

# **COMMISSIONE PER ELABORARE PROPOSTE DI INTERVENTI DI RIFORMA, RICOGNIZIONE E RIORDINO DELLA DISCIPLINA DELLE PROCEDURE CONCORSUALI**

## **RELAZIONE ALLO SCHEMA DI LEGGE DELEGA PER LA RIFORMA DELLE PROCEDURE CONCORSUALI**

Signor Ministro,

la commissione da Lei istituita con decreto del 28 gennaio scorso, cui è stato attribuito il compito di elaborare proposte di riordino e di riforma delle procedure concorsuali, ha concluso i propri lavori entro il termine che le era stato assegnato.

La commissione, sulla falsariga delle indicazioni contenute nel decreto istitutivo, si è posta l'obiettivo di elaborare un progetto di riforma organico delle diverse procedure concorsuali che il nostro ordinamento giuridico oggi contempla. Ha perciò redatto uno schema di legge delega in cui si prospetta la futura emanazione di un testo normativo che abroghi la vigente legge fallimentare e le leggi successive in tema di crisi d'impresa per disciplinare in modo coerente ed unitario il fenomeno dell'insolvenza.

L'ampiezza e la complessità del compito – che oltre alla prospettata riforma della legge fallimentare ha investito anche gli istituti dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, del sovraindebitamento del consumatore e degli altri debitori non assoggettati a fallimento, nonché il tema dei privilegi e quello delle garanzie non possessorie – hanno suggerito di ripartire l'attività della commissione in sei diverse aree, ciascuna delle quali affidata ad una sottocommissione, cui sono stati preposti altrettanti coordinatori. Per ogni sottocommissione è stato altresì designato un referente allo scopo di mantenere stretti contatti con i referenti delle altre sottocommissioni e con me stesso, così da favorire l'uniformità dell'impostazione nei differenti settori. Per la medesima ragione sono state tenute nel corso dell'anno ripetute riunioni di

coordinamento, alle quali, oltre a me, hanno partecipato i coordinatori ed i referenti delle singole sottocommissioni. Le periodiche riunioni plenarie hanno consentito di allargare il dibattito a tutti i componenti della commissione e di trarre le fila del lavoro nel frattempo svolto nell'ambito delle sottocommissioni.

Come Ella ben sa, mentre erano in corso i lavori della commissione è sopravvenuta l'emanazione, da parte del Governo, del decreto legge 27 giugno 2015, n. 83, recante misure urgenti anche in materia concorsuale, poi convertito con la legge n. 132 dell'8 agosto 2015. In un primo tempo era parsa profilarsi l'eventualità di una contemporanea emanazione della suaccennata legge di conversione e di una legge delega che potesse già contenere le linee guida della riforma organica in vista della quale la commissione è stata concepita; in seguito si è anche affacciata l'eventualità che dette linee guida potessero essere inserite nel corpo di altri disegni di legge già all'esame del Parlamento. Ciò ha indotto ad elaborare una prima bozza di legge delega, che Le trasmisi in data 31 luglio 2015, di cui è stata in seguito anche formulata una versione più sintetica, che meglio potesse assumere la veste di un eventuale emendamento da collocare nell'ambito di un disegno di legge già in corso di esame parlamentare. Nessuna di queste eventualità si è però concretizzata. Perciò, nell'ultimo scorcio dell'anno, la commissione ha potuto dare corso al programma di audizioni che si era prefisso, acquisendo le osservazioni formulate dal Consiglio Nazionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili, dal Consiglio Nazionale Forense, dall'Associazione fra le Società italiane per Azioni – Assonime, dall'Associazione Bancaria Italiana e dalla Confindustria, per poi procedere alla stesura del testo definitivo dello schema di legge delega.

Giova ancora precisare che, in conformità all'indicazione al riguardo contenuta nel decreto istitutivo della commissione, nell'elaborare proposte di riforma dell'istituto dell'amministrazione straordinaria si è proceduto in coordinamento con il Ministero dello Sviluppo economico, i cui rappresentanti hanno costantemente partecipato ai lavori della sottocommissione cui questo settore era affidato ed hanno condiviso il testo da ultimo elaborato.

Troverà qui di seguito brevemente illustrati i punti principali del progetto.

\* \* \*

## 1. *Premessa*

E' ampiamente diffusa, tanto tra gli studiosi quanto tra i pratici del diritto, l'opinione che sia divenuta ormai indifferibile una riforma organica dell'intera materia dell'insolvenza e delle procedure concorsuali ad essa relative. Anche solo dal punto di vista dell'immagine appare assai singolare che la normativa di base sia ancora costituita, a tal riguardo, dal r.d. 19 marzo 1942, n. 267 (c.d. legge fallimentare), quando quasi tutti gli altri Stati dell'Unione europea si sono dotati di normative sull'insolvenza ben più recenti. E' ben vero che la legge fallimentare italiana è stata da allora ripetutamente modificata e che talvolta – soprattutto per effetto degli interventi normativi attuati col d. lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 – si è trattato di modifiche di ampio respiro, che hanno interessato interi settori della legge; ma, per certi versi, ciò ha persino accentuato lo scarto tra le disposizioni riformate e quelle rimaste invariate, che ancora risentono di un'impostazione nata in un contesto temporale e politico ben lontano dall'attuale.

D'altro canto, la frequenza degli interventi normativi che si sono succeduti negli ultimi tempi, interessando sovente disposizioni della legge fallimentare modificate appena qualche anno prima, ha generato rilevanti difficoltà applicative: non solo per un certo grado di approssimazione nella formulazione tecnica delle norme, inevitabile quando si legifera sotto la spinta dell'urgenza, ma anche – e forse soprattutto – perché il continuo mutamento del dato normativo rende problematico il formarsi di indirizzi giurisprudenziali consolidati e stabili, accentuando l'incertezza del diritto, favorendo il moltiplicarsi delle controversie ed, in definitiva, rallentando il corso delle procedure concorsuali.

Da ciò l'esigenza di un approccio di riforma non più episodico ed emergenziale, bensì sistematico ed organico, in modo da ricondurre a linearità un sistema divenuto nel tempo troppo farraginoso. Non può certo ignorarsi, d'altronde, che la necessità di una risistemazione complessiva

della materia concorsuale è oggi resa ancor più impellente dalle sollecitazioni provenienti dall'Unione europea, ed in particolare dalla Raccomandazione n. 2014/135/UE, espressamente infatti richiamata nel decreto istitutivo della commissione, oltre che dalla recente emanazione del novellato regolamento europeo sull'insolvenza transfrontaliera (Regolamento UE [1][2][3]2015/848[4]). Né vanno trascurati i principi della *Model law*, elaborati in tema d'insolvenza dall'Uncitral, ai quali hanno aderito molti paesi anche in ambito extraeuropeo (compresi gli Stati Uniti d'America), il cui recepimento, in regime di reciprocità, consente che siano riconosciuti i provvedimenti giurisdizionali emessi nei rispettivi paesi, con evidente vantaggio anche per gli imprenditori italiani operanti all'estero.

## ***2. Principi generali***

Da quanto appena detto discende una prima fondamentale scelta: quella di disegnare un quadro normativo nel quale siano ben delineati i principi giuridici comuni al fenomeno dell'insolvenza, come tali idonei a fungere da chiari punti di riferimento per l'intera gamma delle procedure di cui si discute, sia pure con le differenziazioni di disciplina di volta in volta rese necessarie dalla specificità delle diverse situazioni in cui l'insolvenza può manifestarsi. L'imperativo della semplificazione ed armonizzazione delle procedure non deve infatti travolgere le esistenti peculiarità oggettive, da salvaguardare all'interno di percorsi secondari, ad esse appositamente dedicati.

In quest'ottica si renderà necessario che vengano definite in modo non equivoco alcune nozioni fondamentali nella materia in esame, a cominciare da quella di "crisi" (che non equivale all'insolvenza in atto, ma implica un pericolo di futura insolvenza) e di "insolvenza" (che è peraltro nozione già sufficientemente collaudata da molti decenni di esperienza giurisdizionale, onde non parrebbe necessario modificarla rispetto all'attuale formulazione normativa).

La profonda e generalizzata crisi economica degli ultimi tempi giustifica il ricorso ad una nozione omnicomprensiva d'insolvenza, come evento che può presentarsi ad ogni livello di svolgimento dell'attività economica, sia essa in forma organizzata, professionale o personale: cambiano infatti le dimensioni del fenomeno e la natura degli strumenti per affrontarlo, ma l'essenza resta la stessa, in ogni sua manifestazione.

Sempre sul piano definitorio, si propone di abbandonare la pur tradizionale espressione "fallimento" (e quelle da essa derivate), in conformità ad una tendenza già manifestatasi nei principali ordinamenti europei di *civil law* (tra cui quelli di Francia, Germania e Spagna), per evitare l'aura di negatività e di discredito, anche personale, che storicamente a quella parola si accompagna; negatività e discredito non necessariamente giustificati dal mero fatto che un'attività d'impresa, cui sempre inerisce un corrispondente rischio, abbia avuto un esito sfortunato. Anche un diverso approccio lessicale può meglio esprimere una nuova cultura del superamento dell'insolvenza, vista come evenienza fisiologica nel ciclo vitale di un'impresa, da prevenire ed eventualmente regolare al meglio, ma non da esorcizzare. Naturalmente la prospettata modifica terminologica dovrà comportare corrispondenti modifiche anche nelle varie disposizioni che oggi fanno riferimento al fallimento (o termini derivati), ivi comprese quelle penali, per assicurare la continuità della pretesa punitiva in presenza delle medesime condotte illecite.

La riconduzione della disciplina dell'insolvenza ad un quadro sistematico, le cui linee generali risultino bene individuabili, non può non agevolare l'indispensabile opera di semplificazione delle regole processuali di volta in volta applicabili, riducendone le incertezze interpretative che molto nuocciono alla celerità delle procedure concorsuali. Opera di semplificazione, questa, alla quale il futuro legislatore delegato dovrebbe attendere con particolare cura, ovviamente avendo soprattutto riguardo ai nodi oggi non ancora del tutto risolti dalla giurisprudenza ed utilizzando nella misura più ampia possibile le nuove opportunità offerte dalle tecniche digitali applicate al processo. Il risultato cui si mira è di dare maggiore uniformità agli orientamenti giurisprudenziali: obiettivo essenziale per rispondere ad imprescindibili esigenze di

certezza del diritto, che postulano un sufficiente grado di prevedibilità della decisione del giudice, e per migliorare l'efficienza del sistema economico rendendolo più competitivo nel confronto internazionale.

Occorre altresì farsi carico delle disfunzioni e dei disvalori delle procedure concorsuali, quali essi sono e vengono percepiti all'esterno, per evitare che, anche a causa di un uso non sempre controllato di istituti delicati, come quello della prededuzione, ci si trovi a dover constatare, a consuntivo, che una procedura è servita a nient'altro che ad assorbire le residue risorse disponibili dell'impresa. E' sembrato perciò opportuno sottolineare in modo esplicito l'esigenza di contenimento degli oneri in prededuzione, che sovente finiscono per frustrare oltre misura le legittime aspettative dei creditori.

La consapevolezza che la gestione delle procedure di crisi e di insolvenza è oggi quanto mai delicata e complessa, imponendo la soluzione di problemi al tempo stesso economico-aziendali, giuridici e fiscali, ha suggerito di proporre l'istituzione presso il Ministero della Giustizia di un apposito albo nel quale dovranno essere iscritti i soggetti dotati dei requisiti di professionalità, esperienza ed indipendenza occorrenti per espletare funzioni gestorie e di vigilanza nell'ambito di dette procedure. In un distinto albo, disciplinato con regolamento da emanarsi ad opera del Ministero dello Sviluppo economico, d'intesa col Ministero della Giustizia, è previsto siano iscritti i commissari delle procedure di amministrazione straordinaria.

### ***2.1. Giudice competente***

Tema particolarmente delicato è quello dell'individuazione del giudice competente a provvedere sulle procedure concorsuali.

Non occorrono molte parole per evidenziare come la gestione di tali procedure e l'adozione dei provvedimenti ad esse inerenti richiedano, in moltissimi casi, valutazioni giuridiche (ma non soltanto giuridiche) di natura spiccatamente specialistica. L'attuale conformazione della geografia

giudiziaria non sembra invece consentire un sufficiente livello di specializzazione dei giudici addetti alla trattazione delle procedure concorsuali. E' infatti fin troppo ovvio che soltanto in uffici giudiziari dotati di un organico adeguato è possibile assicurare un minimo di specializzazione dei magistrati addetti ad una determinata materia, specie per quanto concerne la competenza collegiale (che nella materia concorsuale è molto estesa), tenuto anche conto del regime delle incompatibilità. Ed, invece, esistono ancora una trentina di tribunali infra-provinciali, ottantotto tribunali con meno di trenta giudici in organico, quarantacinque con meno di venti giudici in organico ed addirittura ventisette tribunali con un organico che va da quindici a soli sei giudici. I tribunali nei quali sono attualmente funzionanti sezioni specializzate in materia concorsuale sono solo una ventina, mentre, per il resto, nella maggior parte delle tabelle dei tribunali figurano solamente uno o due giudici delegati alle procedure concorsuali.

Stando così le cose, la soluzione apparentemente più ovvia per risolvere il problema della specializzazione dei giudici che trattano le procedure concorsuali potrebbe apparire quella di assegnare in blocco tali procedure ai tribunali delle imprese (sezioni specializzate in materia di impresa presso i tribunali e le corti d'appello aventi sede nel capoluogo di ogni regione), istituiti dall'art. 2 del d.l. n. 1 del 2012, convertito con modificazioni dalla legge n. 27 del 2012. Tuttavia una siffatta scelta, nella sua assolutezza, potrebbe non esser priva d'inconvenienti: sia per l'eccessivo carico di procedure che si concentrerebbe sulle suindicate sezioni specializzate, sia perché, almeno nel caso di procedure relative ad imprese di minore dimensione o a consumatori ed a debitori che non esercitano attività d'impresa, l'eventuale maggiore lontananza dell'ufficio giudiziario potrebbe aggravare ingiustificatamente gli oneri e le difficoltà pratiche nell'esercizio dei diritti da parte di soggetti non adeguatamente attrezzati. Anche l'alternativa costituita da un massiccio e generalizzato ricorso ad applicazioni infradistrettuali di magistrati esperti nella materia concorsuale non è parsa praticabile, trattandosi di un rimedio farraginoso, costoso e non esente da profili disfunzionali per gli uffici interessati. Si è quindi preferito optare per una soluzione mediana, prevedendo: che presso i tribunali delle imprese siano concentrate le procedure di maggiori

dimensioni; che quelle riguardanti i soggetti interessati solo dalle procedure di sovraindebitamento restino attribuite ai tribunali oggi esistenti, secondo i normali criteri di competenza; e che la trattazione delle rimanenti procedure sia invece ripartita tra un numero ridotto di tribunali, dotati di una pianta organica adeguata, scelti in base a parametri oggettivi da individuare (numero dei magistrati addetti all'ufficio, numero delle imprese operanti nel circondario, flussi di procedure registrati negli ultimi anni). Tutto ciò, peraltro, in concomitanza con il necessario potenziamento degli organici, laddove le competenze risultino ampliate, e con l'emanazione di disposizioni volte ad assicurare un maggior grado di effettiva specializzazione dei giudici comunque chiamati ad occuparsi delle procedure anzidette.

## ***2.2. Procedimento di accertamento giudiziale della crisi e dell'insolvenza***

Come meglio poi si dirà, in difetto di soluzioni stragiudiziali, o perché non attivate o perché non concluse positivamente, la crisi o l'insolvenza sono destinate naturalmente a trovare sbocco in ambito giudiziario. Ed è proprio in tale ambito che dovrebbe potersi attuare quell'opera di semplificazione e di chiarificazione della disciplina normativa cui dianzi si è fatto cenno.

Mira a questo la prospettata *reductio ad unum* della fase iniziale delle varie procedure esistenti, con la creazione di un unico procedimento di accertamento giudiziale della crisi e dell'insolvenza. Una sorta di contenitore processuale uniforme di tutte le iniziative di carattere giudiziale fondate sulla prospettazione – e miranti alla regolazione – della crisi o dell'insolvenza (ferma la già richiamata distinzione dei due menzionati concetti), siano esse finalizzate alla conservazione o alla liquidazione dell'impresa o del patrimonio del debitore, quali che ne siano la natura (civile, professionale, agricola, commerciale), le dimensioni (piccola, media, grande) e la struttura (persone fisiche, persone giuridiche, gruppi di imprese, cooperative, associazioni, fondazioni, onlus, enti ecclesiastici, società a partecipazione pubblica e società *in house*), con la sola esclusione degli enti pubblici, fatte salve le eventuali disposizioni speciali riguardanti l'una o l'altra di tali situazioni.

Una volta individuata un'unica sede procedimentale, globalmente destinata all'esame delle situazioni di crisi o insolvenza, attraverso strumenti di regolazione conservativa o liquidatoria, diventa naturale che in essa confluiscono tutte le domande ed istanze, anche contrapposte, di creditori, pubblico ministero e debitore, in vista dell'adozione o dell'omologazione, da parte dell'organo giurisdizionale competente, della soluzione più appropriata alle situazioni di crisi o insolvenza accertate, nel pieno rispetto del principio del contraddittorio su tutte le istanze avanzate.

Siffatta impostazione agevola altresì la risoluzione dei problemi di coordinamento tra le molteplici procedure concorsuali attualmente in essere (fase prefallimentare, concordato preventivo, accordi di ristrutturazione dei debiti, dichiarazione di insolvenza degli imprenditori commerciali soggetti alle varie forme di amministrazione straordinaria e liquidazione coatta amministrativa, accordi e liquidazioni dell'imprenditore non assoggettabile a fallimento nonché del debitore civile, accordi, piani e liquidazione del consumatore), con particolare riferimento alla frequente sovrapposizione tra procedura di concordato preventivo e procedimento per la dichiarazione di fallimento, in ordine alla quale si è pronunciata la Corte di cassazione nella sua più autorevole composizione. In linea con tale recente insegnamento giurisprudenziali e con i principi affermati nella Raccomandazione 2014/135/UE e nel Regolamento UE [5][6][7]2015/848, anche in ambito processuale dovrà perciò darsi, finché possibile ed avendo cura di scoraggiare comportamenti strumentali, la prevalenza agli strumenti negoziali di risoluzione della crisi d'impresa e di ristrutturazione rispetto a quelli meramente disgregatori.

Il potere d'iniziativa attribuito al pubblico ministero non si discosta significativamente da quello previsto dalla normativa vigente, salvo che per il fatto di poter essere esercitato in ogni caso in cui egli abbia notizia di uno stato d'insolvenza. Sul piano logico, posto che l'attribuzione di tale potere evidentemente risponde ad un'esigenza di tutela di interessi di natura pubblica, mal si giustifica la sua restrizione ai soli casi nei quali la notizia dell'insolvenza pervenga al pubblico ministero attraverso canali determinati. E' apparso coerente contemplare tale potere d'iniziativa anche nell'ambito delle procedure relative all'insolvenza di imprenditori la cui dimensione non ne

contemplerebbe oggi il fallimento, ma non quando si tratti di debitori non aventi veste imprenditoriale.

Il procedimento sarà suscettibile di diversi possibili esiti, a seconda del tipo di provvedimento richiesto al giudice e dell'accertamento positivo o negativo della sussistenza delle relative condizioni. Appare coerente con questa logica il prevedere che un iniziale percorso concordatario, ove rivelatosi impraticabile, possa convertirsi automaticamente in un esito di tipo liquidatorio (corrispondente all'attuale fallimento), senza necessità di una nuova domanda – e dunque con risparmio di tempi e di costi – poiché l'iniziale domanda di regolazione della crisi sussume in sé tutti i prevedibili esiti del percorso giudiziale. Ovviamente ciò non comporta la reintroduzione in diversa forma della fallibilità d'ufficio, già da tempo espunta dall'ordinamento, che anzi dev'essere espressamente ribadita mediante l'eliminazione dell'unica ipotesi in cui essa è tuttora contemplata dall'art. 3, primo comma, del d.lgs. n. 270 del 1999.

L'unicità della procedura destinata alle situazioni di crisi o insolvenza, attraverso strumenti di regolazione conservativa o liquidatoria, si accompagna all'esigenza che le diverse forme di soluzione negoziale della crisi offrano analoghe opportunità al debitore di evitare aggressioni del proprio patrimonio (o comunque dei beni facenti parte dell'impresa) che rischino di vanificare ogni possibilità di superamento della crisi nel tempo occorrente per mettere a punto la soluzione più adatta. All'eventuale futuro legislatore delegato dovrà essere demandato il compito di armonizzare il regime delle misure cautelari e della loro efficacia, anche nella fase dell'impugnazione.

### ***3. Procedura extragiudiziale di allerta e di composizione assistita della crisi***

Tra i principali obiettivi posti dal decreto istitutivo della Commissione e dalla Raccomandazione n. 2014/135/UE v'è quello di “*consentire alle imprese sane in difficoltà finanziaria di ristrutturarsi in una fase precoce, per evitare l'insolvenza e proseguire l'attività*”. La necessità dell'ingresso anticipato in procedura dell'imprenditore in crisi è, d'altronde, riconosciuta

da tutti gli ordinamenti, a partire da quello statunitense, e fa parte dei principi elaborati dall'Uncitral e dalla Banca Mondiale per la corretta gestione della crisi d'impresa.

L'importanza di questo obiettivo è quindi così evidente da non richiedere particolari sottolineature. E' appena il caso di ricordare, infatti, che le possibilità di salvaguardare i valori di un'impresa in difficoltà sono direttamente proporzionali alla tempestività dell'intervento risanatore e che, viceversa, il ritardo nel percepire i prodromi di una crisi fa sì che, nella maggior parte dei casi, questa degeneri in vera e propria insolvenza sino a divenire irreversibile ed a rendere perciò velleitari – e non di rado addirittura ulteriormente dannosi – i postumi tentativi di risanamento.

L'urgenza di un intervento in questa direzione è attestata da recenti studi empirici, dai quali emerge un quadro allarmante sull'incapacità delle imprese italiane – per lo più medie o piccole imprese – di promuovere autonomamente processi di ristrutturazione precoce, per una serie di fattori che ne riducono la competitività (sottodimensionamento, capitalismo a conduzione familiare, personalismo autoreferenziale dell'imprenditore, debolezza degli assetti di *corporate governance*, carenze nei sistemi operativi, assenza di monitoraggio e di pianificazione, anche a breve termine). Se a ciò si aggiunge che nel nostro Paese le procedure concorsuali sono ancora vissute dagli imprenditori come un male in sé, da allontanare nel tempo ad ogni costo, si comprende perché le imprese ammesse a concordato preventivo risultino per lo più in condizione di ormai irreversibile decozione.

E' dunque impellente rispondere all'invito contenuto nel Piano d'azione imprenditorialità 2020 COM(2012) del 9 gennaio 2013, rivolto dalla Commissione agli Stati membri della UE ed appositamente richiamato nel 9° Considerando della Raccomandazione n. 2014/135/UE, affinché offrano “servizi di sostegno alle imprese in tema di ristrutturazione precoce, consulenza per evitare i fallimenti e sostegno alle PMI per ristrutturarsi e rilanciarsi”, agendo sulle cause endemiche e culturali del ritardo con cui le imprese italiane si attivano per affrontare la crisi e fornendo loro un supporto esterno, anche in termini di consulenza. Ciò aiuterà a supplire al *deficit* di competenza ed organizzazione interna da cui spesso le imprese sono afflitte, consentendo una tempestiva

rilevazione delle difficoltà finanziarie che preludono alla crisi e rendono probabile l'insolvenza, così da scongiurare la progressiva distruzione del valore aziendale per puntare invece a *“massimizzarne il valore totale per creditori, dipendenti, proprietari e per l'economia in generale”*, come prevede l'obiettivo principale posto nel 1° *Considerando* della più volte citata Raccomandazione.

A questo scopo si è proposto d'introdurre una fase preventiva di “allerta”, volta ad anticipare l'emersione della crisi meglio di quanto non siano riusciti a fare, sinora, gli istituti vigenti: intesa non tanto, o non solo, quale richiamo a connotazione meramente ammonitoria, quanto come strumento di sostegno, diretto in prima battuta ad una rapida analisi delle cause del malessere economico e finanziario dell'impresa (intuibilmente soprattutto per le strutture imprenditoriali di minori dimensioni, meno attrezzate ad affrontare la crisi), e destinato a risolversi, all'occorrenza, in un vero e proprio servizio di supporto ai negoziati in vista del raggiungimento dell'accordo con i creditori o, eventualmente, anche solo con alcuni di essi (ad esempio quelli meno conflittuali, o più strategici).

Si mira a creare un luogo d'incontro tra le contrapposte – ma non necessariamente divergenti – esigenze del debitore e dei suoi creditori, secondo una logica di mediazione e composizione, non improvvisata e solitaria, bensì assistita da organismi professionalmente dedicati alla ricerca di una soluzione appropriata, con tutti i riflessi positivi che ne possono indirettamente derivare, anche in termini deflattivi del contenzioso civile e commerciale. Lo sbocco naturale della procedura sarà quindi costituito dall'adozione di misure di riorganizzazione dell'impresa idonee a favorire il superamento della situazione di difficoltà ed a prevenire un vero e proprio stato d'insolvenza, oppure dalla tempestiva messa in campo degli strumenti negoziali di gestione e superamento della crisi già contemplati dalla normativa. Il tribunale, naturalmente, resta sullo sfondo, pronto a fornire tutela giudiziale in chiave risolutiva dei possibili conflitti tra diritti ed interessi, anche di terzi, siano essi potenziali o già in essere.

La prospettiva di successo di una tale procedura dipende in gran parte dalla propensione degli imprenditori ad avvalersene tempestivamente. Perciò appare necessario configurare un sistema di incentivi, per chi vi ricorra, e di disincentivi, per chi invece non vi ricorra pur quando sussistano le condizioni che lo consiglierebbero, fermo l'obbligo di segnalare allo stesso debitore i più rilevanti indizi di difficoltà finanziaria ad opera dei principali creditori istituzionali (quale, ad esempio, l'Agenzia delle Entrate) o ad opera degli organi di controllo, se si tratta d'impresa gestita in forma societaria.

Anche le caratteristiche salienti delle procedure di allerta e composizione assistita della crisi dovrebbero essere concepite in modo da incoraggiare l'imprenditore ad avvalersene. Perciò si è previsto che siano contrassegnate da confidenzialità e si è preferito collocarle al di fuori del tribunale, per evitare il rischio che l'intervento del giudice possa essere percepito dal medesimo imprenditore, o dai terzi, quasi come l'anticamera di una successiva ed indesiderata procedura concorsuale d'insolvenza. D'altronde, il gravoso carico di lavoro che già oggi opprime i nostri tribunali, concorrendo a rallentare il corso dei procedimenti giudiziari (ivi comprese le procedure concorsuali), sconsiglia di onerarli di questo ulteriore compito, che potrebbe rivelarsi eccessivamente pesante. Si è quindi scelto di affidare la gestione di tali procedure ad un'apposita sezione degli Organismi di composizione della crisi, già oggi contemplati dalla normativa in tema di sovraindebitamento. Condizione essenziale per il loro successo è, però, che detti organismi siano adeguatamente rafforzati e resi idonei all'espletamento di questo nuovo impegno, garantendo un elevato livello di professionalità di coloro ai quali saranno demandati i delicati compiti cui s'è fatto cenno. Solo in caso di richiesta di misure protettive, volte ad impedire o paralizzare eventuali aggressioni dei creditori al patrimonio del debitore (o comunque ai beni facenti parte dell'impresa) nel periodo di tempo occorrente all'espletamento della procedura ed all'eventuale raggiungimento di accordi negoziali con i creditori medesimi, potrà rendersi necessario l'intervento del giudice anche in questa fase.

E' stata da talune parti prospettata la necessità di prevedere uno sbocco giudiziale delle procedure in esame, quando esse non diano i risultati sperati o per l'oggettiva impossibilità di conseguirli o per la mancanza dell'impegno a tal fine richiesto all'imprenditore interessato. Non sembra, però, che una simile previsione normativa davvero occorra. S'è già detto che il ricorso alle procedure di allerta e di composizione assistita della crisi non deve essere (e soprattutto non deve venir percepito come se fosse) un piano inclinato verso la liquidazione giudiziale dell'impresa; e si è perciò già sottolineato il carattere confidenziale e stragiudiziale che dette procedure debbono avere. Sono state ipotizzate sanzioni penali per chi non ne faccia uso, o ne faccia cattivo uso, ed è stata espressamente enunciata la possibilità, in questi casi, d'incorrere in responsabilità civile per gli amministratori di società. Qualora, nondimeno, la procedura non dia i risultati sperati, giacché non si perviene ad uno spontaneo risanamento dell'impresa né si raggiungano accordi con i creditori che valgano a scongiurare la crisi ed a prevenire l'insolvenza, è ovvio che si determineranno le condizioni per la successiva instaurazione di procedure giudiziali destinate all'accertamento ed alla gestione delle situazioni di crisi o d'insolvenza. Ma è bene che ciò avvenga secondo le regole che ordinariamente disciplinano l'apertura di tali procedure, ad iniziativa dei soggetti legittimati ad instaurarle, essendo ormai venute meno le condizioni che in precedenza potevano aver giustificato l'adozione di eventuali misure protettive. Non sembra invece esservi alcuna necessità – né appare opportuno, per le ragioni già sopra chiarite – che l'apertura di una procedura di liquidazione giudiziale sia fatta discendere in modo automatico dalla conclusione negativa del tentativo di composizione della crisi.

#### ***4. Piani attestati di risanamento ed accordi di ristrutturazione***

Nella fase stragiudiziale si collocano gli istituti dei piani attestati di risanamento e degli accordi di ristrutturazione dei debiti, già presenti nella normativa vigente, da modificare ed integrare ai fini di un migliore inserimento nel quadro sistematico che s'intende ora disegnare. Si tratta di istituti relativamente recenti, per quanto ormai radicati nel panorama del diritto

concorsuale, che necessitano sicuramente di una rivitalizzazione, in parte già operata con gli interventi dell'estate 2015, perché se ne possa apprezzare in maniera più evidente un il proficuo utilizzo nella prassi.

Ciò dicasi, in particolare, per gli accordi di ristrutturazione, che a dieci anni dalla loro introduzione nell'ordinamento non sembrano ancora avere incontrato il favore diffuso degli operatori. Allo scopo di renderli più duttili e meglio fruibili si è perciò proposta l'eliminazione della soglia del 60% dei crediti, prevista dal vigente art. 182-bis della legge fallimentare, purché sia attestata l'idoneità dell'accordo alla soddisfazione non solo integrale, ma anche tempestiva, dei creditori estranei alle trattative, a meno che il debitore intenda chiedere misure protettive, quali, ad esempio, la sospensione delle azioni esecutive o cautelari durante le trattative. Gli effetti dell'accordo o dell'eventuale convenzione di moratoria dovrebbero potersi altresì estendere ai creditori non aderenti – anche perciò a creditori diversi da banche o intermediari finanziari, fermo ovviamente il loro diritto di opporsi all'omologazione in caso di frode o di inattuabilità dell'accordo ovvero dimostrando l'esistenza di alternative più favorevoli – se l'accordo medesimo venga raggiunto con creditori che rappresentano una rilevante percentuale (almeno il 75%) del totale dei crediti. Ed un simile meccanismo dovrebbe ugualmente poter operare per accordi circoscritti a singole categorie omogenee di creditori (come già ora avviene per i creditori bancari e per gli intermediari finanziari), se ciò non pregiudica il pagamento integrale dei creditori appartenenti alle altre categorie. Ragioni di ordine sistematico suggeriscono, in caso di società con soci illimitatamente responsabili, di estendere gli effetti dell'accordo anche a detti soci, in coerenza con quanto accade per il concordato preventivo.

Si è discusso dell'opportunità di conservare in capo al tribunale un potere d'ufficio nella valutazione di eventuali soluzioni alternative in grado di soddisfare maggiormente le ragioni dei creditori non aderenti cui si vogliono estendere gli effetti di un accordo di ristrutturazione o di una convenzione di moratoria. E' però prevalsa l'opinione negativa, giacché la previsione di un siffatto potere d'ufficio, in assenza di doglianze da parte dei creditori interessati – ferma ovviamente

l'esigenza di assicurare loro un'adeguata informazione preventiva che li ponga, volendo, in condizione di partecipare alla trattativa – parrebbe poco coerente con l'impostazione generale della riforma ed, in particolare, con quella del parallelo istituto del concordato preventivo.

### ***5. Il concordato preventivo***

E' opinione condivisa, tra gli studiosi e gli operatori del settore, quella che ravvisa in meccanismi di tipo negoziale – primo tra tutti il concordato preventivo – gli strumenti più efficaci, se correttamente adoperati, per risolvere positivamente le crisi d'impresa o per recuperare le potenzialità aziendali tuttora presenti in situazioni di insolvenza non del tutto irreversibile. Nell'ultimo decennio il legislatore si è perciò indirizzato a favorire, nei limiti del possibile, il ricorso all'istituto concordatario. Non v'è ora motivo di sovvertire tale linea di condotta, ma occorre introdurre i contemperamenti che l'esperienza ha già mostrato essere necessari per evitare inutili sprechi e possibili abusi in danno dei creditori.

La maggiore flessibilità che le riforme dell'ultimo decennio hanno assicurato all'istituto del concordato preventivo è certamente alla base del notevole incremento fatto registrare nel numero delle domande di ammissione a tale procedura. In prevalenza, tuttavia, le proposte concordatarie hanno continuato ad assumere il tradizionale contenuto della cessione dei beni, che raramente rappresenta per i creditori una soluzione davvero più vantaggiosa, rispetto alla liquidazione fallimentare, e che neppure, ovviamente, salvaguarda in modo più efficace l'eventuale valore residuo dell'impresa. Quando null'altro v'è da fare, se non liquidare i beni del debitore per soddisfare al meglio le ragioni dei creditori, una pluralità di procedure liquidatorie mal si giustifica, tanto più ove si consideri che l'attuale procedura di fallimento dovrebbe non solo esser destinata a mutar nome, perdendo i connotati di disvalore sociale che ancora oggi la caratterizzano, ma anche a sfociare in modalità di liquidazione dei beni del debitore ormai davvero quasi del tutto sovrapponibili a quelle dell'odierno concordato preventivo liquidatorio. Con il vantaggio, però, di un più sicuro e collaudato meccanismo di accertamento dei crediti e del non trascurabile risparmio

di costi dovuto alla nomina di un solo curatore in luogo della pluralità dei professionisti e degli organi oggi presenti nella procedura concordataria. Il favore per l'istituto concordatario si giustifica, perciò, non quando il concordato realizzi i medesimi scopi del fallimento (o, per stare alla nuova terminologia qui proposta, della liquidazione giudiziaria), bensì qualora esso valga a garantire la continuità aziendale ed, attraverso di essa, ricorrendone i presupposti, riesca altresì ad assicurare nel tempo una migliore soddisfazione dei creditori.

Muovendo da tale constatazione, si è ritenuto di circoscrivere tendenzialmente l'istituto alla sola ipotesi del c.d. concordato in continuità: quando cioè, vertendo l'impresa in situazione di crisi o anche di vera e propria insolvenza – ma reversibile – la proposta preveda il superamento di tale situazione mediante la prosecuzione (diretta o indiretta) dell'attività aziendale, sulla base di un adeguato piano che sia consono anche al soddisfacimento, per quanto possibile, dei creditori. Si è preferito, tuttavia, non escludere del tutto ogni possibilità di concordato preventivo liquidatorio, purché esso sia caratterizzato da apporti di terzi che consentano di soddisfare le ragioni dei creditori in misura apprezzabilmente maggiore. Non si può escludere questa eventualità e non sarebbe logico impedire ai creditori di beneficiare del vantaggio che, in tal caso, il concordato liquidatorio effettivamente per loro presenta rispetto all'alternativa della semplice liquidazione giudiziaria.

E' stata peraltro prospettata l'opportunità di tener ferma, anche nel quadro della nuova ipotizzata disciplina del concordato, la recente previsione normativa che introduce tra i requisiti di ammissibilità del concordato liquidatorio l'assicurazione ai creditori chirografari del pagamento di almeno il venti per cento dei loro crediti. Ma questa previsione si giustifica soltanto nella situazione attuale, in cui è normale – anzi del tutto frequente – che la proposta di concordato abbia ad oggetto null'altro che la cessione dei beni del debitore insolvente, in alternativa alla liquidazione fallimentare. Essa non appare invece altrettanto plausibile nella logica della riforma che qui si sta prospettando, nella quale il concordato liquidatorio è concepito come un'eccezione, giustificata dall'offerta di un *quid pluris* rispetto al solo compendio dei beni del debitore insolvente. Dovrà trattarsi, naturalmente, di un'offerta supplementare che valga a rendere il concordato più

vantaggioso per i creditori in termini non irrisoni, ma la relativa misura ben potrà essere valutata caso per caso o eventualmente in seguito specificata dal legislatore delegato.

Quanto allo svolgimento della procedura, senza stravolgere più del necessario l'attuale disciplina, sono stati dettati alcuni principi, tra i quali merita una particolare sottolineatura quello che legittima anche i terzi a proporre domanda di concordato. Giova sottolineare che la legittimazione del terzo è qui riferita non solo – come già oggi accade – alla presentazione di proposte concorrenti all'interno di un procedimento concordatario che solo al debitore è consentito attivare, bensì anche alla proposizione della stessa domanda di ammissione alla procedura di concordato. Una simile possibilità, che evidentemente è funzionale a stimolare anche lo stesso debitore a formulare eventuali domande e proposte concordatarie appetibili, prima che lo scioglimento nell'insolvenza possa schiudere le porte ad iniziative di estranei, è però limitata all'ipotesi in cui il debitore versi in stato d'insolvenza, e non di semplice crisi: perché solo in questa ipotesi appare sufficientemente giustificato un meccanismo che, in base ad un piano proposto da soggetti terzi e per loro iniziativa, potrebbe anche comportare la sottrazione dell'azienda al proprio originario titolare.

La possibilità che l'accesso alla procedura concordataria sia preceduto dallo svolgimento di una fase non giudiziale di allerta e composizione assistita della crisi, nei termini già prima descritti, potrebbe in molti casi far venire meno le condizioni che oggi giustificano la proposizione di domande di concordato con riserva di successiva presentazione della proposta e del piano. Non si è però reputato di dover espungere tale possibilità dal sistema, non foss'altro perché non v'è una necessaria propedeuticità della procedura di allerta e composizione assistita della crisi rispetto a quella concordataria, e parrebbe eccessivo precludere i benefici dalla proposizione della domanda di concordato con riserva a chi, per le più svariate ragioni, non abbia potuto avvalersi dell'anzidetta procedura stragiudiziale.

E' dubbio se, nel rinnovato quadro normativo che s'intende disegnare, conservi reale utilità la figura del professionista indipendente – ma pur sempre designato dallo stesso debitore – chiamato

ad attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano concordatario (oltre alle altre numerose, ma eventuali, funzioni attribuitegli nell'ambito della procedura di concordato dalla normativa vigente). Quanto meno nelle ipotesi in cui la domanda di concordato sia lo sbocco di una precedente procedura stragiudiziale di composizione assistita della crisi, è ragionevole ipotizzare che la suddetta funzione attestatrice possa essere stata già adeguatamente assolta dal professionista designato a seguire tale procedura. Più in generale, del resto, l'esperienza di questi ultimi anni – specialmente dopo le modifiche introdotte nel testo dell'art. 161 del r.d. n. 267 del 1941 dall'art. 82, comma, 1, lett. b), del d.l. n. 69 del 2013, convertito nella legge n. 98 del 2013, che ha consentito la nomina del commissario giudiziale anche nella fase di presentazione della domanda di concordato con riserva – sembra suggerire che le attestazioni del professionista sono quasi sempre destinate a successiva revisione ad opera del commissario giudiziale, col concreto rischio di una sostanziale duplicazione di attività e di conseguente spreco di tempo ed aumento finale dei costi per l'impresa. Siffatti dubbi hanno indotto a lasciare aperta la possibilità che il futuro legislatore delegato riveda l'attuale sistema di accertamento della veridicità dei dati aziendali e di attestazione di fattibilità del piano concordatario e, più in generale, chiarisca, anche alla luce delle indicazioni già in proposito formulate dalla giurisprudenza di legittimità, il contenuto dei poteri del tribunale, con particolare riguardo proprio alla valutazione di fattibilità del piano.

Non è parso opportuno in questa sede, pur dopo le modifiche normative introdotte nel testo dei vigenti artt. 160 e 161 della legge fallimentare dal d.l. n. 83 del 2015, convertito nella legge n. 132 del 2015, ulteriormente specificare i poteri di verifica della fattibilità del piano concordatario spettanti al tribunale, essendo sufficiente richiamare in proposito l'ormai consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità quale parametro di riferimento per l'eventuale futuro legislatore delegato. Non persuade, infatti, l'obiezione secondo cui le suaccennate modifiche normative, nello stabilire la percentuale minima di pagamento da assicurare ai creditori chirografari e nel richiedere l'indicazione specifica dell'utilità che il proponente si obbliga ad assicurare a ciascun creditore, avrebbero comportato il superamento dei principi precedentemente affermati dalla giurisprudenza a

questo riguardo. Quei principi – nella fondamentale distinzione che pongono tra la valutazione della fattibilità in termini di prognosi circa un risultato economicamente conseguibile e la verifica dell'esistenza in concreto della causa negoziale sottostante alla proposta concordataria – appaiono pienamente compatibili con i più stringenti parametri cui la medesima proposta concordataria deve oggi attenersi, che pur sempre implicano tanto una valutazione di fattibilità economica quanto una verifica di fattibilità giuridica.

Non meno importante è che venga fissata la misura massima entro cui è consentito riconoscere il diritto al compenso per i professionisti designati dal debitore. La necessità di controllare l'abnorme incremento delle prededuzioni fatto registrare negli ultimi anni, che hanno non poco compromesso le prospettive di recupero dei creditori nell'ambito delle procedure concorsuali, non può non investire anche questo aspetto, pur nell'incontestata necessità di assicurare al debitore l'effettivo esercizio del diritto di difesa e di assistenza professionale nei delicati momenti della crisi.

Gli ulteriori principi di delega proposti con riguardo alla procedura concordataria non richiedono particolare commento, essendo in via generale rivolti a semplificare i principali passaggi della procedura ed a favorire la risoluzione dei nodi interpretativi ed applicativi posti più frequentemente in luce dall'esperienza pregressa. A questo scopo sono state fornite indicazioni concernenti il voto dei creditori, i crediti d'imposta per valore aggiunto, i rapporti pendenti, i finanziamenti interinali, la possibilità di procedere *medio tempore* all'affitto o alla vendita dell'azienda del debitore e le relative condizioni, la fase esecutiva del concordato ed i suoi effetti esdebitatori nei riguardi di eventuali terzi garanti e dei soci illimitatamente responsabili.

Qualche osservazione in più s'impone per l'ipotesi in cui il debitore in concordato abbia veste societaria. Situazione, questa, alla quale la legge fallimentare del 1942 dedica scarsa attenzione e che, invece, è quella più ricorrente nella pratica, onde appare opportuno che il legislatore se ne faccia espressamente carico.

Ciò dicasi non solo con riguardo alla disciplina dell'esercizio delle azioni di responsabilità nei confronti di organi della società (disciplina che, nella logica del concordato in continuità, presumibilmente non dovrà discostarsi dalle linee di fondo dettate dal codice civile per siffatte azioni), ma anche e soprattutto con riferimento al funzionamento degli organi sociali nel corso della procedura concordataria ed al regime, in tale fase, delle eventuali operazioni straordinarie (fusione, scissione e trasformazione della società, nonché aumento del capitale sociale con esclusione o limitazione del diritto di opzione spettante ai soci). Situazioni, queste ultime, per le quali l'applicazione dell'ordinaria disciplina del codice civile non sempre risulta coerente con le esigenze di una società in concordato, che quelle medesime operazioni debba inserire in un piano da proporre all'approvazione dei creditori, né con le regole da cui è retta la medesima procedura concordataria (basti pensare alla disciplina codicistica dell'opposizione dei creditori alla fusione ed alla scissione di società, oggi non coordinata con le norme che regolano l'approvazione a maggioranza della proposta concordataria e l'eventuale opposizione all'omologazione del concordato, nonché alla disciplina codicistica del recesso del socio, dal quale potrebbero derivare per la società oneri di rimborso non prevedibili al momento della formulazione della proposta di concordato).

Inoltre, per scoraggiare comportamenti ostruzionistici (che potrebbero manifestarsi soprattutto nel caso in cui la proposta concordataria, approvata dai creditori, provenisse da un terzo), è parso opportuno introdurre la previsione di un'ipotesi di speciale e temporaneo commissariamento della società ad opera del tribunale, al fine di dare comunque piena e tempestiva esecuzione alle operazioni contemplate nella proposta approvata ed omologata, ferma ovviamente restando la necessità di darne adeguata informazione e di garantire agli interessati l'indispensabile tutela giurisdizionale, da esperire però all'interno della stessa procedura concordataria.

Della disciplina del concordato riguardante gruppi di società si dirà poi.

## **6. *La liquidazione giudiziale***

La procedura di liquidazione giudiziale dovrebbe prendere il posto dell'attuale procedura di fallimento.

I molteplici principi di delega enunciati nell'art. 7 della proposta, che singolarmente non richiedono una particolare illustrazione, sono accomunati dall'intento di rendere la procedura più rapida e snella, pur senza stravolgerne gli attuali caratteri fondamentali. Vanno in questo senso le disposizioni volte a rafforzare i poteri del curatore, assicurandone al contempo una più elevata professionalità ma sancendone l'incompatibilità con eventuali incarichi già ricoperti in fasi procedurali precedenti relative alla stessa impresa, a snellire le modalità di apprensione dell'attivo e ad eliminare forme di esecuzione speciale e di privilegio processuale che hanno ormai perso la loro ragion d'essere.

Non è parso necessario prevedere modifiche di rilevante portata per quanto riguarda la disciplina delle azioni revocatorie (ed, in generale, degli effetti dell'apertura della procedura concorsuale sugli atti precedentemente compiuti dal debitore), ferma in tutti i casi l'opportunità di una rivisitazione del vigente tessuto normativo al fine di renderlo più chiaro e coerente, eliminando i più frequenti dubbi interpretativi che si sono manifestati in proposito.

Nemmeno la disciplina dei rapporti pendenti è destinata ad essere rivoluzionata, rimanendo invariata l'idea di fondo per cui la funzione liquidatoria della procedura deve realizzarsi non soltanto attraverso la conversione in denaro dei diritti e dei beni (materiali o immateriali) del debitore, ma anche mediante la definizione dei rapporti giuridici patrimoniali derivanti da contratti da lui stipulati e tuttora pendenti quando la procedura prende avvio. La funzione liquidatoria della procedura concorsuale, in tali ipotesi, si manifesta, però, non in via diretta, e cioè come possibilità offerta agli organi della procedura di liquidare il rapporto contrattuale pendente come tale, ma in via indiretta, e cioè come criterio di orientamento delle scelte compiute dal curatore, oppure quale fondamento degli effetti voluti dalla legge sul singolo rapporto. Ferma, dunque, la struttura di fondo dell'art. 72 della vigente legge fallimentare, si è ipotizzato d'introdurre per i contratti caratterizzati da *intuitus personae* una norma simile a quella prevista in materia di appalto dall'art. 81, comma 2,

di detta legge, prevedendo una specifica disciplina per il contratto preliminare, con specifico riguardo agli immobili da costruire per i quali si pongono peculiari esigenze di tutela dei promissari acquirenti.

Anche per i rapporti di lavoro pendenti sarà necessario contemplare una disciplina a sé stante. La maggior parte delle attuali procedure fallimentari è destinata ad una chiusura rapida per inesistenza o insufficienza dell'attivo da liquidare. In tali casi la necessità di speditezza contrasta con l'interesse dei dipendenti rimasti privi degli emolumenti o, peggio, non regolarizzati, i quali possono contare esclusivamente sul riconoscimento delle tutele del loro reddito che trovano fondamento nella Carta sociale europea, nella Direttiva 1980/987/CE (e Direttiva 2002/74/CE), nell'art. 2 della legge n. 297 del 1982 e negli artt. 1 e 2 del d.lgs. n. 80 del 1992. Donde la necessità di demandare all'eventuale futuro legislatore delegato il compito di armonizzare la disciplina della liquidazione concorsuale con quella del diritto del lavoro in ordine ai licenziamenti, alle forme assicurative e di integrazione salariale ed al trattamento di fine rapporto.

Con specifico riferimento ai crediti da lavoro dipendente, ma in termini più generali anche per ogni altra categoria di crediti, si pone l'esigenza di meglio disciplinare e semplificare la procedura di accertamento del passivo, scandendone con maggior rigore le diverse fasi temporali (ed adeguando la procedura agli strumenti telematici dei quali ci si dovrà servire). In questa logica si è anche discusso dell'eventualità di attribuire senz'altro al curatore il compito di formare lo stato passivo, riservando l'intervento del giudice alla fase delle eventuali successive contestazioni, ma è prevalsa la scelta di non modificare radicalmente in proposito l'assetto normativo dell'attuale legge fallimentare. Si è altresì preferito lasciare intatto l'attuale principio della valenza solo endoconcorsuale dell'accertamento del passivo, salva però la necessità di introdurre regole volte a garantire la stabilità delle decisioni sui diritti reali immobiliari per meglio salvaguardare l'esigenza di certezza dei terzi.

Maggiori novità si vorrebbero introdurre nella fase della liquidazione dell'attivo, prevedendo l'adozione di un sistema di vendita dei beni che è frutto di una rivisitazione

complessiva della relazione oggi esistente tra le procedure fallimentari ed il mercato, tale da consentire, anche tramite l'adozione di moderne tecnologie telematiche, migliori prospettive di soddisfazione delle ragioni dei creditori. Si tratta del c.d. sistema "Common", già delineato dalla Commissione ministeriale istituita il 4 agosto 2014, che si basa essenzialmente su tre elementi complementari: a) la creazione di un mercato telematico unificato a livello nazionale, per tutti i beni posti in vendita dalle procedure concorsuali, dotato di massima visibilità e che funge da piattaforma di formazione dei prezzi attraverso meccanismi d'asta differenziati, ampliando la platea dei potenziali acquirenti; b) la possibilità di acquisto di beni su tale mercato non solo con denaro corrente ma anche con appositi titoli, che incorporano un diritto speciale attribuito ai creditori delle procedure di cui sia certificata la concreta possibilità di soddisfazione, da parte di un organismo terzo a un valore minimo prudenziale, a fronte di una garanzia formata dagli attivi più facilmente vendibili e di valore durevole; c) la creazione di un fondo nel quale siano conferiti i beni rimasti invenduti, in vista della loro valorizzazione.

A prescindere da ciò, mette conto sottolineare che la liquidazione, secondo modalità in parte riconducibili a quelle già oggi praticate nell'esecuzione dei concordati preventivi liquidatori, dovrebbe essere essenzialmente affidata al curatore, sulla base del programma da lui in precedenza redatto ed approvato dal giudice con un provvedimento destinato a segnare la conclusione della vera e propria fase giudiziale della procedura. Nella fase successiva eventuali interventi ulteriori del giudice resterebbero limitati alla risoluzione delle controversie che in corso di liquidazione dovessero insorgere.

Analoga attribuzione di competenze, rispettivamente al curatore ed al giudice, è ipotizzata per le operazioni di riparto, confermandosi la possibilità di una chiusura anticipata della procedura, al fine di consentire l'esdebitazione nei termini auspicati dalla citata Raccomandazione UE, una volta ripartito l'attivo già realizzato, pur se pendano ancora procedimenti giudiziari ai quali il curatore potrà continuare a partecipare con piena legittimazione.

Come già per la procedura di concordato preventivo, anche per quella di liquidazione giudiziale è parso opportuno dettare norme più specifiche riguardanti le società, in considerazione del fatto che, mentre l'attuale disciplina del fallimento è quasi interamente concepita con riferimento alla figura dell'imprenditore individuale e solo adattata, per alcuni limitati aspetti, alla fattispecie dell'impresa societaria, nella realtà è proprio quest'ultima fattispecie ad essere di gran lunga la più frequente. Donde anche la necessità che la revisione della disciplina delle procedure concorsuali si accompagni ad alcuni interventi sulle disposizioni di diritto societario contemplate dal codice civile.

Si rende perciò opportuno, anzitutto, prevedere che l'assoggettamento alla procedura di liquidazione giudiziale è causa di scioglimento delle società di capitali, come è testualmente oggi già previsto per il fallimento delle società di persone (art. 2308 del codice civile) ed era un tempo statuito – ma adesso non più – anche per le società di capitali (cfr. art. 2448, ultimo comma, del codice civile nel testo anteriore alla riforma societaria del 2003). La differenza di trattamento che parrebbe oggi emergere, sotto questo profilo, fra società di persone e società di capitali non è agevole da giustificare; né è agevole definire la condizione degli organi sociali in pendenza della procedura fallimentare. Donde la scelta di introdurre una previsione normativa che espressamente disciplini tali situazioni, prevedendo che al termine della procedura sia lo stesso curatore a convocare l'assemblea e che questa sia posta in condizione di deliberare se revocare la liquidazione della società, eventualmente ricapitalizzandola o comunque verificando le condizioni per la sua successiva operatività, oppure cessare definitivamente l'attività sociale per addivenire alla conseguente cancellazione dal registro delle imprese.

E' del pari opportuno che sia integrata l'attuale disciplina delle azioni di responsabilità in pendenza della procedura concorsuale liquidatoria. Ben note sono le incertezze che, con specifico riguardo alla disciplina della società a responsabilità limitata, sono sorte a seguito della riforma attuata col d. lgs n. 6 del 2003, che non ha più espressamente previsto, per quel tipo di società, l'azione di responsabilità esperibile dai creditori sociali in base all'art. 2394 del codice civile

(disposizione, quest'ultima, che prima di detta riforma figurava tra quelle richiamate dal secondo comma del successivo art. 2487 ed era, quindi, pacificamente applicabile alle società a responsabilità limitata). Tali incertezze si riflettono anche sulla possibilità che tra le azioni di responsabilità esercitabili dal curatore a norma del secondo comma del vigente art. 147 della legge fallimentare sia o meno ricompresa, in caso di fallimento di una società a responsabilità limitata, anche la predetta azione dei creditori sociali. E' opinione prevalente in dottrina che una differenza di disciplina tra le diverse società di capitali non sia, a questo proposito, sorretta da ragioni sufficienti; ed anche la giurisprudenza si è mostrata per lo più incline a condividere tale orientamento: che appare quindi opportuno tradurre in un'esplicita disposizione normativa idonea a far cessare ogni residua incertezza.

E' doveroso ricordare che, nel corso dei lavori della commissione, è stata discussa anche l'eventualità di rivedere l'istituto dell'estensione del fallimento ai soci illimitatamente responsabili (palesi o occulti) di società di persone ed ai soci occulti di società occulte, quale previsto dall'art. 147 della vigente legge fallimentare; istituto che rappresenta una peculiarità del nostro ordinamento e che è stato oggetto, anche di recente, di riflessioni critiche e di proposte di abrogazione da parte della dottrina. Si è tuttavia preferito non formulare una previsione in tal senso. Hanno indotto a ciò, per un verso, la considerazione che il venir meno della qualifica di "fallito", con la connotazione anche socialmente negativa che si accompagna a questo termine, nonché delle conseguenze penalizzanti del fallimento sul piano personale, dovrebbe valere a sdrammatizzare notevolmente la questione; per altro verso, il fatto che l'eventuale abrogazione del suddetto istituto richiederebbe pur sempre la necessità di escutere il patrimonio dei soci illimitatamente responsabili, non appena aperta la procedura di liquidazione giudiziale della società, in base a regole coerenti con quelle proprie della medesima procedura concorsuale, verosimilmente attribuendo ugualmente al curatore la relativa legittimazione ad agire; con il rischio, però, di notevoli complicazioni processuali e con l'effetto collaterale di rimettere in discussione consolidati orientamenti giurisprudenziali formati in questa materia nel corso degli anni.

L'eventualità che la procedura di liquidazione giudiziale possa concludersi anche con un concordato, sulla falsariga dell'attuale istituto del concordato fallimentare, non può essere esclusa, ma, al pari del concordato preventivo liquidatorio di cui già s'è detto, presuppone che la proposta sia supportata da un apporto di ulteriori risorse, tali da rendere questa evenienza più vantaggiosa per i creditori rispetto all'ordinaria liquidazione.

Legittimati alla presentazione di una siffatta proposta, come già oggi per il concordato fallimentare, dovrebbero poter essere sia i creditori, sia terzi interessati, sia lo stesso debitore. La legittimazione di quest'ultimo, però, per evitare comportamenti opportunistici, andrebbe esclusa se egli abbia già in precedenza presentato una proposta di concordato preventivo non giunta a buon fine.

## ***7. L'esdebitazione***

L'istituto dell'esdebitazione è andato assumendo, negli ultimi anni, un'importanza crescente. Ne fa fede il confronto internazionale e la particolare attenzione che vi dedica la già più volte citata Raccomandazione 2014/135/UE, in cui si ricorda come sia dimostrato che *“gli imprenditori dichiarati falliti hanno maggiori probabilità di avere successo una seconda volta”* e se ne deduce l'opportunità di *“adoperarsi per ridurre gli effetti negativi del fallimento sugli imprenditori, prevedendo la completa liberazione del debito dopo un lasso di tempo massimo”* (20° Considerando).

Muovendo da tali presupposti e tenendo conto di quanto più specificamente enunciato al punto IV della predetta Raccomandazione, si è ritenuto di prevedere, per le insolvenze di minor portata, la possibilità di un'esdebitazione di diritto – che dunque non richiede la pronuncia di un apposito provvedimento del giudice – conseguente alla chiusura della procedura di liquidazione giudiziale, salva la possibilità di eventuale opposizione da parte dei creditori i quali contestino la sussistenza delle prescritte condizioni, che il giudice sarà chiamato in tal caso a verificare. Per le insolvenze maggiori, invece, l'esdebitazione presupporrà che l'interessato presenti una domanda, e

che il giudice provveda positivamente su di essa. In considerazione del fatto che tali procedure maggiori potrebbero non avere durata breve, si è ipotizzato che la domanda possa essere avanzata non solo dopo la chiusura della procedura medesima, ma anche dopo il decorso di un triennio dalla sua apertura.

Giacché la stessa citata Raccomandazione precisa che l'ammissione al beneficio della liberazione dai debiti non è opportuna sempre e comunque, dovendosi evitare che ne risultino avvantaggiati gli imprenditori disonesti o che comunque se ne possa abusare, è stata esclusa la possibilità di avvalersi dell'esdebitazione nei casi di dolo o mala fede del debitore o quando egli non abbia collaborato con gli organi della procedura.

Non si è ritenuto di dover escludere dal beneficio dell'esdebitazione le società di capitali o di persone, dovendosi in tal caso i requisiti di meritevolezza riferire, rispettivamente, ai soli amministratori o anche ai soci.

#### ***8. Rapporto con provvedimenti di sequestro e confisca penale***

L'esperienza giudiziaria di questi anni ha posto in evidenza non poche difficoltà nel coordinamento della gestione delle procedure fallimentari con i procedimenti penali nel cui ambito siano intervenuti provvedimenti di sequestro o confisca di beni appartenenti ad imprenditori dichiarati falliti. Le difficoltà derivano essenzialmente dalla diversa logica sottesa all'apprensione dei medesimi beni: per le finalità pubblicistiche proprie del processo penale, da un lato, e per le finalità proprie della procedura concorsuale, tesa al soddisfacimento dei creditori, dall'altro. Da ciò l'opportunità di prefigurare una disciplina che contemperi in modo equilibrato tali diverse esigenze e che sciolga in via definitiva i nodi processuali intorno ai quali la giurisprudenza, sia civile sia penale, ha dovuto finora affaticarsi.

Si è perciò proposto di distinguere le differenti situazioni che si possono determinare quando i provvedimenti di confisca o sequestro sono stati emessi in base alle disposizioni del c.d. codice antimafia e quando sono invece frutto dell'applicazione della disciplina sulla responsabilità

amministrativa delle persone giuridiche per reati commessi da propri dirigenti o dipendenti. Nel primo caso sussistono, infatti, ragioni legate alla peculiarità della criminalità imprenditoriale mafiosa che giustificano la competenza specializzata del giudice della prevenzione penale, mentre nel secondo caso appare preferibile lasciare maggiore spazio all'operare degli organi della procedura concorsuale, pur con il necessario coordinamento con la vicenda penale e fermo restando il diritto dello Stato di far valere il proprio credito per le sanzioni da illecito amministrativo.

### ***9. La crisi e l'insolvenza dei gruppi d'impresa***

Un capitolo di notevole importanza nella prospettata riforma è certamente quello che riguarda i gruppi d'impresa, ai quali d'altronde si è già dovuto ripetutamente far cenno nelle pagine precedenti.

E' un capitolo importante perché si tratta di colmare una lacuna dell'attuale legge fallimentare, che non solo – come già notato – dedica poca attenzione all'insolvenza delle imprese costituite in forma societaria, ma apparentemente ignora del tutto le peculiarità dell'insolvenza riguardante quei particolari conglomerati societari cui si è soliti riferirsi con l'espressione “gruppi” (d'impresa). Eppure è ben evidente che l'insolvenza e le eventuali possibilità di risolverla si presentano con connotati peculiari quando non una singola impresa (in veste individuale o societaria che sia) bensì un gruppo d'impresa nella sua interezza ne viene colpito. Lo scenario europeo, ed in particolare il recentissimo Regolamento UE [8][9][10]2015/848, sull'insolvenza transfrontaliera, ulteriormente sollecitano il legislatore nazionale – che dell'insolvenza dei gruppi d'impresa si è occupato finora solo dettando alcune disposizioni in tema di amministrazione straordinaria – a colmare al più presto tale lacuna. Lacuna che, del resto, è da tempo acutamente avvertita nella pratica: soprattutto per quel che riguarda le procedure di concordato preventivo, nelle quali si sono spesso contrapposte l'esigenza di abbracciare unitariamente la realtà imprenditoriale del gruppo d'impresa soggette a procedura concorsuale ed il vigente impianto normativo che impone, invece, di considerare separatamente ogni procedura riguardante ciascuna singola impresa.

A questo scopo si è anzitutto scelto di evitare una nozione o definizione rigida di gruppo, e comunque una nozione nuova ed ulteriore rispetto a quella assunta dal codice civile all'esito della riforma organica del diritto societario intervenuta nel 2003, che dovrebbe ormai costituire il punto di riferimento comune ad ogni disciplina del fenomeno in parola.

Quanto, poi, all'evenienza della crisi e dell'insolvenza, pare chiaro che il connotato tendenzialmente unitario del fenomeno di gruppo possa assumere una valenza maggiore nelle procedure concordatarie, tese a garantire il più possibile la continuità aziendale, rispetto alle procedure meramente liquidatorie, in cui è naturalmente destinata a prevalere la visione statica dei diversi patrimoni sui quali i creditori di ciascun singolo imprenditore hanno rispettivamente titolo per soddisfarsi.

Ciò posto, sono state ipotizzate disposizioni volte a consentire lo svolgimento di una procedura unitaria per la trattazione dell'insolvenza delle plurime imprese del gruppo, individuando criteri di competenza territoriale idonei allo scopo e prevedendo, comunque, che anche in caso di procedure distinte che si svolgano in sedi giudiziarie diverse vi siano obblighi di reciproca informazione a carico degli organi di tali procedure.

E' stata altresì prevista la possibilità di proporre un unico ricorso sia per l'omologazione di accordi di ristrutturazione dei debiti dell'intero gruppo, sia per l'ammissione di tutte le imprese del gruppo alla procedura di concordato preventivo e per la successiva eventuale omologazione, anche con presentazione di un piano concordatario unico o di piani tra loro collegati ed interferenti. Ciò non dovrà comportare, evidentemente, il venir meno dell'autonomia delle masse attive e passive di ciascuna impresa costituita in forma di società dotata di propria personalità giuridica (né, quindi, varrà ad escludere la necessità di votazioni separate da parte dei creditori di ciascuna società), ma consentirà di tenere pienamente conto dei riflessi reciproci delle singole operazioni contemplate dal piano e delle eventuali operazioni organizzative infragruppo.

#### **10. *La procedura di sovraindebitamento***

La revisione della disciplina della composizione delle crisi da sovraindebitamento, quale attualmente prevista dalla legge 27 gennaio 2012, n. 3, si rende necessaria per un duplice ordine di motivi.

Anzitutto perché occorre armonizzarla con le modifiche che s'intendono apportare alle procedure di regolamentazione dell'insolvenza e della crisi di impresa, nell'ottica, già ripetutamente richiamata, di una rivisitazione sistematica della complessiva disciplina, attualmente frammentaria e disorganica, che regola il fenomeno dell'insolvenza. Anche la regolazione del sovraindebitamento dovrebbe perciò rispondere a criteri generali il più possibile comuni alle altre procedure liquidatorie e conservative; ed è quindi necessario che essa faccia riferimento, come tutte le altre, ad un nucleo essenziale e comune di regole generali, da cui differenziarsi solo per gli aspetti che richiedono un indispensabile adattamento alle peculiarità della fattispecie; La scelta di predisporre un unico testo normativo, contenente tutte le discipline regolative della crisi e dell'insolvenza, richiede anche qui un'inevitabile opera di coordinamento.

In secondo luogo, la necessità d'intervenire sul corpo normativo attuale deriva dalla quasi totale disapplicazione dell'istituto, che in Italia – a differenza che in altri paesi europei ed extraeuropei – non sembra ancora avere incontrato il favore degli operatori e dei soggetti destinatari, così fallendo il suo obiettivo di concorrere, attraverso la esdebitazione, alla ripresa dell'economia.

Data per presupposta l'esigenza di armonizzazione con le altre discipline dell'insolvenza, il primo obiettivo che ci si dovrebbe proporre è quindi quello di semplificare l'attuale testo normativo, per molti aspetti troppo complicato e farraginoso, facendo sì che la procedura di composizione delle crisi da sovraindebitamento risulti più agile e rapida, nonché meglio comprensibile per gli operatori nelle sue linee essenziali.

Occorrerebbe altresì sforzarsi di eliminare i costi superflui della procedura per renderla il più economica possibile, al fine di non ostacolarne l'accesso a coloro i quali hanno un patrimonio modesto o addirittura irrisorio. Per ovviare alla scarsa conoscenza dell'istituto, si dovrebbe inoltre

prevedere l'inserimento di una disposizione relativa agli oneri informativi ed alle attività pubblicitarie a cura degli ordini professionali, delle associazioni dei consumatori e degli utenti, delle banche e delle società finanziarie.

Infine, si è ritenuto di conferire maggior peso al fenomeno esdebitatorio, che rappresenta il vero obiettivo perseguito dal soggetto destinatario della normativa, al fine di consentire nuove opportunità nel mondo del lavoro, liberando il debitore da un peso che rischia di divenire insostenibile e di precludergli ogni prospettiva futura.

Nel corso dei lavori della commissione molto si è discusso sul come configurare i requisiti di meritevolezza del debitore cui si applica la procedura di sovraindebitamento, al fine della sua possibile esdebitazione. A fronte di un'opinione che, paventando il rischio di troppo facile abuso dell'istituto, avrebbe preferito un regime più severo, è prevalso l'orientamento di chi, in linea con le legislazioni dei paesi (anche extraeuropei) che vantano il più alto indice di applicazione delle procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento, ha scelto di non esigere per l'ammissione alla procedura in questione requisiti soggettivi troppo stringenti. A ciò ha indotto la considerazione, da un lato, dell'eterogeneità qualitativa dei soggetti destinatari (spesso privi di livelli culturali idonei per rendersi conto del progressivo sovraindebitamento), dall'altro dell'oggettiva difficoltà di individuare rigorosi criteri, sicuramente verificabili, in rapporto all'estrema varietà delle situazioni di vita che possono determinare situazioni individuali di grave indebitamento, senza rischiare di generare un contenzioso dalle proporzioni difficilmente prevedibili o senza, altrimenti, finire per restringere a tal punto la portata dell'istituto da frustrare sostanzialmente le finalità di politica economica ad esso sottese: finalità consistenti, come già accennato, non tanto in una forma di premialità soggettiva quanto piuttosto nel consentire una nuova opportunità a soggetti schiacciati dal peso di un debito divenuto insopportabile.

In tale ottica si è quindi optato per l'inserimento di requisiti negativi, ostativi ai benefici di legge, individuati nella mala fede o nel compimento di atti di frode (la mala fede tendenzialmente rilevante nel momento della contrazione del debito, la frode normalmente operante nelle fasi

precedenti o successive all'ammissione alla procedura). Al fine di contemperare l'ampiezza dei requisiti soggettivi di meritevolezza, si è ipotizzato però un limite temporale per la reiterazione della richiesta di esdebitazione (cinque anni) ed un limite massimo alle richieste (in numero di due, salvo che la precedente procedura non abbia apportato alcuna utilità ai creditori, nel qual caso l'effetto esdebitatorio non è più conseguibile).

Tenendo conto dell'importanza che tuttora riveste l'istituto della famiglia e del fatto che le persone si indebitano spesso per sostenere l'attività di propri congiunti, è parso opportuno demandare all'eventuale futuro legislatore delegato anche il compito di dettare opportune disposizioni di coordinamento tra procedure riguardanti membri della medesima famiglia.

Infine, poiché alla determinazione di una situazione di sovraindebitamento del consumatore concorre spesso il creditore, mediante la violazione di specifiche regole di condotta, si è ipotizzata la necessità di responsabilizzare il soggetto concedente il credito attraverso la predisposizione di sanzioni, eventualmente anche di tipo processuale (limitando, ad esempio, le sue facoltà di impugnazione ed opposizione).

### ***11. Privilegi e garanzie mobiliari non possessorie***

Tra i compiti assegnati dal decreto istitutivo alla commissione v'è anche quello di rivedere la disciplina dei privilegi e di introdurre sistemi di garanzia mobiliare non possessoria.

La disciplina dei privilegi si presenta oggi, effettivamente, assai frastagliata e, per molti aspetti, obsoleta. Una buona parte delle fattispecie al riguardo contemplate dal codice civile, e specialmente molti dei cosiddetti privilegi speciali retentivi, appaiono esser frutto di concezioni assai risalenti nel tempo, che hanno perso quasi completamente di attualità; mentre altre situazioni emergenti nel contesto evolutivo della società potrebbero magari oggi apparire altrettanto (o anche più) meritevoli di una considerazione privilegiata. D'altro canto, gli interventi che anche nella legislazione speciale hanno punteggiato questa materia, proprio al fine di adeguarla a nuove esigenze via via manifestatesi, scontano un grave deficit di sistematicità. Donde, appunto,

l'esigenza di una rivisitazione complessiva, cui un futuro legislatore delegato dovrebbe poter attendere all'esito di una scrupolosa rassegna di tutte le figure di privilegio oggi esistenti nell'ordinamento. Nel far ciò, occorrerà tenere ben presente che il privilegio si pone, per sua stessa definizione, come un'eccezione al fondamentale principio di uguaglianza, onde esso si giustifica solo a condizione di rispondere ad un interesse del pari costituzionalmente protetto.

Assume uno spiccato carattere di novità la previsione di un sistema di garanzie mobiliari non possessorie. Novità rispetto al nostro ordinamento, ma non certo anche nel panorama internazionale (europeo e non solo), che già offre molteplici esempi al riguardo. Proprio per adeguarsi al confronto internazionale appare perciò necessario provvedere analogamente in ambito italiano, potendone derivare un evidente beneficio per le imprese in termini di più agevole accesso al credito.

Facendo anche tesoro di precedenti progetti di legge già circolati in materia, si propone perciò di eliminare l'attuale regola generale che prescrive lo spossessamento del costituente il pegno e sottrae così i beni oggetto di garanzia ad un loro possibile ulteriore impiego nel processo produttivo, e di rendere assai più elastiche le norme volte ad individuare l'oggetto della garanzia ed il credito garantito. Ne dovrebbe risultare favorito l'uso di figure più agili, quali quella già nota del pegno rotativo o altre ad essa assimilabili, bilanciando la maggiore flessibilità del sistema con la creazione di un adeguato regime pubblicitario, in grado sia di soddisfare il bisogno di certezza, anche dei terzi, in ordine alla situazione giuridica dei beni offerti in garanzia, sia le esigenze inerenti alla graduazione dei privilegi spettanti ai creditori.

Occorrerebbe altresì rivedere il tradizionale divieto di patto commissorio, la cui eccessiva rigidità rischia di risultare incompatibile con la moderna dinamica del sistema delle garanzie del credito, cercando invece di favorire forme più semplici e dirette di soddisfacimento del creditore sui beni che hanno formato oggetto di garanzia, sia pure con l'ovvio corredo di regole volte ad impedire abusi – predeterminando in maniera oggettiva il valore dei beni in questione – ed ad assicurare, comunque, le indispensabili forme di controllo giudiziario.

## 12. *La liquidazione coatta amministrativa*

La prospettata riforma della legge fallimentare non può non riguardare, ovviamente, anche l'istituto della liquidazione coatta amministrativa, oggi disciplinato nel Titolo V di detta legge.

Al di fuori dei settori soggetti a particolare regime di vigilanza ad opera di autorità pubbliche a tal fine specificamente istituite, quali il settore bancario, quello assicurativo e dell'intermediazione finanziaria, nell'ambito dei quali l'istituto risponde anche ad esigenze *sui generis* che chiamano necessariamente in causa la peculiare competenza delle anzidette autorità di settore, non sembrano più sussistere ragioni che, per imprese diverse – tra cui segnatamente le cooperative – giustifichino una disciplina della crisi e dell'insolvenza dell'impresa divergente da quella tracciata in via generale dalle disposizioni che si sono andate fin qui illustrando.

Lo sforzo di ricondurre ad unità sistematica la normativa concorsuale, della cui importanza s'è già detto ripetutamente, suggerisce quindi di riportare anche il fenomeno della crisi e dell'insolvenza delle imprese oggi soggette a liquidazione coatta nell'alveo della disciplina comune, circoscrivendo detto istituto speciale alle sole ipotesi in cui la necessità di liquidare l'impresa non discenda dall'insolvenza, ma costituisca lo sbocco di un procedimento amministrativo volto ad accertare e sanzionare gravi irregolarità intervenute nella gestione.

Quanto, in particolare, alle società cooperative svolgenti attività commerciale, si verrebbe così a superare anche il sistema del c.d. doppio binario, oggi previsto dall'art. 2425 *terdecies* del codice civile: ossia il concorso, disciplinato in base al criterio della prevenzione, tra procedura di fallimento e di liquidazione coatta amministrativa. Un sistema, questo, che non ha mancato di sollevare critiche e che appare in effetti poco funzionale: sia perché rischia di produrre una sovrapposizione di competenze tra autorità governativa ed autorità giudiziaria, sia perché è incoerente con una moderna concezione dell'insolvenza, che non necessariamente deve essere destinata a provocare la liquidazione dell'impresa.

All'autorità amministrativa di vigilanza resta però attribuito un ruolo centrale nella segnalazione delle situazioni di allerta e nell'eventuale composizione negoziale della crisi.

### 13. *L'amministrazione straordinaria*

Un discorso certamente assai più complesso è quello riguardante l'istituto dell'amministrazione straordinaria, oggi frazionato in leggi diverse.

Anche in questo caso sussistono, evidentemente, le medesime esigenze di coerenza sistematica e di regolazione il più possibile unitaria dell'insolvenza di cui ampiamente prima s'è detto. Potrebbe aggiungersi che appare ormai almeno in parte superata una delle principali ragioni che sono storicamente all'origine dell'istituto dell'amministrazione straordinaria: ossia la convinzione che le tradizionali procedure concorsuali fossero improntate a logiche di tipo prettamente punitivo, e comunque essenzialmente liquidatorie, per ciò stesso non collimanti con la visione prospettica del risanamento delle grandi imprese in crisi, cui già la c.d. legge Prodi (decreto legge 30 gennaio 1979, n. 26, convertito nella legge 3 aprile 1979, n. 95) era soprattutto ispirata. La profonda trasformazione che da un decennio a questa parte sta investendo tutte le procedure concorsuali (e che l'intervento di riforma organica al quale qui si sta lavorando intende portare a compimento) consente di affermare che oggi anche le procedure ordinarie sono prevalentemente orientate, quando ciò sia possibile, alla salvaguardia della continuità aziendale e sono perciò tese a considerare la liquidazione dell'impresa come un approdo soltanto residuale. Il che indiscutibilmente avvicina questi due mondi un tempo così distanti e dissonanti dell'universo concorsuale – le procedure che si possono definire ordinarie e l'amministrazione straordinaria – rendendoli assai più agevolmente riconducibili ad unità, quantomeno sul filo comune dei principi fondamentali che ora li ispirano. Tanto più che, nelle prefigurate procedure concorsuali ordinarie, come sopra visto, sta ugualmente assumendo maggior rilievo l'esigenza – avvertita anche a livello comunitario – di salvaguardare per quanto possibile il profilo occupazionale: ciò che dischiude, legittimandole, opzioni normative più coraggiose, rispetto alla pregressa logica liquidatoria e

distributiva, posto che il mantenimento (se non addirittura la creazione) di posti di lavoro corre sulla stessa lunghezza d'onda della continuità aziendale, sia essa diretta o indiretta.

Vi sono dunque tutti i presupposti per procedere ad un riordino delle procedure in modo tale che anche l'amministrazione straordinaria graviti all'interno di un sistema concorsuale informato a principi e tratti fondamentali comuni, solo così potendosi portare davvero a compimento il disegno organico che ispira la proposta riformatrice. Disegno nell'ambito del quale – giova aggiungere – si attenuerebbero quei profili di anomalia che ancora in qualche misura connotano questo istituto nel raffronto europeo ed internazionale.

Il che, naturalmente, come già è stato ben chiarito, non implica certo la soppressione dell'amministrazione straordinaria ed il suo assorbimento nell'ambito delle procedure ordinarie di risoluzione della crisi e dell'insolvenza, ma suggerisce di considerare detto istituto come il ramo di un tronco comune, e quindi di rendere ad esso applicabili, ovunque non vi siano esigenze specifiche di segno contrario, le regole ed i principi dettati in via generale.

In questa logica dovrebbe risultare particolarmente evidente il carattere straordinario (peraltro denunciato già dalla sua stessa denominazione) della procedura di cui si sta parlando, che trova la sua peculiare ragion d'essere – ed il fondamento delle speciali competenze che in essa sono riservate all'autorità amministrativa – in esigenze di tipo economico-sociale, derivanti dalla crisi di imprese la cui dimensione o la cui funzione sia tale da poter provocare gravi ripercussioni occupazionali o comunque da richiedere un intervento governativo per ragioni di pubblico interesse.

Nel corso dei lavori della commissione, proprio per valorizzare tale aspetto, si è prospettata l'ipotesi che la procedura in esame possa essere riservata ad imprese definibili come "strategiche", cioè tali da influire sugli assetti economici ed occupazionali di intere aree, in base ad una valutazione rimessa all'autorità amministrativa competente; ma questa soluzione non ha trovato sufficiente condivisione, nemmeno da parte dei rappresentanti del Ministero dello sviluppo economico, al quale sarebbe toccato il compito d'individuare i requisiti di strategicità delle predette imprese. Si è perciò scelto di optare per la più tradizionale individuazione di requisiti unicamente

dimensionali, legati al volume d'affari dell'impresa ed al numero dei dipendenti. Non ci si può tuttavia nascondere che la conferma effettiva del carattere di straordinarietà della procedura dipenderà in larga misura dalla concreta definizione dei parametri dimensionali ai quali s'è fatto cenno, che soltanto parzialmente la commissione ha ritenuto in questa fase di poter quantificare.

L'equilibrio tra le competenze dell'autorità amministrativa, giustificate dalle suaccennate ragioni di pubblico interesse, e quelle dell'autorità giudiziaria, essenziali per la tutela dei diritti dei soggetti coinvolti, costituisce il punto cruciale della procedura; e al raggiungimento di esso – pur nelle diverse sensibilità talora al riguardo emerse tra i componenti della commissione – è stata dedicata particolare attenzione.

Tralasciando qui gli aspetti di dettaglio, giova porre in evidenza la principale scelta compiuta. Quella di tenere ferma, ma con il temperamento di cui subito si dirà, la struttura cosiddetta bifasica della procedura oggi contemplata dal d. lgs. n. 270 del 1999, che prevede una fase di osservazione solo all'esito della quale il tribunale dà corso all'amministrazione straordinaria, avendo verificato che ne ricorrano i presupposti, ed in particolare che sussistano le ipotizzate prospettive di recupero dell'equilibrio economico dell'attività imprenditoriale, attestate da un professionista scelto dal tribunale medesimo tra gli iscritti in un istituendo albo dei commissari straordinari. L'esperienza però ha insegnato che vi sono talora impellenze non compatibili con i tempi, pur brevi, di una tale procedura. In considerazione di ciò, per le società quotate, per quelle di dimensioni particolarmente elevate e per quelle che esercitano servizi pubblici, è stato previsto che l'ammissione alla procedura possa esser disposta in via immediata dall'autorità amministrativa, alla quale competerà quindi valutare la sussistenza nel caso di specie di quelle concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali senza le quali l'amministrazione straordinaria non si giustifica, restando affidato al tribunale il compito di verificare, immediatamente dopo, anche la presenza delle ulteriori condizioni di ammissibilità di detta procedura, ivi compresa l'insolvenza.

Il profilo più delicato dell'istituto dell'amministrazione straordinaria è però forse quello che concerne la tutela dei creditori, i cui diritti non possono essere sacrificati oltre un certo limite alle esigenze sociali che inducono a tenere in vita l'impresa debitrice. L'esperienza ha ampiamente dimostrato che i tentativi di rivitalizzare imprese decotte hanno costi rilevanti, che finiscono in massima parte per gravare proprio sui creditori pregressi. E' apparso perciò necessario, per un verso, sottolineare che i compiti di vigilanza sull'attuazione del piano e sulle concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico dell'impresa sono affidati al comitato di sorveglianza in funzione della tutela dell'interesse creditori, e prevedere, per altro verso, che non solo il commissario straordinario e lo stesso comitato di sorveglianza, ma anche direttamente un certo numero di creditori, dopo un congruo lasso di tempo dall'inizio della procedura, possano ricorrere al tribunale per chiedere la conversione dell'amministrazione straordinaria in un'ordinaria procedura di liquidazione giudiziale quando il programma non sia stato attuato o siano comunque venute meno le concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico dell'impresa.

#### **14. Una lacuna da colmare: la disciplina penale dell'insolvenza.**

Nella prospettiva di una riforma organica dell'intera materia dell'insolvenza sarebbe naturale trovasse posto anche la revisione delle disposizioni penali oggi contemplate nella legge fallimentare ed in altre leggi operanti in tale ambito.

Questo aspetto non rientra però nei compiti affidati alla Commissione, che pertanto non se ne è occupata, se non del tutto marginalmente: per il già accennato adeguamento terminologico delle disposizioni penali in conseguenza della scomparsa dell'espressione "fallimento" e dei suoi derivati, nonché per una specifica previsione riguardante le procedure di allerta e composizione assistita della crisi di cui pure è detto.

E' però doveroso segnalare la necessità di procedere anche alla riforma delle suindicate disposizioni penali; necessità tanto più evidente in presenza di una rivisitazione generale della

materia cui, come si è già sottolineato, è sotteso un diverso modo di porsi del legislatore di fronte al fenomeno dell'insolvenza.

\* \* \*

Anche a nome degli altri componenti della commissione La ringrazio, signor Ministro, per la fiducia accordataci, e mi dichiaro a Sua disposizione per qualsiasi ulteriore chiarimento Ella ritenesse necessario.

Roma, 29 dicembre 2015

Il presidente della commissione  
*Renato Rordorf*