

Il necessario rinvio dell'entrata in vigore del Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza: verso una riforma organica che non può tralasciare i reati fallimentari, la normativa regolamentare del credito e l'istituto dell'Amministrazione Straordinaria.

di **Luca Faustini, Corrado Ferriani e Carlo Alberto Giovanardi**

Sommario. 1. Premessa. – 2. Principali criticità. Considerazioni di ordine generale. – 2.1. Procedure di allerta e di composizione assistita della crisi d'impresa. – 2.1.1. Criticità. – 2.1.2. Conseguenze. – 2.2. Concordato preventivo. – 2.2.1. Criticità. – 2.2.2. Conseguenze. – 3. Considerazioni conclusive in merito alle principali carenze. – 3.1. La riforma dei privilegi. – 3.2. La procedura di amministrazione straordinaria. – 3.3. La riforma dei "reati fallimentari".

1. Premessa

Prima di entrare nel merito di alcune tra le principali criticità del Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza (il "**Codice**"), è opportuno svolgere alcune considerazioni dalle quali riteniamo non si possa prescindere nella legittima aspettativa di un impianto normativo coerente con l'intendimento di protezione del valore dell'impresa in crisi (potenzialmente reversibile), nell'interesse dei creditori, del livello occupazionale e di tutti gli *stakeholder*. La normativa, destinata alla prevalente applicazione sulla piccola e media impresa (che rappresenta la parte più significativa del tessuto imprenditoriale italiano), non può ignorare la struttura patrimoniale di un sistema economico che ha risentito (i) di una spinta verso la finanziarizzazione, validata da principi contabili, la cui adozione apre (a dismisura) la forbice tra valori in continuità e valori di liquidazione, e (ii) dello snellimento delle strutture organizzative, indotto da misuratori premianti il contenimento dei costi e dall'attitudine di una larga fascia dell'imprenditoria domestica ad affidarsi al proprio intuito più che a strumenti di controllo di gestione. A ciò si aggiunge il fisiologico tempo di metabolizzazione della necessità di un'adeguata implementazione della disciplina degli assetti interni.

In antitesi con il *favor* per le soluzioni negoziali, caratteristico delle modifiche introdotte tra il 2005 ed il 2012 nel R.D. 267/1942 (la "**Legge Fallimentare**")⁽¹⁾,

⁽¹⁾ Le modifiche della Legge Fallimentare degli ultimi dieci anni sono tutte caratterizzate da una particolare predilezione per l'introduzione di strumenti volti a

l'impianto generale del Codice è caratterizzato da un 'ritorno' alla sfiducia (già leggibile nella prima *controriforma* del 2015). Ne è prova concreta la spinta verso soluzioni sottoposte alla prevalente gestione degli organi giurisdizionali diretti (Tribunali) o indiretti (commissari, curatori e ausiliari). Ciò determina un inevitabile irrigidimento degli strumenti di soluzione della crisi, sia sull'asse temporale, sia sul piano dei contenuti, con una prevedibile significativa riduzione delle concrete probabilità di superamento della crisi, senza che siano stati previsti e introdotti strumenti di maggiore efficacia nella tutela dell'impresa e/o del credito nel contesto giudiziale.

Il Codice ignora che la crisi sia una 'questione' che tocca gli aziendalisti prima dei giuristi ed è largamente improntato a una gestione difficilmente compatibile con le esigenze derivanti dalle problematiche concrete delle aziende in difficoltà. Esso non presenta flessibilità e non propone strumenti adeguati (o competitivi) di gestione (e di temporanea agevolazione) del processo di risanamento. Obbliga gli imprenditori ad adire prima (nel c.d. *early stage*) gli organismi di composizione della crisi (che, così come previsti, appaiono significativamente inadeguati⁽²⁾ agli obiettivi che originariamente si intendevano perseguire) e poi a doversi confrontare con la accresciuta rigidità che caratterizza le procedure concorsuali giudiziarie in senso stretto. Non considera inoltre le incognite derivanti dall'applicazione di talune previsioni specifiche che rappresentano, sotto ogni profilo, un passo indietro rispetto agli obiettivi di modernizzazione in chiave aziendalista degli strumenti di gestione e superamento della crisi (basti dire del vaglio giudiziale di "*fattibilità economica*" del concordato⁽³⁾).

favorire il mantenimento della 'continuità aziendale' nell'interesse di tutti i principali *stakeholder* (dipendenti, fornitori, creditori e azionisti), ferma restando la prevalenza dei casi di successo di 'salvataggi' raggiunti attraverso percorsi negoziali estranei alle procedure concorsuali in senso stretto.

⁽²⁾ Si consideri che, normalmente, le analisi richieste per l'individuazione degli strumenti adeguati di gestione (e superamento) della crisi presuppongono specifiche competenze tecniche di natura industriale, finanziaria, fiscale, legale, che vanno coniugate con una virtuosa gestione di tutta la fase negoziale con i creditori, senza la quale è ragionevole prevedere significative criticità nella finalizzazione ed implementazione dei processi di risanamento.

⁽³⁾ L'attribuzione al Tribunale del potere di valutare la fattibilità del piano di concordato preventivo, anche in termini economici, sposta le procedure di regolazione della crisi verso sistemi che tendono a rimettere all'organo giurisdizionale prerogative di merito, dopo anni di metabolizzazione del processo di posizionamento del baricentro per correttamente allocare tale valutazione in capo ai creditori. Tale scelta, da sola, è idonea a ulteriormente affievolire il profilo (più volte emerso nel corso delle riforme di questi anni) anche privatistico di tali procedure, che dovrebbe mantenere la valutazione della 'fattibilità' e della 'convenienza' economica della proposta in capo al creditore.

Il Codice, nella versione attuale, non offre alcuno strumento per una effettiva e concreta capacità di rilevazione anticipata delle situazioni di crisi, che, ove incoraggiata su basi di effettiva e funzionale valorizzazione degli strumenti di rilevazione preventiva, costituirebbe un significativo elemento di miglioramento della qualità del tessuto imprenditoriale italiano e del 'sistema' economico giuridico nel suo complesso, agevolando (e premiando) l'introduzione di sistemi di pianificazione, di monitoraggio interno e di controllo di gestione – attualmente circoscritti all'art. 2086 cod. civ.. Tali strumenti favorirebbero un miglioramento tecnico generale e, in ultima analisi, parrebbero gli unici, ove correttamente implementati, in grado di esprimere, con una reale portata anticipatoria, elementi di allerta e di attenzione specifici.

Nonostante i vari tentativi di renderli efficienti, i c.d. indicatori della 'crisi', così come previsti, sembrano fortemente inadeguati. Da un lato, essi rappresentano situazioni che danno evidenza della conclamata sussistenza dello stato di crisi (e non costituiscono elementi di 'allerta' preventiva). Dall'altro, sembrano intrinsecamente inappropriati, posto che tendono a rendere omogenei elementi di merito che non colgono le peculiarità delle singole imprese, delle relative strutture patrimoniali e della varianza delle caratteristiche del ciclo economico finanziario delle imprese ⁽⁴⁾. L'impianto oggi prospettato paventa il rischio dell'applicazione di "indicatori" standardizzati, asettici e teorici, incapaci di cogliere le caratteristiche dell'azienda e della tipologia di attività, rimandando la definizione della fase di crisi non a un'anamnesi puntuale e 'personalizzata' dell'azienda, ma a *trigger* generici e potenzialmente fuorvianti e comunque tutt'altro che anticipatori. Non solo. Sono stati elaborati degli studi che, simulando l'applicazione delle misure di allerta e delle c.d. segnalazioni (tanto più nel contesto degli effetti della pandemia in corso), dimostrano che la maggioranza del tessuto produttivo nazionale finirebbe per essere interessato dall'applicazione delle norme del Codice, con conseguenze che è difficile stimare in misura puntuale, ma che certamente determinerebbero effetti rilevanti per tutto il sistema economico italiano. E ciò è vero, addirittura, già prima di considerare gli effetti procurati sui risultati delle aziende dalla pandemia da Covid-19.

Il principio di privatizzazione e la prospettiva aziendalistica della gestione della crisi andrebbero rafforzati, non indeboliti, consegnando alla funzione

⁽⁴⁾ Va sottolineato in proposito che, dopo la crisi finanziaria del 2008, gran parte delle aziende e, in particolare, le Banche hanno sviluppato dei sistemi organizzativi di monitoraggio della propria attività nei confronti dei terzi che consentono, con un buon grado di prevenzione, di individuare degli indici preventivi della possibile crisi e, ove correttamente applicati, di consentire una fase di gestione preventiva idonea a evitare situazioni problematiche in presenza di un comportamento trasparente e improntato ai principi di correttezza e buona fede.



giurisdizionale soltanto i casi particolarmente problematici e caratterizzati da profili effettivamente patologici. Ciò richiede una radicale inversione di prospettiva rispetto al Codice, restituendo alle competenze aziendaliste tematiche che pare opportuno assurgano a rilevanza giudiziale solo ai fini della protezione o nel caso di degenerazione.

Altro profilo di rilevanza cruciale è rappresentato dalla circostanza che il Codice è stato elaborato senza tenere in alcuna considerazione l'esigenza sistematica di coordinamento con la recente normativa bancaria, imposta a tutti gli Istituti di credito dalle autorità di vigilanza italiana (Banca d'Italia) e europea (Banca Centrale Europea), in materia di crediti verso imprese in crisi (UTP e *Forborne*) e di misure di 'allerta'⁽⁵⁾.

La data di entrata in vigore del Codice è ormai prossima e occorre interrogarsi sul rischio, tutt'altro che improbabile, di trovarsi al cospetto di un insuccesso, con effetti non controllabili sul tessuto imprenditoriale italiano, per evitare il quale sarebbe opportuno approntare una normativa del diritto concorsuale attuale, in grado cioè di cogliere la dinamicità dell'impresa e degli strumenti di cui necessita per fronteggiare in modo efficiente una possibile fase di crisi, che comprenda, sin da subito, oltre che l'esigenza di coordinamento con la normativa creditizia, la riforma dei reati fallimentari e, auspicabilmente, dell'Amministrazione Straordinaria.

2. Principali criticità. Considerazioni di ordine generale.

Tra le numerose criticità della riforma della materia fallimentare, la presente nota analizza, seppure in forma sintetica, i possibili effetti dell'entrata in vigore del Codice (anche sul piano delle conseguenze che potrebbero determinarsi nei confronti del settore bancario e dei possibili riflessi sull'economia del Paese), con riferimento alle due principali innovazioni problematiche relative (i) agli strumenti di 'prevenzione e tempestiva

⁽⁵⁾ Si osservi che i dati e le informazioni idonee a sollecitare un intervento conseguente alla rilevazione tempestiva della crisi ai sensi del Codice non coincidono con quelli che le singole banche sono tenute a elaborare (i c.d. "*early warnings indicator*", tra i quali rientrano, ad esempio, i dati ricavati dalla Centrale Rischi, il numero di giorni degli scaduti e di mesi di utilizzo degli scoperti o, ancora, il calo del fatturato), su indicazione della Banca Centrale Europea, nello svolgimento delle proprie attività di monitoraggio dei debitori. Un simile disallineamento condurrà le banche a dovere "*incrociare*" le predette tipologie di parametri, che potranno non coincidere. Dalla prospettiva dell'Istituto di credito, si avranno, infatti: (a) imprese che si trovano in condizioni tali da attivare gli '*early warnings indicator*' rilevanti per l'Istituto di credito, ma per le quali non sussiste l'obbligo di avviare alcuna procedura dinanzi agli organismi di composizione della crisi; (b) imprese che hanno già avviato la procedura dinanzi agli organismi di composizione della crisi, ma che non si trovano in condizioni tali da attivare gli '*early warnings indicator*'; (c) imprese che si trovano in condizioni tali da attivare sia gli '*early warnings indicator*' sia la procedura dinanzi agli organismi di composizione della crisi.

risoluzione della crisi d'impresa' e (ii) all'istituto giuridico del 'concordato preventivo'.

2.1. Procedure di allerta e di composizione assistita della crisi d'impresa

Nell'intento di sollecitare l'emersione della crisi d'impresa e la tempestiva adozione di misure per la sua composizione, il Codice prevede precisi obblighi di segnalazione all'OCRI a carico di più soggetti (sindaci, società di revisione, Agenzia delle Entrate, INPS, Ente di Riscossione) e impone l'avvio di un percorso di risoluzione della crisi procedimentalizzato, la cui gestione è rimessa all'OCRI (da istituirsi presso le camere di commercio), e che prevede tempistiche estremamente ristrette per le attività e le analisi che devono essere svolte.

2.1.1. Criticità

Imperniare la gestione della crisi sugli OCRI, organismi ancora da costituire e strutturare, di cui non è affatto certo il grado di competenza e specializzazione, con l'aspettativa di capacità taumaturgiche nel rispetto delle tempistiche previste dal Codice, è garanzia di insuccesso su larga scala dei tentativi di tempestiva composizione della crisi, con conseguente sbocco in procedure concorsuali in senso stretto (di natura concordataria o liquidatoria), in un prevedibile contesto di ulteriore deterioramento dell'attività caratteristica.

2.1.2. Conseguenze

Un percorso pressoché obbligato e certamente inadeguato alle esigenze di risanamento è idoneo a compromettere irrimediabilmente le possibilità di accesso al credito durante la fase di gestione della crisi presso l'OCRI, in considerazione del peggioramento, anche soltanto prospettico, del merito creditizio, con effetti diretti sulla possibilità di definire in concreto una soluzione positiva della crisi, e conseguenze specifiche sulla (obbligatoria) valutazione della qualità di tutti i crediti erogati:

- (i) a ridosso dell'avvio della procedura di composizione della crisi (o durante il suo svolgimento); e
- (ii) successivamente all'avvio della procedura di composizione della crisi,

in un contesto che presenta rilevanti profili di criticità (sul piano operativo e sul versante delle responsabilità) ⁽⁶⁾, avuto riguardo ai periodi di esercizio

⁽⁶⁾ Si segnala in proposito il difficile coordinamento del 3° comma dell'art. 12 del Codice (che prevede che "l'attivazione della procedura di allerta (...), nonché la presentazione dell'istanza di composizione assistita della crisi" presso l'OCRI non costituisce "causa di revoca (...) degli affidamenti bancari") con la cogente normativa vigente di vigilanza europea e italiana finalizzata ad una tutela sempre più stringente in materia creditizia. Fermo quanto già segnalato in ordine al mancato

dell'azione revocatoria ⁽⁷⁾ e all'incertezza complessiva sulla portata delle regole di sana e prudente gestione (del credito).

2.2. Concordato preventivo

Nel Codice permane lo strumento del concordato preventivo (nelle due declinazioni del concordato liquidatorio e del concordato con continuità aziendale), che è stato tuttavia integrato con specifiche qualificazioni idonee

coordinamento tra gli *'early warning indicator'* elaborati dal sistema bancario e gli indici di allerta previsti nel Codice, l'elevata incertezza e probabilità di insuccesso delle procedure di composizione della crisi, unitamente alla previsione di requisiti stringenti per l'accesso al concordato preventivo (tra cui il 'giudizio di fattibilità economica' da parte del Tribunale) potrebbero determinare: (i) possibili criticità della gestione del credito (con effetti diretti sulla possibilità di definire in concreto una soluzione positiva della crisi), con incremento del rischio, oltre che di perdita economica, di responsabilità correlate a tutte le problematiche di natura penale conseguenti anche alla possibile riconducibilità delle erogazioni di credito (effettuate a ridosso di tale fase o durante la stessa) a fattispecie rilevanti (come l'abusiva interruzione o erogazione di credito); (ii) l'interruzione nell'erogazione del credito durante la fase concordataria, con effetti diretti sulla possibilità di definire una proposta concordataria che possa essere ammessa dal Tribunale; (iii) il possibile incremento della classificazione dei crediti *"deteriorati"*, con ogni conseguenza sul piano patrimoniale e dei tempi stringenti dettati dalla Autorità di Vigilanza (*Calendar Provisioning*) nella gestione dei *non performing loan*; (iv) più in generale, una possibile significativa stretta creditizia con danni economici potenzialmente irreparabili anche sul piano della competitività delle imprese italiane (che si troverebbero per di più in una posizione disallineamento rispetto ai sistemi esistenti negli altri Stati dell'Unione Europea), con conseguente ulteriore disincentivazione degli investimenti.

⁽⁷⁾ Articolo 166, commi 1 e 2, del Codice: "1. Sono revocati, salvo che l'altra parte provi che non conosceva lo stato d'insolvenza del debitore: a) gli atti a titolo oneroso in cui le prestazioni eseguite o le obbligazioni assunte dal debitore sorpassano di oltre un quarto ciò che a lui è stato dato o promesso, se compiuti dopo il deposito della domanda cui è seguita l'apertura della liquidazione giudiziale o nell'anno anteriore; b) gli atti estintivi di debiti pecuniari scaduti ed esigibili non effettuati con danaro o con altri mezzi normali di pagamento, se compiuti dopo il deposito della domanda cui è seguita l'apertura della liquidazione giudiziale o nell'anno anteriore; c) i pegni, le anticresi e le ipoteche volontarie costituiti dopo il deposito della domanda cui è seguita l'apertura della liquidazione giudiziale o nell'anno anteriore per debiti preesistenti non scaduti; d) i pegni, le anticresi e le ipoteche giudiziali o volontarie costituiti dopo il deposito della domanda cui è seguita l'apertura della liquidazione giudiziale o nei sei mesi anteriori per debiti scaduti. 2. Sono altresì revocati, se il curatore prova che l'altra parte conosceva lo stato d'insolvenza del debitore, i pagamenti di debiti liquidi ed esigibili, gli atti a titolo oneroso e quelli costitutivi di un diritto di prelazione per debiti, anche di terzi, contestualmente creati, se compiuti dal debitore dopo il deposito della domanda cui è seguita l'apertura della liquidazione giudiziale o nei sei mesi anteriori."

a depotenziarne – ulteriormente – l'utilizzo (con conseguente incremento delle soluzioni di liquidazione giudiziale che, statisticamente, offrono sempre gradi di *recovery* molto penalizzanti):

- (i) per il concordato con continuità aziendale, sono previste indicazioni relative al numero di lavoratori, che devono essere, per i primi due anni, pari ad almeno la metà di quelli in essere nei due esercizi anteriori al deposito del ricorso (Art. 84, comma 3, Codice)⁽⁸⁾;
- (ii) per l'accesso al concordato liquidatorio, ferma la necessità di soddisfare i creditori chirografari in misura pari ad almeno il 20%, viene altresì chiesto l'apporto di risorse esterne, in misura sufficiente da incrementare di almeno il 10% il soddisfacimento di tali creditori, rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale (Art. 84, comma 4, Codice);
- (iii) viene attribuito al Tribunale il vaglio sulla 'fattibilità economica' del concordato preventivo in sede sia di ammissione sia di omologazione (Artt. 47, comma 1, e 48, comma 3, Codice);
e ancora
- (iv) persiste un sistema di votazione punitivo che presume contrari tutti i voti non espressi.

2.2.1. Criticità

L'introduzione di presupposti uniformi – sordi alla varianza delle fattispecie concrete, delle realtà d'impresa e delle cause di crisi (criterio di prevalenza, numero minimo dipendenti da mantenere ovvero percentuali minime di soddisfo per i creditori chirografari e ulteriore apporto necessario) – nonché del giudizio di 'fattibilità economica' da parte del Tribunale⁽⁹⁾ costituisce un

⁽⁸⁾ In antitesi anche con il recente arresto della Corte di Cassazione (sent. 15 gennaio 2020 n. 734), è espressamente previsto inoltre che, con tale tipologia di concordato, i creditori debbano essere soddisfatti in misura prevalente dal ricavato prodotto dalla continuità aziendale e che tale prevalenza si considera sempre sussistente quando i ricavi attesi dalla continuità, per i primi due anni di attuazione del piano, derivano dall'attività d'impresa alla quale sono addetti almeno la metà della media dei lavoratori in forza nei due esercizi anteriori al deposito del ricorso (Art. 84, comma 3, Codice).

⁽⁹⁾ Relativamente all'istituto del concordato preventivo, da un confronto tra la disciplina contenuta nel Codice e quella di matrice europea, di cui alla direttiva comunitaria n. 1023 del 20 giugno 2019 (la "**Direttiva**"), emergono significative divergenze (che dovranno essere corrette comunque in sede di recepimento della Direttiva). La più rilevante riguarda il '*giudizio di fattibilità economica*' (nel sistema attuale demandato all'attestatore e al commissario giudiziale) che il Codice preveda debba essere svolto ed espresso dal Tribunale, mentre la Direttiva stabilisce, all'articolo 14, che "*l'autorità giudiziaria o amministrativa adotta una decisione sulla valutazione dell'impresa **solo qualora il piano di ristrutturazione sia contestato***".

obbiettivo e acritico limite all'utilizzabilità dello strumento, con conseguente incremento delle liquidazioni giudiziali (art. 121 e ss., Codice).

2.2.2. Conseguenze

Tra i probabili effetti del mantenimento dell'assetto attualmente previsto dal Codice, si segnalano:

- (i) la perdita di *chance* di soluzioni concordatarie in continuità o liquidatorie;
- (ii) l'interruzione nell'erogazione del credito durante la fase precedente all'accesso della procedura concordataria, nonché la fase della procedura in senso stretto, con conseguenze dirette sulla concreta possibilità di definire una proposta concordataria che possa essere ammessa dal Tribunale, con effetti sulla valutazione dei crediti erogati a ridosso dell'avvio della gestione, e, più in generale, dei crediti vantati verso il debitore;
- (iii) la classificazione (prima) come *unlikely to pay* (UTP) (e poi come *non performing loan* (NPL)) di tutti i crediti maturati verso l'impresa in procedura, con effetti diretti sull'incremento degli accantonamenti e sui *ratio* patrimoniali delle Banche, le quali dovranno inevitabilmente valutare di adottare strategie specifiche di contrasto del rischio creditizio e di rafforzamento, con tutte le conseguenze che ciò può determinare in un contesto imprenditoriale fortemente dipendente dall'accesso al credito bancario.

3. Considerazioni conclusive in merito alle principali carenze.

In aggiunta alle carenze di carattere generale segnalate limitatamente alle 'procedure di allerta' e al "concordato preventivo", il Codice (e la Legge

da una parte interessata dissenziente e, pertanto, il giudizio di fattibilità economica, attualmente previsto dal Codice come regola generale di ogni procedura concordataria, potrà essere mantenuto soltanto in caso di "*contestazione*" da parte dei creditori. Si segnala in proposito che, tra le integrazioni necessarie a implementare e stabilizzare un sistema giudiziario efficiente nel pieno delle proprie attribuzioni, anche ai fini di consentire lo svolgimento di un giudizio di fattibilità economica nei casi in cui sarà obbligatorio, deve essere certamente menzionata la parziale riforma dell'ordinamento giudiziario, con la creazione di un qualificato numero di sezioni specializzate in materia di (crisi di) impresa, in conformità a quanto previsto: (i) dalla Legge Delega, che poneva come obiettivo quello di "***assicurare la specializzazione dei giudici addetti alla materia concorsuale***" (articolo 2, comma 1, lettera n), Legge Delega); (ii) dall'articolo 25 della Direttiva, secondo cui "*gli Stati membri provvedono affinché (a) i membri delle autorità giudiziarie e amministrative che si occupano delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione ricevano una formazione adeguata e possiedano le competenze necessarie per adempiere alle loro responsabilità*".

Delega che lo ha preceduto) non ha regolato taluni profili che, in una riforma organica e auspicabilmente moderna del comparto fallimentare, devono essere oggetto di regolazione specifica – non più rinviabile, se non a rischio di gravi ripercussioni sulla certezza del diritto, che gli imprenditori e, più in generale, gli investitori ricercano e valutano in prospettiva – in quanto parte integrante del sistema concorsuale complessivamente considerato.

3.1 La riforma dei privilegi

Ai sensi dell'articolo 10 della Legge Delega, il Governo, nell'esercizio della delega ricevuta, avrebbe dovuto procedere al "*riordino e alla revisione del sistema dei privilegi, principalmente con l'obiettivo di ridurre le ipotesi di privilegio generale e speciale, con particolare riguardo ai privilegi retentivi, eliminando quelle non più attuali rispetto al tempo in cui sono state introdotte e adeguando in conformità l'ordine delle cause legittime di prelazione*". Tale riordino (più che mai necessario) non è stato regolato nel Codice.

3.2 La procedura di amministrazione straordinaria

In considerazione dell'esigenza di ridurre le incertezze interpretative e applicative derivanti dai numerosi rinvii alla vigente Legge Fallimentare contenuti nel Decreto Prodi-*bis*, sarebbe stato opportuno (prima che necessario) che la procedura di amministrazione straordinaria venisse disciplinata dal Codice⁽¹⁰⁾, come era originariamente previsto in una delle versioni finali dello schema di Legge Delega, proprio per rendere omogenea la riforma di tutte le procedure concorsuali, anche al fine di risolvere, quanto all'amministrazione straordinaria c.d. speciale, le problematiche connesse al non sempre agevole coordinamento delle previsioni contenute nella Legge Marzano con quelle di cui al predetto Decreto Prodi-*bis*.

Nel merito, in considerazione degli effettivi risultati – in termini di reale risanamento – espressi dall'istituto dell'amministrazione straordinaria, non possono che trarsi valutazioni deludenti sull'efficienza di tale procedura⁽¹¹⁾,

⁽¹⁰⁾ Nella versione attuale, il Codice si limita unicamente a regolare la competenza per lo svolgimento della procedura di amministrazione straordinaria rimettendola a quei Tribunali in cui sono presenti le sezioni specializzate in materia di imprese.

⁽¹¹⁾ I risultati concretamente raggiunti nelle procedure di amministrazione straordinaria - sia con riferimento alle ristrutturazioni dirette o alle cessioni di complessi aziendali effettivamente andate a buon fine, sia in relazione ai sacrifici imposti ai creditori (e in più in generale agli *stakeholder*) e alla salvaguardia dei posti di lavoro - dimostrano che le prospettive di risanamento mediante la procedura di amministrazione straordinaria siano pressoché impercettibili. Infatti, l'esame dei dati delle Amministrazioni Straordinarie dal 2000 al 2019 fornisce un quadro d'insieme piuttosto indicativo: la durata media di una procedura di A.S. non è inferiore a dieci anni; su 244 procedure dichiarate, le aziende effettivamente risanate sono soltanto tre (tra l'altro riconducibili al medesimo gruppo imprenditoriale).

che dovrebbero imporre urgenti e approfondite riflessioni sulle sue prospettive future.

Nel contesto di una riforma organica del diritto concorsuale – avuto riguardo a tutte le (mini)riforme intervenute sulla Legge Fallimentare e la loro tendenza a valorizzare le soluzioni alternative rispetto alla liquidazione fallimentare (ora "*liquidazione giudiziale*") – si potrebbe ricorrere alla ordinaria procedura di concordato preventivo in continuità aziendale (indiretta), anche per regolare le crisi disciplinate dalla attuale amministrazione straordinaria, soprattutto per quei casi, sino a oggi prevalenti, in cui il risanamento si fonda(va), sin dall'inizio della crisi, sulla cessione dei complessi aziendali. L'istituto del concordato preventivo in continuità aziendale sembra consentire l'utilizzo di tutti gli strumenti per garantire una soluzione della crisi che sia anche concordata con i principali *stakeholder* (ossia l'imprenditore, i creditori, le parti sociali potenziali investitori di *equity*).

In tale prospettiva, l'istituto dell'amministrazione straordinaria, secondo una prospettiva aziendalistica volta "unicamente" alla salvaguardia e al ripristino del *going concern*, potrebbe essere circoscritto alla grande impresa, rivedendo i requisiti dimensionali per l'accesso alla procedura, che solo in questi casi (eccezionali e residuali) sembrerebbe esprimere un valido rationale di coesistenza (in modo armonico e sistematico) con le altre procedure concorsuali, tanto più nel contesto attuale di congiuntura negativa in conseguenza del diffondersi della pandemia.

3.3 La riforma dei "*reati fallimentari*"

L'esigenza della riforma dei reati in materia d'insolvenza è sempre più pressante, posto che le fattispecie sono invariate da quelle configurate nel 1942, in un contesto storico, sociale ed economico radicalmente diverso da quello attuale.

Tale esigenza diviene ulteriormente improcrastinabile per il profondo divario fra disciplina civilistica, fortemente improntata alla conservazione dei valori produttivi e al risanamento delle imprese in difficoltà, e disciplina penalistica, attualmente caratterizzata – secondo lo schema della legge del 1942 – da un approccio orientato alla tutela del patrimonio dell'impresa in funzione di garanzia del ceto creditorio, assetto normativo che necessariamente orienta l'interpretazione e l'applicazione delle norme incriminatrici, in contraddizione con l'attuale dimensione patrimoniale delle imprese.

In tale prospettiva, la struttura intrinseca delle fattispecie d'incriminazione dovrebbe essere sottoposta a una rimediazione profonda per giungere a una nuova formulazione delle figure di reato, che sia in grado di cogliere le

condotte effettivamente offensive⁽¹²⁾, se s'intende realmente discernere il rischio d'impresa dall'economia criminale, con l'obiettivo di intercettare quest'ultima senza che essa risulti annegata nella generica riconducibilità astratta di ogni tipo di crisi a fattispecie di reato a maglie larghe.

A tale riguardo, basti pensare – in via esemplificativa – che la punibilità della condotta di bancarotta per distrazione non è subordinata alla condizione che la condotta vietata sia causa o concausa del dissesto, posto che, una volta intervenuta la declaratoria di insolvenza, i fatti di distrazione assumono rilevanza penale in qualsiasi tempo siano stati commessi e, pertanto, anche in epoca in cui l'impresa non si trovava in condizioni di crisi o insolvenza. Sarebbe invece più equo che la norma prevedesse il nesso causale tra condotta illecita e fallimento.

I meccanismi di segnalazione e la disciplina inerente alla fase della gestione della crisi rischiano di determinare conseguenze negative sul versante penale nelle ipotesi nelle quali l'impresa, invece che uscire dalla crisi, venga posta in liquidazione giudiziale.

L'obiettivo delicatezza della materia richiede una profonda e meditata revisione dei presidi dell'art. 324 del Codice (*Esenzione dai reati di bancarotta*), fissandone in modo preciso le condizioni di operatività e valutando altresì l'opportunità di una eventuale estensione a ulteriori fattispecie.

Quanto alla sfera di concreta applicazione delle "misure premiali", previste (sul versante penale) dall'art. 25, co. 2, del Codice, è presumibile che la stessa si presenti particolarmente limitata, in ragione della esiguità delle soglie quantitative alle quali le stesse sono subordinate. Una rimodulazione di tali soglie, ovvero una diversa configurazione di dette misure non potrà però non tenere conto della particolare criticità dell'impiego in materia penale di meccanismi di premialità (che, se mal calibrati, possono trasformarsi in disposizioni criminogene).

L'attuale struttura dei reati fallimentari si pone poi in contrasto con i tempi, perché riferita a un contesto economico, quello degli anni Quaranta, drasticamente mutato e diverso da quello attuale.

È necessario che le nuove fattispecie incriminatrici siano orientate a una netta distinzione tra la necessità di punire l'imprenditore disonesto e quella di salvaguardare l'impresa come valore per la collettività, abbandonando l'arcaica concezione liquidatoria dell'impresa in crisi che, purtroppo, caratterizza l'attuale formulazione dei reati fallimentari. Occorre, in altri

⁽¹²⁾ In tale contesto, caratterizzato da rilevanti "margini di indeterminatezza derivanti dalla 'non stabilità' della disciplina sulla base della quale conformare le proprie scelte", è ragionevole prevedere che "di tali margini di ambiguità trarranno beneficio gli operatori meno scrupolosi, più pronti ad assumersi il rischio della sanzione penale" (F. Mucciarelli, *Risvolti penalistici del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: lineamenti generali*, in *Diritto penale e processo*, 9/2019, 1190 e ss.).



termini, un diritto penale fallimentare che privilegi l'azione recuperatoria dell'impresa.

Gli stessi principi dovrebbero trovare accoglimento con la necessaria eliminazione delle modifiche introdotte dal 2° comma dell'art. 378 del Codice, che ha stabilito una responsabilità risarcitoria presuntiva a contenuto fortemente sanzionatorio, in contraddizione con gli arresti della giurisprudenza di legittimità, consolidatisi su criteri coerenti con l'evoluzione del sistema economico finanziario, basati su precisi fattori di effettività e sulla rilevanza dei nessi causali.