

LA RIFORMA DELLE PROCEDURE CONCORSUALI IN ITALIA: UNO SGUARDO D'INSIEME (*)

di ALESSANDRO NIGRO

I - PREMESSA

1. Debbo preliminarmente segnalare che la riforma di cui mi occuperò è ancora *in fieri* o se si preferisce in gestazione. Ricordo che risale al 2015 l'insediamento, da parte del Governo italiano, di una Commissione incaricata di elaborare un progetto di (nuova) riforma organica delle procedure concorsuali presenti nell'ordinamento italiano, comprese le procedure di sovraindebitamento, e di predisporre la bozza di una possibile legge delega. Fra vari "incidenti" di un percorso caratterizzato da fasi di inerzia e fasi di improvvise accelerazioni, si è infine giunti all'approvazione, nell'ottobre 2017, della legge delega n. 155/3017. Una nuova Commissione ha, nel giro di pochi giorni, confezionato due schemi di decreti delegati – l'uno contenente il c.d. *codice della crisi e dell'insolvenza*; l'altro contenente modifiche di norme del codice civile - trasmessi al Ministero della Giustizia nel dicembre 2017. Dopo di ciò il silenzio, durato da gennaio a giugno 2018: ci sono state in effetti le elezioni e la formazione del nuovo Governo. All'inizio dell'estate sono ripresi, da parte dell'ufficio legislativo del Ministero della Giustizia, i lavori per arrivare all'attuazione della l. delega: un nuovo schema di decreto delegato (in cui sono stati rifiutati i due precedenti schemi e che tali precedenti schemi in larghissima misura riproduce) è stato predisposto e rimesso al Governo per la

(*) Lo scritto riproduce – con qualche aggiornamento nella premessa – la relazione svolta al XIV Congresso Iberoamericano de Derecho concursal ("*Una vision comparada de la insolvenca*"), tenutosi a Malaga nei giorni 7-9 novembre 2018.

sua approvazione, che è intervenuta l'8 novembre u.s.. Seguirà l'*iter* davanti al Parlamento – dovranno esprimere il loro parere le competenti Commissioni di Camera e Senato - per arrivare infine alla emanazione del decreto legislativo di attuazione della legge delega. Dato che i pareri delle Commissioni parlamentari sono obbligatori, ma non vincolanti, è altamente probabile che il testo finale del decreto delegato non si discosterà, in linea di massima, dallo schema approvato dal Governo: non è però escluso che su singoli punti possano aversi modifiche in accoglimento di eventuali rilievi delle Commissioni¹.

Questo significa che, per il momento, qualsiasi riflessione sulla riforma deve essere svolta avendo riguardo essenzialmente alla legge delega – che costituisce, allo stato, l'unico dato normativo certo – e tenendo per fermo che siamo in presenza di una disciplina i cui esatti contorni restano ancora da definire.

II – NOTAZIONI GENERALI

2. Credo che si possa iniziare cercando di identificare le linee ispiratrici della riforma di cui ci dobbiamo occupare.

Le principali linee ispiratrici sembrerebbero essere le seguenti:

- la linea volta a semplificare, razionalizzare e modernizzare la disciplina delle procedure concorsuali (in questo quadro si iscrive una nutrita serie di importanti innovazioni: non solo e non tanto quelle meramente formali, come la sostituzione del termine “fallimento” con l'espressione “liquidazione giudiziale”; bensì quelle sostanziali, come, per esempio, la previsione di una fase unica di apertura delle procedure);

- la linea volta a favorire l'emersione anticipata delle crisi e le conseguenti tempestive soluzioni delle medesime (in questo quadro si

¹ Tanto più – è il caso di aggiungere – che lo schema approvato dal Consiglio dei ministri (come, del resto, quelli precedenti) è ricchissimo di imprecisioni, errori, lacune, forzature, ecc., per non parlare dei numerosissimi e vistosi eccessi di delega (ne darò, più avanti, qualche esempio).

iscrive, in particolare, l'introduzione delle procedure di allerta e prevenzione);

- la linea volta a potenziare le soluzioni negoziate o meglio alcune di esse (di qui, gli incisivi ritocchi alla disciplina degli accordi di ristrutturazione, resi ancor più competitivi rispetto al concordato preventivo);

- la linea volta a favorire meccanismi e tecniche di conservazione delle strutture produttive (di qui, in particolare, il nuovo assetto dato al concordato preventivo, con la sostanziale soppressione del concordato con cessione dei beni e la drastica riduzione delle opzioni lasciate al debitore, sostanzialmente ristrette ormai al solo concordato con continuità);

- la linea volta a rafforzare il ruolo ed i poteri degli organi delle procedure (così quelli del tribunale nelle procedure compositive; così quelli del curatore nella liquidazione giudiziale);

- la linea volta a realizzare un migliore coordinamento fra regole concorsuali e regole societarie (di qui, l'introduzione di una apposita disciplina della crisi dei gruppi; la previsione di talune modifiche di norme del codice civile in materia societaria, ecc.);

- la linea volta a favorire l'esdebitazione.

3. Dato questo quadro, la riforma delle procedure concorsuali delineata dalla l. delega certamente si presenta come una riforma importante, ricca com'è di novità, e destinata ad avere un rilevante impatto. Altrettanto certamente, però, si presenta come una riforma imperfetta o, se si preferisce, incompleta o incompiuta.

E questo per almeno due ordini di ragioni.

Innanzitutto, per la evidente – almeno per me – mancanza alla sua base di una idea forte (altri hanno parlato di mancanza di “un'anima” o di “un pensiero forte” o di “uno spirito guida”). La riforma del 2005/2007 aveva trovato il suo *ubi consistam* nella c.d. privatizzazione delle procedure concorsuali: nulla di simile si ritrova alla base delle innovazioni apportate dalla attuale riforma.

In secondo luogo e soprattutto. La più importante delle linee guida che hanno ispirato i lavori preparatori è stata dichiaratamente quella, che ho già ricordato, della semplificazione, razionalizzazione e modernizzazione della disciplina attuale. Una simile linea avrebbe dovuto indurre ad una riconsiderazione dalle fondamenta, *ab imis*, dell'intero sistema delle procedure (o procedimenti o strumenti) di composizione o soluzione delle crisi e di una conseguente riprogettazione, di nuovo: dalle fondamenta, di tale sistema.

Nulla di tutto questo sembra esservi stato. La nuova disciplina appare invece il frutto – come attestato dalla stessa scelta di formulare principi e criteri di delega che hanno riguardato non già la totalità della materia ma solo singole porzioni della medesima – di un approccio diverso e più limitato. Si è partiti dal sistema vigente per intervenire in modo puntuale solo su singole componenti o frammenti di esso: un tipo di approccio, dunque, non diverso da quello che ha fin qui contraddistinto le modifiche nel tempo apportate alla legge fallimentare.

Si è seguita quindi – ed è difficile capirne il perché: la fretta? la mancanza di idee? - una logica di semplice novellazione. E la si è seguita, c'è da aggiungere, con notevole timidezza, quasi che si fosse ritenuto preciso compito quello di conciliare le esigenze di innovazione con una supposta necessità di conservare il più possibile del sistema esistente.

Pensiamo, per fare un solo ma credo significativo esempio, alla novità, certo rilevante, data dalla previsione, che avevo ricordato prima, di una fase iniziale unica, pensata come un momento decisivo di semplificazione e armonizzazione fra le diverse procedure. A me sembra – e l'avevo a suo tempo sottolineato – che, una volta entrati nell'ordine di idee di “compattare” in un unico contenitore processuale la fase di inizio di tutte le procedure, si sarebbe dovuto verificare se questa semplificazione non potesse essere portata oltre e condurre *tout court all'*”accorpamento” delle procedure di sovraindebitamento nelle procedure diciamo ordinarie, ponendo termine all'assurda compresenza nell'ordinamento di due diversi sottosistemi le cui componenti sono strutturalmente analoghe (e si pensi

alla fortissima contiguità fra concordato preventivo ed accordo del sovraindebitato). Così non è stato. Talché l'ordinamento italiano resterà comunque caratterizzato dalla abnorme varietà di procedure largamente simili: una varietà addirittura incrementata dalla riforma che, alle procedure o procedimenti già noti, ne ha aggiunto uno nuovo, il "procedimento di composizione assistita della crisi", figura dai connotati incerti e dalla collocazione ancora più incerta.

Potrei andare oltre. Potrei ricordare anche la "ritrosia" a condividere l'idea di sopprimere puramente e semplicemente la regola dell'estensione del fallimento, ora della liquidazione giudiziale, ai soci illimitatamente responsabili, con una drastica, anche qui, semplificazione del sistema. La regola dell'estensione - nell'esperienza italiana, ma non solo in quella - ha determinato l'accumularsi di un immenso e talvolta inestricabile groviglio di problemi. Dato ciò e dato che esso principio non presenta alcun carattere di necessarietà (molti ordinamenti non lo conoscono e non l'hanno mai conosciuto), sarebbe stato il caso, in un'ottica di semplificazione, di scegliere senz'altro la strada della sua eliminazione, seguendo l'esempio offerto, in tempi recenti, dall'ordinamento spagnolo e da quello francese, dove pure era da lungo tempo saldamente presente. Mi ero permesso di suggerirlo, nel lontano 2002, all'inizio della stagione delle riforme; questo suggerimento è stato ignorato in quella sede ed è stato respinto nei lavori sfociati nella legge delega n. 155/2017. E' stato respinto con una motivazione decisamente singolare (il fatto che si sarebbe dovuto prevedere un meccanismo "sostitutivo", possibile fonte di complicazioni processuali, e che avrebbe potuto rimettere in discussione "consolidati orientamenti giurisprudenziali"), chiara espressione di una volontà conservatrice ad oltranza.

III – GLI ELEMENTI DI NOVITA'

4. Detto questo, torniamo agli elementi di novità della riforma, che sono, come ho detto, molti. Fra quelli di maggiore impatto sistematico segnalerei:

- l'introduzione di meccanismi di allerta e prevenzione;

- la specificazione dei doveri degli organi sociali in chiave di prevenzione e soluzione delle crisi;
- la regolamentazione della crisi dei gruppi;
- l'intervento sui presupposti del concordato preventivo e della liquidazione giudiziale;
- la riconfigurazione della procedura di liquidazione coatta amministrativa.

4.1. Iniziamo dai meccanismi di allerta e prevenzione.

a. L'art. 4 della l. delega ha previsto l'introduzione di *«procedure di allerta e di composizione assistita della crisi, di natura non giudiziale e confidenziale, finalizzate a incentivare l'emersione anticipata della crisi e ad agevolare lo svolgimento di trattative tra debitore e creditori»*.

Le linee essenziali di tali procedure sono le seguenti. Esse

- non si applicano alle società quotate in borsa, né alle grandi imprese, così come definite dalla normativa europea;
- fanno perno su un Organismo di composizione assistita della crisi², istituito presso ciascuna Camera di Commercio, Industria e Artigianato, il quale: nomina un Collegio di tre esperti aventi determinati requisiti di professionalità; su istanza del debitore, svolge la funzione di mediatore tra quest'ultimo ed i creditori, facilitando la conclusione di un accordo che deve intervenire entro il termine massimo di sei mesi; convoca, in via riservata e confidenziale, il debitore e se si tratta di società dotata di organi di controllo, anche i componenti di questi ultimi, al fine di individuare nel più breve tempo possibile, previa verifica della situazione patrimoniale, economica e finanziaria esistente, le misure idonee a porre rimedio allo stato di crisi. Il Collegio di esperti, a sua volta, deve verificare se nel termine assegnato dalla legge è stata raggiunta la soluzione concordata della crisi e, qualora ciò non sia avvenuto e non vi siano soluzioni alternative, deve darne immediata

² Denominato OCRI nello schema di decreto delegato di cui si è detto.

notizia al Pubblico Ministero ai fini dell'accertamento giudiziale dello stato di insolvenza della società;

- prevedono il coinvolgimento attivo degli organi di controllo della società, i quali debbono avvisare immediatamente l'organo amministrativo dell'esistenza di gravi indizi della crisi ricavabili da indici di natura finanziaria, (quali il rapporto tra mezzi propri e mezzi di terzi, l'indice di rotazione dei crediti, l'indice di rotazione del magazzino e l'indice di liquidità); gli stessi organi di controllo, in caso di omessa o inadeguata risposta da parte dell'organo di amministrazione, debbono informare immediatamente l'Organismo. La tempestiva segnalazione all'organo di amministrazione e all'Organismo consente ai componenti dell'organo di controllo di sottrarsi alla responsabilità solidale con gli amministratori per le conseguenze pregiudizievoli dei fatti o delle omissioni successivi alla segnalazione medesima;

- prevedono, altresì, il coinvolgimento attivo di creditori pubblici qualificati (Agenzia delle Entrate; Enti previdenziali), i quali avranno l'obbligo – pena la degradazione del credito da essi vantato da privilegiato a chirografario – di segnalare agli organi di controllo della società e all'OCC il perdurare di inadempimenti di importo rilevante, la soglia di rilevanza dovendosi determinare non in valore assoluto, bensì sulla base di criteri relativi che tengano conto della dimensione dell'impresa e siano comunque in grado di assicurare l'emersione tempestiva della crisi. L'obbligo di segnalazione per tali creditori qualificati scatta nel momento in cui, avvertito il debitore del superamento dell'importo rilevante, esso debitore non abbia nei tre mesi successivi attivato il procedimento di composizione assistita della crisi, o non abbia estinto il debito oppure non abbia raggiunto un accordo con il creditore qualificato, oppure, ancora, non abbia chiesto l'ammissione ad una procedura concorsuale;

- consentono al debitore di chiedere all'Autorità giudiziaria l'adozione di misure protettive (esempio: divieto di azioni esecutive)

necessarie per condurre a termine le trattative in corso; misure che dovranno essere necessariamente temporanee e che saranno revocabili, anche d'ufficio, in caso di atti in frode ai creditori o quando il Collegio degli esperti ritenga che non vi è possibilità di addivenire ad una soluzione concordata della crisi o che non vi sono significativi progressi nell'attuazione delle misure idonee a superare la crisi medesima;

- prevedono, infine, quale incentivo al loro utilizzo, delle misure premiali per il debitore che abbia tempestivamente attivato la procedura di composizione assistita della crisi, le quali misure consistono nella esclusione o attenuazione della responsabilità penale e, dal punto di vista patrimoniale, in una congrua riduzione degli interessi e delle sanzioni correlati ai debiti fiscali dell'impresa.

b. Delineati i connotati essenziali delle procedure di allerta e prevenzione, va subito osservato che la loro introduzione è espressione di una tendenza ormai comune a molti ordinamenti: la tendenza alla progressiva anticipazione, dal punto di vista temporale, di quella che può definirsi la “soglia di rilevanza” delle vicende di crisi o, se si preferisce, la “soglia di attenzione” per tali vicende. L'idea che ne è alla base è semplice: quanto più è precoce la rilevazione di una crisi (o dei suoi prodromi), tanto più tempestiva può essere l'adozione di misure idonee a consentire, di tali crisi, il superamento. Così evitando la possibile distruzione di valore generata dal ritardo nei tempi di risposta alla crisi.

Sotto questo aspetto, pur se il nostro ordinamento non era finora completamente privo di meccanismi di allerta (basta considerare, per esempio, le previsioni relative agli obblighi di riduzione/reintegrazione del capitale sociale per perdite), l'innovazione prevista va salutata con favore, sia considerata nel suo insieme, sia vista nei suoi profili qualificanti. In particolare, per esempio, merita condivisione l'idea – che io stesso ho prospettato più volte in passato - di far entrare in gioco strutture tecniche “neutrali” che possano aiutare debitori e creditori a trovare soluzioni compositive della crisi.

Naturalmente, non mancano taluni profili di “criticità”. Per esempio, mi parrebbe che i meccanismi proposti siano decisamente complessi e, in qualche misura, farraginosi; e conseguentemente, fra l’altro, inappropriati rispetto a realtà economiche di modeste dimensioni.

4.2. Connesso al tema fin qui considerato è quello della specificazione dei doveri degli organi sociali in chiave di prevenzione e soluzione delle crisi.

a. La legge delega, rispettivamente all’art. 14 e all’art. 4 lett. c), prevede l’introduzione sia del dovere degli amministratori *«di istituire assetti organizzativi adeguati per la rilevazione tempestiva della crisi e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi per l’adozione tempestiva di uno degli strumenti previsti dall’ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale»*, sia del dovere degli organi di controllo di avviso del verificarsi della crisi.

Questa puntuale specificazione³ potrebbe – a stretto rigore – ritenersi non indispensabile, dal momento che quei doveri possono tranquillamente derivarsi e sono stati in effetti derivati, in via interpretativa, dai doveri generali previsti dall’art. 2392 c.c. per gli amministratori e dall’art. 2403 c.c. per l’organo di controllo. Essa però risulta senz’altro più che opportuna, in relazione all’esigenza di fare definitivamente chiarezza su di una tematica tanto delicata quanto resa complessa dalla varietà degli orientamenti che sono nel tempo maturati fra gli interpreti.

La nuova disciplina sembrerebbe infatti confermare la tesi (che personalmente ho condiviso e, a mia volta, sostenuto) per la quale anche nella fase di emersione della crisi sia da applicare il regime comune degli obblighi e della responsabilità degli amministratori e dei sindaci e – diversamente da quanto ritenuto da una consistente parte della dottrina –

³ Che, con riguardo al dovere di istituire assetti organizzativi adeguati, nella l. delega è riferita innanzi tutto all’imprenditore in generale e in secondo luogo agli organi sociali; mentre nello schema di decreto delegato è riferita, nell’art. 374, all’*«imprenditore che operi in forma societaria o collettiva»*.

né sorgano nuovi doveri per quegli organi né cambi la gerarchia degli interessi che tali organi debbono tutelare, dovendosi allora avere comunque riguardo anche agli interessi della società e dei soci, oltre a quelli dei creditori. Una tesi che ha notevoli implicazioni, tra cui quella di ritenere che lo specifico dovere di valutare i segnali critici che dovessero emergere e di adottare tutti gli strumenti giuridici più idonei, in relazione alla tipologia di crisi ed alla sua gravità, per risolvere la medesima sia presidiato anch'esso dalla *business judgement rule*, con i ben noti “correttivi” costituiti dai principi generali dell’adeguatezza e, soprattutto, della ragionevolezza.

b. E’ il caso di segnalare che sussiste un preciso rapporto di complementarità fra il regime qui sinteticamente delineato ed i meccanismi esterni di allerta di cui ho parlato prima. Questo nel senso che tali meccanismi sono evidentemente destinati a scattare nel momento in cui non abbiano funzionato gli assetti organizzativi interni deputati alla rilevazione tempestiva della crisi.

4.3. Vengo al tema della regolamentazione della crisi dei gruppi, con la quale si colma una lacuna gravissima, da tutti e da tempo lamentata, e la si colma in modo complessivamente accettabile, pur se non mancano aspetti che avrebbero meritato una più attenta considerazione.

a. Occorre subito precisare che quello che finora mancava era una regolamentazione generale: l’ordinamento italiano da tempo conosceva, invece, meccanismi di composizione e soluzione delle crisi di gruppo nel quadro di discipline speciali, come quella riguardante l’amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi o quella riguardante la crisi delle imprese bancarie. E molti dei principi presenti in quelle discipline speciali sono stati, giustamente, ripresi dalla normativa di cui ora ci occupiamo: dalla “unificazione” degli organi, alla previsione di azioni revocatorie aggravate, all’attribuzione all’organo gestorio, da un lato, di particolari poteri in ordine alle informazioni sui legami di gruppo e, dall’altro, di poteri/doveri di denuncia o di iniziativa.

b. Il nucleo centrale – e più innovativo – della disciplina delineata dalla legge delega è quello dedicato alle procedure di “gruppo”, per tali intendendosi le procedure che investono il gruppo come tale, dalla loro apertura alla loro chiusura.

La disposizione cardine è quella contenuta nell’art. 3, co. 1, lett. d), dove si stabilisce di *«prevedere per le imprese, in crisi o insolventi, del gruppo sottoposte alla giurisdizione dello Stato italiano la facoltà di proporre con unico ricorso domanda di omologazione di un accordo unitario di ristrutturazione dei debiti, di ammissione al concordato preventivo o di liquidazione giudiziale, ferma restando in ogni caso l'autonomia delle rispettive masse attive e passive, con predeterminazione del criterio attributivo della competenza, ai fini della gestione unitaria delle rispettive procedure concorsuali, ove le imprese abbiano la propria sede in circoscrizioni giudiziarie diverse»*.

Data questa formulazione, la conformazione in chiave unitaria delle, altrimenti differenziate, procedure concernenti le imprese del gruppo – cioè il c.d. consolidamento processuale - sembrerebbe essere rimessa ad una scelta di chi (il debitore) chiede l’omologazione di un accordo di ristrutturazione o propone un concordato preventivo o di chi (questa volta non solo il debitore, ma anche i creditori o il P.M.) chieda l’apertura di una liquidazione giudiziale. Ma è evidente che questa scelta potrà essere condivisa dal tribunale solo alla condizione (implicita) che la gestione unitaria delle procedure realizzi un vantaggio per i creditori⁴.

La legge detta analitici criteri per la disciplina delle modalità in cui è destinato a tradursi il consolidamento, sia nell’ipotesi di concordato preventivo di gruppo, sia nell’ipotesi di liquidazione giudiziale di gruppo, cercando di conciliare l’esigenza di preservare la distinta soggettività delle imprese del gruppo, con la conservazione dell’autonomia delle rispettive

⁴ Opportunamente, quindi, l’art. 287 dello schema di decreto delegato precisa che l’assoggettamento ad una procedura di liquidazione unitaria è possibile *«quando risultino opportune forme di coordinamento nella liquidazione degli attivi, in funzione dell’obiettivo del migliore soddisfacimento dei creditori delle diverse imprese del gruppo»*.

masse attive e passive, e l'esigenza di favorire tecniche di "governo" di gruppo delle crisi. E così, con riguardo all'ipotesi del concordato di gruppo, espressione della prima esigenza è la previsione di una distinta, anche se contemporanea, votazione dei creditori di ciascuna impresa del gruppo; mentre espressione della seconda esigenza sono le previsioni relative, oltre che alla unicità degli organi, alla predisposizione di un piano unitario di risoluzione della crisi del gruppo, che potrà – si precisa (art. 3, co. 2, lett.f) – contemplare «operazioni contrattuali e riorganizzative intragrupo funzionali alla continuità aziendale e al migliore soddisfacimento dei creditori»⁵.

c. La legge delega contempla, ovviamente, anche l'ipotesi che le imprese del gruppo siano assoggettate a separate procedure concorsuali, aperte in Italia o all'estero. Per questa ipotesi, però, ci si limita a prevedere che debbano essere stabiliti obblighi reciproci di informazione e di collaborazione fra gli organi di gestione delle diverse procedure. Non avrebbe guastato – noto per inciso – la esplicita indicazione di forme specifiche di collaborazione, come ad esempio la stipulazione di veri e propri protocolli⁶.

d. La disciplina è completata, doverosamente, con la definizione di gruppo e con la previsione di specifici obblighi e i poteri in ordine alle informazioni sui legami di gruppo.

4.3. Arrivo al tema dei presupposti.

A. Cominciamo dal presupposto soggettivo delle due procedure che stiamo considerando.

a. Debbo subito evidenziare che, in argomento, si sono profilati sviluppi impensati e in qualche modo sorprendenti.

⁵ Lo schema di decreto delegato ha integrato la previsione della legge delega espressamente includendo nelle suddette operazioni «*i trasferimenti di risorse infragrupo*». Questa specificazione ha suscitato non poche riserve.

⁶ Una esplicita indicazione non si riviene nemmeno nello schema di decreto delegato (art. 288).

Conviene ricordare quanto dicevo poco fa a proposito della coesistenza, nel sistema italiano anteriforma, di due sottoinsiemi di procedure concorsuali, quello delle procedure diciamo tradizionali (fallimento, ecc.) e quello delle procedure di sovraindebitamento, aventi referenti soggettivi differenti: per il primo, l'area, in sé compatta, degli imprenditori commerciali di non piccole dimensioni; per il secondo, l'area di tutti i soggetti diversi dagli imprenditori commerciali di non piccole dimensioni, un'area quindi frastagliata, che va dal consumatore al piccolo imprenditore, dall'imprenditore agricolo al professionista intellettuale, dalle persone fisiche alle società, associazioni, fondazioni, ecc.

La legge delega di cui ci stiamo occupando, nel conservare, come ho detto, la coesistenza/contrapposizione dei due sottoinsiemi, non ha previsto una disposizione di tenore analogo all'attuale art. 1 l. fall., per il quale *«Sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori che esercitano una attività commerciale, esclusi gli enti pubblici»* (co. 1), mentre non sono soggetti a quelle disposizioni gli imprenditori che esercitano un'attività commerciale e dimostrino il possesso congiunto di certi requisiti dimensionali (co. 2). Essa legge delega, però, contiene una disposizione dalla quale, a mio avviso, si può – anzi: si deve - tranquillamente ricavare una regola di delimitazione, sul piano soggettivo, dei due sottoinsiemi, funzionalmente analoga (anche se in termini rovesciati) a quella dell'attuale art. 1 l. fall. Si tratta dell'art. 2, lett. e), dove testualmente si prevede che si debba assoggettare al procedimento di accertamento dello stato di crisi o di insolvenza (quella che prima ho definito come fase unica) *«ogni categoria di debitore, sia esso persona fisica o giuridica, ente collettivo, consumatore, professionista o imprenditore esercente un'attività commerciale, agricola o artigianale, con esclusione dei soli enti pubblici, disciplinando distintamente i diversi esiti possibili, con riguardo all'apertura di procedure di regolazione concordata o coattiva, conservativa o liquidatoria, tenendo conto delle relative peculiarità soggettive e oggettive e in particolare assimilando il trattamento dell'imprenditore che dimostri di rivestire un profilo*

dimensionale inferiore a parametri predeterminati, ai sensi dell'articolo 1 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, a quello riservato a debitori civili, professionisti e consumatori, di cui all'articolo 9 della presente legge». Considerato che il “trattamento” di cui all’art. 9 è quello consistente appunto nelle procedure di sovraindebitamento, sembra chiaro, almeno a me, che, per il legislatore delegante:

- le procedure di sovraindebitamento sono “riservate” *«a debitori civili, professionisti e consumatori»;*

- dovendo il “trattamento” dell’imprenditore di minori dimensioni essere “assimilato” a quello “riservato”, anche quell’imprenditore può accedere alle procedure di sovraindebitamento;

- sussistendo una precisa complementarietà fra le due distinte aree soggettive, tutte le figure soggettive diverse da quelle a cui sono espressamente “riservate” le procedure di sovraindebitamento debbono automaticamente ricadere nell’area di applicabilità delle procedure tradizionali e, in particolare, vi deve ricadere l’imprenditore agricolo.

Segnalo che questa lettura era stata tranquillamente accolta dallo schema di decreto delegato presentato nel dicembre 2017, dove:

- si era definito (art. 2, n. 3) il termine “sovraindebitamento” come *«lo stato di crisi o di insolvenza del consumatore, del professionista, dell’imprenditore minore e di ogni altro debitore non assoggettabile alla liquidazione giudiziale ai sensi del presente codice»;*

- si era espressamente collegato a questa definizione il presupposto soggettivo delle procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento (art. 69)

- si era stabilito (art. 126) che sono soggetti alla liquidazione giudiziale *«gli imprenditori [senza specificazioni: quindi tutti] che non presentano il possesso congiunto dei requisiti»* dimensionali propri dell’impresa minore.

b. Stando alla lettura qui prospettata, la nuova legge realizzerebbe una completa parificazione fra impresa commerciale e impresa non commerciale, cioè agricola: anche a quest’ultima sarebbe infatti destinata

ad applicarsi integralmente la disciplina sia della liquidazione giudiziale sia del concordato preventivo.

Si tratta di una novità che – forse anche per la contorta formulazione della legge delega - è rimasta fin qui largamente in ombra; ma che – oltre a segnare un passo decisivo nella modernizzazione dell’ordinamento italiano – avrebbe un notevole impatto sistematico in termini generali.

Il codice civile italiano, come sappiamo, articola la disciplina dell’impresa distinguendo fra due fattispecie: l’impresa commerciale e l’impresa non commerciale, vale a dire, secondo l’opinione prevalente, l’impresa agricola. Fattispecie distinte e anzi contrapposte, dotate ciascuna, in principio, di un proprio statuto normativo. Nel tempo, la distanza fra i due statuti si è fortemente attenuata, con la estensione alle imprese agricole di talune “porzioni” dello statuto delle imprese commerciali (si pensi alla disciplina degli effetti delle iscrizioni nel registro delle imprese). Da ultimo, era rimasto sostanzialmente un solo elemento differenziale: la soggezione alla normativa sul fallimento e sul concordato preventivo, tassativamente esclusa (dall’art. 1 l. fall.) per le imprese non commerciali e, perciò, per le imprese agricole (rilevo che anche su questo terreno, peraltro, si era registrato un avvicinamento: le imprese non commerciali/agricole erano comunque soggette alle procedure di sovraindebitamento e, d’altra parte, le imprese agricole, per espressa previsione normativa, potevano accedere agli accordi di ristrutturazione).

Con la riforma anche l’ultima barriera è, sarebbe, destinata a cadere: anche l’impresa non commerciale, cioè agricola, può accedere al concordato preventivo ed è soggetta alla liquidazione giudiziale.

La distinzione intrinseca fra impresa commerciale e impresa non commerciale o agricola sarebbe destinata, ovviamente, a rimanere; ma perdendo ormai ogni rilevanza sul piano della disciplina applicabile. Non si porrebbe più, in termini pratici, il problema della natura definitoria o meno dell’art. 2195 c.c. o della possibilità o meno di una lettura espansiva dell’art. 2135 c.c. e così via.

Aggiungo, per completezza, che l'innovazione di cui stiamo trattando avrebbe altre due ricadute importanti sul piano sistematico. La prima è che verrebbe a perdere di significato la distinzione sul piano dell'oggetto sociale fra la società semplice e gli altri tipi di società di persone; la seconda è che la regola dell'estensione del fallimento, oggi della liquidazione giudiziale, ai soci illimitatamente responsabili dovrebbe ormai trovare applicazione anche ai soci illimitatamente responsabili di società semplice (con le ovvie complicazioni derivanti dall'efficacia, in questo tipo di società, delle clausole pattizie di limitazione di responsabilità per i soci estranei all'amministrazione ove portate a conoscenza dei terzi con mezzi idonei).

c. Qui interviene lo sviluppo inaspettato e sorprendente di cui parlavo prima.

Infatti, la nuova versione dello schema di decreto delegato di attuazione della legge delega, quella approvata dal Consiglio dei ministri, contiene una importante "variante" proprio sul piano che qui interessa: viene infatti formalmente "recuperata" all'area dei soggetti cui sono "riservate" le procedure di sovraindebitamento l'impresa agricola, che torna così ad essere differenziata, sul piano del trattamento delle crisi, dall'impresa commerciale. Questo "recupero" è ottenuto, in particolare, modificando, nell'art. 2, lett. c) la definizione di "sovraindebitamento", con l'inserimento espresso, in essa, dell'imprenditore agricolo e collegando a questa nuova definizione, esplicitamente, il presupposto soggettivo delle procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento (art. 65 dello schema)⁷.

Personalmente, ritengo che il mantenimento oggi della tradizionale distinzione tra impresa commerciale e impresa agricola sul solo piano del trattamento delle crisi sia, a dir poco, anacronistico ed antistorico. Al di là, comunque, dei gusti personali, sono fermamente convinto che questo

⁷ Peraltro, la nuova versione di schema di decreto delegato, all'art. 121, ha conservato la formulazione ampia del presupposto soggettivo della liquidazione giudiziale, che resta allora, almeno formalmente, idonea a ricomprendere anche l'impresa agricola di non minori dimensioni.

mantenimento urti (urterebbe) frontalmente con un preciso – anche se non formulato con la necessaria nitidezza – principio di delega, con tutte le conseguenze che allora ne derivano (deriverebbero) sul piano della legittimità costituzionale delle relative disposizioni⁸.

B. Sul presupposto oggettivo. Il presupposto oggettivo della liquidazione giudiziale è e resta lo stato di insolvenza del quale è confermata la nozione attualmente posta dall'art. 5 l. fall. Per il concordato preventivo si prevede come presupposto oggettivo o lo stato di insolvenza o lo stato di crisi (art. 85 dello schema⁹), del quale ultimo la nuova legge fissa esplicitamente la nozione, identificandolo con la probabilità di insolvenza¹⁰.

Orbene. Già nel vigore della legge fallimentare una parte della dottrina – partendo dalla considerazione che la nozione di insolvenza non postula affatto la definitività e l'irreversibilità della incapacità di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni, che cioè tale nozione include anche l'insolvenza temporanea o reversibile – era arrivata a ritenere che per stato

⁸ Da qualcuno si è detto che si sarebbe deciso di “non dare attuazione” al principio di delega concernente l'imprenditore agricolo. E' appena il caso di sottolineare che l'idea stessa che il legislatore delegato possa liberamente decidere quali principi di una legge delega attuare a e quali no è decisamente bizzarra: si insegna agli studenti dei primi anni di giurisprudenza che «*un decreto delegato che non rispetta uno dei criteri direttivi contenuti nella legge delega è...incostituzionale per violazione indiretta dell'art. 76 Cost.*» (AMATO e BARBERA, a cura di, *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, 1997, I, p. 152).

⁹ A norma del quale «*Per proporre il concordato l'imprenditore soggetto a liquidazione giudiziale ...deve trovarsi in stato di crisi o di insolvenza*».

¹⁰ V. l'art. 2, co. 1, lett. c) l. n. 155/2017 dove si prevede di «*introdurre una definizione dello stato di crisi, intesa come probabilità di futura insolvenza, anche tenendo conto delle elaborazioni della scienza aziendalistica, mantenendo l'attuale nozione di insolvenza di cui all'articolo 5*» l. fall.; e l'art. 2, co. 1, lett. a) dello schema di decreto delegato, dove si definisce il termine “crisi” come «*lo stato di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l'insolvenza del debitore e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate*».

di crisi diverso dall'insolvenza si dovesse intendere la situazione in cui vi sia un pericolo di insolvenza, vale a dire una oggettiva probabilità (rischio) che il debitore, nell'immediato futuro, si venga a trovare nell'impossibilità di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni. La riforma ha palesemente recepito proprio tale orientamento.

Meritano però di essere sottolineate almeno due cose.

La prima è che nel sistema della legge fallimentare insolvenza e probabilità o pericolo di insolvenza rientrano entrambi nella nozione di «crisi» (art. 160, co. 3); oggi la nozione tecnica di «crisi» si sarebbe per così dire ristretta e corrisponderebbe solo al pericolo o probabilità di insolvenza. Questo potrebbe porre dei problemi sul piano terminologico, con il rischio di fraintendimenti. Tali problemi e tale rischio si potrebbero evitare, purtroppo, solo distinguendo, e quindi precisando, volta per volta, fra crisi in senso lato e crisi in senso stretto.

La seconda cosa è che pur se il nuovo legislatore tende a distinguere fra procedure (o strumenti) di regolazione della crisi e procedure (o strumenti) di regolazione della insolvenza, la crisi in senso stretto (come probabilità o pericolo di insolvenza) finisce con l'aver un rilievo autonomo soltanto (e non è nemmeno sicuro che in quel contesto lo abbia) con riferimento ai meccanismi di allerta e prevenzione. Laddove, in una ottica ancora una volta di razionalizzazione del sistema, avrebbe potuto e forse dovuto avere un rilievo autonomo anche con riferimento al concordato preventivo, soprattutto in considerazione della nuova configurazione di esso essenzialmente come concordato in continuità aziendale, dal momento che la continuità ha, direi, una reale plausibilità solo in una situazione di crisi meno grave dell'insolvenza. Mantenere la duplicità del presupposto oggettivo che caratterizza oggi il concordato preventivo significa continuare a condannare quest'ultimo ad una condizione di ambiguità, tanto meno giustificabile in un sistema che conserva anche il concordato fallimentare, ridenominato “concordato nella liquidazione giudiziale”, cioè uno strumento apposito di composizione negoziale nelle situazioni di insolvenza.

4.4. L'ultimo tema è quello della sostanziosa riconfigurazione della procedura di liquidazione coatta amministrativa.

a. L'art. 15 della l. delega, a tale proposito, stabilisce:

- l'applicazione in via generale della "disciplina concorsuale ordinaria" (per tale dovendosi intendere l'insieme di tutte le procedure "altre": da quelle tradizionali a quelle di sovraindebitamento) anche alle imprese in stato di crisi o di insolvenza attualmente soggette alla liquidazione coatta amministrativa;

- il mantenimento del regime speciale solo

-- nei casi previsti dalle leggi speciali in materia di banche, intermediari finanziari e imprese assicurative;

-- nei casi previsti dalle leggi speciali «*in materia di procedimenti amministrativi di competenza delle autorità amministrative di vigilanza, conseguenti all'accertamento di irregolarità e all'applicazione di sanzioni da parte delle medesime autorità*».

Al di là della formulazione in qualche parte abbastanza criptica¹¹, il sistema prospettato sembra essere abbastanza semplice:

- la liquidazione coatta amministrativa resta nella sua attuale configurazione di strumento di soluzione di crisi sia patrimoniali sia non patrimoniali soltanto per le imprese operanti nei settori bancario, finanziario e assicurativo;

- per tutte le altre imprese, la liquidazione coatta rimane solo come strumento di soluzione di crisi non patrimoniali (identificate dalla nuova legge, riduttivamente, nelle sole situazioni di irregolarità, tralasciando l'altra figura tipica data dalle violazioni di legge), posto che per le crisi (in senso lato) patrimoniali si deve invece applicare il regime comune. Con la precisazione che essa rimane come strumento di soluzione di crisi non

¹¹ In particolare, non si comprende quali possano essere i «*procedimenti amministrativi di competenza delle autorità amministrative di vigilanza conseguenti...all'applicazione di sanzioni da parte delle medesime autorità*». Significativamente, del resto, lo schema di decreto delegato ha completamente ignorato questa "figura".

patrimoniali nei limiti in cui le leggi speciali prevedano la soggezione a liquidazione coatta per questo tipo di crisi. Il che non accade spesso. Per esempio, le società cooperative, per un verso, e le imprese sociali, per altro verso, sono assoggettabili alla liquidazione coatta, in base alla legislazione vigente¹², solo in caso di insolvenza.

Tutto questo si traduce, evidentemente, in una drastica riduzione dell'area di applicazione della procedura di cui ci stiamo occupando. Segnando così una netta inversione di tendenza rispetto al passato anche recente, che aveva visto invece una spinta verso l'espansione di quell'area (e si pensi alle imprese sociali).

b. Questo nuovo assetto pone ovviamente molti problemi.

Un primo problema è, in realtà, un interrogativo: ci può o deve essere spazio, in sede di attuazione della delega, per una disciplina della procedura di liquidazione coatta, diciamo, “ordinaria” (cioè quella diversa dalla procedura speciale prevista dalle leggi in materia di banche, assicurazioni, ecc.)? La legge delega è muta al riguardo; lo schema di decreto delegato, invece, ha risolutamente risposto in termini affermativi, dettando (agli art. 300-315) una regolamentazione analitica di tale procedura (che – inevitabilmente – ricalca quella contenuta nella legge fallimentare). Il fatto è, però, che così si introduce una vistosa distonia: il codice della crisi e dell'insolvenza è dedicato, in principio, solo alle procedure, strumenti, ecc. di composizione di crisi patrimoniali (appunto la crisi e l'insolvenza); mentre la l. c. a. “ordinaria”, come riconfigurata dalla legge delega, è deputata, e lo si è detto, alla soluzione di crisi non patrimoniali. Ed è, questa, una distonia tanto più grave ove si consideri che la “riconfigurazione” della l. c. a. è stata motivata¹³ con la necessità di “riconduurre ad unità sistematica la normativa concorsuale”.

Un secondo problema è quello del ruolo spettante alle autorità amministrative di vigilanza nell'ambito delle procedure di allerta e di

¹² Rispettivamente art. 2545¹³ c.c. e art. 14d. lgs. n. 112/2017.

¹³ Così la Relazione di accompagnamento al disegno di legge delega presentato alla Camera.

prevenzione. Qui la legge delega è molto chiara: a quelle autorità debbono essere attribuite, oltre alla legittimazione alla domanda di apertura della liquidazione giudiziale, «*le competenze in tema di segnalazione dell'allerta e le funzioni attribuite agli organismi di composizione della crisi*». In buona sostanza: il complesso di meccanismi di allerta e prevenzione di cui si è detto prima viene, nel contesto che qui ne occupa, "riorientato" e *axé* – direbbero i francesi – sulle autorità di vigilanza. Ho molti dubbi, però, sulla congruità di un simile "riorientamento": da un lato, perché se un'impresa vigilata entra in una crisi patrimoniale, l'autorità di vigilanza ha inevitabilmente una certa dose di responsabilità e, dall'altro e conseguentemente, il meccanismo di composizione assistita, ove gestito dall'autorità di vigilanza, perderebbe completamente il connotato, fondamentale, della neutralità.

Un ulteriore problema è quello dei rapporti fra le procedure, diciamo, comuni e la liquidazione coatta. Tale problema è completamente ignorato dalla legge delega; è stato invece affrontato dallo schema di decreto delegato, il quale (art. 300) ha adottato il criterio della prevalenza assoluta delle prime sulla seconda: non solo nel senso che l'apertura della liquidazione giudiziale o del concordato preventivo oppure l'omologazione di accordi di ristrutturazione preclude l'apertura della liquidazione coatta, ma anche nel senso che la procedura di liquidazione coatta eventualmente aperta a carico di un'impresa vigilata deve essere immediatamente chiusa per effetto del successivo deposito di un provvedimento che accerta lo stato di insolvenza o apre un concordato preventivo o omologa un accordo di ristrutturazione. Nella sua prima parte, la regola riprende il criterio della precedenza che ispira la normativa attuale: quindi *nulla quaestio*. Questioni possono sorgere, invece, per la seconda parte, che non trova il benchè minimo supporto nella legge delega, con tutto ciò che allora ne consegue. Aggiungerei anche, sempre per la seconda parte, che la regola da essa posta sembra muovere da idee la cui coerenza con il sistema è tutta da verificare: mi pare infatti quanto meno dubbio che, in pendenza di una procedura di liquidazione coatta, gli effetti della cui apertura ben conosciamo, vi sia

spazio per la proposizione di una domanda di concordato preventivo o di omologazione di accordi di ristrutturazione.

La legge delega è muta anche su di un altro problema, su cui anche lo schema di decreto delegato è silente: il rapporto fra la disciplina generale della l.c.a. dettata dalla nuova normativa – per le imprese, ricordo, diverse da quelle bancarie, ecc. – e le discipline contenute nelle diverse leggi speciali; il problema, per intenderci, alla cui soluzione mirava l'attuale art. 194. Non credo, però, che sia un problema particolarmente difficile: si dovranno, credo, applicare i normali principi che governano la successione delle leggi nel tempo; con la conseguenza che le disposizioni contenute nel c.d. codice della crisi e dell'insolvenza prevarranno sulle previsioni difformi delle diverse leggi speciali.

Un particolare problema, infine, riguarda gli enti pubblici. Nell'art. 2 della legge delega, al co. 1, lett. e) si prevede, come si è già visto, l'assoggettamento al procedimento di accertamento dello stato di crisi o di insolvenza di ogni categoria di debitore, «*con esclusione dei soli enti pubblici*». Questo criterio di delega è stato interpretato, dai compilatori dello schema di decreto delegato più volte ricordato, nel modo più ampio immaginabile, cioè come esclusione degli enti pubblici da qualsiasi porzione delle nuove discipline: di qui, la perentoria previsione dell'art. 294, co. 2, del suddetto schema secondo il quale «*Le disposizioni del presente titolo [quello relativo alla liquidazione coatta] non si applicano agli enti pubblici*». Mi parrebbe che questa previsione si ponga in contraddizione con la scelta, che ho prima criticato, di dedicare spazio, nel codice, alla disciplina della l.c.a. Il principio di delega si riferisce, inequivocabilmente, al solo procedimento di accertamento dello stato di crisi o di insolvenza e, quindi, soltanto alle procedure deputate alla soluzione o composizione di crisi (in senso lato) patrimoniali. Esso, di conseguenza, non riguarda e non può riguardare (aggiungerei: non avrebbe senso che riguardasse) procedure deputate esclusivamente alla soluzione o composizione di crisi non patrimoniali, quale è, torno a sottolineare, la “nuova” liquidazione coatta per le imprese diverse da quelle bancarie, ecc.

IV – LE CRITICITÀ DELLA NUOVA DISCIPLINA

5. Passo ad un ultimo ordine di considerazioni, che attengono alle criticità della nuova disciplina. Ad alcune ho già accennato nel corso dell'analisi fin qui svolta. Ma ve ne sono molte altre e di diverso tipo.

5.1 A me pare, innanzi tutto, che le nuove discipline sia per il concordato preventivo, sia per la liquidazione giudiziale sia per gli accordi di ristrutturazione presentino alcune forti incongruenze.

A. Così, con riferimento al concordato preventivo. Nel nuovo sistema, come ho già avuto occasione di ricordare, la proposta di concordato preventivo con contenuto liquidatorio non sarebbe ammissibile se non quando vi sia un apporto di risorse esterne che aumenti apprezzabilmente il soddisfacimento dei creditori chirografari. Si tratta di una scelta del nuovo legislatore ampiamente discutibile, sotto diversi profili: essa, infatti, sembra il frutto di opzioni ideologiche, appare del tutto fuori posto in un contesto che dovrebbe assumere come punto di riferimento solo la mera e “bruta” convenienza dei creditori e, infine, tradisce, a ben considerare, una profonda sfiducia non solo nella capacità dei creditori di autotutelarsi ma anche nella capacità *degli* organi della procedura, a cominciare dai tribunali, di prevenire e/o reprimere eventuali abusi dello strumento del concordato con cessione dei beni.

Comunque non è questo il punto. Il punto è che analoga regola è stata prospettata per la proposta di concordato nella liquidazione giudiziale avanzata dal debitore (v. l'art. 7, co. 10, lett. d) della legge delega¹⁴).

Orbene. La giustificazione che era stata data per la regola dettata per il concordato preventivo era che soluzioni liquidatorie che non incrementino

¹⁴ Nel quale si prescrive di «disciplinare e incentivare le proposte di concordato liquidatorio giudiziale da parte di creditori e di terzi, nonché dello stesso debitore, ove questi apporti risorse che incrementino in modo apprezzabile l'attivo». Si v. anche l'art. 240, co. 1, dello schema di decreto delegato dove si stabilisce che la proposta del debitore è ammissibile solo se prevede l'apporto di risorse che incrementino il valore dell'attivo di almeno il dieci per cento.

il soddisfacimento dei creditori debbano trovare collocazione nel quadro della liquidazione giudiziale, che offre maggiori certezze e garanzie. Proprio alla luce di tale giustificazione si sarebbe allora dovuto consentire al debitore di proporre con maggiore facilità un concordato con contenuto liquidatorio almeno nel quadro, appunto, della liquidazione giudiziale.

Non solo. La necessità di un apporto esterno, nel concordato liquidatorio giudiziale, è prevista solo per la proposta del debitore non anche per quella di un creditore o di un terzo. Supposto che il concordato nella liquidazione giudiziale arrechi un qualche vantaggio immediato o prospettico al proponente non si comprende perché di questo vantaggio possa godere solo un creditore o un terzo. Quello che solo conta, in ogni caso, è che la soluzione concordata risulti più vantaggiosa per tutti i creditori rispetto alla liquidazione giudiziale.

B. Con riferimento alla liquidazione giudiziale. Una patente incongruenza si registra in punto di effetti della liquidazione giudiziale sul contratto di società.

La nuova normativa prevede la modifica dell'art. 2484 c.c., con il reinserimento fra le cause di scioglimento delle società di capitali dell'apertura della procedura di liquidazione giudiziale. Anche qui si tratta di una scelta discutibilissima, non essendovi veramente alcun bisogno di recuperare una regola che il legislatore della riforma del diritto societario del 2003 aveva giustamente abbandonato, in quanto inutile e fonte di inutili complicazioni. Anche qui, comunque, non è questo il punto. Il punto è che una simile disposizione è evidentemente espressione dell'idea di una valenza *ex se* dissolutiva della dichiarazione di liquidazione giudiziale. Ora, questa idea viene frontalmente contraddetta da altre disposizioni. A partire da quella in cui si prevede che, chiusa la procedura ai sensi dei n. 1 e 2 dell'attuale art. 118 l. fall., il curatore debba convocare l'assemblea ordinaria dei soci per le deliberazioni necessarie ai fini della ripresa dell'attività o della sua cessazione (art. 7, co. 10, lett. c) della l. delega); per finire con quella che estende anche alle società il beneficio

dell'esdebitazione, cioè della liberazione dai debiti residui all'esito di una liquidazione giudiziale (art. 8, co. 1, lett. c).

C. Con riferimento, infine, agli accordi di ristrutturazione. La legge delega prevede, fra l'altro, l'eliminazione o la riduzione [non è evidentemente la stessa cosa!] della soglia del 60% dei creditori, laddove, in particolare, l'accordo consenta il pagamento immediato dei creditori estranei. Si configurano in tal modo due "sottospecie" di accordi, la più nuova delle quali appare anche quella meno facilmente utilizzabile: è infatti a dir poco improbabile che un accordo con una minoranza di creditori possa consentire il soddisfacimento immediato degli altri creditori costituenti la maggioranza!

5.2. Molte e vistose sono, poi, le lacune delle nuove discipline: mi limiterò, anche qui, a qualche esemplificazione.

A. Le lacune più evidenti concernono le procedure di sovraindebitamento. Va tenuto presente che la legge del 2012 che governa tali procedure è una delle peggiori leggi che l'ordinamento italiano abbia conosciuto. Era ed è, quindi particolarmente bisognosa di una profonda revisione, anche e proprio per colmare i tanti "vuoti" che la caratterizzavano e la caratterizzano. La legge delega né coglie, né tanto meno si prefigge di colmare quei "vuoti". Mi basta un solo, emblematico esempio. La legge sul sovraindebitamento, a proposito della procedura di liquidazione, è assurdamente "muta" sulla fase della ripartizione, fra i creditori, del ricavato della liquidazione medesima: orbene, lo stesso silenzio è, ancor più assurdamente, mantenuto dalla legge delega¹⁵.

B. Lacune gravi caratterizzano poi la disciplina del concordato preventivo. In materia, il legislatore ha affrontato espressamente taluni nodi emersi nel dibattito giurisprudenziale risolvendoli in modo deciso e tutto sommato non insoddisfacente (mi riferisco, per esempio, al controverso

¹⁵ Stanti questi silenzi, il legislatore delegato ha ritenuto di doversi limitare a dettare principi tanto generalissimi (v. art. 275 dello schema di decreto delegato), quanto insufficienti.

tema del controllo del tribunale sulla fattibilità del piano concordatario); altri nodi invece, ugualmente e forse più, cruciali sono stati completamente ignorati.

Mi riferisco, in particolare, alla disciplina della opposizione alla omologazione da parte dei creditori dissenzienti per ragioni di convenienza, o meglio di non convenienza, della soluzione concordataria. La normativa vigente stabilisce che una simile opposizione possa essere proposta soltanto:

- nel caso che vi sia la suddivisione in classi, da un creditore dissenziente appartenente ad una classe dissenziente;
- nel caso in cui non vi sia la suddivisione in classi, dal creditore o creditori che rappresentino almeno il 20% dei creditori ammessi al voto.

Si tratta di una disciplina che si traduce – come ho avuto più volte occasione di sottolineare - in un gravissimo ed ingiustificato *vulnus* ai diritti dei creditori concorrenti e che solleva seri dubbi di legittimità costituzionale quanto meno sotto il profilo della sua assoluta irragionevolezza. Una irragionevolezza che risulta ancor più evidente ove si consideri che invece, nella procedura di accordo del sovraindebitato (strutturalmente analoga, come ho già sottolineato prima, al concordato preventivo), si consente al singolo creditore dissenziente di contestare la convenienza dell'accordo. Ritengo che un legislatore serio, nell'accingersi a “compattare” in un unico testo normativo la regolamentazione del concordato preventivo e quella dell'accordo del sovraindebitato, avrebbe dovuto quanto meno preoccuparsi di cercare di evitare situazioni di così patente contrasto.

5.3. Ci sono infine, disposizioni – e sono molte - che avrebbero certamente meritato una riflessione più approfondita.

Basta pensare, per fare un solo esempio, alla previsione dell'art. 7, co. 2, lett. e) secondo la quale dovrebbero essere attribuiti al curatore nella procedura di liquidazione giudiziale i poteri per il compimento degli atti e

delle operazioni riguardanti l'organizzazione e la struttura finanziaria della società fallita, previsti nel programma di liquidazione.

La disposizione – la quale sembrerebbe comportare che il curatore possa direttamente decidere al posto degli organi ordinari, compresa l'assemblea, in ordine all'organizzazione ed alla struttura finanziaria della società¹⁶ – appare chiaramente ispirata all'art. 63 della Direttiva UE n. 59/2014, che ha istituito un nuovo quadro di risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento (la c. d. BRRD, attuata in Italia con il d. lgs. n. 180/2015)¹⁷ Ora, da un lato, la disposizione della Direttiva comunitaria si inserisce in un contesto assai particolare, che vede le banche assoggettate ad un regime di controlli pubblicistici talmente stretto ed incisivo da privare le medesime, in effetti, di qualsiasi spazio di autonomia: il che ovviamente non si riscontra per le imprese diciamo comuni, con ciò restando preclusa in radice ogni possibilità di “comunicazione” di regole o di principi dall'uno all'altro comparto. Dall'altro, la disposizione della Direttiva solleva non pochi dubbi in punto di conformità alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea per quella che si configura come una sorta di espropriazione delle prerogative e dei diritti non solo patrimoniali della società e dei soci. Dubbi ancora maggiori di contrasto con i principi della Costituzione italiana evidentemente sarebbero suscettibili di porsi con riguardo alla disposizione di legge di cui stiamo

¹⁶ In tal senso si è orientato lo schema di decreto delegato: v. l'art. 264, recante proprio la rubrica “Attribuzione al curatore dei poteri dell'assemblea”, il quale, al co. 2, stabilisce che «*Il programma di liquidazione può prevedere l'attribuzione al curatore, per determinati atti od operazioni, dei poteri dell'assemblea dei soci*».

¹⁷ Il quale, sotto la rubrica «*Poteri generali*», menziona il «*potere di assumere il controllo dell'ente soggetto a risoluzione ed esercitare tutti i diritti e poteri conferiti ai suoi azionisti, ai suoi altri proprietari e al suo organo di amministrazione*» (lett. b); «*il potere di trasferire azioni o altri titoli di proprietà emessi dall'ente soggetto a risoluzione*» (lett. c); il «*potere d'imporre all'ente soggetto a risoluzione o a un ente impresa madre pertinente di emettere nuove azioni o altri titoli di proprietà ovvero altri strumenti di capitale, compresi azioni privilegiate e strumenti convertibili contingenti*» (lett. i) e così via.

parlando, anche in considerazione del fatto che – a differenza di quanto previsto dall’art. 91, co 4 delle disposizioni di attuazione del codice civile, che affida al tribunale la decisione di attribuire all’amministratore giudiziario poteri dell’assemblea – nel nostro caso la scelta in ordine al se e a quali poteri dell’assemblea attribuire al curatore è rimessa fondamentalmente alla codeterminazione del medesimo curatore e del comitato dei creditori, senza alcun intervento degli organi giudiziari della procedura¹⁸.

V - CONCLUSIONI

6. E’ arrivato al momento di concludere.

Da tutto quanto ho fin qui detto emerge che la riforma ha molte luci, ma anche molte ombre: ed è difficile giudicare se prevalgano le une o le altre. Quel che mi sembra sicuro è che, seguendo percorsi più ordinati e procedendo sulla base di idee più chiare, sarebbe stato possibile ottenere risultati migliori: sotto questo aspetto sarei portato a ritenere quella che ora ne occupa una ulteriore occasione mancata di realizzare una riforma veramente organica e soddisfacente.

C’è solo un motivo, per così dire, di “consolazione”. Ed è che il più recente schema di decreto delegato prevede – aggiungo: saggiamente – una *vacatio legis* abbastanza ampia (diciotto mesi). In questo lasso di tempo potrebbe esserci spazio per qualche intervento “correttivo” che elimini quanto meno le imperfezioni più evidenti.

¹⁸ Lo schema di decreto delegato più volte menzionato, all’art. 213, co. 7, stabilisce che «*Il programma [predisposto dal curatore] è trasmesso al giudice delegato che ne autorizza la sottoposizione al comitato dei creditori per l’approvazione*». Non è ben chiaro quali siano il senso e la portata di questa autorizzazione: sembra da escludere, però, che ad essa si possa arrivare ad attribuire un valore sostanziale di approvazione.