

Il sistema e i principi del diritto della crisi dell'impresa

SOMMARIO. 1. Il sistema tra inadempimento e insolvenza. – 2. Sul sistema e sui principi. – 3. La frammentazione del sistema. – 4. Il mutamento di lessico. – 5. Le ragioni della presenza di una legge sulle crisi. – 6. I valori delle procedure di crisi e di insolvenza. – 7. Il palinsesto delle procedure di crisi e di insolvenza. – 8. I connotati che caratterizzano la procedura concorsuale e gli strumenti di regolazione della crisi. – 9. Autonomia del diritto della crisi e dell'insolvenza. – 10. Liquidazione giudiziale, impresa, esecuzione. – 11. L'idea della concorsualità. – 12. Concorsualità, *par condicio creditorum*, classi. – 13. I principi giustificativi delle classi. – 14. Lo scopo delle procedure di insolvenza. – 15. Natura pubblica o privata delle procedure concorsuali. – 16. Diritto ed economia. – 17. Tutela dei diritti. – 18. Tutela del diritto di credito. – 19. Possibili derive a-concorsuali. – 20. Etica, solidarietà, responsabilità sociale.

1. Il sistema tra inadempimento e insolvenza

Quando in una comunità di consociati sorge un conflitto che le parti non vogliono o non riescono a comporre consensualmente, in assenza di strumenti di effettiva autotutela, si rende necessario l'accesso davanti alla autorità giudiziaria.

Inadempimento

Se la lite che è sorta attiene ad un **diritto di credito** il creditore è dotato di diversi mezzi per affermare il proprio diritto: quando il debitore non adempie spontaneamente dopo la pronuncia di condanna del giudice, quel creditore ha a disposizione, dopo la tutela dichiarativa, anche quella esecutiva perché, contro la volontà del debitore, può far espropriare i beni dell'obbligato e soddisfarsi sul ricavato della liquidazione.

In questo caso si assiste ad una dialettica duale tra creditore e debitore rispetto alla quale il profilo oggettivo che rileva è l'inadempimento; ciò che interessa è la circostanza che il debitore non voglia adempiere spontaneamente, mentre resta del tutto indifferente il fatto che il debitore possa, oppure no, disporre dei mezzi per far fronte all'obbligazione.

Infatti, quando il debitore non ha la capacità di rispondere del debito con il proprio patrimonio allora si discute di insolvenza. L'insolvenza è un fenomeno patologico, non necessariamente irreversibile, ma sicuramente non transeunte e che può generare reazioni in capo al creditore, come accade per la decadenza dal beneficio del termine (art. 1186 c.c.).

Insolvenza

V'è da chiedersi, allora, se in presenza di uno stato di insolvenza le norme del codice civile siano sufficienti ovvero se non siano necessarie altre regole idonee a disciplinare questo fenomeno più complesso. Nel nostro sistema, per tradizione, un complesso di regole è stato predisposto per affrontare l'insolvenza dell'imprenditore commerciale e ciò sin dal Codice di commercio del 1865. Solo recentemente (a partire dal 2012), il legislatore italiano ha intrapreso un percorso diverso stabilendo un assetto normativo dedicato all'insolvenza (sebbene declinata formalmente come sovraindebitamento) dell'imprenditore agricolo, del professionista e finanche del consumatore.

Oggi esiste un sistema generale volto a regolare gli effetti dell'insolvenza dell'imprenditore commerciale di taglia "ordinaria", di quello sotto-soglia, di quello agricolo nonché dei debitori non imprenditori (professionisti, consumatori ed enti).

2. Sul sistema e sui principi

*L'insolvenza
dell'impresa*

Il sistema si muove tra alcuni punti cardinali ben identificabili. L'insolvenza è uno stadio patologico che quando investe un'impresa non può essere gestito, esclusivamente, tra le parti, debitore e creditori. L'impresa è, per definizione, una attività organizzata destinata ad operare nel mercato e, quindi, è fisiologico che vengano intessuti rapporti con una pluralità di soggetti che possono essere altri rispetto ai creditori: basti pensare ai lavoratori o a coloro che hanno intrattenuto rapporti contrattuali non esauriti nel momento in cui l'insolvenza emerge.

Il sistema vuole che il coagulo di interessi che ruotano attorno ad una impresa in crisi sia gestito con una specifica attenzione agli interessi plurali, con una ponderata calibratura tra autonomia delle parti ed eteronomia giudiziale.

Parimenti, un **sistema** presuppone che siano chiari gli obiettivi del complesso di regole che vengono redatte per affrontare una crisi; ciò nella misura in cui proprio la pluralità degli interessi coinvolti rende indispensabile stabilire se si debbano tutelare in via prioritaria i diritti dei creditori, oppure se l'esigenza primaria sia quella di conservare il valore dell'impresa, ad esempio al fine di assicurare il mantenimento dei livelli occupazionali anche a discapito della tutela del credito.

*Garanzia
patrimoniale*

Ed ancora, fra i punti ordinanti di un sistema occorre innestare i principi in tema di garanzia patrimoniale e verificare se esista, davvero, un diritto del singolo creditore (e poi della massa dei creditori) alla **garanzia patrimoniale**.

Le superiori considerazioni inducono a ritenere che, prima ancora di declinare i principi cui si debbono ispirare le regole disciplinari di dettaglio, sia indispensabile selezionare il perimetro di un sistema.

I lati della figura geometrica di riferimento possono essere molti, ma ciò che importa è il fatto che talune regole assumono il ruolo di regole di sistema e non possono essere infrante.

3. La frammentazione del sistema

*Il tessuto
normativo*

Il sistema non è facile da ricomporre per un difetto genetico costituito dal fatto che non esiste un solo corpo normativo nel quale sono insediate tutte le disposizioni utili. Il tessuto normativo di riferimento è rappresentato dal codice della crisi (D.Lgs. n. 14/2019) progressivamente innervato dal D.Lgs. n. 147/2020 "correttivo" e dal successivo D.Lgs. n. 83/2022 di attuazione della Direttiva Europea 2019/1023. Sennonché, la frammentazione normativa è diffusa a livello interno se solo si pensa alla legge sull'amministrazione straordinaria (D.Lgs. n. 270/1999, D.L. n. 347/2003, D.L. n. 134/2008), alle leggi sull'insolvenza delle banche (TUB, D.Lgs. 385/1993) e delle compagnie di assicurazioni (D.Lgs. n. 209/2005).

La frammentazione normativa non rileva soltanto dal punto di vista della eterogeneità delle fonti, ma spesso impatta significativamente sugli obiettivi delle regole: come si vedrà più diffusamente, vi sono procedure nelle quali la stella polare è la tutela del credito ed altre, invece, nelle quali il valore da perseguire è la prosecuzione dell'attività d'impresa.

In tale contesto, il presente Volume ambisce a disegnare un sistema organico al modo di un tronco dal quale poi gemmano le ramificazioni (i principi) e, di poi, i frutti (le regole).

4. Il mutamento di lessico

Nel titolo del Volume scompare ogni riferimento al “*diritto fallimentare*”, un sintagma che germina dal R.D. 16 marzo 1942 n. 267 (“legge fallimentare”), ma che probabilmente continuerà a resistere come lessico gergale (senza trascurare che le regole di tale legge troveranno applicazione per tutte le procedure aperte sino al 14 luglio 2022).

Già prima delle ultime riforme si era diffusa, per divenire sempre più consueta, l'espressione “diritto della crisi d'impresa” o quella di “diritto dell'impresa in crisi”.

Si trattava di espressioni che mutuavano un comune sentire perché, tanto fra gli studiosi quanto fra coloro che nelle varie professionalità si occupavano dei casi pratici – magistrati, avvocati, dottori commercialisti ed esperti contabili, *advisor* finanziari –, serpeggiava l'idea che la nozione di “diritto fallimentare” fosse ormai divenuta una sorta di camicia di forza che impediva di accogliere tutti quei fenomeni che, pur attenendo a situazioni di patologia dell'impresa non possono risolversi nella dissoluzione fallimentare e brutalmente liquidatoria.

Oggi che il codice della crisi (d'ora in poi, anche solo, CCII) ha espunto i lemmi “fallimento” e “fallito”, è innaturale chiamare “diritto fallimentare” un comparto del diritto che disciplina le sorti di una impresa quando questa non è più in grado di reagire ad una situazione di crisi con mezzi endogeni e deve necessariamente coinvolgere i diritti dei creditori e di altri soggetti. Ma sarebbe parimenti innaturale parlare di “diritto della liquidazione giudiziale” per la semplice ragione che le regole che il legislatore ha voluto sono di spettro assai più ampio rispetto a quelle di una qualunque forma di liquidazione d'impresa. Il valore dell'impresa è un valore immanente che va ben oltre il solo aspetto dell'esecuzione che sarebbe evocato dalla liquidazione: in ogni caso un sistema di economia liberale non può fare a meno di una legge – che comunque la si voglia appellare – è destinata a disciplinare l'organizzazione e gli effetti di un fallimento: il **fallimento di una determinata iniziativa economica**.

5. Le ragioni della presenza di una legge sulle crisi

L'esperienza ormai ultrasecolare dimostra che il mercato, qualunque nozione ad esso si voglia assegnare, non è in grado, da solo, di autoespellere in modo decisivo l'impresa insolvente; l'effetto è cristallino: non si può fare a meno di un **diritto**, ovvero sia un insieme di principi e di regole che disciplini i fenomeni della crisi e dell'insolvenza.

Il diritto della crisi e dell'insolvenza è funzionale ad assicurare una serie composita di obiettivi e fra questi, di certo, compare, in primo piano (quanto meno nelle procedure giurisdizionali), quello di tutelare i diritti dei creditori attraverso il loro coattivo soddisfacimento. Spesso, il profilo coattivo potrà risultare almeno in parte attenuato dalla formazione di un accordo fra creditori e debitore, ma resta il fatto decisivo che questa partizione del diritto è indirizzata all'**attuazione della garanzia patrimoniale** emblematicamente sintetizzata nell'art. 2740 c.c.

Le regole del processo espropriativo quando il debitore è una impresa non possono essere emarginate ed accanto al processo espropriativo “singolare” è necessario che, alternativamente, si svolga un processo egualmente espropriativo ma, naturalmente (anche se non necessariamente), collettivo.

Una prima ragione si ravvisa nel fatto che quando la situazione di crisi e di insolvenza riguarda un'impresa, il processo espropriativo diviene un contenitore non più sufficiente e adeguato alla **pluralità di creditori**, ancorché sia noto che la pluralità dei creditori non è un connotato essenziale di una procedura collettiva retta da regole diverse da quelle della espropriazione singolare.

Il diritto della crisi d'impresa

Il codice della crisi

La tutela dei diritti dei creditori

Il processo espropriativo