

**Ciro Esposito**

# **Prospettive giuridiche di risanamento delle disfunzioni aziendali**

**Collana di  
Ricerche Aziendali Applicate**

**FrancoAngeli**

 Ria  
**Grant Thornton**

## Informazioni per il lettore

Questo file PDF è una versione gratuita di sole 20 pagine ed è leggibile con **Adobe Acrobat Reader**



La versione completa dell'e-book (a pagamento) è leggibile **con Adobe Digital Editions**.

Per tutte le informazioni sulle condizioni dei nostri e-book (con quali dispositivi leggerli e quali funzioni sono consentite) consulta [cliccando qui](#) le nostre F.A.Q.

COLLANA DI RICERCHE AZIENDALI APPLICATE  
diretta da Giuseppe Paolone

La *Collana di Ricerche Aziendali Applicate* promossa da Ria Grant Thornton, Società di Revisione e di Organizzazione Contabile, intende offrire un prodotto editoriale mirante a soddisfare le esigenze conoscitive dei destinatari finali nelle varie aree revisionali e professionali ed è preposta ad accogliere pubblicazioni di tipo operativo rientranti nella macroarea aziendale e in quella giuridica.

Le monografie che vanno a comporre la “Collana” in esame, mirano, in altri termini, a soddisfare l’esigenza di fornire una idonea documentazione applicativa in ambito revisionale e professionale, partendo dalle teorie economico-aziendali, in continua evoluzione, a supporto dei contenuti operativi delle varie tematiche oggetto di ricerca, con l’accoglimento dei fondamentali principi di natura giuridica.

L’iniziativa editoriale nasce dalla opinione diffusa che le tematiche a contenuto teorico, sia sul piano formale (giuridico) che su quello sostanziale (economico-aziendale), siano di non facile trattazione in un approccio volto alla piena comprensione degli accadimenti aziendali; con la conseguenza della necessità di avviare un processo di semplificazione della complessità presente nella operatività delle aziende, ricorrendo ad un linguaggio chiaro e comprensibile.

La “Collana”, che nasce dalla stretta collaborazione di aziendalistici, giuristi, revisori e professionisti esperti nei settori rappresentativi del variegato mondo imprenditoriale, ha l’obiettivo di coniugare la cultura teorica di base con quella applicativa, interessante i vari contesti di tipo professionale, manageriale e imprenditoriale. I volumi che vi fanno parte hanno, pertanto, la caratteristica di trattare argomenti rientranti nella sfera economico-aziendale, in una prospettiva interdisciplinare, particolarmente di tipo giuridico, fruibile sia per uno studio applicativo che per una utile consultazione.

Gli Autori chiamati a fornire il loro contributo sono tutti orientati al perseguimento dell’obiettivo di prestare un servizio ai fruitori, per meglio orientarli nel loro percorso formativo, e, nel contempo, di rafforzare, elevandole, le qualità professionali di coloro che operano quotidianamente nella realtà operativa delle aziende.

La “Collana” vuole, in definitiva, essere uno strumento di supporto alla realtà aziendale che risente fortemente dell’azione perturbatrice dei fattori ambientali esterni, al fine di agevolare l’operatore (imprenditore, manager, professionista)

ad affrontare e portare a soluzione i problemi che si pongono alla sua attenzione durante il tortuoso percorso operativo che caratterizza l'attività dell'impresa. La "Collana" si propone quindi, una volta sanciti i principi teorici dell'Economia Aziendale e quelli basilari dell'Area Giuridica, di studiare il funzionamento delle aziende concrete proiettate alla crescita, allo sviluppo, ma anche al ripristino delle condizioni di normale funzionalità, da un lato; di presentare, attraverso un graduale processo di analisi, le varie rilevazioni economico-amministrative (contabili ed extracontabili) e le descrizioni qualitative, tese alla conoscenza dei meccanismi metodologici e procedurali ed alla loro concreta applicazione alle singole realtà aziendali, dall'altro; di individuare, da ultimo, gli ambiti di riferimento dei modelli quantitativi da applicare alle singole realtà imprenditoriali.

Colgo l'occasione per ringraziare la Casa Editrice FrancoAngeli di Milano che ha voluto accogliere, tra le sue efficaci opere e preziose "Collane", anche le monografie di questa "Collana"; un ringraziamento particolare intendo rivolgerlo a tutti coloro che vorranno fornire il proprio contributo di competenza per il successo dell'iniziativa editoriale.

Giuseppe Paolone

## **Direttore Scientifico**

*Prof. Giuseppe Paolone*

Pro Rettore Università Telematica Pegaso

## **Comitato Scientifico**

*Prof. Michele Pizzo*

Presidente dell'Accademia Italiana di Economia Aziendale  
Ordinario di Economia Aziendale, Università degli Studi della Campania

Luigi Vanvitelli

*Prof. Stefano Marasca*

Presidente della Società Italiana dei Docenti di Ragioneria  
e di Economia Aziendale

Ordinario di Economia Aziendale, Università Politecnica delle Marche

*Prof. Paolo Andrei*

Rettore Università degli Studi di Parma

Ordinario di Economia Aziendale, Università degli Studi di Parma

*Prof. Luciano D'Amico*

Rettore Emerito Università degli Studi di Teramo

Ordinario di Economia Aziendale, Università degli Studi di Teramo

*Prof. Francesco De Luca*

Direttore del Dipartimento di Economia Aziendale, Università degli Studi  
"G. d'Annunzio" di Chieti-Pescara

Ordinario di Economia Aziendale, Università degli Studi "G. d'Annunzio"  
di Chieti-Pescara

*Prof. Elbano de Nuccio*

Presidente del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti  
e degli Esperti Contabili

Straordinario di Economia Aziendale, Università LUM di Casamassima (Bari)

*Prof. Fabrizio Di Marzio*

Codirettore scientifico della Rivista "Giustizia Civile"

Ordinario di Diritto Privato, Università degli Studi "G. d'Annunzio"  
di Chieti-Pescara

## **Comitato Editoriale**

<i>Dr. Giampiero De Angelis</i>	Presidente	CdA RIA-GT	Presidente
<i>Dr. Marco Bassi</i>	VicePresidente	CdA RIA-GT	Componente
<i>Dr. Sandro Gherardini</i>	VicePresidente	CdA RIA-GT	Componente
<i>Dr. Michele Milano</i>	Consigliere	CdA RIA-GT	Componente
<i>Dr. Michele Dodi</i>	Consigliere	CdA RIA-GT	Componente

### *Regolamento editoriale*

Ogni pubblicazione deve preliminarmente passare al vaglio del Comitato Scientifico (C.S.), che esprimerà una sua opinione basata sulla pertinenza del lavoro da inserire nella “Collana” e sulla sua rispondenza alle finalità della stessa.

Il Direttore del C.S. autorizzerà la pubblicazione comunicando al responsabile della Casa Editrice il giudizio positivo, ampiamente motivato, del Comitato Scientifico.

Autorizzata la pubblicazione, il lavoro verrà trasmesso al Comitato Editoriale (C.E.) che dovrà provvedere alla revisione finale delle bozze, di concerto con l’autore e con la Casa Editrice.

L’impostazione editoriale deve essere concordata tra la Casa Editrice e il Comitato Editoriale della “Collana”.

**Ciro Esposito**

**Prospettive giuridiche  
di risanamento  
delle disfunzioni aziendali**

**FrancoAngeli**

Isbn: 9788835157656

Copyright © 2023 by FrancoAngeli s.r.l., Milano, Italy.

*L'opera, comprese tutte le sue parti, è tutelata dalla legge sul diritto d'autore. L'Utente nel momento in cui effettua il download dell'opera accetta tutte le condizioni della licenza d'uso dell'opera previste e comunicate sul sito [www.francoangeli.it](http://www.francoangeli.it).*



# INDICE

<b>Introduzione</b>	pag.	7
<b>1. Gli assetti organizzativi ex art. 2086 c.c. quale regola in bianco</b>	»	15
1.1. Gli assetti organizzativi ex art. 2086 c.c.	»	15
1.2. (segue) La morfologia degli assetti	»	25
1.3. La <i>disfunzione d'impresa</i> su cui costruire gli assetti adeguati: a) la <i>perdita della continuità</i> quale condizione a sé stante, b) la probabilità della <i>crisi</i> , la <i>crisi</i> e l' <i>insolvenza</i>	»	31
1.4. Le responsabilità ex art. 2486 c.c.	»	41
<b>2. Le fonti e gli impieghi: il capitale proprio e il capitale di terzi nella gestione della crisi</b>	»	45
2.1. La <i>ragionevolezza</i> delle scelte finanziarie quale criterio di prevenzione	»	45
2.2. La struttura del capitale sociale e la sua appropriazione da parte dei creditori	»	53
<b>3. La dimensione concorsuale dei gruppi</b>	»	61
3.1. Il <i>gruppo</i> nel rapporto tra codice della crisi ed economia aziendale	»	61
3.2. L'obbligazione di direzione e coordinamento, coordinata all'art. 2086 c.c.	»	94
3.3. L'assetto organizzativo amministrativo e contabile adeguato alla prevenzione, percezione e composizione della " <i>disfunzione di gruppo</i> "	»	81

3.4. La nuova dimensione dei “ <i>vantaggi compensativi collettivizzati dalla crisi</i> ” e i riflessi sulla responsabilità da direzione e coordinamento	pag.	85
<b>4. La liquidazione e le operazioni straordinarie</b>	»	98
4.1. Premessa	»	98
4.2. La perdita di continuità quale causa di scioglimento	»	101
4.3. Le operazioni straordinarie nella composizione della crisi	»	107

## INTRODUZIONE

L'approccio metodologico da prediligere necessariamente nell'illustrazione di qualsiasi fenomeno giuridico, è quello di sondarne, fin da subito, l'essenza, intesa quale ragione pratica e finalità che spinge il legislatore a disciplinare determinati fatti economici e, più in generale, la *vita di relazione*.

*L'energia cinetica* del diritto è lo scopo (la ragione pratica) immanente alla vita stessa della società e a tale concetto deve rifarsi il giurista, se vuole comprendere il diritto.

Il rilievo si ritiene di fondamentale importanza.

Se le regole della *crisi di impresa* vengono analizzate e studiate nella consapevolezza degli obiettivi e degli interessi che esse tendono a soddisfare, gli istituti in cui si scompongono possono essere più agevolmente compresi, in quanto l'analisi dei bisogni, che una legge intende esaudire, le conferisce un'"*anima*".

L'anima<sup>1</sup> è uno strumento distintivo di conoscenza che, nella specie, si concretizza nella diffusione di una "*nuova cultura*" della crisi di impresa, volta a prendere coscienza della circostanza secondo la quale la crisi è una *patologia che fisiologicamente accade* e dalla quale non si deve rifuggire, dovendo essere affrontata "*senza indugio*" (art. 2086 c.c.), posto che la tempestività della cura amplifica le possibilità di successo e il ritorno all'equilibrio.

La tempestività della cura è favorita dal legislatore che, nel codice della crisi, mette a disposizione dell'imprenditore una moltitudine di stru-

<sup>1</sup> U. GALIMBERTI, *I paesaggi dell'anima*, Feltrinelli, Milano, 2019, p. 13, secondo il quale l'anima è l'intima natura delle cose.

menti di regolazione che lo agevolano nella ricerca della soluzione più appropriata.

In questo contesto, l'imprenditore ha il diritto ma anche l'obbligo di avvalersi dei detti strumenti, in considerazione del fatto che la sua *insolvenza* – frutto della degenerazione di un disequilibrio meno grave – ha effetti contagiosi nel mercato, potendo divenire “*crisi di sistema*”.

La ricostruzione si coglie nell'art. 2086 c.c. che – nell'assumere la struttura di *pietra angolare* della legge concorsuale – dispone: “*l'imprenditore che operi in forma societaria o collettiva,<sup>2</sup> ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale*”.

La norma si collega immediatamente all'art. 41 Cost., sì da potersi affermare che – vista la rilevanza *socio-economica* della crisi – la perseveranza della continuazione dell'attività d'impresa, in condizioni di squilibrio, genera un'attività economica in contrasto con l'utilità sociale ex art. 41 Cost., tenuto conto dei danni che la crisi procura in capo agli *stakeholders*.

Sicché, l'imprenditore è tenuto a reagire tempestivamente alla condizione di crisi, soprattutto nell'interesse della collettività mira a che le attività economiche si svolgano correttamente. In questa prospettiva, la vera sfida su cui si fonda il successo del codice della crisi, sta nel cambiamento di *postura culturale*. Per questo il giurista deve necessariamente percorrere il territorio culturale dell'economia aziendale, ove il concetto di crisi non è storicamente demonizzato, come nella tradizione giuridica,<sup>3</sup> ma è sostanzialmente *compreso*, in quanto possibile evenienza da prevenire ovvero da percepire e comporre.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> L'obbligo è precisato anche in capo all'imprenditore individuale ex art. 3 ccii e comunque è insito nell'art. 2082 c.c.

<sup>3</sup> Per una ricostruzione storica del fallimento e della sua condizione infamante F. DI MARZIO, *Fallimento. Storia di un'idea*, Giuffrè, Milano, 2018; F. DI MARZIO, *Obbligazione, insolvenza, impresa*, Giuffrè, Milano, 2019.

<sup>4</sup> Per tutti e su tutti G. PAOLONE, *I segnali premonitori della crisi di impresa e gli interventi di prevenzione*, FrancoAngeli, Milano, 2023. E, prima ancora, G. PAOLONE, *Gli istituti della cessazione aziendale (cause originatrici e forme di manifestazione)*, FrancoAngeli, Milano,

Non solo. Il dialogo con l'economia aziendale è necessario per cogliere appieno il significato di termini e fenomeni che il legislatore enuncia ma non definisce affatto, dettando regole in “*bianco*” che possono essere colorate di significato, ricorrendo all'esperienza del linguaggio aziendale.

Nelle procedure concorsuali – o meglio negli strumenti di soluzione della crisi di impresa e dell'insolvenza – il *giurista si aziendalizza*, in quanto solo per citare alcuni esempi, è necessario indagare l'essenza di situazioni soggettive e oggettive quali: *equilibrio, crisi, probabilità della crisi, insolvenza, perdita della continuità, assetti adeguati, gruppi di imprese, vantaggi compensativi, pianificazione*.

Si pensi, in particolare e sempre nella prospettiva esemplificativa, all'art. 2086 c.c. ove il legislatore non definisce il concetto di “*assetto organizzativo, amministrativo e contabile*”.

Sicché, per la determinazione concretamente utile alla corretta applicazione della disposizione, è necessario fare riferimento alla ricostruzione fornita dall'economia aziendale, secondo una prospettiva di completamento che consente altresì alla norma una *costante condizione di modernità*, visto che il concetto di “*assetto*” è, di volta in volta, individuato in ragione della definizione e ricostruzione che l'aziendalista gli attribuisce, nel momento storico in cui la regola deve essere applicata.

Del pari, è per la “*perdita della continuità*” che costituisce una delle condizioni di disfunzione, al ricorrere della quale, il legislatore impone alla *governance* di attivarsi senza indugio, al fine di avvalersi di uno degli strumenti messi a disposizione dall'ordinamento per il recupero della continuità stessa.

Cionondimeno il legislatore non definisce affatto la “*continuità aziendale*”, sicché l'interprete deve prendere atto che il significato va ricercato nel campo della economia aziendale, ricorrendo alle esperienze e alle elaborazioni dell'aziendalista. Analogamente è per il concetto di crisi, posto che il legislatore – all'art. 2 ccii – definisce tale livello di disfunzione come “*lo stato del debitore che rende probabile l'insolvenza e che si manifesta con l'inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte alle obbligazioni nei successivi dodici mesi*”. La stessa definizione, a sua volta, richiede l'ausilio dei codici dell'economia aziendale giacché la

2008. Si veda anche L. GUATRI, *Turnaround. Declino, crisi e ritorno al valore*, Egea, Milano, 1995, pp. 30 e ss.

stima della “*probabilità*” e il concetto stesso di “*flussi di cassa prospettici*”, fanno sì che, il completamento operativo della regola, si attui attraverso il ricorso alle elaborazioni aziendalistiche.

Intimamente connesso al tema organizzativo – ossia alla determinazione di un modello organizzativo, amministrativo e contabile, votato alla percezione dei disequilibri e alla loro composizione – è la visione della struttura finanziaria e quindi l’imposizione della predisposizione di un’equilibrata struttura finanziaria nel rapporto *fonti-impieghi*, secondo un tema fulgido in seno all’economia aziendale, a ulteriore riprova dell’*aziendalizzazione* della legislazione in tema di crisi.

L’*incipit* che funge anche da premessa di qualsivoglia assetto, votato alla percezione degli squilibri, è l’assunzione, *ex ante*, di scelte finanziarie che tendano a combinare, oculatamente capitale proprio e capitale di terzi, nella composizione delle fonti di finanziamento con le quali – mutuando un termine ragionieristico – si intendono “*sovvenzionare*” gli impieghi.

Così, l’assetto organizzativo, teso alla tempestiva percezione della crisi e alla sua composizione, è anche soprattutto *oculata organizzazione finanziaria*, visto che, senza la detta *progettazione* in termini di finanza aziendale, l’assetto è, in radice, inottemperante alle regole degli artt. 2086 c.c. e 3 ccii.

Invero, prima ancora che scoprirle e comporle, è necessario che la probabilità della crisi, la crisi, la perdita di continuità e l’insolvenza siano prevenute. Sicché compito primigenio nella predisposizione e concreto funzionamento degli *assetti adeguati*, *ex artt. 2086 c.c. e 3 ccii*, è quello di mantenere la società – e in generale l’attività di impresa – in una condizione di equilibrio. Ciò necessita la progettazione di una corretta composizione del rapporto tra *mezzi propri* e di *terzi*, nel senso di equilibrata sintesi nella composizione della dimensione delle fonti di finanziamento, per cui è fisiologico che la misura dell’apporto di terzi assuma maggiori dimensioni rispetto al capitale proprio, pur dovendo essere equilibrata.<sup>5</sup>

Per questo, l’apporto dell’economia aziendale è fondamentale nell’individuazione di siffatto approccio all’equilibrio, nonché tipico nell’interpretazione di regole fondamentali quali l’art. 2467 c.c. e 2497 *quin-*

<sup>5</sup> A. CONSORTI, *Gli strumenti per l’analisi del bilancio d’esercizio*, in G. PAOLONE, L. D’AMICO (a cura di), *I principi e i modelli della ragioneria*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 201 e ss.

*quies* c.c., che realizzano una riqualificazione dei finanziamenti dei soci in poste del netto, laddove si appuri che gli apporti sono stati realizzati – anche in considerazione del tipo di attività esercitata – in condizioni di eccessivo squilibrio del patrimonio netto rispetto all’indebitamento ovvero quando la condizione della società avrebbe reso ragionevole un conferimento. Si discute di concetti, quali quelli di “*eccessivo squilibrio*” o ancora di “*ragionevolezza del conferimento*” che possono essere meglio compresi ove si faccia ricorso all’esperienza dell’economia aziendale.

Analogamente avviene per uno degli aspetti centrali e più innovativi della crisi di impresa, costituito dalla considerazione unitaria del “*gruppo di imprese*” per come disciplinata negli artt. 284 e ss. ccii e nell’art. 25 ccii.

Ciò nel senso che la *direzione e coordinamento* – nell’ottica aziendalistica – consente la realizzazione di una attività di impresa unitaria, suddivisa in rami “*assegnati*” alle singole articolazioni societarie.

La distanza tra prospettiva economico aziendale e giuridica si assottiglia in ragione della contaminazione prospettata nel concetto di “*imprenditore collettivo*” e di “*debitore*” (ex art. 1 ccii), nonché dalla stessa considerazione unitaria, sotto l’aspetto compositivo, attribuita al gruppo dall’art. 25 ccii ove si favorisce la composizione complessiva e la stipulazione dei *contratti* di cui all’art. 23 ccii. Ciò nel senso di consentire, al termine delle trattative, la stipulazione di una ipotesi compositiva congiunta da parte delle imprese del gruppo anche non afflitte dalla crisi, ovvero l’accesso al concordato semplificato separatamente o in via unitaria.

Il tutto fermo restando la considerazione del gruppo nell’ambito degli artt. 284 e ss. ccii, sia per gli strumenti di regolazione che per la liquidazione giudiziale.

L’equilibrio tra le due diverse concezioni si rintraccia nell’opportunità di considerare – in relazione alla crisi – il gruppo come interlocutore unico della “*composizione*”, quale *elemento di sintesi* della soddisfazione complessiva, non già dei creditori della singola società, ma dei creditori del gruppo, quale *entità soggettiva* capace di patire una crisi, che si risolve o previene più efficacemente, grazie ad una risposta indirizzata e coordinata che vada ad esaltare le sinergie complessive, fermo restando il tema dei *vantaggi compensativi* ex art. 2497 c.c.

Del resto, come visto, il gruppo è identificato come debitore *ex art. 1 cci*.

La necessità di un approccio aziendalistico assume precipuo rilievo anche in seno alla liquidazione delle società nonché nell'ambito delle "operazioni straordinarie", intese quali trasformazioni, conferimenti di azienda, fusioni, scissioni, aumenti di capitali ove viene limitato o escluso il diritto di opzione.

Si tratta di operazioni che possono essere convogliate in seno agli strumenti di regolazione, assumendo funzione strumentale alla soluzione della crisi.

Vieppiù, il rapporto con l'economia aziendale si vive anche nel concetto di "veridicità", posto che l'aziendalista è abituato a concepire la veridicità come una utopia.

La "verità" – che si ricerca nei piani e nelle asseverazioni – è, tuttavia, condizionata dal dato della "discrezionalità dei criteri di valutazione" e conduce ad una inevitabile soggettività dei criteri medesimi, che impedisce di pensare ad una unica verità, sebbene legale, di bilancio, dovendosi parlare di una "zona di esattezza" o di una "fascia di verità".<sup>6</sup> E tanto si traduce – guardando da una diversa angolazione – in un "intervallo" di discrezionalità, laddove il dato normativo ne condiziona il comportamento in ragione di locuzioni evanescenti. Questo limite consente di affermare che – prevaricata ogni ragionevolezza – si sfoci nella "valutazione artificiosa" anziché discrezionale,<sup>7</sup> con il rischio che, inoltre, nelle valutazioni "pregne" di discrezionalità, si finisca col sostituire – da parte di chi dovrebbe censurare la politica del redattore ovvero ricostruire un nuovo valore – un dato soggettivo (arbitrario) ad altro dato.

Ciò non può avvenire, posto che le censure si realizzano *ex ante* e nella consapevolezza degli intervalli di verità.

Si pensi, inoltre, alla fattibilità tenuto conto che il tribunale – in sede di omologazione delle ipotesi concordatarie – è tenuto a valutare la "fattibilità" del piano.

<sup>6</sup> M. FERRATA – A. PINAMONTI, *La delibera di bilancio*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2001, p. 191.

<sup>7</sup> In via generale sul rapporto tra valutazione "discrezionale" e "artificiosa" sembra esprimersi anche la giurisprudenza Cass., 31.5.1966, n. 1450; in *Giur it.*, 1967, I, p. 937; Cass., 13.2.1969, n. 428, in *Giur it.*, 1969, I, p. 628; Cass., 5.12.1973, n. 3314, in *Giur it.*, 1974, I, p. 1313; Cass., 18.3.1986, n. 1839, in *Società*, 1986, p. 722.



Fattibilità che si realizza in maniera “*superficiale*” per come imposta dall’art. 112 ccii, ove la fattibilità è relegata a “*manifesta inattitudine a raggiungere gli obiettivi prefissati*”. Ovvero in maniera “*profonda*” come nell’ipotesi di concordato semplificato, ove si attua un giudizio di meritevolezza fondato sul tema della correttezza e buona fede, cui si aggiunge la valutazione, insita nel concetto di “*fattibilità*” *tout court*, della *manifesta inattitudine a raggiungere gli obiettivi prefissati*. Mentre l’art. 112 ccii recepisce normativamente l’approdo delle sezioni unite,<sup>8</sup> l’art. 25 *sexies* ccii disegna una profondità della analisi di fattibilità oltremodo estesa, posta l’assenza del voto dei creditori e la conseguente attività suppletiva, rimessa al tribunale con l’ausilio dell’esperto e dell’ausiliario laddove, il primo si esprime con specifico riferimento sui presumibili risultati della liquidazione e alle garanzie offerte mentre il secondo vaglia in generale la realizzabilità della operazione.

Ecco allora che l’analisi di fattibilità si realizza necessariamente con il bagaglio culturale dell’azionalista.

Prendendo le mosse da tale necessità di confronto, la struttura del lavoro viene, allora articolata percorrendo l’analisi del codice della crisi e degli strumenti di regolazione, per comprendere come la loro comprensione necessiti del continuo dialogo con le esperienze dell’economia aziendale.

In questa prospettiva, nel primo capitolo sarà trattato il tema dell’art. 2086 c.c. e quindi l’assetto che la regola impone, le disfunzioni che è necessario comporre, nonché le conseguenze del mancato rispetto della

<sup>8</sup> Cass., Sez. Un., 23.1.2013, n. 1521, *Fallimento*, 2013, 149, con nota di M. FABIANI: “*La questione «fattibilità» del concordato preventivo e la lettura delle Sezioni Unite*”; *ivi*, 2013, 286, con nota di I. PAGNI, *Il controllo di fattibilità del piano di concordato dopo Sentenza 23 gennaio 2013 n. 1521: la prospettiva «funzionale» aperta dal richiamo alla «causa concreta»*; *ivi*, 2013, 291, con nota di A. DI MAJO, *Il percorso «lungo» della fattibilità del piano proposto nel concordato*. Stando alla pronuncia in tema di concordato preventivo, 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 del detto giudizio, che ha ad oggetto la probabilità di successo economico del piano ed i rischi inerenti. Il menzionato controllo di legittimità si realizza facendo applicazione di un unico e medesimo parametro nelle diverse fasi di ammissibilità, revoca ed omologazione in cui si articola la procedura di concordato preventivo, e si attua verificandosi l’effettiva realizzabilità della causa concreta: quest’ultima, peraltro, da intendersi come obiettivo specifico perseguito dal procedimento, non ha contenuto fisso e predeterminabile, essendo dipendente dal tipo di proposta formulata, pur se inserita nel generale quadro di riferimento finalizzato al superamento della situazione di crisi dell’imprenditore, da un lato, e all’assicurazione di un soddisfacimento, sia pur ipoteticamente modesto e parziale, dei creditori, da un altro.

norma, con amplificazione dei profili di responsabilità di amministratori, organi di controllo, soci e creditori qualificati (si pensi al fenomeno della concessione abusiva di credito).

Nel secondo ci si occuperà della scelta in merito alla struttura finanziaria e al significato che le esperienze dell'economia aziendale mettono a disposizione dell'interprete.

Nel terzo sarà esaminato il tema dei gruppi.

Nel quarto capitolo verranno affrontate le operazioni straordinarie asservite alla composizione delle disfunzioni e come queste assumano una dimensione *endoconcorsuale*, nella prospettiva dell'art. 116 ccii che si distanzia dalle regole del codice civile.

Diritto della crisi ed economia aziendale sono così due “*lingue matrici*” che necessariamente devono comunicare tra di loro nella prospettiva di un *linguaggio comune* che serva a spiegare i temi e le problematiche della *crisi di impresa*.

Il giurista deve utilizzare i codici dell'economia aziendale, laddove l'aziendalista è tenuto a far confluire i propri codici comunicativi nei confini e nei margini espressi dalla norma giuridica, quale contenitore dell'*energia* del fatto economico in un contesto definito utile a realizzare gli interessi sottesi alla regola stessa. Si tratta di due “*lunghe matrici*” che devono trasformarsi in “*volgare illustre*”, cioè “*un autentico linguaggio comune che non abbia pretese e presunzioni di primati ma sia applicato in un'ottica di «circolazione uno dell'altro», in modo da avere valenza di illuminare i luoghi ove si decide della vita delle comunità e dove essa si incardina in aziende, imprese, Corti e Tribunali in cui massima è l'urgenza di sapere*”.<sup>9</sup>

Così, terminando con un esempio, il pensiero economico e la scelta manageriale di una scissione *curativa*, appartengono all'intuizione manageriale che tuttavia va convogliata nei limiti e negli ambiti dell'art. 116 ccii, il quale offre una nuova prospettiva procedimentale della scissione che pone, ai margini, il dato normativo dell'art. 2506 c.c., per tracciare un percorso realizzabile in termini endoconcorsuali, sicché necessita del linguaggio e della cognizione normativa ai fini della sua concreta realizzazione, in modo che quella energia si trasformi e realizzi un movimento concreto (*i.e.* la cura della disfunzione).

<sup>9</sup> M. CACCIARI, *La mente inquieta*, Einaudi, Torino, 2019, p. 19.

# 1. GLI ASSETTI ORGANIZZATIVI EX ART. 2086 C.C. QUALE REGOLA IN BIANCO

## 1.1. Gli assetti organizzativi ex art. 2086 c.c.

La *pietra angolare* del sistema della crisi, è costituita dalla disposizione di cui all'art. 2086 c.c., come conformata dall'art. 3 ccii, laddove l'*imprenditore* è indotto e obbligato a munirsi di un *modello organizzativo*, caratterizzato dalla necessità di assumere un assetto organizzativo, amministrativo e contabile, adeguato alla percezione della disfunzione, alla verifica del suo concreto funzionamento, nonché alla *reazione curativa*.

Tanto tenuto conto che la disposizione di cui all'art. 2086 c.c. appare tassativa nell'imporre ed accogliere, solo l'adozione di "*di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento*", sì da non lasciare scampo a "*composizioni atipiche*".

E siffatta *tipicità* pare si giustifichi, innanzitutto, in ragione della lettera della norma, che espressamente impone "*l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento*" cui aggiungere la considerazione della varietà ed abbondanza di strumenti di composizione messi a disposizione, capaci di inoculare modelli curativi "*sperimentati*", il cui percorso, a tutela dell'affidamento dei vari operatori, è normativamente delineato, nonché connotato da garanzie procedurali predefinite.

Di conseguenza, il rispetto dell'art. 2086 c.c. potrebbe ritenersi realizzato con l'adozione – dianzi alla crisi – solo di uno degli strumenti normativamente previsti siano essi la composizione negoziata e gli accordi che ne conseguono, i piani attestati di risanamento ex art. 56 ccii, il piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione, gli accordi di ristruttura-

zione, i concordati preventivi, il concordato minore il concordato semplificato, la liquidazione giudiziale o controllata.

Questo trattandosi di modelli curativi che hanno ricevuto un vaglio di sperimentazione scientifica.

In questo contesto la scelta di un modello atipico genera la amplificazione delle responsabilità della governance in caso di insuccesso essendosi avventurati in un percorso non sperimentato.

Non solo. Il rispetto della regola impone anche una ponderazione della misura curativa a seconda del livello di patologia raggiunto dalla disfunzione. Invero, vi sono strumenti normativi che – pur potendo essere utilizzati nel caso di insolvenza – non sono congeniali alla gestione di tale livello di disfunzione la cui pervasività è tale da richiedere strumenti di cura più invasivi.

L'imprenditore gode di autonomia nella scelta del modello curativo. Tuttavia, siffatta autonomia deve esercitarsi in modo da scegliere il sistema curativo più appropriato posto che gli stessi variano in relazione al livello di invasività della cura. Si tratta di una scelta coperta dal velo del *business judgment rule* e che quindi è sindacabile nel momento in cui si palesi irrazionale o peggio quando venga abusivamente scelto un modello curativo nella consapevolezza della sua inadeguatezza e nel tentativo maldestro di carpirne le agevolazioni o peggio ancora a fini meramente dilatori.

Il discorso si comprende meglio laddove si prospetti esemplificativamente il confronto delle capacità curative del concordato semplificato ex art. 25 sexies ccii con i concordati preventivi. Nel concordato semplificato l'imprenditore – sia esso commerciale, agricolo di grandi dimensioni, sottodimensionato o anche gruppo di imprese – progetta la soluzione della propria condizione di disfunzione, realizzando la liquidazione del proprio patrimonio preferibilmente mediante la cessione dell'azienda ovvero di suoi rami.

La prospettiva liquidatoria – pur essendo speculare alle ipotesi del “*concordato preventivo*” di cui agli artt. 84 e ss. ccii – viene realizzata secondo un sistema normativo del tutto differente, agli esiti dell'articolazione di un procedimento semplificato in seno al quale l'imprenditore gode di un elevatissimo tasso di autonomia non rinvenibile nel concordato preventivo.

La constatazione si ritiene rilevante in quanto realizza una semplificazione che agevola la fruibilità dello strumento di regolazione.

Si pensi alla non obbligatorietà della asseverazione, sostituita dalla relazione e dal parere dell'esperto, laddove l'ausiliario *ex art. 68 cpc* realizza una attività assimilabile al commissario.

Non ricorre un giudizio di ammissione vero e proprio bensì una analisi di “*ritualità*” in quanto l'art. 47 ccii è derogato dall'art. 25 *sexies* ccii che dispone una parificazione del decreto di cui all'art. 25 *sexies*, IV comma, ccii.

Non è necessario il deposito delle somme *ex art. 47, II comma, lett. d)*, ccii.

Il mancato richiamo all'art. 84 ccii giustifica – a differenza del concordato preventivo – l'assenza dell'obbligatorietà di apporti di nuova finanza pari almeno al 10 per cento dell'attivo disponibile al momento della presentazione della domanda ed al rispetto di una percentuale di soddisfazione pari al 20 per cento dei creditori in chirografo e di quelli privilegiati degradati per incapienza. Del pari, il mancato rinvio all'art. 84, V comma, genera l'assenza di una obbligazione alla tendenziale soddisfazione integrale dei creditori.

Il sistema soddisfattorio è forgiato su di un modello semplificato, indicato dall'art. 25 *sexies* ccii, ove il livello di soddisfazione viene svincolato da predeterminazioni, richiedendosi unicamente che l'attivo disponibile sia distribuito nel rispetto delle cause di prelazione, nella prospettiva di riparto offerta dall'art. 220 e ss ccii.

Così da trattare l'erario alla stregua di qualsiasi altro creditore.

L'assenza di riferimenti all'art. 88 ccii implica la non operatività della transazione fiscale, laddove il richiamo all'art. 153 ccii, pone “*l'erario*” nella medesima posizione dei creditori privilegiati nella liquidazione giudiziale secondo un sistema fondato sul rigoroso rispetto della par condicio, come richiamato dall'art. 25 *sexies* ccii.

Nel caso il concordato semplificato sia strutturato secondo il tema della continuità indiretta – come accade nell'ipotesi si preveda la cessione dell'azienda – non sono applicabili le regole dell'art. 87 ccii.

E lo stesso accade per l'ipotesi di concordati misti ove, al tema della cessione di azienda, si accompagni la liquidazione di altra parte del patrimonio. Il mancato rinvio all'art. 87 ccii valorizza e accentua altresì la semplificazione nel momento in cui il piano di concordato non impone il