

UN DECRETO LEGGE IN RIFORMA DEL “DIRITTO FALLIMENTARE”

di **FABRIZIO DI MARZIO**

Editoriale del 26 giugno 2015

ISSN 2420-9651

Il governo nel consiglio dei ministri dello scorso 23 giugno, ha emanato un decreto legge: avvertendo una straordinaria necessità e urgenza di favorire il finanziamento delle imprese in crisi, di promuovere la contendibilità delle imprese in concordato preventivo, di facilitare la conclusione di accordi di ristrutturazione del debito, prestando attenzione anche a meglio garantire indipendenza e professionalità di curatori fallimentari e commissari giudiziali.

A pochi mesi dall'insediamento presso il ministero della Giustizia della commissione incaricata di elaborare una riforma organica del diritto dell'insolvenza, il governo nel consiglio dei ministri dello scorso 23 giugno, ha emanato un decreto legge: avvertendo una straordinaria necessità e urgenza di favorire il finanziamento delle imprese in crisi, di promuovere la contendibilità delle imprese in concordato preventivo, di facilitare la conclusione di accordi di ristrutturazione del debito, prestando attenzione anche a meglio garantire indipendenza e professionalità di curatori fallimentari e commissari giudiziali.

L'ideologia sottesa a queste regole dettate dall'urgenza è quella del mercato concorrenziale. L'impresa in crisi diviene la posta in gioco nella contesa economica tra debitori, creditori e terzi interessati a rami o aziende.

Si prospettano ipotesi di gara. Innanzitutto, sulla offerta che dovesse pervenire da parte di terzi per l'acquisto di aziende o altri asset patrimoniali del debitore in concordato preventivo (cfr. art. 2, "*Offerte concorrenti*"). Inoltre, sulla stessa proposta ai creditori concordatari, prevedendosi la possibilità che la proposta del debitore sia messa in competizione con eventuali proposte presentate da creditori.

Sono pure rafforzate le regole sulla indipendenza e sulla professionalità (quale presupposto fondamentale della indipendenza medesima) degli organi gestori della procedura, prevedendosi tra l'altro la incompatibilità dei ruoli di commissario giudiziale e curatore per il fallimento che segua al concordato, nonché il possesso di una adeguata struttura organizzativa per chi intenda esercitare le funzioni di curatore; e infine la possibilità che il creditore richiedente il fallimento proponga il nominativo di un professionista alla considerazione del tribunale per l'incarico di curatore (cfr. art. 5, "*Requisiti per la nomina a curatore*").

Per finire sulle novità di maggior rilievo, si prevedono nuove regole per gli accordi di ristrutturazione «*con prevalente indebitamento verso intermediari finanziari*» (cfr. art. 9), regole volte a facilitare la composizione della crisi rendendo obbligatorio l'accordo raggiunto con taluni creditori rispetto ai creditori rimasti estranei ma da ritenersi "omogenei", e dunque assimilabili ai precedenti per posizione giuridica e interessi economici.

A convulsi anni di disordinata riforma a tutela della impresa in crisi, e in pregiudizio dell'interesse dei creditori, sembrano subentrare tempi diversi, forieri di regole di segno opposto.

Gli ultimi interventi di novellazione della legge fallimentare avevano introdotto novità come la domanda di concordato “con riserva” (di deposito della domanda di concordato stessa) e l’approvazione della proposta di concordato per silenzio-assenso (sulla scorta di quanto già previsto per il concordato fallimentare).

Queste figure, innestate sul caposaldo della riforma costituito dalla c.d. atipicità della domanda di concordato preventivo (organizzabile prescindendo da percentuali minime di soddisfacimento dei creditori chirografari e secondo offerte non solo di beni o denaro, ma di qualsiasi utilità economica) potenziano oltre misura il raggio di azione dei debitori, con l’effetto di comprimere eccessivamente gli interessi dei creditori. Interessi che hanno infine trovato parziale sfogo e riconoscimento nella variegata (e a volte disinvolta) giurisprudenza sull’abuso del diritto nel concordato.

Le nuove regole sembrano dettate dalla urgenza di riequilibrare un rapporto ormai diffusamente percepito come irragionevolmente squilibrato. Ecco dunque regole sulla deducibilità in gara della offerta del terzo su azienda e beni del debitore. Offerta che, benché consegnata al piano concordatario, non risulta per questo intangibile. Ecco, ancora più radicalmente, regole sulla competizione sulle domande di concordato: l’una proposta dal debitore, le altre dai creditori (benché nei soli casi in cui la proposta del debitore non assicuri un soddisfacimento minimo dei creditori chirografari).

Per esprimere una opinione a caldo, non posso che dichiarare il mio scetticismo sulla buona riuscita di questo tentativo del legislatore.

Non credo infatti che soluzioni del genere possano sortire l’effetto di riequilibrare il rapporto tra debitore e creditori. La legalità e la razionalità della offerta concordataria molto difficilmente potrebbero essere assicurate dalla contendibilità della soluzione sulla crisi di impresa all’interno della medesima procedura. Infatti, da un lato la complessità della scelta sulla proposta da preferire, i tempi necessari per adottare quella scelta dall’altro lato, e infine il contenzioso che potrebbe instaurarsi sulla scelta effettuata, renderebbero grave e concreto il rischio di stallo della procedura. Per questo è storicamente (e comparativamente) preferita la diversa via della contendibilità tra soluzione negoziata e procedure di stampo fallimentare, dove l’alternativa non è all’interno di una determinata procedura (concordato su proposta del debitore o del creditore) ma concerne la procedura stessa da seguire (ristrutturazione “concordataria” o liquidazione “fallimentare”).

Anche le nuove regole sugli accordi di ristrutturazione appaiono altamente

problematiche. Con esse il legislatore porta a compimento il disegno di rendere gli accordi di ristrutturazione, piuttosto che contratti, ulteriori procedure concorsuali di stampo negoziale da affiancarsi ai concordati. E infatti la estensibilità degli effetti dell'accordo di ristrutturazione a creditori rimasti estranei allo stesso è concettualmente incompatibile con la categoria contrattuale, esprimendo piuttosto l'effetto legale tipico della deliberazione maggioritaria tipica delle assemblee di creditori nei concordati.

Abbiamo così una nuova figura di concordato preventivo (in forma semplificata e meno garantita di quella tradizionale) e una fattispecie in meno di contratto sulla crisi di impresa. Mentre la categoria concordataria risulta a questo punto affollata dalle più varie figure (che sarà molto difficile coordinare tra loro nell'esperienza pratica), invece quella sui contratti protetti – che costituiva una preziosa prerogativa del nostro ordinamento – si trova immiserita nell'unica fattispecie dei piani attestati di risanamento.

Per queste essenziali ragioni ritengo non conseguito l'obiettivo avuto di mira dal legislatore, pur dovendosi apprezzare altre regole di minore importanza, come quella sulla incompatibilità tra le funzioni di commissario giudiziale e curatore.

Del resto, quando si tratta di intervenire su settori ordinamentali che affondano le loro radici nelle origini medievali del diritto commerciale, è certamente più agevole realizzare norme di dettaglio che innovare strutture normative di base. Obiettivo quest'ultimo per il quale resta sempre particolarmente sconsigliato il metodo della decretazione di urgenza.