

**Note illustrative dell'audizione di Massimo Ferro, consigliere della Corte di cassazione, presso la II Commissione Giustizia - Camera dei Deputati, sul d.d.l. N.3671bis AC (riforma della legge fallimentare) del 14 settembre 2016**

1. La 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. in esame 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.
2. Nel primo senso, cioè il riaccorpamento unitario, andrebbe com'è noto e come era stato auspicato durante i lavori della Commissione Rordorf, la rivisitazione delle amministrazioni straordinarie o almeno delle **liquidazioni coatte amministrative**: l'espunzione dal d.d.l. della parte di riforma, già invero assai poco innovativa, in tema di procedure amministrative dirette dal MISE, e nonostante il diffuso non apprezzamento per una scelta che allontana ormai definitivamente l'obiettivo di un sistema unitario e non frammentato delle procedure concorsuali, non cancella che almeno **l'art. 14 nel d.d.l. 3671bis AC**

conserva tuttora l'aggancio per le insolvenze e crisi delle cooperative e delle imprese ivi regolate al regime ordinario. Sul punto, andrebbe solo precisato che la **competenza conferita alle autorità di vigilanza** in punto di segnalazione dell'allerta e di ruolo attivo nella composizione della crisi dovrebbe intendersi **aggiuntiva** rispetto a quella individuata nell'art.4 e non sostitutiva. Appare infatti irragionevole la conservazione di monopolio organizzativo in capo ai soggetti già oggi controllori del sistema delle imprese assoggettabili a l.c.a. (e dunque compartecipi di un clima di ritardo nell'emersione delle insolvenze), anche quanto alle nuove competenze, negandosi alla stessa impresa la facoltà di scegliere ad esempio che la propria crisi emerga e sia gestita da un O.C.C. locale piuttosto che da un Ministero o da una sua articolazione decentrata. Così com'è poco sintonico con l'istituto dell'allerta di cui all'art.4 che i nuovi compiti e responsabilità affidati ad organi di controllo, revisori (lett.b) per un verso e Agenzia delle Entrate, agenti di riscossione, enti previdenziali e altri creditori qualificati (lett.c), dall'altro, scompaiano a fronte della crisi dei soggetti oggi assoggettabili a l.c.a. L'integrazione proposta (basta un <<anche>> nell'art.14 co.1 lett.b) dopo <<attribuire>> e prime di <<alle autorità amministrative>>) consentirebbe di meglio armonizzare i citati nuovi poteri conferiti alla P.A. con l'esito di emersione e gestione precoce della crisi configurato da allerta e prevenzione.

3. In una seconda direzione di incremento della stabilità del diritto dell'insolvenza riformato, potrebbero andare la fissazione di una **congrua vacatio legis delle nuove norme** ed una **ricanalizzazione unitaria di tutte le procedure già pendenti** riassorbite in un unico modello di procedura della transizione: ciò permetterebbe una adeguata ponderazione tra i pratici, oltre che la riorganizzazione degli assetti ordinamentali (ad es. per le prerogative delle sezioni specializzate, per la formazione dell'albo ministeriale dei gestori della crisi) e una riagggregazione di tutto il carico concorsuale pendente in un assetto omogeneo, eliminando conflitti intertemporali connessi alle diverse epoche di apertura delle procedure concorsuali pregresse e oggi vigenti.
4. Un'altra linea di direzione è anche quella che **separi le norme-principio** (su cui far sedimentare il formante giurisprudenziale, insomma il diritto vivente, attraverso la maturazione del contenzioso giudiziario, l'apporto della dottrina e dei pratici) e che devono essere chiare e chiaramente collocate, **dalle norme di funzionamento** (la cui indispensabilità va robustamente rivista, quantitativamente al ribasso). È infatti evidente che se nell'unica legge concorsuale sono fissati sia obiettivi e principi di garanzia che comportamenti di dettaglio, sui primi l'interpretazione potrà assecondare gradualmente e con innovatività un ammodernamento dall'interno delle regole, sui secondi sarà relativamente difficile fronteggiare criticità tecniche inedite: una soluzione di superamento è quella di **investire i soggetti futuri della procedura concorsuale**, non solo in legge delega, **di obiettivi di risultato**, sottraendo dall'attuale assetto - quello vigente e quello proposto - innumerevoli norme di dettaglio che indicano minuziosamente il fare e le varianti del fare, spesso il riflesso di prassi anche virtuose che però mutano velocemente, costringono a rincorse normative e alla fine concentrano lo stesso contenzioso sul rispetto di regole procedurali con inesorabile perdita di vista dell'obiettivo macroriorganizzativo di una procedura concorsuale (accertare tutto

il passivo, alienare al meglio tutto l'attivo commerciabile, ripartire presto la liquidità, velocizzare il quadro operativo, nella liquidazione; fornire la massima informazione ai creditori, assicurare loro condizioni di espressione genuina del consenso/dissenso, allestire piani ristrutturativi chiari e precisi, procedere ad un'attuazione efficace del progetto approvato, nel concordato). Dovrebbero dunque essere fissati con chiarezza **agli organi e soggetti concorsuali, se gestori, obblighi di prestazione** (nella liquidazione, l'accertamento del passivo, i pagamenti, il recupero dell'attivo, la definizione del contenzioso; nel concordato, la verifica costante del piano, la sorveglianza della sua esecuzione) con il doveroso rispetto di **talune garanzie** (trasparenza, contraddittorio, assenza di conflitto d'interessi) **e di tempi**, ma senza irrigidimenti di dettaglio quanto alle modalità del loro raggiungimento. Quanto alle **prestazioni giurisdizionali**, la preferenza, netta, è per i **riti camerali** che assolvano ad analoghi obiettivi, responsabilizzando i giudici a decisioni rapide e nel rispetto di elementi essenziali del contraddittorio, nonché delimitando - ove possibile - la cerchia dei soggetti abilitati ad attivare il controllo giurisdizionale e così selezionando sulla scorta dell'interesse pubblico e della rilevanza dei conflitti tra privati titolari di diritti soggettivi quale sia l'oggetto dell'accertamento demandato al processo, da intendersi come risorsa scarsa e selettiva. Oggi ad esempio il debitore che persegue l'esdebitazione deve notificare gli atti a tutti i creditori che non siano anche solo in parte soddisfatti, litisconsorti necessari e dunque contraddittori in procedimenti che scoraggiano, per costi e difficoltà organizzativa, già l'accesso all'istituto (tali controinteressati potrebbero essere raggiunti in via telematica agli indirizzi immessi nel sistema della procedura cui hanno partecipato oppure esprimere un eventuale parere negativo alla concessione del beneficio, prima della chiusura della procedura, salvi interventi successivi straordinari nel procedimento, quando attivato). Per converso, al P.M. è stata negata - in via interpretativa - la legittimazione ad impugnare i compensi liquidati agli ausiliari del giudice o anche al commissario, ritenendosi che vi abbiano interesse solo i creditori (per i quali vi è decadenza abbastanza rapida dall'impugnazione, nella generale non consapevolezza di tali liquidazioni, atti interni che divengono dunque talora clamorosamente intangibili, nonostante emergano in indagini penali opacità o eccessi). All'art.6 lett.f) pare riaprirsi il potere valutativo del tribunale sulla fattibilità del piano, esteso anche alla realizzabilità economica, principio che certamente si collega all'insuccesso di molti concordati e agli aspetti prevaricativi assunti da numerose vicende di concordati con riserva, ma che denuncia una preoccupazione la quale potrebbe essere canalizzata con altri strumenti, predeterminando l'orizzonte di durata massima di ogni piano - in questo in conformità ai suggerimenti della scienza aziendale, che ad esempio esclude una seria predittibilità oltre il triennio - e dunque riscadenziando di più il suo adempimento, piuttosto che permettere il ritorno ad una stagione di conflittuale sovrapposizione dei giudizi predittivi del giudice ad apprezzamenti di merito dei creditori votanti (*infra* sul concordato con continuità).

5. Circa il rapporto fra **rito fallimentare** e obiettivo della **celerità** - che tutti invocano ma spesso senza proposte tecniche che non siano stigmatizzazioni ideologiche contro una generica lentezza della giustizia, non altrimenti censita nei suoi fattori ed invece opponendosi a riforme che possano in concreto sveltirla -

un'iniezione utile potrebbe collocarsi nell'art.2 co.1 lett.d), all'altezza dei principi regolatori dei mezzi d'impugnazione, fissando il principio - mutuato dal sistema dell'appello del processo civile - per cui **l'effetto devolutivo dei reclami endoconcorsuali non sia mai pieno**, ma sia precisamente delimitato dai motivi di impugnazione e però con **divieto di introduzione di nuove contestazioni o documenti e prove** già non oggetto di esame avanti al primo giudice. Questa misura concentrerebbe il contenzioso avanti al primo giudice (g.d., tribunale) e scoraggerebbe impugnazioni in cui oggi, di fatto, si ricomincia daccapo. Così è sia nel reclamo avverso la sentenza di fallimento (il debitore non costituito avanti al tribunale, e benché regolarmente notificato, può introdurre motivi d'impugnazione su fatti mai esaminati in primo grado, come le circostanze della sua non fallibilità ai sensi dell'art.1 co.2 l.f., che pur sarebbe onerato di dimostrare) sia nelle impugnazioni sull'inammissibilità del concordato preventivo (un concordato ammissibile può essere rovesciato in corte d'appello sulla base di circostanze anche pregresse, prima non esaminate ma introdotte in sede di reclamo da un reclamato, come un creditore o il curatore). Ma anche nell'opposizione allo stato passivo, nell'attuale diritto fallimentare, il creditore può introdurre documenti e prove del tutto nuovi con il ricorso di cui all'art.98 l.f. davanti al tribunale, ripetendosi che il relativo giudizio, benché impugnatorio, non mutua dall'appello - secondo l'attuale giurisprudenza anche di legittimità - i principi preclusivi di cui all'art.345 c.p.c.

6. **Accertamento del passivo (Art.7 co.8 d.d.l. AC 3671bis)**. Nel d.d.l. la sua struttura è rimasta sostanzialmente inalterata rispetto all'attuale. Sono state peraltro introdotte le cd. **preclusioni attenuate** (lett.b) nella fase monocratica che, a regime attuale, corrisponde alla verifica dei crediti avanti al g.d. e che però potrebbe collidere - se attuata in una variante rigorosa - con il principio per cui la parte-creditore è ammessa, oggi e in futuro, a difendersi anche senza difesa tecnica; la stessa **perplexità** concerne le **domande semplificate**, ove a qualche errore di redazione dell'atto (e non di sua tempistica, il cui mancato rispetto va sanzionato) conseguano sbarramenti nel successivo regime impugnatorio. In tema, potrebbe piuttosto essere ripercorsa la proposta, dibattuta durante i lavori della Commissione, per cui **l'accertamento del passivo** sia modellato sulla falsariga delle l.c.a. attuali, con **accertamento demandato in una prima fase interamente al curatore**, senza preclusioni probatorie ma con regole rigide solo quanto a tempestività d'introduzione della domanda e agile riconoscibilità dell'atto nei suoi termini essenziali, atto formulabile anche senza ministero di difensore, com'è ora. Dovrebbe per converso riservarsi **l'intervento del giudice alla sola sede impugnatoria** e con opportune guarentigie, ovviamente, in caso di omessa formazione dell'accertamento stesso (cui rimediare, come d'ordinario, mediante revoca e sostituzione dell'organo-curatela). Il giudice dell'impugnazione dello stato passivo formato dal curatore, pertanto, sarebbe di **regola il g.d.** per le procedure più semplici, fissate per criterio di sommatoria dei crediti insinuati o numero dei creditori o una loro combinazione ovvero anche con possibilità in sentenza di indicare una regola più rigida. Solo per quelle più complesse si dovrebbe ricorrere **al tribunale collegiale**. Il giudice dell'impugnazione successivo unico sarebbe così individuato nella **corte d'appello**. Tale soluzione snellirebbe assai una fase - la prima ricognizione del debito - che ad oggi,

soprattutto nelle procedure di grandi dimensioni, esprime un dato di durata significativo. E avrebbe l'effetto di concentrare sulla opposizione davanti al giudice monocratico (o, in limitati casi, al collegio), da esperire con obbligatorio ricorso alla difesa tecnica, l'accertamento in contenzioso, promuovibile sia da altri creditori sia, nell'interesse pubblico o della massa - e mancando una legittimazione del curatore, salvo che davanti alla corte d'appello - dal P.M. o chiunque vi abbia interesse. L'eventuale ulteriore impugnazione avanti alla sola corte d'appello - oltre al vantaggio di accelerare a livello di distretto regionale la formazione di un diritto più fermo ed omogeneo - sarebbe invece ben compatibile con il divieto di nuove produzioni e di allargamento del tema di decisione, con limitazione dunque del ricordato effetto devolutivo. Ne guadagnerebbe la catena dell'accertamento, che si snoderebbe in una riduzione e progressività di verifiche giudiziali più filtrate e poggerrebbe su un'investitura fiduciaria di responsabilità e indipendenza della figura curatoriale. La stessa formazione degli indirizzi di legittimità - oggi anche la materia delle opposizioni allo stato passivo viene decisa dopo circa 5 anni dal provvedimento del tribunale - sarebbe deputata a dirimere contrasti non tra i circa 150 tribunali ma tra le posizioni interpretative espresse dalle circa 20 corti d'appello.

7. Il riferimento alle **domande tardive** (art.7 co.8 lett.a), per parte sua, appare ambiguo, apparendo preferibile - così assecondando una chiara volontà emersa durante i lavori interni - semplificarle in modo più netto, evitandone la convivenza con la possibilità di proporre anche domande supertardive e dunque ipotizzando che se la domanda di insinuazione al passivo non sia stata tempestivamente proposta in funzione di una data-limite dalla quale il curatore (o l'organo preposto) elaborerà il progetto dei crediti ammessi, **tutte le domande debbano giustificare il ritardo**, come oggi accade ma solo per le supertardive, a pena di inammissibilità. La prova da dare sarebbe quella per cui il ritardo è dipeso da causa non imputabile al debitore (fissata oggi nell'art.101 co.4 l.f.), requisito - si ricorda - cui la Corte di cassazione ha conferito in breve tempo un accettabile perimetro interpretativo (ad es. quando il curatore non ha dato l'avviso della dichiarazione di fallimento nè questa notizia è altrimenti pervenuta al creditore), conciliando garanzie e buona fede con l'esigenza di stabilità e celerità di questa fase.
8. Il testo non ha affrontato la questione della **valenza (ora) esclusivamente endofallimentare dell'accertamento**, con tutte le conseguenze che ne derivano, soprattutto in materia di tutela dei diritti reali dei terzi che contrattano con la procedura, limitandosi ad esigere che sia assicurata stabilità alle decisioni sui diritti reali immobiliari (art. 7 co.8 lett. d). Il tema, com'è noto, si intreccia con lo scenario che si apre alla chiusura della procedura, evento cui non consegue di per sé e al contempo la liberazione dei debiti in capo all'insolvente. Se però si mantiene l'autonomia dell'istituto della esdebitazione, connessa a criteri di meritevolezza e dunque di discrezionale benchè motivata concedibilità o meno, ora anche alle società ex art.8 co.1 lett.c), la opzione tradizionale, implicita nel d.d.l. 3671bis, di efficacia solo endoconcorsuale dell'accertamento del passivo va mantenuta con **qualche correttivo**. Occorre innanzitutto che il contraddittorio con gli interessati sia pieno ove le decisioni siano destinate ad imporsi anche a procedura chiusa: non solo quelle sui diritti reali immobiliari, nei conflitti con terzi, ma anche quelle sui

diritti reali su beni mobili registrati o con riguardo ad alcune tipologie di crediti ammessi al passivo, come quelli fiscali, previdenziali e - con una certa visione di sistema - alcuni crediti bancari (ad esempio i mutui ipotecari). Tali crediti potrebbero infatti prestarsi ad un **accertamento a tutto campo, valevole anche fuori dalla procedura**, così evitando una ripresa di contenzioso dopo la chiusura. La sede concorsuale, per le garanzie che offre, potrebbe cioè divenire il contesto di **consolidamento accertativo del debito, valevole anche oltre la procedura e per il debitore tornato in bonis**. È vero che l'accertamento concorsuale ha per oggetto il diritto di partecipare al concorso, che però presuppone la fondatezza del credito e perciò, bilanciando l'utilizzo della risorsa giurisdizionale e valutando che il debitore, uscito dalla procedura, comunque avrebbe una limitata (se non inesistente) disponibilità patrimoniale e finanziaria, appare ragionevole che egli possa almeno fruire degli (o subire gli) esiti giudiziari consolidati intorno al credito di terzi già durante la procedura. Tale scenario di limitata opponibilità del giudicato concorsuale anche fuori del concorso, potrebbe essere incoraggiato, in un'ipotesi più ridotta, per quei dinieghi di ammissione al passivo fondati su radicale inesistenza della pretesa.

9. Si potrebbe inoltre ipotizzare, anche in mancanza di un accesso positivo alla esdebitazione vera e propria, lo stralcio definitivo di quote significative di debito (tagliato orizzontalmente o per categorie), così da favorire la ripartenza eventuale dell'insolvente, persona fisica o società, **approfondendo l'esdebitazione di diritto** già configurata all'art.8 lett.b), ma nel testo del d.d.l. solo per le insolvenze minori e con prevista opposizione. In questo occorrerebbe una armonizzazione delle norme di passaggio a perdita fiscale del credito, misura da stabilizzare incidendo sulla possibilità di sopravvenienza attiva (da rendere irrilevante ed escludere per una parte del debito, almeno ove il pagamento avvenga dopo un considerevole tempo, considerato il pregiudizio comunque patito dal creditore tardivamente soddisfatto), consentendo così ad ogni debitore - a prescindere dalla sua dimensione - ad es. di **consolidare, anche in difetto di esdebitazione positiva volontaria, tutto il montante del debito per gli interessi maturati in corso di procedura** e non pagati con i riparti. Così da non incatenarlo a vita a relazioni di debito che ne sanciscono, di fatto, non solo la marginalità economica o negoziale, ma spesso anche la proiezione in aree occupazionali non trasparenti ovvero l'inserzione stabile nei programmi assistenzialistici delle amministrazioni locali, senza alcuna prospettiva né professionale né di ripresa di solvibilità rispetto ai debiti pregressi. E per le società si darebbe senso alla prospettiva della potenziale ripresa dell'attività.
10. Lo stesso meccanismo della esdebitazione, ora concessa ai sensi dell'art.142 co.2 l.f. - per interpretazione di legittimità molto aperta, discendente dalla ambigua formulazione normativa - se anche il debitore abbia pagato in una qualche misura non irrisoria una quota di debito, non essendo però necessario che abbia pagato tutti i creditori per una parte e nemmeno i privilegiati prima dei chirografari, potrebbe così essere rivisto. A fronte di una parziale esdebitazione officiosa, quale qui proposta e anche senza configurare opposizioni di un interessato, la **esdebitazione su domanda** - su cui l'art.8 non interviene, implicitamente ratificando l'attuale sufficienza del pagamento parziale anche solo di taluni

creditori - potrebbe presupporre, per scelta esplicita del legislatore, che dalla liquidazione siano **comunque stati pagati, almeno in parte, alcuni significativi creditori privilegiati** che la nuova legge dovrebbe individuare tra quelli più esposti al pregiudizio da mancato pagamento: questa soluzione correggerebbe il diritto vivente attuale che, non distinguendo tra privilegiati e chirografari ed esigendo che il debitore paghi anche solo una piccola parte del passivo, senza differenze, sostanzialmente vanifica la causa concreta dei crediti privilegiati, che proprio in un contesto di risorse scarse e conflitti con altri creditori dovrebbe invece essere salvaguardata. La legge potrebbe fare riferimento ad una quota di debiti fiscali (come l'IVA), alle ritenute d'acconto non versate, ad una parte dei crediti di lavoro, come zoccolo duro di meritevolezza legale presupposta per conseguire il beneficio. Tale proposta andrebbe così più esplicitamente nella direzione voluta dalla Raccomandazione della Comm.UE 12.3.2014 in punto di <<seconda opportunità agli imprenditori onesti>>: il titolo IV fa addirittura riferimento alla liberazione integrale dei debiti (punto 30) e al punto 31 ipotizza che non sempre sia necessario l'obbligo di rivolgersi al giudice. Una finale esdebitazione generale o parziale sembrerebbe pertanto compatibile, al fine di evitare di giurisdizionalizzare ogni requisito per ottenere tale beneficio generale, con la previsione diretta nella legge che faccia derivare la <<onestà> del debitore da una qualifica normativa, oggettivamente dettata dal legislatore italiano e incorporante il pagamento – effettivamente inteso - di alcuni crediti privilegiati (valorizzando il principio per cui la causa di prelazione è sì destinata ad operare nel contesto esecutivo, ma costituisce una scelta del legislatore che dovrebbe orientare tutti i pagamenti del debitore in bonis, posto che quella è proprio la gerarchia di meritevolezza affiancata dalla legge ai crediti) come peraltro non escluso dalla stessa Raccomandazione, che facoltizza gli Stati membri ad escludere dalla liberazione alcuni debiti (da responsabilità extracontrattuale). Una siffatta previsione diminuirebbe anche il tasso di discrezionalità, e di inevitabile multiforme diritto territoriale, legato ad una clausola generale di solo affidamento al giudice dei presupposti di meritevolezza della discharge italiana.

11. **Liquidazione dell'attivo.** Un'idea pur emersa durante i lavori di Commissione è quella - almeno per particolari **procedure di scarsa complessità** - di una **formale cessazione della procedura liquidatoria** all'esito dell'approvazione del programma di liquidazione. La liquidazione dell'attivo e la ripartizione sono fasi che potrebbero in futuro essere interamente ed entrambe demandate al curatore sotto la supervisione occasionale del g.d. che intervenga solo in sede di risoluzione dei conflitti, analogamente a quanto già previsto per il concordato omologato dall'art.181 l.f., quindi nell'ambito di una competenza prorogata ed eventuale, ma a chiusura già disposta. Ciò non emerge dal testo, che invece sembra essere incentrato solo sulla disciplina della chiusura. Il vantaggio è all'evidenza quello di chiudere prima il processo di liquidazione, sottraendo lo Stato italiano ad ulteriori condanne da irragionevole durata.
12. **Concordato con continuità** Sui nuovi poteri di verifica del tribunale sul piano e sulla proposta concordataria, quanto all'art. 6 d.d.l. n. 3671-bis, la nozione va **delimitata e precisata**. Attualmente sull'interpretazione dell'art. 186-bis l.f. si verifica quello che la dottrina ha chiamato municipalizzazione del diritto

fallimentare: ogni tribunale ha, di fatto, la sua interpretazione sul concordato in continuità, il che rallenta i tempi di formazione del diritto vivente, in attesa di un intervento nomofilattico, che a sua volta non potrà rincorrere ogni conflitto anticipando ed ingessando la vivacità della giurisprudenza di merito. Ciò deriva dalla sbrigatività delle formule usate nell'art.186bis l.f. ora vigente, riprodotto dal testo di riforma. Così ad esempio taluni tribunali sostengono che nel caso di affitto di azienda anteriore al ricorso ex art. 161, co. 6, l.f. non si rientri nell'ambito di applicazione dell'art. 186-bis l.f. Altri tribunali sostengono invece il contrario, enfatizzando la continuità in senso oggettivo, anche se assicurata in via indiretta non nel piano e dunque con il concordato preventivo, bensì prima con un atto dispositivo del debitore che entri tal quale nella procedura. Già il principio di legge delega di cui all'art. 2, co. 1, lett. l) d.d.l. 3671-bis permetterebbe il superamento del contrasto (questo e altri), ma è l'art.6 co.1 lett.a) a prestarsi più efficacemente ad una opportuna precisazione: nel testo in esame la preferenza per la continuità si ricava in negativo, demandandosi all'interprete cosa dovrà significare <<natura essenzialmente liquidatoria>> della proposta, inammissibile, senza definire la continuità, che sembrerebbe solo il suo contrario. Posto che essa invece costituisce un valore orientativo della riforma, incoraggiato dalla Raccomandazione della Commissione UE 12.3.2104 che a sua volta prescrive (art.5 lett.b) la <<prosecuzione dell'attività del debitore>>, nonché la <<capacità del piano di impedire l'insolvenza del debitore e garantire la redditività dell'impresa>> (art.15 lett. e), sussistono i presupposti per chiedersi **se qualunque prosecuzione di attività giustifichi il concordato, cioè la sua ammissibilità**. Una proposta in tal senso - vista anche l'impasse del dibattito giuridico - viene suggerita dal confronto dell'esperienza giuridica con quanto emerso nelle **indagini aziendalistiche**.

13. Sul punto, le ricerche empiriche più recenti (condotte dall'associazione tematica dei magistrati **Osservatorio sulle crisi d'impresa - OCI**, esposte a cura dei professori Angelo Paletta e Alberto Tron al convegno di Siena 17/18 giugno 2016, [www.osservatorio-oci.org](http://www.osservatorio-oci.org)) pongono in evidenza alcuni fattori: il riconoscimento che i meccanismi di mercato, ovvero le soluzioni spontanee esclusivamente privatistiche, soffrono di condizioni di inefficienza economica, come confermato dalla base dei dati costituita dai concordati preventivi in due regioni italiane, Toscana e Puglia, rilevati nel loro stato in essere durante i mesi di marzo-aprile 2016 e per ricorsi depositati in un periodo di 3 anni e 100 giorni (dal 1.1.2013 al 10.4.2106). Complessivamente sono stati raccolti 733 questionari, di cui l'83% circa proveniente dalla Toscana e il restante dalla Puglia, compilati da commissari giudiziali e giudici delegati di 13 tribunali in queste due regioni. Si è ricordato che secondo la letteratura economica, le procedure di gestione della crisi d'impresa - quale è il concordato preventivo - si configurano come meccanismi di composizione del conflitto d'interesse tra soggetti con convenienze diverse, nel senso che ogni ipotesi procedurale contiene implicita un'ipotesi di soluzione della crisi individuata dal punto di composizione delle convenienze dei soggetti. Il punto di composizione della crisi è determinato dalla minimizzazione del costo a cui avviene il recupero dei crediti vantati nei confronti dell'impresa in crisi e dal modo in cui vengono regolati i potenziali conflitti con i creditori e tra i creditori che hanno interessi divergenti (anzitutto privilegiati versus chirografi). In particolare l'efficienza ex

ante fa riferimento ai comportamenti del gruppo di comando dell'impresa quali indotti dalla legge fallimentare. Tali comportamenti sono classificati in dottrina (economica) all'interno di tre principali fattispecie: - costi di agenzia relativi all'incentivo per il gruppo di comando a incrementare il consumo dei cd. benefici supplementari (perquisites); - costi derivanti da livelli di investimento non ottimali (under/over investment); - costi da ritardo nella dichiarazione di fallimento. Circa l'efficienza ex post, e in termini economici, i costi del concordato preventivo, una volta avviata la procedura concorsuale, possono essere ricondotti alle seguenti fattispecie: - costi da errori di classificazione tra continuità e liquidazione; - costi da errori di sottovalutazione del valore economico degli assets aziendali; - costi da iniqua distribuzione dei benefici tra i creditori sociali; - costi diretti della procedura. Alla luce di tali premesse metodologiche, la ricerca OCI ha provato a verificare - con opportuni quesiti - ove e come ricorrano condizioni di efficienza ex ante rappresentate dagli incentivi che la procedura crea nei confronti delle imprese in crisi in termini di tempestiva emersione dello stato di crisi, comportamenti virtuosi del gruppo di comando prima della proclamazione dello stato di crisi, selettività nel senso di attrattività del concordato rispetto alle imprese che presentano profili aziendali evoluti. E parimenti sono state cercate le condizioni di efficienza ex post rappresentate sia dai costi diretti della procedura (tempi e costi legali e professionali), sia dai costi indiretti determinati da non corretta classificazione tra continuità e liquidazione, non adeguata valorizzazione dei complessi aziendali e dei singoli assets, non equa distribuzione dei sacrifici tra i creditori sociali.

14. **Dalla ricerca OCI 2016** è così emerso che le imprese che fuoriescono dalla crisi in modo tempestivo e che presentano uno stato reversibile hanno maggiori probabilità di intraprendere una procedura di concordato preventivo con esito positivo. Inoltre, ci si è atteso che sia **rilevante la struttura dell'indebitamento** d'impresa poiché una struttura del debito **concentrata nelle mani di pochi creditori** o di creditori della stessa categoria d'interessi, rende più facile il raggiungimento di un accordo. Mentre l'entità e il peso dei crediti verso le banche, i fornitori e gli azionisti non sono statisticamente significativi, il modello della ricerca OCI evidenzia come nelle imprese dove vi è un più elevato peso dei debiti per contributi previdenziali e assistenziali aumenta la probabilità di un esito negativo del concordato. A loro volta, i **cambiamenti nel gruppo di comando dell'impresa** sono frequentemente indicati dalla letteratura economica e dall'esperienza empirica come un approccio necessario per evitare l'inviluppamento delle scelte aziendali verso soluzioni non ottimali dal punto di vista delle politiche di investimento e finanziamento. Sono stati riscontrati positivi risultati nella gestione delle crisi in corrispondenza di profili aziendali in cui il governo economico è condiviso con amministratori indipendenti e nei casi in cui gli organi di controllo svolgono effettivamente il ruolo di sorveglianza e monitoraggio dell'adeguatezza degli assetti organizzativi e amministrativo-contabili dell'impresa. Si tratta di una significatività della relazione positiva con l'approvazione e l'omologazione del concordato sia della variabile "organi di

controllo” (aumenta di quasi 2 volte la probabilità di approvazione del concordato) sia della variabile “sistemi operativi” la quale segnala un elevato grado di strutturazione organizzativa dell’impresa in concordato (organigramma e funzionigramma, mansionari e job description, procedure operative standard; certificazioni di qualità, sicurezza, ambiente, ecc.).

15. **La ricerca OCI 2016 e le ricerche precedenti.** I risultati mostrano che la presentazione di una domanda con riserva aumenta la probabilità di revoca, improcedibilità, inammissibilità di 2,2 volte e riduce la probabilità di approvazione di circa il 43%; la nomina di un commissario giudiziale riduce la probabilità di revoca, improcedibilità, inammissibilità dell’87% e aumenta la probabilità di approvazione di 15 volte; mentre se nella propria relazione, redatta ai sensi dell’art. 172 l.f., il commissario giudiziale non ha formulato rilievi e/o riserve questo riduce la probabilità di revoca, improcedibilità, inammissibilità di circa il 62% e aumenta la probabilità di approvazione di 1,8 volte ed altresì la nomina del commissario giudiziale riduce di circa il 43% la probabilità di fallimento. I risultati confermano **l’importante ruolo del commissario giudiziale nel segnalare comportamenti opportunistici e fraudolenti** dell’imprenditore in crisi, soprattutto nelle fattispecie indicate dall’art 173 l.f. in merito all’occultamento e alla dissimulazione dell’attivo, all’omessa denuncia di uno o più crediti, all’esposizione di passività insussistenti o altri atti di frode. Tuttavia, dai dati emerge in modo netto il **non automatismo tra rilievi del commissario e dichiarazione di fallimento**. Per contro, sembra invece affermarsi un ruolo del commissario che è più di chiarimento, approfondimento, comprensione del complesso fenomeno aziendale, a supporto del potere decisionale del tribunale. Questa indicazione empirica potrebbe ben orientare lo sguardo verso **un approccio meno ideologico alle procedure di allerta e prevenzione**, posto che i dati smentiscono il luogo comune per cui l’attrazione nel contesto giudiziario, tanto più se leggero e cooperativo, di per sé chiuderebbe gli scenari di autoregolazione virtuosa della crisi allestiti da parte o comunque su iniziativa del debitore. E sembra altresì confermare che il fai da te del debitore, scevro da un misurato quadro di controlli pubblicistici qualificati e mirati, nonché protettivi, spesso si risolve in un mero affitto dell’istituzione giudiziaria e del meccanismo concorsuale, al di fuori di un serio e strategico progetto di riorganizzazione autonoma e tempestiva della crisi.
16. L’attuale art.4 d.d.l. 3671bis in tema di **allerta e prevenzione** individua una progressività non invasiva dell’intervento giudiziale, accettabile nella sua versione integrata per come giunta all’esame del Parlamento. Al di là di **alcune duplicazioni** (quanto ad es. ai compiti del facilitatore nominato dall’O.C.C. rispetto alle misure protettive ordinate dal tribunale) e **ridondanze** (i sei mesi della fase avanti all’O.C.C. non si capisce se si cumulano alla durata delle misure protettive), probabilmente appare necessaria qualche puntualizzazione circa le

**misure premiali**, previste genericamente dalla lett. g), sembrando opportuno che esse si sostanzino in una semplificazione dell'ingresso nella concorsualità più sistemica del debitore meritevole che, a seguito dell'allerta positiva, intenda accedere al concordato. Parrebbe sensato - si propone - evitare la ulteriore dilazione di una domanda senza piano, ma si potrebbe già escludere, per chi abbia percorso con tempestività l'allerta, la necessità di un costoso corredo documentale o attestativo pieno, e comunque affrancare tale debitore dalla sopportazione competitiva del meccanismo delle proposte concorrenti nel concordato che va a depositare, accordandogli invece e piuttosto un vantaggio orizzontale esdebitativo sul fronte degli interessi maturati in corso di procedura e a partire almeno dalle misure protettive assunte con l'allerta. Per converso, un'adeguata **misura sanzionatoria** potrebbe essere proprio l'esclusione, per la stessa insolvenza già conclamata e non risolta entro una data limite, della possibilità di proporre un concordato preventivo.

17. Un altro dato della ricerca OCI 2016 è che quanto **maggiore è la percentuale di soddisfazione dei creditori chirografari maggiore è la probabilità di approvazione e omologazione del concordato** (anche se la ricerca ha evidenziato la massiccia prevalenza di concordati liquidatori, ma sul punto v. *infra*). Inoltre, se i **tempi di esecuzione sono ridotti (fino a 3 anni)** questo influenza positivamente il voto dei creditori. In senso coerente, maggiori percentuali offerte ai creditori riducono la probabilità di revoca, improcedibilità e inammissibilità, mentre quanto più elevato è il numero di classi di creditori previsto dalla proposta, la probabilità di esito negativo aumenta del 100%. Dato empirico che, per la sua parte, giustifica la **perplexità** sul principio di cui all'art.6 lett.e) che, nel prevedere la **obbligatorietà delle classi**, per un verso limita l'autonomia privata e per altro accredita un errore ideologico, per cui alla complessità e frammentarietà organizzativa del trattamento riservato ai creditori corrisponderebbe un risultato di maggior efficacia, avendo invece la ricerca OCI dimostrato - del tutto al contrario - che a premiare il successo delle proposte non è il ricorso intenso alle classi quanto invece la maggiore semplicità dello schema soddisfattivo adottato nei concordati senza classi (maggiormente votati e omologati, meno investiti da revoche e opposizioni).
18. Si è detto dunque che la buona riuscita delle procedure di concordato dipende dal grado di sviluppo dei contenuti della proposta con riguardo alle attività di ristrutturazione previste e alla ragionevolezza delle stime dei valori aziendali. I modelli di analisi impiegati nella ricerca OCI 2016 hanno rivelato che esiste una **relazione positiva tra concordato di liquidazione, anche misto, e approvazione/omologazione**. Mentre nel caso di continuità aziendale è rilevante l'approfondimento delle attività di ristrutturazione e di business con particolare riguardo alle soluzioni che prevedono la riduzione dei costi del personale e

interventi sulla governance (revisione dell'organo amministrativo e degli organi di controllo), la presenza di attività di liquidazione, prevalente o comunque in congiunzione con la continuazione dell'attività economica riduce la probabilità di fallimento di circa il 30%. Ciò non significa di per sé la bontà esattamente e solo del modello concordatario liquidatorio, ma la circostanza segnala la sua più facile controllabilità: gli analisti economici-aziendali hanno infatti limitato l'**esame alla struttura materiale del progetto ristrutturativo**, che però potrebbe fornire una lezione al giurista ove si volessero reimpiantare nel modello concorsuale liquidatorio - dunque alternativo al concordato - le inferenze positive emerse. Sotto questo profilo, tutte le variabili che comprovano la qualità del piano (analisi esaustiva delle cause del dissesto, analisi di sensitività e stress, analisi dei tempi degli incassi e pagamenti) sono statisticamente significative; per cui la conclusione è che la **qualità intrinseca dei piani di concordato riduce la probabilità di fallimento** dell'impresa così come rilevanti appaiono le attività sia del commissario giudiziale sia del professionista attestatore, cioè di soggetti la cui stessa presenza incide fortemente sul carattere negoziale puro ovvero la matrice privatistica del modello concordatario.

19. La **significatività dei dati relativi ai costi** è maggiore se si analizzano le spese rispetto al totale delle attività (per valori riclassificati dal commissario giudiziale). Dalla ricerca risulta che l'incidenza è del **2,2% sull'attivo come stimato** dal commissario giudiziale (quindi per la gran parte tutto da verificare in punto di realizzo e pagamento ma con grandezze, va esplicitato, correntemente ridotte rispetto a quelle indicate dal debitore). Gli stessi costi ascendono però **al 58% in rapporto alle sole disponibilità liquide** delle procedure di concordato analizzate: le spese della procedura sembrano essere il portato di un "buon investimento" se si considera che aumentano di 1,5 volte la probabilità di approvazione/omologazione del concordato, riducono di quasi il 75% la probabilità di revoca, improcedibilità, inammissibilità, e riducono di circa il 62% la probabilità di fallimento. Al contempo la misura appare elevata rispetto alla liquidità di cassa d'ingresso in procedura e a quella che si forma nel corso della sua fase organizzativa. Il dato appare infine in linea con le osservazioni comparatistiche.
20. Sul piano giuridico, **l'esclusione dal d.d.l. del concordato liquidatorio** è metodologicamente coerente con l'intento di anticipare, in un quadro di premialità, il debitore che riorganizzi la propria azienda mediante strumenti di intervento precoce. Così come corretto è applicare il più possibile la distinzione tra una procedura liquidatoria, basata sull'insolvenza e a vocazione gestoria, dunque orientata al soddisfacimento dei creditori e sia pur senza impedire un'amministrazione d'azienda, affidata ad organi a controllo pubblicistico ed una procedura ristrutturativa precoce che in tanto si giustifica, con la gestione ancora nelle mani del debitore, in quanto sia orientata alla prosecuzione dell'attività. La

ricerca OCI 2016 ha confermato, applicando lo Z score model di Altman, che **l'insolvenza delle imprese proponenti il concordato preventivo era sussistente già 5 anni prima del ricorso**, mentre il **business caratteristico era incapace di produrre redditività tra i 3 e i 2 anni prima**. Il risultato è impressionante in quanto è identico a quello cui erano pervenute altre ricerche OCI, condotte su base nazionale, relative però alle imprese fallite (nel 2010, con le Università di Roma Tor Vergata e Bologna) e anche alle imprese in concordato (nel 2013, con le Università di Bari e Bologna), dunque evidenziandosi una sostanziale e preoccupante impermeabilità dei comportamenti degli imprenditori e del complesso sistema di affiancamento organizzativo e consulenziale, interno ed esterno, ad una precoce, efficace e coerente individuazione dello strumento concorsuale più acconcio allo stadio di gravità della crisi, pericolosamente identico per imprese fallite e in concordato, prima delle riforme e dopo le stesse, concordato con riserva incluso.

21. Invero, un interrogativo che è rimasto fuori dal testo che è infine pervenuto al Parlamento - e che invece aveva percorso una parte dei lavori della Commissione, sia pur per altri istituti - è dunque se in una prospettiva di riforma organica sia ancora sufficiente esigere come unico requisito connotativo del futuro concordato la sola continuità aziendale. Nel campo degli studi economici sussiste ormai contezza piena che non ogni congegno produttivo di per sé produce valore, anche se si autoalimenta per la ritrovata redditività dei suoi fattori. Detto in altri termini, se appare chiaro che - allo stato - pare non vi siano nemmeno oggi le condizioni per rivisitare in una prospettiva sfidante la peculiarità (tutta italiana e fortemente criticata) delle procedure concorsuali a guida ministeriale e organizzazione provvedimentale nel diritto amministrativo anziché nell'ordinario diritto civile (ovvero anche nel primo), quale diritto della impresa e delle sue relazioni concorrenziali e di conflitto (la nuova dimensione assunta dal diritto della crisi e dell'insolvenza), tuttavia si potrebbe pensare che sia direttamente il legislatore a qualificare, in modo più politicamente lungimirante, la nozione di continuità aziendale. Ricorrendo, si chiarisce, ad un'autonomia valoriale della politica economica e delle direttrici di legislazione sociale. Non dunque appiattendosi (o scegliendo) su requisiti meramente aziendalistici (che peraltro nemmeno pongono al riparo da interpretazioni divergenti, com'è ora nelle discussioni fra i giudici di merito su continuità soggettiva pura, indiretta o diretta), bensì isolando con un **principio di legge, nel nucleo identitario di un'azienda**, quegli elementi la cui sopravvivenza, pur in una struttura fortemente incisa dalla riorganizzazione concordatizia, debba proseguire. L'esempio più importante, ma non il solo, concerne l'occupazione: se con il concordato, mediante una newco o in via diretta o con l'affitto a terzi, si opera la traslazione solo di un modesto e minore ramo d'azienda, con contestuale dismissione della restante attività e il fattore-lavoro conserva la continuità in misura irrisoria, ci si chiede se davvero si possa parlare di un concordato che presenti l'attualità della sua causa concreta o se invece non si tratti di un simulacro, strumentale ad evitare la liquidazione a mani di un curatore e cioè una procedura più trasparentemente liquidatoria. La questione non è quella di approfondire la nozione a contrario, cioè l'essenzialità liquidatoria (che pure potrebbe porre dei problemi interpretativi, rallentando la formazione agile e celere

di un diritto nazionale della crisi). Appare infatti interessante segnalare che per un verso sempre più frequenti studi economici mettono in rilievo che il nanismo imprenditoriale italiano per lo più si affianca al capitalismo familiare autosufficiente, alla mancanza di management esterno nonché di controllori interni, all'esaurimento del ventaglio commerciale nel solo mercato domestico, dunque disdegnando la cd. istituzionalizzazione dell'impresa, cioè l'acquisizione di dimensioni di struttura organizzativa più significativa e attitudine durevole. Per altro verso occorre allora chiedersi se il vantaggio competitivo e la larga zona di immunità da responsabilità per la crisi assicurati al debitore che formuli proposte di continuità della medesima produzione, senza innovazione tecnologica ed investimenti sulla formazione del personale, meritino la chance che conduce, dimagrendo e riducendo posti di lavoro, ad un progetto d'azienda senza prospettive ed anzi anticoncorrenziale. C'è infatti il concreto rischio di assicurare una premialità indifferenziata a dolorosi processi ristrutturativi, con immissione di nuova finanza e indebitamento suppletivo del medesimo imprenditore ed al pari ad operazioni di mera semplificazione imprenditoriale che, al riparo di una tenue continuità di rami d'azienda, sacrificino base occupazionale e non introducano alcun investimento, pur di guadagnare il consenso dei creditori a modeste proporzioni solutorie, con piani che spesso conducono le aziende alla marginalità e infine alla estinzione nel medio-breve periodo.

22. 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 al concordato e ai suoi meccanismi di beneficio: questi non consistono più, come un tempo, nella mera esdebitazione finale (conseguente all'omologazione 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 dai contratti (ex art.169bis l.f.), nonché evidenti facilitazioni solutorie (il pagamento parziale e selettivo dei debiti pregressi ex art.182quinquies co.5 l.f.), tali da costituire un quadro direttamente incidente sullo statuto competitivo del debitore concordatizio. 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. 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 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.

23. 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 il debitore concordatario dia almeno conto delle ragioni della loro omessa previsione. La ragione di tale proposta si ricollega alla diffusa percezione che la **giustizia economica riparativa**, quale è nella sua esemplificazione organizzativa il concordato preventivo, 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 reinquadra in modo più consapevole e affidabile come rischio futuro. Attualmente, sono proprio gli studi economici a dubitare che, nel concordato preventivo italiano, il modello giuridico acausale per come scelto - 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) 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. L'impresa debitrice, fuoriuscente dalla crisi, potrebbe così meritare l'omologazione proprio ed anche divenendo **impresa legalmente virtuosa**.

24. Ancora sul **sindacato sulla fattibilità del concordato**. Qui il d.d.l. n. 3671-bis ha dato una decisa (e contestata) 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. Ci sono due approcci, entrambe conducenti a perplessità sul ripristino - anche con l'impiego di formule inedite e senza tradizione, come la realizzabilità - di un controllo di merito economico del giudice: a) questo scenario non risulta sistematicamente armonico con la nuova disciplina del concordato che ha definitivamente accantonato il meccanismo di voto improntato al cd. silenzio-assenso; i creditori devono votare espressamente, con la conseguenza che non è più attuale la giustificazione addotta da alcuni giudici di merito per non seguire l'indirizzo di cui alle S.U. del 2013 circa la necessità che il giudice intervenga ad ovviare le storture del silenzio-assenso; ora è rimessa ai creditori ogni valutazione di convenienza; sussiste l'ulteriore novità della concorrenzialità di terzi, che - nel d.d.l. 3671bis - in presenza di insolvenza, prescinde da una proposta di concordato del debitore; si potrebbe dunque ritenere che, almeno in caso di insolvenza e se l'unica proposta sia quella del debitore (nonostante la pluralità di possibili iniziative) e su di essa converga il voto espresso dei creditori, nè vi siano opposizioni, debba escludersi - anche con riferimento all'attuale e consolidato orientamento del giudice di legittimità - un sindacato giudiziale sulla fattibilità economica; b) nell'ipotesi in cui si opti per mantenere un

giudizio sulla fattibilità economica anche in capo al giudice, va segnalata la problematicità con cui si dovrebbe armonizzare tale apprezzamento con l'unica prospettiva concordataria che l'istituto in realtà va ad assumere con la riforma, quella della continuità aziendale, già oggi caratterizzata da un piano con contenuti particolarmente complessi e prescrizioni previsionali analiticamente attestate in punto di costi e ricavi attesi, risorse di finanza e copertura, funzionalità al miglior soddisfacimento dei creditori, possibile moratoria fino ad un anno per i privilegiati (ex art.186bis co.2 l.f.). Il piano infatti, nell'attuale disciplina, non è una mera sequenza alfanumerica, ma comprende un progetto finanziario (dove si affrontano la ristrutturazione del debito e le fonti normali e straordinarie di finanziamento dell'impresa) e un progetto industriale (dove viene rimodulata la struttura organizzativa e vengono elaborate le strategie imprenditoriali di soluzione della crisi). L'interrogativo concerne l'in sé del sindacato del giudice, in presenza di un piano - giudicato giuridicamente fattibile e - votato dalla maggioranza dei creditori, con il limite esterno della intangibilità delle strategie imprenditoriali cui appare azzardato, anche per tale ragione, contrapporre ipotesi alternative di strategie meramente giudiziali.