

STRUMENTI DI PREVENZIONE DELLA CRISI D'IMPRESA

1.Premessa 2. Un panorama delle soluzioni anticipatorie offerte nei principali ordinamenti di civil law 3 segue: lo stato dell'ordinamento concorsuale italiano 4. Il ruolo del diritto societario nella prevenzione della crisi d'impresa 5. Prospettiva de jure condendo

1 Premessa

La crisi economica globale sollecita con crescente intensità gli operatori del diritto a ricercare le soluzioni più efficienti e proficue all'insolvenza commerciale.

Con questa consapevolezza, e nella moderna percezione degli obiettivi del diritto concorsuale, la letteratura italiana ed europea indica nella massimizzazione del valore del patrimonio del debitore l'istanza centrale di una procedura fallimentare che intenda assolvere al compito di dare effettiva tutela alle ragioni dei creditori, ad un tempo evitando di penalizzare ingiustificatamente i soggetti ai quali è variamente riconducibile la titolarità dell'iniziativa economica e la proprietà del capitale di rischio ed agevolando altresì la riallocazione delle risorse e la circolazione della ricchezza¹.

In quest'ottica la realizzazione del diritto soggettivo di credito resta la funzione centrale dell'intero diritto delle obbligazioni e, conseguentemente, del diritto fallimentare², inteso come

¹ Cfr. LANCIANO, *Quali obiettivi per la riforma della normativa fallimentare italiana?* in *Mercato, concorrenza, regole*, 2001, p. 153.

L'istanza per la "tempestiva, efficiente, imparziale soluzione dell'insolvenza" è espressa altresì tra gli obiettivi della *Guida legislativa sull'insolvenza* elaborata dall'UNCITRAL, la Commissione Permanente delle Nazioni Unite per la legislazione sul Commercio Internazionale, che rappresenta una raccolta di *best practises* utili nella ricerca delle più efficienti soluzioni alla crisi d'impresa; per un commento cfr. GHIA, *Gli obiettivi della Guida Legislativa sull'Insolvenza dell'UNCITRAL*, in *Fallimento*, 2005, p. 1229.

² L'affermazione è largamente condivisa; per ampie riflessioni sul punto, v. per tutti GALLETTI, *La ripartizione del rischio di insolvenza*, Bologna, Il Mulino, 2006, p. 49 e ss, nonché STANGHELLINI, *La crisi d'impresa fra diritto ed economia*, Bologna, Il Mulino, 2007, pp. 15 e ss. *Ivi* v. altresì p. 112: "le procedure di insolvenza, che sono una componente fondamentale del sistema economico, lungi dal poter rovesciare la gerarchia di interessi su cui esso si basa e affermare valori autonomi, lo devono attuare in modo coerente".

In senso parzialmente critico si veda A. ROSSI, *Il valore dell'organizzazione nell'impresa*, in corso di pubblicazione negli *Studi in onore di F. Di Sabato*, scritto che ho potuto leggere per la cortesia dell'Autore: in questo caso, peraltro, l'orizzonte della riflessione è allargato all'intero diritto concorsuale, e non si limita al solo comparto fallimentare, così che, anche sulla base dell'analisi della disciplina sulla amministrazione straordinaria, si evidenziano segmenti di disciplina positiva che danno tutela ad interessi altri rispetto a quelli del *residual claimant*, col risultato di dare luogo ad un sistema "binario e variabile, che funga da riferimento nelle scelte di gestione della procedura liquidatoria, dove l'interesse *specifico* dei titolari di pretese residuali si affianca a quello *sistemico e diffuso* alla conservazione delle imprese che mantengano un residuo valore organizzativo, con una prevalenza dell'uno o dell'altro che dipende dalla diversa disciplina delle procedure e dalle diverse circostanze che in concreto possono determinare l'assenza di alcuna *voce* dei titolari di pretese residuali".

disciplina di reazione dell'ordinamento all'insolvenza commerciale; un affievolimento o una scarsa incisività nel perseguimento di tale obiettivo, oltre ad innescare inevitabilmente meccanismi di autotutela che, sebbene leciti, possono risultare non conformi a generali obiettivi di equità sostanziale³, crea in ultima analisi una remora alle negoziazioni, introducendo nell'azione delle imprese elementi di incertezza scarsamente leggibili *a priori* da quella eterogenea categoria di soggetti che la nomenclatura moderna chiama *stakeholders*⁴.

Nondimeno, all'interesse riconducibile ai creditori, categoria peraltro a sua volta eterogenea al proprio interno, come tipicamente riconosciuto dall'istituto del raggruppamento per classi in ambito concordatario⁵, si affiancano allo stesso tempo, in una lettura di politica economica, quello dei lavoratori, degli aventi causa dell'impresa ed in generale, del mercato, che si giova della mancata dispersione della ricchezza legata all'impresa⁶.

Nel quadro di una positiva considerazione di queste dinamiche, anche legate alla chiave conservativa e riallocativa del patrimonio aziendale dell'impresa in crisi, si impone, tra le altre, una riflessione sui tempi di attivazione della procedura concorsuale, anche sulla scorta degli insegnamenti dell'economia aziendale, che evidenziano il dato, peraltro intuitivo, che la soluzione della crisi d'impresa, attraverso modalità sia conservative, sia liquidatorie, risulta tanto più proficua e quindi, tanto più idonea a tutelare tutte le posizioni giuridiche soggettive meritevoli, quanto più tempestiva ne è l'attivazione.

³ Sul tema specifico si vedano gli spunti tratti da AA.VV., *Atti del convegno di Verona 28-29 ottobre 1977, L'uso alternativo delle procedure concorsuali*, in *Giur. comm.*, 1979, I, p. 321.

Il tema dell'autotutela in diritto civile è trattato per tutti da BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, I-II, Milano, 1971-1974.

⁴ In chiave strettamente economica va altresì rilevato il rischio che simile incertezza produca l'effetto di fare lievitare i costi dell'accesso al credito; infine, ma non secondariamente, va richiamata la doverosa osservanza del precetto costituzionale di cui all'art. 24 Cost., espressione del valore del procedimento giudiziale, tanto individuale come collettivo, quale strumento di indefettibile tutela dei diritti soggettivi. Per un riferimento specifico v. ROVELLI, *La crisi dell'impresa tra tutela del credito e interessi generali*, in AA.VV., *Crisi dell'impresa e salvaguardia dell'azienda* a cura di G. Schiano di Pepe, Padova, 1995, p. 190.

⁵ E' appena il caso di richiamare qui il disposto degli artt. 124 e 160 l. fall., nonché dell'art. 4 *bis* della cosiddetta legge Marzano n. 39/ 2004, i quali a loro volta recepiscono l'insegnamento e la prassi maturati intorno al *Chapter 11* statunitense, laddove è consentito un superamento del principio di parità di trattamento tra i creditori a condizione che siano rispettati criteri di *fairness* ed *equity*, nonché sia superato il vaglio del cd *best interest of creditor test*, vale a dire, sia garantito un trattamento non deteriore rispetto all'alternativa fallimentare.

⁶ E' pertinente, in proposito, la lettura della Relazione di accompagnamento al riformato art. 104 l. fall. in tema di esercizio provvisorio dell'impresa del fallito, laddove si afferma che "l'istituto, a differenza di quanto previsto dall'art. 90 rd. 267/1942, risponde non più al solo interesse privatistico di consentire un miglior risultato della liquidazione concorsuale, ma è aperto a quello pubblicistico di utile conservazione dell'impresa ceduta nella sua integrità o in parte, sempre che il ceto creditorio non ritenga di trarne nocimento"

Per queste ragioni il diritto concorsuale moderno, italiano, come straniero, tende ad orientarsi verso l'accoglimento di strumenti di allerta e prevenzione del più grave stato di decozione dell'impresa, strumenti da più parti invocati come il rimedio per eccellenza per arginare le ripercussioni sociali ed economiche della crisi d'impresa.

2 Un panorama delle soluzioni anticipatorie offerte nei principali ordinamenti di civil law

Richiamato nella massimizzazione del patrimonio e valorizzazione dell'organizzazione in essere l'obiettivo essenziale dell'ordinamento in materia concorsuale, di seguito considererò in che modo i principali ordinamenti di *civil law* accolgono la connessa istanza per la tempestiva attivazione delle procedure⁷.

Una breve ricognizione delle soluzioni anticipatorie della crisi dell'impresa praticate negli ordinamenti più affini a quello italiano può suggerire utili spunti di riflessione, anche nell'ottica di quella competizione tra ordinamenti che deve stimolarne l'ammodernamento, allo stesso tempo disincentivando gli opportunismi del *forum shopping*⁸.

Complessivamente emerge dall'esame comparato dei più recenti interventi legislativi in ambito concorsuale una crescente sensibilità al tema della prevenzione, che va di pari passo con l'affievolimento dei profili sanzionatori e punitivi del fallimento, anche sul presupposto che l'efficacia della prevenzione passi attraverso una minore "stigmatizzazione"⁹ del fallimento stesso.

L'ordinamento tedesco, che per cultura e tradizione rappresenta un riferimento quasi obbligato per il giuscommerciante, conosce un diversificato atteggiarsi del presupposto oggettivo del fallimento¹⁰: la vera e propria insolvenza (*Zahlungsunfähigkeit*), intesa come incapacità di adempiere alle obbligazioni scadute, che viene presunta in caso di cessazione dei pagamenti (§ 17 *Insolvenzordnung*); il rischio di insolvenza, definito come "incombente incapacità di adempiere" (*drohende Zahlungsunfähigkeit*), che fonda la sola iniziativa del debitore – tanto commerciale come civile- (§ 18) e conduce alla presentazione di un piano per il recupero della liquidità nell'arco dei

⁷ Tralascerò la descrizione della disciplina e delle prassi diffuse in area anglosassone, descrizione che porterebbe il discorso troppo lontano.

⁸ In relazione al tema specifico della dimensione transfrontaliera dell'insolvenza gli obiettivi appena indicati sono espressamente enunciati tra i considerando del Reg. CE n. 1346/2000 sulle procedure di insolvenza.

⁹ Così la Commissione Europea, Relazione finale del gruppo di esperti del progetto *Best* su ristrutturazione, fallimento e avvio di una nuova attività, 2003, § 3.3. Per un quadro delle legislazioni europee sul punto si veda il sito della Commissione Europea www.ec.europa.eu/cinejustice/bankruptcy.

Per i più recenti indirizzi a livello comunitario ed internazionale, v., anche per gli ulteriori riferimenti, GUERNELLI, *Procedure concorsuali, politiche comunitarie e diritto interno: dalla prevenzione alla esdebitazione*, in *Fallimento*, 2008, p. 477.

¹⁰ Si veda l'*Insolvenzordnung* del 5 ottobre 1994, in vigore dal 1999: per il commento cfr. GUGLIELMUCCI, *La legge tedesca sull'insolvenza*, Milano, 2000.

dodici mesi, con l'attestazione di un consulente esterno al fine di arginare le iniziative pretestuose o temerarie; infine, lo sbilancio patrimoniale, o "sovraindebitamento" (*Überschuldung*), definito come la situazione per cui "il patrimonio del debitore non copre più le obbligazioni esistenti" anche tenendo conto della prosecuzione dell'attività di impresa: la fattispecie, riferita alle sole persone giuridiche (ma anche per le società personali nelle quali nessuno dei soci illimitatamente responsabili è una persona fisica) comprende un dovere di attivazione, la cui violazione è penalmente sanzionata, in capo ai membri degli organi amministrativo e di controllo (§19).

Pur nell'apprezzamento per lo sforzo di dare emersione tempestiva alla crisi, soprattutto nel comparto societario capitalistico, in senso critico è dato osservare come il sistema tedesco sia deficitario nel delineare i contorni del "rischio di insolvenza", trascurando sia la definizione di un orizzonte temporale rilevante, sia una discriminante qualitativa o quantitativa relativa ai debiti che si prevede di non riuscire ad adempiere regolarmente. Va poi considerato che la procedura in questo caso si applica sia agli imprenditori che agli insolventi civili, per i quali le asimmetrie informative in danno dei terzi sono evidentemente accentuate, tanto da ostacolare quel monitoraggio sulla consistenza patrimoniale del debitore che potrebbe suggerire iniziative giudiziarie; questa considerazione, in effetti, giustifica l'attribuzione del potere di impulso al solo debitore.

Anche l'ordinamento spagnolo, riformato all'esito della *Ley Concursal* n. 22 del 9 luglio 2003, distingue differenti profili di gradazione dell'insolvenza ai fini dell'apertura del *concurso de acreedor*: infatti l'insolvenza, definita come la condizione per cui il debitore non possa "adempire regolarmente le obbligazioni esigibili" (art. 2 LC), può rilevare sia in forma di insolvenza imminente (confessata dallo stesso debitore senza vincoli dal punto di vista probatorio: *concurso voluntario*), ovvero come insolvenza qualificata dal ricorrere di indici tipici (art. 2, 4° comma LC), su segnalazione dei creditori (*concurso necesario*). Nel primo caso la legge consente l'accesso al fallimento non solo quando il debitore denuncia un'insolvenza attuale, ma anche laddove "prevede che non potrà adempire regolarmente e puntualmente le proprie obbligazioni" (art. 2, 3° comma LC); la norma tiene conto non solo della prevista modalità, irregolare, dei futuri pagamenti, ma anche del tempo dell'adempimento, sulla base di una "previsione di morosità"¹¹. Nell'ambito di una disciplina che riguarda anche l'insolvente civile, va stigmatizzato come nessun cenno specifico è dedicato all'insolvenza delle società¹².

Infine, la *Loi de sauvegarde des entreprises* 845/ 2005 del 26 luglio 2005, in vigore dall' 1 gennaio 2006, direttamente intervenuta sul *corpus* del *code de commerce* francese, prevede ora una

¹¹ Così FALCONE, *La riforma concorsuale spagnola*, Milano, 2006, p. 96; FAUCEGLIA, *L'anticipazione della crisi d'impresa: profili di diritto comparato e prospettive future*, in *Fallimento*, 2009, p. 14.

¹² Se non per il caso che si tratti di società di investimento : cfr. XVIII, 5 disp. finali LC.

nuova procedura *d'alerte* per le società anonime, provocata dall'iniziativa dei *commissaires aux comptes*, i quali hanno obbligo di segnalare al presidente del consiglio di amministrazione "fatti di natura tale da compromettere la continuità dell'esercizio" (art. 234-1); in caso di mancato adempimento dei conseguenti obblighi previsti in capo agli organi sociali la segnalazione della criticità perviene al Tribunale che ha facoltà di *moral suasion*, salva la possibilità per la società di accedere volontariamente a forme di salvaguardia concordate. Il diritto francese conosce poi il modello dei *groupements de prevention agréés* (art. 611-1), accessibili a tutte le imprese e costituiti con funzione consultiva e solidaristica, non senza prevedere altresì forme di sostegno pubblico, da fruire in situazioni di difficoltà economica dell'impresa¹³.

Complessivamente, il modello francese, che per tradizione risente maggiormente di spunti di matrice dirigista, offre evidenze di penetranti interventi, anche giudiziari, sia sulla crisi che sulla precrisi d'impresa, secondo una logica che può risultare difficilmente importabile, specie in epoca di tendenziale degiurisdizionalizzazione della crisi di impresa, con progressiva emarginazione del giudice, ormai attivato solo nella fase della tutela dei diritti in sede contenziosa, ma disimpegnato nel ruolo di intermediazione sul fronte per così dire gestionale della crisi¹⁴.

3 Segue: lo stato dell'ordinamento italiano

All'esito della rapida ricognizione delle soluzioni praticate nei principali ordinamenti continentali, mi propongo di analizzare la fondatezza dell'opinione, largamente quanto genericamente diffusa e condivisa, sia in area giuridica che economica, circa l'opportunità di realizzare, anche nell'ordinamento italiano, analoghi strumenti di allerta e prevenzione¹⁵.

Non tenterò di definire la condizione patrimoniale dell'impresa in precrisi: è prerogativa dell'economia aziendale descrivere la variegata tipologia della crisi d'impresa, a seconda del profilo temporale e causale (distinguendo così crisi di matrice economica e congiunturale; crisi che

¹³ Si vada CAMPANA, *L'impresa in crisi: l'esperienza del diritto francese*, in *Fallimento*, 2003, p. 978; ID., *La prevenzione della crisi delle imprese. L'esperienza francese*, in AA.VV., *La legislazione concorsuale in Europa*, a cura di Bonfatti – Falcone, Milano, 2004, p. 233; GUERNELLI, *La riforma delle procedure concorsuali in Francia e in Italia*, in *Dir. Fall.*, 2008, I, p. 256.

¹⁴ V. per tutti LIBONATI, *Prospettive di riforma sulla crisi d'impresa*, in *Giur. comm.*, 2001, I, p. 330.

¹⁵ Sul tema v. BOCCUZZI, *I meccanismi di allerta e prevenzione e le procedure stragiudiziali*, in *Dir. fall.*, 2005, I, p. 626; DE FERRA, *La riforma societaria e gli istituti di allerta e prevenzione nella riforma delle procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2005, I, p. 470; ID., *Il rischio di insolvenza*, in *Giur. comm.*, 2001, I, p. 193; FABIANI, *Osservazioni sulle misure di allarme per le crisi d'impresa*, in *Fallimento*, 2004, p. 825; JORIO, *Le esigenze di una nuova disciplina delle crisi d'impresa*, in *Dir fall.*, 2003, I, 551; SANSONE, *La tempestività dell'intervento giudiziario e il ruolo del giudice nella crisi anticipatoria*, in *Dir fall.* 2004, I, p. 743; SANTONI, *I sistemi di allerta e prevenzione e le procedure anticipatorie della crisi nel progetto di riforma della legge fallimentare*, in *Dir. fall.*, 2004, I, p. 733.

rivelano uno squilibrio finanziario e patrimoniale, a sua volta legato a criticità nella crescita, a fattori di rigidità o di decadenza strutturale, a carenza di programmazione o innovazione), ovvero dell'intensità della crisi, per graduare la situazione di semplice debolezza o fragilità, il predisposto ed il dissesto vero e proprio¹⁶. Basti, in questa sede, prendere atto che le elaborazioni di natura economica intorno agli strumenti di allerta e prevenzione scontano la difficoltà di fondo di isolare con nitidezza il relativo presupposto in chiave oggettiva.

Sul piano tecnico – giuridico, prescindendo, qui, dallo schieramento per una delle note e consolidate posizioni interpretative, tese a privilegiare vuoi il profilo strettamente patrimoniale dell'insolvenza, vuoi il relativo aspetto correlato alla condotta personale dell'imprenditore, in una contrapposizione superabile con un approccio che coniughi entrambi i profili, è innegabile che la dimensione dinamica dell'impresa, che dipende dalla stessa definizione dell'imprenditore come l'esercente un' *attività*¹⁷ caratterizza in modo essenziale la fattispecie; ebbene, non vi è ragione di non ritenere questo aspetto dinamico altrettanto centrale nella patologia, come nella fisiologia.

Il ragionamento, proiettato sul terreno dell'insolvenza, conduce a valutare quest'ultima non tanto in chiave statica, quanto alla luce dell'andamento dell'impresa nella relativa dimensione patrimoniale e finanziaria, e, dunque, necessariamente, nell'ambito delle sue prospettive e della sua attitudine a ricominciare a produrre ricchezza, nonché, conseguentemente, dell'efficienza della soluzione dell'interruzione dell'attività rispetto alle possibilità di una sua prosecuzione.

Queste le ineludibili considerazioni da compiere dinanzi ad una crisi, considerazioni che in fatto assorbono e comprendono la dimensione preventiva di quel complesso e diacronico “stato” di insolvenza che o sussiste, nel senso che si sta effettivamente ed attualmente verificando, ovvero manca, poiché l'impresa attraversa una contingente fase di mera difficoltà priva del requisito della attualità e irreversibilità.

Mi sentirei, quindi, di seguire quell'interpretazione, in crescente diffusione, che contesta la labilità del fondamento agli istituti che predicano la sussistenza di un mero rischio di insolvenza¹⁸ o

¹⁶ Sul tema si veda R. ROSSI, *Insolvenza, crisi d'impresa e risanamento*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 68; ZITO, *Fisiologia e patologia delle crisi d'impresa*, Milano, 1999.

Conseguentemente, poi, i soggetti diversamente interessati dalla crisi stessa manifesteranno convenienze a loro volta diverse, con conseguente potenziale conflittualità e creazione delle condizioni per il *trade off* delle rispettive posizioni: cfr. BRUGGER, *I rischi di insolvenza dell'impresa*, in *Fallimento*, 1988, p. 399; GUATRI, *Crisi e risanamento delle imprese*, Milano, 1986, p. 14 e ss.

¹⁷ A mente dell'art. 2082 c.c.; ma v. altresì 2248 c.c.

¹⁸ Si veda per tutti DE FERRA, *Il rischio di insolvenza*, in *Giur. comm.*, 2001, I, p. 193, il quale invoca un giudizio prognostico di segno contrario alla “temporanea difficoltà di adempiere” di cui ai presupposti dell'abrogata amministrazione controllata, giacché in quest'ultimo caso si confida nella cessazione di una situazione presente, laddove nel primo si teme che la situazione attuale non possa durare, donde l'urgenza per la tempestività dell'intervento.

una insolvenza futura, giacchè “ciò che si indaga nell’art. 5 è uno stato attuale, valutato anche per le sue attitudini prospettiche” ed è apprezzabile in termini di disfunzionamento della programmazione imprenditoriale¹⁹.

La componente prognostica insita nello stato di insolvenza attuale trova riscontro di diritto positivo nella definizione del presupposto oggettivo per l’accesso all’amministrazione straordinaria, che è descritto come un’insolvenza rilevante sul piano quantitativo dell’esposizione debitoria, e purtuttavia compatibile con la prospettiva di risanamento²⁰; allo stesso tempo, l’abrogazione dell’istituto della amministrazione controllata, procedura già attivabile in condizioni di “temporanea difficoltà ad adempiere” è suscettibile di attrarre alla disciplina dell’insolvenza un maggior ambito di situazioni di (pre)crisi d’impresa. Infine, il connotato stesso della responsabilità patrimoniale del debitore, per come definita dal principio di cui all’art. 2740 c.c., necessariamente abbraccia l’apprezzamento non solo dei beni attuali, ma anche di quelli futuri, in una valutazione anche prospettica della capacità patrimoniale del debitore.

Va osservato, d’altronde, che il sistema fornisce altresì un segnale contrario all’accoglimento della prospettiva *ex ante* nella valutazione della sussistenza di uno stato di insolvenza: l’art. 15, 5° comma, l. fall. dispone che non si dia luogo a dichiarazione di fallimento laddove all’esito dell’istruttoria prefallimentare risultino debiti scaduti e non pagati inferiori alla soglia fissata in trentamila Euro. Posto che la norma non sembra impattare il requisito soggettivo e dimensionale dell’impresa, per intercettare viceversa la nozione stessa di insolvenza, il riferimento

¹⁹ In questo senso si va attestando l’interpretazione prevalente: v. GALLETTI, *Commento all’art. 160*, in *Il nuovo dir societario* diretto da A. Jorio e coord. da M. Fabiani, Bologna, 2006, 2, p. 2275; ID., *La ripartizione del rischio di insolvenza*, cit., p. 157; CAVALLI, *I presupposti del fallimento*, in *Il fallimento, Tratt. di dir commerciale* diretto da Cottino, XI, Padova, 2009, p. 123

Per una recente applicazione cfr. Trib. Torino, 14 novembre 2008, in *Giur. it.*, 2009, p. 2237: “sussiste lo stato di insolvenza allorquando dall’analisi della situazione patrimoniale e finanziaria del debitore si evinca che la presumibile evoluzione delle disponibilità liquide dell’impresa è insufficiente per fare fronte alle obbligazioni di imminente scadenza”; in senso contrario si veda App. Firenze, 20 settembre 2001, in *Giur. merito* 2002, p. 73, laddove si fa leva sul carattere irreversibile dell’insolvenza per affermarne la rigorosa attualità.

Sulla moderna nozione di insolvenza la letteratura è sterminata: mi limito qui a richiamare BERTACCHINI, *Revocatoria fallimentare e stato di insolvenza*, in *Tratt. di dir. comm. e dir pubbl. dell’econ* diretto da F. Galgano, XXVI, Padova, 2001, p. 54; FRASCAROLI SANTI, *Insolvenza e crisi dell’impresa*, Padova, 1999; MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla l. fall.*, Padova, 2009, p. 25; TERRANOVA, *Lo stato di insolvenza. Per una concezione formale del presupposto oggettivo del fallimento*, in *Giur. comm.*, 1996, I, p. 82; ID., *Stato di crisi, stato di insolvenza, in capienza patrimoniale*, in AA.VV., *Le soluzioni concordate delle crisi d’impresa*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 15.

²⁰ Per la riconducibilità del presupposto dell’amministrazione straordinaria ai requisiti di cui all’art. 5 l. fall. cfr. GUALANDI, *L’amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi*, in Bertacchini- Gualandi- Pacchi- Pacchi- Scarselli, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2007, p. 530.

ai soli debiti scaduti, irrilevanti essendo ai fini del raggiungimento della soglia di legge quelli ancora da scadere, opera un tendenziale appiattimento del concetto di insolvenza su quello di pregresso inadempimento delle obbligazioni, proprio a prescindere da quel dato prognostico rappresentato dalla dimensione prospettica dell'insolvenza²¹.

Nonostante quest'ultimo dato, in generale è lecito quanto meno mettere in dubbio la possibilità di individuare con sufficiente grado di certezza lo spazio temporale nel quale consentire un intervento anticipato del diritto fallimentare sulla crisi d'impresa.

Aggiungo la considerazione che l'ordinamento vigente realizza già un coerente ed apprezzabile temperamento degli interessi coinvolti, e che oltre non sia dato andare nella direzione della creazione di strumenti di prevenzione della crisi.

I dati normativi utili e pertinenti al discorso mi sembrano rappresentati da:

i) art. 160 l. fall. che prevede l'accesso al concordato preventivo²² (ed agli accordi di ristrutturazione di cui all'art. 182 bis²³) in caso di generica condizione di "stato di crisi" dell'impresa, consentendo così di anticipare l'attivazione della procedura rispetto alla rilevazione del presupposto oggettivo sia del fallimento, sia della disciplina concordataria ante - riforma.

Per vero, sussiste altresì il rischio che lo strumento concordatario, per effetto della contestuale deregolamentazione della modalità attuativa, ora affidata all'autonomia negoziale, venga piegato all'utilizzo opposto, ossia, venga fruito da imprenditori ormai talmente decotti da non essere (più) in grado di formulare proposte concordatarie dotate di quel minimo di consistenza che

²¹ In tal senso si veda POTITO- SANDULLI, *Commento all'art. 1*, in AA.VV., *La riforma della legge fallimentare* a cura di Nigro- Sandulli, I, Torino, 2006, p. 11.

²² E' impossibile qui dare conto in modo esaustivo della vasta produzione scientifica che già esiste sul tema del riformato istituto del concordato preventivo.

²³ Sono noti i termini del dibattito intorno alla possibilità di ricostruire in termini unitari rispetto al concordato preventivo il presupposto soggettivo ed oggettivo degli accordi di ristrutturazione (art. 182 bis l. fall.) e dei piani di risanamento attestati ex art. 67, 3° comma, lett. f), l. fall., questione che presuppone una affinità ed una comune matrice concorsuale delle fattispecie, con conseguente ricorso all'analogia per integrare il silenzio della legge: sul tema cfr. *ex pluribus* CANALE, *Le nuove norme sul concordato preventivo e sugli accordi di ristrutturazione*, in *Riv. proc.*, 2005, p. 897; FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182 bis l. fall.) e gli effetti per coobbligati e fideiussori del debitore*, in *Dir. fall.*, 2005, I, p. 849; GALLETTI, *I piani di risanamento e di ristrutturazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2006, p. 1195; GIANNELLI, *Concordato preventivo, accordi di ristrutturazione dei debiti, piani di risanamento dell'impresa nella riforma delle procedure concorsuali. Prime riflessioni*, in *Dir. fall.*, 2005, I, p. 1156; GUERRERA, *Le soluzioni concordate della crisi d'impresa*, in AA.VV., *Diritto fallimentare. Manuale breve*, Milano, 2007; JORIO, *Le soluzioni concordate della crisi d'impresa tra privatizzazione e tutela giudiziaria*, in *Fallimento*, 2005, p. 1453; PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2006, I, p. 23..

le previgente disciplina richiedeva²⁴. In secondo luogo, quanto all'apertura verso il basso nella soglia di accesso al concordato, laddove la legge rinuncia a definire i contorni della condizione patrimoniale dell'impresa in ambiti prefallimentari si realizza surrettiziamente l'abolizione stessa di ogni presupposto oggettivo della procedura, per l'impossibilità per i terzi, come per il giudice, di sindacare e verificare la confessione circa una generica condizione di crisi denunciata dall'imprenditore (ed attestata da un esperto di sua fiducia²⁵). Ne scaturisce il pericolo di un accesso indiscriminato e talora abusivo o pretestuoso al concordato, al fine di lucrarne le opportunità e gli effetti liberatori²⁶.

Ma a parte le, forse inevitabili, degenerazioni applicative, al livello dei principi è dato osservare come la disciplina si sforzi di agevolare l'effetto salvifico della proposta di concordato sulle prime avvisaglie della crisi: in tal senso va apprezzata altresì la retrodatazione degli effetti della procedura alla data di presentazione della domanda, ai sensi degli artt. 168 e 169 l. fall.; il regime di esenzione dalla revocatoria per gli atti compiuti in esecuzione dei piani di soluzione negoziale alla crisi d'impresa (art. 67, 3° comma, lett d) – e) l. fall.) ed il regime di prededucibilità nel successivo fallimento dei crediti sorti *medio tempore* (art. 111, 2° comma, l. fall.) completano opportunamente, almeno sul fronte civilistico ed obbligatorio, il quadro dell'appetibilità per lo strumento concordatario. Da più parti si suggerisce, poi, quella riforma del diritto penale fallimentare che potrebbe ultimare la messa a punto del cd. ombrello di protezione, creando condizioni di esenzione da responsabilità penali in relazione alle condotte determinate dall'intento di dare attuazione a misure salvifiche per l'impresa in crisi. Un ulteriore passo nel senso del *favor* delle soluzioni concordate della (pre)crisi potrebbe essere rappresentato dal consentire all'imprenditore di confessare semplicemente il proprio stato di difficoltà economica, senza pretendere che lo stesso sia contestualmente in grado di formulare una compiuta proposta per il proprio salvataggio o la ristrutturazione dei debiti: potrebbe forse ottenersi qualche risparmio nei

²⁴ Cfr. SANDULLI, *I controlli delle società come strumenti di tempestiva rilevazione della crisi d'impresa*, in *Fallimento*, 2009, p. 1101.

²⁵ L'attestazione del professionista mitiga l'arbitrarietà della dichiarazione del debitore. Sulla funzione dell'attestazione dell'esperto v., anche per gli ulteriori riferimenti, FORTUNATO, *La responsabilità civile del professionista nei piani di sistemazione delle crisi d'impresa*, in *Fallimento*, 2009, p. 889. Sul circoscritto ruolo del giudice in fase di ammissione della proposta di concordato cfr. AMBROSINI, *La domanda di concordato preventivo*, in AA.VV., *La riforma della legge fallimentare*, a cura di Ambrosini, Bologna, 2006, p. 322; GUERRERA, *Le soluzioni concordate*, cit., p. 147.

²⁶ Come recentemente denunciato da Assonime- cfr. Sole 24 ore 21 ottobre 2009, per il pericolo di un accesso pretestuoso ed abusivo allo strumento concordatario, al fine di ottenere un'esdebitazione in condizioni di simulata incapienza patrimoniale.

Sulla *bankruptcy as a strategic choice* v., anche per ulteriori riferimenti, si veda BERTACCHINI, *Le ragioni del credito nelle società riformate*, Padova, 2004, p. 32.

tempi procurando al debitore gli effetti della procedura a partire dal ricorso al tribunale, con possibilità di addivenire in seguito a soluzioni messe a punto e condivise da debitore, creditori e organi della procedura.

ii) art. 124 l. fall.: l'accesso al concordato fallimentare su iniziativa del debitore è filtrato da un termine dilatorio di un anno dalla dichiarazione di fallimento: il termine in parola mira, all'evidenza, ad incentivare le proposte concordatarie che intervengano, viceversa, in fase anteriore ed anticipata rispetto alla dichiarazione di fallimento²⁷.

iii) art. 142 l. fall.: l'esdebitazione del fallito persona fisica è condizionata, tra l'altro, al "2) non avere in alcun modo ritardato o contribuito a ritardare lo svolgimento della procedura": la norma incentiva le condotte collaborative tenute anche prima e non solo durante la procedura, nella logica di favorire l'emersione della crisi e va intesa, quindi, nel senso che il trattamento dell'esdebitazione premi le persone fisiche coinvolte nell'insolvenza che abbiano tempestivamente rilevato e reagito a quella condizione di crisi che la peculiare posizione soggettiva rivestita nell'impresa permetteva loro di conoscere²⁸.

iv) artt. 64- 69 l. fall.: la disciplina sugli atti pregiudizievoli ai creditori, per quanto ridimensionata all'esito della riforma fallimentare a seguito dell'introduzione del regime delle esenzioni e per effetto del dimezzamento del periodo sospetto, tuttavia in una prospettiva *ex ante* non cessa di rappresentare una remora per i comportamenti, tenuti dal debitore in una fase di insolvenza non ancora conclamata, suscettibili di compromettere la consistenza della massa attiva in danno dei creditori, e in ultima analisi, in danno della stessa impresa; nello stesso senso va intesa la disciplina dei reati fallimentari, che, nel sanzionare penalmente i comportamenti di distrazione tenuti dal debitore e dai gestori dell'impresa societaria, disincentiva le condotte che minacciano la consistenza patrimoniale del debitore.

v) abrogazione dell'amministrazione controllata: l'istituto non offriva un efficace strumento di prevenzione della crisi, a causa dei noti elementi di criticità evidenziati dalla pressoché unanime letteratura e misurabili sia sul terreno della disciplina positiva che su quello dell'applicazione concreta²⁹. La fattispecie dell'amministrazione controllata, infatti, ha dimostrato l'illusorietà dell'idea che la sospensione dei pagamenti, abbinata ad un controllo pubblicistico, e purtuttavia

²⁷ Nell'ordinamento concorsuale spagnolo, invece, il fallito può avanzare la proposta di *convenio* prevenendo la fase di precisazione dei crediti: cfr. art. 104 LC cit.: v. GIANNELLI, *Le soluzioni delle crisi d'impresa. La gestione della crisi nel diritto spagnolo e italiano*, in *Dir. fall.*, 2009, I, p. 125.

²⁸ Intorno all'interesse del debitore al proprio fallimento v. per tutti GALGANO, *L'iniziativa del debitore nel fallimento delle società personali*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, p. 289.

²⁹ Sul tema v. BONSIGNORI, *Processi concorsuali minori*, in *Tratt. di dir. comm. e dir. pubbl. dell'econ.* diretto da Galgano, XXIII, Padova, 1997, p. 403.

disgiunta da altre forme di ristrutturazioni o riorganizzazioni, potesse rappresentare un'efficiente misura salvifica; d'altro canto, era altrettanto illusorio che l'imprenditore trovasse incentivi a richiedere la procedura laddove la crisi fosse obiettivamente temporanea, cioè non sussistesse per definizione un attuale rischio di fallimento ed il mercato fosse pertanto indotto a concedere fiducia, piuttosto che a subire gli effetti della moratoria ed i costi della procedura.

vi) art. 15, 8° comma, l. fall.; già in sede di dichiarazione di fallimento è consentito che il Tribunale disponga “i provvedimenti cautelari o conservativi a tutela del patrimonio o dell'impresa”; la norma potrebbe consentire sequestri di complessi aziendali e, financo, vere e proprie gestioni provvisorie anticipate, sul presupposto che in un'insolvenza conclamata ma non giunta alla fase terminale siano ancora apprezzabili valori aziendali immediatamente meritevoli di tutela d'urgenza³⁰;

vii) a quest'ultimo proposito aggiungo, infine, un dato solo apparentemente eccentrico. Nonostante il diritto concorsuale ripeta dalla teoria generale dell'impresa il principio, per non dire il “mito”³¹ soggettivistico e, individuato nella figura personificata dell'imprenditore il protagonista dell'intero diritto commerciale (art. 2082 c.c.), sottoponga a fallimento sempre un imprenditore, mai un patrimonio autonomamente inteso, tuttavia è notoriamente in atto, a partire dall'introduzione

³⁰ Osservo incidentalmente che il provvedimento in parola, da assumere su istanza di parte, richiede un'anticipazione di quelle valutazioni che fondano la decisione sull'apertura dell'esercizio provvisorio. Sul tema v. BONGIORNO, *La dichiarazione di fallimento*, in AA.VV., *Le procedure concorsuali. Il fallimento* diretto da G. Ragusa Maggiore- C. Costa, Torino, 1997, p. 281; CAVALLI, *La dichiarazione di fallimento* in AA.VV., *La riforma della legge fallimentare* a cura di Ambrosini, Bologna, 2006, p. 51; DE SANTIS, *Commento all'art. 15*, in AA.VV., *Il nuovo diritto fallimentare*, dir. da Jorio e coord. da Fabiani, cit., I, p. 332; FERRO, *L'istruttoria prefallimentare*, Torino, 2001; MONTANARI, *Commento all'art. 15*, in AA.VV., *La riforma della legge fallimentare* a cura di Nigro – Sandulli, I, cit., p. 84.

Vale la pena ricordare che anche l'*Insolvenzordnung* tedesca prevede al §21 l'adozione di misure cautelati, tra le quali, la nomina di un curatore provvisorio in sede di istruttoria prefallimentare al fine di “prevenire, in attesa delle decisioni sull'istanza, modificazioni della situazione patrimoniale del debitore pregiudizievoli ai creditori”: cfr. GUGLIELMUCCI, *op. cit.*, p. 42.

³¹ Così JORIO, *Introduzione*, in AA.VV., *Il nuovo diritto fallimentare* dir da Jorio e coord. da Fabiani, cit., p. 47. In questa sede può solo accennarsi alla matrice storica di detta impostazione, che a sua volta si riallaccia alla visione egalitaria di ispirazione francese, secondo la quale il soggetto è il necessario *prius* logico rispetto al patrimonio; una simile opzione normativa è figlia della codificazione del 1942 ed ispirata alla volontà di rompere con la tradizione oggettivistica basata sulla individuazione di un catalogo di “atti di commercio” (v. art. 3 cod. comm. 1882), e a sua volta in qualche misura legata allo *ius mercatorum* come diritto di classe (cfr. GALGANO, *Storia del diritto commerciale*, Bologna, Il Mulino, p. 29).

In tema v. altresì ANGELICI, *La riforma delle società di capitali*, Padova, 2006, p. 223; SCHLESINGER, *Patrimoni destinati ad uno specifico affare e profili di distinta soggettività*, in *Dir. prat. soc.*, 2003, 3, p. 7.

della disciplina sull'amministrazione straordinaria³², la progressiva oggettivizzazione dell'azienda e del patrimonio nell'ambito dell'impresa, così da tenerne separate le sorti rispetto al relativo titolare, individuato in chiave soggettiva³³.

Su questo terreno dogmatico ha attecchito l'approccio pragmatico di agevolare, nella disciplina positiva del fallimento, le strategie della conservazione, ancorché *pro tempore*, dell'organizzazione produttiva già in essere: l'obiettivo è perseguito tanto con il riformato istituto dell'esercizio provvisorio dell'impresa del fallito (art. 104 l. fall.) quanto mediante la tipizzazione della fattispecie dell'affitto endofallimentare dell'azienda (art. 104 *bis* l. fall.), quanto con il *favor* per le cessioni in blocco dell'azienda, di un suo ramo o di un patrimonio separato (artt. 105; 155 l. fall.), fattispecie tutte che appaiono ridisegnate o concepite in funzione della massimizzazione del valore del patrimonio del fallito, nel senso visto sopra³⁴. Ferma restando, ovviamente, la vocazione liquidatoria della procedura fallimentare, tesa all'obiettivo di immettere sul mercato non tanto un'impresa già risanata, quanto un'impresa, o un suo ramo, risanabili secondo le libere dinamiche del mercato³⁵, dinamiche che a loro volta potranno essere realizzate ed assecondate solo da un efficiente e trasparente mercato delle imprese in crisi³⁶.

³² Già la prima legge Prodi intendeva realizzare il salvataggio non già dell'imprenditore, bensì "di elementi aziendali e di assetti imprenditoriali utili alla collettività e ai creditori": così OPPO, *Profili sistematici dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, I, p. 261. Si veda altresì PACCHI, *Dalla meritevolezza dell'imprenditore alla meritevolezza del complesso aziendale*, Milano, 1989.

Adde le osservazioni di DE ANGELIS, *Le nozioni di impresa ed insolvenza nella nuova legge n. 270 del 1999*, in *Fallimento*, 2000, p. 272.

³³ E' di tutta evidenza, peraltro, che quanto più l'organizzazione raggiunge un grado di personalizzazione apprezzabile, in virtù delle maggiori dimensioni dell'impresa, e della preponderanza degli apporti di persone e capitali sul lavoro proprio, tanto più sarà consentito dissociare l'apprezzamento dei valori positivi dal discredito dell'imprenditore o dei gestori. Si legga sul punto GALLETTI, *La ripartizione del rischio*, cit., p. 22.

³⁴ Sul tema mi limiterò qui a richiamare *ex pluribus* CALANDRA BUONAURA, *Liquidazione dell'attivo fallimentare: profili problematici e prospettive di riforma*, in *Dir. fall.*, 2003, I, p. 160; FIMMANO', *Prove tecniche di esercizio provvisorio riformato*, in *Giur. comm.*, 2007, I, p. 756; ID., *La circolazione dell'azienda nel fallimento*, in *Riv. not.*, 2007, p. 255; RIVOLTA, *L'affitto e la vendita dell'azienda nel fallimento*, Milano, 1973; ID., *L'esercizio provvisorio dell'impresa nel fallimento*, Milano, 1969.

³⁵ STANGHELLINI, *Gli obiettivi delle procedure concorsuali*, in AA.VV., *Nuove regole per le crisi d'impresa*, a cura di A. Jorio, Milano, 2001, p. 301.

³⁶ Sul tema da ultimo v. AA.VV., *Il nuovo diritto delle crisi d'impresa*, a cura di A. Jorio, Milano, 2009, p. 249.

Di pari passo il fallimento tende a connotarsi da un'opera di "liquidare esercendo"³⁷ che non è lecito percepire come una contraddizione in termini, giacchè ogni liquidazione "implica sempre, al tempo stesso, *amministrazione* dell'attivo"³⁸; un percorso di liquidazione in senso tradizionale, vale a dire, strettamente ed immediatamente disgregativo, si lascia preferire solo qualora lo stato di decozione sia tale che è andato perduto ogni plusvalore dell'organismo imprenditoriale, o, addirittura, il valore dei beni disaggregati supera quello del complesso organizzato³⁹. In altri termini, "la dissoluzione e l'espulsione dell'impresa dal mercato devono essere viste, necessariamente, come *extrema ratio*" ed in tal senso "non può giustificarsi il collegamento tra insolvenza ed espulsione dell'impresa dal mercato"⁴⁰.

Di qui la centralità dello studio delle cause della crisi e della storia dell'impresa, nonché, per l'appunto, la tempestività dell'intervento della procedura; per queste ragioni credo che gli obiettivi di tempestiva attivazione della procedura fallimentare siano non solo non contraddetti, ma, anzi, assecondati da una disciplina che, a fallimento dichiarato, favorisce l'attitudine degli esercizi provvisori e degli affitti endofallimentari, ormai affrancati dal timore di rappresentare una remora per la celere definizione della crisi d'impresa, a traghettare l'azienda verso le più proficue tecniche di cessione in blocco degli *assets* e a fronteggiare il pericolo di volatilizzazione degli *intangibles*, e in particolare, dell'avviamento⁴¹.

³⁷ L'espressione è di NICCOLINI, *Gestione dell'impresa nelle società in liquidazione: prime riflessioni sulla riforma*, in *Riv. soc.* 2003, I, p. 898.

L'assunto sulla accentuata componente gestionale della liquidazione resta valido nonostante la ricollocazione sistematica della norma in tema di esercizio provvisorio, che non figura più nell'ambito "Della custodia e dell'amministrazione delle attività fallimentari" (cfr. previgente art. 90 l. fall.) ma nel capo VI in tema di "Dell'esercizio dell'impresa e della liquidazione dell'attivo" (cfr. novellato art. 104 l. fall.): v. FRASCAROLI SANTI, *Custodia ed amministrazione delle attività fallimentari*, in *Commentario Scialoja Branca alla l. fall.* a cura di Galgano, sub artt. 84-91, Bologna- Roma, 2009, p.25.

³⁸ In tal senso cfr. PERRINO, *La liquidazione dei beni nel fallimento e nei concordati mediante cessione*, in *Giur. comm.*, 2009, I, p. 680; ID., *Programma di liquidazione e tecniche di cessione in blocco*, in *Dir. fall.*, 2006, I, p. 1088; si veda altresì G. FERRI jr., *La gestione di società in liquidazione*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, p. 421; NICCOLINI, *Gestione dell'impresa nelle società in liquidazione: prime riflessioni sulla riforma*, in *Riv. soc.* 2003, I, p. 898; PICCIAU, *Il divieto di nuove operazioni nella fase di liquidazione delle società*, in AA.VV., *Studi in onore di Gastone Cottino*, I, Padova, 1997, p. 876; A. ROSSI, *Commento all'art. 2487 in Il nuovo diritto delle società* a cura di A. Maffei Alberti, III, Padova, 2005, p. 2198.

³⁹ Sul punto v. BOCCUZZI, *L'inefficacia delle procedure di gestione delle crisi in Italia*, in AA.VV., *Crisi dell'impresa, procedure concorsuali e ruolo delle Banche*, ed. Banca d'Italia, Roma, 1996.

⁴⁰ Così LIBERTINI, in AA.VV., *L'uso alternativo delle procedure concorsuali*, cit., p. 297.

⁴¹ Questi ultimi a loro volta meritano l'accresciuta tutela del legislatore a causa del maggior ruolo rivestito dai beni immateriali, e del tendenziale alleggerimento dell'azienda e dei capitali imprenditoriali: cfr. BERTACCHINI, *Impresa weightless e ragioni di credito nella new economy*, in

L'approccio interpretativo proposto andrebbe sviluppato in una disciplina che assoggetti *tutte* le insolvenze, ancorché relative ad impresa non commerciale⁴² o sotto soglia ai sensi dell'art. 1, 2° comma, l. fall.⁴³, alla composizione fallimentare. Per tale via si sottrarrebbero alla dimensione meramente dominicale realtà imprenditoriali che il riformato diritto fallimentare, viceversa, è suscettibile di valorizzare, secondo le dinamiche conservative cui si accennava sopra; senza contare che una simile evoluzione dell'ordinamento promuoverebbe un approccio equitativo e costituzionalmente orientato⁴⁴ al diritto concorsuale.

* * *

I segmenti di disciplina sopra richiamati, ad una lettura coordinata, mostrano evidenze dell'accoglimento dell'istanza per meccanismi di anticipazione nella rilevazione della crisi; la appena ricordata disciplina sulla conservazione del valore dell'organizzazione nel fallimento, pur nell'autonomia del tema, tuttavia esprime obiettivi del tutto omogenei.

Il tentativo di anticipare ulteriormente l'intervento delle procedure, nella ricerca di nuovi spazi sul terreno della prevenzione, rischia di urtare principi immanenti all'ordinamento commerciale e concorsuale.

Infatti in relazione ai connotati di una procedura concorsuale è possibile rintracciare una corrispondenza tra il suo poter risultare tanto più tempestiva quanto meno invasiva: da un lato la proposta di concordato preventivo è, sì, ammissibile in presenza di stato di semplice crisi, ma l'iniziativa è fruita in via esclusiva dell'imprenditore; viceversa, l'ordinamento consente di

Contratto e impresa Europa, 2002, 126; sul maggior valore del capitale c.d. «pensante» in luogo di quello «pesante» v. DE ANGELIS, *Dal capitale leggero al capitale sottile*, in *Società*, 2002, 1456.

La Relazione di accompagnamento alla legge di riforma del diritto societario è chiara sul punto: «l'attuale classica disciplina normativa delle società di capitali deriva dal macchinismo industriale e da un'età storica in cui il capitale finanzia strutturalmente l'investimento in *assets* fisici; ora la transizione dalle *res* alle *new properties* rompe il legame funzionale storico tra capitale ed *assets*, (non più solo fisici) e il capitale strategicamente più rilevante sono le idee e il capitale declina da mezzo di finanziamento a semplice fondo di garanzia per i terzi ovvero a parametro basico su cui commisurare alcune operazioni societarie».

⁴² L'esenzione da fallimento dell'impresa agricola risulta tanto più anacronistica a seguito della riforma del 2001 che, come noto, ha ampliato l'area dell'esenzione dallo statuto dell'imprenditore commerciale, riducendo alla mera potenzialità la relazione col fondo ed svincolando i confini della connessione dal parametro dell'esercizio normale dell'agricoltura. Cfr. per tutti A. ROSSI, *Il presupposto soggettivo del fallimento*, in *Giur. comm.*, 2006, I, p. 779.

⁴³ Sul tema delle opportunità legate al fallimento aggiungo come l'interpretazione dell'art. 1, 2° comma, l. fall., opportunamente inserito all'interno del più ampio quadro normativo attuale, possa portare a ritenere che l'imprenditore commerciale esentato dal fallimento in ragione delle dimensioni dell'impresa abbia facoltà di rinunciare all'esenzione e di provocare il proprio fallimento, in modo da fruire della disciplina concorsuale della crisi d'impresa: cfr. F. PASQUARIELLO, *Il "diritto" di fallire del piccolo imprenditore*, in *Dir. fall.*, 2008, I, p. 665.

⁴⁴ Il trattamento paritetico degli imprenditori commerciali è messo in relazione al diritto di eguaglianza costituzionalmente garantito: v. JORIO, *Introduzione*, cit., p. 19.

provocare coattivamente una procedura concorsuale soltanto una volta che la condizione patrimoniale del debitore abbia provocato segnali esteriori percepibili dai terzi ed identificabili come le “manifestazioni” (*ex artt. 5 - 7 l. fall.*) dello stato di insolvenza.

In tal caso, quanto all’iniziativa dei creditori per il fallimento, rileva la valutazione sulla incongruità di imporre agli stessi un supplemento di fiducia in forma di surrettizio finanziamento dell’impresa in crisi⁴⁵; quanto all’iniziativa del PM, l’allarme sociale, la frattura nel tessuto imprenditoriale ove l’impresa fallita operava, il pericolo di ulteriori e più gravi ripercussioni economiche giustificano l’attivazione di una procedura che ponga rimedio all’insolvenza su di un piano che trascende l’ottica privatistico-negoziale.

Per le medesime considerazioni, il concordato fallimentare è affidato all’iniziativa oltre che del fallito, anche di creditori o terzi⁴⁶: la proposta peraltro può impattare non solo il profilo di ristrutturazione del debito, ma financo quello della riorganizzazione soggettiva del debitore, prevedendo persino operazioni straordinarie su enti societari, a dimostrazione di come lo stato di insolvenza legittimi interventi dall’esterno invasive e penetranti sull’impresa.

Incidentalmente osservo, peraltro, che nel caso specifico del concordato fallimentare non credo che le ragioni della procedura possano giungere al punto di espropriare i poteri del titolare dell’iniziativa economica né che il diritto concorsuale possa prevalere sui principi inderogabili e generalissimi di quello commerciale e societario. Pertanto, riorganizzazioni soggettive, ancorché concordate coi creditori, nonostante la mancanza di una disciplina testuale, non possono prescindere dalla manifestazione di volontà del proprietario della ricchezza, secondo modalità che richiederebbero ben altro approfondimento⁴⁷.

⁴⁵ STANGHELLINI, *La crisi d’impresa*, cit., p. 152.

⁴⁶ In proposito osservo incidentalmente che l’impatto innovativo della nuova disciplina risulta ulteriormente amplificato se si ritiene che l’iniziativa per il concordato fallimentare possa provenire anche dal curatore, ancorché lo stesso risulti espunto, a seguito del correttivo del 2007, dall’elenco dei soggetti legittimati a formulare la proposta di concordato.

⁴⁷ Va ribadito come “il potere gestorio e dispositivo degli organi della procedura riguarda (infatti) l’impresa e il patrimonio sociale; non anche lo strumento societario che resta nella disponibilità dei soci e degli organi sociali”: così GUERRERA- MALTONI, *Concordati giudiziali e operazioni societarie di “riorganizzazione”*, in *Riv. soc.*, 2008, I, p. 17.

Vale la pena ricordare come la norma di cui all’art. 4 *bis*, 1° comma, lett. c) L. 39/2004, come specificamente novellata sul punto specifico dall’art. 3 d.l.119/2004, convertito in L. 166/2004, ammetta che il programma di ristrutturazione sia realizzato mediante un concordato, che a sua volta può prevedere tra le proprie condizioni “ la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei creditori attraverso qualsiasi forma tecnica o giuridica, anche mediante accollo, fusione o altra operazione societaria (...)”. Pare tuttavia che vada dato per implicito il necessario rispetto “delle discipline specifiche” previste dal diritto societario: così BELTRAMI, *Commento all’art. 4 bis* in AA.VV., *La legge Marzano, Commentario* a cura di Castagnola e Sacchi, Torino, Giappichelli, 2006, p. 158. Sul caso del crac Parmalat, effettivamente risolto mediante la formulazione di un piano concordatario da parte del commissario giudiziale, e costituzione di una nuova società per azioni

Ma in situazioni di difficoltà qualificabili per ipotesi come altre e diverse, nel senso di meno gravi, dell'insolvenza propriamente detta, nessun intervento esterno sull'impresa è attualmente ammesso dal diritto positivo.

D'altronde, ipotizzare, come si suole allorché si sollecita l'adozione di misure di allerta e prevenzione, modalità giudiziarie o amministrative di intervento su di una condizione di preinsolvenza dell'impresa rischia di urtare principi inderogabili dell'ordinamento. In proposito non rileva tanto il dato fattuale che, in mancanza di inadempimenti ed altri indicatori, mancano presidi di effettiva trasparenza sulla condizione patrimoniale dell'impresa e pertanto i terzi nemmeno potrebbero rendersi conto dell'opportunità di adire l'autorità giudiziaria: creditori forti e professionalmente qualificati ben potrebbero avere una reale conoscenza dell'effettivo stato di salute di un'impresa e denunciarlo compiutamente al giudice, il quale a sua volta, in sede prefallimentare, potrebbe integrare la propria cognizione mediante l'istruttoria officiosa.

Nell'ambito dei lavori di studio e preparazione che hanno condotto alla recente riforma fallimentare la domanda di trasparenza circa la condizione patrimoniale delle imprese, strumentale a rilevarne la crisi in fase anticipata rispetto all'insolvenza, aveva trovato sbocco nella previsione di un obbligo di iscrizione in un registro pubblico dei crediti in mora e muniti di titolo esecutivo vantati dalle pubbliche amministrazioni, su iniziativa della amministrazione stessa e a pena di decadenza dal privilegio; nell'obbligo, a carico di sindaci e revisori di società, di riferire all'autorità giudiziaria delle situazioni di crisi; nella consacrazione di una funzione di *moral suasion* del giudice, che nei casi suindicati poteva intervenire sollecitando l'adozione dei rimedi opportuni; nella costituzione di istituzioni pubbliche o private con funzione di supporto nell'analisi e nella risoluzione della crisi d'impresa⁴⁸.

L'accoglimento della proposta legislativa, che intendeva farsi carico di apprezzabili strumenti di *disclosure*, avrebbe nondimeno compromesso interessi alla riservatezza circa la difficoltà dell'impresa parimenti meritevoli di tutela non solo in termini generali, ma in particolare in quella delicata fase di precrisi nella quale la perdita della fiducia scatena in modo definitivo le cause del dissesto.

quotata, con conversione del credito in capitale di rischio, per un commento v. MANENTE, *Il concordato Parmalat: materiali per un dibattito*, in *Dir. fall.*, 2004, I, p. 1337.

⁴⁸ Si veda l'art. 3 del disegno di legge delega per la riforma della legge fallimentare elaborata dalla cd. Commissione Trevisanato (leggilo in *Dir. fall.* 2004, I, p. 845); per un commento v. AA.VV., *La riforma delle procedure concorsuali, I progetti*, a cura di Jorio e Fortunato, Milano, 2004.

Quanto alla funzione di supporto e consulenza svolta da appositi organismi, specie in favore delle piccole e medie imprese, può essere utile la consultazione dell'indagine condotta dalla Commissione Europea nell'ambito della esperienza dei diversi ordinamenti comunitari: cfr. Commissione Europea, Direzione Generale per le imprese, "Aiutare le imprese a risolvere le difficoltà". Si vedano altresì gli spunti di cui alla sopra citata riforma dell'ordinamento francese.

Va poi considerato, e prioritariamente, che il consentire che dall'esterno si sindachi la gravità della condizione della crisi, in una valutazione *a priori* che sconta inevitabili spunti di opinabilità, giungendo così per via coattiva allo spossessamento ed alla liquidazione fallimentare, realizzerebbe palese violazione del principio della libertà di iniziativa economica costituzionalmente tutelata⁴⁹.

Tale violazione, grave di per sé, stride con la moderna sensibilità, che risulta sempre più orientata a ritenere che la procedura fallimentare tuteli situazioni giuridiche soggettive che si incentrano sugli ambiti della tutela del credito, con un affievolito accoglimento di quegli interessi pubblici o generali, che potrebbero giustificare un compromesso coi precetti costituzionali⁵⁰.

4 Il ruolo del diritto societario nella prevenzione della crisi d'impresa

Se è vero che l'attuale diritto fallimentare si spinge già al punto più avanzato, in coerenza coi principi generali dell'ordinamento, sulla linea della prevenzione, la realizzazione degli auspicati meccanismi anticipatori della rilevazione della crisi potrebbe trovare opportuno sbocco, piuttosto, sul piano del diritto societario, considerato che societaria è la gran parte dell'area dell'impresa commerciale di rilevanza economico- sociale tale da catalizzare il maggiore interesse, oltre che di dimensioni tali da risultare fallibile.

Tradizionalmente il diritto societario restava concentrato sulla regolamentazione degli equilibri corporativi interni all'ente e sui profili di regolarità- legalità, più che sull'aspetto per così dire gestionale, e sulle ragioni dell'impresa, della quale il soggetto rappresenta lo strumento per l'esercizio, anche nello scenario dell'insolvenza⁵¹.

⁴⁹ Sulla funzione dell'art. 41 Cost. nel diritto commerciale v. per tutti AA.VV., *Manuale di diritto commerciale*, a cura di Buonocore, Torino, 2006, p. 51.

⁵⁰ Sul tema della rilevanza di interessi privati e pubblici nei procedimenti concorsuali si veda altresì BONSIGNORI, *Il fallimento delle società*, in *Tratt. di dir. comm. e dir. pubbl. dell'econ.* diretto da Galgano, IX, Padova, 1986, p. 117. Si veda altresì NICCOLINI, *Interessi pubblici e interessi privati nella estinzione delle società*, Milano, 1990.

Che il fallimento si vada allontanando dall'impostazione pubblicistica- autoritativa- sanzionatoria per assecondare un processo, culturale prima che giuridico, di cd. "privatizzazione" è reso evidente da una serie di indici, talmente noti da poter essere solo enunciati: oltre al proliferare di strumenti negoziali per la soluzione della crisi d'impresa, si consideri la previsione di cessione in *outsourcing* di azioni e diritti *ex art. 106 l. fall.* e si aggiunga l'abolizione dell'iniziativa d'ufficio per la dichiarazione del fallimento. L'abolizione della iniziativa d'ufficio va messa in relazione, poi, con la progressiva degiurisdizionalizzazione del fallimento stesso, con il corrispondente maggior riconoscimento della professionalità del curatore e con il potenziamento del ruolo del comitato dei creditori, processo, quest'ultimo, che ha a che vedere con il riconoscimento di una *voce* ai creditori nella disgregazione del capitale di rischio e nella conseguente perdita di legittimazione del potere di controllo sulla ricchezza.

⁵¹ Per un panorama di problemi e soluzioni a livello comparatistico cfr. AA.VV., *Diritto societario comparato* a cura di Enriques, Bologna, Il Mulino, 2006, p. 29 e ss.

All'esito delle recenti e ben note riforme del comparto capitalistico il profilo funzionale e i connessi strumenti di responsabilità e controllo sono usciti valorizzati, anche mediante il potenziamento del monitoraggio interno sulla gestione e la tipizzazione di flussi informativi, nell'ottica, tra l'altro e per quel che qui interessa, di incentivare *ex ante* comportamenti virtuosi, scoraggiare condotte imprudenti o opportunistiche e sanzionare efficacemente il ritardo o l'omissione nella rilevazione della crisi.

Per limitarmi, a mo' di essenziale inventario, ad un sintetico richiamo di istituti ben noti, ricordo che:

1) è stato individuato nel riformato art. 2381, 3° e 5° comma, c.c. il fondamento di un generale principio di diritto societario, in relazione al comparto capitalistico, riconducibile alla necessaria "adeguatezza" dell'assetto organizzativo rispetto all'impresa; tale profilo organizzativo forma oggetto sia del flusso informativo da attivare all'interno dell'organo amministrativo, sia della funzione di controllo di legalità assegnato all'organo di controllo (art. 2403 c.c.)⁵². In tema, è opportuno qui fare richiamo altresì alla disciplina sulla responsabilità amministrativa degli enti di cui alla L. 8 giugno 2001, n. 231, che, sebbene ai fini specifici della esenzione da responsabilità amministrativa, incentiva l'ente all'adozione di modelli organizzativi adeguati (cfr. art. 6).

2) risulta complessivamente potenziato il sistema delle responsabilità per violazione dei doveri inerenti alla gestione dell'impresa, responsabilità attivabili anche in caso di condotte lesive dell'integrità patrimoniale della società, in aggiunta alle azioni riconosciute ai creditori di s.p.a. ai sensi dell'art. 2394 c.c.: mi riferisco alla nuova ipotesi di responsabilità di cui all'art. 2497 c.c. per l'abuso di attività di direzione e coordinamento; ai più ampi margini di esercizio delle azioni di responsabilità, anche di minoranza o individuali (art. 2393 *bis* c.c.; 2476 c.c.)⁵³; agli artt. 2485-2486 c.c. in tema di responsabilità dell'amministratore per la condotta seguita al verificarsi di una

⁵² Si veda sul punto lo studio di BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'art. 2381, commi terzo e quinto del codice civile*, in *Giur. comm.* 2006, I, p. 5; *ivi* è altresì riportato il pensiero di WEIGMANN, *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, Torino, Giappichelli, 1974, p. 303 e ss.

In tal senso v. anche GAMBINO, *Profili dell'esercizio dell'impresa nelle procedure concorsuali alla luce della disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese*, in *Giur. comm.*, 1980, I, p. 559.

⁵³ Riguardo alle norme citate, si fa rinvio ai commenti specifici di cui a MAFFEI ALBERTI, *Comm. breve al dir. delle società*, Padova, 2007, anche per tutti gli ulteriori opportuni riferimenti.

Sul tema v. RESCIGNO, *Eterogestione e responsabilità nella riforma societaria fra aperture e incertezze: una prima riflessione*, in *Società*, 2003, p. 331.

⁵³ Per una riflessione su come la messa a punto di una disciplina di diritto societario che imponga ad organi di amministrazione e di controllo condotte volte a prevenire o evitare la crisi imminente è un tassello essenziale nel tentativo di porre rimedio al grave ritardo dell'intervento del diritto concorsuale: cfr. JORIO, *I lineamenti di una nuova...improbabile legge fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2005, I, p. 323.

causa di scioglimento. Quanto a quest'ultima ipotesi, va valutata positivamente la riformulazione della norma in tema di responsabilità degli amministratori per operazioni non compatibili con lo stato di liquidazione, che nel vigore del previgente art. 2449 c.c. aveva dato luogo, in frequenti applicazioni, ad una forma di responsabilità dell'amministratore non già per i danni, bensì per i debiti derivanti dal compimento di nuove operazioni. Una simile ricostruzione, oltre a urtare principi di diritto societario in relazione alla responsabilità patrimoniale nell'impresa, conduceva a gravi semplificazioni sul piano eziologico e probatorio, portando ad addossare troppo semplicisticamente agli amministratori il passivo di società insolventi, anche per effetto della possibilità di retrodatare *ex post* il momento dell'effettiva entrata in liquidazione della società, in mancanza di quell'iscrizione con valore costitutivo della causa di scioglimento che l'ordinamento oggi prevede (art. 2484, 3° comma, c.c.).

Un sistema completo ed affinato delle regole sulla responsabilità, è appena il caso di rimarcarlo, interessa il discorso sulla prevenzione delle crisi nella misura in cui gioca un ruolo deterrente in una prospettiva *ex ante*. E' sotto gli occhi di tutti, peraltro, in una valutazione collocata a livello più generale, come il meccanismo delle azioni risarcitorie incontri gravi difficoltà nella ricostruzione in fatto del *quantum* del danno risarcibile ed indulga, nello scenario fallimentare in particolare, ad applicazioni talora non rispettose dei principi sulla responsabilità civile.

3) resta confermata la disciplina sugli adempimenti previsti a carico degli amministratori e, seppur marginalmente, dell'organo di controllo⁵⁴, in caso di perdita di capitale di cui agli artt. 2446-2447 c.c.: la normativa, nonostante il limite intrinseco dato dal fare riferimento ad un'entità fissa, il capitale, svincolata dalle effettive esigenze dell'impresa e dell'oggetto sociale, tuttavia continua a rappresentare un significativo campanello d'allarme sullo stato di salute della società; e ciò benché, chiaramente, le situazioni patrimoniali descritte dalle norme in discorso giacciono su di un differente piano concettuale rispetto alla nozione di stato di insolvenza⁵⁵.

4) risulta ambivalente il dato che emerge dalla riforma dell'istituto di cui all'art. 2409 c.c., riforma che ne ha realizzato la "riperimetrazione"⁵⁶: lo strumento della denuncia al tribunale per irregolarità nella gestione risulta ora azionabile anche dall'organo di controllo, per il quale, anzi, lo stesso si apprezza in termini di potere-dovere; contestualmente, tuttavia, l'istituto ha subito la

⁵⁴ Un effettivo potenziamento di questa disciplina richiederebbe, pertanto, la previsione di più penetranti poteri- doveri di attivazione anche da parte dell'organo di controllo.

⁵⁵ Sul tema resta attuale il riferimento a NICCOLINI, *Scioglimento e liquidazione*, in *Trattato delle società per azioni* dir da Colombo -Portale, 7***, Utet, Torino, 1997; NOBILI- SPOLIDORO, *La riduzione del capitale*, *ivi*, 6*, Torino, 1993.

⁵⁶ Così MONTAGNANI, *Ideologia corporativa e controllo giudiziario sulle società di capitali*, Padova, 2008, p. 253.

restrizione dell'area dell'intervento del PM, mentre le società a responsabilità limitata sono state sottratte a questa modalità di controlli giudiziario⁵⁷.

5) quanto alla disciplina contabile e di bilancio, ed in via di estrema sintesi, osservo che il progressivo affinamento delle tecniche di rappresentazione della situazione finanziaria della società di capitali⁵⁸ è funzionale, tra l'altro, alla migliore pianificazione delle strategie imprenditoriali, anche nel tenere monitorato e, conseguentemente, nel fronteggiare il rischio di *default*.

5. Prospettiva de jure condendo

La stagione delle recenti riforme sembra pervenuta ad una fase conclusiva, ma nonostante l'apprezzabile sforzo di ammodernamento dell'ordinamento societario e fallimentare, persistono alcune aree che meriterebbero un intervento normativo, nell'ottica dell'attuazione di sempre più efficienti strategie di prevenzione e gestione della crisi d'impresa.

Un primo ambito di opportuna integrazione del diritto societario vigente riguarda la disciplina della sottocapitalizzazione delle società: posto che testualmente le norme che si occupano di arginare la prassi dell'abuso del ricorso al capitale di credito, mediante finanziamenti dei soci in luogo di conferimenti, sono dettate con riferimento alle fattispecie della s.r.l.⁵⁹ e del contesto dell'area di direzione e coordinamento⁶⁰, è ben noto che in relazione alla mancata considerazione da parte della legge delle dinamiche di finanziamento dei soci di società per azioni (monadi) si sostiene talora che si tratti di una mera omissione del legislatore storico, che non pregiudica la liceità di un'interpretazione estensiva o analogica della normativa medesima⁶¹.

Tuttavia intorno alla citata ricostruzione non vi è unanimità di vedute e persiste il legittimo dubbio che sia rintracciabile una *ratio* nell'opzione normativa di circoscrivere ad un dato ambito

⁵⁷ La produzione giurisprudenziale e dottrinale sull'art. 2409 c.c. è talmente vasta, tanto in relazione ai profili generali, quanto rispetto a specifiche problematiche applicative, e sia in epoca anteriore come posteriore alla riforma societaria che qualunque tentativo di fornire riferimenti in questa sede darebbe risultati lacunosi ed insufficienti.

⁵⁸ E' troppo noto che la situazione finanziaria della società forma precipuo oggetto tanto della apposita relazione sulla gestione (cfr. art. 2428 c.c., come riformulato dal d.lgs. 32/2007), come di specifiche rilevazioni in occasione di operazioni straordinarie (cfr. artt. 2501 *bis*- 2447 *decies*; 2358; 2433 *bis*; 2467 c.c.): da ultimo sul tema v. LOLLI, *Situazione finanziaria e responsabilità nella governance della s.p.a.*, Milano, 2009.

⁵⁹ La soluzione adottata dal legislatore della riforma ricalca la corrispondente previsione dell'ordinamento tedesco: il § 32, a-b *GmbHG* in relazione alle s.r.l. prevede, infatti la riqualificazione dei finanziamenti dei soci in termini di conferimento, in caso di procedura concorsuale.

⁶⁰ La dinamica in parola è affine a quella delle cd *upstreamguaranties*, contrapposte alle più ricorrenti *downstream e cross stream guarenties*: sul tema v. MIOLA, *Le garanzie infragruppo*, Torino, 1993, p. 240.

⁶¹ Si vedano per tutti ANGELICI, *Lezioni di diritto commerciale*, cit., p. 47; G.B. PORTALE, *I finanziamenti dei soci nelle società di capitali*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2003, 681.

applicativo la disciplina del finanziamento a società sottocapitalizzata⁶². Il tratto che, rispetto agli altri contesti societari, accomuna le due fattispecie, rendendole parimenti meritevoli di questa peculiare modalità di tutela dei mezzi propri, è individuabile nella vocazione imprenditoriale che determina l'intervento di finanziamento, operato in effetti *uti socius* dal soggetto che pretenderebbe di figurare come un terzo creditore, quanto ai diritti di restituzione⁶³. Questa posizione soggettiva, nel ragionamento del legislatore, può essere presunta nell'ambito del gruppo o della s.r.l. in virtù del maggiore coinvolgimento del "finanziatore" nell'affare sociale, mentre identica presunzione non sarebbe autorizzata in relazione alle s.p.a.

Viceversa, una disciplina che in modo esplicito comprendesse tutte le operazioni di finanziamento dei soci negoziate in condizioni di squilibrio patrimoniale in favore di società (che non possono fare affidamento sulla responsabilità personale dei soci) conseguirebbe il duplice obiettivo di perfezionare, da una parte, la normativa in tema di tutela dell'integrità del capitale sociale proprio in quelle situazioni di difficoltà economica che ben possono preludere all'insolvenza vera e propria; di agevolare altresì il ricorso a capitale di rischio esterni, una volta arginata la remora rappresentata dallo svantaggioso concorso coi creditori- soci⁶⁴.

Una seconda proposta di implementazione dell'ordinamento potrebbe portare alla più nitida tipizzazione dei comportamenti che è lecito ritenere doverosi, e l'individuazione dei soggetti conseguentemente obbligati, in situazioni di precrisi, crisi o insolvenza della società.

E' noto che la legge fallimentare è tuttora in gran parte riferita, eccezion fatta per l'apposito capo, all'insolvenza di un imprenditore che si suppone come individuale; in questa prospettiva è ovvio che l'autodeterminazione circa l'istanza di fallimento in proprio o l'accesso al concordato attiene alla sfera dell'insindacabile volontà del singolo, tranne che per gli eventuali profili penalmente rilevanti.

E' di tutta evidenza che il ragionamento presenta profili peculiari in relazione all'impresa esercitata in forma societaria: quel disinteresse, quella negligenza, quella mancanza di cooperazione che possono rappresentare imperscrutabili scelte dell'imprenditore individuale, nel contesto societario trovano invece collocazione nell'esercizio professionale e responsabile della funzione

⁶² COTTINO, *Diritto societario*, Padova, 2006, p. 255.

⁶³ Sul punto v. *ex pluribus* LOLLI, *Commento all'art. 2497 quinquies*, in *Comm. Maffei Alberti*, III, Padova, 2005, p. 1806 ; MAUGERI, *Finanziamenti anomali dei soci e tutela del patrimonio nelle società di capitali*, Milano, 2005; PARRELLA, *Versamenti in denaro dei soci e conferimenti nelle società di capitali*, Milano, 2000, 99; PORTALE, *Appunti in tema di "versamenti in conto futuri aumenti del capitale" eseguiti da un solo socio*, in *Banca, borsa, tit cred*, 1995, I, 95; TANTINI, *I versamenti alle società sorelle*, in *Tratt delle soc. per az.* diretto da Colombo-Portale, I, 3, Torino, 2004.

⁶⁴ In tal senso cfr. GUERRIERI, *I finanziamenti dei soci*, in AA.VV., *La società a responsabilità limitata* a cura di Guidotti e Soldati, Rimini, Maggioli, 2008, p.64.

gestoria, ciò che impone di valutare la strategia di volontaria opzione per la procedura concorsuale alla luce della dinamica interna all'ente e della ripartizione di competenze tra i suoi organi⁶⁵.

Nel comparto delle società di persone la questione si stempera, oltre che per la mancanza di una struttura corporativa propriamente detta e per la naturale coincidenza tra potere di amministrazione e posizione di socio illimitatamente responsabile⁶⁶, anche per gli effetti del fallimento in estensione a carico di quest'ultimo: quindi sia la legittimazione a proporre istanza di fallimento (art. 6 l. fall.) sia la determinazione ad avanzare proposte di concordato (artt. 152 e 161 l. fall.) provengono dai soci, cioè da soggetti in posizione del tutto analoga a quella del debitore individuale, che chiede il fallimento in proprio.

Il discorso merita ulteriori precisazioni rispetto al caso che, viceversa, la debitrice sia una società di capitali, con soci a responsabilità limitata e potere di gestione attribuito su base corporativa; e non tanto sotto il profilo della rappresentanza, poiché è del tutto ovvio che la manifestazione all'esterno della volontà dell'ente spetta al suo legale rappresentante, quanto nel processo interno di formazione di quella volontà, ossia nell'individuazione dell'organo sociale competente ad esprimerla.

Il silenzio dell'attuale legge fallimentare induce a ricorrere a principi generali di diritto societario, i quali suggeriscono di ritenere come, nell'ambito dell'organizzazione corporativa, il volontario accesso tanto al concordato preventivo⁶⁷, come anche al fallimento, lungi dal rappresentare decisioni assimilabili allo scioglimento della società⁶⁸, rientrino invece tra quelle

⁶⁵ In tal senso v. altresì SANDULLI, *I controlli delle società come strumenti di tempestiva rilevazione della crisi d'impresa*, cit., p. 1100.

E' utile in proposito il dato offerto dagli artt. 2082 e 2247 c.c.: si veda GALLETTI, *La ripartizione del rischio*, cit., è. 159: l'A. osserva che mentre l'imprenditore "non deve perseguire l'economicità", invece "l'impresa sociale deve essere gestita prima di tutto in modo da produrre potenzialmente un lucro da destinare ai soci".

⁶⁶ Per l'affermazione che sussista una "naturale immedesimazione tra la persona del socio e l'attività di gestione" si veda COTTINO – WEIGMANN, *Le società di persone*, in *Tratt. di dir. comm.* diretto da Cottino, III, Padova, 2004, p. 139.

⁶⁷ Il riformato art. 152 l. fall. in tema di proposta di concordato fallimentare (richiamato dall'art. 161 l. fall. sul concordato preventivo) prevede che la formulazione della proposta di concordato sia atto degli amministratori di società di capitali; correlativamente, la competenza è stata sottratta al catalogo tipico delle prerogative dell'assemblea straordinaria, di cui al pure riformato art. 2365 c.c. Va considerato, peraltro, che l'assetto delle competenze è disponibile mediante apposita clausola dell'atto costitutivo che restituisca all'assemblea (straordinaria) il potere di deliberare la proposta di concordato; inoltre una funzione consultiva dell'assemblea in materia potrebbe essere consentita ai sensi dell'art. 2364 n. 5) c.c.

⁶⁸ E' appena il caso di ricordare che il riformato art. 2484 c.c. non individua (più) nel fallimento una causa di scioglimento della società di capitali: cfr. MAFFEI ALBERTI, *Comm. breve al dir. delle società*, cit., p. 1086.

funzioni di “corretta amministrazione”⁶⁹, che nell’insolvenza dell’ente, si esplicano sia sul fronte interno, con l’informazione dei soci e l’opportuna convocazione dell’assemblea, sia in relazione agli adempimenti procedurali e processuali, tra i quali, proporre istanza di fallimento, nonché coltivare l’eventuale reclamo (e, naturalmente, per opposti interessi, anche l’opposizione) e percorrere le soluzioni concordatarie praticabili, anche considerati i possibili scenari di riorganizzazione aziendale e ristrutturazione dei debiti ⁷⁰.

Il canone di diligenza professionalmente qualificata che guida l’azione di chi gestisce la ricchezza altrui o di chi sorveglia l’operato del gestore è senz’altro utile allo scopo di discriminare le condotte di corretta, ovvero scorretta gestione dell’impresa nel particolare frangente dell’insolvenza. Ma si otterrebbe un apprezzabile risultato in termini di chiarezza se questi obiettivi, già perseguibili nell’interpretazione, ricevessero espressa consacrazione, mediante l’indicazione normativa di quali soggetti, nell’ambito di una società di capitali, devono attivarsi, ed in che modo, al ricorrere di quali circostanze e incorrendo in quali sanzioni per l’inadempimento o il ritardo.

All’obiettivo di chiarezza si aggiunga la semplificazione probatoria che, all’evidenza, discende dalla configurabilità di un eventuale inadempimento in termini di violazione di un dovere specifico, svincolato dai principi sulle obbligazioni di mezzi.

L’esperienza maturata nel contesto degli altri ordinamenti europei ha condotto, infatti, a forme di tipizzazione delle condotte degli organi sociali in caso di insolvenza della società: oltre a quanto accennato sopra a proposito delle funzioni dei *commissaires aux comptes* di diritto francese, va richiamata la condizione di superindebitamento della società rilevante nell’ordinamento tedesco, situazione alla quale sono riconnessi precisi doveri in capo agli amministratori. Infine, la legge concorsuale spagnola prevede che l’istanza di fallimento sia doverosa per il debitore “entro due mesi dalla data nella quale abbia conosciuto o avrebbe dovuto conoscere il suo stato di insolvenza”; tale cognizione si presume al ricorrere di quegli indici tipici, dei quali si accennava sopra, che

⁶⁹ Il dato emerge dalla lettura combinata delle norme di cui agli art. 2380 *bis*- 2497 c.c.: cfr. IRRERA, *L’obbligo di corretta amministrazione e gli assetti adeguati*, in *Il nuovo diritto societario nella dottrina e nella giurisprudenza* diretto da Cottino- Bonfante- Cagnasso – Montalenti, Bologna, 2009, p. 550.

⁷⁰ Sulle competenze dell’amministratore nel senso del testo, anche in epoca anteriore alla riforma, ampi riferimenti in BONSIGNORI, *Il fallimento*, in *Tratt. di dir. comm. e dir. pubbl. dell’econ* diretto da Galgano, IX, Padova, 1986, p. 244; A. JORIO, *Il fallimento delle società*, in *Fallimento, Giurisprudenza sistematica civile e commerciale* diretta da W. Bigiavi, III, Torino, Utet, 1970; PROVINCIALI, *Manuale di dir. fall.*, III, Milano, 1970, p. 1835.

In senso contrario (e quindi, per la necessità di una pronuncia assembleare ai fini del volontario accesso alla procedura concorsuale), ma con argomenti legati all’ormai abrogato dettato normativo, v. NIGRO, *Le società per azioni nelle procedure concorsuali*, in *Tratt. delle soc. per az.* diretto da Colombo –Portale, 9**, Utet, Torino, 1993, p. 257; in senso critico si legga altresì GUERRERA, *Commento all’art. 152*, in AA.VV., *Il nuovo diritto fallimentare* diretto da Jorio e coord. da Fabiani, cit., II, p. 2215.

legittimano i creditori a provocare il *concurso necessario* (art. 5 LC); in caso di perdita qualificata di capitale di società anonima, poi, gli amministratori, laddove l'assemblea non proceda alla ricapitalizzazione della società, devono provocarne lo scioglimento, ma in caso di insolvenza, devono invece chiedere il fallimento⁷¹. E' poi espressamente previsto che per le persone giuridiche l'iniziativa per l'apertura del *concurso* rientri nella competenza gestionale degli amministratori o dei liquidatori (art. 3 LC)⁷².

Infine, accennerò solo a come la dimensione organizzativa del gruppo di imprese meriterebbe, come da più parti non si manca di denunciare⁷³, una più completa considerazione del legislatore, sia ai fini dell'integrazione del richiamato sistema delle responsabilità per la gestione (dell'insolvenza), sia nell'ottica di quella valorizzazione del patrimonio dell'insolvente che qui si è più volte richiamata e in modo da favorire, tra l'altro, soluzioni liquidatorie o concordatarie che siano concepite in un orizzonte più fedele all'effettiva modalità organizzativa dell'impresa.

Il tema, nelle sue implicazioni sistematiche, imporrebbe uno studio più propriamente orientato e diversamente approfondito, rispetto a quanto non sia permesso in questa sede; non posso che limitarmi a richiamare l'opportunità che il diritto positivo si faccia carico di aspettative degli interpreti e di esigenze della pratica che si pongono in termini di crescente urgenza.

Per non affidare l'auspicio ad una troppo vaga formulazione, ed in via di mera esemplificazione, rilevo come al curatore andrebbe consentito di adottare le scelte più consone a realizzare quelle sinergie che anche nella fisiologia del gruppo avevano consigliato un'attività coordinata, anche nella logica dell'esercizio delle opzioni in ordine alla prosecuzione dei contratti, alla ricerca di soluzioni concordate, alla separazione di autonomi settori di attività, ed anche percorrendo la strada di una cessione in blocco dell'azienda "di gruppo", di un affitto della stessa o di un suo ramo, o di una sorta di "esercizio provvisorio di gruppo"⁷⁴.

⁷¹ V. PULGAR EZQUERRA, *Alcune considerazioni relative alla riforma del diritto concorsuale spagnolo*, in AA.VV., *Legislazioni concorsuali in Europa*, cit., p. 137.

⁷² Sul punto cfr. GIANNELLI, *Le soluzioni giudiziali delle crisi d'impresa. La gestione della crisi nel diritto spagnolo ed italiano*, in *Dir. fall.*, 2009, I, p. 125.

⁷³ In termini generali v. AA.VV., *I gruppi di società*, Atti del convegno, Venezia 16-18 novembre 1995, Milano, 1996, III, p. 1691; ANGELICI, *La riforma delle società di capitali*, cit., 194; DAL SOGLIO, *Commento all'art. 2497*, in AA.VV., *Il nuovo diritto societario* a cura di Maffei Alberti, III, Padova, cit., p. 2302; FIGA' TALAMANCA – GENOVESE, *Riforma del diritto societario e gruppi di società*, in *Vita not.*, 2004, p. 1206; GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. dell'econ* diretto da Galgano, XXIX, Padova, 2006, 176; IRACE, *Commento all'art. 2497*, in AA.VV., *La riforma delle società*, a cura di Sandulli-Santoro, III, Torino, 2003, 320; NIGRO, *Diritto societario e procedure concorsuali*, cit.,; F. PASQUARIELLO, *Commento agli artt. 2497-2497 septies* in *Commentario delle società* a cura di Grippo, II, Torino, 2009, p. 1157.

⁷⁴ La giurisprudenza mostra una marcata sensibilità al profilo in parola, allorché si è trovata a dovere dare risposta agli atipici scenari di una amministrazione controllata di società appartenenti ad un

Sarebbe altresì opportuno imporre un supplemento di informazione e trasparenza allorché una società appartenente al gruppo sia assoggettata a fallimento, in modo da agevolare, già in sede di istruttoria prefallimentare, l'acquisizione di tutte le informazioni utili alla precisa ricostruzione della condizione patrimoniale dell'impresa, anche al di là delle rilevanze contabili di cui al bilancio: attualmente, infatti, in caso di ricorso presentato da un creditore di una società, i principi sulla sua legittimazione ed interesse ad agire, in mancanza di un potere di iniziativa d'ufficio per la dichiarazione di fallimento, rischiano di lasciare l'accertamento circoscritto alla condizione patrimoniale della singola società debitrice, ancorché riconducibile ad un contesto di gruppo⁷⁵.

FEDERICA PASQUARIELLO

Ricercatrice di diritto commerciale

Facoltà di Economia

Università di Verona

gruppo (v. Trib. Firenze, 30 agosto 1983, in *Fallimento*, 1984, p. 987) o alla proposta di concordato preventivo riguardante, contestualmente, più imprese collegate (v. Trib. Perugia, 3 marzo 1995, in *Foro it.*, 1995, I, p. 1952; Trib. Ivrea, 21 febbraio 1995, in *Fallimento*, 1995, p. 969; Trib. Roma, 16 dicembre 1997, in *Dir. fall.*, 1998, II, p. 778): sempre (tranne, a quanto risulta, nel caso considerato da Trib. Crotone, 28 maggio 1999, in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 1533, che ha ammesso i creditori di tutte le società del gruppo a votare contestualmente in un'unica maggioranza la proposta di concordato preventivo del gruppo) è ribadita la necessità della separatezza tra le masse attive e passive di procedure che, benché riunibili in una unica, devono conservare la rispettiva autonomia, fermo restando che ciò non esclude, nella valutazione del tribunale sull'ammissibilità della procedura, che l'interdipendenza strutturale ed economica suggerisca una finalità liquidatoria globalmente intesa, realizzando in modo complessivo l'adempimento di tutti i debiti.

Sul tema del concordato di gruppo v. SCOGNAMIGLIO, *Gruppi di imprese e procedure concorsuali*, in *Giur. comm.*, II, p. 1091; adde BONFATTI, *Il gruppo di imprese in fallimento e amministrazione straordinaria*, *Atti del convegno SISCO*, Milano, 1999, p. 267; GAMBINO, *I gruppi nelle procedure concorsuali minori*, in *Giur. comm.*, 1993, I, p. 367.

⁷⁵ Si veda la LC spagnola del 2003, che all'art. 6.3, n. 4 impone alla società richiedente il fallimento in proprio di allegare "i conti annuali e la relazione di gestione consolidati riferiti agli ultimi tre esercizi sociali e la relazione di revisione su detti conti, nonché una memoria riepilogativa delle operazioni realizzate con altre società del gruppo durante lo stesso periodo": cfr. G. FALCONE, *op. cit.*, p. 73.

Si consideri che nell'ordinamento spagnolo è previsto altresì che il curatore possa chiedere al giudice la *acumulación* dei fallimenti dichiarati a carico di diverse società appartenenti ad un gruppo (cfr. art. 25, 1 comma LC, cit.)