

XIV CONVEGNO ANNUALE
DELL' ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI UNIVERSITARI
DI DIRITTO COMMERCIALE "ORIZZONTI DEL DIRITTO COMMERCIALE"

**"IMPRESE, MERCATI E SOSTENIBILITÀ: NUOVE SFIDE PER IL DIRITTO
COMMERCIALE"**

Roma, 26-27 maggio 2023

FAUCEGLIA GIUSEPPE

PROF. ORDINARIO DIRITTO COMMERCIALE UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI SALERNO

Sostenibilità ambientale e crisi di impresa

SOMMARIO: 1. Sostenibilità ambientale e crisi di impresa: un nodo difficile da sciogliere – 2. Tutela ambientale e responsabilità: profili di diritto proprietario, disponibilità dei siti, conseguenze sui diritti dei creditori – 3. La responsabilità sociale dell'impresa e il paradigma della concorsualità – 4. La sostenibilità ambientale nella liquidazione giudiziale - 5. La sostenibilità ambientale negli strumenti negoziali per il superamento della crisi e dell'insolvenza, in particolar modo nel concordato preventivo in continuità – 6. Qualche considerazione conclusiva

1. Sostenibilità ambientale e crisi di impresa: un nodo difficile da sciogliere.

Se si volesse dar conto di quel divenire delle politiche sociali ed economiche, anche in tema ambientale¹, che è dato dall'espressione "sostenibilità", potrebbe evocarsi il tratto gramsciano dell'egemonia culturale, piuttosto che la dittatura del "pensiero unico" di orwelliana memoria. Invero, questa

¹ Per una ricostruzione della tematica: P.M. SANFILIPPO, *Tutela dell'ambiente e "assetto adeguati" dell'impresa: compliance, autonomia e enforcement*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, 993 ss.; sulla riforma del 2° comma e del 3° comma dell'art.41 Cost. (L. Costituzionale n. 1/20): G. ALPA, *Note sulla riforma della Costituzione per la tutela dell'ambiente e degli animali*, in *Contr. Impr.*, 2022, 361 ss.; M. RENNA, *Attività di impresa, sostenibilità ambientale e bilanciamento tra diritto alla salute e iniziativa economica privata*, *ivi*, 2022, 381 ss.; I. SPEZIALE, *Il nuovo paradigma dell'impresa sostenibile*, *ivi*, 2022, 761-765.

egemonia culturale, ha imposto, anche ai cultori del diritto, un universo ² nel quale si afferma il valore in sé dell' "essere sostenibili" (ma, molto più prosaicamente, direi dell' "apparire sostenibili"), sì da indicarne la condizione senza la quale potrebbe porsi in discussione la stessa esistenza dell'impresa (o, meglio, del suo "valore") ³. L'orientamento assunto è stato quello di adeguarsi a standard valutativi a volte connotati da un certo livello di astrattezza, sulla suggestione di una letteratura (prevalentemente) anglosassone, alla quale si guarda con evidente spinta emulativa, e che ha finito per colonizzare le elaborazioni di questi ultimi anni, sì che la resistenza si è attestata su una linea del Piave, costituita dai risultati di un pensiero liberale declinato in una prospettiva di modernità ⁴. Voglio, però, subito chiarire che non intendo attribuire alcuna accezione negativa al concetto di "ideologia egemonica totalizzante", qui utilizzato solo come primo elemento per ricostruire il contesto al quale si intende far riferimento. Del resto, lo "sviluppo sostenibile" è nozione conformata su vari interessi a volte tra loro contrapposti, su politiche aziendali che hanno ad oggetto luoghi simbolici, i quali, come alcune delle "ideologie classiche", sono finiti per diventare simboli dominanti, in una prospettiva di pensiero in cui quella "idea" assume in sé un dato naturale, come tale incontestabile, così diventa davvero difficile ricostruire un quadro di scritti e riflessioni che, in impetuosa progressione temporale, anche con osservazioni a volte ripetitive, hanno affrontato l'argomento. Il risultato è la creazione di un

² Per una sintesi della normativa, senza alcuna pretesa di essere esauriente: O. PAPALUCA - L. TURRIZIANI, *Lo sviluppo sostenibile: teoria e modelli*, in AA.VV., *Il governo etico dell'impresa*, a cura di S. Sciarelli e M. Sciarelli, Milano, 2018, 411 ss. ; F. CUCCU, *La (in)sostenibilità del nuovo codice di corporate governance*, in *Riv. dir. comm.*, 2021, 235 ss.

³ S.A. CERRATO, *Appunti per una "via italiana" all'ESG: l'impresa costituzionalmente solidale (anche alla luce dei "nuovi" artt. 9 e 41, comma 3° Cost.)*, in *Governance e mercati. Scritti in onore di Paolo Montalenti*, I, Torino, 2022, 232.

⁴ In tal senso, pare opportuno richiamare: F. D'ALESSANDRO, *Il mantello di San Martino, la benevolenza del birraio e la Ford modello T, senza dimenticare Robin Hood (Divagazioni semi-serie sulla c.d. responsabilità sociale dell'impresa e dintorni)*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, I, 409 ss.;

mondo di ipo-soggetti (imprese come soggetti “sostenibili”), poi spopolato di iper-oggetti (concetto di “sostenibilità” dispersa nelle molteplici sue declinazioni), con la conseguenza che la realtà che crediamo esistere muta la effettiva ontologia della percezione (quello che i sociologi chiamano “effetto Mandela”), sì da determinare opzioni interpretative in qualche modo non collegate con le concrete dinamiche dell’impresa, e ciò si può constatare anche nel contesto della disciplina della crisi e dell’insolvenza ⁵. Si tratta, allora, di verificare sino a che punto questa egemonia o nuova ideologia sia in grado di modificare, incidere o piegare categorie concettuali ed impianti di “sistema” ovvero primeggiare su altri “valori” o “interessi” (con riferimento proprio a quelli degli stakeholders di prima istanza, quali restano i creditori), altrettanto fondanti la struttura dell’ordinamento, e quali effetti da ciò potrebbero derivare ⁶. E’ opportuno premettere, in omaggio a quel *politically correct* che caratterizza ormai tutte le riflessioni sul tema, che queste riflessioni non intendono incidere sul piano dei valori o delle finalità (sostenibilità ed impatto climatico), quanto sulla effettività della tutela, o, meglio, sull’equilibrio tra tutele necessariamente differenziate in ragione delle “centralità” (e non a caso si utilizza il “plurale”) che assumono i diversi interessi, perché questo – in realtà – resta l’obiettivo dell’analisi giuridica. L’angolo visuale prescelto è quello della crisi dell’impresa, nel cui contesto vengono esaminati gli effetti della

⁵ La domanda che può porsi potrebbe essere la seguente: “che cosa di nuovo o di buono la CSR può introdurre nei rapporti tra imprese in crisi e propri creditori, in aggiunta a ciò che stabilisce direttamente la legge o quali interpretazioni della legge essa può incoraggiare” (così: A. BASSI, *LA CSR doctrine di fronte ai creditori, stakeholders di prima istanza*, in *Giur. comm.*, 2022, I, 179).

⁶ Il tema del rapporto tra procedure di crisi e sostenibilità ambientale è, anche nella letteratura straniera, poco esaminato, per altro con rinvio a problematiche generali, sino ad assumere petizioni di principio: T. LINNA, *Insolvency proceedings from a sustainability perspective*, in *International Insolvency Review*, 2019, 210 ss.; qualche elemento si riscontra anche nella letteratura ispano-americana: O.E. CONTRERAS-PACHECO – L.H. TALERO-SARMIENTO – L.Y. ESCOBAR-RODRIGUEZ, *Sostenibilidad, stakeholders y crisis de empresa un análisis estructurado de percepciones*, *Suma de negocios*, 11 (24), 64 ss., Bogotá, 2020.

dinamica evolutiva del tema della sostenibilità ambientale, misurando il superamento del confine tra la volontarietà del comportamento e la sua obbligatorietà, in cui si afferma – sia pure in misura inferiore a quanto riscontrabile nel dibattito generale – il credo di un’impresa che deve essere, anche se in crisi, obbligata a perseguire obiettivi diversi dalla tutela dei creditori, variamente declinati e qui racchiusi nel sintagma della sostenibilità ambientale, consistente nell’obbligo di adottare scelte idonee per la lotta ai cambiamenti climatici, al quale si intenderebbe attribuire prevalenza ⁷. E’ chiaro che in questa sede la nozione di sostenibilità si riferisce all’impatto che l’attività di impresa ha all’esterno e, dunque, alla capacità di minimizzare le esternalità negative con soluzioni organizzative e tecnologiche che abbiano basso impatto ambientale e che non pregiudichino i livelli di benessere umano e la salute della popolazione ⁸. E’ evidente, però, che la prospettiva indicata qui denota una contraddizione

⁷ Si tratta di un percorso che si è affermato con riferimento alla “solidarietà”, quale contenitore più ampio della stessa nozione di sostenibilità ambientale: M. FABIANI, *Il valore della solidarietà nell’approccio e nella gestione delle crisi d’impresa*, in *Fallimento*, 2022, 5 ss., specie 13, laddove si espone che “etica, responsabilità sociale e solidarietà sono valori più alti che si collocano ad un livello persino sovrastante quello delle alternative tra sistemi *debtor* o *creditor oriented*, tra eteronomia giudiziale e autonomia negoziale, tra libertà e autorità”. In una prospettiva di più ampio respiro è stato utilizzato il termine sostenibilità come combinato con l’attributo “democratico”, sì da ritenere che lo sviluppo sostenibile è di per sé sviluppo democratico (F. DENOZZA, *Rendere lo sviluppo sostenibile democratico*, in AA.VV., *L’impresa sostenibile* (a cura di Caterino e Ingravallo), Lecce, 2020, 38). Ma il tema, prescindendo dalle chiavi di lettura “ideologica”, si sposta sul delicato equilibrio tra la posizione dei creditori dell’impresa in crisi e quello dei “creditori involontari” o “creditori senza affidamento”, rispetto ai quali la dottrina della CSR potrebbe portare a risultati di qualche interesse, senza con questo accedere a “posizioni emulative” del dibattito che si è sviluppato specie con riferimento alla grande impresa azionaria, i cui risultati e la cui stessa ispirazione teorica risultano non proponibili nel contesto della crisi, specie laddove questa coinvolga piccole e medie imprese.

⁸ M. STELLA RICHTER jr., *Long termism*, in *Riv. soc.*, 2021, 23, 30 ss. e sulle molteplici accezioni del termine, 34 ss.; F. DENOZZA, *Lo scopo della società: dall’organizzazione al mercato*, in *Rivista ODC*, 2019, 615, con indubbia efficacia descrittiva, definisce il *long-term objectives*, un “diffuso ritornello” quello di rivalutare il perseguimento di obiettivi di lungo periodo, nel cui contesto società, imprese, investitori, amministratori e anche singoli azionisti e singoli consumatori dovrebbero farsi carico, in modo responsabile, di valutare, contemperare e tutelare pressoché tutti gli interessi collettivi generali e pubblici ritenuti rilevanti.

ancora più evidente di quella che potrebbe evocarsi nel caso di un'impresa *in bonis*, considerato che il termine di raffronto deve misurarsi con gli interessi dei creditori (sia pure nella diversificata loro composizione e nelle rispettive prospettive di realizzo) o altri stakeholders, come i lavoratori, la cui tutela a volte si propone come antitetica a quella dell'ambiente⁹, in un contesto il cui risultato non può, però, essere lasciato solo all'iniziativa dell'imprenditore (già) in crisi (al quale resta affidata la "scelta" dello strumento). Non mi pare, in questo contesto, assumere rilievo determinante il percorso argomentativo che si legge in alcuni scritti, così sintetizzabile: (a) nelle società in crisi i veri "soci" (investitori di capitale di rischio) sono i creditori, ai quali sarebbero attribuiti, nel contesto delle procedure concorsuali, gli stessi poteri che spettano ai soci stessi¹⁰; (b) in tal senso all'interesse dei soci (rispetto ai quali si "misurano" le teoriche della sostenibilità) verrebbe a sostituirsi l'interesse dei creditori, sì da configurare una nozione di "*profitto dei creditori*", coincidente con l'aspettativa di credito da essi maturata; (c) anche nell'impresa insolvente resterebbe ammissibile un potenziale sacrificio dell'interesse dei creditori al fine di evitare la produzione di un pregiudizio rilevante rispetto ad "interessi altri", costituzionalmente tutelati; (d) è possibile configurare un vero e proprio "dovere" della stessa impresa insolvente (di cui i creditori dovrebbero in qualche modo farsi carico) di comportarsi in modo socialmente responsabile, alla stregua di quanto accade per l'impresa solvibile¹¹.

⁹ Può essere di esempio, la complessa vicenda giudiziaria relativa agli impianti dell'ILVA, di cui non si può dare conto in questa sede, ma che nell'ord. Cons. Stato, 12 marzo 2021, n. 1275, in *Foro it.*, 2021, III, 261, ha trovato razionale sistemazione nel necessario equilibrio tra la tutela dell'ambiente e della salute e quello della continuità aziendale finalizzata anche alla salvaguardia dei rapporti di lavoro.

¹⁰ Sul tema: L. STANGHELLINI, *Proprietà e controllo dell'impresa in crisi*, in *Riv. soc.*, 2004, 1041 ss.

¹¹ In questa prospettiva, di recente: D. STANZIONE, *Liquidazione dell'attivo e interessi degli stakeholders*, Napoli, 2023, 53 ss., secondo il quale "l'interesse al profitto dei creditori costituisce il fine delle procedure concorsuali e dell'impresa insolvente, così come il

Orbene, al netto della considerazione che le conseguenze estreme che si intendono trarre dalla teoria di partenza (probabilmente neppure “volute” dall’Autore che l’ha formulata), è opportuno sottolineare, da una parte, l’insufficienza del presupposto secondo cui la crisi produrrebbe di per sé l’effetto della scomparsa dei soci (in termini “proprietary”) e l’abrasione delle scelte che vengono attribuite agli amministratori in tema di accesso alle procedure (v. art. 120 bis CCII); dall’altra, che questa prospettiva non potrebbe essere assunta come dato assoluto, restando subordinata all’accesso alle procedure anche in una loro prospettiva finalistica (liquidazione o ristrutturazione), con ciò apparendo assai incerta la tendenza (timidamente, ma non meno pericolosamente, manifestata) secondo la quale proprio i creditori dovrebbero sopportare i costi della sostenibilità dell’impresa quando essa è in crisi¹². Ritenere, in assenza di qualsiasi oggettivo collegamento tra le situazioni evocate, che i creditori assumano la stessa posizione dei soci, sì da essere obbligati a perseguire interessi diversi (quali quelli di assicurare la sostenibilità dell’impresa in crisi) pare un ossimoro. Non solo, ma il terreno sul quale si svilupperanno le presenti riflessioni impone un’altra considerazione: se in una prospettiva più generale, è stato posto l’interrogativo sul se veramente il perseguimento di logiche di CSR o, in altra ottica, di ESG risponda o meno ad un interesse dell’impresa (al netto della esatta individuazione del suo perimetro), nel caso di crisi il perseguimento della continuità aziendale (dato

perseguimento del profitto dei soci rappresenta il fine dell’impresa (lucrativa) *in bonis*, con ciò determinandosi una sostanziale equiparazione fra primato dei soci, nell’impresa solvibile, e primato dei creditori, nell’impresa insolvente”.

¹² Parrebbe sul tema, che la finalizzazione ad un governo democratico dell’impresa in crisi, finisce per introdurre il non troppo velato tentativo di perseguire una larvata espropriazione del diritto di credito, che resterebbe subordinato all’obbligo di adozione di politiche di sostenibilità. Ciò che non può realizzarsi è la surrettizia espropriazione dei creditori, nello sviluppo delle procedure di insolvenza indirizzata ad obiettivi diversi dall’attuazione della responsabilità patrimoniale (F. D’ALESSANDRO, *La crisi delle procedure concorsuali e le linee della riforma: profili generali*, in *Giur. comm.*, 2006, I, 331)

caratterizzante l'intero impianto degli strumenti di superamento o di prevenzione della crisi e dell'insolvenza) costituisce non solo la manifestazione di un interesse (se non di un obbligo) dell'imprenditore, ma soprattutto la salvaguardia degli interessi dei creditori (che restano altrettanto stakeholders, ma ai quali - negli strumenti in oggetto - si attribuisce una caratterizzazione decisoria)¹³. Proprio quest'ultimo dato pare costituire il punto di partenza di ogni riflessione, nel senso che le scelte che l'imprenditore potrebbe compiere per privilegiare la prospettiva della sostenibilità ambientale, in luogo di quella del soddisfo possibile o migliore dei creditori, sono sottoposte ad un vaglio ulteriore, che prescinde ogni determinazione volitiva dello stesso. Non solo, ma se è risultato (apparentemente) condiviso che il tema della sostenibilità resta legato al "Long termism" (con tutte le implicazioni ad esso connesse), con la conseguenza che i suoi paladini finiscono per demonizzare il "breve periodo", ciò finisce per dar luogo a disequaglianze non solo a discapito di soci ed investitori, ma soprattutto a discapito degli stessi creditori, che sarebbero chiamati a far fronte al costo della sostenibilità ambientale ovvero alla destinazione di attivi e risorse dell'impresa già in crisi al perseguimento di obiettivi diversi, così pregiudicando, a volte in maniera definitiva, il loro diritto di credito (come i tacchini che festeggiano il Natale o il Giorno del Ringraziamento). Vi è, inoltre, che il periodo di riferimento nell'adozione di scelte finalizzate alla sostenibilità ambientale si collocherebbe sul lungo termine, mentre le scelte in ordine alla stessa continuità aziendale nel contesto della disciplina dei diversi strumenti di soluzione della crisi, si caratterizzano per un arco temporale ristretto (ad esempio l'art. 23, comma 1°, lett. a) fa riferimento ad un periodo non inferiore a due anni, mentre l'art. 3, comma 3°, lett. b) richiede all'imprenditore di verificare le prospettive di

¹³ A. NIGRO - D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, Bologna, 2021, 52,

continuità almeno per i dodici mesi) e per quanto riguarda il concordato in continuità diretta al tempo indicato per il risanamento nel piano industriale. Sul tema, in effetti, si manifesterebbe una vera mutazione genetica non solo del diritto societario, ma del diritto della crisi, assegnando all'impresa in crisi compiti e funzioni a volte di competenza esclusiva dello Stato o di enti pubblici, in quella prospettiva di "neo statalizzazione" debole delle imprese, "espropriate di fatto ai loro legittimi proprietari e tramute in mere appendici dello Stato o di enti pubblici, incapaci di provvedere da soli al perseguimento degli scopi pubblici che loro sono attribuiti", con l'aggiunta che tale fenomeno finisce per attingere anche la posizione dei creditori ¹⁴. L'ampliamento del perimetro dei doveri fiduciari degli amministratori, normalmente fatti dipendere dagli obiettivi (anche di ESG) della sostenibilità, non può tradursi in una sollecitazione, che assuma poi i caratteri di imposizione finanche a soggetti esterni all'impresa (i creditori), e neppure potrebbe darsi prevalenza a quegli obiettivi che pure potrebbero essere indicati (con un certo grado di vincolatività per gli amministratori) negli statuti ¹⁵, sì da farli ritenere sovraordinati rispetto agli interessi dei creditori. Ciò, naturalmente, non porta a ritenere che la continuità dell'esercizio di un'impresa in crisi a discapito della sostenibilità ambientale possa restare indifferente, trattandosi, invece, di equilibrare i differenti

¹⁴ Non si tratta solo di una delega al "mercato" di funzioni pubbliche (a cui si riferisce M. STELLA RICHTER jr., *Corporate Sustainability Due Diligence: notarelle semiserie su problemi serissimi*, in *Riv. soc.*, 2022, 721) ma di una vera e propria funzionalizzazione della impresa.

¹⁵ M. CIAN, *Clausole statutarie per la sostenibilità dell'impresa: spazi, limiti e implicazioni*, in *Riv. soc.*, 2021, 475 ss. Il tema è, con altre conclusioni, affrontato anche da T. LINNA, *op. ult. cit.*, 212, secondo la quale, posto che esistono stakeholders secondari tutelati da fonti diverse dallo statuto societario (con riferimento anche ai requisiti ambientali che tutelano il capitale naturale), "quando di solito lo scopo operativo della società non è destinato a favorire gli stakeholders secondari, e quando si producono benefici a vantaggio degli shareholders (stakeholders primari), la società deve rispettare anche i diritti e gli interessi degli stakeholders secondari, come stabilito dalla legge"; di seguito l'A. assume che la sostenibilità imprenditoriale, anche nell'ipotesi di crisi o insolvenza, include: "(a) la performance di sostenibilità economico-finanziaria (ESP) e (b) la sostenibilità non finanziaria di tipo ambientale, sociale, etica e di governance (ESEG)".

interessi ¹⁶. Se la Proposta di Direttiva relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità muove dal presupposto di integrare il dovere di diligenza in tutte le politiche aziendali e predisporre standard dello stesso (v. anche Codici di condotta), non può essere sconosciuto che la realizzazione delle condotte, configuranti adempimenti anche oggettivamente pretendibili (anche se questo risultato pure resta controverso), è attuabile nella fase fisiologica dell'impresa, ma altrettanto (e con la medesima "forza espansiva") non potrebbe ritenersi in una fase di crisi, perché il rapporto dialettico attuativo delle condotte qui si arricchisce dell'interesse di stakeholders di prima istanza. Al più, nel contesto della crisi, un certo comportamento (astrattamente) pretendibile sarebbe richiesto per gli amministratori, ai quali solo compete la scelta dell'accesso agli strumenti di regolazione della crisi, nonché la individuazione (anche "contenutistica") delle soluzioni necessarie per superare gli impatti negativi sull'ambiente, che in astratto potrebbero addirittura importare un blocco delle stesse attività produttive, con conseguenze determinanti sulla continuità aziendale e sugli stessi diritti dei creditori. Il catalogo degli adempimenti richiesti agli amministratori finirebbe per arricchirsi di altri (pericolosi) elementi, quello di non aver adottato misure adeguate - nel contesto degli strumenti prescelti per il superamento della crisi - per prevenire o evitare potenziali impatti della stessa crisi sulla sostenibilità (questione ontologicamente diversa dalla responsabilità per non aver rispettato misure richieste da norme imperative di diritto pubblico). E' evidente che il tema suggerisce la ricerca di una zona di confine tra

¹⁶ D. STANZIONE, *op. ult. cit.*, 51, secondo cui l'ordinamento esclude la necessità di perseguire (almeno, non richiede il perseguimento di) "interessi altri" (o sociali) come fine dell'impresa in sé, e, dall'altra parte, il medesimo ordinamento impone la realizzazione di un'opera di bilanciamento che interessa anche l'impresa insolvente, unicamente in presenza di un "conflitto tra valori", da valutarsi caso per caso.

comportamenti virtuosi suggeriti e prospettati come convenienti e quelli imposti da un *hard law*, di difficile perimetrazione ¹⁷.

E' indubbio che lo sviluppo tecnologico che ha accompagnato negli ultimi decenni l'attività di impresa, ha fatto emergere l'attualità del principio costituzionale della "sicurezza" di cui all'art. 41, comma 2°, ¹⁸, per altro, in qualche modo, facendo retrocedere il dettato di cui al 1° comma, a fronte dell'emergere di altre tutele esterne all'impresa, come la tutela della salute pubblica e dell'ambiente ¹⁹. Nella progressiva abrasione delle caratteristiche fondanti l'attività di impresa ²⁰, il principio della "sostenibilità ambientale" fuoriesce dall'ambito del meccanismo di produzione con riferimento esclusivo ai soggetti che ad esso partecipano (ad esempio, sicurezza dei lavoratori), superando quella concezione in cui la "fabbrica" (intesa nella prospettiva un tempo definita "operaistica") è il *locus* di confluenza di differenti diritti soggettivi, in cui è dato individuare la tutela di "interessi altri" rispetto al capitale e all'iniziativa in sé, per approdare così in uno spazio di più ampi ed indefiniti orizzonti, che coinvolgono interessi collettivi, indeterminati ed indefiniti (come l'iper-oggetto della tutela della sostenibilità ambientale).

¹⁷ Non può essere esaminato in questa sede il passaggio dalla CSR alla ESG, che in una certa prospettiva, sembrerebbe comportare il superamento dell'approccio volontaristico, inteso quale tratto caratteristico della responsabilità sociale dell'impresa.

¹⁸ Sul tema, la letteratura è davvero sterminata, solo per ricordare qualche riflessione, neppure recente e senza alcuna pretesa di essere esauriente: F. SANTONASTASO, *Principio di "precauzione" e responsabilità d'impresa: rischio tecnologico e attività pericolosa "per sua natura". Prime riflessioni su un tema di ricerca*, in *Contr. e impr.*, 2005, 103 ss.; V. BUONOCORE, voce "Impresa (Diritto privato)", in *Enc. dir., Annali*, I, Milano, 2007, 765

¹⁹ A. GRAGNANI, *Il principio di precauzione come modello di tutela dell'ambiente, dell'uomo e delle generazioni future*, in *Riv. dir.civ.*, 2003, I, 9 ss.

²⁰ Non si intende affrontare la valenza di un principio generale di sindacabilità, anche giudiziaria, degli atti di esercizio del potere economico privato, ritenuto idoneo a superare una presunzione di legittimità di ogni atto di esercizio del potere imprenditoriale, da cui discenderebbe il risultato di iperprotezione dell'interesse delle imprese esistenti nei confronti degli stakeholders o di potenziali concorrenti (cfr.: M. LIBERTINI, *Sugli strumenti giuridici di controllo del potere economico*, in *Governance e mercato, Studi in onore di Paolo Montalenti*, I, cit., 61 ss., specie 76-77).

2. Tutela ambientale e responsabilità: profili di diritto proprietario, disponibilità dei siti, conseguenze sui diritti dei creditori

Il tema specifico della tutela ambientale nel diritto della crisi è stato fatto oggetto di riflessioni che si sono sviluppate, in una prima fase, con riferimento alla responsabilità del curatore in ragione dell'adempimento degli obblighi ambientali, e, di seguito, nel rapporto tra tutela dell'ambiente e diritto della impresa in crisi, in termini di imputazione dei costi per il risanamento. E' necessaria, però, una premessa logica: se il principio di precauzione, che è poi quello su cui prende luogo la stessa nozione di "sostenibilità", manifesta tutta la sua valenza in ragione di un'attività, quella di impresa, che è di per sé "rischiosa", si richiede che anche per l'impresa in crisi il problema vada affrontato sulla scorta delle ragioni e delle modalità tipiche dell'attività, restando lo "stato di crisi" o di "insolvenza" un dato assolutamente neutro ²¹. Questo presupposto, costantemente affermato, sia pure con differenti graduazioni, da chi del tema in Italia si è occupato, deve, però, restare oggetto di qualche ulteriore considerazione: il fenomeno della crisi dell'impresa, specie con riferimento al massimo grado dell'insolvenza, coinvolge non tanto e non solo il tema della libera iniziativa economica (in realtà, individuata nella scelta dello strumento risolutivo della crisi e collegabile all'opzione di uscire dal

²¹ Il riferimento resta a quella impostazione che ritiene di escludere un bilanciamento di tutela tra interessi diversi, stante la prevalenza del principio della precauzione (o della sostenibilità) rispetto alla tutela della iniziativa economica, ritenendo che il primo incida sulla programmazione dell'attività di impresa e sulle sue stesse scelte strategiche: V. BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose all'art. 2381 del codice civile*, in *Giur. comm.*, 2006, I, 3 ss.; ID, *Problemi di diritto commerciale*, *ivi*, 2008, I, 26-27; R. COSTI, *Il rischio di ignoto tecnologico*, in AA.VV., *Ignoto tecnologico e rischio di impresa*, Milano, 2002

mercato nel caso di ricorso, in proprio, per la liquidazione giudiziale), quanto quello della tutela dei creditori (in genere, altri imprenditori spesso di piccole dimensioni o marginali), dei lavoratori e dello Stato impositore, insomma un pubblico variegato, niente affatto omogeneo, sì da consentire il richiamo ad un interesse pubblico (che nel contesto del CCII si è attualizzato nella crescente presenza del Pubblico Ministero). Senza considerare l'impatto che lo stesso principio di sostenibilità, nella manifestazione del principio di precauzione, potrebbe avere come fattore scatenante della crisi: si pensi ad un'impresa che non è più in grado di sostenere i costi del necessario ammodernamento degli impianti e adeguarsi a standard produttivi certamente non così dannosi nell'attualità, ma che potrebbero divenirlo nell'evoluzione tecnologica (e non è un caso che proprio su questo terreno viene edificata la nozione di precauzione²²). Si può ritenere che in queste ipotesi è la stessa "inadeguatezza" della struttura aziendale a porre l'impresa fuori dal mercato (in quella prospettiva del difetto di programmazione, che in sé si ritiene caratterizzare anche il fenomeno della insolvenza), ma ciò non elimina di certo la rilevanza da assegnarsi anche ad altri interessi e il fenomeno resta di particolare evidenza nella crisi della grande impresa, laddove, però, i costi dell'adeguamento tecnologico sostenibile sono scaricati sulla collettività. Per quanto riguarda la ricerca sulla "graduazione" delle tutele, deve ricordarsi la problematica della responsabilità del curatore e l'imputazione dei costi necessari per il risanamento. La giurisprudenza del Consiglio di Stato²³, affermando il principio che "ricade sulla curatela fallimentare

²² E' diffusa l'opinione che il principio di precauzione si innesta già nella fase propedeutica ed organizzativa dell'impresa, sì che il fenomeno organizzativo non può prescindere dalla consapevolezza dello stato delle conoscenze tecnico-scientifiche e dei rischi connessi all'esercizio di determinate attività.

²³ Cons. Stato, Adunanza plenaria, 26 gennaio 2021, n. 3, in *Fallimento*, 2021, 615 con note di M. FABIANI e F. PERES, *La posizione del curatore e gli obblighi di ripristino ambientale*.

l'onere di ripristino e di smaltimento dei rifiuti di cui all'art.192 d. lgs. n. 152/2006 e i relativi costi gravano sulla massa fallimentare", ha di fatto arretrato la tutela collettiva del credito rispetto alla prioritaria tutela del risanamento ambientale (a prescindere dalla considerazione che, una volta risanato il sito, ne risulterebbe in qualche modo valorizzata l'appetibilità e il conseguente valore dismissivo). Ciò che assume rilevanza è la circostanza che i rifiuti siano il prodotto di esternalità negativa nella produzione dell'attività di impresa e che, quindi, i costi per il loro smaltimento debbano essere sopportati da chi ha tratto il beneficio economico dell'attività che ne è stata all'origine: pertanto, colui che ha prodotto il rifiuto è pure tenuto allo smaltimento, dunque l'imprenditore o chi ne sia chiamato a gestire il patrimonio ovvero la curatela. Il risultato, però, equivale a trasferire il costo e il rischio dalla collettività ai creditori²⁴, una forma di responsabilità di un'impresa senza imprenditore che ne sopporti il rischio o, meglio, il rischio è sopportato da una collettività ben perimetrata, che subisce il pericolo concreto di non vedersi attribuito neppure il residuo valore del credito a seguito della liquidazione concorsuale²⁵. Se così dovesse configurarsi la

²⁴ La stessa sentenza prevede che, nel caso di insufficienza dell'attivo, sarà il Comune ad intervenire, rivalendosi poi sul passivo con l'insinuazione di un credito che godrà del privilegio previsto dall'art. 253 del Testo Unico Ambiente. Sul tema delle possibili opzioni di rinuncia all'acquisizione e di tutela dei creditori: V. GIORGI, *Rinuncia all'acquisizione e siti contaminati: derelizione dei beni e "abbandono" ... di creditori*, in *Dir. fall.*, 2019, I, 131.

²⁵ In realtà, si tratterebbe di un obbligo ripristinatorio che sarebbe caratterizzato dalla prededucibilità assoluta, anche se una particolare problematica potrebbe presentarsi nel caso di vendita di immobile gravato da ipoteca, i cui oneri di bonifica sono posti a carico della curatela con utilizzo delle sole somme disponibili a seguito della vendita del compendio (nella ricostruzione delle ormai "ingovernabili" categorie delle prededucibilità, delineate su preferenze concesse per le più svariate motivazioni, A. BASSI, *Premesse per uno studio della prededuzione nel codice della crisi e dell'insolvenza*, in corso di pubblicazione nel *Trattato della crisi e dell'insolvenza*, curato da Arato-D'Attorre-Fabiani, Torino, p. 5 dattiloscritto (per cortese anticipazione dell'A.); sul tema, v. però, le riflessioni critiche di V. GIORGI, *op. ult. cit.*, 143-149. M. FABIANI - F. PERES, *op. ult. cit.*, 626, correttamente ritengono che "la radice concorsuale del credito dell'amministrazione risiede nella condotta antiggiuridica posta in essere dal debitore, e, dunque, il credito deve trovare collocazione nel passivo del fallimento, ma come credito concorsuale e non già come credito prededucibile".

problematica in oggetto, si potrebbe considerarla come manifestazione di quella “concorsualità diseguale”²⁶, in cui nella scala gerarchica dei valori, la tutela dell’ambiente viene anteposta a quella dei creditori oppure che creditori assistiti (in relazione alla natura giuridica delle proprie pretese) da tutele più generali e di origine “collettive” finiscono per prevalere (o meno) su altre (ritenute rilevanti). Vi è, però, che questo dibattito, in realtà, si è sviluppato in una prospettiva “proprietaria”, non a caso essendo stato posto al centro della riflessione il rapporto dominicale tra il bene oggetto di bonifica e il curatore oppure la successione di quest’ultimo nella gestione del patrimonio del fallito: in una prospettiva sostanzialmente “statica”, che non ha alcun effetto determinante sulla attività dell’impresa (neppure nel caso dell’esercizio provvisorio ²⁷).

3. La responsabilità sociale dell’impresa e il paradigma della concorsualità

Il terreno di rilevante interesse resta l’impatto che il tema della sostenibilità ambientale ha avuto nella materia della crisi, basti pensare alle vicende che hanno interessato le amministrazioni straordinarie delle grandi imprese in crisi, laddove l’obiettivo generale dello sviluppo sostenibile, inteso quale tendenziale eliminazione delle esternalità negative ²⁸, è venuto all’attenzione degli studiosi, in un contesto nel quale la c.d. sostenibilità interna, sostanzialmente coincidente con la stabilità economica, patrimoniale e finanziaria, è già venuta meno o significativamente compromessa. Se è vero che gli strumenti di risoluzione della crisi non risultano in quanto tali incompatibili con l’obbligo generale di cui all’art. 3-quater del Codice dell’Ambiente, secondo cui “ogni attività umana giuridicamente rilevante

²⁶ M. FABIANI, *Il diritto diseguale nella concorsualità concordataria post moderna*, in *Fallimento*, 2022, 1485 ss.

²⁷ Uno spazio potrebbe individuarsi laddove la continuazione dell’impresa dipenda dalla necessità di interrompere cicli produttivi, che, se non adeguatamente “governati” o gestiti in continuità, potrebbero arrecare grave danno all’ambiente, in tal caso, le ragioni di prevalente interesse pubblico dovrebbero prevalere su quelle dei creditori, tradotto nel principio di un non aggravio dell’esercizio provvisorio sulla massa.

²⁸ F. D’ALESSANDRO, *Il mantello di San Martino*, cit., 427 ss.

ai sensi del presente Codice deve conformarsi al principio dello sviluppo sostenibile, al fine di garantire che il soddisfacimento dei bisogni delle generazioni attuali non possa compromettere la qualità della vita e le possibilità delle future generazioni”; è altrettanto vero che la finalità degli strumenti in oggetto resta quella di superare la crisi, nella duplice prospettiva della continuità aziendale e della migliore tutela dei creditori ²⁹.

In questa sede, posto che la normativa della crisi e dell’insolvenza è ormai considerata come la disciplina di una fase o di un momento particolare dell’impresa, non si intende disconoscere il quadro dei valori operanti in condizioni di normale esercizio che anche nella crisi dell’impresa può essere evocato ³⁰, quanto, piuttosto, verificare se, anche in questo contesto, l’obiettivo della sostenibilità corra il rischio di “una certa vaghezza contenutistica” o di “furore abrasivo di altre posizioni giuridiche tutelate”, sì da trasformarsi solo in uno slogan, oppure, diversamente, se allo stesso possa attribuirsi, e con quale gradualità o intensità, una certa funzione. E’ evidente che il presupposto di questa valutazione è che gli interessi coinvolti nelle procedure di superamento della crisi non possono più ritenersi limitati a quelli dei soli creditori ³¹, specie allorquando questi interferiscono con interessi diversi ed eterogenei (l’interesse dei lavoratori, all’integrità dei complessi produttivi, alla stabilità del mercato, ecc.). Non si intende in alcun modo svolgere considerazioni

²⁹ Del resto, a proposito dei proposti obblighi rinvenienti nelle riforme unionali, in tema di *due diligence* sociale e ambientale ed obblighi di adozione di politiche di sostenibilità, già è stato detto che le norme non imporrebbero alla società per azioni di includere una politica di sostenibilità nella propria strategia aziendale, così da modificare realmente gli obblighi di condotta imposti agli amministratori nell’esercizio dell’attività di impresa (E. BARCELONA, *La sustainable corporate governance nelle proposte di riforma del diritto europeo: a proposito dei limiti strutturali del c.d. stakeholderism*, in *Governance e mercati, Studi in onore di Paolo Montalenti*, I, cit., specie 119-122; pure M. STELLA RICHTER jr., *op. ult. cit.*, 717-718; sul tema, anche: U. TOMBARI, *La Proposta di Direttiva sulla Corporate Due Diligence e sulla Corporate Accountability: prove (incerte) di un “capitalismo sostenibile”*, in *Riv. soc.* 2021, 375 ss.

³⁰ G. D’ATTORRE, *Sostenibilità e responsabilità sociale nella crisi d’impresa*, in www.dirittodellacrisi.it, 13.4.2021, secondo il quale: “è inevitabile che la spinta ad una maggiore responsabilità delle imprese nella riduzione degli impatti negativi della loro attività sul contesto ambientale e sociale, si rifletta anche nella disciplina della crisi e dell’insolvenza”.

³¹ Sul tema: G. D’ATTORRE, *La responsabilità sociale dell’impresa insolvente*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 60 ss.; per una sintesi del dibattito sulle funzioni delle procedure concorsuali, anche: A. JORIO, *Introduzione*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da Jorio e Sassani, I, Milano, 2014, 30 ss.; di recente per un approfondito esame: D. LENZI, *I doveri dei creditori nella crisi d’impresa*, Milano, 2022, *passim*.

più approfondite sul tema, ma se dovesse concludersi che “gli interessi altri” restino comunque (semplicemente) subordinati “agli interessi dei creditori”, non sarebbe necessaria alcuna ulteriore indagine.

Il quadro, però, si presenta alquanto incerto. Se si esaminano, ad esempio, le norme sull’affitto di azienda nella liquidazione giudiziale³², ai sensi dell’art. 212, 2° comma, CCII, a mente del quale la scelta dell’affittuario “*deve tener conto, oltre che dell’ammontare del canone offerto, delle garanzie prestate e dell’attendibilità del piano di prosecuzione delle attività imprenditoriali, avuto riguardo alla conservazione dei livelli occupazionali*”, pare rilevante considerare che la *ratio* della norma è nella liquidazione giudiziale quella di tutelare in prevalenza l’interesse dei creditori (ammontare del canone, garanzie prestate finalizzate all’esatto adempimento nella corresponsione del canone, prosecuzione dell’attività come funzionale ad impedire la diminuzione del valore dell’azienda). Se si esamina, nel contesto della procedura concorsuale in oggetto, l’espressione “*attendibilità del piano di prosecuzione delle attività imprenditoriali*”, come strettamente collegata alla “*conservazione dei livelli occupazionali*”, emerge che non è possibile intravedere spazio per l’ulteriore requisito della sostenibilità ambientale, essa, al più, ponendosi “*a monte*”, cioè in relazione agli stessi presupposti della continuazione dell’attività dell’impresa, che resta criterio guida nella stessa deliberazione degli organi in ordine all’affitto, con la conseguenza che una volta scelto questo strumento, nella valutazione delle offerte (nel contesto di una contendibilità che deve essere assistita dalla certezza e specificità degli elementi valutativi) i criteri restano solo quelli indicati dalla norma. Invero, l’art. 212 CCII consente di “*selezionare*” anche “*tra gli interessi altri*”, quelli che sono assistiti da una certa tutela (o degni di considerazione), ed il riferimento resta quello dei lavoratori, i quali comunque quali stakeholders sono titolari di un’aspettativa connessa alla tendenziale

³² Invero, il catalogo delle norme alle quali potrebbe farsi riferimento, si legge in G. D’ATTORRE, *La responsabilità sociale dell’impresa insolvente*, cit, 66 ss. Il tema è stato oggetto in dottrina di più approfondite riflessioni, che non possono essere ripetute in questa sede, ma per tutti G. MEO, *Ristrutturazione mediante circolazione dell’azienda e modelli competitivi*, in *Giur. comm.*, 2019, I, 466, secondo il quale “l’interesse cui la liquidazione è servente è quello dei creditori al massimo riparto, e tuttavia ogni volta che il bene oggetto di cessione sia un’azienda, i profili concernenti la continuazione dell’attività non sono privi di rilevanza”. Si tratta di osservazioni incontestabili, ma il profilo non è solo quello della “continuazione dell’attività”, in genere delineata sull’interesse dei lavoratori o della prosecuzione dell’impresa specie nel settore dei servizi pubblici, ma quello che qui interessa della tutela dell’ambiente nella sostenibilità.

conservazione dei livelli occupazionali, mentre altri “interessi” più generali ed indistinti (quali la sostenibilità ambientale) restano sullo sfondo. Vi è, allora, che la stessa nozione di “sostenibilità” finisce per frammentarsi, e ad ogni frammento o segmento corrisponde in astratto “una posizione tutelabile” attribuita a soggetti tra loro portatori di interessi diversificati (se non contrapposti): la posizione dei lavoratori resta diversa dalla tutela della sostenibilità ambientale, come affidata non già a norme di ordine pubblico che riguardano l’esercizio dell’attività in sé, ma astrattamente attribuita a soggetti collettivi che della stessa si fanno portatori³³. In sostanza, si tratta di soppesare la differenza tra la sostenibilità come riferibile alla conservazione dei posti di lavoro e la sostenibilità ambientale, avendo cura di precisare che mentre la prima potrebbe assurgere a livello residuale o integrativo nella selezione delle offerte in tema di affitto ovvero da utilizzarsi solo ed esclusivamente nel caso di parità delle altre condizioni indicate dalla legge³⁴, la seconda finirebbe per porsi come elemento determinante per la stessa prosecuzione dell’attività di impresa e finanche come criterio rilevante per il possibile abbandono di beni che necessitano di costosi interventi per il recupero ambientale

³³ Se pure dovesse ammettersi che l’evoluzione legislativa si ravvisi una comunanza di prospettive, riconducibili in particolare alla riconosciuta rilevanza non solo dell’interesse dei creditori ma anche di quello del sistema economico nel suo complesso (e quindi degli stakeholders) (D. STANZIONE, *op. ult. cit.*, 120 ss.), resterebbe in ogni caso rilevante “selezionare” questi interessi, non ponendoli tutti sul medesimo piano di tutela.

³⁴ A. NIGRO - D. VATTERMOLI, *op.ult.cit.*, 287, laddove si rileva che “la tutela dei posti di lavoro non è un fine perseguito (e perseguibile) attraverso le procedure concorsuali e la liquidazione giudiziale in particolare. Il fine della procedura (...) è la massima soddisfazione possibile dei creditori concorrenti, nel rispetto della *par condicio*”, che, in quanto tale, non può non riflettersi anche sui singoli istituti all’interno del concorso. In altra prospettiva, si ritiene che il riferimento alla conservazione dei livelli occupazionali si presenti come coerente e non distonico con l’obiettivo della massima soddisfazione dei creditori: “poiché l’affitto è strumentale alla conservazione del complesso aziendale in vista della successiva vendita, il richiamo alla attendibilità del piano alla prosecuzione dell’attività e alla conservazione dei livelli occupazionali si spiegherebbe in ragione della volontà di evitare che l’affitto possa determinare un pregiudizio all’integrità dell’azienda e, quindi, una riduzione del suo valore in fase di liquidazione” (G. D’ATTORRE, *La responsabilità sociale dell’impresa insolvente, cit.*, 70; ma pure, F. FIMMANO’, *L’affitto endofallimentare dell’azienda*, in *Dir. fall.*, 2007, I, 437 ss.; ID., *La gestione dell’impresa nell’ambito del fallimento*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da Jorio - Sassani, III, Milano, 2016, 200, secondo cui nell’ambito del fallimento l’impresa, intesa come attività economica dell’imprenditore fallito, può essere continuata dal curatore non per risanarla ma per mantenere in vita quell’organizzazione di beni e di persone che ne costituiscono lo strumento).

³⁵ (in ciò manifestando una certa sovrapposizione tra esigenza “riallocativa” e “sostenibilità” in senso ampio). Invero, anche a quest’ultimo requisito può darsi rilievo laddove l’esercizio dell’impresa debba svolgersi in coerenza con norme pubbliche (vincolanti e imperative), ma non potrebbe evocarsi nel contesto di una mera (futura) funzionalizzazione dell’attività, come indirizzata alla sostenibilità ambientale. Vi è, cioè, che il requisito della sostenibilità ambientale resta estraneo alla valutazione degli organi concorsuali nella scelta dell’affittuario, collocandosi, invece, sul diverso piano dell’esercizio dell’impresa svolta dall’affittuario, cioè in un contesto operativo solo ed esclusivamente a quest’ultimo affidato, pur precisando che in ogni caso l’obbligo di adozione di politiche di sostenibilità non avrebbero effetto determinante per modificare gli obblighi di condotta (futuri) dello stesso imprenditore affittuario. Il tentativo perseguito, nel contesto della liquidazione giudiziaria, di attribuire rilevanza alla sostenibilità (qui ambientale) si è sostanzialmente indirizzato all’affermazione del principio connesso al giudizio di comparazione tra interessi costituzionalmente garantiti, da svolgersi secondo “ragionevolezza”³⁶, ciò traducendosi in un “criterio

³⁵ In tal caso, l’interesse dei creditori precluderebbe l’attività dei curatori laddove i costi per il recupero ambientale fossero superiori ai risultati della liquidazione. Sul tema, v. la diversa opinione di V. GIORGI, *op. ult. cit.*, 141-142, secondo il quale l’“abbandono” non troverebbe fondamento in nessuna delle norme fallimentari.

³⁶ Il riferimento è a Corte Cost., 23 marzo 2018, n. 58, in *Foro it.*, 2018, I, 1073, con nota di R. ROMBOLI, che nel giudicare della legittimità costituzionale dei cc.dd. Decreti ILVA, rimarca l’imprescindibilità di un ragionevole ed equilibrato bilanciamento dei valori costituzionali in gioco (prosecuzione dell’attività di impresa e diritto alla salute e alla tutela dell’ambiente), secondo “criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, in modo tale da non consentire né la prevalenza assoluta di uno dei valori coinvolti, né il sacrificio totale di alcuno di loro, in modo che sia sempre garantita una tutela unitaria, sistematica e non frammentaria di tutti gli interessi costituzionali implicati”. L. CASSETTI, *Riformare l’art. 41 della Costituzione: alla ricerca di “nuovi” equilibri tra iniziativa economica privata e ambiente ?*, in *federalismi.it*, 2022, fasc. 4, 197 ss.. In questa sede non può darsi conto dell’evoluzione che la tematica ha conosciuto nella giurisprudenza della Corte Costituzionale, in particolare a partire da Corte Cost., 30 luglio 1993, n. 365, in *Riv. giur. ambiente*, 1994, 253, con nota di CECCHETTI, *Rilevanza costituzionale dell’ambiente e argomentazioni della Corte, sui limiti che il diritto che il diritto al lavoro e all’attività d’impresa conoscono in ragione della tutela dell’ambiente e della salute*; per giungere a Corte Cost., 9 aprile 2013, n. 85, in *Giur. cost.*, 2013, 1494, con nota di V. ONIDA, *Un conflitto fra poteri sotto la veste di questione di costituzionalità: amministrazione e giurisdizione per la tutela dell’ambiente*; in *Corr. Giur.*, 2013, 1041, con nota di U. SALANITRO, *Il decreto ILVA tra tutela della salute e salvaguardia dell’occupazione: riflessioni a margine della sentenza della Corte Costituzionale*. Il tema del bilanciamento di interessi tra valore ambientale e salvaguardia della salute dei lavoratori e delle popolazioni residenti con l’interesse dell’impresa e all’iniziativa economica privata, è stata oggetto, anche non di recente, di analisi: U. SALANITRO, *Tutela dell’ambiente e strumenti di diritto*

giuridicamente rilevante che diventa canone di comportamento a cui gli organi della procedura si devono attenere nella liquidazione dell'attivo"³⁷. Il principio che ne discende si radica nel riconoscimento che l'interesse dei creditori, quale obiettivo principale della procedura di liquidazione giudiziale, deve contemperarsi con altri interessi di pari rilevanza costituzionale e che, di conseguenza, le concrete modalità di liquidazione dell'attivo, per quanto tendenzialmente modellate sul fine del miglior soddisfacimento dei creditori, non possono sempre prescindere dalla ponderazione di questi interessi³⁸. Il risultato, per quanto apprezzabile nell'intento, soffre, però, di una sostanziale aporia argomentativa, posto che se da un lato il criterio di "selezione/preferenza" degli interessi può essere attribuito, in alcune ipotesi, alle valutazioni dell'autorità giudiziaria, esso finisce per smarrire la carica precettiva laddove, richiamando il canone generale della buona fede e della correttezza, giunge ad affermare il divieto di abusare del proprio diritto di credito e dei diritti ad esso strumentali, in tal modo "funzionalizzando" le valutazioni dello stesso comitato dei creditori ad una certa mitigazione, se non abdicazione, dei diritti riconosciuti ai creditori (e, dunque, della stessa prevalente esigenza di una loro tutela, che spiega l'attribuzione di determinate "materie", per altro, in alcune ipotesi non secondarie e con effetti vincolanti, al comitato dei creditori)³⁹. In questa

privato, in *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, a cura di Maugeri e Zoppini, Bologna, 2009, 381 ss.

³⁷ G. D'ATTORRE, *op. ult. cit.*, 8; ID., *La responsabilità sociale dell'impresa insolvente*, cit., 66, secondo il quale "è nell'effettivo svolgersi della procedura e nelle scelte che gli organi sono chiamati ad assumere che si manifestano i conflitti dell'interesse dei creditori con gli interessi-altri e che, soprattutto, può addensarsi il significato della formula "soddisfacimento dei creditori", che viene identificata come la funzione propria e tipica della procedura di fallimento/liquidazione giudiziale"; in ciò ritenendo (73) che se il riferimento alla "migliore soddisfazione possibile" dei creditori è dato normativo pacifico, altrettanto non lo è per "la massima soddisfazione possibile", laddove nella fase di liquidazione dell'attivo si rinvengono indici normativi neutri (come per la scelta dell'affittuario, limiti all'esercizio provvisorio dell'impresa) o addirittura contrari (come in tema di contratti pubblici, di contratti di lavoro e di contratti preliminari di immobili abitativi). Sul tema, ripetendo le indicazioni di cui innanzi: D. STANZIONE, *op. ult. cit.*, 147 ss., 169 ss.

³⁸ G. D'ATTORRE, *op. ult. cit.*, 74

³⁹ G. D'ATTORRE, *op. ult. cit.*, 88 e 90, laddove, con un implicito rinvio a costruzioni solidaristiche che possono trovare spazio nella contrattazione, afferma che: "se la tutela esclusiva del proprio interesse risulta eccedente, nella complessiva valutazione comparativa con gli altri interessi coinvolti, l'esercizio del diritto non è legittimo ed incontra dei limiti, variamente individuati in ragione delle peculiari fattispecie e tipologie di diritti".

prospettiva, laddove il comitato dei creditori dovesse assumere una decisione in contrasto con il canone di buona fede e correttezza - come finalizzato alla tutela di "interessi-altri" ovvero di non creditori - si ritiene utilizzabile lo strumento del reclamo ex art. 141. Ora, a parte il rilievo più generale che imporrebbe di perimetrare la legittimazione di "ogni altro interessato" (che non può certo configurare una forma di *legitimatio ad populum*), resterebbe da spiegare come possa configurarsi "la violazione di legge", che, in assenza di chiari indici normativi vincolanti (almeno per quanto riguarda la sostenibilità ambientale), non potrebbe evocarsi in relazione a generiche norme di condotta, le quali, al più, sono idonee ad incidere nel "merito" della decisione (del resto, vengono evocate regole di "ponderazione" degli interessi), ma non immediatamente configuranti una contrarietà *ex lege* della stessa.

Inoltre, l'argomento resta attinto da un'ulteriore criticità: se, sia pure in un contesto normativo assai variegato ⁴⁰, si registra la convergenza di tutti i sistemi verso una soluzione per la quale la cura degli interessi degli stakeholders rientra nella discrezionalità gestionale degli amministratori, sì che non si riconoscono azioni dirette per fare attuare questa opzione, non si spiega perché i creditori (pur attribuendo agli stessi la qualità di "soci") debbano dar luogo a scelte di sostenibilità ambientale in pregiudizio del "diritto" satisfattorio in senso lato. Di ciò si avvede la stessa opinione innanzi esposta, che, proprio per superare l'antinomia insita nella realizzazione in concreto degli interessi creditori, assume la necessità di una qualche equilibrio tra diversi interessi, che resta, però, scelta discrezionale e non sindacabile, quand'anche attribuita al comitato dei creditori ⁴¹.

Se dovesse muoversi da una prospettiva di "politeismo dei valori", in assenza di una gerarchia di "valori" predefinita, si finirebbe per offrire

⁴⁰ Del quale offre ampio resoconto con riferimento ad altri ordinamenti: G. B. PORTALE, *La Corporate Social Responsibility alla ricerca di effettività*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2022, I, 947 ss.

⁴¹ Cfr: T. LINNA, *op. ult. cit.*, 215, secondo la quale "con la cessazione delle operazioni societarie gli elementi di ESEG esistenti andranno persi, ovvero perderanno ogni utilità in assenza di prospettive di ESP"; rilevando, nel contempo, che "la situazione è diversa quando la massa fallimentare vende gli assets di una società qualificata in una prospettiva di continuità aziendale (going concern) (...), in tal senso "lo scopo operativo originario della società può continuare nelle mani della nuova società proprietaria", sì che è possibile che "gli elementi ESEG giochino un ruolo importante, ad esempio, i lavoratori altamente qualificati o un marchio noto del settore verde possono essere fattori importanti per la vendita della società" (rectius, dell'azienda).

pari dignità al criterio del miglior soddisfo dei creditori e alla tutela del “bene” (nelle sue varie declinazioni ontologiche) di altri soggetti, con ciò imponendo una distribuzione asimmetrica della “ricchezza”, a danno proprio dei creditori, finanche nella prospettiva “proprietaria” loro riconosciuta. Del resto, se pure volesse attribuirsi un qualche rilievo a “principi non espressi” (perché rinvenuti nell’ordito delle stesse norme costituzionali), dovrebbe poi adeguatamente spiegarsi il perché detti principi dovrebbero prevalere su “principi espressi” (tra i quali, va collocato proprio il “*miglior soddisfo dei creditori*”⁴², di particolare rilievo proprio nella liquidazione giudiziale, nonché, sia pure con diverse graduazioni, nel concordato preventivo).

Più coerente con le finalità della liquidazione giudiziale, mi pare il diverso argomento, secondo il quale la procedura liquidativa, innestata su una situazione di insolvenza irreversibile, resta proiettata tassativamente al soddisfacimento dei creditori, non lasciando così spazio ad una apertura per un possibile suo utilizzo in chiave di sostenibilità economica e sociale⁴³, con ciò prendendo in qualche modo atto della possibilità di non “piegare” le finalità proprie dell’esecuzione collettiva a “interessi-altri”, se non nel caso in cui sia la stessa legge a richiedere una certa comparazione tra il soddisfo dei creditori ed altri interessi.

Il campo sul quale si sviluppano queste riflessioni induce ad ulteriori considerazioni. In effetti, mentre, da una parte, si nega che la tutela di “interessi-altri” (nella specie, quello della sostenibilità ambientale) possa compiutamente svilupparsi nel contesto della liquidazione giudiziale, ritenendo, invece, che il terreno elettivo per una

⁴² Neppure appare dirimente l’opzione in favore di un’accezione meramente “qualitativa” del criterio di soddisfacimento dei creditori, superando quella quantitativa (nell’alternativa tra “migliore” o “massimo soddisfacimento”), sì da ritenere che il minimo comune denominatore continuerebbe a risiedere nel più consistente valore che sia possibile attribuire ai creditori attraverso la procedura, sia esso risultante da un riscontro immediatamente e strettamente pecuniario (quale massimo profitto possibile) ovvero determinato da scelte gestorie in grado di generare valore (quindi, il miglior profitto) nel lungo periodo (D. STANZIONE, *op. ult. cit.*, 169-170). Si tratta, però, di soppesare la circostanza che nella crisi, e ancor più nell’insolvenza, il “credito” ha smarrito il suo “dato” quantitativo, e forse anche quello “qualitativo” (imposto da una certa conformazione “ideologica” del tema) che ai creditori non interessa affatto, restando determinante “il tempo” del soddisfo (M. SANDULLI, *Il tempo è danaro (anche nelle procedure concorsuali)*, in *Società, banche e crisi d’impresa, Liber amicorum Pietro Abbadessa*, III, Milano, 2014, 2761 ss.).

⁴³ S. PACCHI, *La gestione sostenibile della crisi d’impresa*, in *Quaderni di Ristrutturazione Aziendale*, fasc. 4/2022, 9

applicazione “utile”, anche ai fini della sostenibilità, sia quello degli strumenti negoziali di soluzione della crisi per la continuità aziendale (nelle loro diverse configurazioni)⁴⁴; dall’altra, proprio per quanto riguarda il concordato preventivo, si assume la difficoltà di sostenere in via interpretativa che sia giuridicamente possibile imporre una soddisfazione subottimale dei creditori per ridurre l’impatto sociale o ambientale dell’attività di impresa, posto che questa scelta è rimessa al voto proprio dei creditori ⁴⁵.

⁴⁴ S. PACCHI, *op. ult. cit.*, 10; anche T. LINNA, *op. ult. cit.*, 217, secondo la quale, in tal caso, “l’obiettivo della ristrutturazione non è solo quello di soddisfare i creditori, ma anche di recuperare l’operatività della società debitrice nel lungo periodo. Al termine del piano di ristrutturazione, la società torna a svolgere la propria attività ordinaria” (...). In tal caso, “una domanda essenziale è quale ruolo giochino gli elementi di sostenibilità non finanziaria di tipo ambientale, sociale, etica e di governance (ESEG) nella ristrutturazione dal punto di vista delle finalità operative della società”; in tal modo concludendo che “se gli elementi di ESEG sono obbligatori, non c’è modo di evitare questi costi nelle procedure di ristrutturazione”.

⁴⁵ G. D’ATTORRE, *Sostenibilità e responsabilità sociale nella crisi d’impresa, cit.*, , pur se anche per il voto dei creditori nel concordato preventivo sono emerse esigenze di scrutinio secondo il principio di buona fede e correttezza, nella prospettiva di impedire l’insorgere di possibili conflitti di interesse (in una prospettiva ancora più intensa di quanto potrebbe evocarsi nel contesto della liquidazione giudiziale). Sul tema, anche D. LENZI, *op. ult. cit.*, 105 ss., secondo la quale “il creditore resta sì in una posizione di vantaggio, da cui discende la fondamentale discrezionalità dello stesso di tenere la condotta che meglio risponde al proprio interesse, ma l’esercizio di questo potere non è assoluto e incontra un limite – oltre che nel titolo fonte del diritto di credito, che spesso determina anche le sue modalità di esercizio – nel dovere generale di comportarsi secondo buona fede e correttezza, come oggi interpretato alla luce del principio solidaristico di cui all’art. 2 Cost.”. Invero, però, il compendio dei comportamenti non ritenuti conformi ai suddetti principi (in una prospettiva di “proporzionalità” e “giustificazione” della pretesa) non comprende né lo potrebbe, se non con evidente forzatura in chiave ideologica (quale resta la prospettiva di una correttezza anche nei confronti di “terzi” finanche non creditori), involgere anche l’obbligo di cooperazione per la sostenibilità ambientale dell’impresa. Non pare neppure decisiva l’osservazione di T. LINNA, *op. ult. cit.*, 217-218, secondo la quale se si considerano gli investimenti volontari di ESEG per la sostenibilità durante il piano di ristrutturazione, qualora questi promuovano la redditività nel contesto temporale del piano e sostengono l’ESP, di per sé ciò varrebbe a realizzare lo scopo stesso della ristrutturazione sia in termini di risanamento (recovery) che di rimborso per i creditori (repayments). Pare, però, che l’assunto di una situazione ottimale (che si staglia in un divenire più “teorico” che effettivo), possa comportare addirittura un obbligo di conformazione dei creditori alla scelta del debitore. Situazione ancora più evidente nel caso in cui gli investimenti volontari di ESP sono giustificati solo dopo la fine del periodo di ristrutturazione, perché qui gli investimenti ESEG finiscono per gravare sul soddisfacimento dei creditori nel contesto anche temporale del piano di ristrutturazione senza alcuna effettiva compensazione, in questa ipotesi ogni soluzione dovrebbe confrontarsi necessariamente con la prospettiva di assicurare ai creditori una percentuale di soddisfo superiore a quella risultante dalla mera liquidazione.

La contrapposizione pare in qualche modo apparente, la prima opzione interpretativa fa leva sulle "finalità" o sugli "scopi" complessivi delle procedure liquidative e degli strumenti negoziali, sì da farne discendere una diversità ontologica delle fasi dell'impresa nell'una e nell'altra delle ipotesi considerate; la seconda accede ad una valutazione sostanzialmente conformata in relazione ai "soggetti" che, per così dire, governano le predette diverse procedure, sì da ritenere normale che gli organi della procedura liquidatoria (in particolare, il Giudice delegato o il Tribunale) conservino uno spazio per valutare – secondo il principio della "ragionevolezza" – interessi diversi da quelli dei creditori, mentre nel concordato preventivo e nell'accordo di ristrutturazione dei debiti la valutazione di comparazione o di bilanciamento degli interessi risulterebbe ristretta nel suo perimetro applicativo, in ragione del fatto che la valutazione economica è rimessa esclusivamente ai creditori.

L'uno e l'altro argomento conservano profili di fondatezza, che, però, devono restare oggetto di "sistemazione" in un diverso contesto valutativo. Se la dottrina e la giurisprudenza sono da tempo pervenuti al risultato che le procedure o gli strumenti di soluzione della crisi o dell'insolvenza non possono ritenersi finalizzati esclusivamente all'interesse dei creditori, è pur vero che nelle procedure liquidative l'impresa conserva in sé un "valore", ma l'ottica dismissiva del compendio aziendale si presenta come elemento prevalente (ciò che rileva non è tanto la continuità in sé dell'impresa decotta, quanto la dismissione unitaria del compendio, e ciò a conferma che nella vendita – e finanche nell'affitto – dell'azienda non vi è spazio diverso dall'efficienza allocativa). Invero, la liquidazione giudiziale è corredata come strumento per valorizzare il patrimonio aziendale del quale il curatore è chiamato a soppesare la (residua) potenzialità, ma la scelta di non procedere ad una vendita atomistica, resta pur sempre subordinata alla migliore soddisfazione dei creditori. Il presupposto della ristrutturazione, invece, è che l'impresa possa tornare ad essere fonte di produttività con vantaggio dei creditori e degli stakeholders, e lo scopo si individua nel mantenimento delle attività che presentino un potenziale di redditività, sì che "la ristrutturazione è un procedimento funzionale alla sostenibilità, ma solo fino al punto in cui promuove lo scopo della ristrutturazione"⁴⁶. Ne discende che il piano di riorganizzazione viene esaminato con una triplice lente: se sia utile

⁴⁶ S. PACCHI, *op. ult. cit.*, 18-19

conservare quell'impresa per i creditori (ovvero quanto incide il costo della continuità sull'interesse dei creditori), se sia utile per il mercato (con riferimento alla specifica tipologia di produzione), se sia utile per gli stakeholders (se qualificati), non potendo ammettersi una "collettività indistinta e disomogenea di "soggetti interessati al risanamento". Può, quindi, evocarsi una gestione sostenibile della crisi, dal punto di vista economico, in quanto permetta all'impresa di riacquistare e mantenere la capacità di produrre reddito e lavoro in maniera duratura; nonché dal punto di vista sociale quando lo strumento garantisca un'equa distribuzione del costo della crisi e del risanamento e, quindi, dei conseguenti benefici su tutti coloro che si incontrano nell'ambito dell'impresa, e, in questa ipotesi, anche dal punto di vista della sostenibilità ambientale. Ma questa affermazione, che potrebbe avere qualche prospettiva *de jure condendo*, va misurata sulle norme esistenti, evitando pericolose fughe in avanti, in ossequio al pensiero egemonizzante di cui innanzi si è detto. In sostanza, alla società debitrice è consentito utilizzare, in una prospettiva di lungo termine, l'eventuale eccedenza per investimenti nel settore ambientale, solo se la finalità soddisfattoria dei creditori può ritenersi compiutamente realizzata.

4. La sostenibilità ambientale nella liquidazione giudiziale

Così delineato il contesto in cui si è sviluppato il dibattito sulla sostenibilità nella crisi dell'impresa, vanno designati i confini entro cui lo stesso può svolgersi. Se si fa riferimento alla Direttiva UE 2019/1023, può riscontrarsi la prevalenza della sostenibilità economica, così l'art. 8 comma 1° lett. h) in relazione al contenuto del piano di ristrutturazione, laddove si richiede una "*dichiarazione circa i motivi per cui il piano di ristrutturazione ha prospettive ragionevoli di impedire l'insolvenza del debitore e di garantire la sostenibilità economica dell'impresa, comprese le necessarie condizioni preliminari per il successo del piano*"; e nel contesto di altre posizioni interessate ai piani di ristrutturazione emerge la individuazione di "interessi altri" rispetto ai tradizionali interessi dei creditori, così come per le tutele informative dei lavoratori (art. 13). Del resto, lo stesso art. 4.3, prevede che "*Gli Stati membri possono mantenere o introdurre una verifica di sostenibilità economica a norma del diritto nazionale, purché tale verifica abbia la finalità di escludere il debitore che non ha prospettive di sostenibilità*

economica e possa essere effettuata senza pregiudicare gli attivi del debitore" (dunque, con riferimento alla sola "sostenibilità economica", non prevedendo la sostenibilità ambientale). Invero, anche nei *considerando*, come nel n. 10, viene confermato che "tutte le operazioni di ristrutturazione, in particolare quelle di grandi dimensioni che generano un impatto significativo, dovrebbero basarsi su un dialogo con i portatori di interessi, tale dialogo dovrebbe riguardare la scelta delle misure previste in relazione agli obiettivi dell'operazione di ristrutturazione, come pure sulle opzioni alternative, e dovrebbero garantire l'adeguata partecipazione dei rappresentanti dei lavoratori come previsto dal diritto dell'Unione e nazionale". Non è dato, però, nella selezione degli "interessi delle parti", con riferimento alla individuazione della tutela degli stakeholders, rinvenire alcun elemento riferibile alla sostenibilità ambientale, che in quanto tale resta estranea alle prospettive della Direttiva (se mai affidata ad altre indicazioni normative anche unionali, dovendo poi, però, scrutinarsi se queste siano immediatamente applicabili anche nel contesto della crisi dell'impresa, fermo il richiamo di norme imperative). Per quanto riguarda il Codice della crisi e dell'insolvenza, invece, una norma di particolare rilievo sul tema, si rinviene nell'art. 87, comma 1°, lett. f), a mente della quale il piano deve contenere: "ove sia prevista la prosecuzione dell'attività d'impresa in forma diretta, l'analitica individuazione dei costi e dei ricavi attesi, del fabbisogno finanziario e delle relative modalità di copertura, tenendo conto anche dei costi necessari per assicurare il rispetto della normativa in materia di sicurezza del lavoro e di tutela dell'ambiente". La norma, sia nell'ipotesi di continuità diretta che indiretta, espressamente richiede la indicazione dei costi necessari per la tutela dell'ambiente, dando così (apparente) rilievo alla questione della sostenibilità come connessa all'esito della ristrutturazione, assumendo che la stessa non possa realizzarsi prescindendone. La norma, menzionando "i costi", sembra far riferimento alle conseguenze cui l'impresa resterebbe esposta in caso di non ancora accertate responsabilità ambientali in ragione dello svolgimento di attività "pericolose", potendo le eventuali sanzioni compromettere il piano concordatario e le stesse prospettive di ristrutturazione (resterebbero, invece, escluse le sanzioni già irrogate prima dell'accesso alla procedura, che sarebbero trattate come "debiti concordatari", perché antecedenti ed attratti dalla regola dell'art. 117) ovvero ai costi necessari per adeguare gli impianti a norme di legge. Da ciò si ricaverebbe non solo l'esigibilità di un comportamento

richiedibile agli organi gestori, finalizzato alla creazione dei migliori preventivi presidi possibili a fronte di dette attività "pericolose", ma, soprattutto per quello che qui riguarda, la indicazione nel piano concordatario dei costi connessi alle migliori tecniche disponibili, così consentendo ai creditori e al tribunale di valutare la soglia del rischio accettabile (sia in termini di minor realizzo dei crediti nell'ambito concordatario, sia in ragione di eventi sopravvenuti che potrebbero compromettere l'esito della ristrutturazione, anche in termini di continuazione dell'attività dell'impresa).

Si tratta di un elemento che contraddistingue il piano industriale in continuità aziendale, e che può essere oggetto di opportuna valutazione sia nella fase ammissiva (in relazione alla quale, però, resterebbe prevalente l'art. 47, comma 1°, lett. b), a mente del quale la domanda di accesso al concordato in continuità aziendale è inammissibile solo se il piano è manifestamente inidoneo alla soddisfazione dei creditori e alla conservazione dei valori aziendali ⁴⁷⁾ che, in maniera più determinante, nella successiva omologazione, in una prospettiva che parrebbe prescindere dalla realizzazione del soddisfacimento dei creditori in misura non inferiore a quella realizzabile in caso di liquidazione. In questa prospettiva, il Codice sembrerebbe dare rilievo alle caratteristiche dell'attività dell'impresa, e al suo esercizio nel paradigma offerto anche dal nuovo articolo 41, 2° comma, Cost., in una logica in cui il dovere di solidarietà viene a qualificarsi come "limite superiore all'esercizio dei diritti individuali" (in caso di crisi, sia dell'imprenditore che dei creditori, quali destinatari ultimi dell'esito della ristrutturazione).

La tematica non può ritenersi, però, in ciò esaurita, perché, a fronte di un concordato in continuità, che ha avuto l'approvazione dei creditori, si pone il problema se il Tribunale possa negarne l'omologazione, a fronte di significative deficienze rappresentative dei costi necessari per la tutela dell'ambiente. Risulta evidente che se all'espressione "tutela dell'ambiente" si offre una configurazione tale da assumerne la rilevanza di clausola generale a salvaguardia di interessi collettivi (ai quali lo stesso imprenditore non può sottrarsi), la relativa valutazione assegnata al Tribunale in sede di omologazione, potrebbe indurre a far "regredire" l'interesse dei creditori, che pure hanno

⁴⁷⁾ Non pare che il riferimento ai "valori aziendali" possa in sé ricomprendere la tutela dell'ambiente, parendo la formulazione riferirsi alla sostenibilità economica della proposta.

valutato il piano ed esaminato le caratteristiche in termini di convenienza economica. In tal modo, la valutazione della sostenibilità ambientale (*rectius*, dei “costi”) finirebbe per assurgere ad una condizione prevista dalla legge, per cui la violazione del “canone” finirebbe per incidere sulla prospettiva propria della “causa concreta”, oggetto di necessaria valutazione dell’Autorità Giudiziaria⁴⁸, anche in termini di congruità delle risorse necessarie per supportare i costi⁴⁹. Questa opzione, però, potrebbe prospettarsi solo per le attività definibili “pericolose”, ma non per le altre definibili “non pericolose”, dove il richiamo alla sostenibilità si raffronta rispetto alle risorse dell’impresa, non potendo esigersi che venga compromessa la funzione produttiva, sì da richiedere solo la corretta rappresentazione dei costi per la individuazione di quei presidi ritenuti necessari per la continuità. Diversamente, anche rispetto alla prima tesi, se il riferimento “ai costi” rappresentati nel piano altro non configurano se non condizioni economiche dello stesso, la relativa valutazione finirebbe per rientrare nell’esame esclusivamente assegnato ai creditori, i quali hanno potuto soppesare il rischio accettabile, identificato con quel rischio rispetto al quale i costi da sostenere per approntare le misure atte a prevenirlo supera lo stesso valore dell’“attivo” concordatario oppure se detti costi siano in grado di incidere in modo significativo sulle aspettative di soddisfo del credito.

Vi è, però, che la previsione non può comportare ulteriori conseguenze sullo sviluppo della procedura concordataria. Il riferimento alla “tutela dell’ambiente”, nella stessa genericità della formulazione della

⁴⁸ Se si accede a detta opzione dovrebbe, poi, riconoscersi che le risorse necessarie per prevenire ogni rischio rilevante in attività pericolose, particolarmente inquinanti per l’ambiente, assurgano non solo a vere e proprie barriere legali all’ingresso delle imprese sul mercato, ma che nella specie ciò possa configurarsi anche quale elemento imprescindibile per la stessa continuità aziendale. In ogni caso, si ritiene di escludere dalle valutazioni le perdite di utilità ambientali, posto che ciò non implica un vero e proprio pregiudizio, quanto piuttosto il venir meno di quei vantaggi o esternalità positive, alle quali l’impresa non è tenuta a far fronte.

⁴⁹ In questi termini, anche nel contesto della crisi, si darebbe rilievo, anche in via ermeneutica, alla effettività della sovraordinazione del bene giuridico “ambiente” rispetto a quello dell’autonomia imprenditoriale, tutte le volte in cui quest’ultimo si ponga in insuperabile contrasto con il primo, come delineato in attuazione dell’art. 41, comma 2°, Cost.. Il tema in oggetto per gli stakeholders, però, si colloca su un piano concettuale differente da quello relativo all’introduzione di cc.dd. *grievance mechanisms* (di cui scrive N. ABRIANI, *Sostenibilità e innovazione nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza: le sfide delle imprese e il ruolo dei professionisti*, in *Riv. dir. impr.*, 2021, 254), che consentono, nel contesto della *governance* sostenibile, alla categoria dei soggetti interessati di segnalare prontamente lacune e inefficienze delle politiche sociali e ambientali adottate dalle imprese.

norma, non consente che l'agire degli amministratori (qui rilevante nella predisposizione del piano e nella scelta dello strumento di ristrutturazione ritenuto più opportuno) possa essere sindacato da terzi, quali singolarmente considerati o quali portatori di interessi associativi (questi non potranno essere neppure indicati come "eventuali parti non interessate dal piano", che nella formulazione dell'art. 87, comma 1°, lett. n), vengono indicate "individualmente" o descritte "per categorie di debiti", unitamente ai motivi per cui le stesse non sono considerate "interessate").

Ne consegue che, una volta intervenuta la approvazione dei creditori, all'esito delle adesioni alla proposta concordataria, ci si chiede se i portatori di interessi ambientali possano proporre opposizione all'omologazione, ritenendo non realizzata nel piano la tutela ambientale (per incongruità dei "costi" rappresentati, come determinanti sulla finalità protettiva). Invero, sembra rilevante la perimetrazione che si rinviene nell'art. 112, comma 3°, che nel concordato in continuità fa riferimento al solo creditore dissenziente (tale non è il soggetto che non vanta alcuna attuale pretesa, ma una astratta aspettativa al rispetto dei canoni ambientali), che eccepisce il difetto di convenienza della proposta, con il conseguente parametro valutativo delineato su tale interesse, "secondo la proposta e il piano, il credito risulta soddisfatto in misura non inferiore rispetto alla liquidazione giudiziale". Vi è, però, che l'art. 48, comma 2°, va riferimento, nel procedimento di opposizione, alle opposizioni proposte dai creditori dissenzienti e da "qualsiasi interessato", sì che in quest'ultima categoria potrebbero rientrare i portatori di interessi (anche diffusi) connessi alla sostenibilità ambientale, in relazione al contenuto indefettibile della domanda che tanto abbia esposto (in una prospettiva in cui l'"interesse ad agire" ex art. 100 c.p.c. viene riconosciuto alle associazioni ambientaliste o addirittura a singoli soggetti⁵⁰), e detta prospettiva potrebbe realizzarsi anche per l'opposizione ad una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione (sempre art. 48, comma 4°), pur se, in quest'ultimo caso, l'art. 57, che rinvia semplicemente alla disposizione dell'art. 56, non indica alcun contenuto del piano che faccia riferimento alla tutela dell'ambiente, ciò non escludendo, però, che detto elemento resti intrinseco nella normale prosecuzione dell'attività di impresa. Riconoscendo, però, un

⁵⁰ Sul tema, ovviamente in una prospettiva più generale: U. SALANITRO, *Il danno ambientale tra interessi collettivi e interessi individuali*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 246 ss.

“interesse” all’opposizione da parte di soggetti “altri”, si finirebbe per attribuire agli stessi il potere di intervenire sull’esito della ristrutturazione, in assenza – tra l’altro determinante – di chiare perimetrazioni valutative del Tribunale, quali sono quelle espressamente indicate dall’art. 112, comma 3°. Se i risultati della ristrutturazione riguardano, in effetti, i soli creditori e, in maniera residuale, i soci (art. 120 bis ss.), nonché i lavoratori (sia pure nella prospettiva prevalentemente informativa, di cui alla lett. o) dell’art. 87, comma 1°), non potrebbero evincersi interessi ulteriori, per altro non specificamente individuati o indicati. E’ banale sottolineare che il tema dell’*enforcement* della sostenibilità ambientale rispetto alla crisi trova una particolare problematicità proprio nella individuazione della legittimazione ad azionare i rimedi, a fronte dell’impatto ambientale dell’attività di impresa sulle comunità di riferimento, non ricorrendo tipicamente un rapporto contrattuale idoneo a fondarlo (così come per i creditori e finanche per i lavoratori). Neppure pare utilizzabile, nella materia specifica, la rilevanza degli interessi ambientali fondata sull’estensione delle posizioni giuridiche individuali e collettive, oggetto della disciplina inibitoria o risarcitoria, per le quali ci si limita a registrare un ampliamento del catalogo degli interessi meritevoli di tutela ⁵¹. In effetti, le uniche pretese che gli stakeholders potrebbero legittimamente pretendere non possono che essere quelle fondate sulla violazione di un “diritto” che sia loro attribuito dalla legge; ma la perimetrazione di questo diritto non può che costituire il diretto portato di limiti imperativi che l’ordinamento pone all’esercizio di altri concorrenti diritti ⁵², specie nel contesto di una specifica fase dell’attività, come quella richiamabile negli strumenti di risoluzione della crisi. Neppure, per la genericità della formulazione dell’art. 22, comma 1°, lett. d) nella composizione negoziata della crisi, può ritenersi che l’espressione “*tenuto conto delle istanze delle parti interessate al fine di tutelare gli interessi coinvolti*” al trasferimento in qualsiasi forma dell’azienda, come autorizzato dal Tribunale, possa ricomprendere “interessi” diversi da quelli assunti dalle parti che partecipano alle trattative stesse (se si esclude l’interesse dei lavoratori, che pure assume in quel contesto una

⁵¹ Profilo non da oggi oggetto di approfondite riflessioni, senza la pretesa di essere esauriente, già: M. LIBERTINI, *La nuova disciplina del danno all’ambiente e i problemi generali del diritto dell’ambiente*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 570 ss.

⁵² Per quanto riguarda il tema nel differente contesto della società azionaria: E. BARCELLONA, *op. ult. cit.*, 136.

qualche rilevanza, in tema di intangibilità dei relativi diritti patrimoniali).

Resta, sul tema, necessaria una ulteriore considerazione, anche con riferimento alle modalità con le quali si assume la continuità dell'impresa nel contesto del concordato preventivo. Ad esempio, nel caso di continuità indiretta, il profilo dei costi per la tutela dell'ambiente dovrebbe trovare adeguata esposizione e conseguente valutazione da parte dello stesso tribunale, con riferimento alla capacità patrimoniale dell'imprenditore che assume in proprio la continuità aziendale (in una prospettiva di sostenibilità economica e finanziaria dell'iniziativa da assumere). Nel caso, invece, di proposta concorrente, andrebbe valutata anche l'eventuale prospettiva migliorativa sul tema dei costi in oggetto e, nello stesso contesto, anche le eventuali indicate soluzioni tecniche di maggiore efficienza degli impianti ai fini della sostenibilità ambientale (in ciò valorizzando le capacità organizzative del concorrente rispetto a quanto rilevabile dalla proposta originariamente formulata dall'imprenditore proponente).

Invero, qualsiasi possa essere l'ampiezza da attribuire al diritto tutelato, resta determinante il contesto in cui questo potrà esplicarsi, e per quanto riguarda la crisi, qui emerge la sola necessaria rappresentazione dei "costi" a tutela dell'ambiente - nella prospettiva tipicamente afferente al piano industriale - e non già il perseguimento di un obbligo di sostenibilità ambientale (che si colloca all'esterno del piano, con questo interferente solo laddove l'ipotesi della continuazione dell'attività in sé configuri un danno "grave"). Va detto che questa conclusione resterebbe ancora più confermata, se si attribuisse, come pare corretto, all'espressione "*tutela dell'ambiente*", indicata quale elemento contenutistico del piano concordatario in continuità, la sola funzione riassuntiva del rispetto di norme pubblicistiche in quanto tali vincolanti. In questa ipotesi, può ritenersi che il riferimento (assai generico) alla "*tutela dell'ambiente*", dovrebbe solo comportare nel piano concordatario una mappatura dei rischi, calibrata alla peculiarità dell'impresa e sulle tipologie di rischio cui essa è esposta (con particolare riferimento ai rischi legati all'impatto ambientale dei singoli prodotti o servizi forniti), e dei relativi "costi".

5. La sostenibilità ambientale negli strumenti negoziali per il superamento della crisi e dell'insolvenza, in particolar modo nel concordato preventivo in continuità

Prospettiva diversa può riscontrarsi laddove gli strumenti in oggetto venissero piegati ad una gestione sostenibile della crisi, sia dal punto di vista economico, in quanto finalizzata a permettere all'impresa di riacquistare e mantenere la capacità di produrre reddito e lavoro in maniera duratura, sia dal punto di vista sociale, quando lo strumento garantisca un'equa distribuzione del costo del risanamento, e, quindi, dei conseguenti benefici su tutti coloro che si incontrano nell'ambito dell'impresa, e questo anche nella prospettiva della sostenibilità ambientale. Il tema viene ricostruito nel contesto del diritto della crisi sulla scorta di un auspicio, che oserei definire ispirato da una logica eco-solidale, secondo cui "l'antagonismo immanente alla individualistica tensione verso il conseguimento delle somme più alte dovrebbe cedere il passo a solidarismo dell'impresa *multistakeholders*"; ovvero dalla constatazione di tempi ritenuti ormai "maturi per una radicale riforma culturale della materia", posto che "la costituzionalizzazione della tutela ambientale si pone come limite oggi espresso alla libertà dell'iniziativa economica (...) non facoltizza bensì impone al legislatore interno di predisporre un quadro normativo dove la ristrutturazione dell'impresa in crisi sia possibile solo ove sussista un interesse collettivo o pubblico al suo risanamento"⁵³. Altra impostazione ritiene che una gestione in senso "sostenibile" delle procedure realizzata all'insegna del dovere di solidarietà presuppone l'accesso ad un percorso di "trasformazione culturale", nel quale la propensione verso posizioni squisitamente e irrazionalmente egoistiche dovrebbe far posto ad un nuovo approccio, fondato sull'idea di "comunità", come tale finalizzato a superare l'insolvenza impiegando gli sforzi e i sacrifici, non necessariamente simmetrici, che in tale fase e per il bene comune si rilevino necessari⁵⁴.

Resta evidente che se questa linea interpretativa dovesse trovare definitivamente ingresso anche nel contesto della crisi e dell'insolvenza, muterebbero non certo marginalmente gli elementi in gioco nella valutazione delle iniziative imprenditoriali sull'ambiente, non solo determinanti nella scelta dello strumento utilizzabile, ma con

⁵³ G. CAPOBIANCO, *La (mancata) tutela ambientale nel diritto concorsuale tra discrezionalità legislativa e dubbi di legittimità costituzionale*, in *Quaderni di Ristrutturazioni aziendali*, n. 4/2022, 48 ss.

⁵⁴ D. STANZIONE, *op.ult.cit.*, 256-258

effetti immediati sulle procedure di riferimento, richiedendo il perseguimento di interessi altri, rilevanti dal punto di vista "sociale", rispetto a quelli dei creditori (addirittura portando ad una modificazione genetica delle procedure concorsuali e delle stesse loro finalità, con una distribuzione del rischio anche futuro su creditori inconsapevoli). In una prospettiva più generale, si è ritenuto che l'esigenza di effettività della tutela del bene ambientale, come emersa nei diversi livelli europei e nazionali, imporrebbe l'adozione di regole di condotte e di organizzazione, come tali indirizzati ad imporre l'adeguatezza degli assetti nella salvaguardia dell'ambiente⁵⁵. Da ciò la conseguenza che, sulla scorta di un principio inespresso, risultante in via interpretativa attraverso un processo di generalizzazione da norme contenute in diverse disposizioni, dovrebbe alla sostenibilità attribuirsi una funzione ordinante anche laddove l'impresa sia in crisi, sì da imporre quel necessario bilanciamento tra interessi generali o collettivi e interessi dei creditori nel contesto degli strumenti per la risoluzione della crisi, cui innanzi si è fatto riferimento. Sarebbe l'ipotesi di uno *stakeholderism* forte, difficilmente conciliabile con il contesto normativo di riferimento, e ciò innanzitutto perché la scelta dell'imprenditore circa il "se" della propria responsabilità sociale o della *governance* dell'impresa in fase di crisi, resta una sua libera opzione, compiuta sulla base di una valutazione di mera opportunità (per altro, in una logica di "convenienza" che è data dall'esito sperato della ristrutturazione, la cui valutazione resta attribuita ad altri "soggetti"). Inoltre, ciò non resterebbe rilevante per il solo "debitore", quanto per tutti i creditori, sì che la ricerca dell'evocato equilibrio degli interessi finirebbe per realizzarsi, addirittura *preter legem*, in un ambito di assoluta discrezionalità affidata al Giudice nel contesto della liquidazione giudiziale in assenza - tra l'altro - di chiari indici di riferimento, e nelle procedure negoziali "piegando" la volontà dei creditori alla realizzazione di interessi "altri", sino a pervenire al singolare risultato interpretativo di non omologare il piano a fronte di un generico riscontro del difetto di "solidarietà ambientale" (in tal modo, finanche ampliando, con la conseguente alea interpretativa, la valutazione affidata, con rigidi confini, al tribunale). La libertà di impresa e la stessa autonomia negoziale verrebbero in tal modo definitivamente estromesse dalla disciplina della crisi, con effetti

⁵⁵ P.M. SANFILIPPO, *op. ult. cit.*, 999

ancora più determinanti sul quadro di altri principi, anche questi assistiti da una certa “forza” costituzionale.

Se il piano concordatario, ed in particolare quello industriale nel concordato in continuità, rappresenta un dato informativo imprescindibile per i creditori e per lo stesso Tribunale e, in genere, per gli stakeholders chiamati a concorrere nel risanamento dell’impresa, non può disconoscersi che gli amministratori sono investiti, nella predisposizione del concreto strumento utilizzato, del compito di trovare una sintesi tra le confliggenti esigenze di protezione dei vari interessi coinvolti, in grado in tal modo di assicurare il successo alla ristrutturazione. Si tratta di una “sintesi” che resta immanente al piano industriale e che, in quanto tale, è sottoposta alla valutazione dei creditori e del tribunale, ciò detto, sulla scorta di una sollecitazione che si ricava dalle riflessioni più recenti sulla nozione di *stakeholderism*⁵⁶, la funzione informativa del piano realizza un meccanismo sociale di comunicazione democratica. Solo che questo profilo non è più (solo) immanente all’interesse della impresa in quanto tale, e la “partecipazione” dei soggetti portatori di interessi incisi dalla determinazione gestoria di accedere ad uno degli strumenti per la risoluzione della crisi, si colloca all’esterno ovvero sul versante dapprima informativo e dappoi del voto.

Nella disciplina della crisi è il legislatore a scegliere le modalità e l’ordine prioritario in cui gli stakeholders sono coinvolti e a selezionare gli interessi rilevanti, e in merito può richiamarsi, con le dovute cautele, quella idea di *stakeholderism* concepito come forma di comunicazione democratica, che qui si realizza nella struttura procedimentalizzata dell’adunanza dei creditori e nell’esercizio del voto, subordinato al preventivo vaglio sulla “idoneità della comunicazione” (dati informativi connessi al piano) valutata dagli organi concordatari (commissario giudiziale e tribunale).

6. Qualche considerazione conclusiva

Nel contesto della crisi è possibile utilizzare alcune delle conclusioni cui è pervenuta la dottrina italiana sul rapporto tra sostenibilità ed

⁵⁶ F. DENOZZA, *Due concetti di stakeholderism*, in *Governance e mercati. Scritti in onore di Paolo Montalenti*, I, cit., 78 ss.

esercizio dell'impresa. Innanzi tutto, nel caso della riorganizzazione imprenditoriale, che importa normalmente una riduzione dei costi e una tendenziale redistribuzione tra i creditori dei vantaggi conseguiti nell'esercizio dell'impresa, non può trovare collocazione la tutela di talune esternalità positive preesistenti anche di tipo ambientale. Ove, per proteggere gli interessi di soggetti esterni, si ponesse un ostacolo alla ristrutturazione per il superamento della crisi, ne deriverebbe non solo il sacrificio dell'interesse generale a preservare imprese che ancora presentano un grado di produttività efficiente, sacrificandolo "sull'altare particolare del gruppo di soggetti lesi"⁵⁷, ma soprattutto verrebbero incisi i diritti di stakeholders qualificati, addirittura di prima istanza, come sono i creditori. Resta di particolare evidenza che svolgere una attività di impresa con tutti i più moderni sistemi di antinquinamento assai più costosi di quelli utilizzati dai concorrenti e non imposti da norme imperative, rimane idoneo a ridurre le esternalità negative e rende l'impresa più sostenibile nella prospettiva ambientale, ma nel contempo riduce significativamente le risorse destinate al soddisfo dei creditori e necessarie per realizzare il programmato risanamento dell'impresa⁵⁸. In realtà, come opportunamente esposto in una prospettiva più generale⁵⁹, un ordinamento non può, allo stesso tempo, fissare una certa norma imperativa che fissa un limite di tutela di un determinato "bene comune protetto" e, allo stesso tempo, pretendere che un soggetto privato, ovvero un'impresa, debba assumere una condotta rispettosa di un limite di tutela più elevato rispetto a quello normativamente previsto. Proprio per ovviare a questa deriva "pan-funzionalista", si è ritenuto che "i costi di tutela dell'ambiente", cui fa riferimento l'art. 87, comma 1°, lett. f), si riferiscono solo a quelli "accertati" e richiesti da norme imperative, essi non ricomprendendo i costi per la sostenibilità ambientale (in quanto tale). La sostenibilità del piano industriale nel concordato preventivo, così come per tutti gli strumenti di regolazione della crisi disciplinati nel CCII, si colloca sul piano della coerenza economico-finanziaria del piano stesso, in una prospettiva in cui l'interesse degli stakeholders primari tende a prevalere su quello di cui sono portatori gli stakeholders secondari (ovvero coloro che

⁵⁷ F. D'ALESSANDRO, *Il mantello di San Martino*, cit., 429, il quale espone che in questa ipotesi farebbe capolino il conflitto di interessi di diverse categorie di stakeholders.

⁵⁸ In termini più generali: M. STELLA RICHTER jr., *Long-Termism*, cit., 31

⁵⁹ In particolare: E. BARCELLONA, *op. ult. cit.*, 132

beneficiano delle esternalità dell'attività). In sostanza, con evidenti effetti abrasivi dell'ideologia totalizzante di cui innanzi si è fatto riferimento, si misura nella disciplina della crisi la distanza finalità niente affatto coincidenti, ovvero tra la sostenibilità socio-ambientale⁶⁰ e quella economico-finanziaria. Gli effetti della crisi, che involgono l'intera attività dell'impresa nelle sue stesse dinamiche attuative, non impongono investimenti aventi ad oggetto implicazioni ambientali (non direttamente discendenti da norme imperative) né richiedono la valutazione dello strumento alla luce della sostenibilità ambientale, posto che un conto resta la valutazione del rapporto tra investimento e rischio ambientale, altro è imporre la ricerca del più alto grado di sostenibilità ambientale possibile nel lungo periodo, anche laddove questa in astratto possa assicurare rendimenti migliori. In sostanza, la redditività dell'impresa nel breve periodo, come presupposta dagli strumenti di risoluzione della crisi, finisce per dare prevalenza agli interessi dei creditori come "parti interessate", sino ad assurgere nella liquidazione giudiziale "valore" determinante - propria dell'esecuzione collettiva - rispetto al quale retrocedono, se non compatibili, cosiddetti "interessi-altri"⁶¹. Concludendo, non è possibile - in una prospettiva più generale che recupera la "libertà" dell'imprenditore anche laddove questo predisponga e individui strumenti di risoluzione della crisi - affidare allo stesso il perseguimento e la tutela di interessi ambientali collettivi e, a volte, indeterminati nel loro stesso contenuto.

⁶⁰ Sulla differenza finanche tra le due ipotesi di sostenibilità: M. STELLA RICHTER jr., *op. ult. cit.*, 52

⁶¹ Anche perché nell'ambito dell'impresa insolvente, le attribuzioni del curatore si esprimono entro i binari tracciati dal legislatore, con un margine di discrezionalità più contenuto di quello riservato agli amministratori dell'impresa *in bonis*.