

IL NUOVO RUOLO DEL COMMISSARIO GIUDIZIALE NEL CODICE DELLA CRISI D'IMPRESA E DELL'INSOLVENZA

di *Francesco Grieco* (*)

Abstract: Il ruolo del commissario giudiziale è stato notevolmente rimodellato dal codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (c.c.i.i.) entrato in vigore il 15 luglio 2022, più nella forma che nella sostanza, rispetto all'abrogata legge fallimentare. Nonostante ciò, la riforma ha indubbiamente creato da un lato alcuni principi innovativi che potranno risultare fondamentali per il risanamento aziendale e dall'altro ha dettato, in alcuni casi, indicazioni differenti sul ruolo e le funzioni che il commissario espletterà a seconda della procedura nella quale verrà nominato.

The role of the judicial commissioner has been significantly reshaped by the business crisis and insolvency code (b.c.i.c.) which came into effect on July 15, 2022, more in form than in substance, compared to the repealed bankruptcy law. Despite this, the reform has undoubtedly introduced some innovative principles on one hand that may prove fundamental for business recovery, and on the other hand, it has provided, in some cases, different guidelines on the role and functions that the commissioner will carry out depending on the procedure in which he will be appointed.

Sommario: 1. *Premessa* – 2. *L'obbligatorietà della nomina* – 3. *Il commissario giudiziale: nuovo consulente del debitore e dei creditori* – 4. *L'esperto e il commissario giudiziale nel Pro e nel concordato preventivo: affinità e differenze* – 5. *Osservazioni conclusive.*

1. *Premessa*

Il commissario giudiziale risulta essere figura di prim'ordine nel nuovo codice della crisi, poiché nominato in diversi strumenti di regolazione della crisi (1).

Il commissario giudiziale può essere nominato, con modalità e compiti differenti, negli accordi di ristrutturazione del debito, nel concordato preventivo, nel piano di ristrutturazione soggetto a omologazione, senza contare l'applicazione soprattutto nell'istituto dell'amministrazione straordinaria della grandi imprese in crisi dove vi è un richiamo a volte alle norme fallimentari ed a volte alle norme del codice della crisi; in quest'ultimo istituto il commissario può svolgere o funzioni di vigilanza o addirittura di gestione diretta dell'impresa quando il tribunale lo ritenga opportuno.

Naturalmente, la figura del commissario giudiziale nel concordato preventivo risulta la più utilizzata e anche la più discussa, poiché la riforma ha modificato solo parzialmente le funzioni svolte da quest'ultimo e per giunta richiamando le norme relative al curatore.

Difatti, considerata la diversità del proprio ruolo rispetto a quello del curatore, la normativa è fortemente criticabile in considerazione del rinvio diretto alle norme relative a quest'ultima figura, nonostante compiti e funzioni siano mediamente differenti.

L'art. 92 c.c.i.i., con riferimento al concordato preventivo, dopo aver specificato che il commissario giudiziale nell'esercizio delle sue funzioni è da considerarsi pubblico ufficiale, rinvia espressamente alla compatibilità con gli artt. 125, 126, 133, 134, 135, 136 e 137 che riguardano rispettivamente la nomina del curatore, l'accettazione dell'incarico, il reclamo contro gli atti e le omissioni, la revoca, la sostituzione, la responsabilità e le disposizioni sul compenso.

Sul rinvio diretto a tali norme è doveroso rappresentare due criticità rilevanti, una sostanziale e l'altra formale: i) il legislatore ha ommesso di richiamare espressamente anche i reati penali, compiuti dal commissario nell'esercizio delle sue funzioni, di cui agli artt. 334 e 335 c.c.i.i. (2) menzionati esclusivamente con riguardo alla figura del curatore, ii) nonostante il rinvio diretto all'art. 125 c.c.i.i. (in particolare, il comma terzo riguarda la dichiarazione del curatore

(*) Avvocato patrocinante in Cassazione e professore straordinario di Diritto commerciale presso il Dipartimento di Scienze giuridiche e dell'impresa dell'Università LUM G. Degennaro dove è titolare del corso in diritto della crisi d'impresa.

(1) Secondo la definizione dell'art. 2, c. 1, lett. m-bis), sono *strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza: le misure, gli accordi e le procedure volti al risanamento dell'impresa attraverso la modifica della composizione, dello stato o della struttura delle sue attività e passività o del capitale, oppure volti alla liquidazione del patrimonio o delle attività che, a richiesta del debitore, possono essere preceduti dalla composizione negoziata della crisi.*

(2) Tali reati riguardano l'interesse privato del curatore negli atti della liquidazione giudiziale e la condotta del curatore della liquidazione giudiziale che riceve o pattuisce una retribuzione, in danaro o in altra forma, in aggiunta di quella liquidata in suo favore dal tribunale o dal giudice delegato

circa eventuali incompatibilità alla stregua del codice antimafia (3)), nel secondo periodo del citato art. 92, c. 2, c.c.i.i. viene disciplinato il medesimo regime di cause di incompatibilità.

Il commissario giudiziale, pur non avendo l'amministrazione diretta dei beni (essendo previsto il c.d. spossamento attenuato), riservato al debitore, ha importanti funzioni (4) da espletare che vanno dalla vigilanza sulla gestione aziendale, a doveri informativi nel caso di eventuale presentazione di proposte concorrenti, a obblighi di collaborazione e consulenza nell'affiancamento del debitore e dei creditori nella fase preventiva relativa alla predisposizione del piano, alla comunicazione al pubblico ministero di atti e fatti penalmente rilevanti, di comparizione tutte le volte in cui il tribunale lo richieda o gli venga imposto dalla legge (si pensi all'apertura del concordato, al procedimento di omologazione (5), ecc.) nonché di sorveglianza, dopo l'avvenuta omologazione, della fase esecutiva del concordato.

Dall'esame analitico di queste funzioni appare chiaro che il commissario giudiziale è un organo con poteri meramente consultivi e di controllo (6), non avendo alcuna possibilità di evitare il compimento di alcun atto eseguito dal debitore, avendo a disposizione come unico strumento quello di segnalare al tribunale i) eventuali atti di frode (7) compiuti dal debitore come sancito dall'art. 44 c. 1 lett. b) c.c.i.i. [(con particolare riferimento e richiamo alla revoca delle misure protettive ex art. 55 c. 5)] o ai sensi dell'art. 106 c.c.i.i. (8), ii) la risoluzione per inadempimento ex art. 119 o iii) l'annullamento ex art. 120 c.c.i.i. esclusivamente per la fattispecie della dolosa esagerazione del passivo

(3) L'art. 1, lett. a) d.lgs. n. 54/2018 integra, con un nuovo comma (4-bis), l'art. 35 del Codice antimafia (d.lgs. n. 159/2011) introducendo nei procedimenti di prevenzione, applicabili analogicamente alla procedura oggetto di presente trattazione, un sistema di incompatibilità alla nomina di amministratore giudiziario (o di suo coadiutore) derivante da legami di parentela o da rapporti amicali o di natura affettiva con magistrati addetti all'ufficio giudiziario cui appartiene il giudice che conferisce l'incarico. In particolare, dell'art. 35, c. 4-bis, d.lgs. n. 54/2018, indica le seguenti cause di incompatibilità per la nomina ad amministratore giudiziario (e coadiutore dello stesso) derivanti da legami o rapporti tra il professionista e il magistrato addetto all'ufficio giudiziario al quale appartiene il magistrato che conferisce l'incarico ed in particolare: i) il rapporto di coniugio; ii) di unione civile o convivenza di fatto ai sensi della l. 20 maggio 2016 n. 76; iii) la parentela entro il terzo grado (ad es. quella tra zio e nipote); iv) l'affinità entro il secondo grado (quella tra cognati); v) il rapporto di assidua frequentazione intendendosi come tale una relazione sentimentale; un rapporto di amicizia consolidato (*"stabilmente protrattosi nel tempo"*) e connotato da *"reciproca confidenza"*; un rapporto di frequentazione tra commensali abituali (già prevista per le incompatibilità da relazione indiretta). A tale disciplina si affianca quella dell'ordinamento giudiziario (r.d. n. 12/1941) che, già, prevede (va) l'incompatibilità di sede del magistrato per rapporti di parentela o affinità con esercenti la professione forense (che, peraltro, è solo una delle categorie professionali ammesse all'incarico di curatore o liquidatore).

(4) Secondo Cass. civ. 7 luglio 2015, n. 14052, al commissario giudiziale sono attribuite funzioni di vigilanza, di informazione, consulenza ed impulso, complessivamente tese al controllo della regolarità del comportamento del debitore ed alla tutela dell'effettiva informazione dei creditori, ma non anche di amministrazione o gestione, né di rappresentanza del debitore o del ceto creditorio.

(5) Secondo M. Fabiani, un affresco sulle nuove 'milestones' del concordato preventivo, in <www.dirittodellacrisi.it>, 6 ottobre 2022, la posizione del commissario giudiziale è particolare perché partecipa al procedimento non come parte (neppure in senso formale) ma come organo della procedura. Inoltre, con riguardo alle eventuali opposizioni all'omologazione, l'Autore sostiene la partecipazione necessaria del commissario come organo della procedura e non come parte titolare di una posizione giuridica autonoma a meno che non deduca un proprio diretto interesse giuridico: gli si chiede perciò il deposito di una relazione conclusiva, contenente un motivato parere col quale deve prendere posizione anche sulle eventuali opposizioni, nel termine di cinque giorni prima dell'udienza.

(6) Cass. civ. 16 dicembre 2021, n. 40483; dello stesso avviso Cass. civ. 21 febbraio 2014, n. 4183.

(7) Cass. civ. 26 giugno 2018, n. 16856 secondo cui, in tema di revoca dell'ammissione al concordato preventivo, si configurano come atti di frode le condotte del debitore idonee ad occultare situazioni di fatto suscettibili di influire sul giudizio dei creditori, ossia tali che qualora conosciute avrebbero presumibilmente comportato una valutazione diversa e negativa della proposta e che siano state "accertate" dal commissario giudiziale, cioè da lui "scoperte", essendo in precedenza ignorate dagli organi della procedura o dai creditori. Rientrano, peraltro, tra i fatti "accertati" dal commissario giudiziale, ai sensi dell'art. 173 l. fall., non solo quelli "scoperti" perché prima del tutto ignoti nella loro materialità, ma anche quelli non adeguatamente e compiutamente esposti nella proposta concordataria e nei suoi allegati, i quali, ancorché annotati nelle scritture contabili, rivelino una valenza decettiva per i creditori; dello stesso avviso Corte app. Milano, 27 marzo 2020, n. 816; secondo Cass. civ. 20 dicembre 2017, n. 30648 si intende, dunque, che gli atti di frode devono essere "accertati" dal commissario giudiziale: locuzione che è riferibile o al fatto successivamente scoperto, in quanto in precedenza ignoto ai creditori nella sua materialità; o al fatto, comunque, non adeguatamente e compiutamente esposto in sede di proposta di concordato ed allegati. In entrambi i casi, si tratta di comportamenti del debitore che hanno una valenza decettiva, onde pregiudicano il consenso informato dei creditori. Può, peraltro, precisarsi che "rientrano tra gli atti di frode rilevanti ai fini della revoca dell'ammissione alla predetta procedura, ai sensi della l. fall., art. 173, anche i fatti non adeguatamente e compiutamente esposti in sede di proposta concordataria o nei suoi allegati, indipendentemente dal voto espresso dai creditori in adunanza, e, quindi, anche ove questi ultimi siano stati resi edotti di quell'accertamento".

(8) Il commissario giudiziale, se accerta che il debitore ha occultato o dissimulato parte dell'attivo, dolosamente omesso di denunciare uno o più crediti, esposto passività insistenti o commesso altri atti di frode, deve riferirne immediatamente al tribunale, che provvede ai sensi dell'art. 44, c. 2, dandone comunicazione al pubblico ministero e ai creditori. La comunicazione ai creditori è eseguita dal commissario giudiziale. 2. Le disposizioni di cui al c. 1 si applicano anche quando il debitore non ha effettuato tempestivamente il deposito previsto dall'art. 47, c. 2, lett. d), o il debitore compie atti non autorizzati o comunque diretti a frodare le ragioni dei creditori, o se in qualunque momento risulta che mancano le condizioni prescritte per l'apertura del concordato previste agli artt. Da 84 a 88.3. All'esito del procedimento, il tribunale, revocato il decreto di cui all'art. 47, su istanza del creditore o su richiesta del pubblico ministero, apre la procedura di liquidazione giudiziale dei beni del debitore. Secondo L. De Simone, L'accesso "con riserva" al procedimento unitario, in <www.dirittodellacrisi.it>, 7 ottobre 2022, in forza della lett. b) dell'art. 44, il tribunale nomina, in ogni caso, un commissario giudiziale, tenuto a vigilare sull'assolvimento degli obblighi informativi e tenuto a relazionare al tribunale su ciascun atto di frode ai creditori non dichiarato nella domanda e su ogni circostanza o condotta del debitore suscettibile da pregiudicare una soluzione efficace della crisi.

ovvero della sottrazione o dissimulazione di una parte rilevante dell'attivo, confermando altresì la clausola secondo cui “*non è ammessa altra azione di nullità*”, riproducendo di fatto l'abrogato art. 138 l. fall. che veniva richiamato dall'art. 186 l. fall.

Nel vigore della vecchia legge fallimentare, invece, non si riteneva fattibile la possibilità per il commissario giudiziale di poter richiedere la risoluzione, ma solo l'annullamento del concordato (9), in considerazione del fatto che i presupposti per l'annullamento si riconducevano al principio della formazione del consenso informato dei creditori nell'espressione del voto sulla proposta, ritenuta di carattere pubblicistico, mentre per quanto riguardava l'inadempimento si trattava di valutazione di convenienza che veniva rimessa solo ai creditori (10).

A ciò aggiungasi, l'obbligo di segnalazione del compimento del debitore di atti di straordinaria amministrazione senza la preventiva autorizzazione del tribunale *ex art. 46, c. 1, c.c.i.i.* (sino all'apertura della procedura) o del giudice delegato (dopo l'apertura della procedura) ai sensi dell'art. 94, c. 2, c.c.i.i.

Da quanto fin qui rappresentato, è palese, come testé detto, non solo che il commissario non abbia funzioni di amministrazione o di gestione dell'impresa (tranne nel caso, come sopra riferito, della procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi), ma neanche di rappresentanza del debitore o del ceto creditorio, non avendo nessuna legittimazione attiva e passiva diretta, non risultando portatore di specifici interessi e non essendo abilitato all'esercizio di azioni, né in proprio né in veste di sostituto processuale (11).

La mera attività di controllo viene esercitata dal commissario attraverso la disciplina dell'art. 44, c. 1, lett. b), ultimo periodo, c.c.i.i. che gli assegna i medesimi poteri attribuiti al curatore in virtù dell'espresso rinvio all'art. 49, c. 3, lett. f), c.c.i.i.

In particolare, il commissario potrà senza alcuna istanza preventiva ed ai sensi degli artt. 155-*quater*, -*quinquies* e -*sexies* c.p.c.: i) accedere alle banche dati dell'anagrafe tributaria e dell'archivio dei rapporti finanziari; ii) accedere alla banca dati degli atti assoggettati a imposta di registro e ad estrarre copia degli stessi; iii) acquisire l'elenco dei clienti e l'elenco dei fornitori di cui all'art. 21 d.l. 31 maggio 2010, n. 78, convertito dalla l. 30 luglio 2010, n. 122 e successive modificazioni; iv) acquisire la documentazione contabile in possesso delle banche e degli altri intermediari finanziari relativa ai rapporti con l'impresa debitrice, anche se estinti; v) acquisire le schede contabili dei fornitori e dei clienti relative ai rapporti con l'impresa debitrice.

Tale norma, però, non viene richiamata nel caso di deposito diretto della domanda concordataria piena, con la conseguenza che il commissario giudiziale non disporrebbe dei medesimi poteri di controllo esercitati con la domanda con riserva.

2. L'obbligatorietà della nomina

Fatta questa necessaria premessa, la prima importante novità disciplinata nel codice della crisi d'impresa riguarda la nomina obbligatoria del commissario nel caso di deposito di domanda c.d. in bianco o con riserva ai sensi dell'art. 44, c. 1, lett. b), c.c.i.i.; mentre nell'art. 161, c. 6, l. fall. il tribunale aveva la facoltà e non l'obbligo di nominarlo (...*il tribunale può nominare...*); obbligatorietà che si ricava, anche, dalla successiva lettera c) che impone al debitore gli obblighi informativi mensili sotto la vigilanza del commissario giudiziale, al contrario di quanto disciplinato nell'abrogato art. 161, c. 7, l. fall. il quale specificava “*se nominato*”.

Disposizione che, per il suo inequivoco tenore letterale, non può che confermare una necessaria nomina del commissario, evidentemente ritenuto un organo dal quale il tribunale non può prescindere in presenza di una documentazione decisamente confinata in un ristretto perimetro (12).

(9) Cass. civ. 25 maggio 2022, n. 16977; 11 agosto 2021, n. 22663; 10 ottobre 2019, n. 25458; 26 giugno 2018, n. 16856; contra Trib. Prato 17 novembre 2022, secondo cui *il ruolo di vigilanza del commissario giudiziale nella fase di esecuzione del concordato preventivo, pur a fronte di gravi condotte poste in essere dal debitore, non si traduce nel potere e nella legittimazione a chiedere l'annullamento del concordato e il fallimento, in quanto non vi è “compatibilità” tra la disciplina del concordato preventivo e quella del concordato fallimentare e, pertanto, la previsione dell'art. 138 l. fall. che prevede la legittimazione del curatore non può ritenersi richiamata dall'art. 186 l. fall.*

(10) F. Marelli, *L'annullamento del concordato preventivo per atti di frode nella fase di esecuzione, in Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Milano, Ipsoa, 2023, 6, 843.

(11) Secondo Cass. civ. 19 ottobre 2017, n. 24683, in tema di concordato preventivo liquidatorio, *la legittimazione del commissario giudiziale è limitata alle controversie riguardanti questioni liquidatorie o distributive e non si estende a quelle aventi ad oggetto l'accertamento delle ragioni di credito dell'impresa e il pagamento dei relativi debiti, ancorché le stesse risultino idonee ad incidere sul riparto che fa seguito alle operazioni di liquidazione. L'ammissione alla procedura comporta, infatti, il trasferimento ai relativi organi non già della proprietà dei beni e della titolarità dei crediti, ma solo dei poteri di gestione finalizzati alla liquidazione, con la conseguenza che il debitore cedente conserva il diritto di esercitare le azioni o di resistervi nei confronti dei terzi, a tutela del proprio patrimonio.*

(12) T. Nigro, *Il commissario giudiziale nel nuovo codice della crisi tra nomina obbligatoria e facoltativa*, in <www.dirittodellacrisi.it>, 20 febbraio 2023; secondo L. De Simone, *L'accesso “con riserva” al procedimento unitario*, in <www.dirittodellacrisi.it>, cit., *la scelta della “standardizzazione” della nomina commissariale si lega all'esigenza di assicurare un controllo permanente ed effettivo anche nella fase di progettazione della soluzione negoziale, presidiando il diritto dei creditori a rimanere costantemente edotti sull'evoluzione del percorso intrapreso e su eventuali abusi del debitore.*

L'art. 44 c.c.i.i., come rimodulato dal d.lgs. n. 83/2022, diverge rispetto al suo assetto originario che non prevedeva l'istituto della domanda di accesso agli strumenti di regolazione della crisi con riserva (13) e comunque potrà essere utilizzato dal debitore solo ed esclusivamente, ai sensi dell'art. 45 c.c.i.i., per il ricorso allo strumento del concordato preventivo, degli accordi di ristrutturazione di cui all'art. 44, c. 1, lett. a), e del piano di ristrutturazione soggetto a omologazione.

L'art. 40 c.c.i.i., di converso, individua un identico alveo processuale di partenza destinato a regolare tutte le domande di accesso agli strumenti di ristrutturazione preventiva e alle procedure di insolvenza, al fine di comporre, per quanto possibile, un tessuto di regole in linea di principio omogeneo per qualsiasi soluzione negoziale della crisi e dell'insolvenza (14), con la conseguenza che, in caso di accordo di ristrutturazione del debito, non viene menzionato alcun obbligo da parte del tribunale di nominare il commissario giudiziale (a meno che non penda istanza di liquidazione giudiziale), tranne la facoltà di conferma se già nominato con la domanda in bianco (15).

Su quest'ultimo aspetto, autorevole dottrina ha correttamente sostenuto che il tribunale procederà alla nomina quando lo riterrà indispensabile nell'interesse delle parti istanti, assumendo tale aspetto un valore *lato sensu* cautelare, a garanzia del ceto creditorio, con la conseguenza che il commissario già nominato in sede di domanda con riserva, potrà non essere confermato in sede di omologazione se il tribunale non ne ravvisi l'opportunità (16).

Naturalmente, con riferimento al concordato preventivo, l'art. 47, c. 2, c.c.i.i., con il decreto di apertura, pone l'obbligo in capo al tribunale di nominare il commissario o eventualmente di confermare quello già precedentemente nominato ai sensi dell'art. 44 c.c.i.i. in caso di preventivo deposito della domanda con riserva.

3. Il commissario giudiziale: nuovo consulente del debitore e dei creditori

Con riferimento al concordato preventivo, applicabile in quanto compatibile, ai sensi dell'art. 64-bis, c. 9, c.c.i.i., anche al piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione per espresso rinvio all'art. 92 c.c.i.i., nella fase intercorrente tra la presentazione della domanda e l'ammissione, stante l'obbligatorietà della nomina, l'aspetto più rilevante della riforma attiene il secondo periodo del comma terzo dell'art. 92 introdotto con il correttivo del giugno 2022 (17), il quale prevede che nel concordato in continuità aziendale, sino alla scadenza del termine per la presentazione del piano, il commissario giudiziale se richiesto – o (sempre) in caso di concessione delle misure protettive di cui all'art. 54, c. 2, – coadiuva il debitore e i creditori nella negoziazione del medesimo piano, intervenendo, *ove occorra*, anche nella collaborazione necessaria per la sua redazione.

Da un lato siffatta collaborazione è facoltativa se richiesta dal debitore, dall'altro è da considerarsi obbligatoria, invece, nel caso di misure protettive, ritenendosi che il commissario possa essere il garante della legalità concordataria contro eventuali "abusi" derivanti da condotte ostruzionistiche poste in essere dal debitore verso i suoi creditori.

Tale disposizione, prevedendo una sorta di affiancamento del commissario giudiziale al debitore ed ai creditori nella fase preventiva alla predisposizione del piano, sancisce l'integrale applicazione nel nostro ordinamento dell'art. 5, par. 3, della direttiva *Insolvency* (18), statuendone, di fatto, l'obbligatorietà della nomina di tale organo.

(13) L. De Simone, *L'accesso "con riserva" al procedimento unitario*, in <dirittodellacrisi.it>, cit., l'autore sostiene che *in maniera del tutto speculare l'art. 44, come riscritto dal d.lgs. n. 83/2022 regola l'ipotesi in cui il debitore, non ancora in grado di prospettare ai creditori uno scenario risolutivo del proprio indebitamento, ma intenzionato a giocarsi una chance diversa dalla liquidazione giudiziale, presenta la domanda di cui all'art. 40 riservandosi di proporre la proposta, il piano e gli accordi.*

(14) L. De Simone, *L'accesso "con riserva" al procedimento unitario*, cit.

(15) Secondo L. De Simone, *L'accesso "con riserva" al procedimento unitario*, cit., *la nomina del commissario giudiziale diviene quindi nel contesto del codice obbligatoria, non più facoltativa, salva l'unica ipotesi, contemplata dall'art. 40, c. 4, ultima parte, in cui sia già chiaramente rappresentato nella domanda che il debitore si prefigge l'obiettivo di chiedere l'omologazione di un accordo di ristrutturazione. In questo caso la nomina del commissario è facoltativa e prevista solo ove sia pendente un'istanza per l'apertura della procedura di liquidazione giudiziale e la nomina si palesi necessaria a tutela delle parti istanti, valutandosi preferibile in difetto di essa consentire al proponente una maggiore libertà d'azione senza l'ombra del commissario-controllore e senza l'aggravio dei costi conseguenti.* Di parere opposto F. Lamanna, *Il decreto del "fare" e le nuove misure di controllo contro l'abuso del preconcordato*, in <www.ilfallimentarista.it>, 18 giugno 2013, l'autore, nel vigore della vecchia normativa fallimentare, già sosteneva che *non può nemmeno suggerirsi al tribunale di astenersi dall'effettuare la nomina del commissario giudiziale le volte in cui il ricorrente, ad esempio, anticipasse con il ricorso l'intenzione di presentare un accordo di ristrutturazione ex art. 182-bis l. fall. Infatti, tale espressione di volontà potrebbe anche troppo facilmente tradursi in un mezzo per evitare la nomina del commissario giudiziale e quindi lo svolgimento di un'attività di controllo, ben potendo poi il debitore cambiare direzione e proporre un concordato preventivo vero e proprio, comportamento che non potrebbe in effetti né considerarsi abusivo, né per altra ragione vietato o illegittimo, atteso che lo stesso art. 161, c. 6, l. fall. consente l'esercizio di tale facoltà.*

(16) L. Panzani, *L'assetto degli organi nella liquidazione giudiziale e nelle altre procedure di regolazione della crisi*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Milano, Ipsa, 2022, 10, 1274.

(17) D.lgs. 17 giugno 2022, n. 83.

(18) Direttiva (Ue) 2019/1023 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019 *riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione e le interdizioni, e le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione, e che modifica la direttiva (Ue) 2017/1132 (direttiva sulla ristrutturazione e sull'insolvenza)*. L'art. 5, par. 3, statuisce che *gli Stati membri provvedono alla nomina di un professionista nel campo della ristrutturazione per assistere il debitore e i creditori nel negoziare e redigere il piano almeno nei seguenti casi: a) quando, ai sensi dell'art.6, paragrafo 3, una sospensione generale delle azioni esecutive individuali è concessa da un'autorità giudiziaria o amministrativa e detta autorità decide che tale professionista è ne-*

A tal proposito, è stato sostenuto che la suddetta previsione sembra coerente con i doveri di informativa, di leale collaborazione e di buona fede che, alla stregua del codice, informano i comportamenti delle parti e degli organi (19).

Si pone, però, un problema interpretativo della norma: la richiesta può essere formulata oltre che dal debitore anche da un singolo creditore? Oppure occorrono delle specifiche maggioranze di creditori per poter procedere al deposito di siffatta istanza?

Nel silenzio della norma, appare fondamentale riprendere a parere dello scrivente, ancora una volta, la citata direttiva *Insolvency*, laddove prevede esplicitamente, al suddetto art. 5, par. 3, lett. c), con riferimento alla nomina del commissario, la richiesta della ... *maggioranza dei creditori, purché, in quest'ultimo caso, i creditori si facciano carico del costo del professionista*.

Dunque, l'istanza potrà essere formulata dalla maggioranza dei creditori che dovrà sostenerne il relativo costo, onde evitare eventuali e strumentali richieste dei singoli atte solo ed esclusivamente ad affossare il piano concordatario.

Il calcolo della maggioranza come dovrebbe avvenire? Secondo alcuni, ragionevolmente, dovrebbe computarsi per teste potendo apparire oscurata dalla sottesa esistenza di un interesse esclusivamente personale, non condiviso dagli altri creditori, se la richiesta provenisse solo da uno di essi (20).

Chi scrive, pur condividendo tale impostazione, ritiene per maggiore garanzia che la maggioranza debba essere computata sulla base dell'ammontare complessivo dei crediti e, solo nel caso in cui fosse detenuta da un unico creditore, si potrebbe allora adottare il criterio alternativo per teste, sulla falsariga di quello che avviene in sede di votazione *ex art. 109 c.c.i.i.*

Il codice, quindi, da un lato sembra voler sostenere i creditori contro possibili abusi del debitore quando fruisca delle misure protettive e dall'altro coadiuvare il debitore per evitare che il termine concesso dal tribunale spiri inutilmente (21).

In ogni caso, la norma è da considerarsi di portata fortemente innovativa, poiché totalmente inedita, anche se traduce in legge una prassi abbastanza diffusa, di confronto tra debitore ed organo di controllo (ovviamente in perfetta osservanza dei rispettivi ruoli), ai fini del superamento o della prevenzione di eventuali criticità, nell'ottica di una più efficiente e rapida gestione della procedura (22).

La rilevanza della norma in esame riguarda, anche, il fatto che il commissario giudiziale, potrà eventualmente (*ove occorra*) coadiuvare i consulenti del debitore nella predisposizione del piano concordatario senza alcun onere aggiuntivo per quest'ultimo e con il precipuo scopo di facilitare la stesura del piano (23).

4. *L'esperto e il commissario giudiziale nel PRO e nel concordato preventivo: affinità e differenze*

Le funzioni consulenziali del commissario appena evidenziate, riportano l'attenzione sul medesimo ruolo ricoperto dall'esperto nella composizione negoziata della crisi, con la differenza sostanziale che quest'ultimo, soggetto terzo, indipendente e facilitatore nelle trattative tra debitore e creditore, non viene nominato dal tribunale, mentre il commissario dovrà, comunque, nell'ambito del rapporto diretto con il tribunale, *inter alios* i) soggiacere alle indicazioni che quest'ultimo potrà impartirgli con riferimento all'emanazione di provvedimenti autorizzativi ed in qualche misura anche in via informale (24), ii) dovrà comunicare al pubblico ministero eventuali fatti ritenuti penalmente rilevanti, iii) potrà accertare eventuali occultamenti o dissimulazioni dell'attivo perpetrate dal debitore o una delle altre ipotesi previste dall'art. 106 c.c.i.i. e riferire al tribunale ai fini dell'apertura del procedimento di revoca, iv) potrà richiedere la risoluzione del concordato o il suo annullamento.

Nella composizione negoziata è prevista un'ampia libertà gestionale dell'imprenditore al quale è riconosciuta la possibilità di adottare atti di ordinaria e straordinaria amministrazione sotto il controllo dell'esperto, il quale avrà come unico strumento giudiziale a disposizione quello di segnalare al giudice che ha emesso le misure protettive o cautelari la revoca delle medesime ai sensi dell'art. 19, c. 6, c.c.i.i.

cessario per tutelare gli interessi delle parti; b) quando il piano di ristrutturazione deve essere omologato dall' autorità giudiziaria e amministrativa mediante ristrutturazione trasversale dei debiti conformemente all'art.11; oppure c) quando la nomina è richiesta dal debitore o dalla maggioranza dei creditori, purché, in quest'ultimo caso, i creditori si facciano carico del costo del professionista.

(19) F. Lamanna, *Il codice della crisi e dell'insolvenza dopo il secondo correttivo*, Milano, Giuffrè, 2022, 545.

(20) F. Lamanna, *Il codice della crisi e dell'insolvenza dopo il secondo correttivo*, cit.

(21) F. Lamanna, *Il codice della crisi e dell'insolvenza dopo il secondo correttivo*, cit., 546.

(22) D. Burroni, A. Porcari, M.A. Di Gioia, *Il concordato preventivo* (a cura di) S. Sanzo, in *Il codice della crisi dopo il d.lgs. 17 giugno 2022*, n. 83, Bologna, Zanichelli, 2022, 331.

(23) Secondo S. Leuzzi, *Il volto nuovo del concordato preventivo in continuità aziendale*, *Studi sull'avvio del Codice della crisi*, in <www.dirittodellacrisi.it>, settembre 2022, l'art. 92 CCH reca una nuova interessante previsione d'impulso alla ricerca della continuità, attribuendo al commissario giudiziale, unitamente al compito di sorveglianza, un ruolo proattivo d'ausilio, non solo alla negoziazione fra debitore e creditori, ma all'elaborazione del piano. Egli "affianca" le parti del procedimento di concordato mirando all'obiettivo della regolazione efficace della crisi. Il commissario cessa d'essere avvertito come un mero vigilante, non potendo limitarsi a negare o stigmatizzare e dovendo se del caso controproporre.

(24) L. Panzani, *L'assetto degli organi nella liquidazione giudiziale e nelle altre procedure di regolazione della crisi*, cit., 1273.

Mentre, in caso di dissenso relativo al compimento di atti di straordinaria amministrazione o all'esecuzione di pagamenti non coerenti con il piano, dopo averlo segnalato all'imprenditore e all'organo di controllo, senza aver avuto un riscontro positivo, dovrà iscriverlo nel registro delle imprese.

Anche nel piano di ristrutturazione soggetto a omologazione è prevista un'ampia libertà gestionale dell'imprenditore al quale è riconosciuta la possibilità di adottare atti di ordinaria e straordinaria amministrazione (il c.d. *debtor in possession*) sotto il controllo del commissario giudiziale che rappresenta, senza alcun dubbio, una modalità derivante dalla disciplina della composizione negoziata della crisi.

All'imprenditore, quindi, conservando la gestione totalitaria dell'impresa, sotto il controllo del commissario giudiziale, si applicherà ai sensi dell'art. 64 *-bis*, c. 6, c.c.i.i. la medesima disciplina appena esaminata e disciplinata dall'art. 21 c.c.i.i., con la differente conseguenza che, il dissenso del commissario, dopo averlo segnalato all'imprenditore e all'organo di controllo, in caso di compimento dell'atto, dovrà essere segnalato senza indugio al tribunale per l'apertura del procedimento di revoca *ex art.* 106 c.c.i.i.

A tal fine, è stato autorevolmente sostenuto che la possibilità di gestione straordinaria dell'impresa senza limitazioni (anche rispetto alla disciplina della composizione negoziata della crisi che, com'è noto, attribuisce all'esperto il solo potere di espressione di un parere sfavorevole destinato ad incidere sulla revocabilità dell'atto in sede di liquidazione giudiziale) costituisce incentivo a preferire il PRO al concordato in continuità aziendale. Ciò, anche se si pensi al fatto che, a differenza della composizione negoziata della crisi, la cessione dell'azienda o di rami segue le regole codicistiche ordinarie senza possibilità di conseguire effetti premiali come quelli previsti dall'art. 22 c.c.i.i. che sottopone a regime autorizzatorio del tribunale il trasferimento di azienda o di suoi rami in trasferimento di azienda o di suoi rami in deroga al regime previsto dall'art. 2560 c.c. (solidarietà del cedente e cessionario per i debiti d'impresa) anche ai fini dell'esenzione da revocatoria prevista dall'art. 24 c.c.i.i. (25)

Anche se, rispetto alla composizione negoziata, come testé detto, la presenza del commissario giudiziale risulta più pregnante di quella dell'esperto, avendo una funzione più dissuasiva derivante dalla segnalazione al tribunale del compimento di atti di frode con la conseguente revoca della procedura.

Dunque, nel PRO, come nel concordato preventivo, è prevista la nomina obbligatoria del commissario giudiziale o del precommissario in caso di deposito di domanda con riserva (26), ma, rispetto alla procedura concordataria, autorevole dottrina ha sostenuto che nel PRO, sul piano dei controlli, l'accesso con riserva non consente al commissario giudiziale, stanti i diversi tempi della procedura, di acquisire piena cognizione del compimento di atti di frode che condurrebbero alla revoca del decreto di ammissione essendo il controllo del tribunale "limitato" alla ritualità della proposta da intendersi come non manifesta inettitudine della domanda a conseguire gli scopi prefissati dal legislatore (27).

Per giunta, nel PRO, il controllo del commissario giudiziale resta limitato alle indicazioni prodotte dall'art. 64 *-bis*, c. 6, c.c.i.i., che potrebbero essere valide ed efficaci nel periodo del c.d. concordato con riserva, ma che potrebbero destare perplessità nel periodo successivo all'apertura della procedura, dovendosi ritenere maggiormente pregnante il potere del commissario giudiziale (nel concordato preventivo), con la conseguenza che sarebbe stato preferibile il richiamo diretto e integrale all'art. 94 c.c.i.i. (28)

5. Osservazioni conclusive

La nuova disciplina, seppur migliorabile, appare più confacente alle esigenze imprenditoriali del tessuto economico nazionale, specie con riferimento alla domanda con riserva, laddove l'esigenza di nomina del commissario giudiziale è divenuta obbligatoria e garantisce maggior controllo in particolare con riguardo ad eventuali iniziative strumentali poste in atto dal debitore.

(25) E. Ricciardiello, *Il piano di ristrutturazione omologato: un caso di "concorrenza sleale" tra istituti?* in <<https://ristrutturazioniaziendali.ilcaso.it>>, 12 settembre 2023.

(26) Tribunale di Vicenza, 17 febbraio 2023, n. 870, secondo cui *tra i provvedimenti che il Tribunale adotta con il decreto di ammissione al piano di ristrutturazione soggetto a omologazione vi è anche la nomina (ovvero conferma) del commissario giudiziale cui conferire altresì, ove occorra, il ruolo di liquidatore.*

(27) E. Ricciardiello, *Il piano di ristrutturazione omologato: un caso di "concorrenza sleale" tra istituti?* cit., secondo l'autore, per giunta, *nella fase in bianco o con riserva, del resto, pare difficile rinvenire un controllo pieno del tribunale sul redigendo piano anche sulla gestione finanziaria che, di converso, permane indiscutibilmente appannaggio del debitore a cui spetta la gestione totale dell'impresa.*

(28) Dello stesso avviso G. Bozza, *Il piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione*, in <www.dirittodellacrisi.it>, giugno 2022; Secondo M. Bazzani, *Il piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione* (a cura di) S. Sanzo, *Il Codice della crisi dopo il d.lgs. 17 giugno 2022, n. 83*, Bologna, Zanichelli, 2022, 220, *l'impressione è che il legislatore abbia voluto ulteriormente differenziare il nuovo strumento dal concordato preventivo, incentivandone l'utilizzo, oltre che mediante il riconoscimento della libertà distributiva subordinata all'unanimità della classi e l'alleggerimento del giudizio di ammissione, anche attraverso l'introduzione di un meccanismo di gestione dell'impresa in corso di procedimento che di fatto azzera la portata precettiva dello spossamento tipica del concordato preventivo, pur prevedendo (ma in realtà ribadendo, atteso che non poteva essere altrimenti) il dovere di gestione nel prevalente interesse dei creditori a tutela in primis dei creditori concorsuali ma anche di quelli in continuità.*

L'obbligatorietà della nomina, però, configurerebbe notevoli svantaggi per il debitore, il quale – dopo aver optato per la domanda in bianco con la chiara indicazione della volontà di voler, poi, depositare la domanda per l'omologazione degli accordi di ristrutturazione del debito *ex artt. 57 ss. c.c.i.i.* – si vedrebbe comunque nominato il precommissario giudiziale, accollandosi, di fatto, il costo relativo al compenso, anche nel caso in cui il tribunale, con l'apertura della procedura, decidesse di non confermarlo.

Di contro, però, la riforma risulta essere fortemente innovativa attraverso l'attuazione del principio comunitario di ausilio del commissario giudiziale, al debitore ed ai creditori, nell'attività propedeutica alla redazione del piano concordatario nell'ambito della continuità aziendale del concordato preventivo; norma, per giunta, ad avviso di chi scrive, estensibile anche al PRO, in virtù dell'espreso richiamo all'art. 92 da parte dell'art. 64-*bis* c. 9.

Anche in questo caso, però, il rischio potrebbe discendere dal fatto che difficilmente il commissario – che avrà coadiuvato il debitore nella redazione del piano – poi esprimerà sia nel proprio parere *ex art. 47 c. 1 c.c.i.i.* che, successivamente, in seno alla relazione particolareggiata *ex art. 105 c.c.i.i.*, il proprio dissenso alla proposta concordataria. Per dare maggiore contezza al tribunale prima e ai creditori dopo, il commissario dovrebbe, a parere di chi scrive, evidenziare compiutamente sia nel proprio parere preventivo all'apertura della procedura che nella relazione propedeutica al voto dei creditori, le modalità di collaborazione alla stesura del piano e le parti del contenuto del medesimo in cui il suo apporto consulenziale è stato maggiormente incisivo.

* * *