

Giuseppe Fauceglio

Il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza

Aggiornato al d.lgs. 17 giugno 2022, n. 83

TERZA EDIZIONE



Giappichelli

PRESENTAZIONE ALLA TERZA EDIZIONE

In appena quattro anni questa è la terza edizione de “*Il nuovo diritto della crisi e dell’insolvenza*”, sì che l’attributo “nuovo” finisce per perdere ogni connotazione temporale: ciò che l’altro ieri appariva tale, oggi ha già il sapore del “vecchio”, in attesa della nomina di nuove commissioni e nuovissime riforme. In questa realtà distopica, che ricorda quella di “*Blade Runner*” diretto da Ridley Scott, in soli quattro anni sono state stampate decine di migliaia di pagine (monografie, saggi, note a sentenze) e altrettante pubblicate nelle riviste *on-line*, nello stupore meravigliato ed interessato degli editori e degli organizzatori di convegni e seminari. Una buona parte ha riguardato norme che hanno conosciuto una breve stagione, basti pensare agli istituti di allerta e alla composizione assistita della crisi, e chi ne ha meravigliato l’importanza, con lo stesso immutato entusiasmo, ne ha salutato la scomparsa.

Un periodo di crisi, come quello che stiamo vivendo, stretto tra gli effetti di una pandemia devastante quanto inaspettata e l’esplosione di una guerra nel cuore dell’Europa che ha riportato indietro l’orologio della Storia, richiederebbe una maggiore e più stabile consapevolezza del legislatore. Vi è che la crisi globale dei mercati non speculativi (sul fiorire di quelli finanziari andrebbe svolta, invece, una più approfondita disamina) e dei sistemi produttivi ha significativamente determinato il tramonto di una concezione atomistica della crisi dell’impresa, senza che a questo seguisse una netta indicazione di nuovi punti cardinali. L’impianto della disciplina della crisi e dell’insolvenza, storicamente sviluppatosi nella fenomenologia delle esecuzioni collettive di tipo disgregativo, non ha ancora trovato una propria vera alternativa, se si esclude la progressiva consapevolezza, a partire dai primi anni duemila, della necessità di salvaguardare il valore residuale e, a volte, solo potenziale dell’impresa. Il rapporto tra l’accanimento terapeutico e l’esigenza di mettere in salvo il “valore” rinveniente nell’esercizio dell’attività, ha di fatto comportato la moltiplicazione degli strumenti, in una dimensione che ricorda il furore classificatorio degli entomologi. Gli strumenti di risoluzione della crisi finiscono, però, per sovrapporsi nello svilupparsi di un medesimo presupposto concettuale, in un universo indistinto in cui pre-crisi, crisi, insolvenza, insolvenza prospettica, insolvenza irrimediabile finiscono per scolorirne i presupposti dell’accesso, lasciando agli attori il proscenio di una scelta tra le tante possibili.

Il succedersi di norme, in un brevissimo arco temporale, a volte tra loro elidenti e contrastanti gli stessi principi ispiratori, ora orientate alla tutela del valore residuo dell'impresa e del patrimonio del debitore, ora alla salvaguardia degli interessi dei creditori (il tutto condito da un pizzico di tutela ambientale, il che non fa male soprattutto nella prospettiva dei concorsi universitari *à la page*) resta il grandioso affresco del naufragio di ogni forma di sistemazione o di relazione tra le "parti" dell'ordinamento, che ha finito per non appoggiarsi sulla cura estrema del "particolare" o sulle distinzioni, pervenendo a delineare soltanto l'immagine del possibile. Non appare, così, più praticabile la strada, sempre difficile e tortuosa, della ricerca del "sistema" o sul "sistema", ciò comportando – per dirla con Novalis – un'anarchia in cui la stessa assenza di "sistema" va, forse, ricondotta "a sistema". Vi è, allora, che proprio il frammento e la scheggia, offerti dalle singole disposizioni o dal singolo istituto, rappresentano quel particolare che va indagato con sguardo il più possibile acuto, senza che ciò comporti "un filosofeggiare al minuto" (*in Kurzen Stücken*) che sembra dominare in un periodo di crisi, in cui, pericolosamente, difetta il *Gestalt*, quale impetuoso slancio dell'anima del ricercatore in una direzione nuova. Probabilmente, e ciò emerge in embrione nelle pagine di questo manuale privo di ogni pretesa, il dato rilevante può risiedere nell'attrazione di buona parte delle norme del Codice nel contesto della disciplina dell'impresa, nelle sue articolazioni organizzative oltre che, ovviamente, nella sua dinamica attività sul mercato, abbandonando le trame della tramontata iscrizione dei fenomeni solo nel contesto della c.d. esecuzione concorsuale (limitata, nel suo rigore, alla disciplina della liquidazione giudiziale o della liquidazione coatta amministrativa). È solo l'apparire di una traccia, che potrà nel futuro essere sviluppata con coraggio e prudenza.

Un ringraziamento, infine, voglio riservare, per l'opera di correzione delle bozze – a volte più faticosa dello scrivere – alla dott.ssa Emiliana Cikatelli e al dott. Andrea Tanga.

GIUSEPPE FAUCEGLIA

PRESENTAZIONE ALLA SECONDA EDIZIONE

La prima edizione di questo Manuale si sviluppava nel segno della speranza, che trovava forza in una legislazione che, sia pure con evidenti limiti, pareva concludere un lungo e pericoloso percorso, che, muovendo da significative modifiche dell'originario impianto della legge fallimentare, era finalmente approdato ad una disciplina "organica", tanto che lo stesso legislatore aveva fatto ricorso alla definizione, un tanto enfatica, di "Codice".

Questa seconda edizione è, invece, il frutto della incertezza e dell'effimero normativo. Invero, l'art. 5 d.l. n. 23/2020, convertito in legge n. 40/2020, nel quadro della legislazione emergenziale dovuta alla pandemia, modificando l'art. 389 comma 1° d.lgs. n. 14/2019 – il quale aveva previsto in diciotto mesi dalla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale la completa entrata in vigore del Codice della Crisi e dell'Insolvenza – ha indicato la nuova data del 1° settembre 2021. Ancora dopo, l'art. 1 del recente d.l. n. 118/2021 (convertito con modificazioni nella legge n. 141/2021), ha individuato, sempre per l'entrata in vigore del Codice, la nuova ed ulteriore data del 16 maggio 2022. All'orizzonte si intravede, poi, un nuovo riordino della intera disciplina, posto che è stato assegnato ad una commissione ministeriale l'incarico di "rivedere" il complesso normativo del Codice, alla luce del recepimento della Direttiva UE 2019/1023 del Parlamento Europeo e del Consiglio, riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione e le interdizioni e le misure volte ad aumentare l'efficacia di queste misure. Non solo, ma proprio uno degli istituti, ritenuti dalla maggioranza degli interpreti come tra i più significativi della riforma introdotta dal Codice, ovvero la procedura di allerta (in particolare di quella c.d. esterna) e di composizione assistita della crisi innanzi all'OCRI (che aveva già conosciuto un rinvio nella legislazione emergenziale), risulta ora differito al 31 dicembre 2023, senza escludere, finanche la sua entrata in vigore, posto che la stessa Relazione illustrativa riconosce questa eventualità in ragione dell'esito "della sperimentazione dell'efficienza e dell'efficacia della composizione negoziata" istituita dal medesimo decreto (in realtà, una specie di progressivo esperimento eugentico su una materia che, come si evince dalla stessa esperienza storica, meriterebbe maggiore stabilità).

Il quadro normativo risulta, così, talmente confuso e disarticolato che ogni possibile esposizione della materia può correre il rischio della provvisorietà. In-

vero, il quadro attuale di riferimento è costituito da un intreccio di discipline, a volte tra loro incompatibili: (a) la legge fallimentare ancora in vigore; le innovazioni che alla stessa sono state apportate nel contesto della legislazione pandemica (un vero e proprio “diritto concorsuale sanitario”); (b) alcune disposizioni del Codice della Crisi e dell’Insolvenza che sono già entrate in vigore (v. art. 389 CCII), e delle quali può misurarsi una certa incompletezza, in assenza del contesto normativo in cui le stesse erano state previste, per altro alcune di queste risultano accompagnate da interpretazioni di singolare anticipazione “*di tendenza*” da parte della giurisprudenza; (c) il Codice della Crisi, con le integrazioni e le modificazioni di cui al d.lgs. n. 147/2020; (d) le nuove norme sulla composizione negoziata della crisi (d.l. n. 118/2021, convertito con modificazioni nella legge n. 141/2021). Solo l’ottimismo della volontà giustifica il tentativo di delineare una visione di insieme, che si presenti utile per il lettore. Tutto ciò, tenendo conto delle repentine variazioni delle impostazioni di fondo, che oggi attingono la stessa nozione di insolvenza, in una prospettiva di qualificazione completamente estranea alla consolidata tradizione del diritto concorsuale (si parla, sempre più, ed imprudentemente, di “insolvenza incolpevole”). Si è passati, in poco tempo, dalle riforme del 2005-2007 ritenute orientate alla tutela del debitore e della salvaguardia del valore aziendale (progressivamente abrase dalla giurisprudenza), al Codice della Crisi e dell’Insolvenza, considerato orientato alla tutela dei creditori con la previsione di un intervento significativo dell’autorità giudiziaria e un ruolo sempre più accentuato del pubblico ministero, sino a pervenire alla più recente prospettiva di (nuova) tutela del debitore, alla luce di una predicata prevalenza degli interessi (ritenuti “generali” e finanche “solidaristici”) per la “ristrutturazione” dell’impresa in crisi (già manifestata o prospettica). Un contesto così contraddittorio e disomogeneo, che rende arduo ogni tentativo di “sistemazione” della materia, sempre più affidata alle interpretazioni “del momento”, nell’ossequio intellettuale dei “cantori” delle “umani sorti e progressive” (insomma, il leopordiano invadente “nulla” della modernità).

GIUSEPPE FAUCEGLIA

PRESENTAZIONE

Il d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, in attuazione della legge-delega 19 ottobre 2017, n. 155, ha significativamente innovato la disciplina della crisi e dell'insolvenza, realizzando un complesso disegno riformatore, atteso da decenni, teso a concretizzare, si spera in modo definitivo, la tendenza che considera le procedure concorsuali non più in termini meramente liquidatori o sanzionatori, ma piuttosto indirizzate alla conservazione del valore dell'impresa. Sulla scorta di esperienze normative anche recenti, la materia risulta ora regolata da un "Codice", dedicato alla materia della crisi e dell'insolvenza con riferimento a tutte le categorie di debitori, nella prospettiva della c.d. "concorsualità differenziata", ed arricchito da un significativo coordinamento con altre disposizioni rinvenienti, ad esempio, nel codice civile (in materia societaria o in materia di diritto del lavoro), nel Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50), nel codice penale e di procedura penale, nelle disposizioni in favore degli acquirenti degli immobili da costruire (d.lgs. 20 giugno 2005, n. 122). Non si tratta, pertanto, soltanto di una mera rivisitazione della legge fallimentare, come risultante dai processi di riforma che sin dal 2005 hanno interessato la disciplina in oggetto, essendo evidente che il legislatore ha inteso perseguire il disegno più ambizioso di allinearsi alla legislazione dell'Unione Europea e a quei modelli normativi più efficienti, già adottati in altri Paesi a c.d. capitalismo avanzato.

Il presente volume non tratterà l'intera materia del Codice, in particolare ne resterà estranea la disciplina penalistica dei cc.dd. reati concorsuali, anche questa significativamente innovata, quella processual penalistica e le interferenze tra quest'ultima e la disciplina del concorso. Verrà, invece, sviluppato l'esame delle differenti forme di "concorsualità" disciplinate dal Codice, con riferimento anche ai modelli processuali, nonché delle innovazioni rilevanti in tema di allerta e di composizione assistita della crisi, senza con questo trascurare le importanti modifiche introdotte nel diritto dell'impresa.

Occorre avvertire il lettore, che le norme del Codice sono indicate nel testo, per evitare inutili ripetizioni, solo con riferimento al numero dell'articolo, e solo in alcuni casi all'articolo è seguita l'espressione "del Codice", ciò al fine evitare fraintendimenti nel raffronto con altre disposizioni di legge.

Mi corre l'obbligo di ringraziare il prof. Filippo Murino e la dott. ssa Emiliana Cicatelli, che hanno contribuito, con i loro suggerimenti e con la revisione delle bozze, a rendere più agevole il faticoso compito che, in brevissimo tempo, mi sono assegnato.

GIUSEPPE FAUCEGLIA

Capitolo Primo

AMBITO DI APPLICAZIONE DELLA NUOVA DISCIPLINA DELLA CRISI E DELL'INSOLVENZA. DEFINIZIONI DI CRISI, INSOLVENZA E SOVRAINDEBITAMENTO

Sommario: 1. L'ambito soggettivo delle procedure nella crisi e nell'insolvenza. – 2. La crisi, l'insolvenza e il sovraindebitamento: i presupposti oggettivi per l'accesso alle procedure.

1. L'ambito soggettivo delle procedure nella crisi e nell'insolvenza

L'art. 1, comma 1, precisa che il Codice della crisi e dell'insolvenza **disciplina le situazioni di crisi e di insolvenza del debitore, sia esso consumatore o professionista ovvero imprenditore che eserciti, anche non a fini di lucro, un'attività commerciale, artigiana o agricola, operando quale persona fisica, persona giuridica o altro ente collettivo, gruppo di imprese o società pubblica, con esclusione dello Stato e degli enti pubblici.**

Si riafferma l'esonero dalla disciplina **dello Stato e degli enti pubblici**, con ciò ripetendo quanto già disposto dal comma 1 dell'art. 1 legge fall., con la sola ulteriore indicazione dello "Stato": *l'esonero degli enti pubblici è legato non solo alla loro "natura" e alle loro finalità pubblicistiche, ma dipende dall'esistenza di normative speciali, le quali escludono che il fenomeno liquidatorio di diritto comune possa ritenersi compatibile con la tutela di interessi diffusi o socialmente rilevanti.* Naturalmente, il comma 3 dell'art. 1 precisa che *"sono fatte salve le disposizioni delle leggi speciali in materia di crisi di impresa delle società pubbliche"*; si ribadisce, in tal modo, un principio già rinveniente in altre disposizioni di legge, in ordine alla assoggettabilità delle società pubbliche (sia quelle *in house providing* sia quelle partecipate da enti pubblici) alle procedure concorsuali; e si rinvia al disposto dell'art. 14, comma 1, "Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica" (d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175), a mente del quale *"le società a partecipazione pubblica sono soggette alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo, nonché, ove ne ricorrano i presupposti, a quelle in materia*

di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi". Ciò viene ribadito nell'art. 2, comma 1, lett. f) che definisce le "società pubbliche" come "le società a controllo pubblico, le società a partecipazione pubblica e le società in house di cui all'art. 2, lettere m), n), o) del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175". In questa prospettiva, la norma consolida l'orientamento già affermatosi nella giurisprudenza di legittimità, secondo il quale tutte le società commerciali a totale o parziale partecipazione pubblica, a prescindere dalla composizione del loro capitale sociale o dalle attività esercitate in concreto o dalle forme di controllo alle quali risultano sottoposte, restano assoggettate al fallimento (ora liquidazione giudiziale). Sul tema, però, è necessario precisare che mentre l'art. 14 del predetto decreto legislativo consente l'applicazione a queste società della disciplina della liquidazione giudiziale, molto più articolato si presenta il rinvio integrale alla normativa in tema di concordato preventivo. Per quanto la problematica possa essere solo enunciata, resta evidente che l'applicazione delle norme previste, per esempio, in tema di proposte concorrenti di concordato potrebbe risultare incompatibile con riferimento a società *in house* affidatarie di un pubblico servizio essenziale che sono state destinatarie, proprio per tale ragione, dell'affidamento diretto in forza della disciplina rinveniente nel Codice degli appalti (d.lgs. n. 50/2016). Nella medesima prospettiva, un problema di potenziale conflitto tra norme potrebbe rinvenirsi nella stessa ipotesi di liquidazione giudiziale, laddove lo spossessamento del debitore e la cessazione dell'attività di impresa potrebbero pregiudicare l'esecuzione continuativa e regolare del servizio pubblico essenziale, con grave pregiudizio delle comunità e finanche determinare gravi pericoli per la sicurezza pubblica. A tal fine, per superare, in parte, queste evidenti criticità, la Suprema Corte di cassazione, già da qualche anno, ha ipotizzato il ricorso all'esercizio provvisorio dell'impresa, ritenendo che nel valutare il presupposto del "danno grave" dovrà tenersi in debito conto non solo l'interesse dei creditori, ma pure la prevalenza di quello delle comunità interessate al regolare svolgimento dei servizi essenziali.

La norma, pur evocando profili soggettivi, riferendosi ora al "debitore" ora all'"imprenditore" (in sostanza, però, dal punto di vista terminologico, il Codice opta per la nozione soggettiva di "debitore"), **valorizza**, in termini di discontinuità rispetto alla previgente disciplina, **il fenomeno dell'impresa**, non solo offrendo una regolamentazione specifica per una particolare fase del "ciclo" (quella della crisi o dell'insolvenza), ma richiamando nel contesto definitorio proprio l'"**attività**", quale elemento che caratterizza la fattispecie impresa, sia in termini di effettività del suo svolgimento che di concreta imputabilità dei risultati. La norma in commento sottopone alle procedure previste dal Codice tutte **le imprese che esercitano la loro attività anche senza fini di lucro**, in tal modo confermando l'indirizzo già consolidato in giurisprudenza con riguardo *agli enti assistenziali o benefici o agli enti ecclesiastici, qualora l'esercizio della loro attività resti caratterizzato dal c.d. "criterio economico" ovvero dal tendenziale risultato della copertura delle perdite con l'utilizzo dei ricavi conseguiti*. Particolare rilevanza assume l'innovativa

inclusione tra i “soggetti” anche del “**gruppo di imprese**”, fenomeno che impone alcune riflessioni non solo in punto di imputabilità dell'attività svolta, ma anche rispetto alla regolazione della crisi e dell'insolvenza, alla stregua delle modalità che saranno di seguito tracciate. Nell'art. 2, comma 1°, lett. h), con finalità meramente esplicative, il “gruppo di imprese” viene definito come *“l'insieme delle società, delle imprese e degli enti, esclusi lo Stato e gli enti territoriali, che, ai sensi degli art. 2497 e 2545-septies del codice civile, esercitano o sono sottoposte alla direzione o coordinamento di una società, di un ente o di una persona fisica. A tal fine si presume, salvo prova contraria, che l'attività di direzione e coordinamento delle società del gruppo sia esercitata dalla società o ente tenuto al consolidamento dei loro bilanci oppure dalla società o ente che le controlla, direttamente o indirettamente, anche nei casi di controllo congiunto”* (la norma, innovata dall'art. 1 d.lgs. n. 147/2020 ha il pregio di una migliore sinteticità espositiva).

La previsione, nonostante il tentativo di dar luogo ad una disciplina unitaria per tutte le imprese della crisi e dell'insolvenza, fa salve: **(a) le disposizioni in tema di amministrazione straordinaria**, con la sola precisazione che, laddove detti fenomeni non siano disciplinati in via esclusiva nel compendio normativo di riferimento (es. d.lgs. 8 luglio 1999, n. 220; legge 18 febbraio 2004, n. 39), continueranno ad applicarsi anche le norme del codice della crisi e dell'insolvenza (in funzione integrativa della disciplina speciale); **(b) le liquidazioni coatte amministrative disciplinate in leggi speciali** (ad esempio, quelle previste nel Testo Unico Bancario, nel Testo Unico della Finanza e nel Codice delle Assicurazioni), in cui il fenomeno risulta conformato dalle particolari esigenze che caratterizzano l'esercizio dell'attività dell'impresa e dal significativo potere di intervento riconosciuto alle Autorità amministrative indipendenti di settore.

Resta evidente il disegno unitario perseguito dal legislatore che è quello di includere nella disciplina della crisi e dell'insolvenza tutti i “soggetti” che, pur nella eterogeneità delle caratteristiche operative, realizzano un'attività di impresa o siano comunque “debitori” (consumatori e professionisti).

Le distinzioni “soggettive” emergono, comunque, nel contesto delle singole procedure di crisi e di insolvenza: la liquidazione giudiziale; gli strumenti di regolazione della crisi; la procedura di sovraindebitamento.

Ad esempio, l'art. 121 **esclude dalla liquidazione giudiziale gli imprenditori commerciali “minori”**, ovvero quelli che dimostrino il possesso congiunto dei requisiti di cui all'art. 2, comma 1, lett. d) e che siano in stato di insolvenza. *La norma innanzi richiamata si pone in linea di sostanziale continuità con l'art. 1, comma 2, l. fall.*, che ha escluso dalla disciplina del fallimento gli imprenditori c.c.dd. “sotto soglia” (fattispecie che aveva sostituito nelle riforme del 2006 e del 2007, quella di “piccolo imprenditore”, delineata sulla scorta del solo art. 2083 c.c.), ed aveva esonerato dalla disciplina quegli imprenditori (individuali e collettivi) che dimostrassero il possesso congiunto dei seguenti requisiti: **i)** non aver avuto nei tre esercizi antecedenti alla data del deposito dell'istanza di apertura

della liquidazione giudiziale o dall'inizio dell'attività, se di durata inferiore, un attivo patrimoniale di ammontare complessivo annuo non superiore ad euro trecentomila; **ii**) non aver realizzato, in qualunque modo risultasse, nei tre esercizi antecedenti alla data di deposito dell'istanza di apertura della liquidazione giudiziale o dall'inizio delle attività, se di durata inferiore, ricavi lordi per un ammontare complessivo annuo non superiore ad euro duecentomila; **iii**) non avere un ammontare di debiti, anche non scaduti, non superiore ad euro cinquecentomila. Questa opzione si presenta coerente con uno dei principi ispiratori del processo riformatore che ha interessato la disciplina concorsuale negli anni 2006 e il 2007, ovvero quello di *restringere l'ambito dei soggetti assoggettabili alla liquidazione giudiziale, nonché di circoscrivere il numero di quelle procedure inutili per infruttuosità*, laddove l'esiguo patrimonio attivo sarebbe rimasto assorbito interamente dai costi della procedura in assenza di qualsiasi vantaggio per i creditori ed ancora per la scarsa rilevanza che avrebbe potuto avere l'insolvenza di imprenditori sostanzialmente "marginali" sul mercato di riferimento.

Nella stessa logica si spiega l'**esonero dalla disciplina della liquidazione giudiziale per l'imprenditore agricolo** (il riferimento letterale dell'art. 121 resta "*gli imprenditori commerciali*"), così riproponendo almeno per tale procedura la *ratio di esenzione che ha caratterizzato l'art. 1 legge fallimentare*, giustificata dal forte legame con il fattore produttivo della terra, per cui il titolare dell'impresa agricola si presenterebbe, in quanto tale, esposto alle mutevoli condizioni climatiche e ai fattori naturali incidenti significativamente sul rischio connesso all'attività produttiva. Il profilo dello stretto legame tra il "fondo" e l'esercizio dell'attività di impresa era stato, però, inciso dal d.lgs. 18 maggio 2001, n. 228, che aveva *ridisegnato i confini dell'impresa agricola*, novellando l'art. 2135 c.c., facendo così ritenere che la stessa produzione agraria non poteva più considerarsi esclusivamente fondata sullo svolgimento di un ciclo biologico naturale sviluppato sul "fondo" (considerato l'elemento essenziale dell'azienda agricola). In questo nuovo contesto normativo, la dottrina aveva ritenuto ingiustificata l'esenzione dal fallimento dell'imprenditore agricolo (qualunque fosse la "dimensione" dell'impresa), e tanto anche in ragione dell'ampliamento della gamma delle attività connesse a quella "agricola principale", ontologicamente qualificabili come "commerciali". Il Codice della crisi, pur escludendo l'imprenditore agricolo dalla procedura di liquidazione giudiziale, **annovera lo stesso tra i possibili destinatari della disciplina della procedura di composizione negoziata della crisi in uno all'accesso ad altri strumenti, come l'accordo di ristrutturazione dei debiti** (art. 12 ss.). In merito deve evidenziarsi, in una prospettiva più generale, che l'art. 2, lett. m *bis*, precisa che per "**Strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza**" si intendono: "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 e passività o del capitale, oppure volti alla liquidazione del patrimonio, o delle attività che, a richiesta del debitore, possono essere preceduti dalla composizione negoziata della crisi"; in ragione degli obblighi organizzativi previsti per tutti gli im-

prenditori, come *“finalizzati alla tempestiva rilevazione degli indizi di crisi dell'impresa ed alla sollecita adozione delle misure più idonee alla sua composizione”* (anche nella prospettiva assegnata dal novellato art. 2086 c.c.). Il riferimento esplicito all'“imprenditore” o al “debitore” consente di richiamare dette procedure non solo per l'imprenditore agricolo *ma pure per l'“impresa minore”*; tanto che l'art. 37 del Codice, nel dettare disposizioni in ordine all'iniziativa per l'accesso alle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza, fa riferimento al solo ricorso presentato dal “debitore” (senza alcuna altra specificazione). *In sostanza, i soggetti esonerati dalla liquidazione giudiziale potranno pur sempre ricorrere agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza, in tal modo superando quella simmetria che poteva rinvenirsi nell'art. 1, comma 1, l. fall., a mente del quale i soggetti sottoponibili al fallimento coincidevano con quelli che avrebbero potuto far ricorso al concordato preventivo, quale principale istituto idoneo a regolare la crisi in una composizione negoziale.*

Sempre nell'ottica di delineare l'ambito di applicazione del Codice, in relazione agli strumenti di regolazione della crisi, va precisato, per tutti gli imprenditori (finanche di quelli che possono accedere all'amministrazione straordinaria o alla liquidazione coatta amministrativa ordinaria): **a)** che l'art. 56 contempla la facoltà per ogni imprenditore (senza distinzione qualitativa o quantitativa) in stato di crisi o di insolvenza di predisporre un piano rivolto ai creditori, che appaia idoneo a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della situazione economico finanziaria; **b)** che l'art. 57 prevede la possibilità di accedere alla procedura di ristrutturazione dei debiti per l'imprenditore anche non commerciale (in ciò confermando il precedente dettato normativo che già consentiva all'imprenditore agricolo di usufruire della procedura di cui all'art. 182 *bis* legge fall.), escludendo da tale strumento solo l'“impresa minore”; **c)** che l'art. 62 prevede la possibilità di accedere alla convenzione di moratoria tra un imprenditore, anche non commerciale, e i suoi creditori, diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi e avente ad oggetto pattuizioni sulla scadenza dei crediti o rinuncia agli atti e alle azioni esecutive e conservative, estendendo – questa volta – lo strumento, in assenza di specificazioni, anche all'impresa minore; **d)** che l'art. 74 prevede la possibilità per l'imprenditore minore, per l'imprenditore agricolo, per le *start-up* innovative e per ogni altro debitore non assoggettabile alla liquidazione giudiziale (escluso il consumatore) di accedere alla procedura di concordato minore, quando questo strumento si riveli idoneo alla prosecuzione dell'attività imprenditoriale o professionale; **e)** che l'art. 65, comma 1, prevede la possibilità per i soggetti indicati dall'art. 2, comma 1, lett. c) di ricorrere, alternativamente, o alla procedura di ristrutturazione dei debiti del consumatore o alla procedura di liquidazione controllata del sovraindebitato (che altro non è se non una particolare modalità della liquidazione giudiziale c.d. controllata).

Nella prospettiva dell'ambito di applicazione del Codice, va segnalato **l'accesso alla procedura di sovraindebitamento, riservata a regolare lo stato di crisi**

o di insolvenza del consumatore, del professionista, dell'imprenditore minore, dell'imprenditore agricolo, delle *start-up* innovative (d.l. n. 221/2012, convertito con modificazioni dalla legge 17 dicembre 2012, n. 271), **e di ogni altro debitore non assoggettabile alla liquidazione giudiziale o alla liquidazione coatta amministrativa o ad altre procedure liquidatorie previste dal codice civile o da leggi speciali per il caso di crisi o insolvenza.** Sul tema, una notazione merita l'inclusione delle *start-up*, in ragione della circostanza che questa tipologia di impresa è fisiologicamente esposta alla "crisi", sicché la sua inclusione tra i soggetti legittimati ad accedere alla procedura di sovraindebitamento risponde all'obiettivo di incentivare operatori innovativi a concretizzare la loro "idea di *business*" e soprattutto a prendere atto di un suo eventuale insuccesso, senza però incorrere nella liquidazione giudiziale (che, come avremo modo di verificare, ha sostituito nel *nomen* il fallimento). Nella sostanza, la norma ripropone, con una più chiara delimitazione della cerchia dei soggetti che possono ricorrere alla procedura, la lettera dell'art. 6, comma 1, legge 27 gennaio 2012, n. 3 ("Disposizioni in materia di usura e di estorsione, nonché di composizione delle crisi di sovraindebitamento"), ciò con riguardo alla stessa fattispecie di "**consumatore**", *che l'art. 2, comma 1, lett. e), del Codice individua nella persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale e professionale eventualmente svolta, anche se socia di una delle società di persone per debiti estranei a quelli sociali* (allineandosi, in tal modo, all'indirizzo prevalente della giurisprudenza di merito che ha ritenuto estensibile ai soci di società di persone la facoltà di ricorrere alla procedura di sovraindebitamento).

Un ulteriore rilievo si impone per il **professionista intellettuale**, incluso tra i soggetti per i quali trova applicazione il Codice, ma tradizionalmente esonerato dalla disciplina del concorso fallimentare in ragione dell'art. 2238, comma 1, c.c. alla cui stregua le disposizioni in tema di impresa si applicano solo se "*l'esercizio della professione costituisce elemento dell'attività organizzata in forma di impresa*", con la conseguenza che il professionista intellettuale diventa imprenditore solo se e in quanto la professione intellettuale è esercitata nell'ambito di un'ulteriore attività di impresa (es. il medico che gestisce una clinica privata). Come è noto, l'opzione normativa era considerata il frutto di "un vero e proprio privilegio", improntato alla particolare considerazione sociale che tradizionalmente circondava le professioni intellettuali, specie quelle per il cui esercizio è prevista l'iscrizione obbligatoria in Albi; nonché in ragione della particolare conformazione che caratterizza il rischio nell'esercizio delle libere professioni ritenuto differente, dal punto di vista quantitativo e qualitativo, da quello dell'imprenditore. In ordine alle conseguenze sul piano dell'applicazione della disciplina delle procedure concorsuali proprie dell'impresa commerciale, si ricorda l'esonero previsto per le società forensi costituite ai sensi del d.lgs. n. 96/2001.

Il Codice delinea l'ambito applicativo delle norme nella prospettiva del "*soggetto*" e dell'"*attività di impresa*", distinguendo – proprio in ragione della diversità delle dimensioni dell'impresa e dell'attività da questa svolta – le singole pro-

cedure alle quali quei soggetti possono accedere, diversificate tra loro anche in considerazione dell'impatto che sul mercato di riferimento possono avere la crisi e l'insolvenza (significativa, in tal senso, è l'introduzione del "concordato minore"), oltre che in costanza del fenomeno che si intende governare, differenziando il presupposto oggettivo della crisi e dell'insolvenza. Invero, qualche incongruenza può evidenziarsi nell'impianto normativo che, sia pure aderendo ad un modello di *concorsualità c.d. differenziata*, non ha ritenuto di distinguere dal punto di vista "quantitativo" i soggetti esclusi, ad esempio, dalla liquidazione giudiziale, ma che possono accedere alla procedura di sovraindebitamento o all'accordo di ristrutturazione dei debiti, e – nella stessa prospettiva che aveva caratterizzato il dibattito nel contesto della legge fallimentare – il problema si pone per l'impresa agricola, laddove le dimensioni a volte particolarmente rilevanti della stessa (finanche non condotta esclusivamente sul "fondo" e con riferimento alle "attività connesse") non giustificano ancora l'esonero dalla disciplina della liquidazione giudiziale.

Per quanto riguarda, invece, **il presupposto soggettivo richiesto per l'accesso al di composizione assistita della crisi di impresa**, va detto che *l'art. 12 fa riferimento all'imprenditore commerciale ed agricolo, senza alcuna distinzione in ordine alle caratteristiche delle stesse, sia di tipo qualitativo per l'esercizio dell'attività che quantitativo.*

2. La crisi, l'insolvenza e il sovraindebitamento: i presupposti oggettivi per l'accesso alle procedure

L'art. 2, comma 1, lett. a) qualifica lo **stato di crisi come lo stato del debitore che rende probabile insolvenza** (si tratta di un elemento definitorio generalmente richiamabile per ogni "debitore" e il riferimento resta ai debiti che siano prossimi alla scadenza e di cui il piano di azione del debitore deve tener conto) *e che si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte alle obbligazioni nei successivi dodici mesi* (si tratta di un elemento di natura sintomatica, riferibile specificamente all'attività di impresa, sia pure in una dimensione prospettica, implicante finanche una certa programmazione dell'attività).

La nozione di crisi, come delineata dal Codice, presenta caratteri propri e più ampi rispetto all'insolvenza e, pur non costituendone necessariamente l'antecedente temporale (come nell'esempio di un evento eccezionale che distrugga l'opificio dell'imprenditore e ne provochi l'insolvenza, ed oggi anche in ragione dell'implodere della crisi energetica idonea ad accrescere il livello di incertezza finanche in ordine ai presupposti della continuità aziendale), essa rappresenta un indice, generato da fattori (prevalentemente) interni all'impresa che, non esteriorizzati e non conosciuti dai terzi, precede – in genere – il più grave fenomeno dell'insolvenza. Il legislatore, nell'ottica dell'*emerging insolvency* si pone l'obiettivo di rendere "manifesta" (ovvero "consapevole" da parte dell'imprenditore) la

crisi, con la previsione di un intervento interno ed esterno all'impresa, in funzione di un suo possibile superamento. La norma pare distaccarsi da quanto indicato nell'art. 160, comma 3, legge fall., a mente del quale "*per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza*" (ma il perimetro delle due situazioni si manifesta incerto nell'ambito degli istituti previsti dal Codice, e tanto anche con riferimento alla composizione negoziata della crisi), con l'intento di incentivare le possibilità di regolazione negoziale della difficoltà economica e finanziaria dell'impresa, superando il limite riscontrato nella disciplina della previgente legge fallimentare, nella quale non si rintracciava una definizione positiva e formale dello stato di crisi, distinto rispetto alla stessa nozione di insolvenza. In sostanza, il Codice ha fatto propria una nozione di crisi che già una parte della dottrina (specie quella aziendalistica) ha ritenuto di distinguere rispetto a quella di insolvenza, evidenziando che per la prima debba farsi riferimento ad una situazione in cui sussista un "pericolo di insolvenza", vale a dire un'oggettiva probabilità (o rischio) che il debitore nell'immediato futuro possa trovarsi nell'impossibilità di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni. Peraltro, va ricordato che l'art. 12, proprio in tema di composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa, richiama altro specifico presupposto, ovvero "le condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza e risulta ragionevolmente perseguibile il risanamento dell'impresa" (la prima giurisprudenza di merito, non a caso, ha escluso la possibilità di avvalersi delle misure protettive disposte a seguito dell'accesso al procedimento negoziale, laddove risulti *per tabulas* un irrimediabile e preesistente stato di insolvenza).

Si può così osservare come il Codice (art. 2, lett. a), prescindendo dall'esaudività della stessa definizione, abbia preferito avvicinarsi alla matrice aziendalistica del concetto, considerando rilevanti l'utilizzo di modelli di previsione empirica evoluti più complessi di quelli rinvenienti nella mera indicazione dei dati di bilancio, tali da escludere la condizione di insolvenza irreversibile, che resta oggetto di altri strumenti giuridici di regolazione. Proprio per questi motivi, **la rilevazione dello stato di crisi**, con l'adozione degli strumenti previsti dal Codice per avviarsi ad un risultato di successo, **deve essere efficacemente tempestiva, condizione questa ravvisabile anche qualora manchino i tratti della irreversibilità della decozione**. In tale prospettiva, si comprende la ragione per cui il Codice, innovando l'impostazione rinveniente nella previgente disciplina concorsuale, introduce meccanismi idonei alla tempestiva rilevazione degli indizi di crisi dell'impresa ed alla sollecita adozione delle misure più idonee alla sua composizione (art. 12), ovvero diretti a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi (art. 62, "*Convenzione di moratoria*"). Invero, la distinzione, almeno con riferimento alle procedure disciplinate dal Codice, tra crisi e insolvenza tende ad attenuarsi, posto che l'imprenditore che versi (indifferentemente) "in stato di crisi o di insolvenza" può ricorrere a strumenti negoziali stragiudiziali (art. 56, "*Accordi in esecuzione di piani attestati di risanamento*") o a strumenti

negoziali stragiudiziali soggetti ad omologazione (art. 57 “*Accordi di ristrutturazione dei debiti*”). Da questo angolo visuale, può indicarsi una linea di discontinuità rispetto alla tendenza interpretativa che, nel contesto della previgente disciplina, aveva delineato la nozione di c.d. insolvenza prospettica, ammettendo la dichiarazione di fallimento dell'imprenditore che, pur avendo quest'ultimo soddisfatto i creditori le cui pretese fossero divenute esigibili, avesse rilevato nell'immediato futuro – secondo una normale prospettiva di continuità aziendale – una verosimile incapacità di adempiere le obbligazioni già contratte, ed in questa prospettiva si affermava che la dichiarazione di insolvenza restava l'unico strumento idoneo ad anticipare l'aggravamento del dissesto (in sostanza, l'individuazione di una “insolvenza prospettica” va ora commisurata sulla nozione di “crisi”, imponendo un attento esame in ordine all'implosere evidente di fenomeni tipicamente dissolutori dell'impresa). L'art. 3, comma 4, nel contesto peculiare della disciplina dell'adeguatezza delle misure e degli assetti in funzione della rilevazione tempestiva della crisi d'impresa, precisa che costituiscono segnali per la previsione tempestiva dell'emersione della crisi: (a) l'esistenza di debiti per retribuzioni scaduti da almeno trenta giorni pari a oltre la metà dell'ammontare complessivo mensile delle retribuzioni; (b) l'esistenza di debiti verso i fornitori scaduti da almeno novanta giorni di ammontare superiore a quello dei debiti non scaduti; (c) l'esistenza di esposizioni nei confronti delle banche e degli altri intermediari finanziari che siano scadute da più di sessanta giorni o che abbiano superato da almeno sessanta giorni il limite degli affidamenti ottenuti in qualunque forma, purché rappresentino almeno complessivamente il cinque per cento del totale delle esposizioni; (d) l'esistenza di una o più delle esposizioni debitorie previste nell'art. 25 *novies*, comma 1 (riguardante la segnalazione dei creditori pubblici qualificati, ovvero INPS, INAIL, Agenzia delle Entrate, Agenzia delle Entrate-Riscossione).

Detti indici risultano necessari al fine di prevedere tempestivamente l'emersione della crisi, ovvero di rilevare eventuali squilibri di carattere patrimoniale o economico-finanziario, rapportati alle specifiche caratteristiche dell'impresa e dell'attività imprenditoriale; di verificare la sostenibilità dei debiti e le prospettive di continuità aziendale per i dodici mesi successivi, consentendo di rilevare gli indici sintomatici innanzi detti; ricavare le informazioni necessarie a utilizzare la lista di controllo particolareggiata, nonché a effettuare il test pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento, come previsto in tema di accesso al procedimento di composizione negoziata della crisi. In argomento, deve ricordarsi che l'art. 25 *undecies* prevede l'istituzione di un programma informativo di verifica della sostenibilità del debito esistente, utilizzabile dall'imprenditore proprio al fine di verificare in concreto la ragionevole perseguibilità del risanamento. Le informazioni e i dati, ferme le responsabilità per l'inserimento nel programma informatico di dati o di informazioni non veritieri, e le specifiche tecniche di funzionamento, in uno alle modalità di calcolo del tasso di interesse per i crediti rateizzati, sono definiti con decreto del Ministro

dello sviluppo economico, assunto di concerto con il Ministro della giustizia e con il Ministro delegato per la innovazione tecnologica.

Va, però, posto in evidenza che, pur distinguendo il Codice fra strumenti e procedure di regolazione della crisi e procedure di regolazione dell'insolvenza, la crisi in senso proprio (come mera probabilità di insolvenza) non costituisce presupposto esclusivo di alcuna procedura, posto che le procedure di composizione concordata o negoziale della crisi conservano come presupposto oggettivo sia la crisi in senso proprio che l'insolvenza.

Il Codice detta, poi, una **definizione dell'insolvenza, intesa come** “*lo stato del debitore che si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni*” (art. 2, comma 1, lett. b), che riproduce la definizione dell'art. 5 legge fall.; il persistente utilizzo dell'avverbio “*regolarmente*” conferma che il debitore, per non essere considerato insolvente, deve dimostrare di essere in grado di adempiere le proprie obbligazioni integralmente, tempestivamente e con modalità normali. In tal senso, *si conferma l'insolvenza come una situazione complessiva e permanente (come tale irreversibile) di un'impresa che si colloca fuori ormai dal mercato e non risulta risanabile*, configurando “una vera e propria fotografia” del debitore in un dato momento storico-temporale. In altri termini, il debitore è insolvente quando si trova in uno stato di incapacità irreversibile di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni, e tale situazione deve essere percepibile in modo non equivoco fuori dall'impresa ovvero dai suoi creditori (in questo, secondo una certa prospettiva, si differenzerebbe dallo stato di crisi, che viene ritenuto fenomeno interno dell'impresa che non si manifesta ancora all'esterno). L'insolvenza si estrinseca in “*inadempimenti od altri fatti esteriori*”: in sostanza, l'inadempimento che rileva è solo quello qualificato ovvero dovuto all'incapacità irreversibile dell'imprenditore di far fronte regolarmente alle proprie obbligazioni, per cui anche un'obbligazione adempiuta in tempi o modi irregolari è sintomo dell'insolvenza. In questa prospettiva, non è il semplice mancato adempimento di un'obbligazione (magari fondatamente contestata in altro giudizio dallo stesso debitore) che configura di per sé lo stato di insolvenza; così come anche l'adempimento di un'obbligazione non esclude l'insolvenza quando esso è realizzato con mezzi rovinosi, come la vendita sottocosto dei beni aziendali, o quando lo stesso adempimento si inserisce in un'evidente situazione di squilibrio finanziario e patrimoniale tale da non consentire il regolare adempimento delle altre obbligazioni. Costituisce, pertanto, affermazione condivisa quella secondo cui la semplice preponderanza del passivo sull'attivo non comporta, di per sé sola, l'assoggettabilità al fallimento, dato che il passivo può superare l'attivo senza che vi sia insolvenza dell'imprenditore ove questi goda della fiducia dei creditori e riesca a reperire i mezzi finanziari (in genere, tramite il normale ricorso al sistema bancario) per l'esercizio dell'impresa; così come, diversamente, non esclude lo stato di insolvenza la preponderanza di un attivo immobilizzato sul passivo, allorquando l'imprenditore non sia più in gra-

do, per evidente perdita di fiducia nel mercato, di reperire le risorse finanziarie idonee al regolare adempimento delle obbligazioni. Infine, è da ricordare che nel contesto della legge fallimentare, la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto di escludere lo stato di insolvenza nel caso in cui l'impresa sia in liquidazione ed emerga una sicura prevalenza dell'attivo liquidabile sul passivo (evocandosi in tal caso la nozione di *insolvenza statica*). Risultato interpretativo che non può ritenersi pacificamente acquisito nel Codice, anche in ragione della più recente giurisprudenza della Corte di Cassazione, secondo la quale va valutata soprattutto la concreta possibilità di realizzo dell'attivo e la relativa tempistica (che non può risultare eccessivamente dilatata), e ciò anche nell'ipotesi in cui l'impresa si trovi in liquidazione.

Per **sovraindebitamento** il Codice (art. 2, comma 1, lett. c) intende “*lo stato di crisi o di insolvenza del consumatore, del professionista, dell'imprenditore minore, dell'imprenditore agricolo, delle start-up innovative di cui al decreto legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, e di ogni altro debitore non assoggettabile alla liquidazione giudiziale ovvero a liquidazione coatta amministrativa o ad altre procedure liquidatorie previste dal codice civile o da leggi speciali per il caso di crisi o di insolvenza*”; il **consumatore** viene poi definito dalla successiva lett. e) dello stesso articolo, come “*la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigiana e professionale eventualmente svolta*”. La nozione di sovraindebitamento, disegnata sulla concorrenza o sovrapposibilità – dal punto di vista oggettivo – dello stato di crisi e di insolvenza, richiama un indebitamento eccessivo, non fisiologico e non sostenibile, rispetto alle capacità reddituali e patrimoniali dei soggetti che lo hanno assunto. Nella prospettiva *dell'impotenza patrimoniale* si evidenzia che la liquidazione del patrimonio nel momento di ingresso nella procedura non consente di estinguere integralmente i debiti; viceversa, dal punto di vista della situazione finanziaria (es. stipendi, compensi e altre entrate), emerge che il reddito e il patrimonio investito dal debitore, in un determinato momento, “rendono meno” di quanto è necessario per estinguere le passività che il debitore genera e che vengono a scadenza. L'introduzione del termine deriva da una definizione che si rinviene in uno studio del 2008 predisposto dalla Commissione Europea, che ha descritto la situazione di *over commitment* o di *over indebtedness* come uno squilibrio temporaneo o permanente, nel *budget* di una famiglia, dipendente da una preventivata o inattesa crescita delle spese o dalla riduzione degli introiti, derivante da improvvise variazioni dei flussi delle spese o delle entrate oppure da un indebitamento aumentato nel tempo. Il Codice, confermando l'impostazione rinveniente nella legge n. 3/2012, modula lo “stato” in ragione dei soggetti che possono accedere alla procedura, individuati sulla scorta di un'elencazione tipologica e di una clausola di esclusione, ovvero con riferimento a quei debitori non assoggettabili alla liquidazione giudiziale o amministrativa ovvero ad altre procedure di liquidazione indicate dalla legge. Come si avrà modo di esporre, il Codice delinea due distinte proce-

dure, una prevista per il consumatore, definito dall'art. 2, comma 1, lett. e) ("*Ristrutturazione dei debiti del consumatore*", art. 67 ss.), l'altra per i soggetti che sono indicati nell'art. 2, comma 1, lett. c) (innanzi ricordati) denominata "concordato minore" (art. 74 ss.). In tal modo, il Codice tiene distinte le manifestazioni del sovraindebitamento con riferimento al consumatore e al debitore (imprenditore) non assoggettabile a procedure di liquidazione giudiziale, posto che mentre il primo è in genere titolare di un reddito da lavoro e di un patrimonio che nel tempo può essere impiegato per il soddisfacimento del debito, per il debitore che esercita un'attività di impresa la valutazione dovrà avere ad oggetto il mantenimento (anche parziale) del patrimonio investito, da cui trarre – insieme alle possibili prospettive liquidatorie parziali o all'incremento delle disponibilità finanziarie e patrimoniali – un reddito di impresa idoneo a soddisfare il debito e ad evitare la completa disgregazione dei beni destinati all'attività produttiva.

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-finanziaria 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 disegualianze 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