

Luiss

Libera Università
Internazionale
degli Studi Sociali
Guido Carli

CERADI

Centro di ricerca per il diritto d'impresa

La riforma della legge fallimentare

A cura di:

GIUSEPPE ALESSI

VINCENZO DE SENSI

2002

© Luiss Guido Carli. La riproduzione è autorizzata con indicazione della fonte o come altrimenti specificato. Qualora sia richiesta un'autorizzazione preliminare per la riproduzione o l'impiego di informazioni testuali e multimediali, tale autorizzazione annulla e sostituisce quella generale di cui sopra, indicando esplicitamente ogni altra restrizione

| | |
|--|-----------|
| INTRODUZIONE..... | 2 |
| SVOLGIMENTO DEI LAVORI..... | 4 |
| IL CONTESTO DELLA RIFORMA | 5 |
| LE ESIGENZE DELLA RIFORMA..... | 11 |
| ANALISI DELLE QUESTIONI RELATIVE ALLA IMPOSTAZIONE DELLA RIFORMA..... | 20 |
| LA PROCEDURA DI CRISI..... | 27 |
| LA PROCEDURA DI INSOLVENZA | 36 |
| PRINCIPI E CRITERI DIRETTIVI IN MATERIA PENALE | 44 |
| RIEPILOGO DELLE QUESTIONI FONDAMENTALI E CONCLUSIONI..... | 45 |

INTRODUZIONE

La Ricerca Stabile sulla Crisi di Impresa, diretta dal Prof. Foschini e dal Prof. Giuseppe Alessi, e coordinata dall'Avv. Vincenzo De Sensi, nell'ambito del Ceradi Luiss Guido Carli, si occupa delle questioni attinenti al diritto della crisi di impresa e, nel contesto della sua attività, ha organizzato e svolto per il Ministero della Giustizia una ricerca sulla riforma della legge fallimentare. Da diversi anni si discute di questa riforma e della necessità di attuarla per adattare la normativa alle nuove esigenze del mercato. Tuttavia, nonostante gli impegni profusi ed il lavoro approfondito di precedenti commissioni ministeriali, non si è mai pervenuti alla sua maturazione.

Anche il disegno di legge delega governativo presentato nella precedente Legislatura è ormai decaduto; tuttavia, come si cercherà di evidenziare nel corso del presente lavoro, esso rappresenta uno stimolo per analizzare le questioni di fondo che vengono sollevate dalle esigenze di riforma.

I problemi più rilevanti da risolvere riguardano: la distinzione tra conservazione dell'azienda, risanamento della impresa e liquidazione del patrimonio; il temperamento della conservazione o del risanamento con l'interesse dei creditori; la unicità o meno della procedura concorsuale.

A ciò si aggiunga la tendenza a gestire ed in alcuni casi a prevenire la crisi di impresa attraverso convenzioni stragiudiziali e quindi a dare un assetto negoziale ai vari interessi coinvolti nella stessa crisi.

Durante la correzione delle bozze del presente lavoro, il Governo ha approvato un disegno di legge per una riforma ponte della legge fallimentare, con la quale si apporterebbero ad esse quelle modifiche rese necessarie dagli interventi della Consulta e dalla prassi giurisprudenziale e degli uffici fallimentari.

L'auspicio è che questa mini riforma non resti l'unica e che il legislatore non riponga nuovamente nel dimenticatoio la esigenza di una riforma globale della legge fallimentare che sia capace di recuperare una reale efficienza operativa.

La presente ricerca non si limita, quindi, ad offrire una esposizione, seppure ragionata, delle opinioni che si sono confrontate nel corso di tre seminari di studio, ma è volta innanzitutto ad offrire una riflessione attenta su quali debbano essere i criteri guida di una futura riforma, tenendo presenti come postulati di riferimento l'impresa ed il mercato.

Giuseppe Alessi

SVOLGIMENTO DEI LAVORI

Con Convenzione del 4 maggio 2001, Prot. N. 510, stipulata con il Ministero della Giustizia, il Ceradi Luiss Guido Carli ha assunto l'impegno di eseguire una ricerca sulla progettata riforma della legge fallimentare, così come delineata dal disegno di legge delega governativo presentato alla Camera dei Deputati il 24 novembre 2000.

La ricerca ha avuto come obiettivo quello di monitorare e raccogliere le opinioni che si sono formate intorno al citato disegno di legge delega e di illustrarle, nel contesto di una attenta riflessione sulle questioni attualmente emergenti in tema di crisi di impresa, al Ministero della Giustizia.

In ottemperanza agli impegni assunti, il Ceradi Luiss Guido Carli, ed in particolare al suo interno la Ricerca Stabile sulle Crisi di Impresa, diretta dai Proff. Marcello Foschini e Giuseppe Alessi, e coordinata dall'Avv. Vincenzo De Sensi, ha organizzato tre seminari di studio che si sono svolti presso la sede della Luiss Guido Carli in data 14 giugno 2001, 11 luglio 2001 e 12 ottobre 2001.

Il primo seminario del 14 giugno 2001 ha avuto una funzione introduttiva e di analisi delle linee guida della riforma, con particolare riguardo ai principi, alle finalità ed alla struttura delle due procedure previste dal disegno di legge delega.

Il secondo seminario dell'11 luglio 2001 è stato invece dedicato ad aspetti più specifici della riforma tenendo presente la distinzione tra la procedura di crisi e quella di insolvenza. In riferimento alla prima procedura sono stati esaminati e dibattuti: presupposto oggettivo di apertura; domanda di apertura ed il contenuto del programma; effetti della procedura; approvazione ed omologazione del programma; conversione della procedura; cessazione, revoca e chiusura della procedura. In riferimento alla seconda procedura sono stati esaminati e dibattuti: presupposto oggettivo di apertura; effetti della procedura; fasi della procedura; contenuto del programma del debitore, del curatore e del terzo; approvazione, omologazione ed esecuzione del programma; revocatoria; chiusura della procedura.

Infine, il seminario conclusivo ha avuto ad oggetto i seguenti argomenti: presupposto soggettivo delle procedure; crisi di gruppo; effetti delle procedure sui soci illimitatamente responsabili; principi e criteri direttivi in materia penale; proposte di modifica del disegno di legge delega e conclusioni.

Al primo incontro del 14 giugno 2001 sono intervenuti: Prof. Giuseppe Alessi, della Luiss Guido Carli; Prof. Sido Bonfatti, dell'Università di Modena; Prof. Girolamo Bongiorno, dell'Università La Sapienza di Roma; Dott. Walter Celentano, Consigliere Corte di Cassazione; Avv. Vincenzo De Sensi, Ricercatore Diritto Fallimentare del Ceradi Luiss Guido Carli; Prof. Marcello Foschini, Preside della Facoltà di Giurisprudenza della Luiss Guido Carli; Avv. Enrico Granata, Direttore Affari Legali ABI; Prof. Bruno Inzitari,

dell'Università di Milano; Prof. Alessandro Nigro, dell'Università di Roma; Dott.ssa Marcella Panucci, di Confindustria; Prof. Vincenzo Panuccio, dell'Università di Messina; Prof. Ludovico Pazzaglia, della Luiss Guido Carli; Dott. Carlo Piccininni, Consigliere Corte di Cassazione; Dott. Vincenzo Proto, Consigliere Corte di Cassazione; Prof. Vincenzo Sparano, dell'Università di Napoli; Avv. Bianca Maria Sparano, del Foro di Napoli; Prof. Giuseppe Terranova, dell'Università di Roma.

Al secondo incontro dell'11 luglio 2001 si è registrata la presenza degli stessi intervenuti al primo seminario, tranne il Prof. Sido Bonfatti ed il Cons. Walter Celentano, cui si sono aggiunti: il Prof. Alberto Jorio, dell'Università di Torino; il Prof. Fabrizio Maimeri dell'ABI, nonché Docente di Diritto dei mercati finanziari alla Luiss Guido Carli e la Dott.ssa Simonetta Ronco, Ricercatore di Diritto Fallimentare presso l'Università di Genova

All'ultimo seminario del 12 ottobre 2001 sono intervenuti: Prof. Giuseppe Alessi, della Luiss Guido Carli; Avv. Maurizio Bellacosa, Assistente presso la Cattedra di Diritto Penale della Luiss Guido Carli; Dott. Walter Celentano, Consigliere Corte di Cassazione; Avv. Vincenzo De Sensi, Ricercatore di Diritto Fallimentare del Ceradi Luiss Guido Carli; Prof. Giovanni Figà Talamanca, dell'Università di Roma; Prof. Marcello Foschini, Preside della Facoltà di Giurisprudenza della Luiss Guido Carli; Prof. Alessandro Nigro, dell'Università di Roma; Dott. Carlo Piccininni, Consigliere Corte di Cassazione; Prof. Giorgio Schiano di Pepe, dell'Università di Genova; Prof. Vincenzo Sparano, dell'Università di Napoli; Avv. Bianca Maria Sparano, del Foro di Napoli; Prof. Giuseppe Terranova, dell'Università di Roma; Dott. Daniele Valtermoli, dottorando di ricerca; Prof. Gustavo Visentini, della Luiss Guido Carli.

I risultati dei lavori sono stati illustrati in due relazioni: con la prima sono stati evidenziati i nodi problematici della riforma sui quali ridonda la questione centrale della individuazione di un punto di equilibrio tra la tutela dei creditori e la conservazione degli organismi produttivi ai fini del risanamento della impresa; con la seconda sono state illustrate le riflessioni su aspetti specifici della riforma, anche attraverso una valutazione delle esigenze che la riforma dovrebbe soddisfare, e ciò nella consapevolezza che compito del legislatore è quello di compiere un'opera di sintesi degli interessi che emergono nella realtà socio-economica, traducendola sul piano normativo in precetti di disciplina.

Le predette relazioni sono state consegnate al Ministero della Giustizia rispettivamente in data 24 settembre 2001 e 9 novembre 2001, e qui di seguito vengono riportate in una veste rielaborata allo scopo di fornire un'analisi delle tematiche più rilevanti in tema di riforma del diritto fallimentare.

IL CONTESTO DELLA RIFORMA

Per esporre ed illustrare in termini esaurienti le riflessioni sulla riforma della legge, è opportuno rappresentare, seppure brevemente, il contesto nel quale essa si colloca, prendendo in considerazione le spinte innovative interne ed esterne al nostro ordinamento giuridico.

Un dato di fondo che non sembra essere in alcun modo contestato è che esiste una nuova sensibilità nel valutare e considerare le questioni attinenti alle crisi di impresa e che sembra sostanzialmente muovere dalla consapevolezza che l'impresa rappresenta un valore economico da salvaguardare e che le crisi dell'impresa rientrano nello svolgimento fisiologico e non patologico delle regole del mercato. Questa nuova sensibilità, inoltre, radica la propria ragion d'essere nella constatazione che le crisi di impresa non assumono una valenza univoca, in quanto le cause che le determinano e le manifestazioni che le contraddistinguono sono le più varie, potendo le prime essere ricondotte a fattori endogeni (inadeguatezza del *management*, *deficit* strutturale e/o organizzativo, insufficienza di risorse finanziarie disponibili, rigidità produttiva etc.) o esogeni rispetto all'organizzazione imprenditoriale (restrizione della domanda, crisi di settore etc.); e le seconde colte non solo in una serie di inadempimenti, o procedure esecutive e/o monitorie nei confronti dell'imprenditore, ma anche nella richiesta di consolidamento della propria esposizione debitoria, nella definizione di modalità di controllo stragiudiziale della gestione della impresa a fronte di nuovi finanziamenti bancari, o nell'ottenimento di una moratoria dei pagamenti da parte dei creditori più rilevanti, generalmente di origine finanziaria.

La complessità del fenomeno commerciale si riflette dunque anche sul piano delle crisi di impresa e giustifica l'utilizzo al plurale del termine crisi, che non evidenzia una semplice scelta nominalistica, ma al contrario sottende la percezione delle molteplici varianti che in concreto possono contraddistinguerla.

Questa terminologia, sicuramente atecnica ma nondimeno capace di involgere un'ampia serie di fenomeni, viene inoltre generalmente preferita a quella di insolvenza dell'imprenditore. La ragione di questa preferenza terminologica risiede nella tendenza ad elaborare sistemi di intervento idonei a prevenire la incapacità dell'imprenditore di adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni ed in questo contesto funzionale sembrerebbe più adeguato parlare di crisi della impresa piuttosto che di insolvenza dell'imprenditore.

In particolare, nell'indagare più nello specifico questa nuova sensibilità rispetto alle crisi di impresa, è dato ravvisare una impostazione di fondo che tende a dare rilevanza, anche se con approcci e modulazioni diverse, all'impresa ed al mercato.

In relazione al concetto di impresa, è diffusa l'idea che si debba abbandonare la tradizionale impostazione soggettiva della legge fallimentare, imperniata sulla figura dell'imprenditore, e prediligere al contrario una impostazione oggettiva, in cui il sistema concorsuale ha ad oggetto l'impresa.

Questa viene assunta non solo nel suo significato proprio di attività economica organizzata, volta alla produzione di beni e servizi, ma in termini più lati si

tende a ricostruirla come fattispecie che sintetizza l'attività e l'organizzazione. In questa diversa impostazione oggettiva le crisi di impresa vengono apprezzate come fenomeni che incidono negativamente non solo sulle ragioni creditorie, ma anche sugli interessi dei lavoratori al mantenimento della loro occupazione.

Nella ricostruzione della conflittualità generata dalle crisi entra, dunque, il mantenimento dei livelli occupazionali, come valore che va tutelato anche nel momento della gestione concorsuale e che giustifica la predisposizione di un sistema volto alla conservazione dell'azienda ed al risanamento della impresa.

Ulteriore corollario della tendenza ad abbandonare l'impostazione soggettiva è la depurazione del sistema concorsuale da ogni caratterizzazione funzionale di tipo sanzionatorio. Da un lato l'attenzione alla impresa come valore da salvaguardare, e dall'altro la consapevolezza che le crisi della impresa in un sistema capitalistico governato dalla legge della libera concorrenza rientrano in un andamento fisiologico del mercato, conducono ad escludere che la gestione della crisi abbia un valore sanzionatorio per l'imprenditore, se non nei casi di comportamenti dolosi penalmente rilevanti.

Per quanto concerne il mercato, questo viene assunto non solo come momento di interazione delle forze da cui dipende il destino della impresa e cioè la domanda e l'offerta, ma anche come momento di riallocazione della impresa.

Questo dato consente di spiegare la tendenza a sistemare le crisi della impresa in una ottica funzionale conservativa ed a ritenere che il risanamento della stessa sia raggiunto ove l'organizzazione aziendale sia ceduta a terzi. La contendibilità della impresa costituisce dunque indice di valutazione della risanabilità della stessa, in quanto, appunto, si ritiene che la cessione della stessa equivale a risanarla.

Alla luce di queste considerazioni si può rilevare che l'abbandono della impostazione soggettiva delle procedure concorsuali ed il distacco delle stesse dalla figura dell'imprenditore commerciale, determinata dalla tendenza anche dei paesi europei ad assoggettare a procedura concorsuale l'imprenditore agricolo ed il debitore civile in caso di sovraindebitamento, conducono a ritenere che il diritto delle crisi di impresa tende a distaccarsi dallo statuto speciale dell'imprenditore commerciale per divenire più propriamente fonte di disciplina del mercato.

Nella descrizione del contesto in cui si inquadra la progettata riforma, non va pretermessa la considerazione che nel nostro Paese, soprattutto nell'ultimo ventennio, è andata sviluppandosi una riforma silente della legge fallimentare attraverso una prassi giurisprudenziale che ha adattato gli istituti concorsuali al perseguimento di finalità ulteriori rispetto a quelle sottese alla legge fallimentare, quali il mantenimento della occupazione e la riallocazione della impresa sul mercato.

Questo fenomeno è emerso nell'uso delle procedure minori ed in particolare dell'amministrazione controllata. Significativa di questa tendenza è stata ad esempio la questione della configurabilità in questa procedura della cessione o dell'affitto di

azienda come tecniche di risanamento della impresa e di separazione del destino di questa dalla persona dell'imprenditore commerciale.

A ciò si aggiunga la constatazione che spesso l'apertura dell'amministrazione controllata è stata disposta pur in presenza di uno stato di insolvenza al fine esclusivo di concedere tempo all'imprenditore per mantenere in attività l'impresa e quindi anche i posti di lavoro in attesa di trovare un acquirente della stessa.

Nello stesso ordine applicativo è stato posto il concordato preventivo, utilizzato come procedura cuscinetto per attenuare gli effetti dirompenti e disgreganti del fallimento, secondo una prassi che ha trovato legittimazione nella creazione giurisprudenziale della consecuzione delle procedure concorsuali e che ha ricostruito e ricostruisce tuttora il passaggio dalla controllata, al concordato ed al fallimento come fasi di una unica procedura concorsuale.

Ma anche in riferimento al fallimento il dibattito sull'esercizio provvisorio dell'impresa, ex art. 90 l.fall., articolato nella contrapposizione tra chi ritiene che sia un istituto volto a tutelare solo i creditori dal pericolo di un danno grave ed irreparabile al patrimonio dell'imprenditore e chi invece reputa che esso, almeno nella fattispecie di cui al primo comma dell'art. 90 l.fall., sia funzionale alla tutela anche di interessi ulteriori quale quelli dei lavoratori, anche se attenuato nella sua portata pratica dalla legge 23/07/1991, n. 223 sull'affitto d'azienda e sul diritto di prelazione dell'affittuario, tuttavia evidenzia la crescente sensibilità verso l'apprezzamento di una più ampia conflittualità in seno alle crisi di impresa.

A questo adattamento degli istituti concorsuali alle mutate esigenze della realtà economica, come è noto, si è accompagnata una serie di interventi della Consulta che hanno riguardato aspetti salienti delle procedure concorsuali, in particolare, per citarne alcuni in tema: di diritto di difesa dell'imprenditore, di esperibilità dei rimedi endoconcorsuali, di estensione del privilegio agli interessi, in particolare di quelli dovuti su crediti da lavoro ed alla loro rivalutazione monetaria, di accertamento del passivo, di individuazione di un termine di fallibilità per le società cessate e per l'estensione del fallimento all'ex socio illimitatamente responsabile.

Questi interventi hanno in più parti profondamente modificato la legge fallimentare, dando spazio a principi, come quelli del garantismo in merito alla tutela di posizione giuridiche di diritto soggettivo e della certezza dei rapporti giuridici, che al contrario erano rimasti irragionevolmente soccombenti rispetto al principio dell'efficientismo e della celerità procedurale.

Infine, questa tendenza evolutiva del diritto fallimentare, emersa nella prassi giurisprudenziale, alcune volte *praeter legem*, e nelle decisioni dichiarative o manipolative-additive della Corte Costituzionale, si è rafforzata dall'uso sempre più frequente, soprattutto innanzi ad insolvenze aggregate di gruppo o comunque relative a grandi imprese societarie, dell'autotutela negoziale attraverso la definizione di accordi stragiudiziali di sistemazione, ed in alcuni casi anche di prevenzione, del dissesto.

La descrizione del contesto in cui si colloca la riforma non sarebbe completa ed esauriente se non si facesse riferimento anche alle influenze derivanti dall'appartenenza all'Unione Europea. Già da tempo è entrata a far parte del nostro vocabolario giuridico l'espressione "*nuova costituzione economica*", intendendosi con essa l'insieme dei principi e delle norme che governano l'economia così come fissati nella nostra Costituzione e riveduti alla luce dei principi e delle norme comunitarie. Nell'ambito del Trattato istitutivo della Comunità Europea, così come modificato dal Trattato Unico Europeo, vengono disciplinati agli articoli 87, 88, 89 gli aiuti di Stato alle imprese, mediante la tecnica degli enunciati normativi in antitesi: si prevede da un lato il divieto degli aiuti di Stato alle imprese nella misura in cui possano impedire l'ingresso nel mercato di altre imprese europee ed alterare la libera concorrenza; e dall'altro si contempla una serie di eccezioni per singole fattispecie.

Questa stringente disciplina comunitaria, come è noto, ha avuto effetti diretti sul nostro ordinamento concorsuale con la decisione della Commissione di dichiarare l'amministrazione straordinaria, disciplinata dalla legge n.95/79, incompatibile con il regime comunitario di disciplina degli aiuti di Stato. Da qui la riforma della disciplina dell'amministrazione straordinaria con il d.lg. 8 luglio 1999, n. 270.

Se si valuta, quindi, il diritto concorsuale alla luce della disciplina comunitaria degli aiuti di Stato alle imprese, si ravvisa la rilevanza della tutela della concorrenza nella crisi di impresa.

Si può ritenere che questo aspetto sia uno dei più interessanti ed innovativi del diritto fallimentare, già colto in altri ordinamenti più sofisticati sotto questo profilo come quello statunitense, che conosce l'istituto della *failing company defense*, che consente operazioni di concentrazione con una impresa destinata a fallire nella misura in cui il fallimento sia l'unica prospettiva della impresa da acquisire ed a condizione che l'impresa che procede all'acquisizione sia destinata a coprire lo spazio di mercato lasciato dalla impresa in crisi.

Va infine evidenziato che la disciplina comunitaria in materia di concorrenza non è l'unico sistema normativo che ha incidenza sul nostro diritto della crisi di impresa, in quanto è possibile cogliere su altri tre piani di disciplina la presenza di forti influenze sul modo in cui pensare e definire il nuovo assetto della concorsualità.

Un primo aspetto particolarmente rilevante attiene al concetto comunitario di impresa che si caratterizza per una portata più ampia rispetto a quello che è sotteso agli articoli 2082 e 2195 c.c. A livello comunitario per impresa si intende infatti lo svolgimento di qualsiasi prestazione che abbia una incidenza sul mercato e che quindi si rivolge alla collettività sociale.

Questa concezione della impresa ha avuto un diretto riflesso sull'attuazione, con il d.lg. 2 febbraio 2001, n. 96, della direttiva 98/5/CE, volta a facilitare l'esercizio permanente della professione di avvocato in uno stato membro diverso da quello di origine. Con il predetto decreto legislativo è stata, inoltre, disciplinata la società tra avvocati ed all'art. 16, comma 3°, dello stesso si dispone che la società tra avvocati

non è soggetta a fallimento. Questa disposizione trova la sua ragion d'essere anche nell'ampia concezione di impresa acquisita a livello comunitario e che ha appunto suggerito di esplicitare a livello normativo la esclusione del fallimento per le società di avvocati.

Un secondo elemento di rilievo concerne il Regolamento del Consiglio dell'Unione Europea n. 1346/2000 del 29 maggio 2000 il quale, prendendo atto che è irrealistico istituire una procedura universale che abbia efficacia in tutti i Paesi dell'Unione a causa delle differenze esistenti nella disciplina della crisi di impresa, ha approntato una normativa volta a disciplinare una procedura di insolvenza transfrontaliera al fine di coordinare gli interventi sul patrimonio del debitore. E' interessante rilevare che il Regolamento all'art. 38 prevede la possibilità della nomina di un curatore provvisorio da parte del giudice competente ad aprire una procedura di insolvenza, per il periodo anteriore all'apertura della stessa, il quale è legittimato ad adottare i provvedimenti conservativi per i beni del debitore che si trovano in altro Stato membro al fine di garantirne la conservazione. Seppure la figura del curatore provvisorio è congeniale al sistema approntato dal Regolamento, basato sull'apertura di una procedura principale, correlata al centro degli interessi principali del debitore insolvente ed una secondaria di insolvenza, correlata al luogo ove è posta una dipendenza del debitore insolvente, tuttavia la questione della conservazione della garanzia patrimoniale, attraverso l'adozione di misure cautelari nell'interesse dei creditori, è certamente attuale e presente anche nel nostro sistema concorsuale, appena si considerino i tempi spesso eccessivamente dilatati della fase prefallimentare.

Il terzo ed ultimo elemento, di derivazione comunitaria, che ci sembra di particolare significatività è quello relativo alla disciplina del credito al consumo.

Con la legge 19 febbraio 1992, n. 142 è stata data attuazione alle direttive comunitarie 102/87 e 88/90 sul credito al consumo, erogato appunto per il soddisfacimento di bisogni estranei all'attività di impresa e professionale.

La rilevanza di questa normativa sotto il profilo concorsuale risiede nel fatto che essa evidenzia una profonda evoluzione nella erogazione del credito non più limitata al settore produttivo.

Questo implica di conseguenza che possono verificarsi situazioni di sovraindebitamento del debitore civile, che è capace di offrire come garanzia non il proprio patrimonio, generalmente inconsistente, ma il reddito fisso che è in grado di produrre. La nuova dimensione e diffusione del credito ha quindi riflessi sul piano del soddisfacimento dei creditori e si pone seriamente la questione di pensare a meccanismi concorsuali seppure semplificati per fattispecie di sovraindebitamento.

In conclusione, il contesto della riforma appare particolarmente complesso ed impone una verifica attenta e meditata di tutti i fattori rilevanti nell'approntare una nuova disciplina della crisi di impresa. In particolare, il dato di fondo che emerge è che l'evoluzione del diritto tradizionalmente definito concorsuale si svolge lungo un crinale che vede, da un lato, la permanente esigenza di approntare un sistema di tutela

e soddisfacimento dei creditori e, all'altro, disancorandosi dalla impostazione soggettiva basata sulla figura dell'imprenditore commerciale, la tendenza ad assumere l'impresa come oggetto della procedura con tutte le implicazioni anche di tipo occupazionale che questo comporta.

Tratteggiato il contesto della riforma, prima di analizzare nello specifico le due procedure di cui al disegno di legge governativo, verranno di seguito esposte le esigenze che una riforma della legge fallimentare dovrebbe soddisfare, raggruppate in quattro punti: **a) *adattamento della riforma alla realtà economica***; **b) *completezza e sistematicità della riforma***; **c) *celerità delle procedure***; **d) *efficienza del concorso***. Di seguito verranno affrontate nello specifico le due procedure, quella di crisi e quella di insolvenza, mediante una analisi degli aspetti più rilevanti.

LE ESIGENZE DELLA RIFORMA

Come si è rilevato in precedenza, la riforma della legge fallimentare si colloca in un ampio contesto che registra la tendenza ad assumere la disciplina delle crisi di impresa su un piano oggettivo, che tende a distaccarsi dalla tradizionale concezione del fallimento come procedura che investe l'imprenditore commerciale e che, invece, si avvicina ad una impostazione che dà rilievo al mercato ed alle possibilità di riallocare sul mercato le imprese in crisi.

Questa tendenza certamente non è negativa, in quanto vede il mercato non solo come luogo figurato di incontro della domanda e della offerta, ma anche come momento decisivo in cui maturano le determinazioni in ordine al destino di una impresa. I meccanismi del mercato consentono la formazione di decisioni indipendenti in ordine al destino di una impresa e nello stesso tempo la conservazione della stessa solo ove sussistano reali prospettive di recupero della redditività fisiologica dell'impresa.

Questo modo di concepire le crisi di impresa pone, a livello del diritto e della predisposizione dei meccanismi giuridici di risposta alle crisi, la necessità di cogliere le esigenze che nel mercato, o più in generale nella realtà operativa, emergono con maggiore intensità ed alle quali la riforma dovrebbe dare risposta. In questa ottica, quindi, analizziamo quelle che sembrano ineludibili da parte del legislatore.

a) Adattamento della riforma alla realtà economica

Una delle questioni fondamentali dibattute in Germania negli anni che precedettero la riforma del 5 ottobre 1994, entrata in vigore l'1 gennaio 1999, è stata quella di legiferare tenendo conto delle necessità fondamentali

dell'economia e quindi di strutturare la procedura in termini tali da consentire alla stessa di adattarsi alle peculiarità specifiche di ogni crisi e nello stesso tempo di predisporre meccanismi di intervento realistici, calibrati in ragione della reale situazione economico-finanziaria della impresa dissesata.

La valutazione delle esigenze della economia si traduce non solo nella individuazione di un principio guida nella elaborazione di una disciplina di diritto fallimentare, ma anche nell'adattamento degli interventi alla realtà operativa delle imprese. In altri termini, portando il discorso sulla riforma oggetto della ricerca, non può essere sottovalutata la necessità di comprendere, da un lato, i limiti entro i quali può essere perseguito e realizzato l'obiettivo del risanamento della impresa a fronte di una situazione di insolvenza e, dall'altro, in quali fattispecie l'obiettivo del risanamento rispecchia effettivamente interessi che travalicano quelli più immediatamente riconducibili ai creditori.

In riferimento al primo aspetto, anche nel corso del terzo seminario, si è ribadito che è illusorio pensare che una impresa in stato di insolvenza possa essere risanata, a meno che il risanamento non venga assunto in una accezione atecnica, che si distacca da quel significato che postula una ripresa della redditività della impresa e che, invece, pone come obiettivo la conservazione della impresa, o meglio dell'azienda, al fine di una sua unitaria liquidazione. Ma anche se si volesse ritenere compatibile questa soluzione con lo stato di insolvenza, risulterebbe invece incompatibile con tale stato e deleterio non solo per i creditori, ma anche per l'occupazione, la continuazione dell'esercizio della impresa in una situazione di perdita patrimoniale.

Le ragioni di questi effetti negativi sono riconducibili a due ordini fondamentali. Innanzitutto, come è noto, il meccanismo della prededuzione erode il patrimonio della impresa, riducendo i margini di soddisfacimento dei creditori chirografari. In questo contesto la previsione della continuazione dell'esercizio della impresa a fronte di una situazione di insolvenza irreversibile, al sol fine di mantenere in attività l'azienda per una sua liquidazione unitaria, comporta un costo notevole non compensato da reali prospettive di recupero della ordinaria redditività di impresa.

Inoltre, non si può sottovalutare il fatto che il ceto creditorio delle imprese commerciali non è più composto esclusivamente da creditori finanziari, ma anche da creditori commerciali, appena si consideri lo sviluppo di tecniche di collaborazione tra imprese che vanno dalla gestione in *outsourcing* di determinate fasi della produzione, alla subfornitura, quale tecnica negoziale, di recente disciplina normativa, che consente di decentrare la produzione. L'evoluzione delle tecniche di collaborazione tra imprese implica necessariamente lo sviluppo del credito commerciale e della interdipendenza del destino delle imprese produttivamente collegate.

Pertanto, il mantenimento artificiale di una impresa in stato di insolvenza è in grado di ripercuotersi negativamente anche su questi rapporti ed a tradursi in un effetto moltiplicatore della crisi.

Le considerazioni che precedono, tuttavia, non implicano che il risanamento della impresa non debba essere perseguito; al contrario, esse sollecitano una attenta riflessione in ordine alle condizioni che consentono la realizzabilità del risanamento e che vanno ricondotte in una ottica di prevenzione della insolvenza. In sostanza, il risanamento non è una risposta efficiente alla insolvenza, lo è, invece, rispetto alle situazioni di preinsolvenza, in cui la crisi della impresa non si è ancora esteriorizzata in termini irreversibili all'esterno.

Le considerazioni svolte, quindi, confermano le conclusioni cui si era giunti nella prima relazione introduttiva e che sono sintetizzabili nel principio secondo il quale a fronte dello stato di insolvenza la scelta da adottare è quella della liquidazione del patrimonio aziendale, salvo a consentire l'intervento esterno di risanamento di un terzo.

In merito al secondo punto suaccennato, relativo alla individuazione delle fattispecie nelle quali le esigenze di risanamento rispondono agli interessi di carattere generale del mantenimento dei livelli occupazionali e produttivi, va detto che queste certamente si identificano con la grande impresa in crisi. Rispetto alla grande impresa in senso economico l'esigenza di un bilanciamento degli interessi in conflitto diviene sicuramente più pressante ed il punto di equilibrio che il legislatore del 1999 ha inteso raggiungere, con la riforma dell'amministrazione straordinaria, è quello di ammettere il sacrificio dei creditori chirografari pregressi con il meccanismo della prededuzione solo ove il risanamento della impresa sia fattibile. Funzionale a questo scopo è proprio la strutturazione della procedura secondo la tecnica del doppio binario, che consente di verificare i margini di fattibilità del risanamento e che abbandona la scelta del risanamento ad ogni costo posta a base della precedente legge Prodi.

Orbene, la presenza nel nostro ordinamento giuridico di una procedura *ad hoc* per la grande impresa insolvente pone non tanto un problema di coordinamento tra la riforma e questa normativa, quanto piuttosto la questione della opportunità di predisporre un sistema di gestione della crisi di impresa incentrato sulla differenza tra grande e piccola impresa in senso economico.

Va detto che tale questione non è nuova. Già alla fine degli anni 70, in una prospettiva di analisi economica del diritto, si mettevano in luce le conseguenze negative di una disciplina differenziata della crisi di impresa, in quanto si riteneva che un trattamento di favore per la grande impresa avrebbe determinato delle spinte monopolistiche e nello stesso tempo avrebbe alterato i flussi di credito a tutto vantaggio della grande impresa. Considerazioni

profetiche se si considerano le motivazioni che hanno portato alla riforma dell'amministrazione straordinaria della grande impresa.

Tale questione si ripropone con la progettata riforma e con la conseguente previsione di due procedure di risanamento una per la grande impresa, l'altra per la piccola impresa, a cui si aggiungerebbe una terza procedura di insolvenza che ripropone la finalità del risanamento.

In questo contesto, andrebbe quindi vagliata l'opportunità di eliminare il dualismo procedurale secondo le dimensioni della impresa, con la previsione, da un lato, di un'unica procedura di risanamento per tutte le imprese in crisi, e dall'altro, di una procedura di liquidazione per i casi di insolvenza irreversibile, entrambe capaci al loro interno di adattarsi alle peculiarità delle dimensioni della crisi.

La scelta prospettata dal disegno di legge delega è, invece, il coordinamento della disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi con quella che sarà introdotta in attuazione della delega. A ben vedere più che di un coordinamento si tratterebbe di un adattamento o addirittura di una incisiva modificazione delle procedure previste nel disegno di legge delega.

Va considerato infatti che, ove venisse attuata questa delega, una volta dichiarato lo stato di insolvenza di una grande impresa, l'alternativa sarebbe tra l'amministrazione straordinaria ed una procedura di insolvenza che non è puramente liquidatoria, ma che prevede il risanamento della impresa, tant'è che verrebbe riconosciuto al debitore o ad un terzo la facoltà di presentare un programma di risanamento.

Al fine di poter evitare questa duplicazione defatigante di finalità, il legislatore delegato non avrebbe altra via che eliminare la finalità di risanamento della procedura di insolvenza ove questa dovesse essere aperta a seguito della dichiarazione di insolvenza di una grande impresa. Ci si rende conto che sarebbe necessario non tanto un coordinamento tra procedure, che presuppone il mantenimento della loro originaria impostazione funzionale, ma di un adattamento o ridimensionamento della procedura di insolvenza in termini dichiaratamente liquidativi rispetto all'insolvenza della grande impresa che non è risanabile in sede di amministrazione straordinaria.

Sarebbe quindi più coerente e rispondente ad una esigenza di armonia del sistema concorsuale prevedere, appunto, un'unica procedura di risanamento ed un'unica procedura di liquidazione che ovviamente siano anche in grado di adattarsi alla grande impresa.

Nell'ambito della considerazione dell'adattamento della riforma alla realtà operativa, non può essere sottaciuta la tendenza sempre più marcata a gestire in via stragiudiziale lo stato di crisi di impresa attraverso le c.d.

convenzioni bancarie o concordati stragiudiziali. E' stato rilevato che lo sviluppo dell'esercizio dell'autonomia privata per la sistemazione della crisi di impresa è direttamente proporzionale alla inadeguatezza delle tradizionali procedure concorsuali, sia perché esse finiscono con l'operare in situazioni di crisi irreversibile e di forte erosione patrimoniale, sia perché i tempi di soddisfacimento nelle procedure tradizionali sono assolutamente incompatibili con la dinamica dell'economia e degli investimenti.

La questione di una loro disciplina, affrontata soprattutto nel corso dei primi due seminari, è riemersa, seppure implicitamente, anche nel corso del seminario conclusivo secondo due impostazioni di fondo che, pur divergendo sul punto dei termini e delle modalità di disciplina delle convenzioni, tuttavia convergono sulla opportunità di consentirne lo sviluppo.

Andando ad evidenziare i punti di divergenza, questi possono essere sintetizzati nella questione se affidare o meno all'autorità giudiziaria un potere di controllo sulle convenzioni di gestione della crisi. La tesi del controllo stragiudiziale, affidato ad esempio ad un'autorità amministrativa, sostanzialmente risponde all'idea di garantire uno snello e rapido svolgimento del controllo sulla legittimità dell'accordo, che potrebbe essere pregiudicato dall'appesantimento degli uffici giudiziari. La tesi, invece, del controllo giudiziale pone in risalto una duplice esigenza: da una lato, quella di cristallizzare il patrimonio del debitore che avvia una sistemazione negoziale del dissesto della propria impresa al fine di garantire la *par condicio creditorum*; dall'altro quella di porre l'accordo e gli atti esecutivi che ne conseguono al riparo da azione revocatoria e responsabilità penale.

In questa prospettiva le due esigenze possono essere soddisfatte solo da una pronuncia giudiziale che, accertata la pendenza delle trattative, abbia l'effetto di bloccare le esecuzioni individuali e, omologando l'accordo a seguito di un giudizio di legittimità, sottragga lo stesso ed i conseguenti atti esecutivi all'azione revocatoria ed a responsabilità penale.

Entrambe le tesi colgono esigenze rilevanti della sistemazione negoziale del dissesto, per cui la scelta più efficiente sarebbe quella di predisporre un sistema che sappia conciliarle. Il punto di equilibrio potrebbe essere individuato optando non per la predisposizione di una procedura che ingessi in margini ristretti la dinamica dell'accordo, ma ad una tecnica di gestione dell'autotutela negoziale a fasi procedimentalizzate, in cui appunto solo alcune fasi, quella iniziale e quella conclusiva, siano ricondotte in un procedimento al fine di consentire all'autorità giudiziaria lo svolgimento del proprio intervento.

La considerazione quindi della realtà economica si riflette sul disegno di legge delega sotto un triplice ordine di profili: quello della individuazione delle reali condizioni di risanamento della impresa; quello della razionalizzazione delle procedure concorsuali e quello dell'inserimento delle convenzioni

stragiudiziali nell'ambito della concorsualità attraverso la tecnica delle fasi procedimentalizzate.

b) Completezza e sistematicità della riforma

Anche se la riforma incide su una legge speciale, tuttavia essa si configura come riforma di sistema appena si consideri la dimensione interdisciplinare del diritto fallimentare. La considerazione del profilo sistematico fa emergere la esigenza di approntare una riforma completa che sia in grado di fornire risposte normative alle questioni che la legge del 1942 non è in grado di approntare.

In punto di completezza della riforma vengono in rilievo due importanti campi del diritto: quello delle garanzie del credito e quello societario.

Soffermiamoci su entrambi.

Come è noto l'attività di impresa vive di credito, sia finanziario che commerciale, e l'indirizzo dei flussi di credito è fortemente condizionato dalle garanzie che le imprese possono offrire. Il rischio della insolvenza della impresa viene compensato non solo da un tendenziale aumento del costo del denaro, ma anche dalla concessione di garanzie.

La stretta inerenza tra concessione del credito, soddisfacimento del credito ed insolvenza della impresa, suggerisce l'opportunità di aggiornare il nostro sistema di garanzie. Come è noto esso si incentra sul principio della tipicità della cause legittime di prelazione, collocate, sotto un profilo sistematico e dommatico, nell'ambito della categoria dei diritti reali. Questa collocazione si basa su una concezione dominicale della garanzia necessariamente inerente ad una *res* determinata.

L'obsolescenza del sistema delle garanzie risiede proprio in questa sua staticità che stride con il carattere dinamico proprio dell'attività di impresa. Nello svolgimento concreto dei rapporti tra creditori ed impresa è possibile scorgere due dati di caratterizzazione: il primo è che il ricorso al credito è una tecnica di gestione della impresa; il secondo è che dal lato dei finanziatori cresce la richiesta di garanzie che possano sottrarli al destino comune con gli altri creditori in caso di insolvenza della impresa. In questo contesto si registra la tendenza ad assumere il capitale fisso, le scorte, i prodotti finiti e gli stessi crediti della impresa come beni da vincolare a garanzie dei creditori.

Da qui tutta la problematica in ordine alla configurabilità di garanzie mobiliari svincolate dal requisito dello spossessamento e quindi di superare la tipologia del pegno tradizionale. E' noto il contenzioso generato dalle figure, nate dalla prassi negoziale, del *pegno rotativo*, del *pegno di valore*, del *pegno scritturale* come fattispecie nelle quali si riscontrano due profili innovativi: quello della

mancanza di una *res* in senso tradizionale e conseguentemente dello spossessamento; quello della modificazione del bene oggetto della garanzia nel corso del rapporto.

Se la giurisprudenza è ormai giunta a riconoscere legittimità a queste nuove forme di garanzia mobiliare, tuttavia persistono ancora dubbi ed incertezze in merito alle modalità di costituzione della garanzia ed alle condizioni per la loro opponibilità ad un eventuale fallimento.

Certamente alcuni aspetti delle questioni che si pongono in merito alle garanzie mobiliari atipiche non possono essere affrontati soltanto in sede di riforma della legge fallimentare, tuttavia questa pur breve panoramica mette in luce una pressante esigenza di sistematicità della riforma che andrebbe collocata all'ultimo gradino di un più radicale ammodernamento della disciplina del credito e della sua tutela.

Il secondo campo di interferenza con la riforma della legge fallimentare è quello del diritto societario.

Il disegno di legge delega prende in considerazione l'imprenditore collettivo soltanto in riferimento a due aspetti: quello della estensione degli effetti delle due procedure ai soci illimitatamente responsabili e quello della inapplicabilità degli artt. 2447 e 2448, comma I, n. 4 e 2560 del codice civile. Su questo secondo aspetto della disciplina torneremo in seguito, mentre sul primo è opportuno soffermarsi nel contesto di una più ampia riflessione.

L'impostazione del disegno di legge delega rispecchia, in punto di previsione della estensione delle procedure ai soci illimitatamente responsabili, una tendenza che ancora percorre il solco della tradizione, senza proiettarsi verso le nuove problematiche che sorgono a seguito della capillare diffusione dello strumento delle società di capitali nell'organizzazione dell'attività di impresa.

Le questioni di fondo non si limitano soltanto alla eliminazione del divieto delle operazioni di fusione e scissione per le società sottoposte a procedure concorsuali, di cui agli artt. 2501 e 2504-*septies*, ma dipendono in gran misura dalla mancanza di disciplina degli effetti delle procedure sulle società di capitali ed in particolare: sulla organizzazione, sulla struttura, sul contratto e sullo statuto delle società.

La necessità che questi aspetti vengano sottratti alle incertezze interpretative ed applicative, che si registrano negli orientamenti giurisprudenziali, attraverso una adeguata disciplina è ancora di più imposta dalla logica conservativa sottesa all'intervento concorsuale. In questa prospettiva funzionale infatti è opportuno prevedere la permanenza del vincolo contrattuale e degli organi societari, nonché la possibilità di apportare modifiche allo statuto sociale, per consentire la realizzazione di quelle

operazioni, anche sul capitale sociale, necessarie per il risanamento della impresa. Al riguardo il completo silenzio del disegno di legge delega non farebbe che riproporre quello stato di incertezza che attualmente si riscontra.

In conclusione sul punto si può affermare che un'adeguata risposta normativa alle esigenze di completezza e sistematicità consentirebbe di conseguire un moderno assetto degli interessi che oggi sono coinvolti nella crisi di impresa.

c) Celerità delle procedure

Le modalità ed i tempi delle procedure costituiscono il parametro di misura della loro capacità di risposta alle istanze di tutela e di soddisfacimento degli interessi coinvolti nella crisi di impresa. Si ritiene generalmente che la celerità delle procedure sia un valore difficilmente compatibile con quello della garanzia dei diritti e quest'ultimo viene visto come limite oltre il quale le istanze di una operatività spedita della procedura devono essere sacrificate.

Questo modo di concepire il rapporto tra questi due valori sottende un equivoco e nello stesso tempo una visione monodimensionale della celerità procedurale.

L'equivoco è di ritenere che solo prevedendo meccanismi di tutela endoconcorsuale del credito, anche a costo di ritardare la procedura, questo è garantito e sottratto ad abusi da parte degli organi della procedura; mentre la visione monodimensionale della celerità è che questa è sempre stata vista in relazione ai tempi di tutela dei creditori nell'ambito delle procedure e non invece in rapporto agli organi delle stesse. In sostanza, dall'attuale legge fallimentare emerge una esigenza di celerità in punto di attuazione dei meccanismi di tutela dei creditori o del fallito: basti pensare al momento di decorrenza dell'opposizione a stato passivo o alla sentenza di fallimento (corretto dall'intervento della Corte Costituzionale proprio per armonizzarlo con l'esigenza di garanzia). Non emerge invece con la stessa forza una esigenza di celerità in punto di svolgimento delle funzioni affidate agli organi della procedura, appena si osservi la mancanza rispetto a questi di termini perentori.

Questa logica monodimensionale della celerità sembra rispecchiata dal disegno di legge delega, che alle lettere *aaa)* consegna la previsione di norme procedurali che assicurino il diritto di difesa alle parti interessate e termini perentori brevi e compatibili con tale diritto. Quindi, la esigenza di celerità, espressa dalla previsione di termini perentori, è ancora una volta avvertita rispetto ai meccanismi di tutela dei soggetti interessati, ma non invece rispetto allo svolgimento delle funzioni affidate agli organi della procedura.

E' da auspicare invece una considerazione bidimensionale della celerità, attuata non solo rispetto ai meccanismi di tutela dei diritti soggettivi, ma anche

rispetto alle funzioni degli organi delle procedure con la previsione di termini perentori. Un cambiamento significativo in questo senso lo si è registrato nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi, laddove è previsto che il commissario straordinario, a pena della revoca della nomina, debba presentare, entro sessanta giorni dal decreto di apertura della procedura o in quello eventualmente prorogato per una sola volta dal Ministero, un programma secondo gli indirizzi alternativi della ristrutturazione economico finanziaria o della cessione dell'azienda.

In questa nuova dimensione la garanzia dei diritti soggettivi non è più solo un limite alla celerità della procedura, ma al contrario diviene un effetto della stessa celerità, in quanto la garanzia del soddisfacimento degli interessi coinvolti nel dissesto è tanto maggiore quanto più stringenti e perentori sono i termini per l'esercizio delle funzioni affidate agli organi della procedura. In sostanza una corretta e funzionale impostazione della struttura delle procedure passa anche dalla previsione di termini perentori per gli organi delle stesse.

d) Efficienza del concorso

La quarta esigenza è quella della efficienza del concorso, vale a dire dei meccanismi predisposti per il soddisfacimento dei creditori. Per chiarire questo punto è necessario precisare la differenza tra concorso formale e concorso sostanziale. Con il primo si intende fare riferimento all'accertamento del passivo come momento di verifica dei crediti nei confronti del fallito, finalizzato a far conseguire al creditore concorsuale un titolo per la partecipazione alla ripartizione dell'attivo. Il secondo, invece, si riferisce proprio a quest'ultima fase, nel corso della quale si attua il soddisfacimento coattivo dei creditori concorrenti, definiti tali proprio perché passati dal vaglio preliminare dell'ammissione al passivo.

Questi due momenti centrali delle procedure concorsuali costituiscono elementi di caratterizzazione qualitativa della tutela offerta dalle stesse. Riteniamo che sul piano sistematico questa constatazione non debba mai venir meno, in quanto, anche in un moderno sistema concorsuale in cui entrano nella sensibilità politica del legislatore gli interessi alla conservazione del complesso produttivo, le procedure concorsuali tuttavia mantengono la loro collocazione tra gli strumenti di tutela del credito di fronte alla crisi di impresa. La dimensione concorsuale delle procedure ne rappresenta l'essenza, risolvendosi in una tecnica processuale di tutela del credito. Essa, basandosi sul principio della *par condicio creditorum*, consente di dare ordine e soluzione alla conflittualità plurisoggettiva che è generata dallo stato di insolvenza.

Se dunque questo elemento non viene meno, per cui la tutela del credito comunque rientra tra gli scopi delle procedure concorsuali, allora si

comprende come la predisposizione di un concorso efficiente condizioni la buona qualità della disciplina.

Sotto questo profilo l'impostazione del disegno di legge sembra condivisibile, in quanto fa rientrare nel criterio della efficienza anche quello della economicità.

Questo emerge in particolare alle lettere *ae*) laddove è contenuta la previsione che si possa far luogo all'accertamento del passivo solo se vi è attivo da liquidare e che il Tribunale possa disporre l'immediata chiusura della procedura d'insolvenza quando l'attivo da liquidare sia insufficiente a consentire anche una modesta ripartizione.

In definitiva, l'impostazione della riforma non può prescindere dal cogliere le esigenze fondamentali che evidenziano l'inattualità della legge fallimentare e che costituiscono una importante spinta verso l'adozione di tecniche di definizione della crisi capaci di adattarsi alla dinamicità del fenomeno imprenditoriale. Proprio in questa ottica, che esige dal giurista riflessioni utili all'elaborazione di adeguati assetti normativi, verranno analizzati gli aspetti specifici della progettata riforma.

ANALISI DELLE QUESTIONI RELATIVE ALLA IMPOSTAZIONE DELLA RIFORMA

Le questioni che di seguito si analizzano e che sono state dibattute nel corso dei primi due seminari sono riconducibili a quattro ordini fondamentali: **a) risanamento della impresa e sua compatibilità con le istanze di tutela e di soddisfacimento dei creditori; b) unicità o duplicità delle procedure concorsuali; c) coordinamento della riforma con la disciplina codicistica dell'imprenditore individuale e delle società; d) attuazione del giusto processo nelle procedure concorsuali.**

Illustriamo nel dettaglio le questioni secondo l'ordine indicato.

Risanamento della impresa e sua compatibilità con le istanze di tutela e di soddisfacimento dei creditori

La questione, sin dalla esposizione delle prime opinioni, è apparsa di centrale importanza, essendo direttamente attinente al modo in cui concepire la gestione delle crisi di impresa. Sotto un profilo giuridico il quadro di riferimento sotteso alla discussione è stato quello delle norme di cui agli artt. 2740 e 2741 c.c. relativi: il primo alla individuazione nel patrimonio del debitore della garanzia generica dei creditori; il secondo all'acquisizione sul piano normativo del principio della *par condicio creditorum*.

Si è inoltre rilevato che sotto un profilo sistematico le procedure concorsuali appartengono alle tecniche di tutela e di soddisfacimento del credito, restando sullo sfondo lo scopo della estinzione ed eliminazione dal mercato dell'imprenditore insolvente.

Nel corso del primo seminario sono state in vario modo colte in queste considerazioni le premesse dei ragionamenti successivi i quali, calandosi nella concretezza della realtà operativa, hanno posto in luce alcune problematiche di rilevante portata.

Si è innanzitutto constatato che i margini di soddisfacimento dei creditori nelle procedure concorsuali sono non solo esigui, ma vengono conseguiti a notevole distanza di tempo rispetto alla scadenza del debito. Si è rilevato inoltre che il sistema alternativo al fallimento, incentrato sulle procedure dell'amministrazione controllata e del concordato preventivo, alla prova dei fatti è risultato funzionale esclusivamente a ritardare la dichiarazione di fallimento ed a determinare una ampia serie di questioni problematiche, ormai ampiamente conosciute, in punto di consecuzione delle procedure concorsuali.

A ciò si è aggiunto il rilievo quasi scontato della insufficiente organizzazione degli apparati giudiziari, la cui efficienza è la precondizione per il buon funzionamento di qualsiasi riforma.

Sull'altro piatto della bilancia delle valutazioni è stato poi collocato il tema del risanamento della impresa e della individuazione delle condizioni che è possibile realizzare affinché questo obiettivo sia conciliabile con la tutela dei creditori concorsuali.

Va premesso che questo tema è apparso subito il più complesso per le evidenti implicazioni di sistema e di politica legislativa che esso esprime.

Innanzitutto, sono emerse alcune precisazioni terminologiche che a ben considerare non sembrano avere una portata esclusivamente nominalistica. Si è affermato infatti che è necessario intendere correttamente il termine risanamento, il quale sembrerebbe essere stato assunto secondo accezioni differenti nella procedura di crisi ed in quella di insolvenza.

Nella prima esso verrebbe assunto nel suo significato tecnico di ripresa della capacità dell'imprenditore di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni. In questo senso il risanamento sarebbe identico allo scopo dell'amministrazione controllata così come esso emerge dall'art. 193 l.fall.

Nella seconda procedura, al contrario, il risanamento sembrerebbe assunto in termini meno tecnici o in un significato esclusivamente negativo, nel senso cioè di liquidazione non atomistica ma unitaria dei beni aziendali.

Si è dunque concluso che non appare corretto prevedere il risanamento nella procedura di insolvenza, in quanto la conservazione del complesso

produttivo, nella prospettiva di una auspicata liquidazione unitaria, non equivale al risanamento della impresa secondo il suo significato tecnico.

Nell'ambito delle osservazioni terminologiche che, come è facilmente percepibile, sottendono questioni di rilevanza sostanziale, si è pure osservato che è equivoco e pericoloso equiparare il risanamento alla cessione dei complessi produttivi ad un terzo. Il rilievo muove dalla triplice constatazione che giuridicamente il terzo non ha alcun obbligo di risanare l'impresa, che manca qualsiasi sanzione per l'eventualità di un suo inadempimento, anche in relazione al mantenimento della occupazione, e che in sostanza la cessione a terzi altro non è che una liquidazione unitaria dell'azienda che non ha senso definire come risanamento.

Dalla riflessione basata sul dato letterale del disegno di legge delega, si è passati ad una riflessione di portata più sostanziale sul rapporto tra risanamento e tutela dei creditori.

Nessuno dei partecipanti ha rilevato che sia negativo perseguire l'obiettivo del risanamento. Si è invece avvertita la esigenza di modulare con attenzione l'obiettivo del risanamento in rapporto alla reale situazione economico-finanziaria della impresa.

Si è affermato, innanzitutto, che non si può indugiare eccessivamente sul risanamento, dovendosi trovare un giusto equilibrio con la tutela della massa dei creditori alla stregua di una ponderata valutazione della situazione della impresa.

Più in particolare è stato rilevato che il risanamento è incompatibile con lo stato di insolvenza della impresa. Al di là del modo in cui concepire questo presupposto, in termini patrimoniali o finanziari e delle diverse modulazione che esso può assumere in termini di definitività o transitorietà, di fronte ad esso sussiste il dato oggettivo inconfutabile della lesione dei diritti di credito. In questa situazione, indugiare sul risanamento senza che sussistano serie prospettive e proposte per attuarlo è dannoso per il mercato, essendo i creditori a loro volta operatori economici che operano sul mercato.

Al contrario, è apparso compatibile con lo stato di insolvenza l'obiettivo della liquidazione unitaria (anche se con osservazioni critiche sul problema dell'eventuale calcolo della redditività negativa della impresa nella determinazione del prezzo di cessione come avviene nell'amministrazione straordinaria) mediante la tecnica della conservazione, ove possibile, dei complessi produttivi nella loro unità funzionale.

Il principio che sembrerebbe emergere dagli interventi è dunque quello di perseguire il risanamento ove l'impresa non si trovi in stato di insolvenza, ma sussiste la probabilità che questo accada e dunque il pericolo di insolvenza. Viceversa, di fronte allo stato di insolvenza ed alla lesione dei diritti dei

creditori concorsuali il principio dovrebbe essere quello della liquidazione in tempi rapidi, salvo l'eventualità, improbabile ma non da escludere, che intervenga nel corso della procedura una fattibile proposta di recupero della redditività della impresa con interventi finanziari di un terzo.

In questo contesto di riflessioni è dunque apparso che la dinamica del risanamento può essere proficuamente attivata solo in una effettiva prospettiva di prevenzione dell'insolvenza. Nel nostro ordinamento, mancando un sistema di allerta come in quello francese, la prevenzione va perseguita sul piano della corretta impostazione del presupposto oggettivo della procedura di crisi.

In questo senso si è rilevato che la valorizzazione del pericolo di insolvenza e la sua distinzione rispetto alla temporanea difficoltà ad adempiere consentono di anticipare in modo significativo la soglia dell'intervento concorsuale. Mentre il pericolo di insolvenza designa quella situazione nella quale l'imprenditore, pur essendo in grado di adempiere le obbligazioni scadute, tuttavia rischia di non poter pagare quelle in scadenza; al contrario, la temporanea difficoltà ad adempiere si identifica con quelle situazioni nelle quali l'imprenditore è già incapace, in modo transitorio, di adempiere le obbligazioni scadute, e quindi sostanzialmente è già in uno stato di insolvenza anche se temporanea. Si è precisato, però, che se da un punto di vista teorico la distinzione appare chiara, tuttavia, sotto un profilo pratico, è di difficile accertamento il punto discriminante tra le enunciate situazioni, nonché la individuazione del momento della loro manifestazione.

Infine, non si è mancato di osservare che le procedure previste nel disegno di legge delega sono state pensate per la piccola e media impresa in senso economico e con il mantenimento dell'amministrazione straordinaria per le grandi imprese. Questa osservazione, oltre ad evidenziare un problema di coesistenza tra procedure con lo stesso obiettivo di risanamento ma con presupposti e tecniche differenti, pone in risalto la necessità di un approccio realistico al risanamento della impresa, essendo evidente che la risonanza della crisi delle medie e piccole imprese anche sul piano occupazionale non è talmente incidente sul sistema economico generale da giustificare una pervicace ricerca di illusorie soluzioni di risanamento.

In conclusione, dal confronto di opinioni sul rapporto tra risanamento e tutela dei creditori, è risultato che il criterio che consente di conciliare le due esigenze è quello di perseguire il risanamento in una ottica di prevenzione della insolvenza e di attenuarne ragionevolmente il perseguimento quando si sia realizzata la lesione delle ragioni creditorie, a seguito della esteriorizzazione dello stato di insolvenza.

Unicità o duplicità delle procedure concorsuali

La seconda questione trattata, immediatamente successiva alla precedente, è stata quella di verificare se sia opportuno articolare il sistema in due procedure o semplificarlo al massimo con la previsione di una sola procedura concorsuale.

Prima di affrontare nel dettaglio le opinioni espresse, è opportuno evidenziare che al riguardo le questioni di fondo sono sostanzialmente tre: l'adattamento dell'intervento concorsuale alle diverse peculiarità delle crisi di impresa; le conseguenze derivanti dalla consecuzione delle procedure concorsuali; il ruolo da attribuire all'autonomia privata ed all'intervento del giudice.

La scelta tra l'una e l'altra opzione, come si noterà, è dipesa dal rilievo dato ad uno piuttosto che ad un altro dei problemi menzionati.

La premessa condivisa da tutti gli interventi è stata che, comunque, la o le procedure devono essere improntate alla celerità ed alla efficienza, con la valorizzazione sotto il profilo processuale dei procedimenti camerali con garanzia del contraddittorio ed eventualmente con la previsione sotto il profilo gestionale di società specializzate con compiti anche di liquidazione del patrimonio.

Andando nello specifico, alcune opinioni sono state espresse nel senso di prediligere una sola procedura concorsuale sul modello tedesco. Secondo alcuni, però, questa dovrebbe avere una funzione meramente liquidatoria e dunque presupporre lo stato di insolvenza, secondo altri, invece, la procedura dovrebbe essere in grado di perseguire diverse finalità e quindi anche di risanamento, per cui, in questa prospettiva, dovrebbe aprirsi anche nelle ipotesi di rischio di insolvenza.

La differenza di fondo tra queste opinioni, pur se convergenti sul punto della unicità della procedura, risiede nella rilevanza che si intende attribuire all'autonomia privata nella fase di risanamento della impresa.

In particolare, si è sostenuto che la procedura giudiziaria dovrebbe essere finalizzata esclusivamente alla liquidazione, salvo l'eventualità di un intervento finanziario di un terzo che possa risanare l'impresa, mentre il risanamento a fronte di una situazione di crisi, ma non di insolvenza, dovrebbe essere attuato interamente a livello stragiudiziale e quindi lasciato all'autonomia privata delle parti interessate. Si è suggerito che si potrebbe pensare ad una Agenzia o ad una Autorità che sovrintenda allo svolgimento delle trattative, alla definizione dell'accordo ed alla esecuzione del piano, con esclusione di responsabilità penali e di revocatoria, in caso di successiva apertura della procedura di insolvenza, per gli atti posti in essere in esecuzione del piano di risanamento.

L'intervento giudiziario, in questa opinione, verrebbe quindi confinato solo alla ipotesi di insolvenza, mentre la gestione della c.d. preinsolvenza andrebbe lasciata all'autonomia privata.

Di diverso avviso sono invece coloro i quali ritengono che il ruolo del giudice non possa essere ridimensionato e debba permanere attivo anche nella gestione della preinsolvenza, conciliandolo con la pur legittima esplicazione dell'autonomia privata.

La unicità della procedura non ha trovato, come già anticipato, un riscontro unanime nel corso del dibattito, essendo stata esposta l'opposta opinione della opportunità di due procedure concorsuali: una di risanamento, l'altra di liquidazione.

La diversa natura della crisi e le diverse implicazioni che essa comporta a seconda che sussista un pericolo di insolvenza o l'insolvenza in atto, consigliano, in questa impostazione, la predisposizione di due procedure concorsuali.

Questa opinione ha dedicato particolare attenzione alla procedura di risanamento sul rilievo che lo snodo cruciale del sistema concorsuale sia rappresentato da una procedura che, con l'intervento del giudice, sappia cogliere le effettive possibilità di risanamento della impresa. In particolare, si è affermato che il tentativo di risanamento, rispetto al quale comunque l'esplicazione dell'autonomia contrattuale delle parti rimane uno strumento da valorizzare, deve essere inserito in un contesto procedurale di garanzia che rispetti il concorso dei creditori con l'inibizione delle azioni esecutive individuali.

La procedura di risanamento deve quindi essere aperta da una dichiarazione del giudice, che verificata la fattibilità o la ragionevole realizzabilità di un piano di risanamento presentato dal debitore, dichiari aperta la relativa procedura. Solo alla pronuncia giudiziaria di apertura della procedura è riconducibile l'effetto del divieto di iniziare o proseguire azioni esecutive individuali.

Lo svolgimento della procedura dovrebbe poi agevolare l'approvazione del piano da parte dei creditori e concludersi con un giudizio di omologazione da parte del Tribunale. Sotto quest'ultimo profilo si è avvertita la presenza del problema del contenuto del giudizio di omologazione e cioè se esso debba essere previsto di sola legittimità o anche di merito. Si è detto che se il piano è approvato da tutte le classi di creditori il giudice non può verificarne il merito ma solo la legittimità.

Problematica è invece l'ipotesi frequente dell'approvazione a maggioranza del piano di risanamento. Al riguardo si è affermato che il giudice possa entrare nel merito della proposta e valutare in una ottica comparativa i

vantaggi conseguibili dalle classi dei creditori dissenzienti in una eventuale procedura liquidatoria, al fine di verificarne la consistenza rispetto a quelli conseguibili con il piano di risanamento.

In sostanza, nella opinione esposta il risanamento della impresa non potrebbe essere affidato interamente alle parti interessate, ma conseguito mediante una procedura apposita aperta da una dichiarazione giudiziale. La ragione di questa impostazione risiede essenzialmente nella necessità di evitare, da un lato, che il divieto di iniziare o proseguire le azioni esecutive individuali sia l'effetto della mera comunicazione da parte dell'imprenditore del piano di risanamento ai creditori senza che ne venga vagliata preventivamente la ragionevole realizzabilità e, dall'altro, far conseguire all'omologazione giudiziale il duplice effetto di rendere vincolante il piano per tutti i creditori anche nelle ipotesi di approvazione a maggioranza e di esentare da revocatoria e da responsabilità penale tutti gli atti posti in essere in esecuzione del piano omologato in caso di successiva procedura di insolvenza.

Al contrario, la procedura di insolvenza dovrebbe essere volta principalmente alla liquidazione del patrimonio dell'imprenditore con modalità procedurali snelle e rapide nell'interesse dei creditori, salvo l'eventualità dell'intervento finanziario di un terzo.

In conclusione si può affermare che la varietà di opinioni riscontrate sul tema in oggetto è sintetizzabile non tanto nella contrapposizione tra visione privatistica e pubblicistica del diritto fallimentare, quanto tra visione giudiziale e stragiudiziale dell'intervento concorsuale soprattutto nella fase di preinsolvenza. Il punto in discussione, infatti, non è stato se riconoscere o meno un ruolo attivo all'autonomia privata, essendo questo un dato pacifico in entrambi gli orientamenti, ma di prevedere o meno un momento di controllo giudiziale di garanzia sulla gestione negoziale del risanamento.

Coordinamento della riforma con la disciplina codicistica dell'imprenditore individuale e delle società

Nella valutazione degli aspetti generali della riforma è anche emerso il rilievo che essa, anche se involge una legge speciale, appare in realtà, per le implicazioni che comporta, come riforma di sistema.

Come tale essa implica la necessità di coordinare alcune disposizioni del codice civile con il nuovo assetto che si intende dare alla disciplina della crisi di impresa. Così ad esempio non sarebbe più giustificata, se si dovesse realizzare la riforma, la previsione di cui agli artt. 2221 e 2308 c.c. che prevedono il fallimento come procedura applicabile al solo imprenditore commerciale o alla solo società che abbia un oggetto commerciale, essendo prevista l'assoggettabilità alle procedure dell'imprenditore agricolo.

Si è rilevato inoltre che, al fine di agevolare la realizzazione delle scelte aziendali più efficaci per il risanamento della impresa, anche e soprattutto nella operatività di gruppo, andrebbe eliminato il divieto per le operazioni di fusione e scissione di società sottoposte a procedure concorsuali di cui agli artt. 2501 e 2504 septies c.c.

Attuazione del giusto processo nelle procedure concorsuali

L'ultima considerazione che è emersa nella trattazione dei principi della riforma, ha una connotazione di tipo processuale ed attiene alla necessità, ormai ineludibile alla luce del riformato art. 111 della Costituzione, di dare attuazione al principio della terzietà del giudice nelle procedure concorsuali.

Si è affermato che l'esigenza della concentrazione processuale e della valorizzazione del bagaglio di conoscenze del giudice delegato alla procedura, che contraddistingue la posizione dello stesso nell'ambito del fallimento, deve essere confrontata con il principio del giusto processo. Pertanto, la partecipazione del giudice delegato ai giudizi di opposizione allo stato passivo o al collegio che decide sul reclamo *ex art. 26 l. fall.*, nonché l'adozione di provvedimenti cautelari in sede di autorizzazione all'azione di responsabilità nei confronti degli organi sociali o in alcuni Tribunali l'assunzione del ruolo di giudice istruttore delle azioni revocatorie da parte del giudice delegato che le ha autorizzate, sono da considerarsi illegittimi in virtù del principio del giusto processo acquisito a livello costituzionale.

La riforma, per essere coerente al dettato costituzionale, dovrà quindi assicurare la terzietà del giudice in questi momenti fondamentali della procedura, distinguendo il giudice delegato da quello cui affidare il contenzioso endoconcorsuale.

Analizzate le questioni relative alla impostazione della riforma, passiamo a considerare nel dettaglio le due procedure.

LA PROCEDURA DI CRISI

La valutazione della procedura di crisi richiama la problematica del risanamento della impresa e della tempestività dell'intervento per la realizzazione di questo obiettivo. Sono state poste in evidenza le opinioni emerse nel corso dei seminari di studio, inclini ad affermare la necessità di anticipare l'apertura della procedura di crisi ad una fase nella quale lo stato di insolvenza ancora non sussiste.

La logica del risanamento in sostanza coincide con la logica della prevenzione: i due concetti sono strettamente interdipendenti, poiché quanto

più si anticipa la soglia dell'intervento, tanto maggiori sono le possibilità di risanare l'impresa.

Questa considerazione riveste nel nostro sistema una particolare rilevanza in quanto, mancando in esso i meccanismi di allerta che invece circondano l'attività di impresa nel diritto francese e che vedono collocato in una posizione incisiva il Tribunale di commercio, quale organo giudiziale che svolge anche una funzione di ausilio nella definizione di accordi stragiudiziali tra debitore e creditori (c.d. *reglement amiable*), la dinamica della prevenzione va incentrata soprattutto sul piano del presupposto oggettivo della progettata procedura di crisi. Sarebbe di grande interesse studiare la realizzabilità nel nostro sistema commerciale di un meccanismo di allerta simile a quello francese che consenta, peraltro, di superare le asimmetrie informative intorno alla situazione economico finanziaria di una impresa, facendo circolare in termini omogenei per tutti i creditori le relative informazioni ed agevolando in una reale fase preventiva la definizione concordata della crisi tra i soggetti interessati. Tuttavia, ci si rende conto che l'attuazione di un tale meccanismo pone non solo problemi organizzativi, basti pensare alla mancanza nel nostro ordinamento di una figura analoga al Tribunale di Commercio, ma anche di ordine concettuale, investendo proprio il concetto di attività di impresa racchiuso in una dimensione dominicale, come attività propria ed esclusiva dell'imprenditore che non tollera interferenze se non nel momento patologico della insolvenza irreversibile.

Si comprende pertanto che, in mancanza di un sistema di allerta, la procedura di crisi possa svolgere una funzione centrale nella prospettiva del risanamento solo attraverso una corretta impostazione del presupposto oggettivo di apertura e dei rimedi che nell'ambito della procedura possono essere programmati ed attuati sulla impresa in crisi. Rispetto all'attuale disciplina dell'amministrazione controllata, la prevista procedura di crisi presenta un ulteriore profilo positivo che può essere colto sul piano degli effetti della procedura. Nel disegno di legge delega non è prevista soltanto una moratoria dei pagamenti per dare tempo all'imprenditore di recuperare la capacità di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni. In modo più opportuno, invece, viene dato spazio all'autonomia privata attraverso la predisposizione di un programma di risanamento della impresa e di estinzione delle obbligazioni, anche mediante pagamento differito, rateale o in percentuale dei creditori.

Sotto questo profilo la procedura sembra inglobare in sé l'amministrazione controllata ed il concordato preventivo, riunendo in un unico procedimento concorsuale quelle procedure tradizionalmente viste come un beneficio per l'imprenditore onesto ma sfortunato. La procedura di crisi quindi perde il suo connotato soggettivo della meritevolezza, assumendo, in

termini più moderni, quello oggettivo di rimedio alla crisi della impresa in una ottica preventiva di risanamento.

Senza anticipare quanto si dirà in prosieguo in punto di valutazione degli effetti della procedura, va però rilevato che esiste un vuoto di disciplina in merito alle operazioni societarie che è possibile compiere nel corso della procedura di crisi.

Si tratta di un problema particolarmente rilevante che deve richiamare l'attenzione del legislatore, non potendo concepirsi un intervento di risanamento su una società in crisi senza passare da una serie di operazioni sul capitale sociale, sulla organizzazione, sulla struttura di gruppo, nonché da modifiche dello statuto. Senza parlare di tutte le problematiche attualmente discusse in merito alla esperibilità dell'azione di responsabilità *ex artt.* 2393 e 2394 c.c. nel corso delle procedure dell'amministrazione controllata e del concordato preventivo.

In merito a questo aspetto centrale sarebbe dunque opportuna una integrazione della riforma attraverso un duplice chiarimento: da un lato, consentire tutte quelle operazioni sociali, comprese fusioni e scissioni, strumentali al risanamento, prevedendo che queste possano essere sollecitate anche dal commissario giudiziale e sottoposte al vaglio dell'assemblea; dall'altro consentire al commissario giudiziale di esperire azione di responsabilità nei confronti degli organi sociali sul modello dell'attuale art. 146 l. fall.

Questa integrazione contribuirebbe alla completezza e chiarezza della riforma e sarebbe in sintonia con la finalità di risanamento della impresa sempre meno individuale e sempre più collettiva. Detto questo, analizziamo nello specifico gli aspetti più significativi della procedura di crisi, secondo il seguente ordine: a) *presupposto soggettivo ed oggettivo*; b) *effetti della procedura*; c) *organi della procedura*; d) *posizione dei creditori nella procedura*.

a) Presupposto soggettivo ed oggettivo

Partendo dalla valutazione del presupposto soggettivo va rilevato che nel corso dell'ultimo seminario è stata sottolineata la positività dell'applicazione delle procedure a tutti gli imprenditori, commerciali ed agricoli, in quanto essa non solo si pone in linea con l'orientamento comunitario sul concetto di impresa, ma anche con la realtà operativa della impresa agricola e con la recente disciplina dell'attività agricola contenuta nel d.lgs. 18 maggio 2001, n. 228. Più in particolare, si è manifestata l'idea che la riforma debba essere globale, nel senso di coinvolgere tutti i fenomeni imprenditoriali e si è suggerito di parlare non tanto di imprenditore commerciale ed agricolo, quanto piuttosto di imprenditore commerciale e non, al fine di escludere ogni dubbio circa la configurabilità di una terza categoria di imprenditori non assoggettati a

procedure concorsuali. Si è rilevato inoltre che la previsione di parametri quantitativi per individuare il piccolo imprenditore escluso dalle procedure potrebbe avere l'effetto di favorire il sommerso, nel senso sia di un occultamento del reddito sia di assunzioni non regolari.

Determinate entità economiche potrebbero, infatti, essere indotte ad un tale comportamento proprio al fine di abbassare i parametri ed eludere le procedure concorsuali. A fronte di questo pericolo si è quindi sostenuta l'opportunità di includere anche il piccolo imprenditore nell'applicazione delle procedure, con la prospettazione di due soluzioni alternative: o si prevede un criterio di selezione *ex post* con onere della prova della natura di piccolo imprenditore, al fine della esenzione dalle procedure, in capo al soggetto interessato; oppure si strutturano nell'ambito delle procedure meccanismi più rapidi e snelli per il piccolo imprenditore. Questa inclusione, inoltre, consentirebbe di superare annose questioni che tuttora agitano giurisprudenza e dottrina in merito alla fallibilità delle società artigiane o più in generale delle piccole società commerciali, offrendo così un contributo notevole alla chiarezza ed alla certezza del diritto.

Al fondo delle opinioni raccolte ed appena esposte sul punto del presupposto soggettivo della procedura sembra ravvisabile una duplice convinzione. Da una lato quella di ritenere che la riforma debba rispondere ad un criterio di completezza e globalità, senza indugiare nel mantenere nicchie protette escluse dall'applicazione delle procedure concorsuali. Dall'altro, quella di ravvisare nelle procedure concorsuali un'appropriata tecnica di tutela del credito che, proprio attraverso il meccanismo del concorso, che abbiamo descritto nelle considerazioni precedenti, consente di regolare il conflitto tra i creditori e di ovviare al frazionamento del patrimonio dell'imprenditore, ed ai relativi costi, conseguenti alle esecuzioni individuali.

In merito al presupposto oggettivo si è sottolineata l'opportunità di anticipare l'intervento concorsuale attraverso la previsione del pericolo di insolvenza, che si differenzia dalla temporanea difficoltà ad adempiere: mentre quest'ultima evidenzia una incapacità, seppure transitoria, di adempiere le obbligazioni presenti e scadute, la prima, invece, postula una situazione nella quale l'imprenditore, pur potendo adempiere le obbligazioni presenti e scadute, tuttavia è probabile che non possa adempiere le obbligazioni di prossima scadenza. Il pericolo di insolvenza, quindi, sottende una valutazione prospettica in negativo della impresa, il cui andamento nel presente consente di prevedere la crisi futura. Questa verifica dovrebbe consentire l'apertura della procedura in tempo utile per evitare l'insolvenza e per predisporre all'interno della procedura delle misure idonee a tale scopo. In sostanza, le riflessioni sui presupposti della procedura di crisi hanno posto il luce, da un lato, una esigenza di globalità del rimedio concorsuale, che dovrebbe investire qualsiasi fenomeno imprenditoriale, e dall'altro, una esigenza di prevenzione della

insolvenza attraverso l'anticipazione della soglia dell'intervento ad un momento anteriore rispetto alla temporanea difficoltà ad adempiere.

b) Effetti della procedura di crisi

Le opinioni espresse sul punto degli effetti della procedura di crisi si sono indirizzate verso due questioni: la prima relativa agli effetti prodotti dal programma di risanamento approvato ed omologato; la seconda alla previsione della inapplicabilità degli artt. 2447, 2448 c.c. a seguito del decreto di apertura della procedura di crisi. Analizziamo separatamente le due questioni.

E' stato rilevato che il disegno di legge delega non prevede quali siano gli effetti del programma di risanamento, il quale è pensato non solo per contemplare e disciplinare gli interventi per recuperare la redditività della impresa, ma anche per prevedere pagamenti dilazionati, rateali o in percentuale di tutti i crediti della impresa. In riferimento a quest'ultimo aspetto, tuttavia, il disegno non precisa i soggetti nei confronti dei quali si produce l'effetto dilatorio o esdebitativo del programma, se cioè esso vada limitato ai soli creditori che hanno votato favorevolmente o vada esteso indistintamente a tutti i crediti anteriori alla procedura di crisi. La questione è particolarmente importante, in quanto la mancanza di criteri direttivi al riguardo dovrebbe comportare l'applicazione esclusiva dei principi contrattuali, ed in particolare dell'art. 1372 c.c., in forza del quale il contratto è vincolante solo tra le parti contraenti. Il rischio è allora che il profilo concordatario del programma svolga la sua efficacia limitatamente ai creditori che hanno votato favorevolmente, restando al contrario esclusi sia i creditori dissenzienti che quelli che non hanno espresso affatto il loro voto.

Resterebbe in tal modo del tutto pregiudicato l'effetto esdebitativo della procedura di crisi che, per le considerazioni sopra svolte, è essenziale per attingere l'obiettivo del risanamento della impresa in crisi. Infatti, è proprio questo aspetto specifico che consentirebbe di distinguere, in termini innovativi, la progettata procedura di crisi da quella dell'amministrazione controllata, nella quale, come è noto, non vi è spazio per definizioni concordate dell'esposizione debitoria, da più parti denunciata come una delle cause di inefficienza di questa procedura.

La mancata previsione della estensione soggettiva degli effetti dilatori ed esdebitativi del programma è ingiustificata anche in considerazione del fatto che il disegno di legge prevede l'omologazione del programma da parte del Tribunale. Questo momento di controllo sulla legittimità del programma, e quindi dell'accordo tra il debitore e la maggioranza dei creditori, costituisce un presidio di garanzia anche per i creditori che non hanno partecipato al voto o che sono stati dissenzienti. Come è noto nell'attuale concordato preventivo, ma anche nel concordato fallimentare, l'omologazione da parte del Tribunale

rappresenta la condizione a cui la legge ricollega l'effetto esdebitativo dell'accordo anche nei confronti dei soggetti che ad esso non hanno partecipato.

Il principio accolto dall'attuale legge fallimentare è che la maggioranza dei creditori può disporre anche degli interessi della minoranza se tale disposizione risulta legittima e conveniente alla luce del giudizio di omologazione e quindi conforme a legge sia sul piano della formazione dell'accordo sia su quello dei termini e delle modalità di esecuzione dello stesso. Se è discutibile la scelta del disegno di legge di configurare il giudizio di omologazione solo in termini di legittimità e non di merito, denota invece una carenza da colmare la mancata previsione dell'ambito soggettivo degli effetti del programma omologato.

La seconda questione che è emersa nel corso dei seminari è quella della inapplicabilità degli artt. 2447, 2448 c.c.. Al riguardo si è rilevato che questa scelta del disegno di legge non è condivisibile in quanto essa incrina un principio di ordine pubblico economico che è quello della tutela della integrità del capitale sociale, soprattutto nel momento di crisi della impresa, in cui la funzione di garanzia che esso svolge, quale elemento contabile conoscibile dai terzi, i quali presumono che il patrimonio della impresa può al massimo essere inferiore a meno di un terzo rispetto al capitale sociale, rappresenta un presidio ineliminabile per la trasparenza delle vicende societarie.

Non si disconosce che l'applicabilità di queste norme è discussa sia in giurisprudenza che in dottrina con riguardo alle procedure dell'amministrazione controllata, del concordato preventivo e dell'amministrazione straordinaria, in quanto, pur affermandosi il valore inderogabile delle stesse, tuttavia si afferma, anche se in termini controversi, che la sospensione della inesigibilità dei crediti se non elimina le perdite, ne neutralizza gli effetti. Queste considerazioni, se da un lato sono state dettate da una esigenza di coordinamento del momento concorsuale con quello societario, dall'altro non possono però giustificare, su un piano di politica legislativa, la soluzione pensata nel disegno di legge delega.

L'equivoco che genera una tale previsione è quello di pensare che il risanamento sia realizzabile in modo disgiunto dalla responsabilità. Al contrario, un moderno concetto di risanamento, che postuli l'adozione di serie ed efficaci misure di recupero della impresa al mercato, non può che basarsi anche sulla responsabilità patrimoniale della società e sulla effettività di quei meccanismi che la assicurano di fronte ai creditori.

Se infatti si pone attenzione al valore pratico della inapplicabilità delle citate norme ci si rende conto della necessità di non eliminare il momento della responsabilità.

Delle due l'una: o il risanamento è perseguito seriamente per cui esso non può che passare anche attraverso la ricostituzione del capitale sociale; oppure non si dà rilievo alla ricostituzione del capitale sociale, ed allora in questo caso è la finalità di risanamento della procedura che è evidentemente contraddetta.

Il segnale che traspare dall'inapplicabilità degli artt. 2447 e 2448 c.c. sembra essere quello di consentire il risanamento ad ogni costo, anche a quello di deresponsabilizzare la società ed il capitale di rischio, senza alcuna consapevolezza del dato realistico ed oggettivo di mercato per il quale una società in situazione di perdita totale del capitale sociale presenta margini di risanamento assai ristretti, se non inesistenti.

Pertanto, si può concludere che in ordine agli effetti della procedura di crisi, secondo quanto è emerso dal confronto di idee nel corso dei seminari, sembra opportuno che il disegno di legge venga rivisto in punto sia di mancata previsione degli effetti esdebitativi del programma di risanamento, che di inapplicabilità della disciplina sulla riduzione del capitale sociale: nel primo caso per integrare i criteri di delega; nel secondo caso per eliminare la deroga alle norme citate in una ottica di realizzazione del risanamento anche attraverso la responsabilità del capitale di rischio.

c) Gli organi della procedura

Nella valutazione degli organi della procedura è parso che vi sia nel disegno di legge una carenza di criteri direttivi in ordine ai poteri del commissario giudiziale. In particolare, il punto v) prevede che in caso di omologazione del programma questo debba essere eseguito entro il termine di due anni, salvo proroga non superiore a sei mesi, e che alla data di scadenza il Tribunale ne verifichi l'avvenuta realizzazione. Inoltre, sempre al citato punto, è previsto che ove la procedura risulti non utilmente proseguibile o il debitore non abbia adempiuto agli obblighi assunti nel programma o abbia esposto false informazioni o omesso di fornire informazioni rilevanti al fine di essere ammesso alla procedura, il Tribunale possa disporre, rispettivamente, la cessazione o la revoca della procedura.

Nulla invece è previsto in merito al controllo del regolare adempimento degli obblighi assunti nel programma nel corso della sua esecuzione.

Non sarebbe certo praticabile un sistema che affidi un tale potere di controllo al Tribunale, il quale si presenta quale organo che garantisce la legalità della procedura, ma senza poteri di esecuzione e controllo diretti. Questo potere di controllo va quindi attribuito all'organo esecutivo della procedura che è il commissario giudiziale, il quale è in grado di verificare l'esecuzione del programma nel corso del suo svolgimento e di sollecitare l'intervento del

Tribunale nel senso della cessazione o della revoca della procedura. In sostanza, al commissario spetta per sua naturale vocazione il ruolo di organo che rappresenta al giudice delegato ed al Tribunale la situazione della procedura, sollecitandone i rispettivi provvedimenti.

Andrebbe quindi recuperata al commissario giudiziale una posizione più coerente alla sua funzione di organo esecutivo in punto di controllo sulla esecuzione del programma.

d) I creditori nella procedura di crisi

Il disegno di legge si limita a prevedere la costituzione del comitato dei creditori per la tutela degli interessi comuni, senza specificare attraverso quali meccanismi possa essere esplicata questa tutela nell'ambito della procedura. Nessuna previsione invece è contemplata in riferimento ai singoli creditori.

Anche sotto questo profilo il disegno di legge è carente.

Preliminarmente va rilevato che il programma di risanamento, considerato nel suo contenuto, presenta connotati di forte somiglianza al concordato preventivo remissorio e dilatorio ed all'amministrazione controllata. Sembra, infatti, che il disegno di legge abbia voluto comporre una sintesi di queste due procedure secondo un principio di semplificazione e razionalizzazione del sistema.

A questo momento di sintesi, tuttavia, non è corrisposta una adeguata considerazione della posizione dei creditori, ai quali non è attribuita alcuna facoltà nell'ambito della procedura. Come è noto, nel concordato preventivo i creditori possono chiedere, ai sensi dell'art.186, che richiama gli artt. 137 e 138 l. fall., la risoluzione e l'annullamento del concordato; e nell'amministrazione controllata è attribuita al comitato dei creditori il potere di denunciare i fatti che consigliano la revoca della procedura quando ne vengano a conoscenza, ai sensi dell'art. 192 l. fall.

La combinazione nella procedura di crisi di elementi del concordato preventivo e dell'amministrazione controllata consiglia dunque di attribuire ai creditori, o come singoli o come comitato, la facoltà di richiesta di risoluzione o annullamento del programma o di revoca della procedura: i primi quali rimedi specifici all'inadempimento o al dolo; il secondo quale rimedio agli abusi dell'imprenditore nella gestione dell'impresa e nell'amministrazione del patrimonio.

Un'altra carenza che è rinvenibile nel disegno di legge riguarda la mancanza della opposizione in sede di omologazione del programma di risanamento. Anche sotto questo profilo la combinazione degli elementi dell'amministrazione controllata e del concordato preventivo non si è tradotta, sul piano della tutela della posizione dei creditori, in una procedura adeguata.

Anche se nell'amministrazione controllata non sussiste una vera e propria forma di opposizione, come nel concordato preventivo, ma la possibilità da parte di ogni interessato, *ex art. 190, 2° comma, l. fall.*, di impugnare il decreto del giudice delegato che nomina il comitato dei creditori a seguito dell'approvazione della proposta del debitore, tuttavia è contemplato un sistema di reazione nelle procedure minori che assicura la tutela dei controinteressati.

La riflessione su questi aspetti deve quindi indurre ad una rivisitazione dell'impianto procedimentale secondo una più adeguata considerazione dei soggetti controinteressati alla esecuzione del programma di risanamento.

LA PROCEDURA DI INSOLVENZA

L'analisi della procedura di insolvenza inevitabilmente risente delle considerazioni svolte in ordine alla questione delle condizioni del risanamento e della fattibile realizzazione di questo obiettivo nell'ambito di una procedura che ha come presupposto lo stato di insolvenza. E' stato già evidenziato che la dinamica del risanamento può essere proficuamente realizzata solo sul piano della prevenzione della crisi e che di fronte allo stato di insolvenza il principio dovrebbe essere quello della rapida liquidazione del patrimonio, salvo l'eventuale intervento di terzi nella ricapitalizzazione dell'impresa. La procedura di insolvenza contemplata nel disegno di legge delega sembra, al contrario, rispecchiare un diverso principio che è quello del tentativo di risanamento anche di fronte allo stato di insolvenza.

Il punto di cui alle lettere aa), nel fissare i criteri guida nella impostazione delle finalità della procedura, prevede *“un'autonoma procedura di insolvenza destinata alla conservazione totale o parziale della impresa, ove possibile, e al soddisfacimento dei creditori, sia mediante il risanamento dell'impresa, sia mediante la liquidazione del patrimonio del debitore”*. E' stato innanzitutto osservato che il punto citato, nella sua criptica formulazione, genera un equivoco in quanto sembra contenere in sé la previsione di una terza procedura che si distinguerebbe dalla procedura di crisi e da quella derivante dalla conversione della procedura di crisi in procedura di insolvenza. Ma tralasciando la valutazione della tecnica redazionale del disegno, ed andando alla sostanza delle questioni, non c'è dubbio che tra le finalità della procedura rientra quella del risanamento della impresa. Questa finalità si riverbera poi sulla struttura della procedura, la quale, secondo i criteri fissati al punto dd) dovrebbe articolarsi in due fasi: *“la prima di osservazione della durata massima di novanta giorni, volta all'accertamento della reale consistenza della impresa e del patrimonio del debitore ed alla scelta della concreta soluzione da adottare; la seconda di attuazione di un programma di risanamento totale o parziale della impresa, ovvero, in via alternativa di liquidazione ed in ogni caso di soddisfacimento dei creditori”*.

Come si è già avuto modo di affermare è emersa, nel corso dei seminari, l'idea che la risposta al fenomeno della insolvenza debba essere innanzitutto di carattere liquidativo del patrimonio aziendale, sul modello della *Insolvenzordnung* tedesca, salvo a consentire l'intervento di risanamento di terzi, o la liquidazione unitaria del complesso aziendale. La finalità della legge tedesca del 5 ottobre 1994, entrata in vigore l'1 gennaio 1999, emerge dal § 1 a tenore del quale la procedura di insolvenza è diretta a soddisfare concorsualmente i creditori attraverso la liquidazione del patrimonio del debitore, ovvero attraverso una differente disciplina predisposta in un piano di regolazione dell'insolvenza, in particolare per la conservazione della impresa.

Come si può notare non si fa alcun riferimento al risanamento, ma al contrario si indica come percorso principale quello della liquidazione del patrimonio e si prevede la possibilità di una diversa regolazione della insolvenza attraverso un piano per la conservazione della impresa, che è concetto diverso da quello di risanamento. L'approccio della legge tedesca alla insolvenza è dunque molto realistico, agganciando le possibilità di conservazione della impresa alla sussistenza di un piano di insolvenza e non a valutazioni astratte sulla consistenza del patrimonio aziendale o delle residue capacità produttive dell'impresa.

Venendo al disegno di legge delega ed alla diversa impostazione da esso prevista, e tenendo conto della sensibilità che da esso traspare per il risanamento della impresa, va detto che una adeguata disciplina potrebbe essere quella che sappia conciliare, in termini efficienti e non di mero compromesso, l'opzione del risanamento e quella della liquidazione. Questo momento conciliativo potrebbe passare attraverso una rivisitazione parziale della struttura della procedura di insolvenza al fine di assicurare che la valutazione dell'opzione del risanamento non sia svolta in modo astratto sul patrimonio e sulla impresa, ma in modo concreto su una proposta di risanamento.

In sostanza, si dovrebbe prevedere un meccanismo per cui l'opzione del risanamento venga in rilievo all'interno della procedura, che dovrebbe essere innanzitutto di liquidazione, solo ove vi sia la presentazione di un piano in tal senso, con la conseguenza che la fattibilità del risanamento non verrebbe valutata alla stregua di considerazioni astratte ma, più realisticamente e concretamente, sulla base di un programma del debitore o di un terzo. In mancanza di una tale eventualità l'opzione del risanamento dovrebbe essere esclusa, non sembrando coerente con la funzione liquidativa della procedura affidare al curatore o ai curatori la predisposizione di un programma di risanamento.

La procedura di insolvenza dovrebbe quindi essere una procedura di liquidazione, all'interno della quale tuttavia non si escluderebbe l'opzione del risanamento da affidare ad un programma del debitore o di terzi, e che dovrebbe intervenire entro un termine perentorio dall'apertura della stessa. La presentazione del programma si atterrebbe dunque ad evento che sospende la liquidazione solo ove i termini di esso, vagliati dagli organi della procedura, appaiono ragionevolmente realizzabili e la prosecuzione della liquidazione verrebbe definitivamente abbandonata solo a seguito della omologazione da parte del Tribunale.

Questa impostazione sarebbe, peraltro, corrispondente all'idea che il destino di una impresa sia innanzitutto affidato al mercato, come momento di formazione di scelte più efficienti rispetto a quelle confezionate all'interno della procedura. Questa idea tuttavia non contraddice la finalità di proteggere i

soggetti più esposti alle conseguenze negative della insolvenza, vale a dire i lavoratori, in quanto le tecniche di tutela della loro posizione non vanno ricercate sul piano del diritto di impresa, che disciplina il momento capitalistico dell'organizzazione sociale ed economica, ma su quello del diritto del lavoro e previdenziale; e comunque il costo della loro tutela non può ricadere solo sulla classe dei creditori, già di per sé danneggiati dall'insolvenza, ma sulla intera collettività attraverso meccanismi di socializzazione del rischio, come è ad esempio il fondo di garanzia istituito presso l'Inps. Inoltre, se si manterrà il sistema concorsuale secondo l'articolazione in due procedure, una per la grande impresa, l'altra per la piccola e media impresa, non si può non differenziare anche l'apprezzamento degli interessi che ruotano intorno a queste due realtà, e conseguentemente modulare in termini diversi l'intervento di risanamento. A fronte di situazioni oggettive differenti, il bilanciamento degli interessi al risanamento ed alla liquidazione deve essere svolto alla luce di criteri differenziati che consentano di cogliere la specificità delle stesse situazioni. Se infatti, sotto un profilo di scelta politica del legislatore, può apparire giustificata la prevalenza del risanamento rispetto alla liquidazione di fronte alla grande impresa, al contrario, rispetto alla piccola e media impresa, una tale prevalenza è fortemente discutibile, proprio per lo spessore diverso degli interessi che intorno ad essa ruotano.

Le considerazioni svolte offrono la cornice entro la quale si iscrive la successiva valutazione degli aspetti specifici della procedura, sui quali si è incentrata l'attenzione nel corso dei seminari, secondo il seguente ordine : **a) il programma**; **b) la revocatoria**; **c) gli effetti sulle società** ; **d) il gruppo**.

a) Il programma

Il disegno di legge dà particolare rilievo operativo al programma nel corso della procedura di insolvenza, con la previsione di due varianti: programma di risanamento e programma di liquidazione. Andando ad esaminare i meccanismi di formazione ed approvazione del programma emergono alcune carenze del disegno di legge. Innanzitutto, si è rilevato che è prevista una differente legittimazione a seconda che il programma sia di risanamento o di liquidazione: in riferimento al primo essa spetta al debitore, ad un terzo o al curatore; in riferimento al secondo essa spetta solo al curatore.

Inoltre, al punto *hh)* è previsto che il *programma di risanamento del debitore* debba essere approvato con la partecipazione di tutti i creditori, mentre nulla è detto circa il programma di un terzo o del curatore. I criteri del disegno di legge pongono quindi una evidente ed ingiustificata disparità di trattamento a seconda che il programma sia presentato dal debitore, da un terzo o dal curatore, in quanto solo nel primo caso esso sarebbe assoggettato all'approvazione da parte dei creditori. Né sembra possibile recuperare la

ragionevolezza del criterio ritenendo che il disegno intende individuare nel debitore non il soggetto proponente il programma, ma l'oggetto del risanamento, in quanto un tale ragionamento sarebbe in contrasto con il significato semantico delle parole utilizzate e con la stessa logica del sistema delineato dal disegno di legge delega.

Altri due profili negativi emergono dalla lettura del testo del disegno di legge e riguardano l'opposizione all'omologazione e la esecuzione del programma.

Non è prevista infatti la possibilità di esperire il rimedio della opposizione alla omologazione del programma, per cui i controinteressati non avrebbero nessun rimedio giurisdizionale nel corso del giudizio di omologazione. Inoltre, in ordine al secondo profilo è previsto soltanto il tempo della esecuzione del programma, che deve essere concluso entro due anni dalla pubblicazione della sentenza di omologazione, senza che nulla sia previsto in merito al controllo sulla corretta esecuzione del programma, né in termini di rimedi che possono essere esperiti, né in termini di specificazione dell'organo a cui spetti un controllo sulla corretta esecuzione dello stesso. Il momento centrale della esecuzione del programma è dunque completamente privo del pur minimo criterio direttivo.

Questi rilievi pongono in luce la necessità di una rivisitazione del testo del disegno di legge che va al di là di una semplice integrazione del medesimo su aspetti centrali della procedura di insolvenza.

b) La revocatoria

Nel corso dell'ultimo seminario è stata esposta una opinione particolarmente interessante in merito alla disciplina dell'azione revocatoria e si è suggerito di inserire questa disciplina in una legge distinta da quella fallimentare.

Questa opinione muove da due considerazioni di fondo. La revocabilità o meno di un atto incide sulla certezza dei rapporti giuridici che costituisce un valore portante del mercato. Senza certezza dei rapporti economici evidentemente non si può garantire la stabilità degli stessi, nonché la libertà e la consapevolezza dell'autodeterminazione degli operatori economici. Inoltre, l'appartenenza all'Unione Europea pone pressanti esigenze di coordinamento in questa materia, in quanto all'unificazione dei mercati ed alla armonizzazione dei sistemi economici corrisponde una esigenza di armonizzazione normativa. Come è noto, la disciplina delle procedure concorsuali nei vari Paesi dell'Unione è fortemente variegata, con trattamenti differenziati della revocatoria fallimentare.

Pertanto, la collocazione della revocatoria in una legge separata da quella fallimentare consentirebbe di superare le divergenze conseguenti alla diversa impostazione della disciplina della crisi nei vari ordinamenti, con benefici notevoli per la certezza del diritto e la stabilità delle negoziazioni in tutti i Paesi dell'Unione.

In riferimento al disegno di legge è stata, inoltre, apprezzata la riduzione del periodo sospetto alla metà di quello attualmente vigente e la esclusione dalla revocatoria dei pagamenti ordinari, con una opportuna valorizzazione della dimensione indennitaria della revocatoria che impedisce che essa si traduca, in alcuni casi, in uno strumento di locupletazione del fallimento.

c) Gli effetti sulle società

Il disegno di legge, al punto *uu)*, prevede quale criterio direttivo di disciplina degli effetti della procedura di insolvenza sulle società di persone quello della estensione degli stessi ai soci illimitatamente responsabili. Si tratta di una scelta che rispecchia l'attuale regime normativo e che si differenzia rispetto a questo solo in punto di previsione di limiti temporali alla estensione. Differenza che, tuttavia, è venuta meno a seguito della sentenza della Corte Costituzionale, 21 luglio 2000, n. 319, che, come è noto, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 147 l. fall. nella parte in cui prevede che il fallimento in estensione dei soci a responsabilità illimitata possa essere dichiarato dopo il decorso di un anno dal momento in cui sia cessata la qualità di socio. Nel corso dell'ultimo seminario, si è osservato che non esiste una ragione ontologica per la quale il socio illimitatamente responsabile debba essere assoggettato a fallimento e che tale effetto dipende esclusivamente da una scelta di politica legislativa. La constatazione, da un lato, che il fallimento in estensione non sottende una ragione ontologica e, dall'altro, che le questioni generate da questa fattispecie appaiono molto complesse (quale ad esempio la revocabilità degli atti posti in essere dal socio sul proprio patrimonio, ampiamente discussa proprio perché l'estensione del fallimento prescinde dallo stato di insolvenza del socio) ha condotto l'opinione citata a vagliare la fattibilità di soluzioni alternative al fallimento in estensione che consentano tuttavia di attingere lo stesso obiettivo: il coinvolgimento del patrimonio del socio illimitatamente responsabile per il soddisfacimento anche dei creditori sociali.

Si è dunque rilevata l'opportunità di eliminare l'effetto della estensione, attribuendo al curatore del fallimento della società la legittimazione ad escutere il patrimonio del socio illimitatamente responsabile. Questa soluzione consentirebbe di risolvere in radice le questioni, anche dommatiche, che sono dibattute in dottrina e che influenzano l'orientamento giurisprudenziale ed

offrirebbe comunque alla massa dei creditori della società uno strumento di escussione del patrimonio del socio attraverso il riconoscimento della legittimazione in capo al curatore.

Un secondo profilo, che rende inopportuna la estensione degli effetti della procedura al socio, deriva dalla circostanza che la procedura di insolvenza è anche una procedura di risanamento, per cui il coinvolgimento del patrimonio del socio potrebbe avere connotazioni funzionali diverse da quelle liquidative.

Anche sotto questo profilo si è affermata la non divisibilità della scelta contenuta nel disegno di legge delega, risultando di difficile comprensione, sia sul piano logico che su quello pratico, il coinvolgimento del patrimonio del socio nel risanamento della impresa.

Si è rilevato, quindi, che una soluzione praticabile potrebbe essere quella di bloccare il potere dispositivo del socio sul patrimonio personale a seguito della dichiarazione di insolvenza della società. Questa misura cautelare e conservativa consentirebbe di cristallizzare il patrimonio del socio nel corso dell'esperimento del tentativo di risanamento, per preservarlo da atti di disposizione *medio tempore* e conservarne la consistenza nella eventualità dell'apertura della fase di liquidazione. In sostanza, in riferimento ad entrambi i profili funzionali della procedura, l'opinione esposta è nel senso di suggerire la esclusione della estensione della procedura di insolvenza al socio, prevedendo in alternativa di cristallizzare il suo patrimonio nel corso dell'esperimento del tentativo di risanamento e, nella ipotesi di attuazione della funzione liquidativa, di attribuire al curatore la legittimazione ad escutere il patrimonio.

Le riflessioni sin qui svolte non esauriscono, tuttavia, le questioni che si agitano intorno alla crisi della impresa collettiva e rispetto alle quali il disegno di legge delega è completamente silente. Al riguardo va rilevato che la mancanza di criteri e principi direttivi in merito agli effetti della procedura di insolvenza sul contratto, sulla organizzazione e sullo statuto della società insolvente è destinata a mantenere irrisolte tutte quelle incertezze giurisprudenziali registratesi su questi aspetti.

Prendendo, innanzitutto, in considerazione gli effetti sul contratto, ci si chiede se esso possa ritenersi sciolto a seguito dell'apertura della procedura di insolvenza. La soluzione della questione dipende in gran misura dalla finalità della procedura, in quanto se essa è di risanamento la conseguenza dovrebbe essere nel senso che il contratto non si scioglie; mentre, se la funzione è liquidativa la conseguenza dovrebbe essere in senso contrario.

Ora il punto è che nella procedura di insolvenza sembrano coesistere entrambe le finalità, con il corollario che possiamo assistere ad un doppio regime degli effetti sul contratto sociale a seconda che la procedura persegue la prima o la seconda finalità. Un analogo stato di incertezza vi sarebbe anche in

rapporto alla organizzazione ed allo statuto della società. C'è da chiedersi, infatti, sino a che punto sarebbe legittima una modifica statutaria nel corso della procedura di insolvenza. Ed anche in questo caso la risposta non può che passare attraverso la valutazione della finalità della procedura, sembrando logicamente più coerente ritenere ammissibili quelle modificazioni funzionali al risanamento della impresa. Rispetto a tali questioni, che sono suscettibili di essere variamente risolte a seconda della sensibilità dell'interprete, e che quindi sono potenzialmente foriere di incertezze applicative, sarebbe opportuno integrare i criteri del disegno di legge delega, mantenendo coerenti gli effetti con la finalità della procedura.

Questa esigenza di integrazione è ancora più pressante se si considera la centralità che nella procedura di insolvenza riveste il programma, in forza del quale vengono appunto pianificate le opzioni di fondo da perseguire nell'ambito della procedura. Di fronte ad un vuoto normativo, in merito alle più frequenti insolvenze delle società, la definizione del contenuto del programma potrebbe essere ritardata da incertezze conseguenti ad una carenza normativa, a tutto detrimento della efficienza e rapidità della procedura. Sarebbe ad esempio lasciata in una dimensione di incertezza la possibilità di programmare aumenti di capitale nel corso della procedura o una riconversione produttiva che esige una modifica dell'oggetto sociale, o ancora un riassetto del *management*: tutte opzioni che presuppongono la permanenza delle funzioni dell'assemblea e la realizzabilità di modifiche statutarie.

Infine, come si è già affermato in riferimento alla procedura di crisi, non si può non auspicare anche l'eliminazione del divieto delle operazioni di scissione e fusione per le società sottoposte a procedure concorsuali.

d) Il gruppo

Le riflessioni relative al gruppo vengono svolte congiuntamente sia per la procedura di crisi che per quella di insolvenza, in quanto le previsioni relative al gruppo si differenziano nella prima (lettera *m*) e nella seconda (lettere *bbb* e *αα*). Nella prima procedura il disegno si limita a delegare la previsione dei casi in cui la procedura possa essere estesa ad altre imprese del gruppo in stato di crisi, mentre nella seconda i principi di delega sono più precisi in quanto essi riguardano i criteri di individuazione dei gruppi di imprese. Un'altra differenza può essere colta sia sul piano della finalità della individuazione del gruppo, sia sul piano della responsabilità infragruppo. Infatti, mentre nella procedura di crisi si fa generico riferimento ad una gestione unitaria della procedura, nella procedura di insolvenza, in termini più specifici, si fa riferimento alla gestione unitaria del programma di risanamento. Inoltre, nella procedura di crisi manca qualsiasi criterio in merito alla responsabilità infragruppo, mentre nella procedura di insolvenza si prevede la disciplina della responsabilità della

capogruppo, dei suoi amministratori e degli organi di controllo in ordine sia all'abuso di direzione unitaria che all'abuso della personalità giuridica delle società facenti parte del gruppo.

Questa differente impostazione dei criteri di delega non consente di ricavare un impianto di disciplina del gruppo omogenea e coerente. Innanzitutto, anche nella procedura di crisi si pongono le stesse esigenze di repressione dell'abuso di direzione unitaria che sono state, invece, percepite solo in riferimento alla procedura di insolvenza. Anzi, si può affermare che una esigenza di repressione e di sanzione dell'abuso sia più intensa in una procedura che per definizione ha lo scopo di prevenire lo stato di insolvenza, rispetto al quale le direttive abusive degli amministratori della controllante possono avere una efficienza causale diretta.

La repressione dell'abuso nella procedura di crisi sarebbe quindi perfettamente in linea con la funzione di prevenzione della procedura.

Inoltre, non è comprensibile la ragione per la quale nella procedura di insolvenza sia stata data enfasi alla finalità della gestione unitaria del programma di risanamento, che, invece, nella procedura di crisi sfuma nella espressione generica "*gestione unitaria*". Anche sotto questo profilo sarebbe stato più ragionevole collegare la finalità della gestione unitaria del programma di risanamento alla procedura di crisi, più che a quella di insolvenza.

Peraltro, non è neppure condivisibile pensare che le esigenze di gestione unitaria siano riferite solo al momento del risanamento e non anche a quello della liquidazione. Una liquidazione coordinata dei beni aziendali appartenenti a più società del gruppo potrebbe comportare un beneficio per i creditori delle singole società rispetto ad una liquidazione atomistica e non coordinata, in cui il valore della unità funzionale dei beni verrebbe certamente disperso, soprattutto quando l'organizzazione in gruppo risponde ad esigenze produttive unitarie, in cui l'attività delle società si innesta in un processo produttivo unitario.

Tra i criteri di delega non è prevista l'azione revocatoria infragruppo, restando quindi scoperto un profilo rilevante del c.d. gruppo insolvente. Come è noto, funzionale ad un obiettivo di garanzia della integrità patrimoniale delle singole società del gruppo, operanti nella difficile prospettiva di conciliare il perseguimento degli interessi sociali con quello più ampio del gruppo, non è solo l'azione di responsabilità per esercizio abusivo della direzione unitaria, la quale presenta un marcato profilo sanzionatorio, ma soprattutto l'azione revocatoria aggravata infragruppo. Con essa è possibile rendere inefficaci tutte le operazioni poste in essere tra le società del gruppo, generalmente tese ad impoverire alcune società a vantaggio di altre, attraverso meccanismi operativi più ampi rispetto a quelli della revocatoria disciplinata dalla legge fallimentare.

Non si comprende se la mancata previsione sia dipesa da una dimenticanza dei redattori della delega, ovvero da una scelta consapevole: se fosse così, essa non potrebbe essere certo condivisa.

Non si può ritenere che le ragioni giustificative della revocatoria infragruppo sussistano solo per la grande impresa e non per il gruppo composto da piccole e medie imprese, in quanto essi si identificano con la tutela della *par condicio creditorum* a fronte degli atti dispositivi delle singole società e con la conseguente necessità di evitare che la garanzia patrimoniale dei creditori, sui patrimoni delle singole società, sia sbilanciata a favore di alcuni ed a danno di altri. La sussistenza della medesima *ratio* in entrambe le fattispecie renderebbe quindi discriminante in modo ingiustificato la scelta normativa.

Un dato positivo, tuttavia, può essere colto nella previsione dell'azione di responsabilità non solo nella ipotesi di abuso di direzione unitaria, ma anche in quella di abuso della persona giuridica. In quest'ultimo caso la persona giuridica diviene uno schermo formale al fine di limitare abusivamente la responsabilità patrimoniale, per cui la sua sanzionabilità consente di reprimere quelle ipotesi di "*gruppo fittizio*", in cui la costante confusione patrimoniale e gestionale tra la controllante e le controllate rende queste ultime fittizi strumenti di limitazione della responsabilità patrimoniale della controllante.

PRINCIPI E CRITERI DIRETTIVI IN MATERIA PENALE

E' emerso un positivo apprezzamento dei principi in materia penale, che sono stati esaminati anche in rapporto al disegno di legge delega di iniziativa parlamentare. In particolare è stata sottolineata la positività della tendenza a dare attuazione nel diritto penale fallimentare a due importanti principi: quello di offensività e quello di colpevolezza. Entrambi recuperano sul piano della sanzione penale la rilevanza della lesione effettiva degli interessi coinvolti dalla crisi di impresa e la riconducibilità della condotta punibile ad un atteggiamento soggettivo di dolo. In effetti, il disegno di legge imposta la delega penale tenendo presenti tre aspetti fondamentali: la garanzia patrimoniale dei creditori; la *par condicio creditorum*; l'obbligo di tenuta delle scritture contabili e quindi la c.d. ostensibilità del patrimonio del debitore.

E' stato tuttavia rilevato che sarebbe opportuno sdoppiare la fattispecie della bancarotta fraudolenta patrimoniale, distinguendo la bancarotta fraudolenta in senso stretto, dalla bancarotta fraudolenta per distrazione.

La ragione della distinzione risiede nella rilevanza penale autonoma di quelle condotte che hanno un'efficacia causale diretta rispetto al dissesto della impresa. La distinzione consentirebbe di evidenziare il disvalore autonomo di

queste condotte che, peraltro, non sono in linea con lo scopo del risanamento della impresa, anzi contraddicono tale scopo, ponendo l'impresa in una situazione di incapacità di attingere questo obiettivo.

Un altro aspetto sul quale sarebbe opportuno riflettere, nel caso in cui venissero disciplinate le c.d. convenzioni bancarie, è quello della esclusione della rilevanza penale di tutti quegli atti che sono stati posti in essere in attuazione della stessa convenzione omologata. Come è noto una delle remore principali alla elaborazione ed esecuzione di queste convenzioni consiste proprio nelle conseguenze di ordine penale che ne possono derivare, soprattutto in termini di concorso nel reato di ritardata dichiarazione di fallimento.

Se però si accetta il principio che è opportuno lasciare spazio all'autonomia privata nella gestione della crisi, ovviamente sotto il controllo dell'autorità giudiziaria o amministrativa, a seconda delle diverse prospettazioni già evidenziate, dovrebbe essere consequenziale pensare che gli atti che si inquadrano in tale gestione concordata della crisi non possano avere rilevanza penale. In questa moderna prospettiva della disciplina della crisi di impresa, la ragionevole realizzabilità del risanamento della impresa o la sistemazione dell'indebitamento anche attraverso il ricorso a tecniche negoziali, nel rispetto dei principi fondamentali della garanzia patrimoniale e della parità dei creditori divisi per classi, dovrebbe escludere la rilevanza penale di tutti quegli atti posti in essere nel quadro della gestione negoziale, ove si dovesse far luogo alla dichiarazione dello stato di insolvenza. Questa impostazione sarebbe peraltro coerente con i moderni principi di offensività e di sussidiarietà del diritto penale.

RIEPILOGO DELLE QUESTIONI FONDAMENTALI E CONCLUSIONI

Prima di esporre le conclusioni che possono essere tratte dalle considerazioni svolte, è opportuno per una migliore sistematicità del presente lavoro riassumere brevemente i punti fondamentali, rinviando per l'esame del contesto della riforma e delle questioni della unicità o duplicità delle procedure e dell'attuazione del giusto processo alle considerazioni già svolte.

1- Risanamento e tutela dei creditori- Si è potuto constatare che questa rappresenta la questione fondamentale del moderno diritto fallimentare. E' emersa l'idea che il risanamento non è la risposta efficiente alla insolvenza della impresa. Di fronte alla insolvenza il principio dovrebbe essere quello della rapida liquidazione del patrimonio, salvo a consentire l'intervento di risanamento di un terzo con apporto di nuovo capitale. Inoltre, si è rilevato che il risanamento non è un valore assoluto da perseguire ad ogni costo, anche a

quello di sacrificare le ragioni dei creditori già di per sé pregiudicate dalla insolvenza. Il risanamento in sostanza deve coincidere anche con l'interesse dei creditori e non contrapporsi ad esso.

2- Esigenze della riforma- Sono state evidenziate le esigenze che la riforma dovrebbe soddisfare e precisamente: adattamento della riforma alla realtà economica; completezza e sistematicità della riforma; celerità delle procedure; efficienza del concorso. E' stata posta attenzione soprattutto sulla prima esigenza, la quale impone di valutare preventivamente l'efficienza di determinate scelte normative alla luce del contesto economico e sociale nel quale dovrà operare la riforma, caratterizzato da tre elementi fondamentali: larga diffusione della piccola e media impresa; ricorso al credito come tecnica di gestione della impresa; tendenza dell'autonomia privata a sistemare la crisi di impresa.

3- Procedura di crisi- L'analisi della procedura di crisi è stata l'occasione per affrontare in modo diretto la questione del risanamento della impresa e per rilevare che tale obiettivo può essere proficuamente perseguito in una prospettiva di prevenzione della crisi. Quanto più si riesce ad anticipare l'intervento concorsuale, tanto maggiori sono le possibilità di risanare l'impresa. Abbiamo affermato infatti che la logica del risanamento è la logica della prevenzione. Il pericolo di insolvenza, come presupposto di questa procedura, si pone correttamente nella logica della prevenzione. Si tratta tuttavia di una impostazione perfettibile, che dovrebbe essere affiancata da un efficiente sistema di allerta della crisi sul modello di quello francese.

E' stata inoltre evidenziata l'opportunità di due integrazioni e di un emendamento.

Le due integrazioni riguardano gli effetti esdebitativi della procedura, non essendo precisato l'ambito soggettivo degli stessi, ed il controllo sulla esecuzione del programma, non essendo specificato quale organo debba provvedervi.

L'emendamento, invece, riguarda la prevista inapplicabilità degli artt. 2447, 2448, comma I, n.4 c.c., in quanto con essa si ammette la disgiunzione tra risanamento e responsabilità.

4- Procedura di insolvenza- Nell'esame della procedura di insolvenza è stato possibile vagliare la correttezza della impostazione di principio che concepisce la liquidazione come risposta efficiente alla insolvenza della impresa. Si è potuto notare che nella procedura di insolvenza si assiste ad una negativa duplicazione di finalità, in quanto si ripropone il risanamento della impresa, con conseguente confusione non solo in ordine al concetto di risanamento, che in questa procedura verrebbe assunto in una accezione atecnica, ma anche degli strumenti operativi per raggiungere tale obiettivo. Si è infatti rilevato che i criteri in ordine al programma di risanamento e di

liquidazione sono carenti e contraddittori in merito: alla legittimazione alla presentazione dei programmi; alla tempistica della presentazione degli stessi; alle modalità della loro approvazione. In sostanza, le discrepanze esistenti in merito a questa procedura derivano dal forzato inserimento della finalità di risanamento in una procedura che invece dovrebbe avere principalmente una vocazione liquidatoria.

Riassunte le questioni essenziali emerse nel corso della ricerca, è possibile esporre le considerazioni conclusive.

Ogni qual volta si pone mano alla riforma di un settore dell'ordinamento giuridico il primo impulso è quello di riconsiderare i concetti fondamentali di quel sistema, in modo tale da impostare la riforma partendo dagli elementi concettuali di base sui quali si intesse poi la trama delle disposizioni normative. Volendo anche sotto questo profilo essere sintetici, al fine di cogliere l'essenza del sistema fallimentare, si possono individuare tre principi fondamentali, e precisamente: la concorsualità, la *par condicio creditorum* e la funzione d'ordine. Sui primi due principi si è avuto modo di riflettere e di evidenziare che, mentre la concorsualità ha una valenza processuale, la *par condicio creditorum* ha una valenza sostanziale.

La concorsualità si presenta come tecnica processuale di tutela e di soddisfacimento dei creditori nell'ambito delle procedure, presupponendo una situazione nella quale la crisi della impresa evidenzia l'insufficienza del patrimonio a soddisfare integralmente tutti i creditori. Sotto il profilo della concorsualità il patrimonio dell'imprenditore viene in rilievo non più come strumentale all'esercizio della impresa, ma come garanzia del soddisfacimento dei creditori. Mentre nella fisiologia della impresa il soddisfacimento dei creditori dipende dal proficuo svolgimento dell'attività, nella patologia della impresa esso dipende dalla consistenza del patrimonio dell'imprenditore. E' proprio la concorsualità che consente in definitiva di separare in un'ottica esclusivamente civilistica l'attività di impresa dal patrimonio dell'imprenditore e consente altresì di rilevare che nel momento della insolvenza l'attività di impresa perde della sua importanza anche sociale, atteso che si tratta di attività improduttiva o meglio produttiva di perdite. Se sotto il profilo processuale la concorsualità designa il momento della tutela, sotto il profilo del diritto sostanziale la *par condicio creditorum* designa il principio che evidenzia la posizione dei creditori l'uno rispetto all'altro in rapporto al patrimonio del debitore. Nelle riflessioni più moderne del diritto fallimentare si assiste ad un ripensamento di questo principio, visto non più in termini assoluti, ma in termini relativi: la parità è infatti concepita in relazione ai creditori divisi per classi ed ogni classe raggruppa quei creditori che presentano un comune denominatore. La parità quindi si attua nel momento della insolvenza non tra tutti i singoli creditori, ma all'interno di ciascuna classe di creditori, venendo così assunta nel suo significato di trattamento uguale di situazioni uguali e di

trattamento diseguale di situazioni diseguali. E' nota la stretta inerenza di questo principio alla insolvenza della impresa, tant'è che nello svolgimento fisiologico dei rapporti obbligatori esso non trova cogente applicazione, restando il debitore libero di adempiere i debiti man mano che questi vengono a scadenza.

La concorsualità e la *par condicio* rappresentano dunque i due principi portanti del sistema concorsuale.

Il terzo principio summenzionato è quello che si traduce nella funzione d'ordine delle procedure concorsuali. Funzione d'ordine significa che queste procedure dirimono la situazione di conflittualità generata dalla crisi di impresa, secondo una impostazione che risponde ad un principio di economicità dei mezzi di tutela, in quanto evita i costi e la dispersione patrimoniale conseguenti ad una pluralità di esecuzioni individuali.

Analizzando il sistema concorsuale dal suo interno, quelli esposti costituiscono i principi base sui quali esso poggia. Cambiando invece ottica e ponendoci all'esterno del sistema i postulati fondamentali di cui bisogna avere consapevolezza nella impostazione della riforma sono quelli della impresa e del mercato. L'impresa attiene all'organizzazione capitalistica dell'economica come momento di aggregazione dei fattori produttivi e come attività professionale organizzata volta al profitto.

Il mercato è luogo figurato di incontro della domanda e dell'offerta, ma anche momento di formazione delle decisioni in ordine al destino di una impresa. L'oggettività del mercato consente la formazione di decisioni indipendenti sul destino di una impresa, nonché di individuare la scelta più efficiente da adottare di fronte alla crisi di impresa. All'interno di questo articolato quadro di riferimento si pone l'esigenza del risanamento della impresa e la tendenziale impostazione delle procedure concorsuali depurata dalla loro connotazione sanzionatoria e non più esclusivamente protesa alla mera liquidazione del patrimonio aziendale.

Il crinale lungo il quale oggi si muove il diritto fallimentare vede da un lato la tutela dei creditori, come i soggetti direttamente danneggiati dall'insolvenza, e dall'altro il risanamento della impresa, assunta nel suo significato economico di valore produttivo da salvaguardare soprattutto in relazione al mantenimento dei livelli occupazionali.

Andando quindi all'essenza del fenomeno della crisi di impresa, la questione centrale consiste proprio nella individuazione di un punto di equilibrio tra queste due istanze; per cui bisognerebbe fissare dei criteri in base ai quali stabilire questo punto di equilibrio.

Un primo criterio è quello di ritenere illusorio predisporre un sistema normativo che non sia in grado di recepire le regole dell'economia. In sostanza,

una legislazione che si ponesse in contrasto con queste regole sarebbe destinata all'insuccesso in quanto, invece di portare sul piano normativo quelle istanze che si formano nell'economia, andrebbe a conculcarle e ad esasperarne le manifestazioni patologiche.

Un secondo criterio è che le ragioni dei creditori non possono essere pretermesse di fronte alle esigenze del risanamento della impresa: questo per essere attuato deve corrispondere anche agli interessi del ceto creditorio.

Da questi due criteri discendono tre corollari importanti.

Innanzitutto, il risanamento della impresa, inteso come ripresa della capacità della stessa di raggiungere l'equilibrio patrimoniale tra costi e ricavi e quindi di riavviarsi verso una situazione di redditività positiva, può essere conseguito solo intervenendo secondo una logica di prevenzione e quindi in un momento diciamo di preinsolvenza o di pericolo di insolvenza.

Inoltre, di fronte allo stato di insolvenza, inteso come incapacità irreversibile di far fronte alle obbligazioni scadute, il principio guida dovrebbe essere quello della liquidazione concorsuale del patrimonio. Se valutiamo lo stato di insolvenza da un punto di vista fenomenologico, prescindendo dalle sue nozioni economiche, esso determina una lesione dei diritti dei creditori ed una conflittualità tra gli stessi. In questo contesto allora è illusorio e demagogico pensare che possa essere conseguito il risanamento della impresa assunto nella sua accezione tecnica summenzionata. Al più è concepibile un risanamento inteso come conservazione del complesso aziendale al fine di una sua unitaria liquidazione. La conservazione del complesso aziendale per il tempo strettamente necessario a conservare l'avviamento della impresa ed ad individuare un terzo acquirente consentirebbe di conciliare l'interesse dei creditori ad una liquidazione efficiente dell'azienda e quello delle maestranze a rimanere occupate, anche se per un tempo limitato, nella stessa impresa. Ma questo ovviamente non sarebbe un risanamento in senso tecnico, ma il mantenimento della unità aziendale per fini esclusivamente liquidativi.

Infine, le procedure dovrebbero essere strutturate in modo tale da essere in grado di recepire le decisioni che nel mercato si formano intorno al destino della impresa; questo eviterebbe che tali determinazioni vengano assunte in termini astratti dagli organi della procedura, senza avere contezza della posizione che l'impresa interessata ha sul mercato.

In conclusione, si può affermare che sembra contraddittorio assumere la concorrenza nel mercato come valore da tutelare nello svolgimento del rapporto tra le imprese e poi sottovalutarne le conseguenze, che discendono dalla sua dinamica, nel momento della patologia della impresa. Questo tuttavia non significa non considerare gli effetti sociali che la patologia della impresa comporta, anzi significa collocarli nella loro giusta posizione che non è però ravvisabile in seno al diritto commerciale, essendo questo per sua natura

destinato a disciplinare interessi di carattere privato, ma in altri settori del diritto che per la loro diversa sistematicità, come il diritto del lavoro e previdenziale, sono in grado di dare ad essi una corretta impostazione di disciplina.