amministrativ@mente

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com



Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Direzione scientifica
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile
Marco Cardilli

Redazione
Giuseppe Egidio Iacovino, Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 2/2019

estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009
ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Calonge Velázquez, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Enrico Carloni, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Gianfranco D'Alessio, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Luca Raffaello Perfetti, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Leonardo J. Sánchez-Mesa Martínez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Ambrogio De Siano, Manuel Delgado Iribarren, Giuseppe Doria, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Giovanni Martini, Gaetano Natullo, Marcin Princ, Giuliano Taglianetti, Ramón Terol Gómez, Salvatore Villani.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

Il nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: la continuità aziendale tra legislazione europea e nazionale

di Gabriella Mazzei

(Professore associato di Diritto privato comparato nella Università degli Studi di Roma Unitelma Sapienza - gabriella.mazzei@unitelmasapienza.it)

Sommario

1. Il processo di uniformazione del diritto della crisi d'impresa e dell'insolvenza e il modello statunitense del *Bankruptcy Code*. - 2. La *Model law on Cross-border Insolvency*. - 3. L'allineamento del legislatore europeo agli orientamenti statunitense e internazionale. - 4. L'affermazione del valore della continuità aziendale quale obiettivo di politica legislativa. - 5. Il nuovo Codice italiano della crisi d'impresa e dell'insolvenza: alcuni degli aspetti più rilevanti della disciplina tra obiettivi da perseguire e incoerenze da superare.

Abstract

The article, in its first section, traces the main stages in the standardization and harmonization process of the restructuring and insolvency law, which, analogous to other relevant sectors of Economics Law, has begun and has undoubtedly been influenced by the U.S.A. model, specifically represented in this sector by the Bankruptcy Code, and has since involved International, European, and now, somewhat delayed with respect to other European States, the Italian legal systems. The second section covers in more detail the going concern value, a concept proper to Corporate Economic Sciences, and now an integral part of the world of Law and an objective of legislative policies that, on a global level, guide the standardization and harmonization process. And in the third and final section, the article highlights some of the aims being pursued, some of the most significant aspects as well as some of the incoherences of the new Italian Code on restructuring and insolvency rules and procedures.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto a preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review*

ISSN 2036-7821

1. Il processo di uniformazione del diritto della crisi d'impresa e dell'insolvenza e il modello statunitense del *Bankruptcy Code*

Globalizzazione dei mercati e delocalizzazione dell'attività d'impresa fanno sì che i fenomeni della crisi d'impresa e dell'insolvenza assumano sempre più dimensione e implicazioni di carattere transnazionale.
Gli ordinamenti giuridici nazionali, compreso quello italiano, manifestano contraddizioni tendendo, da un lato, a privilegiare un controllo statale su base territoriale e a riconoscere con difficoltà le procedure d'insolvenza aperte in altri Stati e, dall'altro, a privilegiare una concezione "universalistica" delle procedure d'insolvenza interne, che coinvolgono tutti i beni del debitore ovunque localizzati[1].
Ne derivano incertezze e difficoltà dovute ai conflitti tra diverse giurisdizioni nazionali[2], al sovrapporsi delle relative procedure e al fenomeno del c.d. *forum shopping*, ossia il trasferimento di beni o procedimenti da uno Stato all'altro al fine di beneficiare del regime giuridico più vantaggioso.
È quindi ormai da tempo maturata e diffusa la consapevolezza della necessità di una disciplina uniforme sulla crisi d'impresa e l'insolvenza, che non può più essere considerata una questione interna ai singoli Stati.
In questo settore - non diversamente da altri e rilevanti settori del diritto dell'economia - il processo di uniformazione giuridica ha preso avvio ed è stato influenzato dal modello statunitense, rappresentato in questa materia dal *Bankruptcy Code*, una legge federale risalente agli anni Settanta del secolo scorso, precisamente al 1978 e successivamente modificata, che, riformando il previgente regime, ha introdotto una disciplina generale riguardante le imprese (tutte le imprese qualunque ne sia la forma giuridica e la dimensione), le persone fisiche non imprenditori ma anche comuni, città e servizi municipali, distretti fiscali e distretti scolastici nonché il coordinamento delle procedure in caso d'insolvenza transfrontaliera[3].

---

* L'articolo integra con le note bibliografiche il contenuto della relazione presentata al Convegno «*Le societa` cooperative nel nuovo Codice della crisi d'impresa*», Roma, 27 giugno 2019, organizzato da Sapienza Universita` di Roma con il patrocinio dell'ADDE – Associazione dei Docenti di Diritto dell'Economia.

[1] Cfr. M. SPIOTTA, *La continuità aziendale: una nuova "stella polare" per il legislatore*, in L. BOGGIO (a cura di), *UE e disciplina dell'insolvenza*, in *Giurisprudenza italiana*, I, 2018, p. 222 s.; I. QUEIROLO, *Le procedure d'insolvenza nella disciplina comunitaria. Modelli di riferimento e diritto interno*, Torino, 2007, p. 15 s.

[2] Sui conflitti di giurisdizione in questa materia cfr., per la giurisprudenza europea, Corte di Giustizia della Comunità Europea, sentenza del 2 maggio 2006, CGCE 2 maggio 2006, C 341/04, in *Guida dir.*, 2006, 20, p. 113; per la giurisprudenza nazionale, cfr. le sentenze della Corte di Cassazione: Cass. Civ., Sez. Un., 20 maggio 2005, n. 10606, in *Riv. dir. intern.*, 2005, p. 1137; Cass. Civ., Sez. Un., 18 maggio 2009, n. 11398, in *Giust. civ. mass.*, 2009, 5, p. 784; Cass. Civ., Sez. Un., 14 aprile 2008, n. 9743, in *Giust. civ. mass.*, 2008, 4, p. 571.

[3] Il *Bankruptcy Code*, reperibile in www.usbankruptcycode.org, si articola nei seguenti Capitoli: *Chapter* 1 – *General Provisions* (*Sections* 101-112); *Chapter* 3 – *Case Administration* (*Sections* 301-366); *Chapter* 5 – *Creditors, the*

ISSN 2036-7821

Alle imprese sono dedicati il *Chapter* 7 sulla procedura di liquidazione e il *Chapter* 11 sulla procedura di riorganizzazione. Quest'ultima rappresenta la più significativa novità introdotta dal *Bankruptcy Code*[4] ed è finalizzata a consentire alle imprese in difficoltà di superare la crisi attraverso la predisposizione, l'approvazione da parte dei creditori e l'omologazione da parte di un tribunale federale (nell'osservanza di specifiche regole procedurali, le *Federal Rules of Bankruptcy Procedure*[5]) di un piano di riorganizzazione idoneo a salvaguardare e a non disperdere il valore dell'impresa, che in tal modo può continuare la sua attività, il *going concern value*.

2. La *Model law on Cross-border Insolvency*

In ambito internazionale, circa vent'anni anni dopo, il modello statunitense è stato tenuto ben presente dalla *Model law on Cross-border Insolvency* definita dall'UNCITRAL nel 1997 e successivamente modificata, a cui nel 2004 ha fatto seguito una *Legislative Guide*, a sua volta successivamente modificata e integrata[6].
Fallito il tentativo di giungere a convenzioni vincolanti, la *Model law* opera su base volontaria, reca cioè un modello di disciplina uniforme non vincolante che i legislatori nazionali possono recepire con i dovuti adattamenti[7] e concerne il riconoscimento, in caso d'insolvenza transfrontaliera, delle procedure aperte in altri Stati, non solo quelle finalizzate alla liquidazione ma anche quelle volte alla riorganizzazione dell'impresa.

Debtor, and the Estate (*Sections* 501-562); *Chapter 7 – Liquidation* (*Sections* 701-784); *Chapter* 9 – *Adjustment of Debts of a Municipality* (*Sections* 901-946); *Chapter* 11 – *Reorganization* (*Sections* 1101-1174); *Chapter* 12 – *Adjustment of Debts of a Family Farmer or Fisherman with Regular Annual Income* (*Sections* 1201-1231); *Chapter* 13 – *Adjustment of debts of an individual with regular income* (*Sections* 1301-1330); *Chapter* 15 – *Ancillary and Other Cross Border Cases* (*Sections* 1501-1532). Sul tema cfr., per tutti,

[4] Cfr., per tutti, E. WARREN, J.L. WESTBROOK, *The Success of Chapter 11: A Challenge to the Critics*, in *Michigan Law Review*, 4, 2009, p. 603 ss. e la bibliografia *ivi* citata; C.G. CASE II, *A Short Summary of Chapter 11 of the United States Bankruptcy Code*, in *Nuovo dir. società*, 3/2010, p. 42 ss.; P. MANGANELLI, *Gestione delle crisi di impresa in Italia e negli Stati Uniti: due sistemi fallimentari a confronto*, in *Fallimento*, 2/2011, p. 129 ss.; ID., *Chapter 11 e Raccomandazione della Commissione del 12 marzo: un confronto*, in *Fallimento*, 10/2015, p. 1136 ss.; V. LENOCI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, 2010, p. 34 ss.; M. SCIUTO, *La classificazione dei creditori nel concordato preventivo (un'analisi comparatistica)*, in *Giur. comm.*, 2007, I, p. 577 ss.

[5] Reperibili su www.federalrulesofbankruptcyprocedure.org.

[6] *UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment and Interpretation*, reperibile nel suo testo aggiornato in www.uncitral.org.

[7] Cfr. G. LO CASCIO (a cura di), *Codice commentato del fallimento. Diritto europeo - normativa transfrontaliera - normativa tributaria - amministrazione straordinaria - sovraindebitamento*, Milano, 2017, p. 1943 ss.; P. DE CESARI, G. MONTELLA, *Il nuovo diritto europeo della crisi d'impresa. Il regolamento UE 2015/848 relativo alla procedura di insolvenza*, Torino, 2017, p. 3 e la dottrina *ivi* citata.

ISSN 2036-7821

La procedura aperta all'estero potrà essere riconosciuta come procedura principale (*main proceeding*) se è stata aperta in uno Stato in cui il debitore ha il centro dei suoi interessi principali (C.O.M.I., *Center Of Main Interests*) o come procedura secondaria (*no main proceeding*) se è stata aperta in uno Stato in cui il debitore ha un proprio *establishment*, da intendersi come ogni luogo di gestione in cui si svolge un'attività economica non transitoria con risorse umane, beni e/o servizi.
Tra gli effetti che derivano dal riconoscimento della procedura straniera vi sono la possibilità di accedere a informazioni relative ai beni del debitore e alle sue responsabilità, la nomina di un amministratore del patrimonio del debitore, la sospensione delle azioni dei creditori individuali nei confronti del debitore, il divieto per il debitore di vincolare i propri beni.
La *Model law* ha avuto un significativo seguito, essendo stata ad oggi recepita da ben 43 Paesi, tra i quali Stati Uniti, Regno Unito, Giappone, Australia.

3. L'allineamento del legislatore europeo ai modelli statunitense e internazionale

Il legislatore europeo si è posto in linea con il modello statunitense e internazionale.
Dopo la Convenzione del 23 novembre 1995 relativa alle procedure di insolvenza, a cui non è seguita alcuna ratifica, si è preferito attendere che i tempi fossero sufficientemente maturi per l'adozione di un atto direttamente vincolante per tutti gli Stati membri.
Si è così giunti nel 2000 all'adozione del primo Regolamento europeo relativo alle procedure di insolvenza[8], sostituito nel 2015 da un nuovo Regolamento[9], che

[8] Vedi il Regolamento (CE) n. 1346/2000 del Consiglio, del 29 maggio 2000, relativo alle procedure di insolvenza, in GU L 160, 30.6.2000, p. 1 ss. Il Regolamento europeo 1346 del 2000 sull'insolvenza transfrontaliera si è posto in linea con l'*UNCITRAL Model Law*, così che «i due testi venivano a rappresentare ormai a livello planetario un *common core* assolutamente imprescindibile per qualsiasi legislazione nazionale in materia di insolvenza transnazionale che ambisca a interagire seriamente e proficuamente con il resto del mondo» (P. DE CESARI, G. MONTELLA, *Il nuovo diritto europeo della crisi d'impresa. Il regolamento UE 2015/848 relativo alla procedura di insolvenza*, Torino, 2017, p. 3). Cfr. G. CHERUBINI, *La guida operativa relativa alle procedure d'insolvenza transnazionali disciplinate dal Regolamento UE 1346/2000 ed il protocollo d'intesa sottoscritto tra professionisti italiani e francesi: prime riflessioni*, in *Rass. for.* n. 2/2010, p. 283 ss.

[9] Vedi il Regolamento (UE) 2015/848 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2015, relativo alle procedure di insolvenza, in GU L 141, 5.6.2015, p. 19 ss. Cfr. Z. CRESPI REGHIZZI, *La disciplina della giurisdizione in materia di insolvenza: il Reg. UE n. 2015/848*, in *Giur. it.*, 2018, I, p. 261 ss.; L. BOGGIO, *Il nuovo diritto UE in materia di insolvenza e di pre-insolvenza*, in *Giur. it.*, 2018, I, p. 222 ss.; P. DE CESARI, G. MONTELLA, *Il nuovo diritto europeo della crisi d'impresa. Il regolamento UE 2015/848 relativo alla procedura di insolvenza*, Torino, 2017; G. CORNO, S. BARIATTI, *Il regolamento (UE) 2015/848 sulle procedure di insolvenza*, Milano, 2016; G. MONTELLA, *Problemi di applicazione del Reg. n. 1346/2000 e soluzioni del nuovo Reg. n. 848/2015*, in A. JORIO (a cura di), *Fallimento e concordato fallimentare*, I, Torino, 2016, p. 541 ss.; A. LEANDRO, *Le procedure concorsuali transfrontaliere*, in *Trattato delle procedure concorsuali*

ISSN 2036-7821

è stato preceduto da una Raccomandazione della Commissione con cui gli Stati membri sono stati invitati ad una maggiore armonizzazione delle rispettive discipline concorsuali e, in modo particolare, a favorire la precoce emersione dei sintomi di crisi così da poter rendere più efficaci le procedure di ristrutturazione dell'impresa[10] e seguito da una proposta di Direttiva europea[11], che, considerata la difficoltà di un'armonizzazione completa delle legislazioni concorsuali nazionali, mira ad armonizzare le norme ritenute più importanti, tra le quali quelle sull'*early warning*, ossia sugli strumenti di allerta precoce, idonei ad individuare precocemente i sintomi della crisi, a segnalare la necessità di adottare con urgenza idonei rimedi, rendendo così più efficaci le procedure di riorganizzazione e risanamento dell'impresa in crisi.

4. L'affermazione del valore della continuità aziendale quale obiettivo di politica legislativa

Da tali processi di armonizzazione è derivata, in primo luogo, una più moderna concezione dell'insolvenza, non più considerata una condotta di per sé illecita, connotata da una sorta di intrinseco disvalore sociale e giuridico. Da qui il superamento dell'idea del fallimento come procedura "sanzionatoria" nei confronti di un imprenditore "immeritevole".
Ne è derivato, inoltre, il carattere trasversale dell'obiettivo di prevenire un peggioramento della crisi, riferito ormai a tutti gli imprenditori, anche quelli finora non assoggettabili a fallimento, nonché ai consumatori, ai professionisti e ai debitori civili in genere.

---

diretto da A. Jorio e B. Sassani, Milano, 2016, IV, p. 740 ss.; P. De Cesari, *Il Regolamento 2015/848 e il nuovo approccio europeo alla crisi d'impresa*, in *Fallimento*, 10/2015, p. 1026 ss.; C. Pasini, *La relazione della Commissione sull'applicazione del Regolamento (CE) n. 1346 del 2000: prospettive di riforma*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 693 ss.

[10] Vedi la Raccomandazione della Commissione 2014/135/UE, del 12 marzo 2014, su un nuovo approccio al fallimento delle imprese e all'insolvenza, testo rilevante ai fini del SEE, in GU L 74, 14.3.2014, p. 65 ss. Cfr., tra gli altri, G. Lo Cascio, *Il rischio d'insolvenza nell'attuale concezione della Commissione europea*, in *Fallimento*, 7/2014, p. 733 ss.; contributi vari in *Fallimento*, fascicolo monografico 10/2015; S. Pacchi, *La Raccomandazione della Commissione UE su un nuovo approccio all'insolvenza anche alla luce di una prima lettura del Regolamento UE n. 848/2015 sulle procedure d'insolvenza*, in *Giust. civ.*, 3/2015, p. 537 ss..

[11] Vedi la Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, la seconda opportunità e misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza e liberazione dai debiti, e che modifica la direttiva 2012/30/UE (COM(2016) 723 final). Cfr. L. Stanghellini, *La proposta di Direttiva UE in materia di insolvenza*, in *Fallimento*, 8-9/2017, p. 873 ss.; L. Panzani, *La proposta di direttiva della Commissione UE: early warning, ristrutturazione e seconda chance*, in *Fallimento*, 2/2017, 129 ss.; G. Lo Cascio, *Le procedure di crisi delle imprese: una riforma internazionale e interna senza fine*, in *Fallimento*, 5/2017, p. 501 ss.; A. Nigro, *La proposta di direttiva comunitaria in materia di disciplina della crisi delle imprese*, in *Riv. dir. comm.*, 2/2017, I, p. 201 ss.; N. Tollenaar, *The EU Proposals; Good, but they could have been better*, in *Global Turnaround*, November 2016, p. 5 ss.; H. Eidemuller, K. Van Zwieten, *The Future of Restructuring Law in Europe: Greater Harmonisation, but at What Cost?*, Oxford Law Blog, 13 dicembre 2016.

ISSN 2036-7821

Ma soprattutto ne è derivata l'affermazione del valore della continuità aziendale, un valore da preservare il più possibile e per quanto possibile. La continuità aziendale (il *going concern*, la *continuité de l'exploitation*) è una nozione propria delle scienze economico-aziendali[12] a conferma dell'importanza e della necessità di un approccio interdisciplinare, giuridico ed economico-aziendale, ai fini di un'efficace risposta al fenomeno della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Una nozione ormai pienamente entrata nel mondo del diritto a cui non solo il legislatore, ma anche la dottrina[13] e la giurisprudenza[14] fanno consapevolmente riferimento.

Si è dunque affermata e diffusa la consapevolezza della necessità di salvaguardare il valore residuo dell'azienda, di non disperderlo in procedure liquidatorie, di favorire forme di riorganizzazione e risanamento dell'impresa in crisi prima che divenga irreversibilmente insolvente, di consentire allo stesso imprenditore di continuare l'attività d'impresa rimettendosi in gioco, di non perdere posti di lavoro e di non disperdere il valore degli *intangibles*, al fine ultimo di tutelare più efficacemente i creditori, gli investitori nonché tutti gli *stakeholders*, con effetti positivi sull'intero sistema economico.

Nella legislazione europea la salvaguardia della continuità aziendale è diventata un preciso obiettivo di politica legislativa[15], «menzionato timidamente dalla Raccomandazione 135/2014, entrato prepotentemente nel Regolamento n. 848/2015 e perseguito quasi con ossessione dalla proposta di Direttiva del 2016»[16].

Emerge, dunque, a livello internazionale ed europeo, un processo di uniformazione del diritto[17] della crisi d'impresa sempre più orientato verso

[12] Una nozione ricavabile dai principi contabili nazionali e internazionali, relativa alla valutazione prognostica della capacità dell'impresa di far fronte alle proprie passività durante il normale svolgimento dell'attività economica.

[13] Cfr. F. PACILEO, *Continuità e solvenza nella crisi d'impresa*, Milano, 2017; M. SPIOTTA, *Continuità aziendale e doveri degli organi sociali*, Milano, 2017; M. MAFFEI, *Il principio della continuità aziendale e il controllo della sua corretta applicazione*, Torino, 2017; S. DE MATTEIS, *L'emersione anticipata della crisi d'impresa. Modelli attuali e prospettive di sviluppo*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, 2017; A. LUCIANO, *La gestione della s.p.a. nella crisi pre-concorsuale*, Milano, 2016; F. BRIZZI, *Doveri degli amministratori e tutela dei creditori nel diritto societario della crisi*, Torino, 2015.

[14] Cfr. M. SPIOTTA, *Continuità aziendale. Una nuova ratio decidendi: il going concern, nota a Trib. Milano 6 luglio 2016*, in *Giur. it.*, 2017, p. 403; M. FAGGIANO, *Accertamento giudiziale dell'assenza del presupposto della continuità aziendale*, in *Società*, 3/2017, p. 299 ss.

[15] Cfr. L. CALVOSA, *Le principali novità della riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza. Relazione introduttiva*, in L. CALVOSA, (a cura di), *Crisi di impresa e insolvenza. Prospettive di riforma*, Pisa, 2017, p. 18 ss.

[16] Così M. SPIOTTA, *La continuità aziendale: una nuova "stella polare" per il legislatore*, in L. BOGGIO (a cura di), *UE e disciplina dell'insolvenza*, in *Giur. it.*, I, 2018, p. 265.

[17] Sulla necessità di processi di uniformazione del diritto che non impongano dall'esterno l'una o l'altra soluzione giuridica in nome di una presunta superiorità, prescindendo dalle specificità degli ordinamenti nazionali e sulla necessità di perseguire l'uniformità preservando il pluralismo al fine di non ostacolare future

ISSN 2036-7821

l'obiettivo della salvaguardia della continuità aziendale e del risanamento dell'impresa.

5. Il nuovo Codice italiano della crisi d'impresa e dell'insolvenza: alcuni degli aspetti più rilevanti della disciplina tra obiettivi da perseguire e incoerenze da superare

Dall'ordinamento statunitense a quello internazionale passando per quello europeo, il processo di uniformazione raggiunge (con un certo ritardo rispetto ad altri Stati membri dell'Unione europea) anche l'ordinamento giuridico italiano, in cui nel 2019[18] è stato approvato il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, dopo diversi interventi legislativi di riforma parziale della disciplina delle procedure concorsuali adottati a partire dal 2005[19] e volti a contemperare tutela efficace dei creditori e risanamento dell'impresa in crisi.
Il nuovo Codice recepisce gli orientamenti internazionali ed europei[20] e reca nei suoi ben 391 articoli una disciplina generale, organica e sistematica che riforma le previgenti normative concorsuali, sostituendo integralmente la legge fallimentare del 1942[21] e la legge sul sovraindebitamento del 2012[22] e apportando

evoluzioni del diritto, incentivate proprio dalla competizione tra diversi modelli culturali e giuridici che, nella loro varietà, consentono di attingere a ciò che di meglio l'ingegno umano ha ideato, cfr. per tutti R. SACCO, *Circolazione e mutazione dei modelli giuridici*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, diretto da R. Sacco, IV ed., Torino, 1988, vol. II, p. 365 ss.; R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, in *Trattato di diritto comparato* diretto da R. SACCO, Torino, 1992, p. 10 ss.; A. GAMBARO, R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, in *Trattato di diritto comparato* diretto da R. SACCO, Torino, p. 26 ss; M.J. BONELL, *Comparazione giuridica e unificazione del diritto*, in AA.VV., *Diritto Privato Comparato. Istituti e problemi*, Roma, 2004, p. 3 ss.; S. RODOTÀ, *Diritto, diritti, globalizzazione*, in *Riv. giur. lav.*, 2000, I, p. 750 ss.; V.G. CURRAN, *Romantic Common Law, Enlightened Civil Law: Legal Uniformity and the Homogenization of the European Union*, in *Columbia J. Eur. L.*, 7, 2001, p. 63 ss.

[18] Con il Decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, in GU n. 38 del 14 febbraio 2019.

[19] Tra i quali basterà menzionare il Decreto legge 14 marzo 2005, n. 35, convertito in Legge 14 maggio 2005, n. 80 che ha riformato il concordato preventivo e ha introdotto gli accordi di ristrutturazione dei debiti; il Decreto legislativo 9 gennaio 2006, n. 5 che ha significativamente innovato la disciplina del fallimento e ha eliminato l'amministrazione controllata; il Decreto legislativo 12 settembre 2007, n. 169 che ha apportato modifiche alle precedenti riforme; il Decreto legge 22 giugno 2012, n. 83, convertito in legge 7 agosto 2012, n. 134 che ha riformato il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti.

[20] La Legge 19 ottobre 2017, n. 155, recante delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza, in GU n. 254 del 30 ottobre 2017, invita espressamente il Governo a tener conto, nell'esercizio della delega, della normativa dell'Unione europea nonché dei principi della *Model Law* dell'UNCITRAL.

Sul disegno di Legge delega e l'allineamento dell'ordinamento italiano alle indicazioni del legislatore europeo, cfr., tra gli altri, P. VELLA, *La riforma organica delle procedure concorsuali: un nuovo approccio in linea con le indicazioni dell'UE*, in *Società*, 2016, p. 734 ss.; P. DE CESARI, *Riforma Rordorf e sollecitazioni europee: le parallele cominciano a convergere*, in *Fallimento*, 10/2016, p. 1143 ss.

[21] Vedi il Regio Decreto del 16 marzo 1942, n. 267, in GU n. 81 del 6 aprile 1942.

[22] Vedi la Legge 27 gennaio 2012, n. 3, in GU n. 24 del 30 gennaio 2012.

ISSN 2036-7821

alcune modifiche e integrazioni al Codice civile, volte principalmente ad un migliore coordinamento tra la normativa societaria e quella concorsuale.
Da precisare, tuttavia, che la normativa europea sulla crisi d'impresa trovava qualche riscontro nella legislazione italiana già prima dell'approvazione Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Il riferimento è al Testo unico bancario[23], che all'art. 69-*quater*, inserito nel 2015[24], prescrive, in caso di significativo deterioramento della situazione patrimoniale e finanziaria di una banca, l'adozione di un piano di risanamento individuale che preveda misure volte al suo riequilibrio, nonché al più recente Testo unico sulle società a partecipazione pubblica del 2016, che prevede un sistema di allerta e prevenzione[25].
Basterà ai nostri fini analizzare alcuni tra i principali obiettivi perseguiti e tra gli aspetti più rilevanti della nuova disciplina introdotta con il Codice della crisi dell'impresa e dell'insolvenza, non senza porre in evidenza alcune incoerenze e alcuni limiti del nuovo regime.
Coerentemente con la moderna concezione dell'insolvenza e analogamente a quanto già fatto in altri ordinamenti giuridici europei, nel nuovo Codice sono state eliminare le parole "fallimento", "fallito" e quelle da esse derivate.
Data la sua organicità e sistematicità, il nuovo Codice reca nella prima parte un insieme di principi generali volti ad orientare l'interpretazione di tutte le disposizioni specifiche, tra le quali anche quelle sul sovraindebitamento riguardanti i professionisti, i consumatori e gli imprenditori minori non assoggettati a liquidazione giudiziale (ex fallimento). Sono, inoltre, dettati principi di carattere processuale al fine di delineare un modello processuale unitario valido, salvo le necessarie differenze, sia per le procedure liquidatorie, sia per la procedura di soluzione negoziata della crisi, consentendone anche il concorso[26].
La salvaguardia della continuità aziendale assume decisamente una posizione di centralità nel nuovo Codice della crisi d'impresa[27] ed è espressamente qualificata dall'articolo 316 come "interesse pubblico", sebbene sia inteso non in senso

[23] Vedi il Decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385 e successive modifiche e integrazioni, recante il Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, in GU n. 230 del 30 settembre 1993.
[24] Dall'articolo 1, comma 12 del Decreto legislativo 16 novembre 2015, n. 181.
[25] Vedi gli articoli 6 e 14 del Decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, recante il Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, in GU n. 210 dell'8 settembre 2016.
[26] Cfr. R. RORDORF, *Prime osservazioni sul codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Contratti*, 2/2019, p. 129 ss.
[27] È quanto emerge chiaramente dall'articolo 3 del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, che individua la «finalità delle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza» in quella di «favorire il superamento della crisi assicurando la continuità aziendale, anche attraverso la rilevazione tempestiva della crisi medesima, in vista di soluzioni concordate con tutti o parte dei creditori, ovvero, in difetto, il proficuo avvio di una procedura liquidatoria.».

ISSN 2036-7821

assoluto, ma come scopo-mezzo in vista della migliore realizzazione dell'interesse dei creditori[28].

Sono molte le disposizioni espressamente o implicitamente finalizzate alla salvaguardia della continuità aziendale. Tra quelle di maggiore interesse, le disposizioni che introducono anche nel nostro ordinamento gli istituti dell'allerta e della composizione assistita della crisi[29], quelle disposizioni che - esplicitando principi già presenti nel nostro sistema[30] - introducono nel Codice civile l'obbligo dell'imprenditore, sia individuale che collettivo, di assumere le obbligazioni in modo prudente e proporzionato alle proprie capacità patrimoniali, di definire assetti amministrativi, organizzativi e contabili adeguati alla rilevazione tempestiva dello stato di crisi nonché di adottare senza indugio rimedi, tra quelli offerti dall'ordinamento, idonei al suo superamento[31].

L'auspicio è che il nuovo Codice della crisi d'impresa riesca ad invertire l'andamento dei risultati non soddisfacenti ottenuti in molti anni di applicazione delle tradizionali procedure concorsuali, dalla cui esperienza «emerge un quadro allarmante sull'incapacità delle imprese italiane – per lo più medie o piccole imprese - di promuovere autonomamente processi di ristrutturazione precoce, per una serie di fattori che ne riducono la competitività»[32] tra i quali la debolezza degli assetti organizzativi spesso carenti di adeguati strumenti di programmazione e monitoraggio, ma anche l'atteggiamento diffuso degli

---

[28] Cfr. A. ROSSI, *Il miglior soddisfacimento dei creditori (quattro tesi)*, in *Fallimento*, 6/2017, p. 637 ss.

[29] Vedi il Titolo II del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza.

[30] Vedi gli articoli 2381 e 2497 del Codice civile e gli articoli 6 e 14 del Testo unico sulle società a partecipazione pubblica.

[31] Vedi l'articolo 4 del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, su «Diritti ed obblighi del debitore», che ai primi due commi dispone testualmente: «1. Il debitore deve assumere le obbligazioni in modo prudente e proporzionato alle proprie capacità patrimoniali. 2. L'imprenditore individuale deve adottare misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi e assumere senza indugio le iniziative necessarie a farvi fronte.». Vedi anche l'articolo 375 del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, su «Assetti organizzativi dell'impresa», che ha aggiunto all'articolo 2086 del Codice civile il seguente secondo comma: «L'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuita` aziendale, nonche´ di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuita` aziendale». Vedi, infine, l'articolo 377 del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, che ha introdotto le conseguenti modifiche agli articoli 2257, 2380-*bis*, 2409-*novies* e 2475 del codice civile.

Cfr., tra gli altri, V. DESENSI, *Adeguati assetti organizzativi e continuità aziendale: profili di responsabilità gestoria*, in *Riv. società*, 2017, p. 311 ss.; O. CAGNASSO, *Profili di diritto societario della crisi nell'ambito della riforma fallimentare*, in *Nuovo dir. società*, 9/2017, p. 997 ss.; M. IRRERA (a cura di), *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, Bologna, 2016. Sul previgente regime, cfr., tra gli altri, P. MONTALENTI, *La gestione dell'impresa di fronte alla crisi tra diritto societario e diritto concorsuale*, in *Riv. dir. soc.*, 2011, p. 820 ss.; U. TOMBARI (a cura di), *Diritto societario e crisi d'impresa*, Torino, 2014.

[32] Così nella Relazione del Presidente della Commissione Rurdorf del 29 dicembre 2015 allo schema di Legge delega per la riforma delle procedure concorsuali, in *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, Trattato diretto da O. Cagnasso e L. Panzani, Torino, I, 2016, p. 4593 ss.

ISSN 2036-7821

imprenditori che tendono ad evitare e a procrastinare il più possibile il ricorso alle procedure concorsuali fino a rendere irreversibile lo stato di crisi e vano ogni tentativo di superamento.

Da qui l'importanza di promuovere la cultura del salvataggio dell'impresa in crisi. Considerata la complessità della materia relativa alla gestione della crisi d'impresa e dell'insolvenza e l'interdisciplinarietà che la connota per via della stretta connessione tra profili giuridici e profili economico-aziendali, precondizione per ogni buon esito sarà un adeguato livello di consapevolezza da parte degli imprenditori e degli altri debitori sulle maggiori opportunità offerte dai nuovi strumenti dell'allerta e della composizione assistita della crisi e sulla necessità di un più elevato grado di responsabilità, nonché un adeguato livello di formazione specialistica e di aggiornamento da parte dei professionisti chiamati ad assistere gli imprenditori, gli altri debitori in crisi, i creditori e da parte dei magistrati dei tribunali chiamati ad applicare la nuova disciplina.

Il nuovo Codice rappresenta senz'altro un importante passo in avanti nell'ammodernamento del nostro sistema concorsuale ma non mancano incompletezze, incoerenze e lacune su cui si dovrà continuare a lavorare[33].

Basterà accennare al fatto che nel corso dell'iter parlamentare di approvazione della legge delega dalla riforma è stata stralciata la procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza[34] e ciò senza dubbio inficia la completezza di una riforma che ambisce ad essere generale.

Inoltre, nonostante le indicazioni del legislatore europeo, che ha sottolineato l'importanza di limitare l'intervento dell'autorità giudiziaria o amministrativa «ai casi in cui è necessaria e proporzionata alla salvaguardia dei diritti delle parti interessate»[35], e quindi di privilegiare il carattere stragiudiziale e riservato dei nuovi istituti dell'allerta e della composizione assistita della crisi, il legislatore italiano - se ha opportunamente istituito gli organismi di composizione assistita della crisi delle imprese non presso i tribunali ma presso le camere di commercio e introdotto obblighi di riservatezza - ha però anche previsto l'obbligo, in caso di

[33] Cfr. R. RORDORF, *Prime osservazioni sul codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Contratti*, 2/2019, p. 129 ss.

[34] La procedura dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza è stata introdotta con Decreto legge 30 gennaio 1979, n. 26, convertito in Legge 3 aprile 1979, n. 95, in GU n. 94 del 04 aprile 1979, e riformata dal Decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270, in GU n. 185 del 9 agosto 1999. Ad essa si è successivamente aggiunta una procedura di amministrazione straordinaria speciale per le imprese di maggiori dimensioni, introdotta dal Decreto legge 23 dicembre 2003, n. 347, in GU n. 298 del 24 dicembre 2003, convertito in Legge 18 febbraio 2004, n. 39 e successive modifiche.

[35] Vedi il considerando 18 e l'articolo 4 della proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, la seconda opportunità e misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza e liberazione dai debiti, e che modifica la Direttiva 2012/30/UE (COM(2016)723).

ISSN 2036-7821

esito negativo della composizione assistita, di darne notizia al pubblico ministero per eventuali iniziative di sua competenza. Appare evidente che l'eventualità dell'instaurarsi di una procedura giudiziale potrebbe in molti casi scoraggiare l'imprenditore in crisi dal ricorrere ai nuovi istituti dell'allerta e della composizione assistita della crisi[36].

Da porre in evidenza, infine, che il nuovo Codice della crisi d'impresa non ha dato attuazione ad alcuni dei molti (oltre un centinaio) criteri direttivi enunciati nella Legge delega. In particolare, è rimasto inattuato il criterio che prevede l'applicazione della disciplina concorsuale ordinaria anche alle imprese attualmente soggette a liquidazione coatta amministrativa[37]; tale criterio direttivo non riguarda le imprese che svolgono attività bancaria, di intermediazione finanziaria e assicurativa, che sono escluse dall'ambito di applicazione della riforma e per le quali rimangono in vigore le relative leggi speciali[38].

Discostandosi dalle indicazioni del legislatore delegante, il nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, anziché modificare la disciplina della liquidazione coatta amministrativa contenuta nell'ormai abrogata legge fallimentare, l'ha sostanzialmente replicata, con qualche minima modifica di adattamento terminologico e di coordinamento al nuovo regime, dando attuazione al solo criterio direttivo che attribuisce alle autorità governative di vigilanza particolari competenze in tema di allerta e composizione assistita della crisi nonché la legittimazione a proporre domanda di apertura della procedura di liquidazione giudiziale.

Se il Governo avesse dato piena attuazione a tali criteri direttivi, per le società cooperative che svolgono attività commerciale ne sarebbe derivato il superamento dell'alternativa che il Codice prevede, in caso di insolvenza, tra la procedura di liquidazione coatta amministrativa e la procedura di liquidazione giudiziale (ex fallimento)[39].

---

[36] Cfr. R. RORDORF, *Prime osservazioni sul codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Contratti*, 2/2019, p. 129 ss.

[37] Si tratta, come noto, di una procedura amministrativa prevista per determinate categorie di imprese, non necessariamente commerciali, che svolgono attività di particolare rilievo economico e sociale e che sono pertanto sottoposte a vigilanza governativa, tra le quali le società cooperative; tipica manifestazione del potere di controllo pubblico sull'attività economica, la liquidazione coatta amministrativa può essere disposta dall'autorità governativa anche per cause diverse dall'insolvenza, come per gravi irregolarità di gestione, per violazione di norme di legge o regolamentari o per non conformità dell'attività esercitata all'interesse pubblico.

[38] Vedi l'articolo 15 della Legge delega 19 ottobre 2017, n. 155. Sui contenuti della Legge delega, cfr. M. CAVALLARO, *La legge delega di riforma delle procedure concorsuali*, Milano, 2018; F. DI MARZIO, *La riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Osservazioni sulla legge delega (l. n. 155/2017)*, Milano, 2018; M. FABIANI, *Diritto della crisi e dell'insolvenza. Aggiornato alla l. 19 ottobre 2017, n. 155*, Bologna, 2017; G. MINUTOLI, *La crisi d'impresa e la sua gestione tra presente e futuro*, Milano, 2017; D'ATTORRE, *Prime riflessioni sulla delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Riv. società*, 2-3/2017, p. 518 ss.

[39] Vedi l'art. 2545-*terdecies* del Codice civile.

ISSN 2036-7821

Questa scelta del Governo solleva perplessità non solo sul piano della legittimità costituzionale per via del mancato rispetto del criterio enunciato nella Legge delega, ma anche sul piano della conformità alla disciplina sulla concorrenza, trattandosi di una disciplina generale che consente l'alternativa tra procedura amministrativa e procedura giudiziaria ad imprese operanti sul mercato in regime di concorrenza con altre imprese per le quali, in presenza dei medesimi presupposti, un'analoga alternativa non è invece prevista.
Infine, per quanto riguarda in particolare le società cooperative, emerge tutta la problematicità di un'appropriata applicazione della nuova disciplina sulla crisi d'impresa a questa particolare tipologia di società, la cui complessa e articolata disciplina, generale e speciale, è, come noto, improntata al principio di solidarietà mutualistica, a cui il nostro ordinamento riconosce rilevanza costituzionale affidando alla Legge il compito di promuovere e favorire il fenomeno cooperativo, assicurandone caratteri e finalità[40].

[40] Vedi l'articolo 45 della Costituzione.

ISSN 2036-7821