

“Mi piego ma non mi spezzo”: strumenti per la resilienza dell’impresa nel nuovo Codice della crisi*

Eustachio Cardinale*, Daniela Caterino**

Abstract: IT. Due sono gli aspetti indagati nel saggio: il primo, approfondito da Daniela Caterino, è quello relativo alla prescrizione di adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili, introdotta nella specifica prospettiva della predisposizione di strumenti in grado di favorire la prevenzione e l’early advice della crisi d’impresa. Il secondo, sviluppato da Eustachio Cardinale, riguarda lo strumento della composizione negoziata, principale meccanismo di accompagnamento dell’imprenditore nella ricerca di soluzioni tempestive e non traumatiche alla crisi. Da entrambe le prospettive emerge come per la prevenzione e il superamento del dissesto sia indispensabile alimentare la capacità di autocoscienza dell’impresa. EN. Two aspects are investigated in the essay: the first, which is examined in depth by Daniela Caterino, is that concerning the prescription of adequate organizational, administrative and accounting arrangements, to provide tools that can promote prevention and early advice of the crisis. The second, developed by Eustachio Cardinale, concerns the instrument of negotiated settlement, the main mechanism for accompanying entrepreneurs towards timely and non-traumatic solutions to the crisis. From both perspectives we understand that for the prevention and overcoming of the failure is essential to increase the self-consciousness of the company.

Keywords: IT. Crisi, resilienza, assetti adeguati, negoziazione assistita. EN. Crisis, resilience, adequate arrangements, negotiated settlement.

1. Dalla *zombie company* all’impresa resiliente, una lunga marcia attraverso la pandemia

Nelle teorie aziendalistiche l’impresa è stata spesso, in passato, paragonata ad un sistema cibernetico (Beer, 1973; Bertini, 1975) ovvero a un or-

* Il lavoro è frutto di riflessione condivisa; tuttavia, ai fini di legge si dichiara che i paragrafi 1-3 sono da attribuire a Daniela Caterino, mentre i paragrafi 4-6 a Eustachio Cardinale.

** Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Bari Aldo Moro, orcid.org/0000-0002-9509-5916.

*** Dipartimento Jonico in Sistemi Giuridici ed Economici del Mediterraneo: Società, Ambiente, Culture, Università degli Studi di Bari Aldo Moro, orcid.org/0000-0001-5141-7971.

ganismo vivente (Zappa, 1954; Golinelli & Gatti, 2001), con un approccio olistico in cui l'organizzazione viene configurata come entità complessa in continua evoluzione, dotata di meccanismi di autocontrollo e omeostasi che le consentono di sopravvivere, superando crisi ed eventi interni che ne minano la produttività e la redditività (Catturi & Ricci Paulesu, 2020). Più recentemente, anche la scienza aziendalistica è stata "attratta" nella prospettiva – prima peculiare ad altri ambiti di indagine, come le scienze della metallurgia, psicologia ed ecologia – degli studi sulla "resilienza sociale"; sicché oggi si moltiplicano le riflessioni in tema di resilienza aziendale, intesa come capacità delle aziende "di rispondere, con efficacia e responsabilità, ai rapidi cambiamenti di scenario prodotti da shock improvvisi, in modo da assicurarne la sopravvivenza e lo sviluppo" (Catturi, 2022, p. 179). Inoltre, emerge con crescente evidenza anche in chi opera nelle realtà imprenditoriali il ruolo dell'impresa come "comunità fra le comunità", di pari passo con la presa di coscienza della debolezza delle "imprese segnate da visioni che non tengono conto del contesto e non si connettono con le reti sociali" (Mercati, AD di Aboca società *benefit*, in Dotti, 2020).

A fronte di questo accresciuto interesse degli studiosi di ambito aziendalistico, l'attenzione del legislatore al tema dell'impresa "resiliente", nel diritto interno come nelle fonti internazionali, è stata per lungo tempo pressoché nulla, venendo solo recentissimamente sollecitata dal sopravvenuto contesto di crisi globale, prima finanziaria e poi pandemica. Peraltro, anche in tali frangenti l'azione normativa si è per lo più indirizzata a garantire sopravvivenza attraverso sussidi e misure straordinarie, quali la sospensione nella rilevazione delle perdite e il rinvio del conseguente obbligo di riduzione del capitale (v. un panorama in Masturzi, 2020 e in Caterino, 2020; proposte in Enriques, 2020, che non a caso evoca in proposito la categoria della "resistenza", e non quella della resilienza). L'esito di tali scelte, però, non può dirsi ottimale; pur nella necessità di garantire un quadro normativo meno rigido rispetto all'alternativa "ricapitalizza o liquida", propria del nostro diritto delle società di capitali (v. artt. 2446 ss. c.c.), è emerso spesso che le misure anzidette, anziché sollecitare le capacità di reazione e di ripresa delle imprese, hanno piuttosto indotto uno stato di "animazione sospesa", tanto da far parlare di *zombie companies*, rimaste in vita più per evitare il sovraccarico dei tribunali fallimentari (argomento sollevato da Strampelli, 2020 e Irrera & Fregonara, 2020), che non per effettive speranze di risanamento.

La cultura d'impresa si nutre – certo – degli *animal spirits* (Keynes, 1936), ma si fonda sempre di più, in un mondo governato dalla complessità e da interconnessioni massive, sulla capacità di raccogliere e interpretare informazioni, generando processi di *early advice* che possano mettere in guardia l'imprenditore rispetto ai rischi, nella dimensione non solo micro-

economica della sua iniziativa, ma anche macroeconomica, geopolitica, ambientale; e tuttavia coltivare l'illusione del controllo generalizzato dei rischi appare sempre più irrealistico, nella nuova modernità connotata da crescenti fattori sistemici non governabili (Beck, 2013). Ciò che appare credibile e conveniente, allora, per l'impresa è organizzarsi *ab initio* ed essere sempre pronta a riorganizzarsi *in itinere*, di fronte a sfide che la investono individualmente (si pensi al delicatissimo tema del passaggio generazionale, e in generale del *turnaround*) o impattano sul sistema di cui fa parte (la crisi finanziaria mondiale innescata negli Stati Uniti dalla bolla dei mutui *subprime*, la pandemia da Covid-19, solo per fornire due esempi eclatanti).

La chiave di tutto, dunque, è nella resilienza dell'organizzazione imprenditoriale, intesa come capacità autopoietica che nasce dalla consapevolezza dei fattori di successo e delle criticità, e si fonda su flussi informativi robusti e attendibili e su una struttura aziendale che li sappia interpretare e utilizzare in un'ottica di continua anticipazione o, quanto meno, di fronteggiamento efficiente degli eventi. Passata la tempesta pandemica, che ha (almeno) contribuito a rendere familiare e trasversale l'approccio “resiliente” nei confronti degli eventi straordinari che incidono sulle attività umane, anche il diritto commerciale italiano ha cominciato ad ammettere la necessità di valorizzare e incentivare le capacità di reazione adattiva delle organizzazioni imprenditoriali, sulla scorta del resto di un'impostazione già da tempo maturata in seno alle fonti europee, in particolare per ciò che riguarda la materia delle crisi.

2. La riforma della disciplina delle crisi d'impresa sulla scia del legislatore europeo: un cambio di approccio

Un passaggio rilevante in questo processo di “consacrazione normativa” è rappresentato dalla recente riforma del diritto delle procedure concorsuali per mano del d. lgs. 14/2019 e successive modificazioni (cosiddetto Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza, anche CCII) avvenuta nel solco della c.d. Direttiva *Insolvency* (Direttiva UE 2019/1023, riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione e le interdizioni, le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione, che modifica la Direttiva UE 2017/1132 sulla ristrutturazione e sull'insolvenza, in *G.U.U.E.* L 172 del 26 giugno 2019). Nel prospettare una cornice comune per le crisi d'impresa nello spazio europeo, la Direttiva *Insolvency* introduceva con forza il tema dell'*early warning*, dell'allerta precoce e della ristrutturazione preventiva, così da *permettere ai debitori di ristrutturarsi efficacemente in una fase precoce e prevenire l'insolvenza e quindi evitare la liquidazione di imprese sane*, in

modo da *impedire la perdita di posti di lavoro nonché la perdita di conoscenze e competenze e massimizzare il valore totale per i creditori, rispetto a quanto avrebbero ricevuto in caso di liquidazione degli attivi (Considerando n.2 della Direttiva Insolvency).*

L'idea di fondo è che *quanto prima un debitore è in grado di individuare le proprie difficoltà finanziarie e prendere le misure opportune, tanto maggiore è la probabilità che eviti un'insolvenza imminente o, nel caso di un'impresa la cui sostenibilità economica è definitivamente compromessa, tanto più ordinato ed efficace sarà il processo di liquidazione. È opportuno pertanto dare informazioni chiare, aggiornate, concise e di facile consultazione sulle procedure di ristrutturazione preventiva disponibili e predisporre uno o più strumenti di allerta precoce per incoraggiare i debitori che cominciano ad avere difficoltà finanziarie ad agire in una fase precoce (Considerando n. 22 della medesima Direttiva).*

Muovendo dalle premesse chiaramente scolpite dalla fonte europea, la disciplina del CCII esalta le capacità di "autocoscienza" dell'organizzazione imprenditoriale, quali presupposti di un processo di prevenzione, sana gestione e risoluzione della crisi, considerata non più evento che richiama una colpa, una negligenza, una inadeguatezza dell'imprenditore, ma condizione parafisiologica, che può intervenire anche quando l'impresa è stata correttamente organizzata e gestita. Di conseguenza, la crisi non va affrontata colpevolizzando l'imprenditore e paralizzandone le potenzialità, ma al contrario mobilitando e rinforzando attraverso opportuni ausili la sua capacità programmatrice, le sue risorse endogene, il suo patrimonio umano e materiale. Nel sistema normativo, per certi versi, si legge (finalmente!) il riflesso di un'evoluzione di pensiero che corre parallela nelle scienze psicologiche e umane in generale, laddove l'approccio deterministico proprio del modello patocentrico dominante, che pone alla sua base l'equazione rischio-disadattamento, viene ribaltato per lasciare il posto agli studi che analizzano i processi psicologici che conducono alla risoluzione positiva di fronte all'evento critico (Bonanno, 2004; Tugade & Fredrikson, 2004).

Due sono gli aspetti della suddetta riforma che vengono indagati nel saggio: il primo è quello relativo alla prescrizione di adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili, introdotta dapprima in termini generali nell'art. 2086 c.c. e poi ripresa nell'art. 3 CCII, nella specifica prospettiva della predisposizione di strumenti in grado di favorire la prevenzione e l'*early advice* della crisi d'impresa. Accanto agli aspetti generali dell'obbligo, quale risulta dalle fonti normative e ai profili di *corporate governance* attinenti all'obbligo e alla correlativa responsabilità di istituzione, cura e monitoraggio degli assetti da parte degli organi societari, lo studio si focalizza sui riflessi dell'adeguatezza degli assetti in termini di capacità di adattamento alla crisi sistemica, di mercato, della specifica impresa.

Il secondo profilo di indagine riguarda lo strumento della composizione negoziata, che fa il suo debutto nel CCII (artt. 12 e ss.) come principale meccanismo di accompagnamento dell'imprenditore nella ricerca di soluzioni tempestive e non traumatiche alla crisi. Nato nel contesto della pandemia da Covid-19, l'istituto è stato oggetto di numerosi rimaneggiamenti finalizzati anche al recepimento dei contenuti della citata Direttiva *Insolvency*. La resilienza, intesa come capacità di riconoscere il cambiamento e adattarsi ad esso, costituisce elemento imprescindibile del dialogo costruttivo tra l'imprenditore in stato di pre-crisi, quindi consapevole dello squilibrio e desideroso di evitarne la degenerazione, e i suoi creditori; dialogo favorito e sostenuto da un esperto indipendente, che supporta l'imprenditore nelle scelte e facilita le trattative funzionali alla stipulazione di accordi.

3. Tracce di resilienza nella disciplina italiana degli assetti organizzativi d'impresa

Secondo uno dei massimi giuscommercialisti italiani (Fortunato, 2022, p. 1) le “categorie concettuali fondanti il mutamento di paradigma che – pur fra alterne vicende – ha accompagnato il processo riformatore della disciplina concorsuale in quest'ultimo ventennio” sono tre: la nozione di crisi d'impresa, la “rilevazione anticipata della medesima attraverso i meccanismi di allerta” e la “formalizzazione degli adeguati assetti organizzativi imprenditoriali”. È da questi concetti nuovi che nasce la possibilità di abbandonare la centralità del fallimento, procedura finalizzata a liquidare tutto l'attivo patrimoniale dell'impresa a favore dei suoi creditori, stigma che colpisce l'imprenditore in dissesto come evento che genera vergogna e disdoro e getta luce di sospetto sui suoi comportamenti (*decoctor ergo fraudator*, recita l'antico brocardo), per abbracciare una prospettiva nuova in cui diviene “concettualmente residuale, come ultima spiaggia, la liquidazione fallimentare”, e il centro della scena viene conquistato dalle procedure miranti al risanamento e alla soluzione concordata della crisi.

La crisi, concetto ampio e magmatico, diviene la condizione su cui focalizzare l'attenzione, connotata da margini di recupero e di collaborazione tra debitore e creditori, in contrapposizione alla prospettiva insita nella originaria nozione di insolvenza, tomba di ogni tentativo di ripresa, in quanto stato irreversibile del patrimonio ormai in dissesto. L'imprenditore insolvente e fallito (oggi, sottoposto a liquidazione giudiziale) viene spossessato dei suoi beni, privato della possibilità di amministrare il suo patrimonio e di assumere qualsiasi decisione gestoria, nell'attesa che tutto venga venduto per soddisfare i creditori; al contrario, l'imprenditore in crisi resta nella disponibilità del suo patrimonio, pur in uno stato di più o meno stringente limitazione operativa e sorveglianza, nell'attesa di una risoluzione della

sua condizione in senso “vitalistico” (ripristino o consolidamento della continuità aziendale, attraverso nuova finanza e processi di ristrutturazione più o meno radicali) o dissolutorio (liquidazione controllata del patrimonio, ma sempre salvaguardando - ove possibile - prospettive di continuità oggettiva, affidando la prosecuzione dell’attività con l’intera azienda o con rami di essa ad un nuovo soggetto imprenditoriale).

Se la crisi porta insito in sé lo spazio per un recupero, giacché consente “di ampliare lo spazio temporale delle decisioni alternative al fallimento, inglobando la c.d. *twilight zone*”, e il baricentro di tutto il sistema concorsuale si sposta sul “dialogo negoziale fra debitore in difficoltà e creditori”, a monte di tutto ciò si pone l’importanza di intercettare il prima possibile i segnali di crisi, ovverossia di “disfunzione dell’attività economica programmata” (tutti i virgolettati della frase sono di Fortunato, 2022, pp. 3-4), e di comprendere le cause dello squilibrio, per mettere in campo le soluzioni più adatte.

Emerge, dunque, la centralità della prospettiva relazionale: se in generale può dirsi, con papa Bergoglio, che “nessuno si salva da solo” (Franciscus Pontifex, 2020), ciò è ancor più vero nel contesto della crisi, dal momento che il risanamento si fonda non solo sulla (tradizionale) cooperazione debitore-creditore, ma sulla creazione di una rete allargata di rapporti e di supporti intersoggettivi che mira, al di là della miglior soddisfazione del creditore, a salvaguardare valori collettivi e condivisi, e *in primis* a evitare la dissipazione di valore economico, di posti di lavoro, di *know how* accumulato nel tempo.

Tutto ciò ha, però, alla base, un ulteriore, primigenio presupposto: quello che l’imprenditore si attivi affinché la crisi emerga il prima possibile, anzi addirittura che riesca a cogliere segnali anticipatori della vera e propria crisi; il che però difficilmente avviene, dal momento che per ammettere di dare evidenza esterna a tali segnali occorre sposare una cultura d’impresa ancora troppo poco diffusa nel nostro Paese. Si innesca frequentemente un *loop* tra il timore dello stigma sociale, del “cordone sanitario” che avvolge e stritola l’impresa in odore di difficoltà anche solo temporanea, e la manomissione e l’occultamento delle informazioni sfavorevoli sullo stato di salute dei conti aziendali. A monte di tutto, quindi, è la scelta di creare presidi solidi di sana e prudente gestione dell’impresa, ossia assetti organizzativi, amministrativi e contabili in grado di garantire prima di tutto l’autocoscienza dell’impresa in ordine ai segnali di crisi, e poi anche la corretta diffusione all’esterno dell’informazione al riguardo.

Non che prima del Codice della Crisi l’esigenza di organizzazione adeguata fosse irrilevante; anzi, come giustamente sottolineato in dottrina (Meruzzi, 2016, p. 2), nel diritto delle società di capitali già dalla riforma del 2003 emergeva “la scelta di qualificare l’adozione e il concreto fun-

zionamento degli assetti come un risvolto dei principi di corretta amministrazione societaria e soprattutto di indicare nell’adeguatezza degli assetti il generale criterio di condotta cui gli organi societari si devono attenere nell’attività di loro configurazione, attuazione, verifica e vigilanza (cfr. art. 2403, c. 1, c.c. in collegamento coi cc. 3 e 5 dell’art. 2381 c.c.)”; e si veda già sul punto la visione, ampia e premonitrice, di Buonocore (2006). Con la riforma della disciplina concorsuale, però, l’esigenza viene ancor più esplicitata e soprattutto, finalmente, rappresentata come un dovere che non discende dalla particolare complessa configurazione di *corporate governance* propria delle società azionarie, ma come un *proprium* di qualsiasi organizzazione imprenditoriale.

Prima di tutto il d. lgs. 14/2019 ha modificato l’art. 2086 c.c., disposizione collocata tra le norme generali in tema di impresa, aggiungendo (dopo il primo comma, che enuncia il potere gerarchico dell’imprenditore) un secondo comma che così recita:

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

Il tenore testuale della norma indica chiaramente la portata trasversale e transtipica del precetto, che riguarda ogni imprenditore, sebbene vada concretamente commisurato alla natura e dimensione dell’impresa, in ossequio al principio di proporzionalità che sempre va tenuto in considerazione quando si impongono limitazioni a diritti di libertà (e tale è senza dubbio quello dell’imprenditore di conformare la sua organizzazione produttiva, sotto l’egida dell’art. 41 Cost.).

Non solo. Disposizioni che predicano l’istituzione di tali assetti sono state ulteriormente inserite anche all’interno del nuovo Codice della crisi e dell’insolvenza, in posizione di assoluta preminenza, subito dopo le definizioni, all’art. 3:

1. *L'imprenditore individuale deve adottare misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi e assumere senza indugio le iniziative necessarie a farvi fronte.*
2. *L'imprenditore collettivo deve adottare un assetto organizzativo adeguato ai sensi dell'articolo 2086 del codice civile, ai fini della tempestiva rilevazione dello stato di crisi e dell'assunzione di idonee iniziative.*

Qui la gradualità dell’obbligo appare più scandita, con la distinzione tra “misure” organizzative imposte all’impresa individuale e “assetti” richie-

sti all'impresa collettiva, ma l'idea dominante in dottrina è nel senso di una sostanziale unitarietà e omogeneità degli obblighi. Certo, nell'impresa collettiva, e particolarmente nelle società di capitali, si chiede uno sforzo di collaborazione a vari livelli dell'organizzazione che discende dall'articolata struttura di *corporate governance* che le caratterizza; e dunque si configura, per certi versi, uno scenario di "resilienza di comunità", ossia "un processo che mette in relazione una rete di capacità adattive (risorse con attributi dinamici quali robustezza, ridondanza e rapidità) con l'adattamento in seguito ad un evento collettivo perturbante" (definizione di Norris & al., 2008, p. 127, traduzione dell'A.).

Ogni componente della società deve attivarsi secondo i propri compiti e funzioni per contribuire all'efficiente reazione alla crisi o, più in generale, al fronteggiamento degli eventi quotidiani che riguardano l'impresa. E così, come prevedono gli artt. 2381 e 2403 c.c., gli organi delegati (amministratore delegato e comitato esecutivo) "*curano* che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa"; il *plenum* del consiglio di amministrazione "sulla base delle informazioni ricevute *valuta* l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società", potendo richiedere ulteriori informazioni agli organi delegati ove lo ritenga necessario; e infine il collegio sindacale, organo di vigilanza interna delle società azionarie, *vigila* "sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento", e, dunque, svolge un controllo non solo iniziale, ma soprattutto concomitante in modo da assicurare che, in caso di malfunzionamento, si attivino quei meccanismi di omeostasi che ne determinano la correzione in itinere di fronte al mutato scenario. Insomma, interviene a monte di ogni decisione imprenditoriale la definizione di un modello che, secondo lo schema caro a Tobin (1999), consente non solo di ridurre il rischio e di recuperare l'impatto, ma altresì e primariamente di modificare i fattori strutturali e cognitivi con l'obiettivo di agevolare la prevenzione dei rischi.

Ma la strada verso la resilienza di comunità delle organizzazioni imprenditoriali è lunga e tortuosa, soprattutto perché l'impresa collettiva non si identifica soltanto con gli organi della società; nella visione del legislatore della crisi manca, ad esempio, la considerazione del ruolo proattivo che potrebbe essere svolto dai lavoratori, come motore della ripresa e della continuità aziendale. Se è vero che la disciplina degli assetti adeguati dedica loro attenzione, lo fa però nella prospettiva (alquanto statica) della corretta definizione di organigramma e funzionigramma aziendale; non ci sono, al contrario, nel Codice della crisi spazi per una valorizzazione della partecipazione dei lavoratori al risanamento dell'impresa, ad esempio attraverso l'istituto del *workersbuy out* (su cui v. Caterino & Pinto, 2022;

Pagani, 2020). Inoltre, come meglio si chiarirà nel prosieguo, la gestione della crisi non è attività lasciata all’iniziativa e alla discrezionalità dell’imprenditore, ma si connota per una serie di vincoli esterni; vincoli che, pur essendo giustificati dalla necessità di prevenire abusi e di garantire la tutela dei creditori, in alcuni casi condizionano e “ingessano” irrimediabilmente ogni tentativo di ripresa.

4. La rimozione degli ostacoli alla ristrutturazione preventiva dei debiti: lo spazio giuridico dell’iniziativa dell’imprenditore in crisi tra il R.D. n. 267/1942 e il d.lgs. n. 14/2019

La disciplina concorsuale si fonda sull’assunto che gli squilibri patrimoniali che annunciano l’*incapacità di adempiere regolarmente alle obbligazioni* - sia essa reversibile o irreversibile (cfr. artt. 5 e 160 R.D. n. 267/1942) - impongono di modificare l’intero assetto dell’attività finanziaria dell’imprenditore, poiché i pagamenti devono seguire uno specifico ordine di priorità stabilita dalla legge. Se, in via di principio, le obbligazioni pecuniarie devono seguire l’ordine delle scadenze dei termini stabiliti in contratto (quindi dai pagamenti *a vista* a quelli da effettuare secondo determinati termini cronologici, come disciplinato dagli artt. 1183 e ss. c.c.), nel caso di *crisi* tale modalità di pagamento deve seguire anche altre priorità; per vero, e specie nel caso di potenziale incapienza del suo patrimonio, il debitore deve eseguire i pagamenti seguendo l’ordine di interessi di soggetti che la legge considera prioritari (cc.dd. privilegi), identificando una specifica gradazione di tali priorità (v. artt. 2741, 2748 e ss.). Per di più, è possibile che durante l’attività l’imprenditore abbia costituito diritti reali di garanzia su beni mobili (pegno *ex* artt. 2784 e ss. c.c.) o su beni immobili (ipoteca *ex* artt. 2808 e ss. c.c.) in favore di specifici creditori, i quali dovranno essere soddisfatti per primi dal ricavato dell’eventuale vendita di tali beni. In ogni caso, in mancanza di cause di prelazione, tutti i creditori hanno diritto di soddisfarsi sui beni del debitore in proporzione del loro credito e, in via di principio, senza che un creditore sia preferito all’altro (c.d. *par condicio creditorum*), sebbene possa essere essenziale distinguere un creditore strategico per la continuazione dell’attività d’impresa rispetto a quello che ha fornito beni e/o servizi non altrettanto essenziali.

Pertanto, la condizione di *crisi* dell’imprenditore modifica l’assetto dell’azione imprenditoriale, tanto che eventuali pagamenti effettuati in violazione di tali criteri saranno resi inefficaci, compromettendo i rapporti con i creditori pagati. Il rispetto di tali principi è presidiato dalla disciplina delle azioni revocatorie (*actio pauliana*), rinforzate nella liquidazione giudiziale

(il vecchio fallimento), che possono essere evocate dai creditori o dal curatore della liquidazione giudiziale (cfr. art. 67 l. f. e il vigente art. 166 CCII).

Ne consegue che la crisi dell'imprenditore genera, *secundum legem*, una restrizione degli spazi di elasticità della gestione, in ragione di interessi che si ritengano in via di principio non sacrificabili. È pur vero che non tutte le crisi debbono produrre tali conseguenze, poiché, se il credito (la prestazione di danaro attesa dal fornitore quale esso sia) è la testimonianza di un rapporto giuridico (contratto), è altresì segnale di una relazione che si fonda su vari livelli di fiducia (*fides*). Pertanto, è possibile che in ragione di tale relazione i creditori possano concedere tempo e modalità più agili per l'adempimento dell'obbligazione. Tale comportamento sarà tanto più probabile se il creditore ritenga che, a fronte di tale concessione, il debitore possa effettivamente rimodulare la propria attività d'impresa alle mutate condizioni economico-finanziarie, per preservare la capacità di adempimento delle obbligazioni. Ciò gioverebbe allo stesso creditore, posto di fronte all'alternativa di una liquidazione del patrimonio che, se per un verso impedisce il risanamento del debitore, per altro verso può concretamente ridurre le probabilità di una congrua soddisfazione del credito, anche se forte dei rimedi che valorizzano la causa di prelazione (privilegio, ipoteca o pegno).

Per tale via, lo stesso legislatore già nella prima corposa riforma della Legge Fallimentare del 2005/2006 aveva individuato circostanze nelle quali i pagamenti, se effettuati nei sei mesi o nell'anno antecedente la dichiarazione di fallimento ai fornitori secondo i termini d'uso nel mercato di riferimento, non sono considerati violazione delle regole che presidiano la c.d. *par condicio creditorum*. Questo consente all'imprenditore in crisi, in presenza di condizioni di risanabilità dell'impresa, di continuare ad avere rapporti con fornitori essenziali, dimostrando al mercato la sua capacità di risanamento e alimentando il suo grado di affidamento.

Più in generale, la novella normativa del 2005/2006 introduceva una nuova concezione del diritto concorsuale che, pur non abbandonando l'obiettivo del pagamento dei debiti, ha aperto maggiori opportunità per le soluzioni della crisi negoziate con i creditori, pur sempre sotto l'egida dell'autorità giudiziaria. La precoce emersione della crisi – premiata con debite misure di protezione dalle azioni esecutive che ostacolerebbero le trattative con i creditori – unita all'incremento degli spazi di discussione con i creditori, coinvolgendo gli interessi più complessi di cui sono portatori, può rappresentare, in chiave sistematica, un'alternativa più conveniente per gli stessi creditori. Nel contempo, si affacciavano timidamente anche interessi socialmente rilevanti, quali quello alla conservazione dei posti di lavoro (tradizionalmente considerati solo nelle discipline dedicate alla crisi della grande impresa, come la Legge Prodi e la Legge Marzano).

La necessità di consentire all'imprenditore di affrontare precocemente la crisi riverbera effetti anche sul piano della tutela ambientale, che sarebbe problematicamente sacrificata sull'altare della liquidazione giudiziale del patrimonio dell'imprenditore decotto, stando alla circostanza della nota incapienza patrimoniale rispetto al mantenimento degli obblighi di tutela ambientale. Ne consegue che la crisi dell'impresa può generare *esternalità negative*, poste a carico integralmente dell'intera collettività nazionale, poiché gli interventi di bonifica necessari, a seguito della mancata ottemperanza dell'imprenditore in crisi degli oneri per la tutela ambientale, saranno posti a carico dell'ente locale prossimo alla sede dell'impresa come disciplinato dal Codice dell'Ambiente (Cardinale, 2023). Di qui, finalmente, un'attenzione a tale riguardo posta dal Codice della Crisi e dell'insolvenza all'esplicita previsione, nei piani di risanamento, degli oneri da destinare non solo alla sicurezza dei luoghi di lavoro, ma altresì degli oneri imposti dagli obblighi ambientali (cfr. art. 87 CCII).

Il Legislatore sin dalla riforma del 2005 sperimenta una prima forma di vera e propria autodisciplina della soluzione della crisi, riconoscendo all'imprenditore il diritto di autodeterminare un percorso di ripresa che, tuttavia, deve ricevere un'asseverazione in ordine alla fattibilità economica e giuridica del piano di risanamento. L'attestazione di asseverazione dovrà essere rilasciata da un professionista indipendente iscritto all'albo dei revisori contabili. Questa soluzione, se per un verso consente all'imprenditore di conservare il diritto di gestire in piena libertà le modalità di superamento della crisi, per altro verso esonera dalla revocatoria (*id est* sanzione dell'inefficacia) ogni pagamento effettuato in esecuzione del piano *attestato*, e non esclude che tale percorso sia condiviso con alcuni creditori o contraenti attraverso accordi stragiudiziali con contenuti tra i più vari (dilazione di pagamenti, remissione parziale o totale del debito, modifiche all'esecuzione di prestazioni di fare derivanti da contratti di fornitura o di appalto etc.). Tale formula, già recata dall'art. 67 della Legge Fallimentare riformata nel 2005/2006, oggi è ribadita dall'art. 56 CCII. È evidente come questa modalità consenta all'imprenditore che precocemente affronta la crisi di dimostrare al meglio e senza *interferenze giudiziarie* le proprie capacità, specie nella misura in cui i legami stretti con i creditori sono innanzitutto di tipo industriale (fornitori di beni e servizi) e producono interessi interconnessi.

5. La rimozione degli ostacoli alla ristrutturazione preventiva dei debiti: la composizione negoziata della crisi

L'emersione precoce della crisi, al fine di una ristrutturazione preventiva efficace dei debitori sani in difficoltà finanziarie, contribuisce a ridurre al minimo le perdite di posti di lavoro e il pregiudizio per i creditori nella

catena di approvvigionamento, e inoltre preserva il *know-how* e le competenze; di conseguenza giova all'economia in generale. La possibilità per gli imprenditori di ottenere più facilmente l'esdebitazione consentirebbe di evitare la loro esclusione dal mercato del lavoro e ricominciare l'attività imprenditoriale traendo insegnamenti dall'esperienza vissuta. Inoltre, la riduzione della durata delle procedure di ristrutturazione determinerebbe un aumento dei tassi di recupero per i creditori, in quanto generalmente il passare del tempo porta solo a un'ulteriore perdita di valore del debitore o dell'impresa del debitore (Cfr. 16° *Considerando* della Direttiva *Insolvency*).

Nella prima versione del CCII tale indirizzo era stato recepito attraverso l'individuazione di formule matematico/economiche che avrebbero dovuto produrre indici atti a segnalare all'imprenditore la sua condizione di crisi e la necessità di provvedervi adeguatamente; ciò sulla base del presupposto che l'imprenditore sia per lo più ignaro del proprio stato. La crisi pandemica, a cui è seguita la crisi Russo/Ucraina, con immediate conseguenze sugli equilibri economici e finanziari delle imprese, hanno reso immediatamente tali indicatori un vero e proprio generatore di paradossi, poiché erano stati costruiti ipotizzando condizioni di mercato *normale*; pertanto, la loro applicazione alle imprese nella fase pandemica e, immediatamente dopo, bellica rischiava di restituire veri e propri *falsi positivi*, finendo per omologare l'imprenditore decotto per cause indipendenti dall'evento eccezionale a quello che invece poteva conservare il proprio affidamento sul mercato grazie a una evidente capacità di tenuta. Pertanto, la scelta operata con la disciplina recata dal d.l.118/2021, poi inserita all'interno del CCII, è stata quella di sostituire il c.d. sistema degli indici di allerta con l'istituto della Composizione negoziata della Crisi (Bonfatti, 2022; Pagni & Fabiani, 2021).

In altri termini, il legislatore cambia il piano dell'intervento, focalizzando l'attenzione sulla capacità dell'imprenditore di poter rimediare alla propria crisi attraverso un vero e proprio percorso dialogico con i creditori. Si tratta di uno strumento che fa della volontarietà una caratteristica fondante, insieme alla presenza di un terzo soggetto indipendente – l'*esperto* – che è nominato da una commissione istituita presso le Camere di Commercio tra coloro che sono iscritti in apposito albo, per l'accesso al quale occorre avere specifiche competenze in materia giuridica-economica ed esperienza in tema di crisi e risanamento delle imprese. L'istituto fa leva sull'autoconsapevolezza e sulla capacità di autodeterminazione dell'imprenditore, il quale viene riconosciuto come soggetto pienamente responsabile della propria gestione. L'esperto funge da tramite nell'interlocuzione tra il debitore/imprenditore e i creditori, i quali possono aderire alle proposte di adempimento dei propri debiti sulla base di piani di risanamento predisposti dal

debitore e, perché no, condivisi e adattati alle volontà dei creditori aderenti. L'esito auspicato di tale percorso è il raggiungimento di un accordo stragiudiziale, che impegna i creditori aderenti e che, attraverso il suo adempimento, conduce il debitore a raggiungere equilibri economico-finanziari tali da ripristinare la capacità dell'adempimento *regolare delle obbligazioni*. I pagamenti che sono eseguiti per effetto dell'accordo raggiunto sono sempre efficaci, anche se dovesse sopraggiungere l'apertura della liquidazione giudiziaria a causa dell'aggravamento irrimediabile della crisi. Tale percorso dialogico è altresì protetto da eventuali azioni esecutive intraprese o da intraprendere da parte dei creditori, poiché unitamente all'istanza di nomina dell'esperto (su piattaforma telematica di Unioncamere) può essere selezionata la richiesta di misure protettive che il Tribunale competente dovrà confermare.

L'esigenza di supporto alla ricerca di soluzioni più adeguate alla crisi del debitore è già ampiamente nota in altri ordinamenti: nel contesto USA tale consapevolezza risale alla seconda metà degli anni Ottanta, attraverso specifici *mediation program* realizzati direttamente da alcuni tribunali fallimentari statali in attesa di specifiche indicazioni normative in materia. Nel 1998 il legislatore federale introduceva il § 651 nell'*ADR Act* e la sezione 9019 nel *Bankruptcy Code*, istituzionalizzando la possibilità del ricorso alla mediazione anche per la soluzione delle crisi del debitore civile e dell'impresa. Nelle procedure concordatarie (*Chapter 11*) il ruolo del *mediator* oltre a quello, eventuale, di liquidatore degli asset del debitore (*Trust*) è principalmente quello di supportare il debitore ed i creditori nel raggiungimento e quindi nella realizzazione e approvazione di un accordo basato su un piano che sia realizzabile/fattibile (*feasible*). Nel così detto *Mortgage Modification Mediation Program* (MMM) – previsto da tutte le corti federali statunitensi – il debitore (persona fisica) che abbia usufruito del piano di rateizzazione del debito secondo il *Chapter 13* – può ricorrere all'intervento del *mediator* per rinegoziare con i creditori il piano dei pagamenti.

Il *Code de Commerce* francese disciplina diverse procedure che prevedono l'intervento di esperti nominati dalle Corti competenti, per fornire un supporto per la ricerca di soluzioni adeguate alla situazione di crisi dell'imprenditore (e del professionista intellettuale); invero, a partire dalla disciplina degli istituti di prevenzione della crisi, è prevista la possibilità di rivolgersi ai *Groupements de prévention agréés* (art. L611-1) per sottoporre la propria impresa ad un'analisi economico/finanziaria, al fine di far emergere eventuali indici di difficoltà ed ottenere indicazioni per la nomina di esperti che possano intervenire a coadiuvare il management. Altro soggetto a cui può ricorrere l'imprenditore per la ricerca di una soluzione della sua crisi è il *mandataire ad hoc* (art. L611-3), nominato dal Presidente

del Tribunale (di Commercio o *de grande instance*) su istanza del debitore, che, in via di principio, avrà il compito di cercare un accordo con i creditori che non necessita dell'intervento omologatorio del Tribunale competente ed ha effetto esclusivamente tra le parti dell'accordo stesso. Laddove sia necessario che l'accordo raggiunto per il tramite dell'intervento di un terzo esperto ed indipendente riceva l'omologazione del Tribunale, con l'effetto di interrompere od impedire procedure esecutive nei confronti del debitore nelle more della sua esecuzione, occorre adire il procedimento di *conciliation* (artt. L611-4, L611-16). Tale procedimento può essere adottato dall'imprenditore che non versi in uno stato *de cessation des paiements* da oltre quarantacinque giorni e prevede che la richiesta sia inoltrata al Tribunale di Commercio competente, che nominerà un *conciliateur*, il cui compito è favorire la conclusione di un accordo tra il debitore ed i suoi creditori per porre fine alle difficoltà dell'impresa. In ogni caso il *conciliateur* potrà proporre tutte le altre soluzioni che comportino la conservazione dell'impresa *aumaintien de l'emploi*.

6. Alcune ultime conclusioni

Lo sforzo del Legislatore italiano eurounitario di fornire strumenti per alimentare la resilienza dell'imprenditore e delle organizzazioni d'impresa, quale soluzione più efficiente per la salvaguardia della complessità degli interessi coinvolti, trova un limite oggettivo di non poco conto: *le imprese, e in particolare le PMI, che rappresentano il 99 % di tutte le imprese nell'Unione, dovrebbero trarre vantaggio da un approccio più coerente a livello dell'Unione* (Considerando n. 17 della Direttiva *Insolvency*). Tuttavia *Le PMI hanno maggiore probabilità di essere liquidate invece di essere ristrutturate poiché devono sostenere costi proporzionalmente di gran lunga più elevati rispetto a quelli sostenuti dalle società di maggiori dimensioni. Le PMI, specialmente quando versano in difficoltà finanziarie, spesso non dispongono delle risorse necessarie per sostenere gli alti costi di ristrutturazione e beneficiare delle procedure di ristrutturazione più efficienti disponibili solo in alcuni Stati membri* (*Ibidem*).

La presenza sulle piattaforme telematiche di strumenti gratuiti di autoanalisi e di simulazione dei piani di risanamento elaborati non appare sufficiente al fine di un concreto accesso a tali soluzioni, nella misura in cui l'alto tasso di complessità della materia impone il ricorso, da parte sia del debitore sia dei creditori, all'ausilio di professionisti che li coadiuvino; ciò accresce i costi per l'effettivo accesso a tali soluzioni, considerato anche il compenso dell'*esperto*.

Ne consegue che tale strumento rischia di essere accessibile ad un numero ristretto di imprenditori con dimensioni tali da consentire loro di di-

sporre risorse adeguate per l’accesso alla necessaria assistenza professionale. La resilienza, dunque, ha spesso un costo insostenibile, soprattutto per le piccole e medie imprese.

Va, in ultimo, considerato il tema reputazionale. La dimensione ed il modello societario assunto per l’esercizio dell’impresa, soprattutto quando contribuiscono a realizzare una vera e propria personalizzazione dell’impresa, da un lato consentono il superamento della tradizionale ritrosia a manifestare al mercato *debolezze imprenditoriali*, ma nel contempo e paradossalmente possono condurre al disinteresse alla soluzione della crisi, con l’abbandono del patrimonio residuo ai creditori.

Bibliografia

- Beer, S. (1973). *L’azienda come sistema cibernetico*. ISEDI.
- Bertini, U. (1975). L’azienda come sistema cibernetico. In *Studi di ragioneria, organizzazione e tecnica economica. Scritti in memoria di A. Riparbelli* (Vol. I). Corsi Editore.
- Bonanno, G. A. (2004). Loss, trauma, and human resilience: Have we underestimated the human capacity to thrive after extremely aversive events? *American Psychologist*, 59(1), 20–28.
- Bonfatti, S. (2022). Profili della composizione negoziata della crisi – Natura giuridica, presupposti e valutazioni comparative. *Dirittodellacrisi.it*, 3 febbraio 2022.
- Buonocore, V. (2006). Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull’art. 2381, commi terzo e quinto, del codice civile. *Giurisprudenza commerciale*, I, 5–41.
- Cardinale, E. (2023). Le bonifiche e il danno ambientale nella crisi d’impresa alla luce del nuovo codice della crisi dell’impresa e dell’insolvenza. In A. Uricchio & A. Buonfrate (a cura di), *Trattato breve dello sviluppo sostenibile* (pp. 623–657). Wolters Kluwer Italia.
- Caterino, D. (2020). Covid-19 e diritto commerciale: misure emergenziali, provvedimenti strutturali e ricostruzione della visione dell’impresa in tempo di pandemia. In D. Garofalo, M. Tiraboschi, V. Fili, & F. Seghezzi (a cura di), *Welfare e lavoro nella emergenza epidemiologica. Contributo sulla nuova questione sociale* (Vol. II, pp. 243–294). ADAPT.
- Caterino, D., & Pinto, L. (2022). Il workers’ buy out tra principi costituzionali e vecchi e nuovi strumenti di partecipazione alla gestione dell’impresa. In *La sostenibile leggerezza dell’umano. Scritti in onore di Domenico Garofalo* (pp. 111–122). Cacucci.

- Catturi, G. (2022). L'azienda è organismo resiliente. Le possibili reazioni alle crisi economiche. *Management Control*, 3, 177–263. <https://doi.org/10.3280/MACO2022-003009>
- Catturi, G., & Ricci Paulesu, L. (2020). L'azienda “organismo intelligente”: il fenomeno dell'omeostasi ed i sistemi di controllo. *Management Control*, 2, 11–36. <https://doi.org/10.3280/MACO2020-002002>
- Dotti, M. (2020). L'impresa come sistema vivente: sussidiarietà circolare, creazione di valore, responsabilità integrale (intervista a M. Mercati, AD di Aboca). *vita.it*, 31 marzo 2020.
- Enriques, L. (2020). Pandemic-Resistant Corporate Law: How to Help Companies Cope with Existential Threats and Extreme Uncertainty During the Covid-19. *ECGI Law Working Paper*, No. 530/2020. https://ssrn.com/abstract_id=3641505
- Fortunato, S. (2022). Crisi d'impresa e assetti adeguati nella riforma Cartabia (partendo dal percorso culturale di Alberto Jorio). *Ristrutturazionaziendali.it*, 23 maggio 2022.
- Franciscus Pontifex. (2020). *Lettera enciclica Fratelli tutti sulla fraternità e l'amicizia sociale*, 4 ottobre 2020. https://www.vatican.va/content/francesco/it/encyclicals/documents/papa-francesco_20201003_enciclica-fratelli-tutti.html
- Golinelli, G. M., & Gatti, M. (2001). *L'impresa sistema vitale. Il governo dei rapporti intersistemici* (Paper ISTEI 2001). www.unimib/upload/golinelliegatti-rimpag206.pdf
- Irrera, M., & Fregonara, E. (2020). La crisi d'impresa e la continuità aziendale ai tempi del Coronavirus. In M. Irrera (a cura di), *Il diritto dell'emergenza: profili societari, concorsuali, bancari e contrattuali* (pp. 18–36). Regolazione, etica e società – Centro studi d'impresa.
- Masturzi, S. (2020). Appunti sull'impatto dell'emergenza pandemica nel diritto delle società di capitali. *Diritti fondamentali*, 2, 1231–1258. <https://dirittifondamentali.it/2020/07/04/appunti-sullimpatto-dellemergenza-pandemica-nel-diritto-delle-societa-di-capitali/>
- Meruzzi, G. (2016). L'adeguatezza degli assetti. In M. Irrera (a cura di), *Gli assetti e i modelli organizzativi delle società di capitali* (pp. 41–80). Zanichelli.
- Norris, F. H., Stevens, S. P., Pfefferbaum, B., Wyche, K. F., & Pfefferbaum, R. L. (2008). Community resilience as a metaphor, theory, set of capacities, and strategy for disaster readiness. *American Journal of Community Psychology*, 41, 127–150.

- Pagani, E. (2020). Il workers' buyout quale possibile strumento di risoluzione della crisi della piccola e media impresa italiana. *Crisi d'Impresa e Insolvenza*, 1 ottobre 2020. <https://blog.ilcaso.it/libreriaFile/1281.pdf>
- Pagni, I., & Fabiani, M. (2021). La transizione dal Codice della Crisi alla composizione negoziata (e viceversa). *Dirittodellacrisi.it*, 2 novembre 2021.
- Strampelli, G. (2020). La preservazione (?) della continuità aziendale nella crisi da Covid-19: Capitale sociale e bilanci nei decreti “Liquidità” e “Rilancio.” *Rivista delle Società*, 2, 366–405.
- Tugade, M. M., & Fredrickson, B. L. (2004). Resilient individuals use positive emotions to bounce back from negative emotional experiences. *Journal of Personality and Social Psychology*, 86(2), 320.
- Zappa, G. (1954). *La nozione di azienda nell'economia moderna*. Il Risparmio.

