

Marcello Gaboardi

**SPUNTI SULLA LEGGE DELEGA
PER LA RIFORMA ORGANICA
DELLE PROCEDURE
CONCORSUALI: PROFILI
PROCESSUALI**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

MARCELLO GABOARDI

Spunti sulla legge delega per la riforma organica delle procedure concorsuali: profili processuali

SOMMARIO: 1. Premessa: l'evoluzione della disciplina in tema di crisi d'impresa nelle riforme legislative dell'ultimo decennio. — 2. Il procedimento comune per la dichiarazione dello stato di crisi o di insolvenza del debitore. — 2.1. (*Segue*): i procedimenti per la regolazione della crisi e dell'insolvenza: (a) il concordato preventivo e le soluzioni negoziate della crisi d'impresa, (b) la liquidazione giudiziale. — 3. Le procedure di allerta e di composizione assistita della crisi. I relativi doveri di segnalazione e di iniziativa a carico degli organi societari. — 4. La disciplina della crisi e dell'insolvenza nei gruppi di imprese. Il nuovo regime delle azioni di responsabilità degli organi societari nelle procedure concorsuali. — 5. Brevi rilievi conclusivi sulla delega al superamento dei contrasti interpretativi.

1. A poco più di dieci anni di distanza dall'approvazione dell'ultima riforma della legge fallimentare, vede la luce un nuovo articolato progetto di modifica per un settore cruciale del diritto dell'economia ⁽¹⁾; un settore, quello del diritto della crisi e dell'insolvenza, che è stato protagonista, nel corso dell'ultimo decennio, di una costante e non sempre coerente stagione di riforme, e che è contraddistinto ormai dalle procedure negoziate della crisi d'impresa e dagli strumenti di tutela della continuità aziendale assai più che dal tradizionale *iter* liquidatorio del debitore insolvente.

Preliminarmente, mi pare significativo notare come la l. 19 ottobre 2017, n. 155 (pubblicata nella G.U. n. 254 del 30 ottobre 2017), nel delegare il Governo all'approvazione di uno o più decreti legislativi in materia di procedure concorsuali, condivide con il precedente intervento novellatore

⁽¹⁾ Per un commento al progetto di legge delega elaborato dalla Commissione Rordorf e poi trasfuso nel recente provvedimento legislativo, v., in generale, G. D'ATTORRE, *Prime riflessioni sulla delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in questa *Rivista*, 2017, 517 ss.; S. AMBROSINI, *La nuova crisi d'impresa: l. 132/15 e prossima riforma organica*, Torino, 2016, 139 ss. Da ultimo, v. anche M. FABIANI, *Diritto della crisi e dell'insolvenza*, Torino, 2017, *passim*.

del 2006 (d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5) l'aspirazione ad una riforma « organica » della disciplina concorsuale. È noto tuttavia che, secondo il giudizio di molti interpreti, una simile aspirazione non è stata soddisfatta appieno dal precedente riformatore, il quale ha lasciato sostanzialmente immutato l'impianto originario del r.d. 16 marzo 1942, n. 267, conservandone in particolare la struttura e l'ispirazione di fondo, che sono storicamente legate, da un lato, alla figura paradigmatica (ma ormai declinante) dell'imprenditore individuale a scapito del preponderante fenomeno imprenditoriale societario e, dall'altro lato, alla logica della subordinazione delle soluzioni negoziate della crisi d'impresa rispetto alla soluzione liquidatoria fallimentare.

Ed infatti, pur avendo innovato la legislazione fallimentare previgente sotto molteplici profili e, quasi sempre, in misura assai rilevante, la riforma del 2006 e, con essa, la progressiva stratificazione dei numerosi successivi interventi novellatori (dal d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169 al d.l. 27 giugno 2015, n. 83) ⁽²⁾ si è solo in parte emancipata da un'impostazione fortemente ispirata ad una visione pubblicistica delle procedure concorsuali, acquisendo solo con gli interventi normativi più recenti una rinnovata sensibilità verso le esigenze preventive dell'insolvenza, in un'ottica più incline dunque a favorire la tempestiva emersione della crisi patrimoniale dell'impresa e la maggiore efficacia delle soluzioni concordate. La contrazione di molti poteri prima spettanti agli organi giurisdizionali del fallimento, il contestuale ampliamento delle prerogative del curatore e del comitato dei creditori, così come l'eliminazione della dichiarazione officiosa del fallimento o il recupero delle garanzie processuali nell'istruttoria prefallimentare e nel giudizio di accertamento del passivo (come pure nei procedimenti endofallimentari ex artt. 26 e 36 l.fall.), hanno certamente manifestato lo spirito con cui la riforma del 2006 ha voluto adeguare la legge fallimentare alle mutate esigenze del mondo economico e imprenditoriale, oltre che al consolidamento di quegli orientamenti giurisprudenziali che avevano profondamente influenzato l'applicazione della disciplina fallimentare nei suoi lunghi decenni di vigenza. Nondimeno, la persistente matrice pubblicistica dell'insolvenza ha finito per indurre il riformatore a conservare un ruolo preminente alla procedura liquidatoria del patrimonio imprenditoriale, riconoscendo al concordato preventivo e agli strumenti di ristrutturazione del debito (accordi di ristrutturazione e piani di risanamento) una funzione attenuata di salvaguardia della continuità aziendale e del risanamento patrimoniale. Solo il successivo e graduale affinamento della disciplina delle soluzioni negoziate della crisi d'impresa ha consentito una maggiore valorizzazione dell'esigenza di prevenzione della liquidazione fallimentare, sia sotto il profilo della prevedibilità dei nuovi finanziamenti e della relativa esenzione dall'azione

(2) L'ultima modifica della legge fallimentare è quella contenuta nell'art. 6, d.l. 3 maggio 2016, n. 59, convertito con modificazioni dalla l. 30 giugno 2016, n. 119.

revocatoria fallimentare, sia sotto quello della preclusione delle azioni esecutive individuali nella fase delle trattative degli accordi di ristrutturazione e della possibilità di scioglimento dei contratti pendenti in caso di continuità aziendale.

Il nuovo programma di riforma della legge fallimentare sembra oggi sviluppare queste stesse linee evolutive, ma entro un quadro che appare decisamente più organico rispetto a quello del 2006 e che, per lo meno a livello di principi e criteri direttivi, si rivela animato dalla volontà di superare definitivamente il modello della vecchia legge fallimentare, rinunciando all'idea stessa di una primazia — nell'ambito delle soluzioni della crisi d'impresa — della liquidazione concorsuale coattiva. La preponderante novità su questo punto — sulla quale ci si soffermerà nel prossimo paragrafo — attiene, infatti, all'introduzione di un *iter* processuale comune per l'avvio di qualunque procedura concorsuale che abbia come presupposto quello dell'accertamento della condizione di insolvenza o dello stato di crisi dell'impresa. Un procedimento, quest'ultimo, in cui spetterà all'organo giurisdizionale la costituzione dello *status* di imprenditore insolvente o in crisi come presupposto per l'accesso, in conformità alle condizioni e alle finalità di ciascun debitore, sia alle procedure che mirano alla pura liquidazione patrimoniale (coattiva o concordata) sia alle misure che puntano al risanamento e alla continuazione aziendale.

Non meno cruciale è, poi, il profilo della regolamentazione dell'insolvenza nel gruppo societario. Come si osserverà nel prosieguo del presente commento, la tematica dell'insolvenza infragruppo rappresenta da tempo un punto dolente della disciplina concorsuale domestica, alla quale è mancata un'opera di necessario adeguamento *in parte qua* anche in occasione dell'intervento novellatore del 2006. Nondimeno, l'influenza del diritto comunitario e una certa coraggiosa attenzione del legislatore verso quest'importante fenomeno societario hanno indotto a farsi carico della regolazione dei principali aspetti collegati al coinvolgimento del gruppo societario nella vicenda concorsuale, a cominciare naturalmente da quello della tutela del ceto creditorio. Un aspetto, quest'ultimo, che assume certamente una rilevanza peculiare proprio nell'ambito delle procedure di regolazione della crisi d'impresa, laddove la soddisfazione delle pretese creditorie è strettamente correlata con l'autonomia giuridica e patrimoniale di ciascuna impresa del gruppo, finendo così per contraddire l'unicità del fenomeno sul piano strettamente economico, con ulteriori evidenti ripercussioni sulla salvaguardia della *par condicio creditorum*. Il necessario rispetto dell'autonomia patrimoniale di ogni società del gruppo e la conseguente irrilevanza, rispetto alla soddisfazione del ceto creditorio, del coinvolgimento economico della società debitrice nel complesso dei rapporti infragruppo riducono fortemente le possibilità di soddisfazione delle ragioni creditorie nell'ambito di una regolazione del passivo fallimentare che coinvolge esclusivamente la società dichiarata fallita, senza possibilità di porre rimedio agli atti dispositivi in-

fragruppo o alle responsabilità nei confronti delle società non insolventi esercenti l'attività di direzione e coordinamento.

D'altra parte, non si può fare a meno di rilevare come la legge delega non offra spazio sufficiente per una riorganizzazione complessiva della disciplina dell'insolvenza societaria e, in particolare, delle disposizioni di cui al capo X del titolo II della legge fallimentare. Se si eccettua, infatti, la rivisitazione di quegli strumenti di tutela del ceto creditorio che sono strettamente correlati con l'insolvenza di gruppo (come, ad esempio, l'azione revocatoria fallimentare o le azioni di responsabilità degli organi amministrativi)⁽³⁾, la legge delega lascia spazio soltanto all'uniformazione della disciplina della s.r.l. al regime di responsabilità e controllo delle s.p.a. (mediante « l'applicabilità dell'articolo 2394 » e « dell'articolo 2409 » alle s.r.l.)⁽⁴⁾ e ad una più articolata riformulazione delle funzioni e dei doveri degli organi amministrativi e di controllo in funzione del corretto adempimento dei nuovi obblighi di segnalazione preventiva dell'insolvenza (su cui ci si soffermerà nel successivo paragrafo 3).

Nondimeno, vi è un'indicazione nella legge delega che merita particolare attenzione, io credo, nella prospettiva della gestione dell'insolvenza del patrimonio societario. Mi riferisco alla reintroduzione dell'assoggettamento alla procedura fallimentare — o meglio: alla « procedura di liquidazione giudiziale » che, come si vedrà, è destinata a sostituire nominalmente l'odierno fallimento — come causa di scioglimento automatico delle società di capitali *ex art.* 2484 c.c.⁽⁵⁾ La delega ripropone, seppure in forma attenuata, l'assetto normativo anteriore alla riforma del diritto societario del 2003, che aveva, per l'appunto, eliminato l'apertura del fallimento dal novero delle cause di scioglimento delle società di capitali. Vero è, però, che la scelta legislativa del 2003 sarebbe stata pienamente valorizzata soltanto se la permanenza dell'organizzazione societaria in pendenza del fallimento avesse potuto influire — alla luce di una rinnovata disciplina fallimentare — sulla gestione dell'insolvenza, non più relegandola ai tradizionali strumenti

⁽³⁾ A questo proposito, sono certamente significative quelle previsioni dell'art. 3, comma 3, della legge delega, secondo cui, in caso di liquidazione giudiziale di gruppo, dev'essere riconosciuto al curatore il potere di esercitare, « anche nei confronti di imprese non insolventi del gruppo », sia i « rimedi contro operazioni antecedenti l'accertamento dello stato di insolvenza e dirette a spostare risorse a un'altra impresa del gruppo, in danno dei creditori » (numero 1), sia le azioni di responsabilità contro la società (o l'ente) che esercita l'attività di direzione e coordinamento per il pregiudizio arrecato alla redditività e al valore della partecipazione sociale o per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società *ex art.* 2497 c.c. (numero 2). Significativo, al di fuori dell'area del gruppo societario, è anche l'art. 6, comma 2, lettera *a*), della legge delega, con riguardo al riordino della disciplina dell'azione sociale di responsabilità e dell'azione dei creditori sociali in occasione della procedura di concordato preventivo riguardante una società. Sul punto, v. anche le ulteriori considerazioni svolte, con riguardo alla procedura di liquidazione giudiziale, nel successivo paragrafo 4.

⁽⁴⁾ Cfr. l'art. 14, comma 1, lettere *a*) e *f*), della legge delega.

⁽⁵⁾ Cfr. l'art. 14, comma 1, lettera *c*), della legge delega.

di gestione del patrimonio societario (la cui funzionalità certo non avrebbe richiesto la permanenza della struttura societaria), ma estendendola anche alle operazioni di riorganizzazione societaria (come, ad esempio, le operazioni — anche non straordinarie — sul capitale sociale) al fine di implementare le *chances* di soddisfazione del ceto creditorio.

Ora però la legge delega, sul presupposto di un rafforzamento delle soluzioni negoziate della crisi d'impresa e dell'insolvenza, ammette la possibilità di una sorta di operatività variabile di quella causa di scioglimento delle società di capitali che è rappresentata dalla riduzione del capitale al di sotto del minimo legale (o, senz'altro, dalla perdita del capitale nelle società cooperative) ⁽⁶⁾, come accade già, *ex art.* 182-*sexies* l.fall., nella pendenza di una procedura di concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione dei debiti fino al momento della loro omologazione. L'incidenza negativa sul capitale sociale costituisce, infatti, la conseguenza principale della sopravvenuta crisi patrimoniale della società, che conduce tradizionalmente all'apertura di una procedura concorsuale liquidatoria. Di talché, in caso di crisi o di insolvenza, l'operatività della causa di scioglimento della società dovrà ora essere resa sospendibile, per provvedimento del giudice, in funzione non solo dell'adempimento delle soluzioni negoziate della crisi d'impresa (dagli accordi di ristrutturazione dei debiti alla regolazione concordata preventiva della crisi), ma anche delle misure protettive necessarie ad assicurare il perfezionamento delle soluzioni negoziate (comprese le nuove procedure di allerta e di composizione assistita della crisi).

La permanenza della struttura organizzativa societaria consentirà, dunque, di prevenire lo svolgimento della procedura liquidatoria, nel senso che il persistente funzionamento degli organi sociali conseguente, appunto, alla sospensione della causa di scioglimento — come pure la sospensione degli obblighi di riduzione del capitale in proporzione delle perdite accertate ⁽⁷⁾ — consentirebbe di adeguare l'attività sociale al perseguimento di soluzioni (negoziato o concordato) della crisi patrimoniale dell'impresa anche quando il perseguimento di tali soluzioni richiede l'esecuzione di atti non finalizzati alla conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale (come nel caso, ad esempio, di costituzione di nuove società con attribuzione di azioni o quote ai creditori, di operazioni straordinarie, di ricapitalizzazione della società con apporti di soci o terzi, ecc.) ⁽⁸⁾.

⁽⁶⁾ L'art. 14, comma 1, lettera *d*), della legge delega ammette, infatti, la possibilità di una sospensione di operatività di quelle cause di scioglimento che sono indicate dagli artt. 2484, comma 1, numero 4, e 2545-*duodecies* c.c.

⁽⁷⁾ L'art. 14, comma 1, lettera *d*), della legge delega ammette, infatti, la possibilità di sospensione dell'operatività degli obblighi posti a carico degli organi sociali dagli artt. 2446, commi 2 e 3, 2447, 2482-*bis*, commi 4, 5 e 6, 2482-*ter* e 2486 c.c.

⁽⁸⁾ Cfr., sul punto, R. RORDORF, *La continuità aziendale tra disciplina di bilancio e diritto della crisi*, in *Società*, 2014, 917 ss.; L. STANGHELLINI, *Il concordato con continuità azien-*

2. L'odierno assetto delle procedure concorsuali e delle soluzioni negoziali della crisi d'impresa, ove prevedono un intervento giurisdizionale di ammissione e omologazione, si contraddistingue per la *diversità dei riti processuali* che governano ciascuna fase giurisdizionale di apertura, omologazione e chiusura delle procedure o dei singoli procedimenti di accertamento della regolarità formale delle soluzioni negoziali. Una tale differenziazione processuale comporta significative variazioni sul piano dello svolgimento del processo anche quando l'*iter* processuale è funzionale all'accertamento di presupposti analoghi o addirittura identici, come nel caso paradigmatico dell'istruttoria prefallimentare e del giudizio di ammissione al concordato preventivo. Molte di tali differenze dipendono dalla struttura e dalle finalità della procedura concorsuale: la legittimazione esclusiva del debitore alla proposizione della domanda di ammissione e il coinvolgimento del ceto creditorio soltanto in sede di votazione della proposta concordataria escludono, ad esempio, la necessità di un contraddittorio nell'*iter* di apertura della procedura di concordato preventivo. Tuttavia, la sostanziale identità dell'oggetto del processo e la stretta analogia tra gli effetti del provvedimento di accoglimento della domanda inducono ad accogliere con favore la semplificazione processuale voluta dal riformatore.

Anche la novella del 2006 aveva perseguito l'obiettivo di semplificare le forme e di ridurre i tempi processuali in sede fallimentare, dando origine, in particolare, ad una rinnovata disciplina del procedimento *ex art. 15 l.fall.* e all'adozione di un rito sommario comune per la controversie endofallimentari *ex artt. 26 e 36 l.fall.*; nondimeno, lo sforzo riformatore, che aveva razionalizzato anche le forme dell'accertamento dello stato passivo e dei giudizi di omologazione (con le relative appendici oppostive) delle soluzioni concordatarie, aveva mantenuto un'impostazione diversificata per i procedimenti di accesso alle procedure. Ora, il legislatore, ispirato da alcune esperienze straniere, sceglie di seguire il modello della procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese, separando il momento dell'accertamento dei requisiti di ammissibilità alle procedure di liquidazione o di risanamento dal momento delle scelte di gestione patrimoniale dell'impresa in crisi o insolvente. Poiché l'accertamento dei presupposti di accesso alle procedure non differenzia il percorso del debitore, è solo quando si impone una scelta in ordine agli specifici strumenti di gestione della crisi o dell'insolvenza dell'impresa che il legislatore è chiamato a porre una differenziazione di percorso e, quindi, una scelta in merito alla procedura da seguire. È dunque ragionevole attendersi che, a seguito della declaratoria dello stato di insolvenza o di crisi, inizierà a decorrere un termine entro il quale potrà essere assunta l'iniziativa per l'apertura di una delle « procedure di

regolazione concordata o coattiva, conservativa o liquidatoria » del debitore [art. 2, comma 1, lettera *e*), della legge delega].

Per l'accertamento dell'insolvenza e dello stato di crisi è, dunque, prevista l'istituzione di una sorta di rito uniforme comune, ispirato alle forme e alle garanzie dell'odierna istruttoria prefallimentare. La costituzione dello *status* di debitore insolvente o in crisi — condizione, quest'ultima, che viene particolarmente valorizzata dal legislatore delegante mediante l'invito ad enuclearne una definizione normativa come « probabilità di futura insolvenza » [art. 2, comma 1, lettera *c*), della legge delega] ⁽⁹⁾ — conseguirà, in particolare, ad un procedimento che dovrà possedere « caratteristiche di particolare celerità » [art. 2, comma 1, lettera *d*), della legge delega] e che, pertanto, subirà una probabile riduzione dei termini processuali e una ulteriore semplificazione delle attività di parte in sede di trattazione e di istruzione della causa ⁽¹⁰⁾. Se la cognizione sommaria rafforzata che contraddistingue l'istruttoria prefallimentare dovrebbe, quindi, essere sostanzialmente conservata sia nel giudizio di primo grado che in quello di reclamo, è assolutamente certo che subirà un significativo ampliamento il novero dei soggetti legittimati ad agire per la declaratoria di insolvenza o dello stato di crisi. Pare, infatti, che i soggetti indicati dalla legge delega alla lettera *d*) del comma 1 dell'art. 2 non siano destinati a sostituire i soggetti che sono oggi legittimati ad agire per la dichiarazione di fallimento (in particolare: i creditori e il debitore richiedente la propria dichiarazione di insolvenza o di crisi), ma ne implementino il numero o il potere di iniziativa. Sotto il primo profilo, va osservato che sono legittimati alla declaratoria anche i

⁽⁹⁾ Sulla distinzione tra i concetti di crisi e di insolvenza v. F. MACARIO, *Insolvenza, crisi d'impresa e autonomia contrattuale. Appunti per una ricostruzione sistematica delle tutele*, in questa *Rivista*, 2008, 102 ss.

⁽¹⁰⁾ Giova richiamare, in proposito, il principio generale sancito all'art. 2, comma 1, lettera *l*), della legge delega, laddove il legislatore delegato viene chiamato a « ridurre la durata e i costi delle procedure concorsuali ». Un principio, quest'ultimo, che viene però valorizzato dalla legge delega non solo nella prospettiva della razionalizzazione delle forme processuali [con l'uniformazione e la semplificazione dei « riti speciali » *ex* art. 2, comma 1, lettera *n*), della legge delega], ma anche nella prospettiva della « responsabilizzazione degli organi di gestione » (mediante, soprattutto, l'imposizione dei doveri di segnalazione preventiva della crisi o dell'insolvenza: v. *infra* il paragrafo 3) e del « contenimento delle ipotesi di prededuzione » allo scopo di evitare l'eccessivo depauperamento del patrimonio debitorio in pregiudizio del ceto dei creditori. Cfr., ad esempio, l'art. 6, comma 1, lettera *d*), della legge delega, laddove è previsto che la prededucibilità (in sede di liquidazione giudiziale) dei crediti dei professionisti sorti in funzione del deposito della domanda di concordato preventivo debba essere vincolata, a quanto pare, all'apertura senza riserva della procedura (senza necessità, cioè, di dover integrare successivamente la domanda concordataria) ai sensi dell'art. 163 l.fall., ovvero l'art. 7, comma 6, lettera *a*), della legge delega, laddove è previsto che la prededuzione conseguente alla prosecuzione o al subentro del curatore nel contratto pendente alla data di apertura della procedura di liquidazione giudiziale debba essere limitata, « salva diversa disposizione normativa », ai soli crediti maturati nel corso della procedura (e non anche a quelli anteriori) (su questo punto v. anche le considerazioni svolte *infra* nel testo).

« soggetti con funzioni di controllo e di vigilanza sull'impresa », ossia i soggetti su cui verranno a gravare — come si dirà — i doveri di segnalazione preventiva dell'insolvenza o della crisi, mentre, sotto il secondo profilo, viene esteso il potere di iniziativa del pubblico ministero ad « ogni caso — anche diverso, quindi, da quelli di cui all'art. 7 l.fall. — in cui egli abbia notizia dell'esistenza di uno stato di insolvenza ».

L'efficacia della procedura viene, poi, ulteriormente assicurata mediante una specificazione della disciplina in tema di tutela cautelare, che la discussa disposizione del comma 8 dell'art. 15 l.fall. rimette oggi alla valutazione discrezionale del tribunale fallimentare, mentre le esigenze cautelari sono salvaguardate attraverso la previsione della concessione delle misure provvisorie anche in sede di reclamo da parte della corte d'appello. L'auspicio maggiore è che l'intervento novellatore assicuri una più rigorosa definizione delle misure cautelari che possono essere concesse nella pendenza del procedimento, in quanto l'atipicità della tutela cautelare prefallimentare, limitata soltanto dall'esigenza di protezione del patrimonio o dell'impresa del debitore, se ha consentito di dare rilevanza anche a misure cautelari diverse rispetto a quelle tipizzate nel codice di rito, ha finito talvolta per soddisfare non tanto esigenze tipicamente conservative (come nel caso, ad esempio, del sequestro conservativo dei beni del debitore o, addirittura, del terzo subacquirente in funzione della revocatoria fallimentare dell'atto traslativo, ovvero nel caso del sequestro giudiziario dell'azienda del debitore o di suoi singoli rami), ma esigenze di controllo e conservazione dell'attività imprenditoriale o addirittura della stessa organizzazione societaria del debitore insolvente. Sotto quest'ultimo profilo, assume particolare importanza la nomina di un curatore speciale per il compimento di determinati atti gestori o dispositivi, come pure l'inibizione al compimento di talune operazioni amministrative o di talune deliberazioni societarie o, ancora, di determinati atti di esecuzione forzata nei confronti del debitore. Le perplessità suscitate da tali misure, sul piano del rispetto della *par condicio* e dell'assenza di un contesto normativo che regoli l'attuazione di misure cautelari atipiche, inducono a sperare che la nuova disciplina cautelare definisca in termini più rigorosi l'area delle misure cautelari concedibili e i limiti che ne governino l'attuazione, se del caso, anche mediante il richiamo alla disciplina cautelare comune e a disposizioni che regolano istituti affini (si pensi, ad esempio, ai poteri e ai limiti dell'amministratore giudiziario *ex artt.* 2409 e 92-93, disp. att., c.c.).

Un ulteriore aspetto della delega che merita di essere sottolineato attiene alla sostanziale irrilevanza delle soglie patrimoniali del debitore ai fini della dichiarazione dello stato di insolvenza o di crisi. L'assoggettamento alla procedura dichiarativa di « ogni categoria di debitore » — così come previsto dall'art. 2, comma 1, lettera e), della legge delega — rafforza la conclusione secondo cui la procedura costituisce una sorta di vaglio preliminare completamente avulso da ogni questione relativa alla selezione della

strategia di soluzione della crisi o dell'insolvenza del debitore. È proprio in relazione alle modalità di gestione e regolazione della crisi o dell'insolvenza debitoria che assumono, infatti, rilevanza la natura del debitore, la tipologia dell'attività esercitata e le sue dimensioni patrimoniali. La separazione della *fase di accertamento* dello stato di crisi o di insolvenza dalla *fase di regolazione* della crisi o dell'insolvenza, da un lato, semplifica fortemente l'oggetto del giudizio di accertamento rispetto a quello dell'istruttoria prefallimentare, dal momento che l'indagine del tribunale in composizione collegiale ⁽¹¹⁾ è ora destinata a vertere esclusivamente sulla condizione di insolvenza o di crisi del debitore, mentre l'area dei fatti impeditivi è limitata alla natura di ente pubblico del debitore. Dall'altro lato, la separazione delle due fasi finisce per posticipare l'accertamento delle « peculiarità soggettive ed oggettive » del debitore al momento dell'apertura di una delle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza, allorché assumerà rilevanza, ai fini dell'ammissione alla procedura, la natura di « persona fisica o giuridica, ente collettivo, consumatore, professionista o imprenditore esercente un'attività commerciale, agricola o artigianale » in capo al debitore che sia stato dichiarato in stato di crisi o di insolvenza [art. 2, comma 1, lettera e), della legge delega]. A tal proposito, sembra dunque ragionevole sostenere che il legislatore delegato continuerà a dare applicazione alle soglie patrimoniali dell'art. 1, comma 2, l.fall., per lo meno, per l'accesso alle procedure (liquidatorie o conservative) aventi carattere concorsuale, atteso che l'art. 2, comma 1, lettera e), della legge delega impone, invece, l'applicazione all'imprenditore c.d. sotto-soglia della procedura di composizione delle crisi da sovraindebitamento, di cui all'odierna l. 27 gennaio 2012, n. 3, riservata ora ai soli « debitori civili » (professionisti o consumatori).

2.1. La fase di regolazione della crisi o dell'insolvenza viene, quindi, a

⁽¹¹⁾ La competenza dei tribunali fallimentari viene variamente riassegnata dalla legge delega in funzione delle dimensioni patrimoniali del debitore e, pertanto, delle prevedibili ricadute della procedura di regolazione della crisi o dell'insolvenza sul contesto socio-economico degli *stakeholders*. In particolare, la competenza sulle procedure concorsuali e sulle cause che da esse derivano sarà assegnata sia ai « tribunali sede delle sezioni specializzate in tema di impresa », che saranno chiamati ad occuparsi delle procedure e delle controversie relative « alle imprese in amministrazione straordinaria e ai gruppi di imprese di rilevante dimensione », sia a quei tribunali civili che spetterà al legislatore delegato individuare sulla base di « criteri oggettivi e omogenei » (che dovranno tenere conto, in particolare, del numero dei giudici togati in servizio, del numero delle procedure concorsuali sopravvenute e definite nell'ultimo quinquennio e della loro durata in rapporto al numero delle imprese iscritte e alla popolazione residente nel circondario), che saranno chiamati ad occuparsi delle procedure e delle controversie relative alle imprese c.d. sopra-soglia *ex art. 1, comma 2, l.fall.* Restano, invece, invariati i criteri attributivi della competenza per le procedure di regolazione della crisi nei confronti di « professionisti e consumatori », il cui trattamento, *sub specie*, ad esempio, di un piano attestato di risanamento o di una procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento, è esteso anche agli imprenditori c.d. sotto-soglia *ex art. 1, comma 2, l.f.*

modularsi secondo due fondamentali alternative: quella *coattiva*, che darà vita alla « procedura di liquidazione giudiziale » prevista dall'art. 7 della legge delega e destinata a sostituire — non solo nominalmente ⁽¹²⁾ — la vecchia procedura fallimentare, e quella *concordataria*, che scaturirà invece da un riordino della vigente disciplina del concordato preventivo (il cui *nomen iuris* non dovrebbe, invece, subire mutamenti) ai sensi dell'art. 6 della legge delega. Questa seconda alternativa, in particolare, potrà soddisfare, a sua volta, una finalità puramente *liquidatoria* del patrimonio debitorio, secondo le modalità tradizionali della *cessio bonorum*, ovvero una finalità più propriamente *conservativa* degli *assets* debitori; una finalità, quest'ultima, che, in caso di concorrenza di più proposte per il medesimo debitore ⁽¹³⁾, viene significativamente valorizzata dal legislatore delegante mediante l'attribuzione di una « priorità di trattazione » di quelle proposte che, fermo restando il miglior soddisfacimento dei creditori, assicurano la « continuità aziendale » del debitore « anche tramite un diverso imprenditore » [art. 2, comma 1, lettera *g*), della legge delega]. Ne deriva una sorta di *vincolo di subordinazione* della procedura di liquidazione giudiziale, in forza del quale quest'ultima si renderà applicabile soltanto in quei casi in cui la situazione di crisi o di insolvenza non risulti in concreto superabile mediante « un'adeguata soluzione alternativa », ovvero sia una liquidazione concordata o una soluzione conservativa (che, di per sé, non può che essere concordata) del patrimonio debitorio. Emerge qui l'evidente preferenza del riformatore per le soluzioni concorsuali della crisi d'impresa o dell'insolvenza a scapito di soluzioni puramente liquidatorie che paiono confinate a quei contesti debitori in cui un'elevata consistenza del passivo o un sostanziale abbandono dell'attività produttiva non offrono più le condizioni per la continuazione dell'attività aziendale in funzione soddisfattoria delle ragioni creditorie.

⁽¹²⁾ La più nota (ma forse anche meno pregnante) novità della legge delega è data, infatti, dalla misura simbolica della sostituzione del termine « fallimento » e dei suoi derivati con quello di « liquidazione giudiziale » [cfr. art. 2, comma 1, lettera *a*), della legge delega]. A quel che pare, la scelta di depurare il lessico legislativo da un'espressione che continua a mantenere un certo stigma sociale negativo sembra dettata dalla volontà di valorizzare il percorso di regolazione della crisi o dell'insolvenza non più in chiave puramente sanzionatoria, ma in funzione della miglior soddisfazione degli interessi coinvolti nella vicenda che ha condotto alla manifestazione della crisi o dell'insolvenza. La decisione di porre l'accento sulle modalità (liquidatorie) di soluzione della crisi o dell'insolvenza in luogo della condizione (anche metagiuridica) prodotta dall'apertura della procedura nei confronti del debitore, contribuisce, in effetti, ad agevolare una ricostruzione delle misure con cui vengono affrontate la crisi e l'insolvenza alla stregua di strumenti di regolazione di contrapposti interessi, come, ad esempio, l'interesse del ceto creditorio alla soddisfazione delle proprie ragioni patrimoniali, quello degli *shareholders* alla prosecuzione dell'organizzazione societaria, quello degli *stakeholders* alla conservazione della continuità aziendale, ecc.

⁽¹³⁾ Sulla proponibilità di proposte concorrenti di concordato preventivo da parte di uno o più creditori che rappresentano almeno il dieci per cento dei crediti *ex* art. 163, commi 4-7, l.fall., v. G. D'ATTORRE, *Le proposte di concordato preventivo concorrenti*, in *Fall.*, 2015, 1163 ss.

(a) La soluzione *concordataria* della crisi o dell'insolvenza, conseguente alla declaratoria della condizione patrimoniale del debitore, continua a riguardare l'imprenditore commerciale c.d. sopra-soglia (oltre che la grande impresa in stato di insolvenza), ma ne è previsto un riordino di disciplina alla luce di due fondamentali direttrici: da un lato, il rafforzamento dell'efficacia e della sostenibilità della proposta di concordato e, dall'altro lato, l'incentivazione ad uno svolgimento rapido e certo della procedura sia nella fase di formazione dell'accordo che in quella di esecuzione del medesimo.

Sotto il primo profilo, merita una particolare attenzione, anzitutto, la scelta di rafforzare il regime di ammissibilità della domanda concordataria prevedendo che il pagamento di almeno il venti per cento dei debiti chirografari sia necessario « in ogni caso » [art. 6, comma 1, lettera a), della legge delega], e cioè anche quando la proposta abbia ad oggetto la continuità aziendale (art. 160, comma 4, l.fall.). Questo breve inciso della legge delega assume, a mio parere, una significativa rilevanza in ordine all'individuazione delle finalità perseguite dalla riforma, come appare evidente ove solo si consideri che un'applicazione generalizzata della soglia minima di soddisfazione del ceto creditorio chirografario finisce per introdurre una ancor più netta separazione tra il percorso concordatario liquidatorio e quello conservativo, prevenendo così quasi del tutto il rischio di contaminazioni tra i due percorsi. E ciò appare assai più evidente quando si osserva che la disciplina riformatrice introduce addirittura una nuova causa di inammissibilità della proposta concordataria liquidatoria consistente nella mancanza dell'« apporto di risorse esterne che aumentino in misura apprezzabile la soddisfazione dei creditori » [art. 6, comma 1, lettera a), della legge delega]. La conclusione che queste osservazioni lasciano scorgere è, dunque, quella di una sostanziale svalutazione dei benefici della continuità aziendale anche nei confronti dei creditori chirografari, atteso che l'inapplicabilità della soglia minima di soddisfazione di tali creditori in caso di concordato con continuità aziendale non era immotivata, ma rinveniva anzi un'evidente giustificazione nella prosecuzione dell'attività imprenditoriale non solo come strumento per la ristrutturazione del debito, ma anche come strumento per assicurare il soddisfacimento (almeno parziale) dei creditori anche mediante utilità diverse rispetto a quella del pagamento ⁽¹⁴⁾. La sostanziale detipizzazione del concordato preventivo — inaugurata con la riforma della disciplina ad opera del d.l. 14 marzo 2005, n. 35 e rafforzata, poi, progressivamente con le riforme successive (soprattutto con l'introduzione dell'art. 186-bis l.fall. ad opera del d.l. 22 giugno 2012, n. 83) — ha reso la *rinuncia al credito*, pur mediante una deliberazione a maggioranza del ceto creditorio, una delle possibili modalità di attuazione del piano concordatario ogni qualvolta

⁽¹⁴⁾ Cfr., sul punto, per tutti, M. FABIANI, *Diritto fallimentare. Un profilo organico*, Bologna, 2011, 614-615; Id., *Commento all'art. 2221*, in *Commentario del codice civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di G. De Nova, Bologna, 2014, 191 ss.

sia comunque attribuibile al ceto creditorio una diversa (ma equivalente) utilità economica, che, in concreto, viene spesso a identificarsi nel consolidamento (per il tramite soprattutto della sottrazione alla revocatoria fallimentare) dei pagamenti eseguiti (dal debitore) anteriormente all'ammissione al concordato. Ora, invece, la legge delega sembra imporre « il pagamento di almeno il 20 per cento dell'ammontare complessivo dei crediti chirografari » [art. 6, comma 1, lettera *a*), della legge delega; il corsivo è nostro] come una condizione minima essenziale per l'ammissibilità di qualsiasi concordato (anche non puramente liquidatorio), riducendo così notevolmente, io credo, le possibilità di modulare il piano in funzione della continuità aziendale.

Sotto il profilo dell'efficacia e della sostenibilità della proposta, va inoltre accennato al fatto che spetterà al legislatore delegato enucleare le ipotesi in cui la suddivisione in classi del piano concordatario dovrà essere resa obbligatoria, a cominciare dai casi in cui il ceto creditorio sia almeno parzialmente « assistit[o] da garanzie esterne », risultando così evidente un intento del legislatore di assicurare alle classi una funzione minima di distinzione di trattamento, nell'ambito del ceto creditorio, tra creditori con garanzie su beni che non appartengono al debitore (e, quindi, con maggiori *chances* di recupero del credito nel caso di crisi del debitore) e creditori con garanzie su beni del debitore (e, quindi, con minori *chances* di recupero del credito) [art. 6, comma 1, lettera *e*), della legge delega]. Accanto alla maggiore valorizzazione dell'istituto delle classi creditorie ai fini della definizione della proposta concordataria, va poi segnalata la delega a « fissare le modalità di accertamento della veridicità dei dati aziendali e di verifica della fattibilità del piano » e, ancor più, a determinare « i poteri del tribunale » *in parte qua* [art. 6, comma 1, lettere *d*) e *f*), della legge delega]; poteri, questi ultimi, che, soprattutto dopo l'intervento di Cass., Sez. Un., 23 gennaio 2013, n. 1521 e il richiamo alla fattibilità del piano sotto il profilo giuridico ⁽¹⁵⁾, sono ora da definire con riferimento specifico « alla fattibilità anche economica » del piano, sulla scorta dei « rilievi del commissario giudiziale » [art. 6, comma 1, lettera *f*), della legge delega]. L'intervento novellatore dovrebbe contribuire, quindi, a riequilibrare il rapporto tra il ruolo del professionista attestatore e il regime di responsabilità per l'esercizio della propria attività; un rapporto che, a fronte della laconicità del dettato normativo e della perdurante ambiguità del dato giurisprudenziale, è apparso finora davvero poco equilibrato, ma che una definizione dettagliata dei parametri che debbono guidare lo scrutinio della veridicità dei dati aziendali e della fattibilità del piano può ricondurre a un maggior grado di chiarezza e attendibilità per l'organo giu-

⁽¹⁵⁾ Cass., Sez. Un., 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Fall.*, 2013, 149 ss., 279 ss., con note, *ex multis*, di M. FABIANI, *La questione « fattibilità » del concordato preventivo e la lettura delle Sezioni Unite* e di F. DE SANTIS, *Causa « in concreto » della proposta di concordato preventivo e giudizio « permanente » di fattibilità del piano*.

risdizionale chiamato a pronunciarsi sull'ammissibilità della domanda concordataria.

Ai fini della rapida attivazione della procedura concordataria sembra invece dettato il principio di cui alla lettera *b*) dell'art. 6, comma 1, della legge delega, con riferimento alla revisione della durata e degli effetti delle « misure protettive » della procedura concordataria, introducendone il carattere della revocabilità « ove non arrechino beneficio al buon esito della procedura ». Il richiamo generale alle misure protettive della procedura induce a pensare alla possibilità di un ampio intervento novellatore da parte del legislatore delegato, il quale potrebbe così rivedere, in rapporto alla garanzia della *par condicio creditorum*, la disciplina del divieto delle azioni esecutive e cautelari individuali, della sospensione delle prescrizioni e della acquisizione di diritti di prelazione opponibili ai creditori concorrenti (art. 168 l.fall.). La previsione di una revocabilità di tali misure offre, infatti, l'opportunità di adeguarne l'applicazione alle esigenze del caso concreto ogni qualvolta la permanenza della misura protettiva si riveli inidonea ad assicurare il perseguimento degli obiettivi della procedura (come, ad esempio, l'approvazione della proposta o l'omologazione dell'accordo). Vero è però che la previsione di un regime di revocabilità delle misure protettive — e, soprattutto, del divieto di azioni esecutive e cautelari individuali — esigerà un equilibrato raccordo proprio con la garanzia della *par condicio*, che se non è certo quel requisito assoluto e inderogabile che si viene spesso a postulare (viepiù nella procedura concordataria dopo l'introduzione delle classi) ⁽¹⁶⁾, si caratterizza nondimeno come la modalità principale di attuazione del concorso dei creditori.

D'altra parte, l'intento del riformatore di velocizzare lo svolgimento della procedura concordataria emerge anche dalla soppressione dell'adunanza dei creditori, sostituita — in ossequio ad una prassi ormai consolidata — dalle « modalità telematiche » di esercizio del diritto di voto e di « formazione del contraddittorio sulle richieste delle parti » [art. 6, comma 1, lettera *g*), della legge delega], alludendo, in termini piuttosto ambigui, alla discussione della proposta di concordato in cui « [c]iascun creditore può esporre ragioni per le quali non ritiene ammissibili o convenienti le proposte di concordato e sollevare contestazioni sui crediti concorrenti » (art. 175, comma 3, l.fall.). In merito allo svolgimento del procedimento di votazione della proposta concordataria emerge, poi, un tentativo di riequilibrio del peso da attribuire ai singoli voti, non più necessariamente computato alla sola stregua dell'ammontare dei crediti, ma rapportato anche al numero dei creditori — secondo, cioè, una maggioranza « per teste » — in tutti i casi in cui un solo creditore rappresenti autonomamente la maggioranza dei crediti

⁽¹⁶⁾ Sulla relatività del principio della *par condicio creditorum* nelle procedure concorsuali v., per tutti, V. COLESANTI, *Mito e realtà della « par condicio »*, in *Fall.*, 1984, 32 ss.

ammessi al voto (all'interno di ciascuna classe) [cfr. ancora art. 6, comma 1, lettera g), della legge delega].

Un principio, quest'ultimo, che andrà peraltro coordinato con quello di regolazione del diritto di voto dei creditori prelazionari « il cui pagamento sia dilazionato » e di quello dei creditori (anche non prelazionari) soddisfatti « con utilità diversa dal denaro » [art. 6, comma 1, lettera h), della legge delega]: ciò che, soprattutto in quest'ultima prospettiva, pare valorizzare ancor di più la detipizzazione della proposta di concordato preventivo e, pertanto, la continuità aziendale come modalità alternativa (alla liquidazione concordataria) di regolazione della crisi d'impresa o dell'insolvenza. Una disciplina speciale del diritto di voto dei creditori che sono da soddisfare con modalità non pecuniarie offre, infatti, l'opportunità per favorire soluzioni concordatarie non puramente liquidatorie: questa sembra essere la lettura preferibile, almeno in prima battuta, di una tale novità legislativa, che pare proprio presupporre un trattamento differenziato per tale categoria dei creditori che sia finalizzato ad attribuire un peso maggiore al loro voto in sede di approvazione della proposta. Una lettura, quest'ultima, che sembra essere suffragata altresì dalla possibilità di programmare nel piano concordatario una « moratoria » per il pagamento dei creditori prelazionari « per un periodo di tempo anche superiore ad un anno » (con attribuzione ai medesimi del diritto di voto) quand'anche la finalità concretamente perseguita dal piano non sia la continuità aziendale, ma la liquidazione dei « beni non funzionali all'esercizio dell'impresa » (e altresì non assoggettati ad un diritto di prelazione) [art. 6, comma 1, lettera l), della legge delega].

Ma è innegabile che l'efficacia della procedura concordataria dipende in larga misura anche dalla coerenza e dalla funzionalità della normativa sull'esecuzione dell'accordo omologato. Ed è per questa ragione che una parte del successo della riforma in tema di concordato preventivo dipenderà dall'attuazione della delega in tema di riordino della disciplina della « fase di esecuzione del piano », allorché dovrà essere riconosciuto al tribunale il potere di « affidare ad un terzo il compito di porre in essere gli atti necessari all'esecuzione della proposta concordataria » [art. 6, comma 1, lettera m), della legge delega]. La disposizione merita particolare attenzione, io credo, in quanto sembra attribuire all'organo giudiziario un potere che la legge fallimentare, in virtù dello spossessamento c.d. attenuato del debitore concordatario (art. 167 l.fall.)⁽¹⁷⁾, ha sempre riservato a quest'ultimo; e ciò non solo quando, in sede di formulazione della proposta, il debitore assicura, ad esempio, il pagamento del ceto creditorio attraverso la costituzione di garanzie (reali o personali) prestate da soggetti terzi, ma anche quando l'adempimento totale o parziale delle obbligazioni concordatarie è rimesso

⁽¹⁷⁾ Sul punto v. M. GABOARDI, *Commento all'art. 167*, in *Commentario alla legge fallimentare*, diretto da C. Cavallini, III, Milano, 2010, 523 ss.

all'attività di un terzo assuntore. E quest'ultima evenienza è proprio quella che viene presa in considerazione dalla legge delega, la quale consente al tribunale di sostituirsi alla determinazione del debitore (e dello stesso terzo assuntore) in merito all'opportunità che sia un soggetto diverso dal debitore a dare esecuzione al piano concordatario. Sembra, dunque, essenziale che l'attuazione della delega su questo punto circoscriva il potere del tribunale a quei casi in cui le condizioni patrimoniali del debitore nel corso della procedura o il contenuto del piano concordatario si rivelino inadeguate ad assicurare la capacità del debitore di adempiere autonomamente le obbligazioni concordatarie.

Infine, l'efficacia della riforma *in parte qua* si potrà misurare anche con riferimento alla delega per il riordino della disciplina dei procedimenti di revoca, di annullamento e di risoluzione del concordato preventivo. Sono questi, infatti, gli snodi essenziali della procedura concordataria: l'uno, quello finalizzato cioè alla revoca del concordato *ex art.* 173 l.fall., è destinato a fungere da momento di raccordo tra la procedura concordataria e quella liquidatoria, determinando così quella consecuzione tra procedure che è essenziale per l'operatività delle azioni revocatorie fallimentari; gli altri, quelli strumentali cioè all'annullamento o alla risoluzione del concordato *ex art.* 186 l.fall., rappresentano una sorta di normativa di chiusura della disciplina concordataria, la cui attivazione — che, per quanto concerne la risoluzione del concordato, dev'essere resa possibile anche mediante la domanda del « commissario giudiziale (...) su istanza di un creditore », al fine di evitare che gli oneri relativi all'assistenza legale finiscano per dissuadere il creditore interessato dall'esercizio dell'azione costitutiva [art. 6, comma 1, lettera n), della legge delega] — finisce per produrre effetti che travolgono l'intera operazione regolatrice della crisi o dell'insolvenza del debitore.

b) Nei casi in cui la situazione di insolvenza del debitore si riveli ingestibile mediante la formazione e attuazione di un accordo concordatario, viene ad assumere rilevanza la procedura di liquidazione giudiziale del patrimonio debitorio. Tale procedura, ispirata nominalmente alla *liquidation judiciaire* dell'ordinamento francese ⁽¹⁸⁾, ricalca integralmente l'ordinaria procedura fallimentare, alla cui disciplina la legge delega non apporta sostanziali modifiche, rispettando anzitutto la tradizione separazione delle fasi di accertamento dello stato passivo e di liquidazione e ripartizione dell'attivo.

Orbene, se si esclude l'invito a rafforzare, in sede di legislazione delegata, le incompatibilità e i poteri del curatore (al quale, d'ora in poi, non si accompagnerà più la qualifica « fallimentare ») soprattutto in occasione dell'apprensione dell'attivo e del compimento di « atti (...) operazioni riguardanti l'organizzazione e la struttura finanziaria della società » in fun-

⁽¹⁸⁾ Sul punto v. gli spunti di A. JORIO, *Legislazione francese, Raccomandazione della Commissione europea, e alcune riflessioni sul diritto interno*, in *Fall.*, 2015, 1070 ss.

zione della liquidazione [art. 7, comma 2, lettera *e*], della legge delega] ⁽¹⁹⁾, la legge delega si segnala per la volontà di rafforzare, per un verso, la protezione del patrimonio debitorio mediante l'esclusione di « esecuzioni speciali e (...) privilegi processuali, anche fondiari », dall'area di operatività della preclusione *ex art.* 51 l.fall. e, per altro verso, l'estensione del periodo sospetto nelle azioni di inefficacia (artt. 64-65 l.fall.) e nelle azioni revocatorie fallimentari (artt. 67-69 l.fall.) [art. 7, comma 4, lettere *a*) e *b*), della legge delega]. In questa prospettiva, va accolta indubbiamente con favore, anzitutto, la scelta del legislatore di anticipare il *dies a quo* del periodo sospetto nelle azioni di inefficacia e in quelle revocatorie al momento della proposizione della domanda di apertura della procedura di liquidazione giudiziale (rispetto al momento della pronuncia di apertura della procedura), così da evitare che il tempo necessario per la delibazione della domanda di liquidazione giudiziale vada a danno dei creditori pregiudicati dagli atti lesivi posti in essere durante il periodo sospetto ⁽²⁰⁾. Il vantaggio di una tale novità per il ceto creditorio appare rilevante soprattutto in relazione agli atti assoggettabili alla revocatoria fallimentare *ex art.* 67, comma 2, l.fall., in quanto, a seguito della dimidiazione del periodo sospetto operata dal d.l. n. 35/2005 cit., il termine semestrale per la revocazione di tali atti potrebbe venire quasi integralmente assorbito dalla durata dell'odierna istruttoria prefallimentare, che diverrà l'*iter* processuale comune per la declaratoria dello stato di crisi o di insolvenza. Apprezzabile risulta pure l'intervento riformatore in tema di tutela del concorso, laddove — come accennato — dovrebbe essere abrogato il regime delle azioni esecutive relative a crediti derivanti da operazioni di credito fondiario, rispetto alle quali permane tutt'oggi, ai sensi dell'art. 41, d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385, il privilegio processuale di promuovere o proseguire la procedura esecutiva individuale (sui beni ipotecati a garanzia del finanziamento) anche dopo l'apertura della procedura concorsuale, con conseguente diritto all'assegnazione (provvisoria) della somma ricavata dalla vendita forzata dei beni del debitore fino alla concorrenza dell'ammontare del credito ⁽²¹⁾.

⁽¹⁹⁾ Il novero dei poteri del curatore per il compimento degli atti e delle operazioni incidenti sulla *organizzazione* e sulla *struttura finanziaria* della società, che possono dirsi funzionali alla liquidazione del patrimonio sociale, è naturalmente ampio ed eterogeneo, assumendo rilevanza i poteri di attuazione, ad esempio, delle operazioni sul capitale sociale o delle operazioni straordinarie poste in essere nella pendenza della procedura di soluzione della crisi d'impresa o dell'insolvenza.

⁽²⁰⁾ L'anticipazione del *dies a quo* del periodo sospetto non incide — per espressa previsione dell'art. 7, comma 4, lettera *b*), della legge delega — sulla retrodatazione di tale termine imposta dalla consecuzione delle procedure *ex art.* 69-*bis* l.fall., di talché, in caso di sopravvenuta liquidazione giudiziale, il periodo sospetto continuerà a decorrere dalla data di pubblicazione della domanda di concordato preventivo nel registro delle imprese.

⁽²¹⁾ Sul carattere provvisorio dell'assegnazione della somma ricavata dalla vendita forzata v., *ex multis*, Cass., 4 settembre 2009, n. 19217, in *Dir. fall.*, 2010, II, 286 ss., secondo cui

Sotto il profilo della maggiore rapidità, concentrazione ed efficienza della procedura di « liquidazione giudiziale » rispetto all'*iter* fallimentare, meritano inoltre l'attenzione dell'interprete i criteri direttivi che dovranno presiedere al riordino della disciplina del procedimento di accertamento dello stato passivo e delle operazioni di liquidazione dell'attivo. In particolare, il comma 8 dell'art. 7 della legge delega impone il perseguimento dell'obiettivo della rapidità mediante l'introduzione di « preclusioni attenuate » già nella fase dell'accertamento del passivo che si svolge dinanzi al giudice delegato, la semplificazione delle domande di insinuazione di « minor valore o complessità » e la restrizione dei limiti di ammissibilità delle domande tardive ⁽²²⁾; in funzione della maggiore concentrazione delle attività processuali, va rammentata, invece, l'attrazione nella sede concorsuale dell'« accertamento di ogni credito opposto in composizione ai sensi dell'art. 56 » l.fall. D'altra parte, l'efficienza della fase liquidatoria viene implementata, in particolare, attraverso l'introduzione di « sistemi informativi e di vigilanza della gestione liquidatoria » e l'incremento della « competitività delle operazioni di liquidazione » (art. 7, comma 9, della legge delega). Ora, non è certo questa la sede per esaminare ciascuno dei criteri direttivi richiamati; nondimeno, sembra opportuno osservare come essi vadano a porre rimedio ad alcune delle principali criticità che si sono manifestate nel corso dell'ultimo decennio di applicazione della disciplina fallimentare riformata. Basti pensare all'importanza che rivestirà, sul piano pratico, sia l'introduzione di un regime meno rigoroso in relazione al contenuto formale di quelle domande di insinuazione che siano contraddistinte da importi più modesti o, per lo meno, da questioni fattuali o giuridiche di più pronta soluzione, sia l'introduzione di un argine temporale più ristretto per la proposizione delle domande tardive, rispetto alle quali la possibilità che la successione delle udienze quadrimestrali *ex* art. 101 l.fall. (con i relativi accantonamenti periodici e le ripercussioni sullo svolgimento delle ripartizioni) si protragga fino a dodici (o diciotto) mesi dal deposito del decreto di esecutività finisce inevitabilmente per rallentare le operazioni di riparto e complicare le attività di soddisfazione dei creditori tempestivi.

D'altra parte, se è vero che anche la prescrizione di attrarre alla sede concorsuale l'accertamento di ogni credito opposto in compensazione dal debitore del fallito finisce per svolgere un ruolo di razionalizzazione della procedura di accertamento del passivo, sembra tuttavia che una tale previsione contrasti con il prevalente indirizzo giurisprudenziale in materia, se-

l'assegnazione della somma diviene definitiva soltanto a seguito dell'insinuazione al passivo dell'istituto di credito fondiario in funzione dell'obbligo di restituire quanto eventualmente ecceda le sue spettanze a seguito della graduazione dei crediti definita in sede fallimentare.

⁽²²⁾ Per una prima valutazione delle novità introdotte dal disegno di legge elaborato dalla Commissione Rordorf e poi trasfuso nell'odierna legge delega, cfr. G. BOZZA, *L'accertamento del passivo nella procedura di liquidazione giudiziale*, in *Fall.*, 2016, 1063 ss.

condo cui le forme dell'accertamento del passivo non sono necessarie ai fini dell'eccezione di compensazione — che resta quindi conoscibile, *ex artt.* 34 e 35 c.p.c., dal giudice ordinario adito dalla curatela per far valere il credito del fallito — ogni qualvolta l'opposizione del controcredito sia funzionale esclusivamente al rigetto della domanda del curatore, ammettendosi invece la devoluzione al tribunale fallimentare dell'intera causa se all'eccezione di compensazione viene cumulata la domanda (riconvenzionale) di accertamento del maggior credito nei confronti del debitore insolvente ⁽²³⁾. L'impostazione della legge delega finirebbe, dunque, per dare prevalenza al rito speciale di accertamento del passivo, senza distinguere a seconda della natura puramente difensiva o riconvenzionale dello strumento con cui sia fatto valere il controcredito (o la parte esorbitante di esso rispetto al credito fallimentare). Vero è, tuttavia, che l'introduzione di un simile criterio direttivo non chiarisce quali siano le ripercussioni dell'attrazione alla sede concorsuale dell'accertamento di ogni controcredito con riguardo all'accertamento — dinanzi al giudice ordinario — del credito fallimentare. In particolare, sembra prospettarsi la possibilità che, nei casi in cui l'eccezione di compensazione funge da istanza di rigetto della domanda principale, l'attrazione alla sede concorsuale dell'accertamento del controcredito verso il debitore insolvente comporti la separazione di tale giudizio (destinato a svolgersi nelle forme dell'accertamento del passivo) da quello promosso dal curatore, che resterà invece assoggettato al rito ordinario ⁽²⁴⁾.

Una considerazione specifica meritano, poi, le previsioni in tema di disciplina dei contratti pendenti al momento di apertura della liquidazione giudiziale. La novità principale è costituita, a mio parere, dalla previsione dello scioglimento automatico dei « contratti aventi carattere personale che non proseguano con il consenso della controparte » [art. 7, comma 6, lettera b), della legge delega]. Ed infatti, se si considera che l'opzione dello scioglimento automatico è stata accolta dalla legge fallimentare come rimedio all'incompatibilità della procedura concorsuale con l'esecuzione delle prestazioni dedotte nel contratto, appare positivo che, con riferimento ai contratti c.d. personali ⁽²⁵⁾, l'effetto automatico dello scioglimento sia bilanciato *ex lege* non solo — come si prevede, ad esempio, nel caso del contratto di ap-

⁽²³⁾ Cfr., *ex multis*, Cass., 7 giugno 2013, n. 14418, in *Fall.*, 2014, 341 ss.; Cass., 22 maggio 2002, n. 7510, in *Mass. Giust. civ.*, 2002, 903. Nel senso che l'eccezione di compensazione dia luogo a un'ipotesi in cui l'accertamento della questione pregiudiziale debba avvenire con efficacia di giudicato per espressa previsione di legge *ex artt.* 34 c.p.c., cfr. E. MERLIN, *Compensazione e processo*, II, 1994, 206 ss.

⁽²⁴⁾ Per una lettura critica di questo principio, con riguardo alla proposta di legge delega, v. anche G. BOZZA (nt. 22), 1070.

⁽²⁵⁾ Per « contratti aventi carattere personale » si allude evidentemente ai contratti stipulati con riferimento alla persona del titolare dell'impresa (come, ad esempio, l'associazione in partecipazione): v., sul punto, C. FIENGO, *Commento all'art. 77*, in *Commentario alla legge fallimentare*, II, a cura di C. Cavallini, Milano, 2010, 449 ss.

palto — rispetto al potere del curatore di subentrare *ex post* nel contratto, ma anche rispetto all'interesse del contraente *in bonis* a veder proseguito il rapporto contrattuale pendente. Molto più incerti appaiono, invece, i possibili esiti della legislazione delegata con riguardo sia all'introduzione di un'« autonoma regolamentazione del contratto preliminare » sia al coordinamento degli « effetti della procedura sui rapporti di lavoro subordinato » con la « legislazione vigente in materia di diritto del lavoro » [art. 7, comma 6, lettera c), e comma 7, della legge delega]. Sotto quest'ultimo profilo manca, infatti, l'indicazione di un chiaro criterio direttivo che dovrà guidare il legislatore delegato nell'opera (assai ardua) di raccordo tra le due legislazioni: l'esame della tematica supera certamente i confini del presente commento e, pertanto, non si indugia oltre su questo punto, se non per sottolineare, in una prospettiva marcatamente processuale, come il riordino dei rapporti tra la disciplina del lavoro e la disciplina dell'insolvenza può costituire l'occasione per chiarire le incertezze insorte, *inter alia*, sul tema della competenza speciale del giudice fallimentare rispetto a quella generale del giudice del lavoro, atteso che, a tacer d'altro, appare quanto meno logorata la tradizionale distinzione tra le azioni di accertamento (della sussistenza del rapporto di lavoro) o costitutive (della illegittimità del licenziamento) spettanti al giudice del lavoro e le conseguenti azioni di condanna per le correlate pretese economiche spettanti al giudice del concorso. Un logoramento, quest'ultimo, che appare evidente solo che si consideri come la pronuncia di accertamento sia, di regola, il presupposto legittimante dell'insinuazione allo stato passivo, e nondimeno, in ragione dell'inapplicabilità dell'art. 40, comma 3, c.p.c. (e, quindi, anche del rito del lavoro) in sede fallimentare *ex art. 24, comma 2, l.fall.*, seguita a restare attratta alla competenza del giudice del lavoro (26).

3. Una delle novità della legge delega che ha maggiormente attratto la curiosità degli interpreti è costituita dall'introduzione delle « procedure di allerta e di composizione assistita della crisi » (art. 4 della legge delega). Recependo una tendenza ormai pienamente affermata a livello europeo (27),

(26) Cfr., in proposito, M. FABIANI, *Commento all'art. 24*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, I, diretto da A. Jorio e coordinato da M. Fabiani, Bologna, 2006, 433 ss., in part. 435.

(27) Ci si riferisce alla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, presentata il 22 novembre 2016 dalla Commissione europea, in tema di quadri di ristrutturazione preventiva, seconda opportunità per gli imprenditori falliti e misure di efficienza per le procedure di insolvenza, ristrutturazione e liberazione dai debiti. Il testo è consultabile in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?qid=1510564311784&uri=CELEX:52016P00723>. Cfr., *ex multis*, L. STANGHELLINI, *La proposta di direttiva UE in materia di insolvenza, in Fall.*, 2017, 873 ss.; G. LO CASCIO, *Le procedure di crisi delle imprese: una riforma internazionale ed interna senza fine*, *ivi*, 501 ss.; L. PANZANI, *La proposta di direttiva della Commissione UE: early warning, ristrutturazione e seconda chance*, *ivi*, 129 ss.

il legislatore nazionale accoglie l'idea della preventiva emersione della crisi come fattore essenziale per la soluzione delle difficoltà patrimoniali dell'impresa o del debitore civile. Ed è un'idea, quella della prevenzione della crisi o dell'insolvenza, che non è affatto nuova nel panorama normativo europeo⁽²⁸⁾ e domestico, se solo si considera come una parte consistente delle novità della legge fallimentare introdotte con il d.l. n. 35/2005 cit. e con il d.lgs. n. 5/2006 cit. — dalla tutela degli accordi di ristrutturazione dei debiti e (almeno in parte) dei piani attestati di risanamento, al rafforzamento della disciplina del concordato preventivo — fosse legata all'incremento delle soluzioni volte ad assicurare un'emersione tempestiva della crisi o dell'insolvenza, prevenendone cioè la manifestazione in un momento in cui la crisi o l'insolvenza sarebbe stata gestibile soltanto attraverso la liquidazione del patrimonio debitorio⁽²⁹⁾. Vero è però che, in forza del regime normativo applicabile (lo stato di crisi, che legittima l'ammissione alla procedura di concordato preventivo, può venire a consistere anche nello stato di insolvenza) e della tendenza del debitore (soprattutto se imprenditore) a dare evidenza pubblica alle proprie difficoltà patrimoniali con un considerevole ritardo rispetto alla loro manifestazione, le soluzioni negoziate della crisi d'impresa, aventi finalità non puramente liquidatorie, intervengono quando la loro efficacia appare quanto meno ridotta. D'altra parte, la previsione di una sanzione penale a carico del debitore che si sia astenuto dal richiedere il fallimento in proprio in caso di aggravamento del dissesto (cfr. art. 217, comma 1, numero 4, l.fall.) è parimenti inidonea a fungere da strumento di prevenzione o emersione tempestiva della crisi.

Come suggerito dalla legislazione europea, lo strumento per attuare un'efficace prevenzione della crisi d'impresa o dell'insolvenza è costituito da « strumenti di allerta in grado di individuare un andamento degenerativo dell'impresa e segnalare al debitore o all'imprenditore la necessità di agire con urgenza »⁽³⁰⁾. Solo un monitoraggio costante dell'andamento patrimoniale dell'impresa (e, in genere, del debitore) può, quindi, assicurare l'emersione tempestiva della crisi o dell'insolvenza, consentendo ai soggetti responsabili di porre in essere le strategie più efficaci per la ristrutturazione del debito o il risanamento aziendale. La possibilità di percepire per tempo l'esistenza della crisi (e affrontarla quindi efficacemente) è una conseguenza diretta dell'esistenza di un sistema di *early warning tools*, la cui efficacia

(28) In particolare, per gli influssi della legislazione francese v. G. FAUCEGLIA, *L'anticipazione della crisi d'impresa: profili di diritto comparato e prospettive future*, in *Fall.*, 2009, 14 ss.; M. GUERNELLI, *La riforma delle procedure concorsuali in Francia e in Italia*, in *Dir. fall.*, 2008, 256 ss. Con riferimento all'analoga legislazione societaria tedesca, v. invece L. STROHN, *Organhaftung im Vorfeld der Insolvenz*, *NZG*, 2011, 1161 ss.; J. THIESSEN, *Haftung des Aufsichtsrats für Zahlungen nach Insolvenzreife*, *ZGR*, 2011, 275 ss.

(29) Con riferimento al disegno di legge delega, v. sul punto M. FERRO, *Misure di allerta e composizione assistita della crisi*, in *Fall.*, 2016, 1032 ss.

(30) Cfr. art. 3, comma 1, della proposta di direttiva europea (nt. 27).

esige non solo una sostanziale facilità di accesso da parte del debitore a tali strumenti ⁽³¹⁾, ma anche la loro pertinenza rispetto ai valori patrimoniali essenziali (o, se si vuole, rivelatori) di un andamento degenerativo dell'impresa o del debitore ed, infine, l'esistenza di un adeguato sistema di incentivazione alla loro attivazione. In questo complesso quadro economico e normativo, la legge delega, anche se non menziona, all'art. 1, la citata proposta di direttiva europea tra le fonti ispiratrici della normativa delegante *in parte qua* ⁽³²⁾, sembra attuare nondimeno le indicazioni del legislatore comunitario prevedendo l'introduzione di « procedure di allerta e di composizione assistita della crisi » che, secondo un modello che richiama l'impostazione seguita dal legislatore nazionale per le procedure conciliative delle liti civili e commerciali, si contraddistinguono per una « natura non giudiziale e confidenziale » e per una finalizzazione all'« emersione anticipata della crisi » e allo « svolgimento di trattative tra debitore e creditori » (art. 4, comma 1, della legge delega).

Il carattere privatistico della procedura di allerta e di composizione assistita della crisi emerge, anzitutto, dal fatto che lo svolgimento della procedura è affidato ad un apposito organismo assistenziale — istituito presso ciascuna camera di commercio — che viene incaricato, su istanza del debitore, di nominare un collegio di « almeno tre esperti » ⁽³³⁾ a cui è assegnato il

⁽³¹⁾ L'art. 3, comma 2, della proposta di direttiva europea (nt. 27) prevede, infatti, che gli Stati membri adeguino le normative nazionali per consentire l'« accesso [dei debitori] a informazioni pertinenti, aggiornate, chiare, concise e di facile consultazione sulla disponibilità di strumenti di allerta e di qualsiasi mezzo per ristrutturarsi in una fase precoce o ottenere la liberazione dai debiti personali ».

⁽³²⁾ L'art. 1, comma 2, della legge delega, se non richiama — com'è ovvio — la proposta di direttiva in parola, fa tuttavia menzione, accanto al reg. UE n. 848/2015 del 20 maggio 2015 in tema di procedure di insolvenza transfrontaliere, alla racc. n. 2014/135/UE del 12 marzo 2014, nella quale la Commissione europea ha posto, per la prima volta in maniera significativa, la questione che « viable enterprises in financial difficulties (...) have access to national insolvency frameworks which enable them to restructure at an early stage with a view to preventing their insolvency, and therefore maximise the total value to creditors, employees, owners and the economy as a whole » (cons. 1).

⁽³³⁾ La legge delega esplicita un procedimento di designazione dei tre esperti che, pur riflettendo gli interessi economici che possono essere variamente coinvolti in una vicenda di composizione della crisi, appare probabilmente troppo articolato e complesso, dal momento che la nomina dei componenti del collegio che dovrà assistere il debitore nella individuazione della soluzione concordata non è effettuata dall'organismo di assistenza, ma mediante il concorso di tre distinti atti di nomina provenienti, rispettivamente, dal « presidente della sezione specializzata in materia di impresa del tribunale competente » in base alla sede dell'imprenditore, dalla camera di commercio e dalle « associazioni di categoria ». Ora, se anche si trascura la mancanza di un criterio di identificazione (come, ad esempio, quello dell'adeguata rappresentatività) delle associazioni di categoria legittimate a nominare uno dei tre esperti (lasciando forse un eccessivo spazio di determinazione al legislatore delegato), vi è pur sempre da osservare che l'indicazione del presidente della sezione specializzata come ulteriore soggetto legittimato alla nomina di un altro dei tre esperti non appare un elemento sufficientemente determinato per consentire il perfezionamento della procedura di nomina in tutti i casi rilevanti. E ciò in

compito di favorire, secondo le forme che sono proprie dell'attività di mediazione ⁽⁵⁴⁾, il raggiungimento, « entro un congruo termine (...) non superiore complessivamente a sei mesi », di « una soluzione della crisi concordata tra il debitore e i creditori » [art. 4, comma 1, lettera *b*), della legge delega]. Un esito, quest'ultimo, che, non essendo circostanziato dal legislatore delegante, risulta concretizzabile in qualunque misura idonea al superamento della crisi e alla conseguente prevenzione dell'insolvenza, di talché il mancato raggiungimento di un risultato positivo dell'attività assistenziale del collegio alle trattative tra le parti può comportare l'attestazione, da parte del medesimo collegio, del sopraggiunto stato di insolvenza; ed in tal caso, sarà onere dell'organismo cui il collegio appartiene darne notizia al pubblico ministero ai fini della tempestiva promozione del giudizio di accertamento dell'insolvenza.

Vero è però che se la procedura *de qua* fosse lasciata alla libera iniziativa del solo debitore, finirebbe per ridursi ad uno strumento assai meno efficace di quello che invece può diventare; se così è, va accolta allora con favore la possibilità che la procedura di composizione assistita della crisi possa aprirsi

quanto:- da un lato, le procedure di allerta e di composizione della crisi sembrano riguardare sia gli imprenditori c.d. sopra-soglia sia quelli c.d. sotto-soglia [con esclusione soltanto delle « società quotate in borsa o in altro mercato regolamentato » e delle « grandi imprese come definite dalla normativa dell'Unione europea »: art. 4, comma 1, lettera *a*), della legge delega],- e dall'altro lato, le nuove regole sulla competenza in materia concorsuale (v. *supra* la nota 10) distinguono tra le procedure che si applicano (anche) agli imprenditori c.d. sotto-soglia (e che saranno da assoggettare ai vigenti criteri di attribuzione della competenza) e quelle che si applicano, invece, agli imprenditori c.d. sopra-soglia (e che saranno da assoggettare ai nuovi criteri attributivi della competenza da individuare in attuazione della delega). Ne deriva, se non erro, che l'assegnazione del potere di nomina di uno dei componenti del collegio di esperti al presidente della sezione specializzata in materia di impresa (appartenente al tribunale competente per il luogo in cui l'imprenditore ha la propria sede) potrebbe condurre ad una nomina non coerente con le regole applicabili in tema di competenza nei casi in cui la procedura di allerta e composizione della crisi riguarda un imprenditore c.d. sotto-soglia, la cui procedura concorsuale è rimessa, per l'appunto, ad un giudice diverso dalla sezione specializzata in materia di impresa.

⁽⁵⁴⁾ Una correlazione tra le forme del procedimento conciliativo *ex d.lgs.* 4 marzo 2010, n. 28 e quelle del procedimento di composizione assistita della crisi sembra desumibile dal comune affidamento all'opera di un terzo per individuare la soluzione concordata che consenta di superare il conflitto tra due o più parti portatrici di interessi contrapposti. Ben inteso: le modalità di svolgimento delle trattative si differenziano a seconda della finalità della procedura, di talché, se nei procedimenti conciliativi l'attività di mediazione mira al raggiungimento di una composizione tra opposte pretese giuridiche, nel procedimento di composizione della crisi l'attività del collegio nominato dall'organismo assistenziale opera prevalentemente sul piano patrimoniale ed economico-finanziario. Nondimeno, è indubbio che, analogamente all'attività del mediatore, l'attività di assistenza alla composizione della crisi è svolta dal collegio mediante un'opera di ricognizione della situazione patrimoniale del debitore e di programmazione e svolgimento, previa convocazione del debitore stesso e, ove costituito, dei componenti dell'organo di controllo, di una serie di trattative coi creditori per la formazione di un accordo di regolazione della crisi.

anche su segnalazione « degli organi di controllo societari, del revisore contabile e delle società di revisione » in tutti i casi in cui la preventiva segnalazione all'organo amministrativo della società — una segnalazione, quest'ultima, che assumerà dunque una rilevanza prioritaria rispetto a quella diretta all'organismo assistenziale — non abbia sortito alcuna risposta o, tutt'al più, una risposta « inadeguata » alla denuncia di « fondati indizi della crisi », e cioè, verosimilmente, la loro mancata o imprecisa segnalazione all'organismo assistenziale da parte del medesimo organo amministrativo [art. 4, comma 1, lettera *c*), della legge delega]. Ma la rete delle segnalazioni dei possibili indizi della crisi, in cui viene a risolversi la procedura di allerta e la conseguente attivazione del meccanismo di composizione assistita della crisi, si arricchisce anche di un ulteriore duplice obbligo di segnalazione per i « creditori pubblici qualificati » (agenzia delle entrate, enti previdenziali e agenti della riscossione delle imposte) diretto

— da un lato, a dare « immediato avviso » al *debitore* che la sua esposizione debitoria (nei confronti di tali creditori) ha superato il limite dell'« importo rilevante » (che sarà cura dal legislatore delegato definire specificamente tenendo conto delle dimensioni dell'impresa, degli importi non versati a titolo di imposte o contributi previdenziali e di ogni altro elemento che assicuri l'emersione anticipata e tempestiva della crisi) affinché il debitore attivi, entro i successivi tre mesi, una procedura di composizione assistita o una soluzione individuale o concorsuale della crisi, e

— dall'altro lato, a segnalare « immediatamente » sia agli *organi di controllo* della società sia, « in ogni caso », all'*organismo assistenziale* « il perdurare di inadempimenti di importo rilevante » quando l'intervenuto avviso al debitore non abbia sortito alcun effetto propulsivo per l'avvio di un procedimento di soluzione della difficile situazione patrimoniale e finanziaria, a pena di « inefficacia dei privilegi » spettanti ai relativi crediti [art. 4, comma 1, lettera *d*), della legge delega].

L'ampliamento del novero dei soggetti legittimati ad attivare la procedura (o a provocare l'attivazione della procedura da parte del debitore) costituisce solo uno degli aspetti che contribuiscono all'efficienza della procedura di composizione assistita della crisi, dal momento che assume rilevanza a tal fine anche — e, forse, soprattutto — la legittimazione del debitore a domandare alla « sezione specializzata in materia di impresa » l'adozione delle « misure protettive necessarie per condurre a termine le trattative in corso » tra il debitore e i creditori [art. 4, comma 1, lettera *g*), della legge delega]. La genericità del richiamo legislativo consente all'interprete (ma, per quel che più rileva, al legislatore delegato) di tradurre l'esigenza di protezione del procedimento di composizione assistita della crisi in una molteplicità di strumenti, ad attivazione giudiziale, che salvaguardino l'effettività del procedimento sotto il profilo della proficuità delle trattative e, quindi, della maggiore probabilità di conseguire una soluzione concordata della crisi. Accanto alla possibilità di ottenere una sospensione delle azioni indi-

viduali esecutive o cautelari alla stregua dell'art. 182-*bis*, comma 6, l.fall. per la salvaguardia delle trattative volte alla formazione di un accordo di ristrutturazione, la tutela del patrimonio debitorio al momento dell'apertura della procedura di composizione assistita può essere assicurata anche mediante l'esenzione dall'area della revocatoria fallimentare degli atti funzionali allo svolgimento delle trattative e all'esecuzione dell'accordo di composizione, nonché mediante il riconoscimento ai crediti della nuova finanza del beneficio della prededuzione (malgrado la prescritta limitazione delle nuove ipotesi di deroga alla regola della *par condicio creditorum*) nella procedura di liquidazione giudiziale. La salvaguardia delle trattative in corso dev'essere, inoltre, bilanciata da un rigoroso regime di revocabilità delle misure protettive, non essendo a tal fine sufficiente il loro intrinseco carattere di provvisorietà, derivante dal fatto di essere funzionali allo svolgimento delle trattative ed emergente altresì dall'invito del legislatore delegante a disciplinarne, in particolare, la « durata » *ex* art. 4, comma 1, lettera *g*), della legge delega. Ed è significativo notare come la possibilità di revoca sia ammessa anche su iniziativa officiosa dell'autorità giudiziaria nei casi più gravi, rappresentati non solo dal compimento di « atti in frode ai creditori » da parte del debitore, ma anche dalla constatazione, ad opera del collegio degli esperti, dell'assenza di qualsiasi « possibilità di addivenire ad una soluzione concordata della crisi » o, comunque, di « significativi progressi nell'attuazione delle misure idonee a superare la crisi » [art. 4, comma 1, lettera *g*), della legge delega]. Ne deriva che la concessione di una misura protettiva dovrà essere subordinata ad una valutazione in concreto della sua attitudine a consentire l'efficace svolgimento delle trattative tra il debitore e i creditori, di talché potrebbe assumere rilevanza, a tal fine, la previsione di una dichiarazione del debitore attestante la pendenza delle trattative nell'ambito di una procedura di composizione assistita della crisi, corredata altresì da un'attestazione del professionista, avente i requisiti *ex* art. 67, comma 3, lettera *d*), l.fall., circa la idoneità della proposta del debitore ad addivenire ad un soluzione concordata, analogamente a quanto accade *ex* art. 182-*bis*, comma 6, cit. nel caso di sospensione delle azioni individuali esecutive e cautelari nella pendenza di una proposta di accordo di ristrutturazione.

Il quadro degli strumenti di efficacia della procedura è poi completato dalla previsione di « misure premiali » del debitore ⁽³⁵⁾, incentivanti la tempestiva proposizione dell'istanza di apertura di una procedura di composizione assistita della crisi o di un'altra procedura di regolazione dello stato di crisi o dell'insolvenza del debitore (dall'omologazione di un accordo di ri-

(35) Le misure premiali sono estese, invero, anche ai componenti del collegio sindacale della società debitrice, per i quali è prevista una esenzione da responsabilità (solidale con gli amministratori) per le conseguenze pregiudizievoli dei fatti o delle omissioni successivi alla segnalazione degli indizi di insolvenza all'organo amministrativo o all'organismo di assistenza alla composizione della crisi [cfr. art. 4, comma 1, lettera *f*), della legge delega].

strutturazione, all'ammissione al concordato preventivo o alla liquidazione giudiziale). Secondo il legislatore delegante, in particolare, le misure premiali possono assumere una natura patrimoniale (come, ad esempio, la previsione di una « congrua riduzione degli interessi e delle sanzioni correlati ai debiti fiscali ») oppure possono risolversi in un'attenuazione o esclusione della responsabilità personale del debitore (come, ad esempio, la previsione di una « causa di non punibilità per il delitto di bancarotta semplice e per gli altri reati previsti dalla legge fallimentare, quando abbiano cagionato un danno patrimoniale di speciale tenuità ») [art. 4, comma, 1, lettera *h*), della legge delega]. Ad ogni modo, l'idea che l'attivazione tempestiva di una procedura di allerta e di composizione assistita della crisi non solo si svolga al riparo da iniziative che possano depauperare il patrimonio debitorio, riducendo così le possibilità di formazione e attuazione di una soluzione negoziata della crisi, ma costituisca anche una incentivazione di natura patrimoniale o personale avvalorata — secondo un modello che ha trovato un largo riconoscimento nei sistemi di *common law* — la conclusione che l'efficienza della soluzioni negoziate della crisi non dipenda soltanto dal vantaggio prospettico in termini di *discharge* dai debiti (o dalle quote dei debiti) non soddisfatti in sede concorsuale ⁽³⁶⁾, ma anche dal vantaggio immediato di misure premiali.

4. Un ultimo profilo di novità della legge delega è certamente costituito dalla « disciplina della crisi e dell'insolvenza dei gruppi di imprese » (art. 3 della legge delega), che costituisce l'occasione per implementare la normativa di settore anche al di là dei profili più strettamente correlati alla condizione economica e patrimoniale del gruppo o delle sue singole componenti.

Se non è certo questa la sede per esaminare la complessa tematica del gruppo societario, è opportuno, nondimeno, rammentare che le principali problematiche connesse alla crisi o all'insolvenza di una o più delle società che compongono il gruppo debbono essere affrontate — soprattutto dopo Cass., 13 ottobre 2015, n. 20559 ⁽³⁷⁾ — nella prospettiva dell'autonomia (giuridica e patrimoniale) delle singole componenti del gruppo. Costituisce, infatti, un presupposto comune alla nostra giurisprudenza, e prim'ancora

⁽³⁶⁾ È un istituto, quello della esdebitazione, che la legge delega pare, comunque, rafforzare prevedendo l'introduzione di ipotesi di esdebitazione d'ufficio, soggette probabilmente alla ricorrenza di indici presuntivi della meritevolezza della liberazione dei debiti residui, e l'estensione del beneficio ai debitori aventi forma societari allorché il requisito della meritevolezza ricorra in capo agli amministratori per le società di capitali o ai soci per le società di persone [cfr. art. 8, comma 1, lettere *b*) e *c*), della legge delega].

⁽³⁷⁾ In *Fall.*, 2016, 142 ss.

alla legislazione nazionale ed europea *in parte qua* ⁽³⁸⁾, la contrapposizione tra il riconoscimento dell'unitarietà *economica* del gruppo societario e l'impossibilità di attribuire ad esso uno statuto *giuridico* autonomo (*rectius*: una personalità giuridica e patrimoniale autonoma) al di là delle singole componenti del gruppo. Questa comune impostazione si riflette, a sua volta, sul piano della crisi d'impresa e dell'insolvenza implicando una *separazione* delle masse attive e passive di ciascuna società in crisi o insolvente, con la conseguenza che la consistenza patrimoniale del *gruppo* societario non può assumere una rilevanza diretta ai fini dello svolgimento delle singole procedure di soluzione della crisi o dell'insolvenza. Vero è, tuttavia, che l'esistenza del gruppo, se incide — sotto forma di direzione e coordinamento da parte della *holding* — sull'attività delle società del gruppo *in bonis*, non può essere pretermessa — per lo meno come fenomeno economico e patrimoniale — nel contesto di una soluzione (concordata o liquidatoria) delle situazioni di crisi o insolvenza facenti capo a singole società del gruppo. Una soluzione efficace, soprattutto se orientata verso la ristrutturazione e il risanamento, non può, infatti, non coinvolgere *unitariamente* tutte le componenti del gruppo, e cioè: non solo tutte quelle dichiarate in stato di crisi o di insolvenza, ma necessariamente anche quelle che risultano *in bonis* al momento di apertura delle predette procedure. La necessità di un tale coinvolgimento deve tradursi, a sua volta, nell'adozione di un piano *coordinato* per la soluzione (concordata o liquidatoria) della crisi o dell'insolvenza delle società del gruppo (soprattutto per quanto concerne l'esercizio delle azioni revocatorie relative alle operazioni infragruppo e dell'azioni di responsabilità nei confronti degli organi amministrativi) ⁽³⁹⁾, ma può risolversi anche — ove possibile — nell'attrazione delle controversie derivanti dalle singole procedure alla competenza del medesimo ufficio giudiziario e nella nomina di un unico amministratore per la gestione delle singole procedure relative alle società dichiarate in stato di crisi o di insolvenza.

Questa stessa esigenza di coordinamento tra le singole realtà patrimoniali costituite dalle società dichiarate in stato di crisi o di insolvenza e la complessiva realtà patrimoniale del gruppo societario a cui le società in crisi o insolventi appartengono è stata adeguatamente apprezzata anche nella recente legge delega che, al di là della previsione di una gestione unitaria della procedura di concordato preventivo di gruppo e di liquidazione giudiziale di gruppo (su cui ci si soffermerà tra breve), impone di prevedere che, in caso di applicazione della giurisdizione italiana per le procedure afferenti a *tutte* le

⁽³⁸⁾ Il richiamo è relativo, per un verso, al reg. n. UE 848/2015 (nt. 32) contenente una specifica disciplina dell'insolvenza di gruppo (artt. 56 ss.) e, per altro verso, alla normativa interna in tema di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza (cfr. artt. 80 ss., d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270 e art. 5, d.l. 25 dicembre 2003, n. 347).

⁽³⁹⁾ Cfr., per tutti, L. PANZANI, *La disciplina della crisi di gruppo tra proposte di riforma e modelli internazionali*, in *Fall.*, 2016, 1153 ss.

società del gruppo che si trovano in stato di crisi o di insolvenza, si possa ottenere l'omologazione di un accordo unitario di ristrutturazione dei debiti ovvero l'ammissione al concordato preventivo o alla liquidazione giudiziale mediante un « unico ricorso », da proporre al giudice (italiano) competente secondo un criterio attributivo della competenza che sarà predeterminato dal legislatore delegato [art. 3, comma 1, lettera *d*), della legge delega]. L'unicità della domanda di avvio della procedura per la regolazione (*rectius*: per la formazione o l'attuazione della soluzione) dello stato di crisi o di insolvenza di alcune delle società del gruppo consente già ai soggetti legittimati all'avvio della procedura — e, in particolare, al debitore — di programmare le attività di ristrutturazione o di liquidazione (dei patrimoni delle società in crisi o insolventi) in una prospettiva, per così dire, strutturata, tenendo conto cioè delle masse attive e passive di ciascuna delle società coinvolte in relazione al contesto patrimoniale complessivo del gruppo.

A ben vedere, anche il concetto di gruppo societario a cui si ispira la legge delega sembra, in qualche misura, condividere una simile conclusione, in quanto la lettera *a*) dell'art. 3, comma 1, della legge delega prevede che la definizione di « gruppo di imprese », rilevante ai fini della disciplina concorsuale, sia « modellata sulla nozione di direzione e coordinamento » di cui agli artt. 2497 ss. e 2545-*septies* c.c. Ne consegue che il gruppo societario che potrà accedere alla gestione unitaria delle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza di talune società del gruppo è quello contraddistinto, per l'appunto, dalla presenza di un soggetto che svolga attività di direzione e coordinamento, la cui sussistenza dovrà presumersi *iuris tantum* « in presenza di un rapporto di controllo » *ex* art. 2559 c.c. D'altra parte, il regime presuntivo, se agevola l'attività istruttoria del giudice in ordine all'accertamento del gruppo societario, consente anche di estendere la disciplina *de qua* ai casi in cui la condizione di direzione e coordinamento non sia correlata ad una delle situazioni in cui si può concretizzare il « rapporto di controllo ». Sono questi, infatti, i casi in cui troveranno applicazione gli « specifici obblighi dichiarativi » e la prescrizione di « deposito del bilancio consolidato di gruppo » che le « imprese appartenenti ad un gruppo » dovranno assolvere « a scopo di informazione sui legami di gruppo esistenti, in vista del loro assoggettamento a procedure concorsuali » [art. 3, comma 1, lettera *b*), della legge delega]: l'assenza di un rapporto di controllo (o l'incertezza circa la sua esistenza) imporrà, dunque, al giudice di verificare il ricorrere di quegli elementi che verranno a costituire il contenuto degli obblighi informativi (secondo la specificazione demandata al legislatore delegato) e che dovranno evidenziare i « legami di gruppo » delle società dichiarate in stato di crisi o di insolvenza. Ma l'accertamento di « collegamenti di gruppo » può derivare, nei casi in cui manchi un rapporto di controllo, anche dalle informazioni che siano chiamate a rendere, su richiesta dell'organo di gestione della procedura, la Consob e « qualsiasi altra pubblica autorità » (nonché dalle informazioni in possesso delle società fiduciarie con riguardo

alle « generalità degli effettivi titolari di diritti » sulle loro partecipazioni societarie) [art. 3, comma 1, lettera b), della legge delega]. Anche sotto questo profilo, dunque, emerge, seppure indirettamente, il ruolo che il gruppo societario — o, per meglio dire, la sua unitarietà economica — finisce per svolgere nella programmazione di ciascuna procedura di regolazione dello stato di crisi o di insolvenza delle società appartenenti al gruppo.

Con riferimento alle diverse tipologie di procedura di regolazione della crisi l'art. 3 della legge delega prevede criteri direttivi omogenei a seconda che assuma rilevanza l'accesso ad una procedura di concordato preventivo di gruppo oppure ad una procedura di liquidazione giudiziale di gruppo. Nella prima eventualità il coordinamento tra le plurime procedure relative a società appartenenti al medesimo gruppo si realizza, anzitutto, mediante l'*unitarietà di direzione e gestione* delle distinte procedure concordatarie, che potranno conseguire, a seconda dei casi, alla presentazione di distinte proposte di concordato per ciascuna società in stato di crisi o insolvenza ovvero alla presentazione di una proposta unitaria afferente a tutte le società del gruppo che versano in stato di crisi o insolvenza. In particolare, questo primo risultato dovrà essere assicurato — ai sensi dell'art. 3, comma 2, della legge delega — con la nomina di un unico giudice delegato e di un unico commissario giudiziale, il deposito di un unico fondo per le spese di giustizia, lo svolgimento contemporaneo delle distinte operazioni di voto da parte dei creditori di ciascuna società del gruppo, l'attrazione alla competenza del giudice concorsuale delle pretese vantate da soci e creditori delle singole imprese (oltre che da « ogni altro interessato ») in relazione alle operazioni contrattuali e riorganizzative infragruppo che siano « funzionali alla continuità aziendale e al migliore soddisfacimento dei creditori » [lettera f)]. Ma il coordinamento tra le procedure concordatarie di società appartenenti ad un gruppo si realizza anche, e soprattutto, per il tramite della elaborazione di un « piano unitario di risoluzione della crisi di gruppo »: una *programmazione coordinata delle attività* spettanti agli organi amministrativi di ciascuna società nel corso delle procedure concordatarie favoriscono, infatti, l'attuazione di un'efficace soluzione della crisi o dell'insolvenza, dal momento che non solo assicura la piena valorizzazione di tutti gli *assets* patrimoniali delle società coinvolte, ma garantisce anche un trattamento più soddisfacente per i creditori delle singole società in concordato.

Analogamente, nel caso in cui si ponga la necessità di una gestione unitaria della procedura di liquidazione giudiziale di gruppo, le esigenze connesse al coordinamento delle due o più procedure liquidatorie relative alle società del gruppo che versano in stato di insolvenza sono soddisfatte, anzitutto, mediante l'*unitarietà della direzione e della gestione* delle procedure, emergente — come nel concordato preventivo di gruppo — dalla nomina di un unico giudice delegato e di un unico curatore, oltre che dalla ripartizione proporzionale dei costi della procedura [art. 3, comma 3, lettere a) e b), della legge delega]. D'altra parte, la persistente autonomia delle masse attive e

passive delle singole procedure, con le conseguenti differenze di trattamento tra i creditori delle singole società del gruppo, comporta, sul piano degli organi delle procedure liquidatorie, l'impossibilità di nominare un unico organo rappresentativo degli interessi del ceto creditorio (*rectius*: dei ceti creditori di ciascuna società insolvente del gruppo), esigendosi piuttosto la nomina di « distinti comitati dei creditori per ciascuna impresa del gruppo » [cfr. ancora l'art. 3, comma 3, lettera *b*), della legge delega]. Con riferimento alla *programmazione coordinata della attività liquidatorie* relative agli *assets* delle società del gruppo, assume naturalmente un'importanza cruciale i nuovi indirizzi di disciplina delle azioni di responsabilità nei confronti degli organi amministrativi che, a seguito del progressivo depotenziamento dell'azione revocatoria fallimentare (vuoi per l'aumento delle ipotesi esentive, vuoi per la riduzione — in parte mitigata proprio dalla legge delega — della durata del periodo sospetto) ⁽⁴⁰⁾, vengono a costituire i principali strumenti di implementazione dell'attivo patrimoniale dopo la dichiarazione di apertura della procedura liquidatoria.

A questo proposito, non pare necessario un lungo discorso, se si conviene che anche nel caso dell'insolvenza di gruppo sia applicabile un'osservazione che è già stata formulata in apertura con riguardo all'incidenza della legge delega sul diritto concorsuale societario ⁽⁴¹⁾, e che pare opportuno qui brevemente riprendere. Mi riferisco al fatto che le indicazioni della legge delega in tema di disciplina dell'azione di responsabilità degli organi amministrativi e di controllo nel contesto dell'insolvenza di gruppo [art. 3, comma 3, lettera *c*), della legge delega] si inseriscono nell'ambito di un complessivo riordino delle azioni di responsabilità degli organi societari nelle procedure di concordato preventivo e di liquidazione giudiziale.

Il riordino prevede, anzitutto, la definizione della legittimazione ad agire in capo al curatore per le azioni di responsabilità esperite nell'ambito della procedura di liquidazione giudiziale, con la conseguenza che, superando gli attuali precetti degli artt. 146, comma 2, l.fall. e 2394-*bis* c.c. ⁽⁴²⁾, le nuove disposizioni dovranno ricondurre al potere di iniziativa del curatore l'azione sociale di responsabilità (nei confronti degli organi amministrativi delle s.p.a. e delle società cooperative *ex art. 2393 c.c.*) ⁽⁴³⁾, l'azione di responsabilità dei creditori sociali (nelle s.p.a., nelle società cooperative e, ora,

⁽⁴⁰⁾ Cfr. *supra* il paragrafo 2 e la nt. 20.

⁽⁴¹⁾ Cfr. *supra* il paragrafo 1 e la nt. 3.

⁽⁴²⁾ Disposizione, quest'ultima, che viene ora espressamente abrogata dall'art. 14, comma 1, lettera *a*), della legge delega.

⁽⁴³⁾ In particolare, in virtù del richiamo alle « altre analoghe azioni di responsabilità contemplate da singole disposizioni di legge » *ex art. 7, comma 5, lettera a*), della legge delega, il riferimento all'azione sociale di responsabilità dell'art. 2393 e all'azione di responsabilità dei creditori sociali dell'art. 2394 c.c. deve intendersi come relativo, nell'ambito delle società di capitali e cooperative, anche alle azioni di responsabilità (solidale) contro i sindaci *ex art. 2407, comma 2, c.c.*, i direttori generali *ex art. 2396 c.c.*, i consiglieri di gestione *ex art. 2490-decies*,

anche nelle s.r.l. *ex art. 2394 c.c.*) ⁽⁴⁴⁾, l'azione di responsabilità contro gli amministratori e i soci delle s.r.l. *ex art. 2476 c.c.*, le azioni di responsabilità che i soci e i creditori sociali della società sottoposta ad attività di direzione e coordinamento possono esperire nei confronti della società o dell'ente che esercita la direzione e il coordinamento *ex art. 2497 c.c.* [art. 7, comma 5, lettera *a*), della legge delega], nonché l'« azione sociale di responsabilità nei confronti del socio amministratore [di società di persone] cui non sia stata personalmente estesa la procedura di liquidazione giudiziale » [art. 7, comma 5, lettera *c*), della legge delega]. Inoltre, l'opera di riordino normativo si dovrà tradurre anche nella esplicitazione di « presupposti, legittimazione ed effetti » delle azioni *ex artt. 2393-2394 c.c.* (con riguardo non solo agli organi amministrativi, ma anche agli altri organi societari) che siano esperite nell'ambito di una procedura di concordato preventivo. La conservazione dei poteri gestori e dispositivi del patrimonio in capo al debitore concordatario consente di ricondurre la legittimazione all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità nell'alveo della regola generale dell'art. 2393 c.c. (e dell'art. 2394 c.c. per l'azione dei creditori sociali), senza possibilità di sostituzioni processuali in virtù della pendenza della procedura concordataria, rilevando soltanto il potere autorizzatorio del giudice delegato — o, in via generale, del tribunale *ex art. 167, comma 3, l.fall.* — per il compimento di atti che — come quelli in esame — eccedono l'ordinaria amministrazione.

La tendenza al riordino della disciplina della legittimazione ad agire per la responsabilità degli organi societari in sede concorsuale si manifesta nel senso della concentrazione della *legitimatio ad causam* in capo ad un unico soggetto (il curatore nella procedura di liquidazione giudiziale e il debitore nella procedura di concordato preventivo) anche nel caso in cui lo stato di crisi o di insolvenza afferisca ad una o più società appartenenti ad un unico gruppo societario. E ciò, in particolare, con riguardo alle azioni di responsabilità esperibili dai soci e dai creditori sociali delle società sottoposte alla direzione e al coordinamento ai sensi dell'art. 2497 c.c., dal momento che ne viene prevista l'applicazione, in sede concorsuale, anche nei casi in cui la

commi 1 e 5, c.c., i componenti del consiglio di amministrazione nel sistema monistico *ex art. 2409-noviesdecies c.c.*

⁽⁴⁴⁾ L'art. 14, comma 1, lettera *a*), della legge delega prevede, infatti, l'estensione dell'ambito applicativo dell'azione di responsabilità dei creditori sociali *ex art. 2394 c.c.* anche nell'ambito della s.r.l., recependo così quell'indirizzo giurisprudenziale che, sulla scorta proprio del mancato richiamo all'art. 2394 c.c. nell'ambito della disciplina delle s.r.l., ne ammette ancor oggi l'applicazione analogica al fine di colmare quella che a tutti gli effetti appare una lacuna normativa, prevenendo altresì una serie di (altrimenti inaccettabili) incongruenze sistematiche: cfr., sul punto, Cass. Sez. Un., 23 gennaio 2017, n. 1641, in *Soc.*, 2017, 383 ss.; Trib. Roma, 17 dicembre 2008, in *Giur. mer.*, 2009, 1585. V. anche M. FABIANI, *Fondamento e azione per la responsabilità degli amministratori di s.p.a. verso i creditori sociali nella crisi d'impresa*, in questa *Rivista*, 2015, 272 ss.

società che esercita l'attività di direzione e coordinamento sia un'impresa del gruppo che non versa in una condizione di crisi o di insolvenza [cfr. art. 3, comma 3, lettera c), numero 2, della legge delega] ⁽⁴⁵⁾. In quest'ambito, peraltro, la legittimazione sostitutiva del curatore (o quella ordinaria del debitore concordatario autorizzato) si amplierà, peraltro, anche alla « denuncia di gravi irregolarità gestionali » ex art. 2409 c.c. nei confronti degli organi di amministrazione delle società del gruppo che non siano state assoggettate alla procedura di liquidazione giudiziale e alla proposizione — anche mediata, attraverso la segnalazione agli organi amministrativi e di controllo — della domanda di accertamento dello stato di insolvenza di quelle società del gruppo che non siano ancora assoggettate alla procedura di liquidazione giudiziale [cfr. art. 3, comma 3, lettera c), numeri 3-4, della legge delega].

Se queste novità contribuiranno — come detto — all'ampliamento dell'area della responsabilità degli organi sociali in pendenza di una procedura concorsuale, non può trascurarsi l'ulteriore rafforzamento che questa disciplina potrebbe ricevere dalle disposizioni dell'art. 14, comma 1, lettera b) e dell'art. 6, comma 2, lettera b), della legge delega. Queste disposizioni ampliano, infatti, il novero dei doveri che la legge imporrà agli organi amministrativi (e di controllo) nello svolgimento delle proprie attività, con un conseguente significativo ampliamento anche delle opportunità di esperire le relative azioni di responsabilità in sede concorsuale. In particolare, assume rilevanza, da un lato, il dovere degli organi amministrativi di « attivarsi per l'adozione tempestiva di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale » e, dall'altro lato, il dovere dei medesimi organi amministrativi di « dare tempestiva attuazione alla proposta [concordataria] omologata ». Entrambi questi doveri, improntati ad una maggiore efficienza della procedura concorsuale, sono chiaramente correlati, l'uno, all'introduzione delle procedure di allerta ⁽⁴⁶⁾ che impongono la creazione di una sorta di rete di doveri informativi che dovrebbe favorire l'emersione delle difficoltà patrimoniali e finanziarie dell'impresa, e, l'altro, al rafforzamento delle responsabilità degli organi societari nei confronti degli impegni assunti dalla società nella proposta concordataria (prevedendosi finanche la possibilità di affidamenti dell'attuazione ad un amministratore provvisorio, nominato dal tribunale e dotato *in parte qua* « dei poteri spettanti all'assemblea ovvero del potere di sostituirsi ai soci nell'esercizio del voto in assemblea ») [art. 6, comma 2, lettera b), della legge delega].

⁽⁴⁵⁾ Sul tema, prima della riforma e, quindi, con riferimento principalmente alla procedura di amministrazione straordinaria, v. in particolare A. PAVONE LA ROSA, *La responsabilità degli amministratori della controllante nella crisi del gruppo societario*, in questa *Rivista*, 2002, 795 ss.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. *supra* il paragrafo 3.

Le questioni che sono coinvolte dall'introduzione (e, poi, ancor più, dall'attuazione) di simili doveri, sono certamente molto complesse. Giova però qui ricordare, a mo' di conclusione dell'indagine su questo punto, che l'imposizione di doveri di attivazione a carico degli organi societari costituisce una soluzione solo parziale al problema dell'emersione tempestiva della crisi o dell'insolvenza, in quanto se essa opera in termini di incentivazione, assicurando cioè la possibilità di ottenere — per il tramite della responsabilità patrimoniale (dei componenti) degli organi societari — un ristoro delle conseguenze dannose della mancata attivazione degli strumenti preventivi, non impedisce che tali strumenti non vengano poi, di fatto, impiegati nel momento in cui sono più necessari. E ciò in quanto la possibilità di attivare tali strumenti (da cui discende anche la valutazione della diligenza con cui l'organo societario abbia proceduto alla loro attivazione) è strettamente connessa con la questione della identificazione delle possibili cause della crisi o dell'insolvenza, la cui percezione da parte degli organi amministrativi e di controllo, nel corso della loro ordinaria attività sociale, è presupposto essenziale di una responsabilità per omessa attivazione. Ed è chiaro, a me pare, che non può essere una mera definizione normativa dello stato di crisi — inteso alla stregua di uno stadio prodromico-probabilistico rispetto all'insolvenza — a consentire, come auspicato invece dalla legge delega, una maggiore efficacia delle misure preventive ⁽⁴⁷⁾. Sono piuttosto i valori del bilancio (e i risultati delle verifiche sull'andamento di tali valori) a fornire quelle informazioni che possono attestare la solidità finanziaria e patrimoniale dell'impresa, di talché — come si è osservato in dottrina — la conoscenza pubblica dell'andamento del rapporto, ad esempio, tra il valore del capitale e quello dell'indebitamento ovvero tra il valore dell'indebitamento complessivo e quello dei ricavi, come pure, d'altra parte, la conoscenza pubblica dei risultati di proiezioni sulla tenuta dei requisiti di liquidità dell'impresa, assicurerebbero una percezione diffusa della situazione patrimoniale e finanziaria della società assai prima che ne emerga una condizione di crisi ⁽⁴⁸⁾.

In buona sostanza, quindi, l'efficacia delle misure preventive dipende non solo (e non tanto) dall'imposizione di obblighi di attivazione (di procedure per la regolazione di una crisi che è già attuale) a carico degli organi amministrativi e di controllo (seppur nell'ambito di « assetti organizzativi adeguati per la rilevazione tempestiva della crisi e della perdita della continuità aziendale ») ⁽⁴⁹⁾, ma anche (e soprattutto) dalla possibilità concreta di verifiche pubbliche sull'andamento progressivo dei valori di bilancio, rese

⁽⁴⁷⁾ Cfr. l'art. 2, comma 1, lettera c), della legge delega.

⁽⁴⁸⁾ Sul punto v. M. CATALDO, *La soggezione dell'impresa in crisi al regime di allerta e composizione assistita*, in *Fall.*, 2016, 1021 ss. In generale, v. anche G. STRAMPELLI, *Capitale sociale e struttura finanziaria nella società in crisi*, in questa *Rivista*, 2012, 605 ss.

⁽⁴⁹⁾ Così l'art. 14, comma 1, lettera b), della legge delega.

attuabili per il tramite di obblighi di pubblicazione periodica delle verifiche condotte sull'andamento degli indici che misurano, per l'appunto, la solidità finanziaria e patrimoniale dell'impresa.

5. In conclusione, mi pare lecito osservare che uno dei contributi più notevoli della legge delega potrebbe provenire dalla disposizione generale dell'art. 2, comma 1, lettera *m*), secondo cui spetterà al legislatore delegato « riformulare le disposizioni che hanno originato contrasti interpretativi, al fine di favorirne il superamento, in coerenza con i principi stabiliti dalla (...) legge [delega] ».

In un certa misura può dirsi che un simile criterio direttivo è sotteso, in maniera più o meno esplicita, a quasi ogni intervento legislativo delegante che programmi una riforma organica o, se si vuole, strutturale. Operare un cambiamento dell'impostazione dogmatica e, per così dire, valoriale di un testo legislativo complesso come la legge fallimentare non può trascurare, infatti, l'armonia del nuovo sistema normativo, che si raggiunge anche — e, forse, soprattutto — attraverso la coerenza delle singole disposizioni che compongono il sistema. Ed è indubbio che una tale opera di coordinamento e di superamento dei contrasti interpretativi sarebbe particolarmente meritoria proprio nell'ambito del diritto della crisi e dell'insolvenza (come oggi, probabilmente, verrà a chiamarsi la vecchia legge fallimentare), in cui, per decenni (e, invero, ancora oggi nonostante i numerosi interventi legislativi delle ultime stagioni di riforme), si sono sovrapposte soluzioni ermeneutiche spesso contraddittorie, recepite talvolta dal riformatore, ma altre volte invece smentite dalle novelle legislative.

È certo che l'opera di coordinamento, dovendosi attenere ai principi della legge delega, non potrà che adeguarsi alle scelte normative che delineano la fisionomia della nuova disciplina concorsuale e dei nuovi strumenti di regolazione concordata della crisi d'impresa. I contrasti interpretativi andranno, ad esempio, risolti, di volta in volta, in favore di quelle impostazioni che assicurano la continuità aziendale, anche mediante l'opera di un terzo, in luogo della liquidazione patrimoniale del debitore in crisi ovvero in favore di un rafforzamento dei poteri di iniziativa giudiziale del curatore nei confronti degli organi di amministrazione o controllo delle società in stato di crisi o insolvenza. Nondimeno, è opportuno osservare che la disposizione ora richiamata della legge delega si pone essa stessa, sin da subito, come un valido strumento ermeneutico per il giudice che sia chiamato a fare applicazione di orientamenti giurisprudenziali — talvolta consolidati — che contrastino con i principi e i criteri direttivi della stessa legge delega. Ciò potrà accadere, ad esempio, proprio in tema di valorizzazione della continuità aziendale ⁽⁵⁰⁾ o

⁽⁵⁰⁾ Significativa, in questo senso, Trib. Como, 9 febbraio 2017 (consultabile in <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/16921.pdf>) che, per escludere la revoca *ex art.* 173

della legittimazione del curatore di una s.r.l. insolvente ad esperire anche l'azione dei creditori sociali *ex att.* 2394 c.c. a tutela dell'integrità del patrimonio sociale. In tutti questi casi, l'opera giurisdizionale anticiperà — come spesso accade — l'opera legislativa in relazione, per lo meno, a quegli aspetti sui quali l'individuazione di una soluzione dei contrasti interpretativi — generati talvolta dalla stessa incoerenza normativa — non può attendere i tempi della legislazione delegata.

La disposizione dell'art. 2, comma 1, lettera *m*) potrà, quindi, trovare ampi spazi di applicazione diretta assai prima che l'opera del legislatore delegato veda la luce.

I.fall. di un concordato preventivo finalizzato all'affitto dell'azienda e alla conseguente cessione dei beni agli affittuari, ne ha disconosciuto la natura puramente liquidatoria, che gli era stata originariamente assegnata dal medesimo tribunale « in ossequio ad un orientamento giurisprudenziale e dottrinario » largamente dominante, in favore del riconoscimento di una natura conservativa del concordato (« continuità aziendale indiretta »): e ciò in quanto « l'originaria impostazione de[ve] essere rivisitata in una prospettiva *de jure condendo*, che deve tenere in debita considerazione la intenzione del legislatore chiaramente rivelatrice di un netto *favor* nei confronti della continuità aziendale, anche in forma indiretta, che oggi si desume sintomaticamente dalla recente approvazione (...) del c.d. disegno di legge Rordorf ».