



LUISS
CERADI
*Centro di ricerca
per il diritto d'impresa*

**LA RIFORMA DEL CONCORDATO PREVENTIVO:
CRITICITÀ ALLA LUCE DEL NUOVO TESTO NORMATIVO**

Michele Vietti

© Luiss Guido Carli. La riproduzione è autorizzata con indicazione della fonte o come altrimenti specificato. Qualora sia richiesta un'autorizzazione preliminare per la riproduzione o l'impiego di informazioni testuali e multimediali, tale autorizzazione annulla e sostituisce quella generale di cui sopra, indicando esplicitamente ogni altra restrizione.

1. Il nuovo fallimento in funzione riallocativa dei fattori della produzione d'impresa.

Se si volge lo sguardo al periodo che va dalla promulgazione del codice di commercio del 1882 al codice civile del 1942, è possibile constatare sin da subito che l'economia dello Stato unitario era ancora largamente basata sulla produzione agricola e sulla logica commerciale degli scambi, specie per via marittima, senza che gli albori della rivoluzione industriale avessero ancora da noi prodotto effetti significativi.

Ne conseguiva che il “neonato” diritto commerciale era basato più che sul concetto di impresa su quello della persona dell'imprenditore, più che sull'identificazione dell'organizzazione dei fattori produttivi da parte dell'impresa sulla mera tipizzazione dei singoli atti di commercio, più che sulla enucleazione di sistemi di risoluzione delle crisi aziendali in una logica di continuità economica su una visione personalistica dell'insolvenza in gran parte mutuata dal sistema esecutivo individuale.

Né gli anni tra l'Ottocento e il Novecento erano destinati a vedere grandi mutamenti di questo sistema. Forse solo il governo Giolitti, nel 1892, per primo si pose il problema dei radicali cambiamenti che la rapida industrializzazione di molti Stati del nord-Europa induceva sul panorama degli scambi, ma ancora l'attenzione della neonata industria italiana era focalizzata nel chiedere sgravi e agevolazioni di tipo fiscale piuttosto che riforme strutturali della normativa di settore.

Come al solito sono i tempi di crisi che dettano l'agenda dei riformatori.

Ed in tal senso l'inadeguatezza del sistema del diritto commerciale, che per lunghi anni era stata discussa a livello meramente accademico dai maestri dell'epoca, era destinata a mostrare tutta la sua gravità dopo la prima crisi economica del 1907.

Quando la politica percepisce il pericolo derivante dall'inadeguatezza del sistema è però troppo tardi; l'illusione che dalle crisi economiche sistemiche si potesse uscire solo con strumenti macroeconomici era destinata a rivelarsi tale qualche anno dopo, con la Grande crisi del 1929. Ma, ancora una volta, quando la politica chiamava, i giuristi mostravano la loro inadeguatezza a dare risposte concrete e, soprattutto, aggiornate al contesto. Sicché dalle crisi dell'economia delle valute l'Italia è uscita, anziché con riforme strutturali che ponessero le imprese e la loro crisi al centro dell'attenzione dell'ordinamento, con una soluzione esattamente opposta.

La scelta è stata, come è ben noto, quella dell'autarchia, del ripiegarsi su sé stessi, del consolidamento degli istituti già noti con un'enfasi speciale sul ruolo e sul valore dello Stato nella vita del cittadino e delle imprese.

Decenni di discussione sull'opportunità dell'adeguamento dell'ordinamento italiano a modelli contrapposti come quello di derivazione anglosassone o piuttosto quello di derivazione tedesca duale, videro tramontare la loro attualità allorché l'unico interesse del riformatore del regime fu quello di decidere se lasciare separati ovvero riunire il codice civile e quello di commercio.

A prescindere dalla bontà della scelta effettuata, ciò che va rimarcato è che anche nel codice civile del 1942 l'impresa è largamente assente e l'iniziativa economica è ancora largamente riguardata nel suo aspetto singolare, nei rapporti gerarchici tra imprenditore e suoi ausiliari, nella puntuale identificazione degli strumenti contrattuali che l'imprenditore adotta con i terzi. Basti pensare, ad esempio, alla circostanza che nel codice civile vi è la definizione di imprenditore, ma non di impresa, e che il diritto commerciale trova posto nel Libro del Lavoro, dove assai significativamente più che all'attività imprenditoriale si ha riguardo ai rapporti interpersonali tra l'imprenditore e i suoi dipendenti o tra l'imprenditore e i terzi con cui contratta.

Il regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, si fonda, infatti, sulla centralità dell'interesse dello Stato nella gestione delle procedure di crisi: ne sono emanazione le figure del tribunale fallimentare e del giudice delegato, che operano quali rappresentanti diretti dello Stato, e del curatore che, in quanto strumento operativo delle scelte pubbliche, è qualificato come pubblico ufficiale; l'interesse preminente da perseguire è la determinazione della responsabilità del dissesto, l'eliminazione delle ulteriori conseguenze del fallimento e la liquidazione di tutti i beni del fallito nell'ottica del perseguimento della parità di trattamento tra i creditori, che restano "alla finestra" in attesa di ricevere dallo Stato quanto loro spetti in virtù dei crediti vantati. In tale contesto, parlare di funzione economica del diritto fallimentare, piuttosto che di strumenti di finanziamento anche dell'impresa in crisi o dei settori ancora produttivi di quella in stato di insolvenza, era un fuor d'opera.

La riforma del diritto societario del 2001/2003 ha rappresentato un importante segnale di risposta all'esigenza di modernizzazione dell'ordinamento; in essa si è tentato di disegnare una fisiologia dei rapporti imprenditoriali basata su modelli duttili e su

regole giuridiche il più possibile minimali, nell'ottica di consentire a chi fa impresa di regolare i propri rapporti senza cadere nella logica dell'economia nazionale.

Successivamente, con la riforma del 2005/2006, anche il diritto fallimentare è stato innovato, spostando il baricentro non tanto verso una regolazione giuridica, bensì verso quella economica del fenomeno. L'impresa in crisi è un fallimento del mercato e ciò che più deve contare anche per le regole del diritto fallimentare è limitare le conseguenze negative per il mercato, evitando che la crisi si estenda all'intorno dell'impresa, al suo indotto, ai mercati di riferimento.

Per farlo, era tuttavia necessario comprendere che l'interesse della procedura concorsuale non era più e tanto quello statutale della punizione del colpevole e dell'eliminazione dell'impresa insolvente, quanto piuttosto quello della ricerca di ogni possibile strumento per salvaguardare ciò che di buono ancora esisteva nell'asset aziendale.

Parlare di centralità dell'interesse del ceto creditizio, di contingentamento dei tempi dell'azione revocatoria, di introduzione di strumenti alternativi per la risoluzione della crisi significava, dunque, introdurre una nuova politica del diritto concorsuale, accreditare una diversa gerarchia di valori, cercando di far comprendere che a mutati contesti economici devono corrispondere diverse e mutate regole giuridiche.

2. La delega al Governo per un nuovo intervento di riforma

A distanza di circa dieci anni dalla precedente riforma, nel gennaio 2015 è stata istituita una nuova Commissione ministeriale di esperti incaricata di "valutare" la necessità di ulteriori interventi normativi di riordino della disciplina delle procedure concorsuali.

Anche solo dal punto di vista dell'immagine, una riforma organica della disciplina italiana in materia d'insolvenza e procedure concorsuali risultava necessaria, in quanto la normativa nazionale di riferimento era ancora costituita dal r.d. 19 marzo 1942, n. 267, mentre quasi tutti gli altri Stati dell'Unione europea si erano dotati di normative sull'insolvenza ben più recenti. A prescindere dall'esigenza di "*restyling d'immagine*", deve tenersi conto che se da un lato la legge fallimentare italiana è stata oggetto di plurime modifiche nel corso degli anni – innovando interi settori - dall'altro

ciò ha persino accentuato lo scarto tra disposizioni riformate e quelle rimaste invariate, che ancora risentono di un'impostazione datata e quindi ben lontana dal contesto politico e sociale odierno.

A ciò si aggiunge, poi, che la frequenza degli interventi normativi ha spesso generato difficoltà applicative, impedendo il formarsi di indirizzi giurisprudenziali consolidati e stabili, accentuando, viceversa, situazioni di incertezza giuridica e favorendo il moltiplicarsi delle controversie nonché il rallentamento delle procedure concorsuali.

Non si possono ignorare, d'altronde, le numerose sollecitazioni provenienti dall'Unione europea, e in particolare la Raccomandazione n. 2014/135/UE, oltre che l'emanazione del nuovo regolamento europeo sull'insolvenza transfrontaliera (Reg. UE 15414/15). Né vanno trascurati i principi della *Model law*, elaborati in tema d'insolvenza dall'*Uncitral*, il cui recepimento consente il riconoscimento dei provvedimenti giurisdizionali emessi nei rispettivi paesi con evidente vantaggio anche per gli imprenditori italiani operanti all'estero.

Discende da ciò una prima fondamentale scelta, ossia quella di delineare un assetto normativo in cui siano ben chiari i principi giuridici comuni al fenomeno dell'insolvenza, come tali idonei a rappresentare punti di riferimento per l'intera gamma delle procedure di cui si discute.

La necessità di una riforma nel diritto fallimentare, come si ricorda nella Relazione della Commissione Rordorf, è inoltre suffragata da recenti studi empirici, "dai quali emerge un quadro allarmante sull'incapacità delle imprese italiane - per lo più medie o piccole imprese - di promuovere autonomamente processi di ristrutturazione precoce, per una serie di fattori che ne riducono la competitività (sottodimensionamento, capitalismo familiare, personalismo autoreferenziale dell'imprenditore, debolezza degli assetti di *corporate governance*, carenze nei sistemi operativi, assenza di monitoraggio e di pianificazione, anche a breve termine)". Vale la pena osservare, inoltre, come nel nostro Paese le procedure concorsuali siano ancora vissute dagli imprenditori come un male in sé, da allontanare nel tempo ad ogni costo, e ciò spiega, ad esempio, perché le imprese ammesse a concordato preventivo siano risultate per lo più in condizione di ormai irreversibile decozione.

3. Il primo schema di disegno di legge delega approvato dalla “Commissione Rordorf”.

La Commissione – insediatasi il 18 febbraio 2015 – veniva investita del compito di provvedere:

a) alla razionalizzazione, semplificazione e uniformazione dei procedimenti previsti dalla legge fallimentare anche in relazione all’accordo con la disciplina del processo civile telematico;

b) all’individuazione di misure idonee a incentivare l’emersione dalla crisi;

c) all’individuazione delle linee generali di riforma delle procedure concorsuali diverse da quelle previste dalla legge fallimentare, e in particolare, quanto alle procedure del debitore in stato di sovraindebitamento, individuazione delle misure volte a consentire al creditore di provocare l’apertura della procedura liquidatoria;

d) alla ricognizione di opportune linee di raccordo con le prospettive di riforma della materia dell’amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi.

Il 25 novembre 2015, la Commissione proponeva al Governo uno schema di disegno di legge delega per la riforma delle procedure concorsuali. Nella relazione di accompagnamento del Presidente Rordorf, datata 29 dicembre 2015, si illustravano analiticamente le linee essenziali e gli obiettivi della riforma: ampio spazio veniva riservato alla procedura di concordato preventivo, ritenuta, da parte degli operatori del settore, il meccanismo più efficace per risolvere positivamente le crisi d’impresa o per recuperare le potenzialità aziendali presenti in situazioni di insolvenza non del tutto irreversibile; peraltro, le riforme intervenute in materia nell’ultimo decennio, improntate ad una maggiore flessibilità dell’istituto, hanno assicurato un costante aumento delle domande di ammissione a tale procedura.

4. Il concordato preventivo e il giudizio di fattibilità secondo la Commissione Rordorf.

Nel procedere all’esame dei punti da riformare in tema di concordato preventivo, la Commissione non ha ritenuto opportuno specificare ulteriormente i poteri di verifica della fattibilità del piano concordatario spettanti al Tribunale, considerando, viceversa, sufficiente il richiamo all’ormai consolidato orientamento della giurisprudenza di

legittimità circa la distinzione tra controllo di legittimità sul giudizio di fattibilità della proposta di concordato e valutazione in ordine al merito di detto giudizio.

La Cassazione, infatti, a partire dal 2009, si era espressa nel senso di precludere al giudice il potere di formulare un giudizio di merito sulla fattibilità del piano. In particolare, nella nota pronuncia delle Sezioni Unite del 2013¹, è stato affermato che il giudice ha il dovere di esercitare il controllo di legittimità sul giudizio di fattibilità della proposta di concordato, e tale giudizio si estende non solo alla completezza, alla congruità logica e alla coerenza complessiva della relazione del professionista, ma anche alla fattibilità giuridica della proposta, ma non a quella economica. La Cassazione, infatti, riconosce al giudice fallimentare tre funzioni: i) garante della regolarità della procedura; ii) custode dei principi fondamentali dell'ordinamento che non vanno violati con l'abuso del diritto; c) solutore dei conflitti; ma, si aggiunge esplicitamente, mai valutatore della convenienza economica, competendo esclusivamente ai creditori la valutazione relativa alla probabilità di successo economico del piano e ai rischi inerenti.

Recentemente, sempre la Corte di Cassazione ha affermato che il giudice ha il dovere di esercitare il controllo di legittimità sul giudizio di fattibilità della proposta di concordato, non restando questo escluso dall'attestazione del professionista, mentre rimane riservata ai creditori la valutazione in ordine al merito di detto giudizio².

Anche la giurisprudenza di merito ha mostrato adesione ai principi enunciati dalla Suprema Corte, assurgendo a principio giurisprudenziale consolidato quello per cui il giudice, anche successivamente all'ammissione alla procedura di concordato, è tenuto ad effettuare una valutazione circa la fattibilità del piano proposto sotto il profilo della correttezza giuridica ed è chiamato a riscontrare che i presupposti di ammissibilità alla procedura, ex art. 160 L.F., sussistano e perdurino³. In particolare, si rammenta che, sebbene resti riservata ai creditori la valutazione in ordine alla fattibilità economica del piano ed alla sua convenienza economica, tuttavia l'eventuale inidoneità della proposta, se emergente *prima facie*, a soddisfare in qualche misura i diversi crediti rappresentati rientra invece nel giudizio di fattibilità giuridica rimesso al Tribunale⁴, ben potendosi

¹ Cass. civ., S.U., sentenza n. 1521/2013, con commento di DIDONE, *Le Sezioni unite e la fattibilità del concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2013, II, 1.

² Cass. civ., ordinanza n. 16327/2017.

³ Tribunale di Milano, sezione II civile, decreto 28.09.2017.

⁴ Cass. civ., sentenza n. 13083/2013.

ritenere integrata l'ipotesi di cui all'art. 173 L.F. nel caso di un'assoluta e manifesta non attitudine del piano presentato dal debitore a raggiungere gli obiettivi prefissati, ossia a realizzare la causa concreta del concordato⁵.

L'unica ipotesi idonea ad un'ammissione (parziale) del controllo sulla fattibilità economica (intesa come realizzabilità nei fatti del piano medesimo) – precisa la stessa giurisprudenza di legittimità – si avrebbe nell'ambito del controllo svolto nei limiti della sussistenza o meno di una manifesta inettitudine del piano a raggiungere gli obiettivi prefissati, individuabile caso per caso in relazione alle specifiche modalità indicate dal proponente per superare la crisi⁶.

Dal quadro giurisprudenziale così sommariamente richiamato si ricava, dunque, il riconoscimento, in capo al giudice, del ruolo di garante della legittimità, seppure di una legittimità sostanziale e non meramente formale. Ciò appare pacifico anche alla luce del fatto che la valutazione della fattibilità partecipa inevitabilmente della natura informativa dei dati aziendali e contabili e la natura informativa dei dati aziendali e contabili partecipa a sua volta di profili valutativi. Ed è altrettanto chiaro come non sia possibile separare nettamente questi due aspetti: la fattibilità riferita alla valutazione economica e la fattibilità invece riferita alla natura informativa dei dati aziendali e contabili. Anche la giurisprudenza minoritaria che discorre di sindacato del giudice sulla fattibilità economica, limita la portata di quest'ultimo alla valutazione della realizzabilità nei fatti del piano, ossia alla sussistenza o meno di un'assoluta e manifesta non attitudine del piano presentato dal debitore a raggiungere gli obiettivi prefissati, e perciò a realizzare la causa concreta del concordato.

Il giudice - sin qui - non può entrare, dunque, nel merito del contenuto economico del piano, dovendosi limitare a considerare gli aspetti formali e gli interessi coinvolti, al fine di ottenere una soluzione quanto più equa per le parti coinvolte. In tale fase, un rilievo particolare deve attribuirsi al divieto di abuso del diritto, atteso che il principio di buona fede oggettiva rappresenta anche nel concordato il contrappeso all'autonomia negoziale dove sono molteplici i soggetti coinvolti e gli interessi da tutelare. Laddove, infatti, il giudice dovesse accertare la sussistenza di condotte abusive da parte del debitore (ad esempio per allontanare la dichiarazione di fallimento già pendente o

⁵ Cass. civ., sentenza n. 24970/2013.

⁶ Cass. Civ., sentenza n. 9061/2017.

incombente o per usufruire il più a lungo possibile dell'ombrello protettivo del concordato), potrà rigettare il ricorso per abuso di diritto

Ed ancora, la Cassazione ha ribadito il divieto - cui soggiace il giudice in sede di omologazione del concordato - di sindacare, attraverso una verifica istruttoria, la probabilità di successo del concordato approvato dai creditori, dovendosi escludere che la relativa omologazione possa essere negata anche nel caso in cui, a giudizio dello stesso giudice, fosse prevedibile l'inadempimento del debitore.

5. Le modifiche apportate a seguito dell'approvazione del d.d.l. da parte del Consiglio dei ministri

Il Consiglio dei ministri del 10 febbraio 2016, sulla scorta del progetto della Commissione ministeriale, approvava un disegno di legge delega al Governo per la riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza (n. 3671).

Il nuovo testo, nel transitare da Via Arenula a Palazzo Chigi, vedeva tuttavia mutare parzialmente il suo contenuto, sul punto che qui ci occupa, rispetto allo schema proposto dalla Commissione.

Nella relazione di accompagnamento presentata alla Camera l'11 marzo 2016, in particolare, veniva previsto che il futuro legislatore delegato rivedesse l'attuale sistema di accertamento della veridicità dei dati aziendali e di attestazione della fattibilità del piano concordatario, al fine di chiarire, in via generale, il contenuto dei poteri del tribunale, con precipuo riguardo proprio alla valutazione della fattibilità del piano, *“attribuendo, in ogni caso, al giudice il potere di verificare, sin dalla fase di ammissione alla procedura, la realizzabilità economica dello stesso”*.

In particolare, l'art. 6, co. 1, lett. f) del d.d.l. attribuisce al Tribunale poteri di verifica *“in ordine alla realizzabilità economica”* del piano, e ciò in palese contrasto con quanto statuito dalla granitica giurisprudenza di legittimità.

<p align="center">Schema di disegno di legge delega approvato inizialmente dalla Commissione Rordorf.</p>	<p align="center">Testo approvato dal Consiglio dei Ministri il 10 febbraio 2016.</p>
<p align="center">ART. 6. - (Procedura di concordato preventivo).</p> <p>1. La disciplina della procedura di concordato preventivo va riordinata prevedendo:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) l'ammissibilità di proposte esclusivamente liquidatore solo in caso di apporto di risorse esterne che aumentino, in misura apprezzabile, la soddisfazione dei creditori; b) a legittimazione del terzo a promuovere il procedimento nei confronti del debitore che versi in stato di insolvenza, nel rispetto del principio del contraddittorio e con l'adozione di adeguati strumenti di tutela del debitore, in caso di successivo inadempimento del terzo; c) la revisione della disciplina delle misure protettive, specie quanto a durata ed effetti, prevedendone la revocabilità, su ricorso degli interessati, ove non arrechino beneficio al buon esito della procedura; d) la fissazione delle modalità di accertamento della veridicità dei dati aziendali e di verifica della fattibilità del piano, nonché la determinazione dell'entità massima dei compensi spettanti ai professionisti incaricati dal debitore, da commisurarsi proporzionalmente all'attivo dell'impresa soggetta alla procedura; e) l'esplicitazione dei poteri del tribunale, con particolare riguardo alla valutazione della fattibilità del piano, tenuto conto dei criteri desumibili da consolidati orientamenti del giudice di legittimità. <p align="center"><i>(omissis)</i></p>	<p align="center">ART. 6. - (Procedura di concordato preventivo).</p> <p>1. Nell'esercizio della delega di cui all'articolo 1, per il riordino della disciplina della procedura di concordato preventivo, il Governo si attiene ai seguenti principi e criteri direttivi:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) prevedere l'inammissibilità di proposte che, in considerazione del loro contenuto sostanziale, abbiano natura essenzialmente liquidatoria; b) stabilire la legittimazione del terzo a promuovere il procedimento nei confronti del debitore che versi in stato di insolvenza, nel rispetto del principio del contraddittorio e con l'adozione di adeguati strumenti di tutela del debitore, in caso di successivo inadempimento del terzo; c) procedere alla revisione della disciplina delle misure protettive, specialmente quanto alla durata e agli effetti, prevedendone la revocabilità, su ricorso degli interessati, ove non arrechino beneficio al buon esito della procedura; d) fissare le modalità di accertamento della veridicità dei dati aziendali e di verifica della fattibilità del piano, nonché determinare l'entità massima dei compensi spettanti ai professionisti incaricati dal debitore, da commisurare proporzionalmente all'attivo dell'impresa soggetta alla procedura; e) prevedere la suddivisione obbligatoria dei creditori in classi secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei; f) determinare i poteri del tribunale, con particolare riguardo alla valutazione della fattibilità del piano, attribuendo anche poteri di verifica in ordine alla realizzabilità economica dello stesso; <p align="center"><i>(omissis)</i></p>

Il nuovo testo veniva assegnato in questa versione alla II Commissione (Giustizia) in sede Referente il 31 marzo 2016. La Commissione - per ragioni che in questa sede è preferibile sottacere - richiedeva all'Assemblea di espungere l'art. 15, relativo all'amministrazione straordinaria delle grandi imprese, dal testo del disegno di legge.

La Camera, nella seduta del 18 maggio 2016, deliberava sulla richiesta di stralcio, approvandola. Il nuovo testo risultante dallo stralcio dell'art. 15, con il n. 3671-bis («Delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e

dell'insolvenza»), veniva nuovamente assegnato alla II Commissione (Giustizia), in sede referente.

Nella seduta del 20 dicembre, veniva proposta la soppressione della lett. *f*), comma 1, dell'art. 6 del d.d.l.⁷, ricevendo tuttavia parere contrario dal Relatore della Commissione.

Al contrario, trovavano parere favorevole - al quale si conformava il Governo - le proposte di emendamento relative alla sostituzione, alla lett. *f*), del comma 1, della parola “*realizzabilità*” con quella di “*fattibilità*”⁸, nonché l’aggiunta delle parole “*anche economica, tenendo conto dei rilievi del commissario giudiziale*”⁹, che venivano approvate in Commissione in data 17 gennaio 2017; successivamente il testo veniva licenziato per la discussione in Assemblea, che prendeva inizio il 30 gennaio 2017.

Nella seduta dell’Assemblea della Camera dei deputati n. 734 del 1° febbraio 2017, il testo di delega veniva approvato senza ulteriori modifiche alla lett. *f*), comma 1, dell’art. 6.

Successivamente, il d.d.l. veniva trasmesso in data 3 febbraio 2017 al Senato, che provvedeva alla sua approvazione definitiva l’11 ottobre 2017 (S. 2681), senza che risulti né dai verbali di Commissione né da quelli di Aula, fatta eccezione per alcuni tentativi di emendamenti mai giunti a termine¹⁰, alcuna osservazione in ordine al punto della verifica della fattibilità economica del piano, che aveva impegnato, al contrario, in discussioni infinite gli operatori del settore oltre che la giurisprudenza di legittimità.

Il testo diventava Legge n. 155 in data 19 ottobre 2017, pubblicata poi in Gazzetta Ufficiale n. 254 del 30 ottobre 2017. La disposizione in commento non compare più alla lett. *f*), di cui al comma 1, dell’art. 6, bensì alla lett. *e*), avendo il Senato proceduto ad una rideterminazione delle “*lettere*” a seguito dell’eliminazione della lett. *b*), dello stesso comma, avvenuta alla Camera dei Deputati durante la seduta del 31 gennaio 2017¹¹.

⁷ Proposta emendativa n. 6.12 degli On.li Businarolo, Bonafede, Agostinelli, Colletti, Ferraresi e Sarti.

⁸ Proposta emendativa n. 6.14 degli On.li Businarolo, Bonafede, Agostinelli, Colletti, Ferraresi e Sarti.

⁹ Proposta emendativa n. 6.10 dell’On.le Berretta.

¹⁰ Il riferimento è alle proposte di modifica nn. 6.11, 6.12, 6.13, presentate nella seduta n. 415 del 20/09/2017 in 2ª Commissione permanente (Giustizia), sebbene mai discusse o approvate.

¹¹ Il testo eliminato di cui alla lett. *b*), dell’art. 6, co. 1, era il seguente: “*b) stabilire i casi di legittimazione del terzo a promuovere il procedimento nei confronti del debitore che versi in stato di insolvenza e non di mera crisi, nel rispetto del principio del contraddittorio e con l’adozione di adeguati strumenti di tutela del debitore, in caso di successivo inadempimento del terzo, ferma restando la disciplina in materia di proposte concorrenti vigente alla data entrata in vigore della presente legge:*”.

Il rischio che si palesa dalla novella legislativa è quello di replicare quanto previsto nell'*Insolvenz Ordnung* tedesco, dove espressamente si afferma che: “il giudice rigetta d’ufficio il piano, se ... non ci sono prospettive di accettazione da parte dei creditori, oppure se è evidente che le pretese non possono essere soddisfatte”. Si tratta, quindi, di una scelta netta non condivisibile, specie se suffragata dall’idea che, solo per l’inadeguatezza dei creditori - e in particolare dei creditori bancari - nonché dei professionisti incaricati dal debitore, debba essere ribaltata l’impostazione garantista degli istituti, retrocedendo al fallimento sanzionatorio originariamente previsto dal legislatore fascista del’42.

A ciò si aggiunga, non da ultimo, che la nuova previsione normativa accentua il pericolo di concentrare nelle mani del giudice un potere invasivo nel merito dei rapporti creditori-debitore, superando quella sorta di "autolimitazione" del sindacato giudiziale, che la stessa giurisprudenza aveva elaborato, in un ambito non connotato in via esclusiva da profili giuridici, ma anche da riferimenti all’analisi economica e finanziaria in senso lato. È evidente, pertanto, come la previsione di una verifica circa la “*fattibilità economica del piano*” contenuta nella nuova legge approvata dal Parlamento, lungi dall’apportare un contributo di chiarezza e certezza in materia, finirà per alimentare proprio quel livello di imprevedibilità delle decisioni giudiziali che si mirava a contrastare nell’idea iniziale sottesa al progetto di riforma, e con essa ad accrescere il rischio di prassi eterogenee fra i diversi tribunali, ingenerando negli imprenditori italiani un ulteriore e perdurante senso di insicurezza, non certamente incentivante il rischio di impresa.

Né può sostenersi, come già evocato da autorevole dottrina, che l’introduzione dell’inciso “*tenendo conto dei rilievi del commissario giudiziale*” possa rappresentare un efficace argine all’invadenza del giudice rispetto al merito del concordato. Tale inciso aggiunto al testo, infatti, non può certamente essere ritenuto idoneo, di per sé, a prevenire il rischio paventato di un’ingerenza del giudice nelle procedure di concordato, che vada oltre il controllo di legalità, per il sol fatto che dovrà “tener conto” dell’opinione del Commissario. A parte la circostanza che quest’ultimo è legato al Giudice Delegato da un rapporto fiduciario, il presunto rimedio si riduce ad un onere motivazionale cui facilmente ottemperare, sia che ci si adegui sia che ci discosti dal parere del Commissario. Perciò, ove soltanto quest’ultimo dovesse ritenere sussistente la fattibilità economica del piano, sarà agevole per chi ha il potere di adottare la

decisione finale far prevalere il proprio punto di vista. Si aggiunga, inoltre, che il ruolo rafforzato del *tandem* “Commissario Giudiziale – Giudice Delegato” sposta il baricentro del concordato dall’asse “debitore – creditori” a quello degli organi gestori della procedura che anziché arbitri finiscono per diventare veri giocatori.

Si tratta di un evidente arretramento rispetto alla visione “privatistica” dei rimedi di soluzione concordata della crisi, faticosamente affermatasi con la riforma del 2005/2006, che rischia di rendere questi strumenti scarsamente appetibili per il mercato.