

X Commissione della Camera dei Deputati

Intervento del **Cons. Massimo Ferro**, in audizione il giorno 11 novembre 2016 su d.d.l. n.865 (Abrignani e altri, riforma amministrazione straordinaria) e art.15 d.d.l. 3671ter (tratto da Delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza, già 3671bis testo Commissione Rordorf) e proposta di articolato.

A) Proposta di articolato ‘*Principi di legge delega su revisione e coordinamento delle discipline delle amministrazioni straordinarie di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n.270 e al decreto legge 23 dicembre 2003, n.347 (convertito nella legge 18 febbraio 2004, n.39) e successive modificazioni*’.

A.1.NOTA DI SINTESI disciplina dell'amministrazione speciale delle grandi imprese in crisi

Procedura delle grandi imprese in stato d'insolvenza, definite - individualmente e secondo l'appartenenza ad un gruppo - secondo parametri oggettivi dell'attivo, dei ricavi e dell'indebitamento multipli rispetto a quelli fissati dall'art.1 comma 2 r.d. 26 marzo 1942, n.267, nonché requisiti occupazionali di particolare consistenza e che abbiano rilevanza strategica per l'economia nazionale, in base ad un previo decreto del Ministro dello sviluppo economico iscritto al registro delle imprese.

Scopo della procedura è la conservazione dei grandi complessi industriali e produttivi, mediante continuità aziendale e contestuale ristrutturazione del passivo, secondo un piano omologato dall'autorità giurisdizionale, cioè i tribunali delle imprese, votato a maggioranza dai creditori su parere di un commissario giudiziale e del Ministro dello sviluppo economico.

L'accesso immediato alla procedura consegue a domanda del debitore, di un terzo, di un gruppo qualificato di creditori o del commissario straordinario autorizzato dal Ministro dello sviluppo economico ed è disposto dal tribunale che, con uno o più decreti, fissa il divieto delle azioni esecutive e cautelari, il divieto di acquisire nuove cause di prelazione, l'autorizzazione al pagamento di debiti pregressi, la sospensione o lo scioglimento dei contratti pendenti, l'esonero dalle azioni revocatorie e nomina il commissario giudiziale.

Il piano ha come finalità il recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali e deve assicurare, nel suo realizzo, il mantenimento dei requisiti di impresa di rilevanza strategica per l'economia nazionale, restando compatibile con l'eventuale diminuzione, in misura ragionevole, della consistenza dell'attivo, dell'occupazione e dell'esercizio di attività nel settore.

Il Ministro dello sviluppo economico designa il commissario straordinario, autorizzandolo se opportuno alla presentazione di un piano, anche alternativo a quello presentato dal debitore o dagli altri legittimati; in caso di omologazione di detto piano, esso sarà attuato dal commissario straordinario.

Il tribunale delle imprese, verificato che il piano può assicurare il recupero dell'equilibrio economico delle attività produttive, sottopone a votazione dei creditori il piano ovvero i piani depositati; dispone, entro tre mesi di regola e con l'omologazione, l'ammissione del debitore all'amministrazione speciale, affidata al soggetto indicato nel piano approvato ovvero, in caso di scelta del piano del commissario straordinario, a tale ultimo organo; designa il comitato dei creditori ovvero, in caso di non omologazione e se sussistono istanze di liquidazione giudiziale, dispone l'apertura della procedura di liquidazione secondo i principi di cui al d.d.l. n. 3671bis AC.

Il commissario giudiziale esprime i pareri sui piani, ne controlla l'attuazione, procede alla formazione dello stato passivo, ripartisce le somme derivanti dalla liquidità destinata in via diretta al soddisfacimento dei creditori, informa il tribunale e il Ministro dello sviluppo economico dell'andamento del piano.

Le impugnazioni avverso il decreto che concede o nega il titolo di impresa rilevante per l'economia nazionale, nonché lo stato passivo, gli atti di liquidazione, i rendiconti degli organi, sono di competenza del tribunale, che decide altresì sulla conversione in procedura di liquidazione, con ulteriore impugnabilità avanti alla corte d'appello secondo i limiti dell'appello e ricorso per cassazione per violazione di legge.

In caso di sopravvenuta impossibilità di realizzo del piano, l'amministrazione speciale si converte in liquidazione giudiziale, con nomina a curatore di persona diversa e conferma, di regola, dello stesso comitato dei creditori.

In caso di realizzo del piano, la procedura è chiusa con rendiconto avanti al tribunale.

All'amministrazione speciale riguardante i gruppi di imprese sono estesi i principi e criteri direttivi di cui all'articolo 3 del disegno di legge n.3671bis AC.

Resta ammessa, ove compatibile con le norme dell'Unione europea, la possibilità per lo Stato di garantire i debiti contratti dalle imprese in amministrazione speciale, ai sensi dell'art. 2-bis del decreto legge 30 gennaio 1979, n. 26, convertito in legge 3 aprile 1979, n. 95.

Viene assicurato il raccordo con i principi di cui al disegno di legge n.3671bis AC.

A.2 TESTO DELL'ARTICOLATO

rivedere e coordinare la disciplina delle amministrazioni straordinarie di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n.270 e al decreto legge 23 dicembre 2003, n.347 (convertito nella legge 18 febbraio 2004, n.39) e successive modificazioni, attenendosi ai seguenti principi e criteri direttivi:

(i) introdurre un'unica procedura (amministrazione speciale delle grandi imprese insolventi) diretta alla regolazione dell'insolvenza delle grandi imprese e con finalità conservative del patrimonio produttivo, promuovibile ad istanza del debitore ovvero dei creditori o di un terzo assuntore delle attività aziendali o del commissario straordinario, sulla base di un piano e destinata

alle grandi imprese insolventi, secondo il medesimo requisito oggettivo di cui all'attuale articolo 5 regio decreto 16 marzo 1942, n. 267;

(ii) individuare i presupposti di accesso, da accertarsi da parte dell'autorità giurisdizionale ordinaria secondo i criteri di concentrazione e specializzazione di cui all'art.2 disegno di legge n.3671bis AC, quando sussistono congiuntamente: a) il requisito economico-contabile, determinato e aggiornato secondo multipli degli elementi di cui all'articolo 1 regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 e, quanto all'indebitamento, un ammontare diversamente qualificato in termini percentuali rispetto al totale degli attivi e dei ricavi dell'ultimo esercizio, includendo i debiti di garanzia; b) il requisito occupazionale, con computo dei lavoratori dipendenti, anche solo in via prevalente, a tempo determinato o indeterminato e assimilati, con sedi di lavoro anche non in Italia, inclusi quelli ammessi agli ammortizzatori sociali, totalizzando gli occupati del gruppo se sussistente, con rapporto di lavoro ancora pendente ovvero cessato da non oltre tre mesi, in numero pari ad almeno 500 e pari ad almeno 1.000 in caso di gruppo; c) il titolo di impresa del settore strategico secondo un ambito di rilevanza nazionale, comprovato dalla validità in corso di un decreto ministeriale di accertamento del requisito, salvo le ipotesi di cui al paragrafo (vi); d) le concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali sulla base di uno specifico piano, secondo i criteri di cui all'art.2 del disegno di legge n.3671bis AC in quanto compatibili;

(iii) prevedere la rilevanza strategica per l'economia nazionale, per lo svolgimento di attività direttamente espletate (eventualmente anche come esercizio di servizi pubblici essenziali) nei settori delle telecomunicazioni, trasporti, ricerca scientifica, istituzioni sanitarie, difesa o altri fissati per legge, sulla base di requisiti accertati, a domanda, con apposito decreto del Ministro dello sviluppo economico, di concerto con il Ministro della Giustizia, sulla base dei criteri previsti da Regolamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri emanato ai sensi della legge 23 agosto 1988, n.400 e relativo alle caratteristiche dimensionali ed organizzative, i ricavi e i risultati di bilancio del triennio anteriore, i settori specifici di operatività, il possesso dei requisiti di competenza e il rispetto dei requisiti di onorabilità degli organi amministrativi e di controllo necessari per il riconoscimento di impresa strategica per l'economia nazionale nello specifico settore;

(iv) prevedere che a) il decreto ministeriale di accertamento della rilevanza strategica per l'economia nazionale rileva ad uno o più effetti di natura previdenziale, tributaria, creditizia e di accesso ai benefici alla legislazione sociale ed è iscritto nel registro delle imprese, in apposita sezione; b) il decreto, anche per il caso di reiezione della domanda, può essere impugnato con procedimento camerale regolato ai sensi degli articoli 737 e seguenti del codice di procedura civile, senza particolari formalità non essenziali al contraddittorio, avanti al competente tribunale ordinario distrettuale ovvero sede di sezione specializzata in materia di impresa, con sola ricorribilità successiva avanti alla Corte di cassazione ai sensi dell'articolo 360 codice di procedura civile;

(v) prevedere che l'intero procedimento si svolge su domanda del debitore, se questi, intervenuto il decreto attributivo della titolarità di impresa strategica per l'economia nazionale, si è dotato tempestivamente di idoneo statuto con obbligo di redigere specifici programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale, istituire un ufficio di controllo interno secondo criteri di adeguatezza rispetto alla dimensione e alla complessità dell'impresa, adottare codici di condotta relativi alla disciplina dei comportamenti imprenditoriali nei confronti di consumatori, utenti, dipendenti e collaboratori, nonché altri portatori di legittimi interessi coinvolti nell'attività economica, redigere programmi di responsabilità sociale d'impresa, in conformità alle raccomandazioni della Commissione dell'Unione europea ed anche su indicazione del MISE e risulta l'adeguata ottemperanza alle relative norme statutarie;

(vi) stabilire che, in caso di omissione da parte dell'imprenditore esercente attività di rilevanza strategica per l'economia nazionale degli obblighi di cui al precedente paragrafo (v), l'intero procedimento si svolge esclusivamente su richiesta del Ministro dello sviluppo economico e, in casi determinati, su domanda di un terzo proponente l'assunzione delle attività aziendali ovvero di una percentuale non irrisoria di creditori, salva in difetto la facoltà per il debitore, i creditori o il terzo, ove legittimati dalle rispettive discipline, di presentare domanda di accesso ad altre procedure

concorsuali, tra cui in ogni caso la liquidazione giudiziale e il concordato preventivo secondo le previsioni di cui al disegno di legge n.3671bis AC e applicandosi il criterio della prevenzione temporale;

(vii) prevedere il procedimento di apertura, in cui sono regolati: a) la possibilità immediata per il tribunale, su domanda del ricorrente o istanza del Ministro dello sviluppo economico pubblicate a cura del richiedente nel registro delle imprese e indicanti le concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali, di disporre, con uno o più decreti motivati, aa) il divieto per i creditori per titolo e causa anteriore di iniziare o proseguire azioni cautelari o esecutive sul patrimonio del debitore o in ogni caso sui beni facenti parte dell'impresa, e di acquisire titoli di prelazione; ab) la sospensione ovvero lo scioglimento dei contratti in corso di esecuzione con obbligazioni non ancora adempiute a carico di entrambi i contraenti; ac) il pagamento di crediti pregressi; ad) l'esonero dei pagamenti effettuati dall'imprenditore dalle azioni revocatorie di cui all'articolo 67 regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 nella procedura di amministrazione speciale ovvero nella successiva procedura di liquidazione giudiziale; b) gli effetti dei provvedimenti di cui sub a), a far data dalla predetta pubblicazione o eccezionalmente anche dalla domanda, che sia immediatamente anteriore, con la nullità degli atti nel frattempo eventualmente compiuti e l'improcedibilità dei giudizi in corso; c) l'operatività del divieto ovvero delle autorizzazioni concesse per tutta la durata del procedimento e la prosecuzione senza soluzione di continuità dei rispettivi effetti nel caso di apertura della procedura di amministrazione speciale ovvero della procedura di liquidazione giudiziale; d) i modi in cui il tribunale valuta il piano e assume informazioni sulla verifica tempestiva delle concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali; e) le condizioni di nomina da parte del tribunale del commissario giudiziale, i suoi requisiti di idoneità con riguardo all'iscrizione ad albo nazionale e la determinazione delle funzioni di informazione e controllo; f) i casi in cui è doveroso per il tribunale, prima dell'adozione di ogni provvedimento rilevante, d'ufficio o su istanza di parte, disporre la comparizione del debitore e degli eventuali controinteressati, anche in contraddittorio con i creditori, omessa ogni formalità ad esso non essenziale; g) la possibilità per il Ministro dello sviluppo economico di presentare un piano prima dell'ammissione alla procedura, sostituendo il debitore con il commissario straordinario anche nella gestione dell'impresa, esprimere pareri, impugnare lo stato passivo e in caso di piano già proposto e approvato impugnare gli atti di liquidazione e vigilare sull'andamento della procedura; h) il termine finale per l'operatività del divieto e delle autorizzazioni nei casi di cui al punto a) del presente paragrafo, tenuto conto dell'eventuale mutamento delle condizioni prospettate con riguardo al recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali;

(viii) la possibilità per il tribunale, non oltre tre mesi dal decreto che dispone il divieto di cui al paragrafo precedente e sub a) ovvero il primo dei provvedimenti ivi previsti e pubblicati, se emessi e comunque non oltre sei mesi dall'istanza di cui al paragrafo (i), di ammettere il debitore, sussistendo gli altri requisiti di accesso e previo parere del Ministro dello sviluppo economico, alla procedura di amministrazione speciale, ove risultino comprovate le concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali sulla base di un piano che, assicurando la prosecuzione dell'attività d'impresa, indica: a) tempi e modalità di recupero di un rapporto di ordinato equilibrio tra costi e ricavi, con realizzazione di tale obiettivo non oltre il triennio dal provvedimento giudiziale di ammissione; b) mutamenti dell'attività imprenditoriale comunque compatibili con la permanenza nel settore strategico per l'economia nazionale; c) aggiornamento del requisito economico-contabile, quanto all'attivo e ai ricavi, con consentita diminuzione, alla scadenza del piano, a non oltre la metà delle grandezze di cui ai requisiti già necessari per l'accesso alla procedura; d) aggiornamento del requisito occupazionale, con consentita riduzione, alla scadenza del piano, del computo dei lavoratori occupati a non oltre la metà del numero già sufficiente per l'accesso alla procedura;

(ix) prevedere i poteri del tribunale con riguardo a: a) disciplina delle votazioni di eventuali proposte concorrenti, secondo adempimenti ispirati alla massima celerità e con l'adozione di modalità essenziali al contraddittorio, anche regolamentate in via telematica; b) impugnazioni dello stato passivo, con successiva reclamabilità avanti alla corte d'appello, secondo i limiti previsti nella

disciplina dell'appello e ulteriore ricorribilità in Cassazione ai sensi dell'articolo 360 codice di procedura civile; c) controversie in tema di atti di liquidazione e attuazione del programma; d) controversie in tema di ripartizioni dell'attivo;

(x) prevedere, con il provvedimento di ammissione alla procedura di amministrazione speciale, la nomina da parte del tribunale del giudice delegato e di un comitato dei creditori, applicandosi la medesima disciplina operante per la procedura di concordato preventivo di cui al disegno di legge n.3671bis AC, compatibilmente con l'obiettivo della procedura, nonché la conferma del commissario giudiziale, eventualmente con nuova designazione;

(xi) prevedere la disciplina dei poteri del commissario straordinario, da designarsi dal Ministro dello sviluppo economico ai fini della presentazione della domanda o in sede di formulazione del parere positivo all'ammissione alla procedura, rispettati i criteri di indipendenza e onorabilità previsti per la nomina del curatore fallimentare secondo l'articolo 28 regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, trasparenza curriculaire, assenza di conflitti d'interesse, nonché avvicendamento e parametrizzazione dei compensi secondo requisiti da indicarsi in apposito regolamento del Ministro dello sviluppo economico; stabilire la spettanza al commissario straordinario dei poteri di ripartizione delle somme liquidate ai creditori in caso di ammissione alla procedura sulla base di piano redatto da tale organo;

(xii) stabilire la disciplina dei poteri del comitato dei creditori, quanto a iniziative, pareri e autorizzazioni, determinando i casi di parere obbligatorio in tema di mutamenti del piano e conversione della procedura in liquidazione, nonché ripartizioni dell'attivo in caso di piano del commissario straordinario;

(xiii) stabilire la disciplina dei poteri del commissario giudiziale, per i compiti di: a) sorveglianza sull'attuazione delle concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali, nonché il rispetto delle indicazioni anche temporali del piano; b) informazione al tribunale, al pubblico ministero, ai creditori e al Ministro dello sviluppo economico sui fatti rilevanti idonei a non consentire la realizzazione del predetto recupero; c) redazione dello stato passivo; d) ripartizione delle somme liquidate ai creditori secondo il piano, salvo il caso di procedura ammessa con piano proposto dal commissario straordinario;

(xiv) stabilire la conversione della amministrazione speciale in liquidazione giudiziale, in caso di mancata realizzazione del piano e insussistenza di concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali, con a) cessazione dell'attività del commissario straordinario, salvo l'obbligo di rendiconto; b) cessazione dell'attività del commissario giudiziale, salvo l'obbligo di rendiconto; c) nomina da parte del tribunale di un curatore, non designabile nella persona di chi ha svolto le funzioni di commissario straordinario, commissario giudiziale o collaboratore degli stessi; d) eventuale sostituzione motivata dei componenti il comitato dei creditori;

(xv) estendere alla procedura di amministrazione speciale riguardante i gruppi di imprese i principi e criteri direttivi di cui all'articolo 3 del disegno di legge n.3671bis AC;

(xvi) prevedere, per quanto non altrimenti disciplinato, ed in particolare per quanto attiene all'esecuzione del piano, che trovino applicazione i criteri ispiratori della disciplina di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 270, sostituita al fallimento la liquidazione giudiziale e che, entro i limiti consentiti dalla normativa dell'Unione europea, è tenuta ferma la possibilità per lo Stato di garantire i debiti contratti dalle imprese in amministrazione speciale ai sensi dell'art. 2-bis del decreto legge 30 gennaio 1979, n. 26, convertito in legge 3 aprile 1979, n. 95, in quanto compatibile.

B.NOTA ILLUSTRATIVA

1.La riforma delle amministrazioni straordinarie nel sistema concorsuale: necessità di impianto unitario e coordinato. 2. L'ingresso in procedura: struttura bifasica e monofasica, limiti della coabitazione autorità giurisdizionale-autorità amministrativa nelle amministrazioni straordinarie ed evoluzione del diritto fallimentare comune

dopo il decreto legge n.35 del 2005. 3. La necessità di una procedura basata su un piano iniziale con una rafforzata tutela anticipata dei creditori: il controllo giudiziale. 4. L'ingresso in procedura per le imprese grandi ed esercenti attività strategica per l'economia nazionale: il nuovo ruolo del MISE. 5. I nuovi parametri d'ingresso nella amministrazione speciale delle grandi imprese insolventi: la necessità di una procedura condivisa anche dai creditori e che misuri più tempestivamente i suoi risultati di efficienza.

1. La riforma delle amministrazioni straordinarie nel sistema concorsuale: necessità di impianto unitario e coordinato.

a) Come premesso in analoga audizione del 14 settembre 2016, avanti alla Commissione Giustizia della Camera (sul d.d.l. n.3671bis), si osserva che la ricorrente ed ulteriore scelta legislativa di una riforma del diritto fallimentare indica il convincimento che tale comparto sia tuttora relativamente autonomo rispetto al più generale diritto dell'impresa e al diritto processuale civile, *“ma l'utilità di una aggiornata disciplina si rivelerà tanto maggiore quanto più intenso sarà il suo collegamento con le parti virtuose delle porzioni di ordinamento italiano ad esso prossime ovvero, se necessario, profonda la deroga alle rispettive regole meno efficienti. Di fatto, da almeno una decina d'anni - dopo il d.l. n.35 del 2005 - il diritto della crisi d'impresa viene assimilato, per la **ricorrenza delle normative d'urgenza** e l'affiancamento agli strumenti d'intervento sulla crisi, ad una misura normale di manovra della politica industriale, finanziaria e dei mercati e solo in parte della legislazione sociale. Il risultato è duplice: per un verso la sua acquisita duttilità, almeno nel senso che non vi sono più - al di là della scarsa condivisibilità teorica del modello - resistenze culturali a confrontarsi con interventi periodici di aggiustamento del sistema e rincorse correttive di cattive prassi o più spesso di effetti non adeguatamente previsti di analoghe norme appena precedenti, ma anche la sua permanente instabilità e permeabilità a sommovimenti di altri settori giuridici, come quello fiscale, del lavoro oltre che del processo civile e del diritto societario, dunque con accentuazione di fattori di relativa dipendenza. Tanto più che oggi non esiste 'un diritto fallimentare', ma una **pluralità di ordinamenti giuridici concorsuali**, con una fragilità e al contempo mitezza sistemiche che procedono addirittura in doppia direzione: siamo l'unico Paese al mondo che conosce una frammentazione di modelli così vasta da prevedere competenze del giudice, della P.A., del giudice e della P.A., mischiando per conseguenza diritto commerciale e diritto amministrativo; ma siamo divenuti anche uno dei pochi ordinamenti europei nei quali il regime delle procedure è dettato solo in parte dalle norme riformate, restando in vigore ogni volta l'assetto anteriore. Le conseguenze di **scarsa prevedibilità dell'interpretazione** sono la diretta derivazione anche di questa circostanza - oltre che di squilibrata distribuzione territoriale dei tribunali e scarsa specializzazione, su cui però il d.d.l. 3671bis interviene con efficacia condivisibile - e dunque una riforma organica - ancorchè distante dal modello di stabilità delle legislazioni di Corpus dell'800 - dovrà porsi il problema della **maggiore durevolezza dei suoi congegni interni**. Che sono appunto principi, norme organizzative e norme di regolazione di dettaglio.”*. A ciò si aggiunge che, nel nostro sistema, per un verso non vi è stato alcun aggiornamento storico, adeguato a nuovi principi della libertà d'impresa *ex art.41 Cost.* e dell'accesso alla giustizia *ex art.24 Cost.*, della regola dell'officiosità dell'apertura delle procedure d'insolvenza: venuta meno

l'iniziativa d'ufficio fallimentare con la riforma del d.lgs. n.5 del 2006 e in attesa di un identico regime per le amministrazioni straordinarie (ove sopravvive invece una competenza del tribunale ad aprire l'istruttoria, nell'art. 3 co.1 d.lgs. n.270 del 1999), non vi è stata la ripresa del valore di monitoraggio – sia pur diffuso sul territorio e non coordinato fra uffici giudiziari anche piccoli – che quella prerogativa comunque assicurava. Per altro verso, nell'ordinamento italiano non opera né è prevista alcuna authority nazionale sulla crisi delle imprese, pur assolvendo in materia a compiti di osservazione, ma del tutto particolari e non omogenei, le competenze di molteplici enti statali e ministeri.

- b) Quanto ai p.d.l. n.865 e d.d.l. 3671ter si condivide la prospettiva di una **ricomposizione in un'unica procedura d'insolvenza** anche delle crisi d'impresa attualmente disciplinate dalle varie amministrazioni straordinarie (e dalle liquidazioni coatte amministrative, su cui insiste l'art.14 del d.d.l. 3671bis), salvo varianti per le imprese di rilevanza strategica per l'economia nazionale da un lato e un'eccezione dalle procedure concorsuali comuni per le sole banche e assicurazioni (e soggetti assimilati). Tale obiettivo è però solo parte di una diffusa esigenza di semplificazione ordinamentale e armonizzazione operativa di tutte le procedure concorsuali, che dovrebbe ispirarsi ad una **più razionale organizzazione delle risorse pubbliche dedicate**, anche indirettamente, alle crisi d'impresa e in generale alle situazioni compositive dell'insolvenza. Linea guida fondamentale dovrebbe essere l'indicazione della Raccomandazione della Commissione UE 12 marzo 2014: *“garantire alle imprese sane in difficoltà finanziaria, ovunque siano stabilite nell'Unione, l'accesso a un quadro nazionale in materia di insolvenza che permetta loro di ristrutturarsi in una fase precoce in modo da evitare l'insolvenza, massimizzandone pertanto il valore totale per creditori, dipendenti, proprietari e per l'economia in generale. Un altro obiettivo è dare una seconda opportunità in tutta l'Unione agli imprenditori onesti che falliscono.”* (Considerando 1). Non possono dirsi dunque coerenti, in un quadro di riforme, istituti la cui modifica non favorisca un quadro nazionale in materia d'insolvenza ispirato alla consapevolezza che *“La disparità tra i quadri nazionali in materia di ristrutturazione e la diversità delle norme nazionali che danno una seconda opportunità agli imprenditori onesti sono causa di costi aggiuntivi e fonte di incertezza nella valutazione dei rischi connessi agli investimenti in un altro Stato membro; frammentano le condizioni di accesso al credito e danno luogo a tassi di recupero del credito diversi; impediscono ai gruppi transfrontalieri di imprese di elaborare e adottare piani di ristrutturazione coerenti. Più in generale, possono costituire un disincentivo per le imprese che intendono stabilirsi in Stati membri diversi.”* (Considerando 4). Centrale diviene allora la prospettiva del **controllo pubblico sulla ristrutturazione del passivo** in funzione di continuità aziendale e il ruolo che in esso, del tutto chiaramente, l'ordinamento eurounitario assegna alla **giurisdizione**, come luogo di composizione e decisione dei conflitti fra debitore e creditori: *“L'omologazione giudiziaria del piano di ristrutturazione è necessaria per garantire che la limitazione dei diritti dei creditori sia proporzionata ai benefici della ristrutturazione e che i creditori abbiano accesso a un ricorso effettivo, in piena conformità con la libertà d'impresa e il diritto di proprietà sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Pertanto il giudice dovrebbe respingere il piano di ristrutturazione se è probabile che*

il tentativo di ristrutturazione limiti i diritti dei creditori dissenzienti in misura superiore rispetto a quanto questi potrebbero ragionevolmente prevedere in assenza di ristrutturazione dell'impresa del debitore.” (Considerando 19).

2. L'ingresso in procedura: struttura bifasica e monofasica, limiti della coabitazione autorità giurisdizionale-autorità amministrativa nelle amministrazioni straordinarie ed evoluzione del diritto fallimentare comune dopo il decreto legge n.35 del 2005.

- c) Anche al fine di verificare come l'esperienza italiana si sia nel frattempo collocata rispetto agli obiettivi della UE, un'ulteriore constatazione concerne altri due fattori:
- a) i profondi mutamenti assunti sin dal d.l. n.35 del 2005 anche dalle tradizionali procedure domestiche, quali il fallimento e il concordato preventivo, già oggi ampiamente emancipati da vocazioni esclusivamente liquidatorie; b) le innovative figure sorte nell'ultimo quinquennio attorno ad istituti ad impronta negoziale in cui la comunità dei creditori – organizzata nel processo avanti all'A.G.O. – incontra il progetto ristrutturativo del debitore in contesti anche processuali più snelli (la transazione fiscale e contributiva di cui all'art.182ter l.f., le convenzioni di moratoria dell'art.182septies l.f.) ovvero differiti (il piano attestato di cui all'art.67 co.3 lett.d) l.f.). In particolare, la stessa **continuità aziendale per le imprese** – così come la ripartenza con una inedita soggettività economica anche per la persona fisica sovraindebitata ex l. n.3 del 2012 – costituiscono valori orientativi immanenti ai nuovi e ai vecchi istituti della concorsualità italiana. La **conservazione degli attivi e dei rapporti aziendali e la prosecuzione dell'attività economica** non costituiscono dunque più un *proprium* delle **sole amministrazioni straordinarie**, mentre l'eccezionalità istituzionale del ricorso ad esse esige che l'**ontologica residualità** con cui sono sorte sia investita da una profonda verifica di aggiornamento sulla rispettiva compatibilità: sussiste una più vasta esigenza di prevedibilità dello statuto economico dei debitori e dei loro concorrenti, presupposto per relazioni di mercato affidabili e una complessiva efficacia competitiva dell'ordinamento giuridico della crisi. Si tratta di una osservazione che, in una **visione di riforma organica**, dovrebbe facilitare il **superamento** quanto più possibile **della separatezza delle amministrazioni straordinarie** stesse: non solo, come ipotizzato dalla stessa p.d.l. n.865, mediante **l'opportuna riduzione ad unità** ivi dettata rispetto alla frantumazione tipologica ora sussistente (che semmai potrebbe fungere solo da figura del diritto transitorio), ma attraverso un più deciso **raccordo con i nuovi principi cui è destinata ad ispirarsi la comune concorsualità** – bipartita essenzialmente in procedure di liquidazione e concordati, con una matrice iniziale comune, come voluto dal d.d.l. n.3671bis - e in definitiva un ripensamento della stessa nozione fondativa della storica specialità delle amministrazioni straordinarie, anche tenendo conto della permanente attualità di opzioni più drasticamente abolitive.
- d) Va ricordato che già la Commissione europea aveva a suo tempo rilevato che la **legge Prodi**, non prevedendo forme di reale controllo da parte del giudice, finisse essenzialmente con il lasciare **spazi eccessivamente ampi alla discrezionalità amministrativa**, anche con riguardo alle decisioni più importanti che caratterizzavano lo svolgimento della procedura, prime fra tutte quelle relative

all'autorizzazione alla continuazione dell'esercizio dell'impresa (di regola fino a 4 anni, ma a date condizioni fino a 5 anni e 8 mesi, *ex art. 2 d.l. 30.1.1979, n.26, conv. nella l. 30.4.1979, n. 95*) e come quelle **decisioni** fossero del tutto **sganciate dalla prospettiva della miglior tutela del ceto creditorio**. Nell'ambito della legge Prodi, infatti, il mero possesso di determinati requisiti dimensionali (in punto di livello occupazionale, 300 addetti ed esposizione debitoria qualificata *ex art.1*) consentiva, di per sé solo, l'accesso alla procedura, escludendo in maniera definitiva l'assoggettabilità dell'impresa al fallimento. A sua volta, l'amministrazione straordinaria aveva quale puntuale conseguenza, anch'essa pressoché automatica, la continuazione dell'esercizio dell'impresa, per disposizione dell'autorità amministrativa. L'assoggettamento alla procedura anche di imprese prive di ogni reale prospettiva di risanamento, che ne era conseguito, con la pratica riduzione di quelle procedure a liquidazioni vere e proprie, senza alcun risanamento, aveva evidenziato gli **effetti distorsivi della concorrenza** che preoccupavano gli organi comunitari, ai quali occorreva aggiungere i costi, spesso altissimi, che venivano scaricati sui creditori pregressi, i quali assistevano alla progressiva riduzione delle aspettative di soddisfacimento, in conseguenza degli esiti negativi della gestione e dell'accumulo di nuovi crediti prededucibili. A loro volta, l'utilizzo delle revocatorie *ex art.3*, in funzione recuperatoria di una consistenza patrimoniale devastata dal ritardo della dichiarazione di insolvenza, convinceva che lo strumento utilizzato non poteva fruire di vantaggi ulteriori (come le agevolazioni tributarie sulle vendite), di fatto operando come un comune fallimento ma a guida amministrativa e senza più un interesse pubblico visibile. Questa significativa porzione di storia della nostra legislazione economica rischia ora di riprodursi se si perpetua un modello di procedura che accumuli anche per il futuro in capo all'autorità amministrativa poteri di immediata e generale sottrazione del debitore insolvente al suo statuto concorsuale comune senza permettere, dopo breve tempo, il ripristino di un pieno controllo dei creditori sulla **giustificazione che protragga il sacrificio delle proprie azioni esecutive**: queste possono legittimamente risultare ulteriormente compresse, anche in un'ottica di tutela del diritto di difesa *ex art.24 Cost.* e della tutela del bene-credito *ex art.41 Cost.*, se comunque sia comprovata una possibilità soddisfattiva in un orizzonte predeterminato e, in alternativa, un efficace congegno liquidatorio, in una cornice di costante e credibile giustiziabilità dei suoi atti.

- e) Dall'esperienza varata con il d.lgs. n.270 del 8.7.1999 (la **Prodibis**) si è aggiunto il connotativo presupposto delle *"concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali"* (art.27), secondo una prognosi affidata al controllo anche giudiziale e dunque al dibattito fra contrapposti conflittuali interessi e diritti soggettivi (essendo maturata la stessa proiezione esecutiva del diritto di credito in un orizzonte cui non è estranea la prevedibilità dello statuto commerciale del suo debitore in caso di insolvenza). Nelle aspirazioni del legislatore, il **modello bifasico** doveva risolvere i dubbi sollevati in ambito comunitario sull'istituto, rispetto alla disciplina degli aiuti di Stato e, prevedendo la reversibilità o non automaticità della procedura, ridurre il rischio di una eccessiva dilatazione dell'area della prededuzione. Peraltro, il sistema bifasico non è rigido, posto che anche nella seconda fase, quella di competenza dell'autorità amministrativa, non mancano poteri rilevanti, come quello

di verificare se la procedura abbia raggiunto, o possa ancora raggiungere i propri obiettivi. **Questo approdo appare parzialmente non eliminabile anche in prospettiva.** Piuttosto, si segnala che l'apparente armonia del sistema (per cui al giudice ordinario spetta la tutela dei diritti; all'autorità amministrativa la gestione della crisi) ha manifestato, nel corso del tempo e alla prova di efficacia degli istituti, alcuni evidenti punti di crisi: il più rilevante risiede – per come osservato sulla base dell'esperienza dei tribunali – nelle **modalità di designazione del commissario giudiziale**. Si tratta di soggetto, chiamato a supportare sul piano tecnico il tribunale nella verifica dei presupposti per l'ammissione all'amministrazione straordinaria, ma la circostanza per cui quell'organo è nominato dal tribunale “su indicazione vincolante del ministro dell'Industria” (art. 8 co.1 lett.b) d.lgs. n.270 del 1999) ha storicamente introdotto una **difficile coabitazione**: sono contemporaneamente **assenti** sia il presupposto fiduciario tra professionista e autorità giudiziaria cui quello riferisce, sia un diverso mandato fiduciario proveniente dal ceto creditorio (privo di rimedi sulla scelta ministeriale), essendosi evidenziate forme di condizionamento indiretto del tribunale, potendosi cioè riportare surrettiziamente alla discrezionalità dell'autorità amministrativa la decisione sulla continuazione dell'esercizio dell'impresa insolvente. D'altro canto, anche la efficacia dell'art.28 co.1 d.lgs. n.270/99 – per cui *Entro trenta giorni dalla dichiarazione dello stato di insolvenza, il commissario giudiziale deposita in cancelleria una relazione contenente la descrizione particolareggiata delle cause dello stato di insolvenza e una valutazione motivata circa l'esistenza delle condizioni previste dall'art. 27 ai fini dell'ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria* – sconta un altro limite: pur essendo tale relazione funzionale a permettere allo stesso tribunale la decisione se aprire la amministrazione straordinaria ove le imprese insolventi *presentino concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali* (artt.27,30) altrimenti dichiarando il fallimento e così concludendosi la prima fase, si assiste ad un **giudizio prognostico che non è ancora basato su alcun piano**. Manca ancora infatti l'assunzione di un programma che, come invece accaduto in questi anni con il riformato concordato preventivo (e perfino con il sovraindebitamento del debitore civile, oltre che con l'atto di accordo sulla ristrutturazione del debito, la transazione fiscale, il piano attestato, le convenzioni di moratoria), permetta di arbitrare consapevolmente la soluzione concorsuale in modo alternativo alla liquidazione. La lunghezza di tale fase può essere superata, come previsto nell'art.15 d.d.l. 3671bis, ove sia il tribunale ad *aprire la procedura* (accertati altri presupposti dimensionali dell'impresa e quantitativi della crisi, lett.e), delegando ad un professionista la ricognizione attestata del recupero. Ma anche questa soluzione si compendia in una *ammissione alla procedura* solo se la citata prognosi positiva abbia ad **oggetto un vero e proprio piano**, redatto da un organo diverso, nel citato d.d.l. n.3671bis ancora il commissario straordinario di nomina governativa (lett.g) art.15 co.1). Tale iter, temperando l'attuale struttura bifasica, accelera l'ingresso della grande impresa in procedura e permette un controllo più efficace anche ai creditori, perché vertente su una decisione dell'A.G.O., la quale però, ancora riduttivamente, si limita al riscontro dei presupposti oggettivi di accesso all'amministrazione straordinaria.

- f) L'esperienza della vicenda **Parmalat** (la cd. **legge Marzano**, il d.l. 23.12.2003, n.347, conv. nella l. 18.2.2004, n.39), con l'introduzione di più elevati nuovi requisiti soggettivi (500 occupati e 300 milioni di euro di debiti) e una rimodulazione della fase giurisdizionale rispetto a quella amministrativa (la seconda in posizione di maggiore rilevanza), ha implicato un **modello monistico e accelerato** – con l'azzeramento della osservazione *ex art. 8 d.lgs. 270/99* (e, per conseguenza, la scomparsa della figura del commissario giudiziale) – che è alla base della p.d.l. n.865 e che il d.d.l. 3671ter ha conservato ma in via eccezionale e provvisoria. Divergono però, nei due disegni di legge, i legittimati all'iniziativa (per la p.d.l. n.865 solo l'impresa, per l'art.15 d.d.l. 3671ter, debitore, creditori, MISE e P.M.) e soprattutto il senso strategico della scelta. L'ammissione immediata e generalizzata (per la p.d.l. 865) con decreto del Ministro dello sviluppo economico, sbrigativamente verificati i presupposti, accede ad uno statuto che correla direttamente l'impresa, l'unica abilitata alla domanda, all'amministrazione straordinaria stessa, mentre l'autorità governativa provvede alla nomina del commissario straordinario e solo successivamente si perviene alla sentenza del tribunale che dichiara lo stato d'insolvenza. In tema, è stato notato che anche i successivi decreti 29 novembre 2004, n. 281, conv. l. 28 gennaio 2005, n. 6 (cd. decreto Volareweb S.p.A.) e 28 agosto 2008, n. 134, conv. l. 27 ottobre 2008, n. 166 (cd. decreto Alitalia) non hanno inciso significativamente su tale assetto, pur confermando, per tutti gli altri aspetti, la peculiare rincorsa fotografica della legislazione in materia a casi e vicende singolari, con approssimazione cui la legge ordinaria, sulla spinta dell'urgenza, viene piegata. Si tratta di una torsione che addiziona al sistema della comune insolvenza discipline sempre più di dettaglio e sempre meno coerenti con il valore economico-costituzionale della **prevedibilità dello statuto concorsuale**, cioè della corretta aspettativa del mercato (*in primis* i creditori) di poter attendere (e contare su) uno statuto concorsuale prefigurato rispetto alla crisi del rispettivo grande debitore, e non forgiata al momento della sua finale necessità organizzativa. Mentre la p.d.l. n.865 dunque non differenzia tra imprese, il d.d.l. 3671ter (art.15) muta i presupposti dell'accesso diretto, innalzando in modo assai significativo i parametri: il primo impianto è all'insegna, come detto, di una generale amministrativizzazione della crisi d'impresa medio-grande, sottraendo al tribunale il controllo sul recupero dell'equilibrio economico (genericamente "valutato" dal Ministro, che dunque potrebbe limitarsi ad una vaga indicazione di non impossibilità futura) e ai creditori il controllo sulla reale fattibilità di un programma di cessione o ristrutturazione o prosecuzione dell'attività; il secondo, aprendosi ad una deroga, tenta una difficile mediazione con le medesime nozioni, ove instaura un doppio binario (residuo della impostazione bifasica) altrettanto complicato da coordinare (l'ingresso immediato in procedura abilita il tribunale nei casi specialissimi di società quotate, o con 1.000 dipendenti ed un elevato parametro di ricavi e dipendenti, dei servizi pubblici essenziali, ad una ravvicinata e celere conferma, ma con gli stessi dati, omettendosi in questa variante l'apporto dell'attestatore).

3. La necessità di una procedura basata su un piano iniziale con una rafforzata tutela anticipata dei creditori: il controllo giudiziale.

g) **L'ambiguità di entrambe le soluzioni**, pur se offerte al cantiere legislativo da visioni non coincidenti, sconta il medesimo **limite di datazione culturale**: l'amministrazione straordinaria, in tutte le sue versioni storiche, si è sempre accompagnata alla prospettiva del risanamento ovvero della conservazione dei complessi produttivi, variamente agganciando la relativa prognosi ad un programma solo futuro del suo organo, di nomina governativa. Nel frattempo, almeno dal 2005 la legislazione comune del diritto dell'impresa, specie con l'esperienza dei concordati e in particolare di quelli con riserva *ex* art.161 co.6 l.f., ha affinato invece (anche attraverso interventi correttivi del legislatore e puntuale innesto di efficaci organi di controllo giudiziale) le buone pratiche di ristrutturazione del passivo, risanamento e continuità aziendale creando esperienze procedurali di immediato accesso ai benefici ma di altrettanto celere verifica reale della fattibilità di successo dei relativi progetti confezionati dagli imprenditori (ovvero, più di recente, da terzi concorrenti e competitori) quale condizione per l'avvio certo e stabilizzato del congegno concorsuale. Lo schema è radicalmente differente: **nelle amministrazioni straordinarie opera un'autorità amministrativa sovraordinata** rispetto alle parti, che assume da una valutazione *a priori* d'ingresso in procedura (in genere la mera sussistenza di requisiti dimensionali) l'interesse pubblico a gestire, coordinare ed orientare l'attività dell'impresa insolvente, in primo luogo autorizzando il programma (art.25 p.d.l. 865; lett. h e m) art.15 d.d.l.3751ter). Nelle istituzioni concordatizie, all'opposto, vengono invece lasciati **alla comunità dei creditori la valutazione di convenienza ed il giudizio sulla fattibilità economica delle proposte** mentre ai **tribunali compete la verifica, nel contraddittorio, dei presupposti di ammissibilità** di tali proposte, posto che comunque, attraverso la loro omologazione, si supplisce ad un deficit di consenso della negoziazione debitore-creditori e si giustifica anche costituzionalmente il sacrificio imposto ai singoli creditori o classi di creditori non consenzienti. Nel primo schema l'**atto pubblico autoritativo** è della **pubblica amministrazione**, l'interesse pubblico al sacrificio delle posizioni private non contempla una loro partecipazione al procedimento formativo della volontà del Ministro e nemmeno conta conoscere il consenso al piano, operando un elemento pubblicistico sovradeterminato; nel secondo schema, ogni compressione dell'autonomia privata procede da una **decisione giudiziaria**, in un ambito di dialettica preventiva che prevede la giustiziabilità dei diritti soggettivi e i controlli sull'esercizio della giurisdizione, oltre che la partecipazione degli interessati. Questo secondo scenario, ove dà risalto all'organizzazione processuale propria di tutti i Paesi di capitalismo maturo, si contrappone pertanto al modello di una procedura amministrativa che sostituisca la sentenza (frutto del contraddittorio fra parti portatrici di diritti soggettivi costituzionali contrapposti) con l'atto amministrativo (determinato da ragioni di interesse pubblico inafferrabili ove ancorate, in realtà, alla sola variazione dei presupposti oggettivi), avversando una soluzione che non appare in sintonia con la Raccomandazione Comm.UE 12.3.2014 che esplicitamente fa menzione di un atto omologatorio del giudice rispetto ad accordi negoziali fra parti private. Può anzi dirsi che la perpetuazione di una **vocazione egemone assunta in Italia quanto alla gestione ministeriale delle crisi delle grandi aziende** non si riduce al riflesso o all'equivalente dei poteri giurisdizionali, sostituito il giudice e il

tribunale con i funzionari governativi e nemmeno si limita ad includere competenze altrove di solito riservate all'autorità giudiziaria: un conto sono le misure di sostegno ad un settore o la concertazione mediatrice rispetto a parti sociali o tavoli fra competitori o possibili interessati al subentro in vicende aziendali in difficoltà e dunque la dettatura di linee di promozione di un settore o area produttiva, un altro conto sono i compiti di direzione, gestione e controllo anche di legalità nel concorso, dunque con tutti i poteri posti a capo di un'autorità che nomina e dirige gli stessi organi, formula le indicazioni dei piani, li approva e li proroga, nonché dirime conflitti fra parti contrapposte, ovvero rimanda ad un diverso e modesto controllo di legittimità esterno e formale cui si riduce l'intervento episodico della giustizia amministrativa o di quella ordinaria, sempre più ridotto. L'osservazione supera l'obiezione per cui al giudice ordinario si lasciano dirimere i conflitti in tema di accertamento del passivo e ripartizione dell'attivo, posto che il principale ed originario **conflitto riguarda la prospettiva ristrutturativa e il soddisfacimento dei creditori**, su cui manca – nel progetto di riforma delle amministrazioni straordinarie – un controllo tempestivo e dirimente di un organo terzo e di garanzia. Di fatto, si può ripetere che l'amministrativizzazione della crisi dell'impresa privata (medio-grande) determina oggettivamente una inopportuna dilazione nel tempo dell'oggetto dell'osservazione pubblicistica stessa: per ragioni di interesse contingente **si elude la prognosi sulla reale capacità dell'impresa di superare la crisi ristrutturandosi** e si rimanda ad una fase successiva la verifica del suo progetto, senza che esso ne qualifichi in qualche modo l'ingresso in procedura e perciò giustifichi i sacrifici, che sono immediati, per i creditori, oltre che i costi esterni (per competitori, bystanders, stakeholders). Da più parti se ne è qualificato il pratico effetto come un **gigantesco rinvio** di scelte talora anche dolorose che spesso spingono per una traslazione di costi e pesi sulla collettività (assorbimento nella fiscalità o nel sistema previdenziale)

- h) Per questo anche durante i lavori della Commissione Rordorf ci si era chiesto se l'eliminazione della strutturazione bifasica della procedura e della fase di osservazione costituissero una rinuncia ad un più equilibrato temperamento fra le finalità di risanamento dell'impresa e le esigenze soddisfatti dei creditori, e quindi un ritorno al passato, o rappresentassero invece la naturale conseguenza della **quasi inutilità della fase di osservazione** che, affidata ad un commissario di nomina sostanzialmente amministrativa, non ha saputo assicurare un'adeguata selezione delle imprese da ammettere poi alla procedura conservativa. Probabilmente entrambe le cose, ci si è risposto nel senso che, oggettivamente, essa rappresenta un arretramento e quasi un ritorno al modello originario della Prodi; per altro verso, rappresenta il precipitato di un'ambiguità di fondo che la Prodi non aveva saputo risolvere adeguatamente. Di qui la formula di compromesso dell'art.15 d.d.l. n.3671ter che si propone, almeno in via ordinaria e dunque per le imprese grandi ma non specialissime, di immettere nel circuito decisorio, sull'esperienza positiva del concordato, una proposta di piano proveniente dal commissario e una più seria attendibile verifica nell'interesse anche dei creditori, tramite il riscontro prognostico di un esperto e così poi la verifica del giudice.

- i) A sua volta la scelta della **struttura monofasica** è stata giustificata con le esigenze di massima celerità che la crisi di imprese particolarmente rilevanti avrebbe dimostrato essenziale e ad essa si ispira la p.d.l. n.865. È peraltro difficilmente contestabile che una riforma che si proponga di riportare, anche per i relativi controlli e conflitti, la gestione della insolvenza di imprese definibili, a vario titolo e come oltre precisato, “grandi” o “grandissime”, quanto più possibile nell’alveo del **diritto comune delle procedure concorsuali**, non possa rinunciare al **ruolo del giudice ordinario**, tanto più se si tratterà di un giudice specializzato, e consapevole, quale quello del tribunale delle imprese o comunque di un’autorità giurisdizionale a competenza territoriale di livello di distretto [art.2, lett. m) n.1 e 3 d.d.l. 3671bis]. Proprio tale previsione, anche in termini di professionalità e specifica attribuzione esclusiva di materie, dovrebbe assicurare **l’accesso alla procedura solo ad imprese veramente passibili di risanamento**, curando, quindi, che la procedura si proponga di **perseguire altresì l’interesse dei creditori**, sia pure nel lungo periodo, e mediante la conservazione delle imprese.
- j) Gli snodi di fondo costituiti dalla legittimazione a chiedere la procedura (imprenditore, creditori, P.M., o d’ufficio, nella Prodi bis; solo imprenditore nella Marzano e nella p.d.l. 865), nonché dalla scelta della struttura, bifasica o monofasica, per quanto impegnino il dibattito, sono l’effetto di scelte che a monte, e in via pregiudiziale, hanno assunto il **modello della coabitazione spuria** – autorità giurisdizionale ordinaria-autorità amministrativa – alla base della riforma e, in tal senso, denunciano tutta la storica irrisolvibilità di profili conciliativi, data la irrimediabile differenza di ambiti istituzionali.
- k) Dall’esperienza della struttura bifasica, che ha un significato eminentemente organizzativo, si può invece desumere l’utilità di un **reimpianto della funzione** che essa tendeva ad assolvere: **una decisione d’ingresso in procedura giudiziaria derivante dalla accertata prognosi positiva sul recupero di efficienza economica** dell’impresa insolvente. Perché il processo e il passaggio avanti al giudice ordinario fungano da **luogo di selezione delle imprese da ammettere** alla procedura, lungi dal ridurre l’A.G.O. a certificatore della mera insolvenza, occorre riprendere le nozioni di “**concrete prospettive di recupero dell’equilibrio economico** delle attività imprenditoriali”, arretrando tale verifica e coinvolgendo anche i creditori. Tale diversa chiave aiuta altresì a sciogliere il dubbio interpretativo tra chi ritiene che l’impresa debba avere concrete prospettive di tornare *in bonis* (attraverso la cessione dei complessi aziendali o attraverso la ristrutturazione economica e finanziaria sulla base di un programma di risanamento) e chi opta per uno scopo della procedura, quale il riposizionamento sul mercato, in termini di normalità, della stessa attività imprenditoriale, attraverso il recupero di un rapporto fisiologico tra costi e ricavi. La seconda questione, centrale, è quella del **potere di nomina del commissario giudiziale o comunque di un esperto che formuli un adeguato giudizio sul piano, in contraddittorio con il debitore e il commissario straordinario**, come nei concordati preventivi (specie in quelli con riserva) e per evitare che la fase iniziale (o di osservazione) si riduca ad un’inutile sequenza amministrativa e burocratica: tale **scelta** non può che essere **affidata all’autorità giudiziaria**, all’insegna di una valorizzazione del principio di responsabilità (innanzitutto verso i

creditori, naturali destinatari delle informazioni sulle prospettive di recupero del citato equilibrio economico). A precisazione ben si può ipotizzare che anche la scelta del commissario giudiziale debba avvenire, ad opera dell'autorità giudiziaria, nell'**ambito di un albo** (o ruolo) da istituire presso il Dicastero (MISE o Ministero della Giustizia) e che coincida con quello cui possono attingere tutti i tribunali *ex lett. n)* art.2, secondo un condivisibile principio generale già fissato dal d.d.l. n.3671bis, così graduando su un contesto nazionale l'esigenza di specialità professionale di tale figura.

4. **L'ingresso in procedura per le imprese grandi ed esercenti attività strategica per l'economia nazionale: il nuovo ruolo del MISE.**

- l) Una visione realistica ha indotto anche i proponenti del d.d.l. 3671bis (ora art.15 d.d.l. 3671ter) a prendere atto che ci sono state, e ancora potranno esserci, situazioni in cui, effettivamente, la **celerità dell'ammissione alla procedura** è condizione essenziale per la sopravvivenza delle unità produttive. Ma in tali evenienze, del tutto identiche a quelle già ben conosciute nelle prassi ordinarie per i concordati con riserva, il periodo di osservazione può essere evitato, perciò accedendosi direttamente ai benefici dell'amministrazione straordinaria, qualora lo richieda il debitore, nonché ricorrano le condizioni oggettive, in capo all'impresa, per l'apertura della procedura e **un decreto ministeriale attesti la ricorrenza dell'urgenza nonché la predisposizione di un iter già avviato per la confezione di un apposito programma**. Si tratta cioè di ipotizzare, in aggiunta o in parziale alternativa al sistema (più sotto meglio delineato) per l'accertamento giudizial-amministrativo o l'accertamento preventivo dell'appartenenza dell'impresa ad un settore strategico, una variante attestativa – quanto ai presupposti di urgenza e in parte alle condizioni, riservate le altre all'A.G.O. – conferita di nuovo all'autorità amministrativa, con assunzione di responsabilità sia ricognitiva dell'effettiva appartenenza dell'impresa ad un settore strategico sia delle prospettive di salvataggio-risanamento enucleabili dalla progettazione della crisi per come acquisita. Se però si vogliono evitare tutti i rischi di possibile distorsione della concorrenza e di dilatazione dell'accesso alla procedura, a discapito del ceto creditorio e dei competitori, occorre assicurare comunque che un **giudizio sulla proseguibilità della procedura** sia formulato, immediatamente dopo, da un'autorità imparziale e terza, e quindi **dall'autorità giudiziaria ordinaria**: chiamando questa, successivamente all'avvio della procedura o all'ammissione (se anticipata), a controllare la effettiva ricorrenza delle “concrete condizioni di recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali”. E tale scrutinio rigoroso ed imparziale, con ogni dibattito e contraddittorio sul suo esito, conferma l'indispensabilità di un soggetto valutatore effettivamente terzo, quale il giudice e di un organo di controllo altrettanto responsabile e competente, dal medesimo giudice nominato e a sua volta tenuto a rendiconti verso i creditori e il debitore, nonché della ragionevole prospettazione di un imminente piano da parte del debitore o del commissario straordinario.
- m) Si tratta, cioè, di immaginare un **decreto ministeriale con cui “la politica” assuma la responsabilità di attestare che l'impresa possiede i requisiti dimensionali previsti dalla legge per l'ammissione alla procedura** (ovvero appartenga ad un

settore economico strategico), e che sussistono **ragioni di urgenza** perché si transiti direttamente nella procedura di amministrazione straordinaria, **senza la fase di preventiva osservazione dell'impresa**. L'attestazione potrebbe essere resa agevolmente e tempestivamente dal Ministero ove fosse istituito il **registro o albo delle imprese strategiche**, cui le imprese aventi i requisiti di legge potrebbero chiedere di accedere (se cioè vogliono in futuro entrare in tale regime in caso di insolvenza, così palesando anche ai terzi la specialità del proprio statuto a valenza pubblicistica); in difetto, dovrebbe essere loro precluso l'accesso alla procedura amministrativa con propria domanda. La dichiarazione dello stato d'insolvenza e la contestuale ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria competerebbe in ogni caso, e necessariamente, all'autorità giudiziaria. Quindi, per tale ulteriore proposta e in concorrenza con il modulo generale, che rimarrebbe quello disegnato dalla Prodi bis, seppur rafforzato nel modo che si è detto, può ipotizzarsi un modulo ulteriore che, condizionato dall'**urgenza di provvedere**, proceda grosso modo secondo i seguenti passaggi: istanza, motivata e documentata, di accesso alla procedura, presentata al tribunale; richiesta di parere al Ministero; emissione del parere ovvero, in sua vece, provvedimento del Ministero che attesti il possesso in capo all'impresa dei requisiti dimensionali (ovvero l'appartenenza della stessa a settori economicamente strategici), e, stante l'urgenza, richieda l'accesso immediato dell'impresa alla procedura di amministrazione straordinaria; conseguente dichiarazione dello stato di insolvenza da parte del tribunale, con apertura contestuale della procedura di amministrazione speciale, e nomina del commissario straordinario (in termine breve e perentorio); controllo, dopo tre-sei mesi, da parte del tribunale, della sussistenza effettiva di "concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali", e ciò al fine di evitare che vengano ammesse alla procedura imprese in funzione meramente assistenzialistica: la procedura di amministrazione speciale deve cioè mantenere il carattere di procedura concorsuale, sia pure *sui generis*, in ragione degli interessi pubblici coinvolti.

- n) Ne consegue, a completamento illustrativo anche di tale proposta, che mentre l'attuale procedimento speciale previsto dalla Marzano assegna al Ministro la valutazione della ricorrenza delle condizioni di ripresa dell'equilibrio economico dell'impresa, e al tribunale l'accertamento (successivo) della qualità soggettiva dell'imprenditore e della sussistenza della crisi, e ciò al fine della dichiarazione dello stato d'insolvenza, **nonché** il controllo sulla ricorrenza dei requisiti dimensionali dell'impresa; nel sistema alternativamente prospettato le competenze verrebbero ad essere redistribuite, nel senso che **al Ministro** spetterebbe l'accertamento dei requisiti dimensionali (ovvero, preferibilmente e per questa variante, della **natura strategica dell'impresa**), mentre **al tribunale** spetterebbero **l'accertamento dello stato d'insolvenza** (e semmai dei requisiti dimensionali) e, successivamente, dopo tre-sei mesi dall'ammissione provvisoria alla procedura straordinaria, **l'accertamento della effettiva ricorrenza delle prospettive di recupero** dell'impresa, ovviamente sulla base di un **piano** nel frattempo redatto dal commissario governativo, in alternativa ad un progetto del debitore.

In tal modo, vale a dire mediante l'introduzione di una variante nello schema tipico del modello bifasico, si potrebbero conciliare le esigenze di speditezza che sono state

poste a fondamento del d.l. n. 347/2003 e di controllo amministrativo della crisi, da un lato, con le esigenze di contenimento dei rischi assistenzialistici, e comunque di ingiustificato sacrificio delle aspettative dei creditori dell'imprenditore, dall'altro. In tal senso, si porrebbe pure un rimedio definitivo all'irrazionalità dell'attuale sistema della Marzano, che prevede addirittura un'ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria che precede la dichiarazione dello stato d'insolvenza del tribunale. Verrebbe allora eliminata quella vera e propria stortura ordinamentale costituita, nell'ambito dei servizi pubblici essenziali, dalla legittimazione della Presidenza del Consiglio, cioè di una autorità politica più che amministrativa, a richiedere l'ammissione dell'impresa alla procedura.

In ogni caso è ovvio che, in una diversa prospettiva, questo secondo modulo potrebbe essere addirittura generalizzato e divenire, indipendentemente dall'urgenza di far accedere l'impresa alla procedura, il modello tipico ed esclusivo, invece che concorrente con quello bifasico puro, di accesso alla procedura di amministrazione straordinaria (*rectius*: speciale) delle grandi imprese in crisi.

- o) Si propone inoltre di istituire un **collegamento strutturale dello statuto della grande impresa** all'interesse pubblico alla sua preservazione oggettiva, ove essa, con l'ingresso nei requisiti dimensionali in ordini di grandezze (in punto di livelli occupazionali, attivo e ricavi), si trovi in una condizione per cui, se insolvente, sarebbe assoggettabile all'amministrazione straordinaria. Qualora dunque essa abbia conseguito con decreto del MISE il requisito formale di esercente un'attività strategica per l'economia nazionale e versi nelle predette condizioni economico-patrimoniali, dovrebbe insorgere l'obbligo di adeguare il suo statuto agli stessi obblighi previsti dagli artt.6 e 14 del d.lgs. 19.8.2016, n.175 (sulle società pubbliche). In particolare si propone: a) *la predisposizione di specifici **programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale** con informazione all'assemblea e al MISE;* b) *l'istituzione di un **ufficio di controllo interno strutturato secondo criteri di adeguatezza** rispetto alla dimensione e alla complessità dell'impresa sociale, che collabora con l'organo di controllo statutario, riscontrando tempestivamente le richieste da questo provenienti, e trasmette periodicamente all'organo di controllo statutario relazioni sulla regolarità e l'efficienza della gestione;* c) *l'adozione di **codici di condotta propri, o adesione a codici di condotta collettivi aventi a oggetto la disciplina dei comportamenti imprenditoriali** nei confronti di consumatori, utenti, dipendenti e collaboratori, nonché altri portatori di legittimi interessi coinvolti nell'attività della società;* d) *la redazione di **programmi di responsabilità sociale d'impresa**, in conformità alle raccomandazioni della Commissione dell'Unione europea ed anche su indicazione del MISE.*

5. I nuovi parametri d'ingresso nella amministrazione speciale delle grandi imprese insolventi: la necessità di una procedura condivisa anche dai creditori e che misuri più tempestivamente i suoi risultati di efficienza.

- p) La storia delle amministrazioni straordinarie, come solo in parte riconosciuto nella presentazione alla stessa p.d.l. n.865 ed invece meglio illustrato nel d.d.l. n.3671bis, riflette la citata metodologia legislativa: si è trattato e si tratta, all'apparenza, di una continua **rincorsa mediante leggi-fotografia alle nuove dimensioni economico-aziendali ovvero occupazionali o anche solo debitorie** assunte dalle crisi delle

grandi aziende industriali. Ed anzi, ed è il primo elemento di criticità della p.d.l. n.865 che, muovendo dal riscontro della contrazione del numero delle grandi imprese, finisce con l'estendere il modello ben oltre le iniziali proporzioni organizzative, così alterando in modo evidente e già per questa scelta la stessa nozione di straordinarietà. Ne consegue che l'obiettivo non è stato (né appare) più quello di intervenire sul meccanismo di efficientamento della concorsualità speciale propria dell'istituto, assumendone almeno in parte le criticità, e dunque almeno accentuando la funzionalità dei congegni operativi allo scopo di assicurare con maggior certezza l'obiettivo originario per cui tale regime speciale e di direzione politica era sorto, cioè la conservazione dei complessi produttivi. Il filo rosso che lega sia la proliferazione dei modelli di amministrazione straordinaria (la legge Prodi del d.l. n.26 del 1979, la legge Prodibis del d.lgs. n.270 del 1999, la legge Marzano del d.l. n.347 del 2003), sia i moltissimi interventi normativi successivi annovera invariabilmente singole vicende di crisi per le quali il disegno assorbente si è ispirato in primo luogo alla **attrazione nella competenza ministeriale dei nuovi casi**, con disinvoltura crescente inseriti anche denominativamente nell'impianto originario, fino al punto di impedire di cogliervi un'intima coerenza. L'**amministrazione straordinaria**, per questa via, **insegue la crisi di un'impresa ad impatto sociale avvenuto** e secondo una selettività sempre più **contingente**, vale a dire priva di declinazione nella nozione di "grandezza" economica; al contempo il maggior successo di altri istituti compositivi delle crisi (come i concordati e gli accordi di ristrutturazione) anziché incoraggiare una ritrazione selettiva dell'istituto sembrano aver sollecitato una sua irrazionale espansione, contraddittoria con la natura "straordinaria" della sua instaurazione. È d'altronde assai significativo che la citata rincorsa sia avvenuta quasi esclusivamente mediante **decretazione d'urgenza**, a riprova della incapacità della trama originaria del modello (sia della Prodibis che della stessa Marzano) di accogliere nella sua disciplina le problematicità nascenti da singole vicende di crisi ed occasionate da conflitti non regolabili all'insegna del primato dell'atto amministrativo rispetto al possibile dispiegarsi davanti all'autorità giudiziaria e ai parametri del diritto commerciale. In questo senso, anche la direzione degli interventi storici sull'impianto normativo più recente (la legge Marzano) ha abbracciato non solo ad esempio allargamenti continui dei presupposti di accesso (dal caso Volareweb al caso Alitalia) ma anche adattamenti rispetto a decisioni giudiziarie non condivise perché in contrasto con le prassi ministeriali (come per l'art.63 d.lgs. n.270 del 1999 in tema di valutazione aziendale, ove l'art. 9, comma 2-bis, D.L. 10 dicembre 2013, n. 136, conv. dalla L. 6 febbraio 2014, n. 6, come modificato dall'art. 11, comma 3-quinquies, D.L. 23 dicembre 2013, n. 145, conv. dalla L. 21 febbraio 2014, n. 9, ha dettato addirittura la norma di interpretazione: nel senso che, fermi restando gli obblighi di cui al comma 2 e le valutazioni discrezionali di cui al comma 3, il valore determinato ai sensi del comma 1 non costituisce un limite inderogabile ai fini della legittimità della vendita). Nel corso dei lavori della Commissione Rordorf si è provato, in un primo tempo, ad operare -senza una tesi preconcepita - una ricognizione dei risultati storici dell'istituto, al fine di valutare la frequente critica dottrinale che pone in dubbio la stessa utilità di sopravvivenza del modello amministrativo concorsuale, essendo a tutti nota la peculiarità se non anomalia di questo istituto italiano. Laddove esso riserva alla guida

governativa una competenza primaria nella regolazione concorsuale sia delle crisi delle grandi imprese che della vasta popolazione delle cooperative, non si realizza un ordinamento coordinato, si determinano condizioni disparitarie fra masse di creditori, competenze giurisdizionali bipartite fra TAR e tribunali ordinari, parallelismi operativi impropri nell'azione dei giudici delegati rispetto all'operato di funzionari ministeriali. Altrove, com'è altrettanto noto, non esistono istituti paragonabili e ogni vicenda d'insolvenza avviene nel solo ambito giurisdizionale, più o meno specializzato. Dal data-base del MISE, all'epoca del presente contributo, sono registrati 113 gruppi per i quali solo in pochissimi casi (Arquati, parzialmente; ACMS, che però è migrata in fallimento; AMIA, fallita) sembrano avviate sequenze ristrutturative (secondo *la ristrutturazione economica e finanziaria dell'impresa, sulla base di un programma di risanamento di durata non superiore a due anni* ("programma di ristrutturazione"), cioè l'attuale art.27 co.1 lett.b) della Prodigis (che la p.d.l. n.865 riproduce all'art.1 co.2 lett.b) ma che scompare dagli accertamenti che dovrebbe compiere l'autorità giudiziaria). Per il resto i programmi sono tutti o di liquidazione vera a propria (in cui l'attività svolta dagli organi è la stessa del curatore quale espletata nel comune fallimento) o di cessione dei complessi aziendali o di loro rami (in cui parimenti la differenza rispetto al fallimento o anche al concordato con cessione o liquidatorio non sussiste). Analogamente nelle 215 imprese sub legge Marzano (gestite come gruppi in numero di 22), prevalgono scenari liquidatori dopo pochi anni dall'inizio della procedura e dunque è centrale la cessione d'azienda, con pochi casi di residuo esercizio d'impresa. In assenza di altri indici, il MISE ha messo in evidenza una complessiva riallocazione dei dipendenti in misura pari, per entrambe le procedure, a circa il 50%. Si osserva che tale dato andrebbe meglio illustrato per conoscere con quali costi, sulla fiscalità generale e il sistema previdenziale, sia stata possibile tale ricollocazione, ben altra nozione aziendalistica essendo quella che misura il passaggio dei lavoratori in capo a cessionari d'azienda o rami sulla base di programmi e dunque con logiche di recuperata produttività e mantenimento di quote di mercato, senza costi erariali e comunque a carico della collettività. Tale specificazione non è nota.

- q) Il citato elemento statistico era stato in realtà dedotto in una puntuale **richiesta di dati storici, flussi e parametri di rendimenti, agli inizi del 2015 rivolta agli uffici del MISE**, rappresentati nella Commissione Rordorf sia con propri funzionari sia mediante l'apporto di professionisti di corrente nomina ministeriale a commissari straordinari. Questa la richiesta: *la serie storica delle **procedure già chiuse**, Prodigis (e Marzano), su durata, distinzione tra programmi di ristrutturazione aziendale (procedura con continuità riscontrata al momento della chiusura), cessione a terzi di azienda e cessione di beni; individuazione del momento d'inizio delle cessioni; conversioni in fallimento; scostamenti e modifiche autorizzate del piano (tipologia, percentuale di soddisfo e tempistica); scostamento dei prezzi di cessione dalle iniziali previsioni di stima dei consulenti e delle relazioni iniziali dei commissari; sostituzioni dei commissari e compensi; sostituzioni del comitato di sorveglianza e compensi; contenzioso attivato contro i rendiconti di gestione dei commissari; costi finali delle procedure (compensi, ausiliari, inclusi legali, spese vive, prededuzione) e percentuali di soddisfacimento dei creditori; entità del passivo accertato rispetto al passivo insinuato; numero dei creditori; percentuale di incremento del passivo a seguito dei giudizi*

*impugnatori; massa passiva prededotta; numero imprese confiscate ex l. antimafia ammesse all'a.str. (dal 2008); numero di concordati ex art.78; dichiarazioni di fallimento nel biennio successivo alla chiusura; apertura di indagini penali e condanne nei confronti di commissari e componenti del comitato di sorveglianza; ricorso agli ammortizzatori sociali in corso di procedura e al momento della cessione aziendale o avvio della liquidazione, con distinzione tra dipendenti trasferiti e dipendenti non trasferiti. Quanto alle procedure pendenti (sia della **Prodibis** che della **legge Marzano**) questa la analoga richiesta: durata, distinzione tra programmi di ristrutturazione aziendale, cessione a terzi di azienda e cessione di beni; individuazione del momento d'inizio delle cessioni; scostamenti e modifiche autorizzate del piano (tipologia, percentuale di soddisfo e tempistica); scostamento dei prezzi di cessione dalle iniziali previsioni di stima dei consulenti e delle relazioni iniziali dei commissari; sostituzioni dei commissari e compensi; sostituzioni del comitato di sorveglianza e compensi; contenzioso attivato contro i rendiconti di gestione dei commissari; costi finali delle procedure (compensi, ausiliari, inclusi legali, spese vive, prededuzione) e percentuali di soddisfacimento dei creditori; entità del passivo accertato rispetto al passivo insinuato; numero dei creditori; percentuale di incremento del passivo a seguito dei giudizi impugnatori; massa passiva prededotta; numero imprese confiscate ex l. antimafia ammesse all'a.str. (dal 2008); numero di concordati ex art.78; dichiarazioni di fallimento nel biennio successivo alla chiusura; apertura di indagini penali e condanne nei confronti di commissari e componenti del comitato di sorveglianza; ricorso agli ammortizzatori sociali in corso di procedura e al momento della cessione aziendale o avvio della liquidazione, con distinzione tra dipendenti trasferiti e dipendenti non trasferiti. Tali elementi erano stati ritenuti necessari per comprendere l'attualità della procedura, ma non sono pervenuti, salvo un elenco di procedure corrispondente a quello che oggi risulta in apposita lista nel sito del MISE (dunque con dati minimi).*

- r) L'esito dei lavori della Commissione Rordorf, sfociato nell'articolato ripreso nell'iniziale d.d.l. n. 3671, definiva rispettivamente agli artt.14 (per le liquidazioni coatte amministrative) e all'art.15 (per le amministrazioni straordinarie), principi di legge delega autonomi, all'insegna di una assai moderata rivisitazione critica delle seconde – condizione posta dal MISE per licenziare lo stesso testo finale – ma con alla base un'amplissima convergenza assunta dalle sottocommissioni verso un unico modello processuale (art.2 co.1 lett. d ed e), la netta preferenza organizzativa verso proposte ed istituti volti a premiare il superamento della crisi attuato con la continuità aziendale (lett.g) e la scelta di specializzazione dei giudici addetti alla materia concorsuale, con attribuzione ai tribunali distrettuali delle competenze in tema di imprese rilevanti (lett.m e l) e proprie amministrazioni straordinarie.
- s) quanto ai **presupposti delle amministrazioni straordinarie** (artt. 1 e 2 d.lgs. n. 270/1999 e 1 d.l. n.347/2003), rilevata una convergente attenzione verso il concetto tradizionale e consolidato di **insolvenza** ai sensi dell'art.5 l.f., una prospettiva di coordinamento con un'unica generale procedura concorsuale (il cd. tronco comune), da cui ipotizzare singole deviazioni, suggerirebbe, in primo luogo e come anticipato, la **riunificazione delle relative fattispecie d'ingresso**; è peraltro constatazione che le prassi recenti hanno già assegnato un ruolo di fatto trainante verso un modello unitario alla diffusa **opzione concordataria** esercitata dalle imprese astrattamente assoggettabili alle due amministrazioni straordinarie; il concordato preventivo,

attuato nelle forme della riserva di cui all'art.161 co.6 l.f., ha a sua volta aperto la strada a progetti di ristrutturazione del passivo articolati su soluzioni le più varie, sia in termini di continuità aziendale che per esiti liquidatori, come anche ad evoluzioni per gradi successivi delle stesse opzioni concorsuali (come nell'ipotesi di partenza o migrazione in un accordo di ristrutturazione dei debiti *ex* art.182bis l.f.) o verso istituti negoziali a concorsualità differita o eventuale (i piani attestati dell'art.67 co.3. lett.d l.f.); a loro volta le concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali (art.27 co.1 d.lgs. n.270/1999), declinate mediante cessione dei complessi aziendali (co.2 lett. a) o programma di ristrutturazione (co.2 lett. b), hanno rinvenuto una indiretta e peculiare declinazione ove si tenga conto che ora l'amministrazione straordinaria *ex* d.lgs. n.270/99 può essere aperta, in deroga ai requisiti di cui al co.1 art.2, in capo alle imprese confiscate ai sensi della legge antimafia (l. 31 maggio 1965, n.675); al contempo, l'art.1 co.1bis d.l. 28.8.2008, n.134 ha previsto che, per le società operanti nel settore di servizi pubblici essenziali, il predetto risultato delle concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico possa essere raggiunto anche mediante la cessione in blocco di complessi di beni e contratti con programma di prosecuzione dell'impresa annuale (art.27 co.2 b-bis);

- t) in una prospettiva di riordino, al di fuori di una rincorsa a leggi-fotografia di singole crisi rilevanti (fenomeno di comune osservazione da parte anche della dottrina giuridica), è stato rilevato che può essere utile riverificare innanzitutto la tenuta dei **requisiti soggettivi di accesso**; sul punto, si osserva che i numeri bassi di accesso alle amministrazioni straordinarie (1% delle procedure liquidatorie nazionali, 5% del monte occupazionale) dipenderebbero anche dall'inattualità delle attuali soglie ad es. occupazionali, mentre altri hanno espresso preoccupazione per i rischi di definizioni troppo discrezionali, ed altri ancora hanno posto in rilievo che, in generale, il decremento dell'occupazione è un fattore economico immanente alle riorganizzazioni d'impresa che non andrebbe perciò rincorso (le amministrazioni straordinarie dovrebbero essere poche, anche valorizzando in tal modo le competenze gestorie del MISE); i predetti requisiti dovrebbero – secondo una proposta - in primo luogo operare per tutte le imprese meritevoli di tale concorsualità speciale, ciò implicando **l'abolizione di ipotesi (come per le imprese confiscate) di ingresso semplificato in procedura**, e così evitandosi una strumentalizzazione meramente gestoria di una procedura nata per la **grande impresa commerciale insolvente**, ma con finalità conservative del patrimonio produttivo, caratteristiche da mantenere e aggiornare senza contingenti deviazioni di perimetro soggettivo (che incrinano il sistema anche sotto il profilo della disparità di trattamento fra creditori oltre che della imprevedibilità del quadro concorsuale atteso dal mercato, ponendo in continua tensione altresì il diritto intertemporale, con grave disagio dei pratici ed allontanamento degli investitori evocabili nelle situazioni di pre-crisi; cfr. punto III. A.6 lett.e) Raccomandazione Commissione Europea 12 marzo 2014 sul nuovo approccio all'insolvenza);
- u) si tratta di intervenire su procedure per le quali sono di assoluto significato entrambe le locuzioni: quella organizzativa e tipologica (**carattere straordinario dell'amministrazione**), che rimanda a soluzioni organizzative saldamente ancorate ad ipotesi con tratti di non comune riscontro nella ordinaria organizzazione

dell'impresa e della sua insolvenza, dunque anche quantitativamente selettive, e benché rivolte ad una serie indeterminata di soggetti-tipo e crisi-tipo, con un eccezionale carattere esterno della gestione-vigilanza; quella qualitativa (attinente alla **grande impresa**), che implica una giustificazione altrettanto evidente dell'investimento speciale dell'ordinamento concorsuale, con motivate regole di deviazione da quelle comuni e richiamo di giustificabili risorse anche pubblicistiche (della P.A., della magistratura specializzata, del processo) coerenti con un'elevata specializzazione delle conoscenze, dei saperi e degli atti efficaci; ne consegue la necessità, volendo mantenere in qualche modo l'istituto, di **attualizzare le nozioni di amministrazioni straordinarie e speciali solo per grandi imprese insolventi**, evitando di dar vita ad un'espansione quantitativa di esperienze in contraddizione con la radice storica dei rispettivi statuti di deroga, e pur se stratificati e a volte dettati da mera contingenza;

- v) in secondo luogo, occorrerebbe appunto porsi l'obiettivo di assicurare la **massima prevedibilità** – a fini di ordinate relazioni di mercato – quanto allo **statuto concorsuale** che andrà ad applicarsi alle **grandi imprese insolventi**, esigenza su cui in dottrina c'è amplissimo consenso; in particolare tale risultato può essere perseguito mediante un'**oggettivazione dei requisiti di accesso** che ne renda agile, nonché suscettibile di contenzioso il più debole possibile, la ricognizione (anche mediante rivisitazione del riparto di competenze, tra A.G.O. e G.A., come sopra indicato); le strade in astratto percorribili guardano da un lato all'*esperienza dei requisiti in sé* e dall'altro al *procedimento diretto al loro controllo* e, in una prospettiva di maggior connotato riformistico, si connettono ad un'*anticipazione dei valori pubblicistici assegnabili alla grande impresa*, anche prima che essa entri in crisi;
- w) circa i **requisiti di accesso**, a loro volta, occorre ipotizzare un modello da un lato riconoscibilmente generale ed astratto, così da evitare che elementi di eccessiva selettività producano, e sia pur in rapporto al trattamento concorsuale speciale, condizioni di alterazione rilevante della concorrenza, con problematicità di raccordo con il diritto e la giurisprudenza UE in tema di aiuti statali; dall'altro, occorre altresì che la rivisitazione e/o sostituzione dei criteri attualmente ripartiti tra d.lgs. n.270/1999 e d.l. n. 347/2003 sia ottimizzata in rapporto ad una possibile e robusta **clausola generale unificante**; in questa direzione si iscrive la proposta di ammettere ad un'unitaria amministrazione speciale le imprese che presentino **rilevanza strategica per l'economia nazionale**; si tratta di oggettivare un requisito che, senza sconfinare nell'area dell'impresa pubblica, ne ammetta in prospettiva una significatività giuridica che dia conto di imprese in una relazione di 'servizio al Paese', così attribuendo alle indicazioni di politica del diritto, di prerogativa della legge ordinaria, le scelte in tema; e semmai conducendo a verifica di effettiva utilità la sopravvivenza di istituti, come la previsione di garanzie dello Stato, che possano attrarre procedure sanzionatorie ove oggetto di rilievi per materiale o problematica distorsione della concorrenza (dunque non escludendosi nemmeno il loro abbandono o l'attenuazione);
- x) **la rilevanza strategica per l'economia nazionale**, secondo la proposta, dovrebbe essere costruita come una qualità attribuibile all'impresa ovvero, in caso di gruppo, a ciascuna di esse fin tanto che permangano le medesime condizioni che

permettano l'attualità del criterio stesso ovvero ad una di esse con riflessi su quelle del gruppo che, insieme a quella portante, condividano la condizione; in secondo luogo, recuperando la tradizione normativa del d.lgs. n.270/99 e del d.l. n. 347/03, l'impresa o, con essa, il gruppo dovrebbero essere **grandi**, quale risultato della sussistenza – in via preferibilmente congiunta o almeno di decisa prevalenza quantitativa se più – di criteri come: a) **il requisito occupazionale** (per numero di lavoratori dipendenti, ovvero prevalentemente dipendenti, a tempo determinato o indeterminato e assimilati, cioè con nozione aperta alla ricognizione di figure prive di significativa autonomia ed invece dotate di relazione stabile con l'impresa, con sedi di lavoro anche non in Italia, totalizzando gli occupati del gruppo, da un congruo periodo rispetto all'accertamento, pari ad almeno un anno, compresi quelli ammessi agli ammortizzatori sociali e dunque per i quali il rapporto di lavoro sia ancora pendente, in un numero che può ipotizzarsi pari ad almeno 500 o 1.000 o multipli degli attuali 500; b) **il requisito contabile**, con possibili alternative: (b.1): gli stessi elementi di cui all'art.1 co.2 l.f., secondo una ipotesi, così dando continuità all'unitario sistema concorsuale, dunque – in capo ad almeno una impresa in caso di gruppo - un attivo patrimoniale, un ammontare di ricavi e un indebitamento, compresi debiti di garanzia, pari ad un multiplo qualificato di quegli stessi fattori, ad es. moltiplicatore di 500 o 1.000; (b.2): un ammontare di debiti qualificato o in termini assoluti, in ipotesi almeno 500 o 1.000 milioni di euro ovvero in termini percentuali rispetto al totale degli attivi e dei ricavi dell'ultimo esercizio, pari ad almeno due terzi, come ora, ma con un minimo pari ad un multiplo qualificato delle soglie attuali di accesso al fallimento, ad es. moltiplicatore di 1.000); c) **il requisito del settore strategico**, mantenendo l'ambito di rilevanza nazionale, comprensivo innanzitutto delle attività direttamente espletate da imprese a capitale interamente privato (o comunque non società pubbliche) come **esercizio di servizi pubblici essenziali**, in settori ad es. delle **telecomunicazioni, trasporti, ricerca scientifica, istituzione sanitaria, difesa o altri individuati per legge e poi con delega ricognitiva sulla base di un D.M. MISE**. Si osserva che proprio una procedura speciale tutelerebbe la strategicità dell'impresa, che sia reale ed aggiornata, com'è avvenuto con le varie normative sulle *golden share* per taluni settori dei servizi e della produzione, instaurandosi limiti e procedure che siano funzionali a soggettività economiche riconoscibilmente peculiari e di interesse per il diritto pubblico dell'economia, ciò per apprezzamento esplicito e trasparente (anche in contraddittorio con soggetti controinteressati) secondo un congegno adottato con legge; il punto andrebbe coordinato con l'evoluzione del trattamento concorsuale dell'impresa pubblica e della società pubblica[v. *infra*];

y) quanto al **procedimento diretto al controllo dei requisiti d'accesso**, dato atto che nel dibattito viene dato apprezzamento all'obiettivo di ingresso il prima possibile nella vera e propria procedura concorsuale (com'è oggi quasi solo nell'amministrazione *ex l.* Marzano e nel concordato preventivo con riserva), superando fasi di osservazione ove contraddittorie con le operazioni urgenti di risanamento e vertendo i poli del confronto sui margini maggiori o più sfumati di recupero del ruolo dell'A.G.O., si possono ipotizzare almeno tre modelli: a) un **accertamento giudiziale contestuale** alla dichiarazione dello stato d'insolvenza, in cui l'A.G.O. verifica, oltre – come oggi - l'elemento oggettivo di cui all'art.5 l.f., altresì

la rilevanza strategica per l'economia nazionale desunta dai criteri di dettaglio sopra indicati (occupazione, dati contabili, settore strategico, oggetto di apposita legge, con parametri speciali di normazione secondaria affidati ad un DM del MISE); b) **un accertamento giudizial-amministrativo contestuale** e a competenza plurima, con riserva all'autorità amministrativa (come il MISE) della ricognizione dell'appartenenza dell'impresa ad un settore strategico (sulla base della legge e dei DM generali) e all'A.G.O. dell'insolvenza nonché dell'occupazione e dei dati contabili di grande impresa; c) **un accertamento preventivo, non collegato all'istruttoria sullo stato d'insolvenza e vertente su una richiesta dell'impresa (o del gruppo)** diretta ad ottenere la qualificazione di grande impresa di rilevanza strategica per l'economia nazionale, con competenza del MISE all'emanazione di un apposito decreto (di *status*, iscritto al registro delle imprese), impugnabile con procedura camerale avanti al giudice ordinario (potrebbe essere il giudice specializzato distrettuale, con decreto non ulteriormente impugnabile e solo ricorribile per cassazione per violazione di legge), con decisione efficace ad ogni altro effetto previdenziale, laburistico, creditizio e in genere di accesso alla legislazione sociale (in analogia al modello della l. n. 443/1985 sulle imprese artigiane) assistita da presunzione (relativa) di validità anche nei rapporti civili e dunque in una futura istruttoria diretta all'instaurazione della procedura concorsuale; per questa ultima ipotesi si pone il problema – eventualmente in alternativa – della durata di validità del D.M. MISE se (divenuto definitivo per rigettata od omessa impugnazione) ritenuta permanente ovvero pari ad almeno un anno, posto che la ricognizione si fonderebbe su elementi del bilancio (e cioè dell'esercizio chiuso, cfr. Cass. 8228/2015) dell'ultimo anno o triennio anteriore (secondo l'esperienza dell'art.1 co.2 l.f.). Quale che sia il modello ricognitivo della grande impresa, attuandone l'accesso immediato alla procedura (o meglio agli effetti protettivi della concorsualità) resterebbe in ogni caso riservato all'autorità giurisdizionale (il tribunale specializzato) la verifica delle prospettive di recupero dell'equilibrio economico dell'attività imprenditoriale e dunque l'apertura della vera e propria amministrazione straordinaria (l'ammissione ad essa), connessa alla redazione del piano (a cura del commissario straordinario ed il supporto del MISE o in alternativa ad iniziativa del debitore stesso o di un terzo, dotati di requisiti determinati) sulla base di un contraddittorio instaurato alla luce delle osservazioni di un organo ausiliario del giudice (un commissario giudiziale).

z) Nel corso dell'audizione del 14 settembre 2016 presso la Commissione Giustizia della Camera sul d.d.l. n.3671bis si è rilevato che *“Le ricerche empiriche e la stessa scienza aziendalistica hanno inoltre posto in evidenza la **centralità del turnaround** quale segno e al contempo metodo di efficientamento dei processi produttivi di riorganizzazione e il **mutamento del management**. Parimenti, l'aggancio del diritto dell'insolvenza al diritto della crisi economica e dunque alle politiche legislative di rafforzamento della rete industriale, tecnologica e finanziaria del Paese giustifica una possibile direttiva di merito anche sulla **governance produttiva dell'impresa concordataria**, sotto il profilo della **sostenibilità della sua produzione**.”*. Circa il primo punto, anche il giurista dovrebbe porsi l'interrogativo sulla **affidabilità reputazionale**, come elemento da valutare in sede di accesso non al concordato e ai suoi meccanismi di beneficio, ma specialmente ad una procedura pubblicistica quale

l'amministrazione straordinaria: tali benefici non consistono più, come un tempo, nella mera esdebitazione finale (conseguente ad es. all'omologazione del concordato ai sensi dell'attuale art.184 l.f.), ma involgono cospicui vantaggi quanto agli obblighi gravanti sul debitore, come avviene a seguito delle autorizzazioni allo scioglimento o alla sospensione dai contratti, evidenti facilitazioni solutorie (il pagamento parziale e selettivo dei debiti pregressi fuori dal riparto), l'esonero dalle revocatorie per i pagamenti, tali da costituire un quadro direttamente incidente sullo statuto competitivo del debitore. La domanda che va rivolta al legislatore della riforma concerne pertanto l'adeguatezza di una disciplina che, neutralmente, favorisca la fuoriuscita dalla crisi o la negoziazione protetta dell'insolvenza senza distinguere nelle storie economiche che hanno condotto alle difficoltà percorsi accidentali ed erronei del management e della proprietà da percorsi anche e soprattutto criminali. A proposito del concordato si è osservato che *“Se poi si conviene che **l'obiettivo fondamentale dei rating** - di **legalità**, fissato dall'AGCOM e **reputazionale**, di competenza dell'ANAC - deve essere individuato nella progressiva esclusione dal mercato delle aziende illegali ovvero infiltrate dalla criminalità organizzata e nel dare sostegno alla crescita delle imprese sane e dell'intero sistema economico del Paese, attraverso l'incentivazione di una corretta competizione sul terreno del controllo interno di legalità, si deve ritenere che rispetto a questi scopi di medio-lungo periodo, la facilitazione della ristrutturazione del passivo in favore delle aziende sane e, allo stesso tempo, sia strumento di integrazione correttiva del mercato che obiettivo di sua ricchezza anche nel breve periodo. Vale dunque la pena chiedersi se i benefici esdebitatori e in generale i vantaggi concorrenziali assicurati al debitore del concordato in continuità siano compatibili con il mantenimento sostanziale in capo all'impresa dello stesso management (o anche dello stesso controllo di capitale). Se lo scopo è la salvaguardia dell'azienda, e quest'ultima è insolvente, l'obiettivo - in alternativa ad un debitore che non intenda mutare l'assetto amministrativo - può essere centrato anche con una efficiente procedura di liquidazione o con un concordato preventivo di terzo, e dunque non appare irragionevole limitare la proponibilità del concordato da parte del debitore che non assicuri almeno un nuovo assetto amministrativo immune da rating di legalità e reputazionali bassi o negativi. Viene altresì conseguente ipotizzare l'adozione prescrittiva di **modelli di controllo interni** conformi agli standard delle autorità certificanti il rispetto di codici etici.”*

- aa) Sul punto potrebbe soccorrere l'impianto del recente art. 6 d.lgs. 19 agosto 2016, n175 (**sulle società pubbliche**), che ne riporta i principi fondamentali sull'organizzazione e sulla gestione, prevedendo che esse predispongano specifici **programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale** e ne informino l'assemblea e, soprattutto, fatte salve le funzioni degli organi di controllo previsti a norma di legge e di statuto, valutino l'opportunità di **integrare**, in considerazione delle dimensioni e delle caratteristiche organizzative nonché dell'attività svolta, **gli strumenti di governo societario con regolamenti interni volti a garantire la conformità dell'attività della società alle norme di tutela della concorrenza**, comprese quelle in materia di concorrenza sleale, nonché alle norme di tutela della proprietà industriale o intellettuale; con un ufficio di controllo interno strutturato secondo criteri di adeguatezza rispetto alla dimensione e alla complessità dell'impresa sociale, che collabora con l'organo di

controllo statutario, riscontrando tempestivamente le richieste da questo provenienti, trasmettendo periodicamente all'organo di controllo statutario relazioni sulla regolarità e l'efficienza della gestione; con codici di condotta propri, o adesione a codici di condotta collettivi aventi a oggetto la disciplina dei comportamenti imprenditoriali nei confronti di consumatori, utenti, dipendenti e collaboratori, nonché altri portatori di legittimi interessi coinvolti nell'attività della società (potrebbe essere attestato da un professionista o dall'autorità indipendente competente per il settore); con programmi di responsabilità sociale d'impresa, in conformità alle raccomandazioni della Commissione dell'Unione europea. La previsione potrebbe esigere - come per le società pubbliche - che in difetto di predisposizione dei citati strumenti di governo societario **anche l'impresa grande**, cui dunque estendere per la tale parte la medesima disciplina, proprio perché **suscettibile di entrare in amministrazione speciale se insolvente**, sia tenuta ai citati obblighi o dia almeno conto delle ragioni della loro omessa previsione, pena - in tale caso - l'inaccessibilità alla amministrazione straordinaria e la sottoposizione allo statuto comune della liquidazione e del concordato (salvo domanda del MISE o di terzo assuntore o di creditori in gruppo legittimato). La ragione di tale proposta si ricollega alla diffusa percezione che la **giustizia economica riparativa**, quale è nella sua esemplificazione organizzativa ogni procedura concorsuale, non possa sfuggire a strumenti d'intervento diretto volti ad assicurare in modo affidabile la **ricostruzione del legame di mercato**, e dunque della parità competitiva, all'esito di un percorso che premi la composizione della crisi ma dia al contempo conto che il suo fatto generatore resta pur sempre un'inadempienza, più o meno ampia, e cioè un elemento di rottura del medesimo legame economico, che altri competitori non hanno per converso praticato e che il debitore concordatario o in procedura concorsuale di ristrutturazione reinquadra in modo più consapevole e affidabile come rischio futuro.

- bb) Attualmente, sono proprio gli studi economici a dubitare che, nel concordato preventivo italiano e parimenti nelle amministrazioni straordinarie, il modello giuridico acausale per come scelto - relativamente indifferente al merito della produzione e alla governance organizzativa - realizzi appieno la singola ricucitura delle relazioni di mercato (in virtù del consenso maggioritario dei creditori alla prosecuzione dell'impresa o di un programma ministeriale) ed anche l'esercizio di un'efficace e coerente azione di politica industriale (apparendo lo Stato prestare la omologazione giudiziale a valere sul difetto di consenso della totalità dei creditori al piano, dunque supplendo ad un deficit di adesione dei creditori al progetto del debitore). Va invero ricordato che anche il concordato preventivo, ove nell'ipotesi ordinaria sia assentito dalla maggioranza dei creditori, ha necessità, per imporsi sulla minoranza, di ricorrere ad una regola organizzativa del voto apprestata con il processo concorsuale, dunque con l'intervento proprio dello Stato. Ed è in questa intersezione valoriale che l'ordinamento italiano potrebbe esercitare la scelta di promozione di un modello più stabile e strutturato di impresa ovvero di soggettività economiche attive in settori al cui irrobustimento concorra un interesse pubblico. Così come l'impresa debitrice, fuoriuscente dalla crisi, potrebbe meritare l'omologazione proprio ed anche divenendo **impresa legalmente virtuosa**, alcuni **criteri di trasparenza di assetto** dovrebbero poter qualificare l'organizzazione e

dunque lo **statuto della grande impresa**, che in tal modo anticiperebbe l'introduzione dell'interesse pubblico alla sua preservazione, senza che esso possa declinarsi solo al momento della sua insolvenza.

cc) Va ricordato che il d.d.l. n. 3671bis ha dato una decisa virata in senso opposto rispetto ai lavori della Commissione Rordorf. Quest'ultima si richiamava, infatti, a consolidati indirizzi del giudice di legittimità (con la nota Cass. S.U. n. 1521/2013 e la distinzione tra fattibilità giuridica ed economica), mentre l'attuale formulazione del principio di legge delega *ex* art. 6, co. 2, lett. f) prevede un sindacato ben più forte, esteso anche alla realizzabilità economica. Al di là delle perplessità sul ripristino - anche con l'impiego di formule inedite e senza tradizione, come la realizzabilità - di un allargato controllo di merito economico del giudice, va notato che se il nuovo concordato preventivo consisterà unicamente nell'unico sbocco della continuità aziendale, si pone il problema della contraddizione della sopravvivenza di una procedura straordinaria per le grandi imprese che sia un doppiopone sia della liquidazione che del citato concordato ovvero, peggio ancora, che non riservi alcuna fase iniziale di controllo prognostico sul recupero dell'equilibrio economico e si arrenda in prosieguo ad una graduale conversione in sostanziale liquidazione dell'attivo. I vantaggi anche competitivi dell'amministrazione straordinaria dovrebbero invece potersi giustificare nella permanenza delle condizioni del citato recupero. Ne consegue la essenzialità di una **collocazione precoce del programma**, anche in versioni non definitive e solo preannunciate, la sua controllabilità in seno ad un agile procedimento giurisdizionale e la preferenza per un sistema che ne assegni la redazione: a) al **debitore**, che così evita lo spossessamento e sempre che abbia adeguato il proprio statuto alle prescrizioni sopra viste e mutate dalla disciplina delle società pubbliche (artt.6 e 14 d.lgs. n. 175 del 2016); b) al **commissario straordinario**, volendo conservare competenze ministeriali nella gestione della procedura e in tutti i casi in cui al debitore la proposta sia preclusa; c) a **terzi interessati all'assunzione dell'azienda**, ammessi a date condizioni a proporre un piano alternativo e da porre in competizione ed eventuale voto comparativo da parte dei creditori; d) ad un **gruppo qualificato di creditori** che analogamente presenti un piano alternativo. A seguito di questa quadripartizione, il **ruolo del MISE** sarebbe: direttivo, nel caso di programma redatto dal commissario straordinario da esso nominato; di controllo concorrente, nel caso di programma redatto dal debitore o dal terzo. Il **ruolo del tribunale** a sua volta, oltre alle tradizionali prerogative orienterebbe l'accesso alla procedura, la selezione (se più) dei programmi e l'approvazione di quello vincolante con un atto omologatorio o di ammissione, con competenza a dirimere conflitti relativi alla sua esecuzione avanzati dai creditori o da terzi in confronto del debitore o del commissario straordinario, oltre che sullo stato passivo, da affidare nella formazione iniziale al commissario giudiziale.