

Direzione

Gianvito Giannelli, Ugo Patroni Griffi, Antonio Felice Uricchio, Andrea Patroni Griffi

Comitato scientifico

Sabino Fortunato (**coordinatore**) - Lorenzo De Angelis - Pietro Masi - Cinzia Motti - Antonio Nuzzo - Luigi Filippo Paolucci - Salvatore Patti - Michele Sandulli - Gustavo Visentini

Redazione di Bari

Emma Sabatelli, Giuseppina Pellegrino, Eustachio Cardinale, Francesco Belviso, Rosella Calderazzi, Barbara Francone, Anna De Simone, Valentino Lenoci, Enrico Scoditti, Emma Chicco, Claudio D'Alonzo, Giuditta Lagonigro, Manuela Magistro, Francesco Salerno, Concetta Simone

Redazione di Foggia

Michele Bertani, Andrea Tucci, Giuseppe Di Sabato, Corrado Aquilino, Pierluigi Pellegrino, Grazia Pennella, Annalisa Postiglione, Annamaria Dentamaro, Attilio Altieri, Giulia Lasalvia

Redazione di Lecce

Maria Cecilia Cardarelli, Alessandro Silvestrini, Giuseppe Positano, Andrea Sticchi Damiani

Redazione di Napoli

Andrea Patroni Griffi, Alfonso M. Cecere, Nicola De Luca, Carlo Iannello, Sergio Marotta, Francesco Sbordone, Pasquale Serrao d'Aquino

Redazione di Roma

Giustino Enzo Di Cecco, Paolo Valensise, Vincenzo Vitalone, Valeria Panzironi, Ermanno La Marca, Valentina Depau, Davide De Filippis

Redazione di Taranto

Daniela Caterino, Giuseppe Labanca, Cira Grippa, Gabriele Dell'Atti, Giuseppe Sanseverino, Pietro Genoviva, Francesco Sporta Caputi, Barbara Mele

Direzione

Piazza Luigi di Savoia n. 41/a
70100 – BARI - (Italy)
tel. (+39) 080 5246122 • fax (+39) 080 5247329
direzione.ibattellidelreno@uniba.it

Coordinatore della pubblicazione on-line: Giuseppe Sanseverino
Redazione: presso il Dipartimento Jonico in Sistemi Giuridici ed Economici del Mediterraneo:
Società, Ambiente, Culture - Sezione di Economia -
Via Lago Maggiore angolo Via Ancona
74121 - TARANTO - (Italy)
tel (+39) 099 7720616 • fax (+39) 099 7723011
redazione.ibattellidelreno@uniba.it
giuseppe.sanseverino@uniba.it

ISSN 2282-2461 I Battelli del Reno [on line]

I Battelli del Reno, rivista on line di diritto ed economia dell'impresa, è registrata presso il Tribunale di Bari (decreto n. 16/2012)

La rivista è licenziata con Creative Commons Attribuzione – Non commerciale - Non opere derivate 3.0 Italia (CC BY-NC-ND 3.0 IT)

SAGGI

Ugo Patroni Griffi

I PRINCIPI DEL CODICE DELLA CRISI E IL PROCEDIMENTO UNITARIO¹

1.- Il diritto fallimentare trova la propria origine nel basso medioevo, nel momento in cui la nuova classe dei mercanti è in grado di dotarsi di un ordinamento corporativo. Risale a questo periodo anche la differenza, pur con alcune eccezioni (come nel caso della Venezia del '300), tra insolvenza civile (da cui trova origine l'attuale normativa in materia di sovraindebitamento, oggetto del presente corso) ed insolvenza commerciale. Mentre per l'insolvente civile non è rara una certa "comprensione", una temperanza, una clemenza da parti del giudice; per l'insolvente commerciale le sanzioni sono durissime. Due approcci del tutto diversi. Il primo che oggi definiremmo "debtor oriented" consentiva al giudice di concedere – seppur sempre nell'ambito di una procedura pubblica ed ignominiosa - al debitore un termine di moratoria (anche di cinque anni) per poter rimborsare i propri creditori, oppure il debitore poteva evitare il carcere ricorrendo alla *cessio bonorum* in favore dei creditori. Il secondo, "creditor oriented" mirava alla rapida (e in alcuni casi spettacolare, v. la rottura dei banchi a Genova nonché le numerose colonne infami sparse per l'Italia) espulsione dell'insolvente dal mercato. L'impresa insolvente era considerata "contaminata" e in quanto tale "contaminante" tanto l'onore della corporazione (e quindi il merito creditizio) cui il mercante apparteneva, quanto la stessa economia, potendo cagionare un effetto a catena (effetto domino). In questa prospettiva non appare eccentrica la colpevolizzazione dell'insolvente trasfusa nel celeberrimo brocardo di Baldo degli Ubaldi (1574) "si fallitus, ergo fraudator". Coerentemente veniva apprestata una disciplina

¹ Prolusione al Corso per gestori della Crisi da Sovraindebitamento, Roma 15 marzo 2024

sanzionatoria (infamante e spesso crudele e che poteva comprendere la reclusione, la tortura e anche la morte) che colpiva non solo l'insolvente, ma anche i suoi familiari, derubati dal congiunto insolvente del merito creditizio accumulato attraverso le generazioni che si erano tramandate l'attività imprenditoriale. A tali effetti il fallito poteva sottrarsi raggiungendo un accordo con i creditori (*cessio bonorum* o convenzione di moratoria)

Si è accennato al diverso regime della Venezia trecentesca in cui la disciplina dell'insolvenza non solo non distingueva tra insolvente civile ed insolvente commerciale, ma era segnatamente più morbida, e volta a favorire - attraverso l'istituto dell'"affida" (antenato degli accordi di ristrutturazione) – un accordo tra l'insolvente e i suoi creditori. Le ragioni vanno rintracciate (come ci ricorda il Mercante di Venezia) nella circostanza che il ceto aristocratico aveva iniziato ad investire nel commercio, che non era dunque più e solo una attività borghese. La modernità del diritto veneziano portava già nel 1700 (Marco Ferro, 1778) a distinguere il fallimento "per necessità (disgrazia, come incendio o naufragio, ma anche imperizia senza mala fede)" dal fallimento "per malizia".

2. - La normativa delle città italiane medioevali sull'insolvenza divenne, come diremmo oggi, un modello circolante (*ius mercatorum*) la cui eco è ben riconoscibile nella prima normativa nazionale in materia, l'Ordinanza del commercio (Ordonnance du commerce, il primo "codice di commercio" dell'era moderna) di Colbert, ministro di Luigi XIV, del 1673. Al fallimento era dedicato il Titolo XI (TITRE XI: Des faillites et banqueroutes) composto di soli 13 articoli. L'Ordinanza valorizza gli accordi per la composizione della crisi (artt. 5 – 7) deliberati dalla maggioranza dei creditori (in numero e somma) e, in caso di opposizione, omologati dal tribunale; introduce la distinzione tra creditori chirografari e privilegiati (art. 8) e la figura del curatore la cui nomina però devolve ai creditori (art. 9) nonché disciplina la bancarotta fraudolenta, punibile con la morte (artt. 10 - 13).

3.- Qualche anno dopo la promulgazione dell'Ordonnance la disciplina dell'insolvenza nei paesi di *civil law* inizierà a differenziarsi da quella dei paesi di *common law*. Infatti, nel 1706 in Inghilterra veniva promulgata una legge che, per la prima volta, consentiva all'insolvente a causa di "unavoidable misfortune" di evitare le conseguenze sanzionatorie del fallimento, offrendo i propri beni ai creditori e cooperando nella liquidazione degli stessi. In tali condizioni non solo poteva ottenere il "discharge" vale a dire l'esdebitazione (introdotta in Italia solo nel 2006) per i debiti contratti, ma anche una piccola percentuale del ricavato dalla vendita (5% per un massimo di £200). Lo Statuto di Anna influenzerà la legge fallimentare statunitense (ad iniziare dal Bankruptcy Act del 1800). Mentre l'Ordonnance influenzerà l'era della codificazione negli ordinamenti di Civil

Law. Ed infatti il Code de commerce di Napoleone del 1807 (Livre III, Titre I: De la Faillite) ne riproduceva sostanzialmente il contenuto, oltre ad introdurre alcuni istituti (revocatoria, decadenza dal beneficio del termine, apposizione dei sigilli, nomina del giudice delegato cui era attribuita la vigilanza sulla gestione della procedura e dei curatori – all’epoca chiamati “sindaci” – nominati dai creditori e a cui era affidata la gestione della procedura, la distinzione tra bancarotta semplice e fraudolenta). Il Code de Commerce consentiva al fallito di evitare le conseguenze civili del fallimento stipulando un concordato (art. 519 ss.) con la maggioranza creditori (con l’omologazione “le tribunal déclarera le failli excusable, et susceptible d’être réhabilité”), eppertanto poter riprendere anche l’esercizio della professione di commerciante (Réhabilitation, artt. 604 ss.). Da segnalare che il Codice di Commercio agli artt. 544 e ss. disciplinava i “diritti delle donne” (Des Droits des Femmes) nel fallimento del loro congiunto.

4.- La disciplina del fallimento introdotta con il codice di commercio influenzerà la legislazione italiana. Sia degli stati preunitari (v. lo Codice per lo Regno delle Due Sicilie del 1815, o lo Statuto Albertino del 1842), ma anche del nuovo Regno d’Italia. Infatti, il Codice di commercio del 1865 (Libro III) riproduceva sostanzialmente la normativa napoleonica, eppertanto affidava la gestione della procedura ai curatori (sindaci) scelti, di norma, tra i creditori. Così come era prevista, al pari del Codice napoleonico, la possibilità di sottoscrivere un concordato – che però non poteva esaurirsi nella mera cessione dei beni - con “il concorso” della maggioranza creditori (art. 618 ss.), il che consentiva all’insolvente di poter riprendere l’esercizio della propria attività. Con il Codice di commercio del 1882 (l. 2 aprile 1882, n. 681) il Regno si dotava di una normativa più moderna, e a parte alcune modifiche procedurali (il curatore – scelto tra soggetti estranei alla massa dei creditori da un albo di persone idonee formato dalle Camere di Commercio - si sostituiva ai sindaci, veniva istituito il comitato dei creditori (delegazione), era introdotto il fallimento d’ufficio, venivano disciplinate le istanze di ammissione e la formazione del passivo etc.) veniva introdotta la possibilità per l’insolvente (*ove possa, giustificare con valide prove, che la cessazione dei pagamenti fa conseguenza di avvenimenti straordinari e impreveduti od altrimenti scusabili, e dimostrare con documenti o con prestazione di idonee garanzie che l’attivo del suo patrimonio supera il passivo, può chiedere al Tribunale, nei tre giorni successivi alla pubblicazione della sentenza medesima, che si sospenda l’esecuzione di questa*) di ottenere – anteriormente o successivamente alla sentenza dichiarativa di fallimento - una moratoria di sei mesi (prorogabile, in determinate circostanze, per ulteriori sei mesi), nel cui termine il debitore avrebbe potuto pagare i debiti o concordare con i propri creditori ulteriori dilazioni di pagamento ovvero stipulare con i medesimi eventuali “accordi amichevoli” remissori (Codice di commercio 1883, Titolo VI, capo II, artt. 807 ss.). Il concordato, invece, era previsto nella sola forma

del concordato fallimentare (818 ss.). Con la successiva l. 24 maggio 1903, n. 197 si abrogava l'istituto della moratoria sostituito dal concordato preventivo (significativamente era ammesso anche il concordato con riserva), procedura cui poteva accedere l'imprenditore "onesto ma sfortunato" nonché si introduceva una procedura semplificata per i "piccoli fallimenti".

4. - Durante il fascismo la legge fallimentare veniva nuovamente riformata. L'ideologia fascista era improntata (almeno per le imprese private) ad una sorta di darwinismo economico (Jorio), l'impresa doveva essere in grado di remunerare il fattore produttivo del lavoro, e se non vi fosse riuscita non sarebbe stato "degnata di vivere", anzi non doveva affatto "sorgere" e se sorta doveva essere prontamente liquidata (Vivante). Così il fascismo con la l. 10 luglio 1930, n. 995 sottoponeva la procedura fallimentare all'autorità dello Stato (il fallimento diventava una procedura ex officio), attribuiva al curatore la qualifica di pubblico ufficiale di nomina giudiziaria e comprimeva il ruolo dei creditori. La gestione del fallimento era devoluta al giudice delegato, le cui istruzioni il curatore doveva eseguire. Nello stesso tempo la nuova legge si riprometteva di eliminare "ogni assurda indulgenza nei confronti del debitore" (Relazione di accompagnamento), per cui venivano inasprite le sanzioni penali (per i delitti fallimentari era sempre previsto l'arresto); mentre numerose ulteriori limitazioni venivano introdotte per il concordato preventivo: il debitore doveva adempiere alle obbligazioni concordatarie nel brevissimo termine di sei mesi "a meno che non siano offerte uguali garanzie per il pagamento degli interessi legali sulle somme da corrispondere oltre sei mesi".

Parallelamente alla redazione del codice civile il legislatore fascista metteva mano ad una riforma organica della legge fallimentare. In cui la matrice pubblicistica era destinata ad essere ancora più marcata. La commissione di riforma, seppur molto autorevole essendo composta oltre che da Asquini, da Satta e de Marsico, sposava integralmente l'idea per cui l'impresa insolvente dovesse essere rapidamente espunta dal mercato e che la prevenzione dell'insolvenza dipendesse principalmente dal timore per le gravi conseguenze civili e penali del fallimento. Non che mancassero pensatori illuminati come Carnelutti che proponeva di prevedere la possibilità – nell'interesse della "produzione dell'economia" – dell'esdebitazione del debitore, o come Andrioli che sosteneva l'opportunità di estendere la disciplina anche alle imprese non commerciali. La nuova legge non solo non innovava molto rispetto alla precedente (se si esclude l'introduzione della amministrazione controllata), ma soprattutto inaspriva le sanzioni civili (il fallito perdeva la libertà di muoversi oltre i confini nazionali e il diritto di voto) e quelle penali. Il fallimento era la procedura fondamentale, mentre il concordato preventivo e la già citata amministrazione controllata erano "procedure minori".

5.- La legge fallimentare nell'impianto fascista, "antiquata e feroce" (Stanghellini), doveva rimanere in vigore sino al 2005. Nonostante, nel mondo, intorno agli anni '90 quasi tutti gli stati europei di civil law si dotassero una disciplina moderna dell'insolvenza (Germania, Francia, Spagna, Austria etc.). Nel nostro paese ci siamo dovuti accontentare degli interventi mitigatori della Corte costituzionale (ma solo dagli anni '70 in poi), degli sforzi della dottrina pratica e teorica nell'uso alternativo delle procedure concorsuali minori al fine di consentire il salvataggio delle imprese e della previsione di una procedura volta alla conservazione della sola grande e grandissima impresa (legge 95/1979 cd "legge Prodi" e legge 270/1999 cd "Prodi-bis", poi modificate con il dl 347/2003 "Parmalat").

Nel 2005 si avviava, finalmente, il cantiere di riforma della l. 267/1942, innestando nel vecchio corpo della legge fallimentare come moderni Frankenstein germi di modernità, al fine di favorire l'accordo tra debitore e creditori e conservare l'impresa: cadevano così le sanzioni civili per il fallito (2006!), si riformava – rendendone più facile l'accesso - la disciplina del concordato preventivo, si riscriveva la normativa sulla revocatoria fallimentare, si introducevano gli accordi di ristrutturazione e i piani attestati di risanamento, si concedeva (2006) al fallito persona fisica - se meritevole - di ottenere l'esdebitazione e via dicendo.

Parallelamente nel 2012 l'Italia si dotava di una disciplina dell'insolvenza civile (cosiddetta legge salva suicidi).

6.- La avvertita necessità di una disciplina moderna delle crisi portava il nostro legislatore ad approvare una apposita legge delega (l. 155/2017) <<per la riforma organica delle procedure concorsuali di cui al regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, e della disciplina sulla composizione delle crisi da sovraindebitamento di cui alla legge 27 gennaio 2012, n. 3, nonché per la revisione del sistema dei privilegi e delle garanzie>>. I principali principi generali della legge delega erano: la sostituzione del termine «fallimento» e i suoi derivati con l'espressione «liquidazione giudiziale»; l'eliminazione dell'ipotesi della dichiarazione di fallimento d'ufficio; l'introduzione di una definizione dello stato di crisi, intesa come probabilità di futura insolvenza; l'adozione di un unico modello processuale per l'accertamento dello stato di crisi o di insolvenza del debitore in cui si desse e priorità di trattazione alle proposte che comportassero il superamento della crisi assicurando la continuità aziendale, anche tramite un diverso imprenditore (cosiddetta continuità indiretta), riservando la liquidazione giudiziale ai casi nei quali non fosse proposta un'idonea soluzione alternativa; l'assoggettamento al procedimento di accertamento dello stato di crisi o di insolvenza di ogni categoria di debitore, sia esso persona fisica o giuridica, ente collettivo, consumatore, professionista o imprenditore esercente un'attività commerciale, agricola o artigianale, con esclusione dei soli enti pubblici; la riduzione della durata e dei costi delle procedure concorsuali; la specializzazione dei giudici e dei

professionisti coinvolti nella gestione della crisi; la disciplina della crisi dell'impresa di gruppo. Vero fulcro della legge delega era l'introduzione nel nostro ordinamento di procedure di allerta e di composizione assistita della crisi, di natura non giudiziale e confidenziale, finalizzate a incentivare l'emersione anticipata della crisi e ad agevolare lo svolgimento di trattative tra debitore e creditori.

Il Codice veniva approvato con la l. 14/2019 ma, in disparte da poche disposizioni soprattutto riguardanti la modifica del codice civile, non sarebbe entrato in vigore se non – dopo rilevanti interventi di modifica – nel luglio del 2022 (d.lgs. 83/2022).

7.- Il ritardo nell'entrata in vigore e le conseguenti modifiche del Codice trovavano *da un lato* ragione nelle diffuse perplessità sull'efficienza economica – in un periodo di recessione economica perdipiù aggravata dalla pandemia – della (farraginosa e assai invasiva) disciplina dell'allerta, che avrebbe potuto espungere dal mercato imprese risanabili; *dall'altro* nell'esigenza di recepire la direttiva *insolvency* (direttiva UE 1023/2019) nel frattempo entrata in vigore (e del tutto trascurata dalla Commissione che aveva redatto il Codice, benché i lavori preparatori della direttiva fossero all'epoca noti).

Il legislatore europeo imponeva agli stati membri di dotarsi di una disciplina della crisi funzionale alla costruzione di un efficiente mercato unico, eliminando gli ostacoli “che derivano dalle differenze tra le legislazioni e procedure nazionali in materia di ristrutturazione preventiva, insolvenza, esdebitazione e interdizioni” eppertanto garantendo “alle imprese e agli imprenditori sani che sono in difficoltà finanziarie la possibilità di accedere a quadri nazionali efficaci in materia di ristrutturazione preventiva che consentano loro di continuare a operare, agli imprenditori onesti insolventi o sovraindebitati di poter beneficiare di una seconda opportunità mediante l'esdebitazione dopo un ragionevole periodo di tempo, e a conseguire una maggiore efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione, in particolare attraverso una riduzione della loro durata”. La direttiva sollecitava a tal fine e tra l'altro la predisposizione da parte degli stati membri di misure di “allerta precoce” che permettessero al debitore “di individuare le proprie difficoltà finanziarie e prendere le misure opportune” per la ristrutturazione preventiva dell'impresa ovvero nel caso in cui la “sostenibilità economica” fosse “definitivamente compromessa” di consentire un “ordinato ed efficace” processo di liquidazione.

9. - Si è detto che il codice ha recepito la direttiva riformando integralmente la disciplina dell'allerta oggi sostituita dalla normativa sulla composizione negoziata della crisi, dal concordato semplificato, dalle segnalazioni per l'anticipata emersione della crisi nonché dal programma informatico per la verifica della sostenibilità del debito. Il nostro ordinamento è stato poi arricchito di nuovi strumenti regolatori quali il già citato

concordato semplificato e il piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione. Il codice riconosce che la crisi non danneggia solo i debitori, ma anche i vari stakeholders dell'impresa tra cui, e principalmente, i lavoratori. L'impresa è come si è efficacemente detto un *nexus of contracts* che coinvolge non solo gli interessi egoistici dell'imprenditore e dei suoi creditori. La conservazione del valore dell'impresa assume rilievo per l'economia dello Stato e, come si è detto, anche per l'efficienza del mercato unico europeo. Di qui alcuni importanti corollari. Sull'organo gestorio grava l'obbligo di dotare l'impresa di adeguati assetti organizzativi retti – come si è autorevolmente affermato (Montalenti) – “dal principio di correttezza gestoria (rinvio all'art. 2381, 3° comma, c.c.), che si articola, come molte clausole generali, in principi, regole, sistemi tratti dalle scienze aziendalistiche e dalla *best practice*” in grado – direi fra l'altro – di rilevare precocemente i primi segnali della crisi, in modo da gestire la stessa nel modo più efficiente nell'interesse non solo dei soci ma anche dei creditori (nell'impresa in crisi l'interesse sociale integra anche l'interesse del ceto creditorio, mentre nell'impresa insolvente l'interesse pubblicistico alla conservazione del valore residuo dell'impresa determina la degradazione della posizione giuridica dei soci che, privati di ogni residuo potere sulle sorti dell'impresa, vengono a costituire una specifica classe di creditori).

10. - L'ibridazione del Codice del 2019 con il correttivo del 2022 che ha recepito la direttiva *insolvency* è riflessa nella stratificazione dei principi generali del nuovo Codice. Si è correttamente sostenuto che è possibile distinguere tra principi “espressi” (artt. 3 – 6) e principi “inespressi”. Non sorprendentemente i principi “espressi” sono quelli già sostanzialmente contenuti nella legge delega: obbligo dell'imprenditore di dotarsi di un adeguato assetto organizzativo, di trasparenza e di reagire tempestivamente all'emergere della crisi al fine di gestirla al meglio nell'interesse dei creditori (il debitore ha il dovere di: a) illustrare la propria situazione in modo completo, veritiero e trasparente, fornendo tutte le informazioni necessarie e appropriate rispetto alle trattative avviate, anche nella composizione negoziata, e allo strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza prescelto; b) assumere tempestivamente le iniziative idonee alla individuazione delle soluzioni per il superamento della crisi e di adottare un comportamento proattivo per la rapida definizione dello strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza prescelto, anche al fine di non pregiudicare i diritti dei creditori; c) gestire il patrimonio o l'impresa durante i procedimenti nell'interesse prioritario dei creditori; d) tenere corrette relazioni industriali); obbligo dei creditori di collaborare lealmente con il debitore e con gli organi della procedura, e di rispettare l'obbligo di riservatezza sulla situazione del debitore, sulle iniziative da questi assunte e sulle informazioni acquisite; obbligo degli organi giudiziari di rispettare nelle nomine dei professionisti criteri di trasparenza, rotazione ed efficienza, nonché di trattare con priorità le controversie in cui è parte un organo nominato

dall'autorità giudiziaria o amministrativa nell'ambito degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza o delle procedure di insolvenza o comunque un soggetto nei cui confronti è aperta una procedura prevista dal presente codice e, ancora, di esaminare nell'ambito del procedimento unitario in via prioritaria le domande dirette a regolare la crisi o l'insolvenza con strumenti diversi dalla liquidazione giudiziale o dalla liquidazione controllata (a condizione che: a) la domanda medesima non sia manifestamente inammissibile; b) il piano non sia manifestamente inadeguato a raggiungere gli obiettivi prefissati; c) nella proposta siano espressamente indicate la convenienza per i creditori o, in caso di concordato in continuità aziendale, le ragioni della assenza di pregiudizio per i creditori). Tra i principi “inespressi” quello come della sostenibilità dell'impresa (nella direttiva ricorre il concetto di “viable enterprise”). La normativa europea funzionalizza, come si è detto, il diritto delle crisi alla creazione di un mercato unico dinamico, efficiente e competitivo, e in tale prospettiva solo le “viable enterprises” **meritano** l'accesso ai quadri di ristrutturazione preventiva. Ma su questo punto ritornerò a breve.

11. - Non è certo oggi possibile dare un giudizio sul nuovo Codice e se gli obiettivi prefissi siano stati raggiunti. La disciplina dell'allerta sembra non aver – almeno nella prassi – ottenuto i risultati sperati (pochissime le procedure di composizione negoziata e i concordati semplificati), così come poco appeal sembrano riscontrare i nuovi strumenti di regolazione. La normativa in materia di assetti adeguati, poi, ha aperto un accesso dibattito sullo *standard of review* da applicare alla condotta degli amministratori: la regola della *business judgement rule* o quelle dell'*entire fairness test*. Da una o dall'altra opzione discende non solo l'ampiezza prevedibile del contenzioso promosso dai curatori nei confronti degli amministratori (su cui grava il rischio di dover rifondere danni assai ingenti in ossequio ai principi dettati dall'art. 2486, co. 3, c.c.), ma anche sul piano dell'analisi economica del diritto il condizionamento dell'organo gestorio e dell'organo di controllo che potrebbero, al fine di limitare le proprie responsabilità, adottare una “amministrazione difensiva”, eccessivamente prudente eppertanto incapace di cogliere tutte le opportunità (sebbene rischiose) offerte dal mercato; tantopiù che la disciplina in materia di assetti potrebbe vieppiù inasprire la disciplina penale delle crisi, che tutt'oggi trova le proprie origini nella normativa fascista del 1942. Dovendosi aggiungere che, in spregio a quanto previsto dalla direttiva, il nostro legislatore ha costruito la nuova normativa su una nozione esclusivamente finanziaria di crisi (non a caso basata sulla sostenibilità nei dodici mesi successivi del debito), mentre la direttiva, lo si è ricordato, avvertiva la necessità di valutare – ai fini dell'ammissione delle imprese ai quadri di ristrutturazione – la sostenibilità economica: gli Stati membri dovrebbero poter introdurre una verifica della sostenibilità economica come condizione di accesso alla procedura di ristrutturazione preventiva. La verifica della sostenibilità economica sconta la costruzione di uno scenario di probabilità,

cui non è estranea l'applicazione dei criteri ESG, della sostenibilità nel medio-lungo periodo dell'attività svolta e del modello organizzativo adottato.

1 2. - Il cantiere della riforma della disciplina delle crisi è però tutt'ora in movimento. Probabilmente a breve il Codice dovrà essere nuovamente modificato per recepire - quando sarà promulgata - la nuova direttiva UE sull'insolvenza (*insolvency III*). La proposta di direttiva (Proposta di Direttiva del parlamento europeo e del Consiglio che armonizza taluni aspetti del diritto in materia di insolvenza) mira a riavvicinare la disciplina delle crisi degli stati membri in materia di azioni revocatorie (che presumibilmente recupereranno, nel nostro ordinamento, centralità ai fini della "protezione della massa fallimentare"). Stabilisce la proposta, infatti, che << al fine di proteggere il valore della massa fallimentare per i creditori, i diritti nazionali in materia di insolvenza dovrebbero includere norme efficaci che consentano l'annullamento degli atti giuridici pregiudizievoli per i creditori che sono stati perfezionati prima dell'apertura della procedura di insolvenza (azioni revocatorie)>>. L'azione revocatoria dovrebbe essere estesa anche agli atti omissivi (esempio il debitore che lasci prescrivere un credito, la mancata impugnazioni di atti giudiziari o amministrativi etc.), nonché agli atti commessi da terzi. Così come dovrebbe essere introdotta una procedura "aggravata" – in cui la conoscenza da parte del terzo dell'insolvenza si presume - per gli atti compiuti con "parti strettamente correlate al debitore, come i parenti nel caso di un debitore persona fisica o le persone che svolgono ruoli decisivi in relazione a un debitore persona giuridica".

La proposta di direttiva, tuttavia, non esaurisce la propria portata nella disciplina delle revocatorie, ma prevede che gli ordinamenti europei si dotino di procedure cosiddette "pre-pack". Si tratta di procedure di matrice anglosassone che facilitano la circolazione dell'azienda appartenente all'impresa insolvente anche prima dell'effettiva apertura della procedura concorsuale. L'imprenditore insolvente, con l'ausilio di un commissario, sotto il controllo giudiziale, può cercare "eventuali acquirenti interessati e prepari la vendita dell'impresa in regime di continuità aziendale prima dell'apertura formale della procedura di insolvenza, in modo che i beni possano essere realizzati rapidamente subito dopo l'apertura di tale procedura. La procedura di pre-pack dovrebbe consistere in due fasi, vale a dire una fase di preparazione che integra la ricerca dell'acquirente e una fase di liquidazione in cui la vendita ha effettivamente luogo. La vendita può avvenire sia a trattativa privata (purché vengano garantiti elevati standard di competitività, trasparenza ed equità) ovvero all'incanto dopo l'apertura della fase di liquidazione della procedura. Ancora la direttiva inasprisce le responsabilità degli amministratori (tenuti a chiedere l'accesso ad una procedura concorsuale entro tre mesi dalla conoscenza o da quando avrebbero dovuto ragionevolmente accorgersi dell'insolvenza), e prescrive l'introduzione di procedure liquidatorie semplificate per le microimprese (il cui perimetro può non

coincidere con la definizione di impresa “minore” data dal CCII ai sensi comb. disp. Artt. 2, co. 1, lett. d) e art. 12), che non privino il debitore del possesso dei beni. Infine, la proposta di direttiva incide sulla nomina, che diventa eventuale e solo se richiesta dall’assemblea dei creditori, del comitato dei creditori.

13.- Il diritto delle crisi è diritto dell’economia (lo aveva intuito già Mossa negli anni ’30). E come tale, essendo le ragioni dell’economia sempre mutevoli, destinato ad essere per sua natura imperfetto. Lo aveva del resto predetto Augustin-Charles Renouard, che nel valutare la legge fallimentare francese del 1838 (una legge assai moderna dacché aveva eliminato l’incarcerazione preventiva del fallito prevista dal Code de commerce del 1807) così concludeva: «il regime dei fallimenti era imperfetto sotto la legge del 1673; lo era sotto il codice del 1807; lo sarà sotto la legge del 1838, e di più sarà sempre accusato di esserlo. Né gli ammaestramenti della pratica più consumata, né le risorse della mente più acuta, né i consigli della previdenza più sagace sopprimeranno mai in questa materia le difficoltà che dipendono dalla sua stessa natura, i cui inevitabili effetti si aggiungono alle imperfezioni del legislatore. Tutti perdono in un fallimento; la saviezza consiste, non nell’impedire o prevenire i sacrifici forzati, ma nel moderarli ed ordinarli» (A. CH. RENOARD, *Traité des faillites et banqueroutes*, vol. I, Parigi, 1857, 175. Testo nella traduzione di E. CUZZERI, *Del fallimento*, Torino, 1911, 9.). E noi di tale imperfezione non possiamo che prendere atto, per predisporci a studiare la prossima riforma delle crisi ben consapevoli che non sarà mai l’ultima ...