

PREFAZIONE

Antonino Galletti

Il decreto legislativo n. 14 del 2019, emanato in attuazione della legge di delega n. 155 del 2017, ha introdotto nel nostro ordinamento il nuovo “**Codice della crisi di impresa e dell’insolvenza**” espressione dell’esigenza, oramai indifferibile, di operare in modo sistematico ed organico la riforma della disciplina delle procedure concorsuali, comprese quelle di composizione della crisi da sovraindebitamento, così finalmente regolamentate in un corpo normativo unitario.

L’entrata in vigore della nuova disciplina, inizialmente prevista per il 15 agosto 2020, ovvero decorsi diciotto mesi dalla sua pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale avvenuta il 14 febbraio 2019, è stata rinviata in piena crisi pandemica da coronavirus – ai sensi dell’art. 5 del decreto-legge n. 23 del 8 aprile 2020 “recante disposizioni urgenti per il sostegno e alla liquidità delle imprese e all’esportazione” – al 1 settembre 2021.

Con il nuovo codice, il legislatore ha inteso perseguire finalità diverse: avendo tentato da una parte, di prevenire e denunciare le situazioni di crisi, introducendo il necessario monitoraggio attraverso l’**allerta** sia **interna** che **esterna**, al fine consentire l’adozione tempestiva delle opportune iniziative e, dall’altra, promuovendo, in caso di probabile ed inevitabile “**liquidazione giudiziale**”, una cultura del risanamento, anziché dell’eliminazione delle imprese dal mercato, provando a salvaguardare la continuità aziendale.

Le modifiche normative che si sono succedute nell’ultimo ventennio e soprattutto quella attuata con il d.lgs. 5/2006 avevano ampiamente modificato l’impianto di base costituito dal r.d. 267/1942, ma nel contempo hanno accentuato il divario tra le disposizioni riformate e quelle rimaste invariate che hanno risentito di un’impostazione nata in un contesto temporale e politico ben lontano dall’attuale¹.

Inoltre, la frequenza degli interventi normativi, di natura episodica ed emergenziale, ha generato rilevanti difficoltà applicative e la formazione di indirizzi giurisprudenziali non consolidati, con un incremento delle controversie pendenti e il rallentamento notevole dei tempi di definizione delle procedure concorsuali.

¹ GALLETTI, *La crisi dell’impresa e i contratti pubblici*, in *Le procedure concorsuali tra economia e diritto*, a cura di CAIAFA A., Roma, 2016, I, 181 e segg. ove, svolte alcune preliminari considerazioni sulla peculiarità dell’impatto della crisi della impresa sui contratti pubblici, segnatamente, rispetto ai “*raggruppamenti temporanei ed ai consorzi ordinari di concorrenti*”, ho analizzato il fallimento del mandatario o di uno dei mandanti ed il possibile ricorso alla procedura negoziata, senza previa pubblicazione del bando, per i contratti pubblici relativi a forniture.

Di qui l'esigenza, largamente avvertita da tutti gli studiosi e dagli operatori del diritto, di una riforma organica della materia che riconducesse a linearità e chiarezza l'intero sistema normativo, attraverso il "*Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*", che si compone di quattro parti e 391 articoli, che ha previsto rilevanti modifiche anche al d.lgs. 50/2016 che hanno riguardato le stesse procedure ad evidenza pubblica in tema di appalto: l'art. 48, commi diciassette e diciotto; l'art. 80, comma quinto, lett. b); l'art. 110.

Gran parte di tali modifiche ruotano attorno a due perni fondamentali:

- l'abbandono del termine "*fallimento*" in favore di diversa dicitura "*liquidazione giudiziale*";
- la modifica delle modalità di partecipazione alle gare dei soggetti in *concordato preventivo*.

Le modifiche dell'art. 48 del Codice degli Appalti riguardano i commi diciassette e diciotto, ovvero i casi in cui, rispettivamente, mandatario e mandante versino in situazioni di crisi o insolvenza: è stata eliminata la dicitura precedente di "*fallimento*", non più applicabile a partire dall'entrata in vigore della norma (il prossimo 1 settembre 2021).

La modifica è quindi puramente letterale al fine di adeguare il "*Codice dei Contratti*" alle predette novità.

L'art. 80, comma quinto, lett. b), poi, ha introdotto all'interno del "*Codice dei Contratti*" le novità di cui all'art. 95 del d.lgs. 14/2019, in materia di *concordato preventivo*.

Tale disposizione stabilisce anzitutto che il deposito della domanda di concordato, da parte del concorrente, non fa venir meno la legittimazione di quest'ultimo alla partecipazione alle procedure di gara, salva l'autorizzazione del tribunale competente o del giudice delegato; a tale autorizzazione deve accompagnarsi altresì una relazione del professionista che deve certificare la conformità al piano di concordato e la "*ragionevole capacità di adempimento del contratto*" cui si concorre.

Il soggetto già esecutore di un contratto pubblico, a sua volta, non vede estinguersi il predetto contratto solo in ragione del deposito della domanda di concordato; anche se *liquidatoria*; peraltro, il contratto d'appalto può continuare ove il professionista attesti che la continuità del rapporto sia necessaria per la "*miglior liquidazione*" dell'impresa.

Si tratta evidentemente di norme di favore per le imprese che versino in stato di *pre-concordato* o di *concordato*, situazione che è statisticamente crescente nel mondo imprenditoriale; con buona pace però delle esigenze di certezza dei rapporti di cui necessitano le stazioni appaltanti le quali, in situazioni di crisi aziendali, sanno di poter incappare in inattese sospensioni delle esecuzioni contrattuali, con rischio di pregiudizio del buon esito degli appalti.

Interessante è quanto previsto dall'art. 95, laddove viene concesso all'impresa in concordato di concorrere anche in ATI, purché non sia mandataria e purché nessuna delle altre imprese aderenti al raggruppamento sia assoggettata ad una procedura concorsuale.

Da sottolineare ancora le modifiche dell'art. 110 del Codice degli Appalti.

I primi due commi rimangono sostanzialmente invariati, salvo l'aggiornamento terminologico alla nuova dicitura di "*liquidazione giudiziale*" invece di "*fallimento*".

Dal comma tre sono apprezzabili le più incisive novità: con la nuova previsione infatti, il curatore della procedura di liquidazione giudiziale (*ex* curatore fallimentare), autorizzato all'*esercizio provvisorio*, può eseguire i contratti già stipulati dall'impresa assoggettata alla liquidazione giudiziale su autorizzazione del giudice delegato; mentre non può come prima partecipare a gare o essere affidatario di subappalto, facendosi riferimento solo al completamento di contratti già stipulati (previa autorizzazione del giudice delegato).

Questa è una prima, importante, differenza.

Con la nuova disciplina, inoltre, in disparte il richiamo al già menzionato art. 95 del "*Codice della crisi e dell'insolvenza*" per la partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici, tra il momento del deposito della domanda di concordato ed decreto di apertura della procedura, il concorrente ha sempre necessità di *avalimento* dei requisiti di un altro soggetto; mentre, dopo l'ammissione al concordato preventivo, il medesimo concorrente non necessita più di esso.

L'intervento di ANAC nella nuova procedura, che può subordinare la partecipazione alla gara, la stipula del contratto o l'affidamento di un subappalto, non è più promosso dal giudice delegato come in precedenza: la disciplina non chiarisce quindi se l'autorità di controllo possa intervenire d'ufficio (ma non si comprende come) o su istanza di una delle parti della procedura (ma tale indicazione non è espressa nella norma).

In conclusione, la riforma della procedura fallimentare e dell'insolvenza societaria si riverbererà anche sul mondo degli appalti, ma con modalità che ancora non possono ritenersi soddisfacenti dal punto di vista della garanzia, per le stazioni appaltanti, di effettiva continuità dei rapporti e di raggiungimento, quindi, dell'obiettivo di terminare efficacemente le procedure e con ancora troppe incertezze sui compiti che la legge affida a tutti gli attori delle vicende concorsuali (giudice delegato, curatore, professionista, stazione appaltante, impresa insolvente e suoi aventi causa, ANAC).

Partendo da queste premesse, l'Opera si propone di offrire un quadro completo ed aggiornato, che consenta a quanti si occupano della disciplina della crisi di impresa e delle procedure concorsuali di avere a disposizione un compendio unitario e di agevole consultazione.

La trattazione si avvale della preziosa collaborazione dei Componenti la Commissione Crisi, Diritto societario e Diritto del mercato dell'Ordinamento forense capitolino, nonché di tutti gli operatori del diritto (*accademici, magistrati ed avvocati*), partendo da un dettagliato

inquadramento sistematico degli istituti, ne descrive analiticamente il funzionamento, ponendone in luce anche i profili al momento più controversi.

PRESENTAZIONE

Antonio Caiafa

La crisi di impresa è un fenomeno complesso ed articolato che coinvolge una pluralità di soggetti che, per ragioni diverse, entrano in contatto con l'imprenditore in difficoltà.

Negli ultimi decenni il nostro ordinamento ha subito cambiamenti fondamentali che hanno ridisegnato il quadro normativo nella prospettiva di un mercato sempre più internazionale.

Prima della riforma sono state evidenziate, da più parti, le carenze che presentavano le procedure per fronteggiare la crisi di impresa, ciò in quanto esse risultavano essere lente, costose e, soprattutto, di carattere prettamente liquidatorio.

Di qui la avvertita esigenza di ricorrere a ***soluzioni stragiudiziali*** maggiormente elastiche e rapide, che si sono caratterizzate, nel tempo, per profili sempre diversi a seconda della realtà concreta del mercato in cui l'impresa si è trovata ad operare.

La ***ristrutturazione economica*** non è, però, possibile senza l'apporto di adeguate risorse finanziarie che consentano la realizzazione del piano industriale e, nel tentativo di raggiungere tale obiettivo, fonti di finanziamento possono pervenire, oltre che dalla impresa stessa, per mezzo della sua ricapitalizzazione o della dismissione di cespiti, anche attraverso la rinegoziazione del credito, ovvero l'immissione di nuova finanza.

Nella visione strategica di insieme non va persa di vista la considerazione delle problematiche sempre più avvertite dalle imprese affidate, atteso che esse implicano non solo la valutazione dei ***piani di risanamento***, proposti nell'ambito di soluzioni stragiudiziali o giudiziali, orientate verso un concreto recupero dei valori aziendali nell'interesse delle imprese medesime, ma anche dalla ricerca delle soluzioni gestorie ed organizzative.

Affiancare i professionisti agli imprenditori nei processi di innovazione aziendali, supportare *manager* nell'azione di sviluppo delle attività organizzative, promuovere la cultura della responsabilità al verificarsi della crisi, obbliga ad una presa di coscienza forte ed a comportamenti coerenti in quanto non si tratta solo di una crisi economica, ma identitaria, sociale e culturale, sicché è assolutamente necessario rimodulare la ***governance*** in funzione dei risultati che si intendono realizzare.

In siffatto contesto la visione condivisa, l'importanza del singolo e dei gruppi ed il consenso sociale sono valori indispensabili per il raggiungimento di un obiettivo completo, sicché la sfida principale è quella di proporre nuovi ***modelli organizzativi e gestionali*** basati su assunti innovativi, anticipando le tendenze al cambiamento.

L'Opera vuole rappresentare un concreto contributo per la *gestione* della *crisi*, nell'interesse di tutte le parti che vi possono essere coinvolte, e si inserisce in un quadro ancora troppo indeterminato, pur se risulta dedicata significativa attenzione verso un tema divenuto centrale e di quotidiana preoccupazione, attraverso il tentativo di dare spiegazione di un sistema in evoluzione o meglio in rivoluzione.

Declino del mercato, sviluppi tecnologici avversi, intensificazione della concorrenza nazionale ed internazionale, mutamenti socio-istituzionali, inadeguatezza dei sistemi di controllo, carente gestione del capitale netto circolante, mancanza di innovazione, scelte di acquisizione e di diversificazione sbagliata, eccesso di indebitamento costituiscono motivo di attenzione indispensabile per una corretta pianificazione e controllo dei *risanamenti aziendali*.

Sono convinto che in anni, quali quelli più recenti, di crisi economiche, di ristagno della produzione e di difficoltà delle imprese la prosecuzione dell'attività costituisca istituto di grande interesse, tanto sotto il profilo pratico, quanto sotto quello dogmatico, nell'ambito di quelle procedure concorsuali che appaiono, per lo più, almeno nelle intenzioni del legislatore, disciplinate come procedure di *riorganizzazione imprenditoriale*, dirette ad attuare il possibile recupero delle parti risanabili delle imprese.

Sono certo, d'altronde, che devono essere ricercate oggi nuove soluzioni alla crisi della attività imprenditoriale in grado di realizzare, appunto, oltre l'interesse dei creditori di veder soddisfatto, in modo paritetico, le proprie ragioni sul patrimonio dell'imprenditore, anche, al tempo stesso, quello concorrente dei dipendenti alla conservazione dei posti di lavoro che la crisi dell'impresa pone inevitabilmente in discussione.

La legge fallimentare *ante riforma*, a differenza della successiva legislazione, non conteneva alcuna disposizione specifica in merito alle possibili *vicende circolatorie dell'azienda*, ciò in quanto il fallimento era per lo più ritenuto fattispecie istintiva dell'impresa, con la conseguenza che l'aspetto *liquidatorio* aveva sempre prevalso sull'altro della sua possibile *conservazione*.

L'Opera affronta ed esamina le procedure concorsuali nell'intento di offrire una esposizione completa dello "stato dell'arte", anche senza avere la pretesa di esaurire il vastissimo campo di indagine, così come non vuole rappresentare un sistema per la soluzione dei diversi problemi cui si farà cenno, quanto, piuttosto, di operare una presentazione di essi offrendo al lettore la libera scelta di quelle cui aderire.

Sono stati, in particolare, accuratamente selezionati i temi pratici di maggior spessore, che presentano non di rado difficoltà ricostruttive nell'intento di prospettare – fin dove possibile – le soluzioni praticabili e, nei casi in cui ciò non è risultato agevole per il contrasto teorico, dare conto delle diverse ricostruzioni scientifiche e giurisprudenziali in relazione agli istituti non modificati.

E d'altronde, la difficoltà di conciliare una adeguata trattazione dei fondamenti della materia e, in particolare, delle questioni maggiormente dibattute, rispetto alle quali non è sempre agevole ricostruire il punto di vista della dottrina e della giurisprudenza, ha suggerito di mantenere, al riguardo, in ordine alle diverse impostazioni, una posizione acritica, così da lasciare libero l'operatore, cui essa si rivolge, di aderire ad una tesi piuttosto che ad un'altra.

Per tale ragione le questioni sono state volutamente esposte nei loro termini essenziali, ricorrendo ad argomentazioni semplici, sì da consentire nella intensa e continua dialettica – derivante dalla elaborazione, per l'istante, della dottrina – in ragione della continua revisione della disciplina normativa, una valutazione di essa attraverso una libera riflessione.

L'Opera, indubbiamente destinata agli operatori, ha la finalità di offrire all'interprete risposte chiare e specifiche, senza peraltro rinunciare ad uno sguardo di insieme sulle problematiche e le connesse conseguenze derivanti dalle correlate interferenze interdisciplinari.

Un ringraziamento doveroso nei confronti dei Signori Magistrati, dei Colleghi della Accademia e dei Componenti la **Commissione Crisi di Impresa, Diritto Societario e Diritto del Mercato**, che hanno consentito la realizzazione, mediante la continua interlocuzione e confronto tra i gruppi organizzati, sotto la guida dei rispettivi Coordinatori.