

LE SOLUZIONI NEGOZIALI DELLA CRISI DI IMPRESA TRA DISCREZIONALITA' IMPRENDITORIALE E CONTROLLO GIUDIZIARIO.

Le soluzioni negoziali della crisi di impresa hanno sempre imposto di ricercare un equilibrio tra la libertà dell'imprenditore e la tutela dei creditori e di tutti gli interessati.

Negli ultimi anni, il Legislatore aveva affidato tale equilibrio ad accordi negoziali tra l'uno e gli altri, nella convinzione che il mercato avesse la capacità di autoregolarsi e che l'interesse generale non fosse altro che la somma di quelli individuali.

Era una illusione, e la scelta non ha prodotto buoni risultati. Da soli, gli strumenti contrattuali non riescono a dare idonea tutela agli interessi collettivi e diffusi e ad evitare comportamenti opportunistici da parte dell'imprenditore. Tanto più che la business judgement rule – cioè l'insieme delle regole che servono a valutare la sensatezza di un investimento – spesso impedisce un efficace sindacato della magistratura a posteriori.

In questo scenario, per evitare il fallimento e difendere il valore dei loro crediti, i creditori sono stati spesso costretti a subire i condizionamenti di chi subordinava la proposta di una soluzione negoziale al rilascio di salvacondotti o vantaggi personali.

Alcune norme del nuovo codice della crisi d'impresa lasciano però intravedere qualche speranza di evitare il ripetersi di tali fenomeni. In primo luogo, il codice prevede che il debitore debba assumere le iniziative necessarie a far fronte allo stato di crisi, o adottare un assetto organizzativo adeguato a tal fine. Se l'assunzione di tali iniziative "idonee" diventa oggetto di un obbligo giuridico, quell'idoneità potrà essere sindacata, in primo luogo, dagli organi di controllo o, in sede concordataria, dal commissario giudiziale che dovrà segnalare anche "ogni circostanza o condotta del debitore tali da pregiudicare una

soluzione efficace della crisi". Nella stessa prospettiva, al Tribunale viene attribuito anche il compito di valutare la fattibilità economica del piano di concordato nell'interesse prioritario dei creditori.

Sembra quindi che sia maturata la consapevolezza che l'impresa in crisi amministra denaro che spesso non è più suo, ma dei suoi creditori, con il conseguente obbligo di amministrarlo in maniera efficace.

Sulla coercibilità di tale obbligo, a concordato omologato, il codice consente al Tribunale non solo di attribuire al Commissario giudiziale i poteri necessari a sostituire il debitore inadempiente, ma anche di nominare un amministratore giudiziario.

Prima dell'omologa, non vi è una previsione analoga, ma bisogna ricordare che la disponibilità di misure cautelari è una componente essenziale del diritto di difesa costituzionalmente garantito e che, durante la pendenza del procedimento per l'apertura della liquidazione giudiziale o della procedura di concordato preventivo o di omologazione degli accordi di ristrutturazione, il Tribunale può nominare un custode dell'azienda e/o del patrimonio, con il compito di salvaguardare il patrimonio o dare risposte efficaci alla crisi.

Insomma: ad una prima analisi sembra che si possa sperare in un intervento più incisivo, capace di tutelare l'interesse degli stakeholder nella sostanza, oltre che nella forma.

Naturalmente, qui nessuno vuole sostenere che l'impresa in crisi sia di fatto nazionalizzata; ma risponde ad una esigenza di giustizia stroncare quei tentativi, troppo frequenti, di strumentalizzare il potere di veto su qualsiasi ipotesi di soluzione negoziale della crisi che alcuni imprenditori si sono attribuiti per cercare di socializzare ingiustamente le perdite, dopo avere giustamente privatizzato i profitti.

In più, essendo il Legislatore vincolato dalle esigenze della giustizia, occorre capire se le tutele introdotte dal nuovo codice d'impresa non siano già previste nell'attuale impianto normativo, e se non sia quindi fin da subito possibile intervenire in maniera più efficace sulle crisi già aperte.