'insolvenza, prevedono, invece, che il patrimonio del debitore venga affidato ad un organo nominato dall'autorità giudiziaria o dall'autorità amministrativa, che provvede ad amministrarlo, a liquidarlo ed a ripartire il ricavato tra i creditori, oppure procede al tentativo di ristrutturazione economico-finanziario dell'impresa, oppure ancora opera la modifica coattiva della struttura finanziaria del debitore. Sono le procedure di liquidazione giudiziale, liquidazione coatta amministrativa e amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza, con le quali si organizza, in modo efficiente ed equo, il concorso dei creditori su un patrimonio generalmente insufficiente a consentire la loro integrale soddisfazione.

Procedure
di sovraindebitamento

Per affrontare la crisi e l'insolvenza dei debitori che non esercitano attività d'impresa commerciale medio-grande, ed il cui dissesto solitamente produce effetti più limitati e circoscritti rispetto a quello degli altri, sono previsti specifici strumenti: la ristrutturazione dei debiti del consumatore, il concordato minore e la liquidazione controllata del sovraindebitato. Queste procedure, definite procedure di sovraindebitamento, sono tra di loro differenti, in quanto le prime due hanno carattere negoziale, mentre l'ultima ha struttura non negoziale. In ogni caso, sono procedure diverse e semplificate rispetto a quelle previste per gli imprenditori commerciali medio-grandi, in quanto adattate alle dimensioni più ridotte dell'attivo e del passivo da gestire.

Anche le fonti normative del diritto della crisi e dell'insolvenza sono varie.

Codice
della crisi
d'impresa e
dell'insolvenza

Il testo normativo centrale è il "Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza" (d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14), che contiene la disciplina di tutti i doveri, percorsi, strumenti e procedure sopra descritti, ad eccezione della liquidazione coatta amministrativa e dell'amministrazione straordinaria. Il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (nel prosieguo, le disposizioni indicate con il solo numero dell'articolo debbono intendersi riferite al Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza), che ha abrogato e sostituito la precedente legge fallimentare (r.d. 16 marzo 1942, n. 267), contiene, tra l'altro, una serie di definizioni e la formulazione di principi generali, tendenzialmente applicabili, in quanto compatibili, anche agli strumenti non disciplinati dallo stesso.

Leggi speciali

Per la liquidazione coatta amministrativa, la disciplina si rinviene in parte nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza ed in parte nelle singole leggi speciali che regolamentano l'attività delle categorie di imprese soggette a questa procedura. Per l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza, la disciplina è dettata dal d.lgs. 8

luglio 1999, n. 270 per la sua versione “ordinaria”, e dal d.l. 23 dicembre 2003, n. 347, convertito in l. 18 febbraio 2004, n. 39, per la sua versione “speciale”.

3. Le procedure concorsuali

La maggior parte degli strumenti e delle procedure previsti nel diritto della crisi e dell'insolvenza può ricondursi alla categoria unitaria delle “procedure concorsuali”.

Anche se manca nell'ordinamento una definizione generale delle procedure concorsuali ed una loro elencazione, questa categoria è centrale nel sistema per due ragioni. Anzitutto, la locuzione “procedure concorsuali” è richiamata, sia nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (es.: artt. 6, 288, 360), sia in altre leggi (es.: art. 2499 c.c.), quale presupposto per l'applicazione di una specifica disciplina che ad essa fa riferimento. Inoltre, l'esame della nozione di procedure concorsuali permette di individuare e descrivere in modo unitario alcune caratteristiche che sono comuni a tutti gli strumenti in esse compresi, delle quali sono invece privi gli altri strumenti. Da ciò l'utilità di delinearne fin da questo primo approccio i tratti identificativi.

Importanza
della categoria

In termini generali, le procedure concorsuali sono le procedure nelle quali, attraverso l'intervento di un'autorità pubblica e l'imposizione di un vincolo di varia natura e intensità sul patrimonio del debitore, viene attuata la composizione coattiva dei rapporti tra il debitore e i suoi creditori.

Nozione

I profili presenti in tutte le procedure concorsuali, la cui congiunta ricorrenza consente di collocare uno strumento in questa categoria, sono tre: la presenza di un'autorità pubblica, il vincolo sul patrimonio e la regolamentazione coattiva dei diritti dei creditori nei confronti del debitore.

La presenza dell'autorità pubblica, che a volte è un'autorità giudiziaria e a volte è un'attività amministrativa, ha la funzione di garantire che la procedura si svolga nel rispetto delle regole prescritte e sia orientata al raggiungimento degli obiettivi individuati dalla legge.

Il vincolo patrimoniale limita, con diverso grado di intensità a seconda della procedura, il potere di disposizione del debitore sul suo patrimonio e, soprattutto, la possibilità per i creditori di iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sullo stesso. Per effetto di questo vincolo, il patrimonio del debitore è affidato alla gestione o al controllo degli organi della procedura in vista del suo utilizzo per la realizzazione delle finalità della procedura.

La regolamentazione coattiva dei diritti dei creditori determina che gli effetti dell'apertura della procedura si impongano, nella diversa misura prevista dalla legge per ciascuna procedura, a tutti i creditori di quel de-

terminato debitore, che sono organizzati come gruppo e assoggettati ad una serie di regole funzionali a disciplinare le rispettive pretese sul patrimonio del debitore e la gestione ordinata dello stesso.

Sostituzione della tutela individuale con la tutela collettiva Attraverso il sincronico operare dell'autorità pubblica, del vincolo sul patrimonio e della regolamentazione coattiva, le procedure concorsuali determinano la sostituzione della tutela individuale da parte del singolo creditore con la tutela collettiva, assicurata, a seconda dei casi, dall'azione degli organi della procedura o dalla soggezione di tutti i creditori a regole di gruppo omogenee, così consentendo la migliore e tendenzialmente paritaria soddisfazione degli stessi nel rispetto delle finalità della procedura.

Elencazione Sulla base dei profili comuni sopra individuati, pur in mancanza di una puntuale elencazione normativa e con alcune specificità per alcuni di essi, si può stabilire quali tra gli strumenti rientrano tra le procedure concorsuali. Essi sono: gli accordi di ristrutturazione dei debiti, la convenzione di moratoria, il piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione, il concordato preventivo, il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio, la liquidazione giudiziale, la liquidazione coatta amministrativa, l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenze, le procedure di sovraindebitamento. Non vi rientrano, quindi, i doveri del debitore in tema di tempestiva emersione della crisi, la composizione negoziata della crisi ed i piani attestati di risanamento.

Le procedure concorsuali possono, a loro volta, essere ordinate in distinte sotto-categorie sulla base di alcuni specifici aspetti che vengono presi in considerazione.

Procedure giudiziarie e procedure amministrative Quando si ha riguardo alla natura giudiziaria o amministrativa degli organi che le dispongono e gestiscono, si distinguono le procedure giudiziarie e le procedure amministrative. Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, la convenzione di moratoria, il piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione, il concordato preventivo, il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio, la liquidazione giudiziale e le procedure di sovraindebitamento sono procedure giudiziarie, mentre la liquidazione coatta amministrativa è una procedura amministrativa e l'amministrazione straordinaria è una procedura "mista".

Procedure volontarie e procedure coattive Se si fa riferimento all'iniziativa per l'accesso alle procedure, si distinguono quelle volontarie, nelle quali il debitore è l'unico soggetto legittimato a promuoverle, da quelle coattive, che possono essere disposte anche su richiesta di terzi e contro la volontà del debitore. Rientrano nella prima categoria gli accordi di ristrutturazione dei debiti, la convenzione di moratoria, il piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione, il concordato preventivo, il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio, la ristrutturazione dei debiti del consumatore, il concordato minore ed una variante "speciale" dell'amministrazione straordinaria; nella seconda sono comprese la liquidazione giudiziale, la liquidazione controlla-

ta del sovraindebitato, la liquidazione coatta amministrativa e la versione "ordinaria" dell'amministrazione straordinaria.

Altre classificazioni talora proposte per le procedure concorsuali non sono, invece, condivisibili.

Altre
classificazioni

In particolare, non è possibile tracciare una netta linea di demarcazione tra procedure liquidatorie, che mirano alla soddisfazione dei creditori attraverso la liquidazione del patrimonio del debitore, e procedure di risanamento, finalizzate alla conservazione dei complessi produttivi, perché nelle varie procedure coesistono, sia pure con modalità e priorità diverse, entrambi gli aspetti.

Allo stesso modo, la distinzione tra procedure orientate alla massima soddisfazione dei creditori e procedure orientate alla prioritaria tutela del debitore o di interessi-altri (es.: gli interessi dei lavoratori) non coglie la complessità della trama normativa, che nelle diverse procedure pondera i vari interessi, secondo criteri di temperamento che vanno valutati in modo analitico e non schematico.

La contemporanea presenza di una pluralità di interessi rilevanti impedisce, con riferimento alla categoria delle procedure concorsuali, anche una risposta unitaria alla domanda sulla loro finalità. Il confronto tra i diversi interessi (es.: creditori, debitore, lavoratori, fornitori, utenti, consumatori, collettività) avviene secondo modalità di composizione differenti nelle varie procedure concorsuali, talora basate su un parametro più netto, che individua l'interesse prevalente rispetto al quale gli altri devono cedere nel caso di conflitto, ed altre volte secondo criteri di ponderazione e bilanciamento, a loro volta variabili e diversificati. Le procedure concorsuali non hanno tutte una medesima finalità, ma ciascuna di esse ne ha una sua propria, che, a sua volta, mal si presta ad essere identificata in modo netto, ma richiede una trattazione più dettagliata, che meglio potrà essere compiuta quando di seguito le singole procedure saranno descritte in modo analitico.

Finalità

Indipendentemente dalla loro classificazione e dalle loro finalità, le procedure concorsuali condividono alcune caratteristiche omogenee, che le accomunano tra loro e, allo stesso tempo, le differenziano dagli altri strumenti non concorsuali e, soprattutto, dai procedimenti individuali di esecuzione forzata.

Caratteristiche
comuni

Una caratteristica comune a tutte le procedure concorsuali è la universalità o globalità, in virtù della quale la procedura tendenzialmente coinvolge l'intero patrimonio del debitore esistente al momento dell'apertura (salvo alcune eccezioni). In ciò si coglie una radicale differenza tra le procedure concorsuali e le procedure esecutive individuali: mentre le prime riguardano tutto il patrimonio del debitore, le seconde incidono soltanto su singoli beni. L'attuazione concreta di questa caratteristica dipende nello specifico dalle singole procedure e può, quindi, avere effetti differenziati

Universalità

sotto il profilo temporale, degli effetti e delle eccezioni, ma, in ogni caso, non vi è concorsualità se manca l'universalità.

Generalità

Altra caratteristica comune è la generalità, in quanto la procedura riguarda tutti i creditori esistenti al momento del suo avvio. Anche in questo le procedure concorsuali si differenziano dalle procedure esecutive individuali, nelle quali sono i singoli creditori a decidere se avviare o intervenire nel relativo procedimento, senza che nello stesso siano necessariamente coinvolti tutti gli altri creditori. Il grado effettivo di coinvolgimento dei creditori e gli effetti che si producono a loro carico sono disciplinati in modo differente nelle varie procedure, sempre però tenendo conto che non vi sono creditori che possano rimanere completamente estranei, nelle loro facoltà o diritti, rispetto all'apertura di una procedura concorsuale a carico del loro debitore.

Officiosità

Ulteriore caratteristica comune è l'officiosità, da cui deriva che le procedure si aprono o quantomeno vengono scandite nel loro svolgimento da un provvedimento dell'autorità pubblica (giudiziaria o amministrativa), la cui adozione determina il prodursi di determinati effetti nei confronti del debitore, dei creditori e dei terzi connessi alla procedura stessa. Anche per questo profilo l'intervento dell'autorità pubblica assume concretamente contorni e grado di invasività ben diversi nelle varie procedure, potendo essere il momento iniziale di una serie di fasi gestite o controllate dalla medesima autorità o da organi nominati dalla stessa, oppure potendo intervenire solo per accertare la sussistenza dei presupposti e delle condizioni di legge che consentono la produzione di determinati effetti.

Prima di concludere l'esame delle procedure concorsuali va svolta una precisazione.

Concorsualità
liquida

È vero che la categoria delle procedure concorsuali rappresenta un dato normativo rilevante ai fini dell'applicazione delle norme. Tuttavia, la concorsualità è una categoria "liquida", nella quale i confini tra concorsuale e non concorsuale sono permeabili, tanto da consentire contaminazioni applicative fra varie fattispecie non sempre astrette da vincoli classificatori. Detto altrimenti, non sempre vi è esatta corrispondenza tra il perimetro della concorsualità e l'area di applicazione delle regole concorsuali, perché in taluni casi l'applicazione di regole ed istituti concorsuali non presuppone più necessariamente la natura concorsuale della procedura. Di seguito, quando tratteremo della composizione negoziata e del piano attestato di risanamento (che non sono, come detto, procedure concorsuali) si apprezzerà l'utilità di questa precisazione.

4. Gli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza

Nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza è definita e disciplinata anche un'altra categoria, rappresentata dagli “strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza”. A differenza che per le procedure concorsuali, per questa categoria vi è un'espressa definizione normativa: gli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza sono “le misure, gli accordi e le procedure volti al risanamento dell'impresa attraverso la modifica della composizione, dello stato o della struttura delle sue attività o passività o del capitale, oppure volti alla liquidazione del patrimonio o delle attività” (art. 2, comma 1, lett. *m-bis*).

Definizione

Sulla base di questa definizione possono farsi rientrare nella categoria i seguenti strumenti: il piano attestato di risanamento, gli accordi di ristrutturazione dei debiti, la convenzione di moratoria, il piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione, il concordato preventivo, il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio e la liquidazione giudiziale.

Elencazione

Le procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento sembrerebbero non essere formalmente comprese tra gli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza. Tuttavia, per esse è comunque disposta l'applicazione, in quanto compatibili, delle disposizioni comuni dettate con riferimento agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza (art. 65, comma 2), così che l'estraneità rispetto alla categoria sarebbe più nominale che effettiva.

La liquidazione coatta amministrativa e l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza non vi rientrano perché sono disciplinate in modo esclusivo o concorrente da leggi diverse rispetto al Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza.

La composizione negoziata non rientra tra gli strumenti di regolazione della crisi, come reso evidente dal richiamato art. 2, lett. *m-bis*, che, dopo aver definito gli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza, precisa testualmente che gli stessi “possono essere preceduti dalla composizione negoziata della crisi”.

La categoria degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza non va confusa con quella delle procedure concorsuali, dalle quali se ne differenzia per perimetro applicativo e funzione.

Differenze con le procedure concorsuali

I rispettivi ambiti delle procedure concorsuali e degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza sono differenti, anche se in parte sovrapposti. Alcuni strumenti sono sia procedure concorsuali che strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza (gli accordi di ristrutturazione dei debiti, la convenzione di moratoria, il piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione, il concordato preventivo, il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio, la liquidazione giudiziale), altri sono sol-

tanto procedure concorsuali (le procedure di sovraindebitamento, la liquidazione coatta amministrativa e l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza), mentre altri ancora sono soltanto strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza (il piano attestato di risanamento).

Funzione Si è vista sopra quale sia la funzione della categoria delle procedure concorsuali. La categoria degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza ha, invece, la diversa funzione di individuare un insieme di regole comuni, che trovano tendenzialmente applicazione, pur con alcune limitazioni, per tutti gli strumenti inclusi nella categoria stessa. Il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza dedica un apposito Titolo a questa disciplina comune, che si compone di quattro tasselli: la giurisdizione (artt. 11 e 26), la competenza (artt. 27-32), la cessazione dell'attività del debitore (artt. 33-36), l'accesso alle procedure (artt. 37-55), cui può probabilmente aggiungersi anche la disciplina dell'accesso nel caso di debitore avente forma societaria (art. 120-*bis*).

Procedure concorsuali e strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza sono, pertanto, due categorie differenti, ma ambedue utili nella comprensione e corretta applicazione della disciplina.

5. I principi generali

Lo studio del diritto della crisi e dell'insolvenza deve partire dall'esame dei principi generali che governano la materia. Alcuni di essi sono formulati in modo espresso dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (artt. 3-11), mentre altri sono ricostruibili in via interpretativa sulla base del contenuto delle norme di dettaglio.

Campo di applicazione Il campo di applicazione dei principi generali è tendenzialmente generale. Essi operano, con alcune eccezioni ed i necessari adattamenti, in tutte i percorsi, le misure, gli strumenti e le procedure che compongono il diritto della crisi e dell'insolvenza, tanto se sono disciplinati dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, quanto se sono regolati da leggi differenti.

Funzioni I principi generali del diritto della crisi e dell'insolvenza assolvono una triplice funzione: a) integrativa, in quanto finalizzati a colmare lacune dell'ordinamento; b) normativa, perché diretti a fissare norme di disciplina della condotta; c) interpretativa, ossia orientata a guidare l'interpretazione di norme particolari.

Proprio questa funzione interpretativa spiega la centralità dei principi generali e la necessità di un loro esame preliminare rispetto a quello dei singoli strumenti. I principi, infatti, guidano lo sviluppo del percorso interpretativo secondo traiettorie conformi agli obiettivi ed ai valori da cui sono ispirati e di cui sono espressione, così consentendo di interpretare in modo coerente le singole norme di dettaglio.

I principi generali formulati in modo espresso dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza fissano, anzitutto, alcune regole di condotta che tutti i soggetti che partecipano alla regolazione della crisi o dell'insolvenza devono rispettare. Non si tratta – si badi – di semplici aspirazioni o di declamazioni teoriche, che consentono di sindacare le condotte delle parti solo sul piano etico, ma di norme direttamente applicabili alle singole fattispecie e la cui violazione determina conseguenze, anche sanzionatorie, concretamente apprezzabili sul piano giuridico. Il contenuto concreto dei principi varia, ovviamente, in relazione ai soggetti destinatari della regola ed allo strumento di regolazione in cui si colloca la condotta.

Obblighi dei soggetti che partecipano alla regolazione della crisi o dell'insolvenza

Un primo principio generale individua i doveri dell'imprenditore in tema di tempestiva emersione della crisi. Di esso si tratterà nel cap. II.

Un secondo principio generale riguarda sia la condotta del debitore, sia quella dei creditori, i quali “nella composizione negoziata, nel corso delle trattative e dei procedimenti per l'accesso agli strumenti di regolazione, ... devono comportarsi secondo buona fede e correttezza” (art. 4, comma 1). Malgrado l'imprecisione formulazione della norma, il dovere di buona fede e correttezza deve operare non solo nella fase di accesso, ma anche durante lo svolgimento e l'esecuzione degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza, dove l'esistenza di una “comunità” di creditori impone atteggiamenti collaborativi a tutte le parti.

Buona fede e correttezza

Il dovere di buona fede e correttezza impone di tenere un comportamento che, senza risolversi in un sacrificio apprezzabile per la parte agente, tenga conto anche degli interessi delle altre parti. A titolo di esempio, nelle procedure di tipo negoziale la buona fede non si traduce in un obbligo per i creditori di accettare acriticamente ogni proposta di soluzione che sia stata eventualmente prospettata dal debitore, ma impone un dovere di serena valutazione delle proposte, nonché di motivazione e di tempestiva comunicazione delle scelte assunte.

Per quanto riguarda le forme di tutela nei confronti delle condotte lesive della buona fede, le stesse vanno variamente modulate per garantire una effettiva tutela al soggetto danneggiato in relazione alla condotta illegittima. Le conseguenze possono, così, essere individuate nel risarcimento del danno causato dalla condotta illegittima, ma possono anche tradursi nell'inefficacia dell'atto con il quale si realizza la violazione.

Il contenuto del dovere di buona fede è poi specificato dal legislatore attraverso un'elencazione di condotte, declinate diversamente a seconda che riguardino il debitore o i creditori, che esemplificano una possibile concretizzazione dello stesso, cioè il modello di comportamento che l'ordinamento considera legittimo.

In particolare, il debitore ha il dovere di: a) illustrare la propria situazione in modo completo, veritiero e trasparente, fornendo ai creditori tutte le informazioni necessarie ed appropriate; b) assumere tempestivamente

le iniziative idonee, anche al fine di non pregiudicare i diritti dei creditori; c) gestire il patrimonio o l'impresa durante i procedimenti nell'interesse prioritario dei creditori; d) informare i soggetti sindacali delle rilevanti determinazioni assunte che incidono sui rapporti di lavoro e ciò anche se non previsto dalla legge o dai contratti collettivi (art. 4, commi 2 e 3).

In relazione ai creditori, invece, è posto il dovere di collaborare lealmente con il debitore, con l'esperto nella composizione negoziata e con gli organi nominati dall'autorità giudiziaria e amministrativa e di rispettare l'obbligo di riservatezza sulla situazione del debitore, sulle iniziative da questi assunte e sulle informazioni acquisite" (art. 4, comma 3).

Trattazione
unitaria

Accanto ai principi generali di carattere sostanziale, il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza formula in modo espresso anche alcuni principi generali di carattere processuale. Tra questi assumono rilievo centrale, sia da un punto di vista normativo che interpretativo, i principi della trattazione unitaria di tutte le domande di accesso agli strumenti di regolazione della crisi o dell'insolvenza e alle procedure di insolvenza e della priorità di trattazione della domanda diretta a regolare la crisi o l'insolvenza con strumenti diversi dalla liquidazione giudiziale o dalla liquidazione controllata (art. 7). Dell'applicazione concreta di questi principi si tratterà diffusamente in seguito (vedi cap. IV, par. 6; cap. V, par. 5; cap. VI, sez. 2, par. 5), ma qui è utile fornire una prima sintetica spiegazione della loro *ratio*. Si tratta, infatti, di principi differenti, ma che si coordinano per raggiungere il medesimo obiettivo, che è quello di assicurare, ove possibile ed in presenza di tutte le condizioni di legge, la prevalenza degli strumenti negoziali su base volontaria rispetto alle procedure liquidatorie a carattere coattivo, favorendo le definizioni negoziali della crisi e dell'insolvenza basate su accordi tra il debitore ed i suoi creditori.

Altri principi generali disciplinati in modo espresso dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (artt. 5-11) si traducono, invece, in una serie di previsioni di dettaglio di contenuto analitico, così da renderne opportuna la trattazione nei successivi capitoli, nei quali si affronteranno i procedimenti cui queste regole si riferiscono.

Celerità

Passando ai principi inespressi, che si desumono attraverso un procedimento di generalizzazione da norme particolari del sistema, può certamente rinvenirsi tra questi il principio di celerità, che impone lo svolgimento e la conclusione delle procedure e degli strumenti di regolazione della crisi o dell'insolvenza nel minore tempo possibile.

Le ragioni che si pongono alla base di questo principio hanno carattere intuitivo. Vi è, anzitutto, l'interesse dei creditori ad ottenere la soddisfazione delle proprie pretese non solo nella misura percentuale più elevata, ma anche con la tempistica più rapida. Accanto all'interesse dei creditori, vi è inoltre l'interesse del sistema economico generale ad ottenere il più celere rientro dei beni compresi nel patrimonio del debitore

nel normale circuito economico e produttivo, attraverso la liquidazione o comunque la definizione delle procedure.

Questo principio di celerità si esprime in puntuali norme di comportamento indirizzate a tutti i soggetti che partecipano alla regolazione della crisi e dell'insolvenza, siano essi il debitore, gli organi delle procedure o gli stessi creditori. L'attuazione concreta è, inoltre, favorita dalla regola per cui le controversie in cui sia parte un organo nominato dall'autorità giudiziaria o amministrativa negli strumenti di regolazione della crisi o dell'insolvenza o comunque un soggetto nei cui confronti è aperta una procedura prevista dal Codice della crisi o dell'insolvenza devono essere trattate con priorità rispetto alle altre, così da assicurare tempi dei giudizi più rapidi (art. 5, comma 4).

6. La *par condicio creditorum*

Principio generale del diritto della crisi e dell'insolvenza è quello della *par condicio creditorum*, in forza del quale i creditori vanno soddisfatti in eguale proporzione sul patrimonio del loro debitore.

Nozione

Il principio della *par condicio creditorum* opera in tutti gli strumenti che rientrano nella categoria delle procedure concorsuali, con la sola eccezione degli accordi di ristrutturazione debiti, dove è assente, almeno nel significato che normalmente gli si attribuisce.

Questo principio, non formulato espressamente, ma ricavabile in modo saldo da diverse norme di dettaglio, assume un ruolo fondamentale nella disciplina della crisi e dell'insolvenza. Esso impone di trattare i creditori in modo eguale, secondo un criterio di proporzionalità fra l'ammontare del credito di ciascuno e l'ammontare complessivo dei crediti, in modo che tutti i creditori – salve le cause di prelazione e le altre eccezioni di legge – subiscano in eguale misura la riduzione e la compressione dei loro diritti nei confronti del debitore.

La crisi o l'insolvenza del debitore è, come detto, un fenomeno collettivo e tutti i creditori devono subirne, in misura eguale, le conseguenze. Quando il patrimonio del debitore non è sufficiente a soddisfare in misura integrale e con immediatezza le pretese dei creditori, i beni vanno ripartiti secondo un criterio di proporzionalità, parametrato sul credito da ciascuno vantato, per assicurare la parità di trattamento tra i creditori. In questo modo, si sostituisce al criterio della priorità cronologica operante nell'esecuzione individuale (i creditori vengono soddisfatti nell'ordine nel quale avanzano la richiesta di pagamento), il criterio di proporzionalità (i creditori vengono soddisfatti in proporzione al rispettivo credito).

Funzione

Il principio della *par condicio creditorum* contribuisce in modo centrale alla definizione della struttura e delle modalità di svolgimento delle

procedure concorsuali, nelle quali l'apposizione del vincolo sul patrimonio del debitore e l'intervento dell'autorità pubblica consentono di procedere ad una regolamentazione coattiva dei rapporti tra tutti i creditori ed il debitore. Tale regolamentazione coattiva avviene, appunto, nel rispetto della parità di trattamento dei creditori, che di fatto si traduce nella predisposizione di piani di riparto nei quali i creditori sono ordinati nel rispetto del descritto criterio di proporzionalità. I creditori non ottengono, così, la soddisfazione dei propri crediti attraverso azioni individuali, che disgregano il patrimonio del debitore e creano diseguaglianze tra i creditori, ma ricevono il soddisfacimento dagli organi della procedura o, comunque, sotto il controllo degli stessi, concorrendo in modo proporzionale sul patrimonio del debitore messo loro a disposizione.

Deroghe Il concreto operare e dispiegarsi degli effetti della *par condicio creditorum* è, però, temperato da alcune deroghe.

Già nelle esecuzioni individuali, ai creditori partecipanti è riconosciuto eguale diritto di essere soddisfatti sui beni del debitore, ma salve le cause legittime di prelazione (art. 2741 c.c.), e così anche nelle procedure concorsuali la parità di trattamento va attuata rispettando il diverso rango dei crediti. Le somme ricavate dal patrimonio del debitore vanno, infatti, distribuite secondo un ordine di distribuzione, che tenga conto del fatto che non tutti i crediti hanno la stessa natura, in quanto essi si articolano in diverse categorie proprio in ragione della natura degli stessi, a cui corrisponde uno specifico rango attribuito dalla legge, cioè una ragione ed un titolo di preferenza di un credito rispetto a tutti gli altri crediti che hanno una differente natura. In forza di ciò, la distribuzione delle somme dell'attivo concorsuale deve prevedere prima il pagamento dei crediti prededucibili, poi dei crediti privilegiati nei limiti del valore su cui il privilegio opera, a seguire dei crediti chirografari e, infine, dei crediti postergati. Non esiste, quindi, parità assoluta tra i creditori, ma parità relativa, nel senso che il criterio di proporzionalità opera pienamente solo tra i creditori appartenenti alla medesima categoria.

Sono, inoltre, possibili ulteriori deroghe alla *par condicio creditorum*, come ad esempio la possibilità nei concordati di suddividere i creditori della stessa categoria in classi differenti, con possibilità di trattamenti differenziati tra i creditori delle diverse classi. In questi casi, l'ambito di applicazione della *par condicio creditorum* si riduce ulteriormente, non attuandosi nemmeno tra i creditori della medesima categoria, ma tra i soli creditori della categoria inclusi nella stessa classe.

Va, tuttavia, rimarcato che, anche se per effetto dell'operare delle cause legittime di prelazione e della possibilità di suddividere i creditori in classi nei concordati il campo di applicazione viene limitato, il principio della *par condicio creditorum* resta un insostituibile cardine delle procedure concorsuali, in quanto determina le regole organizzative che di-

sciplinano il concorso di pretese potenzialmente incompatibili sul patrimonio del debitore.

7. Origini ed evoluzione del diritto della crisi e dell'insolvenza

L'attuale sistema normativo è il risultato – a sua volta provvisorio – di una lunga evoluzione del diritto della crisi e dell'insolvenza. La conoscenza di questo cammino, almeno nei suoi tratti essenziali, aiuta a comprendere meglio le ragioni alla base delle scelte di fondo che ispirano la disciplina in vigore e le stesse regole operative attraverso le quali queste scelte si manifestano e si concretizzano.

L'origine storica della regolazione del diritto della crisi si colloca nelle legislazioni statutarie delle città italiane del basso medioevo, quale espressione della classe mercantile ormai prevalente nel contesto economico e politico. Lo sviluppo dei traffici commerciali, fondato sulla reciproca fiducia tra i mercanti e sull'utilizzo dei primi strumenti di credito, non doveva essere turbato dall'inadempimento delle obbligazioni, che metteva in dubbio l'ordinato svolgimento delle attività e lo stesso sistema di valori su cui si fondava. In questo contesto, l'introduzione di istituti giuridici riconducibili a quelle che oggi definiamo come procedure concorsuali aveva una duplice funzione economico-sociale: predisporre strumenti efficaci per tutelare tutti i creditori pregiudicati dall'inadempimento del mercante e creare un clima di riprovazione sociale nei confronti del mercante responsabile dell'inadempimento.

Origine
nel basso
medioevo

Queste funzioni spiegano le principali caratteristiche che assunsero le procedure concorsuali fin da loro primo apparire: a) applicazione al solo caso in cui il debitore fosse un mercante; b) carattere fortemente afflittivo-sanzionatorio a carico del mercante insolvente, espulso anche "fisicamente" dal mercato e colpito sul piano della libertà personale; c) adeguamento delle regole delle procedure esecutive individuali alle differenti esigenze poste dal contemporaneo concorso di una pluralità di creditori su un unico patrimonio.

Le caratteristiche descritte si conservarono nei loro tratti essenziali, pur se con le inevitabili modificazioni, nelle epoche storiche successive e furono presenti anche nel Codice di Commercio del 1882, dove però, in coerenza con le esigenze della classe borghese dominante, si procedette ad una valorizzazione degli strumenti negoziali e ad una mitigazione delle sanzioni nei confronti del debitore.

Codice di
Commercio
del 1882

All'esito di diversi progetti di riforma rimasti inattuati, nel 1942 venne pubblicata la nuova legge fallimentare (r.d. 16 marzo 1942, n. 267), che disciplinava in maniera organica le procedure concorsuali all'epoca

Legge
fallimentare
del 1942