

Capitolo Primo

LA PREVENZIONE DELLA CRISI: UN PRESUPPOSTO COMUNE

SOMMARIO: 1. Il quadro di sistema. – 2. La prevenzione della crisi nelle società pubbliche: cenni. – 3. L'allerta nel Codice della crisi. – 4. La prevenzione della crisi quale presupposto comune: limiti. – 5. Il piano della ricerca.

1. Il quadro di sistema

L'introduzione nel testo unico bancario (di seguito t.u.b.) – su impulso del legislatore europeo – del complesso di norme dedicato agli accordi di sostegno finanziario infragruppo bancario (artt. 69-*duodecies*-69-*septiesdecies*) ha destato, tra gli interpreti, meno clamore di quanto, con buona probabilità, era lecito attendersi, specie considerando le (non trascurabili) deroghe al diritto societario e alla legge fallimentare che vengono con esso introdotte⁽¹⁾.

Per cogliere appieno la portata sistematica delle nuove disposizioni occorre preliminarmente soffermarsi sul complessivo intervento rifor-

⁽¹⁾La portata derogatoria delle nuove disposizioni (su cui si tornerà nel dettaglio nel Cap. III) avrebbe dovuto, difatti, legittimamente suscitare un maggior interesse da parte della dottrina, specie al fine di farne discendere possibili ricadute di carattere sistematico. In ogni caso, di recente per l'utilizzo della disciplina in discorso al fine di ricavare, a livello generale, l'interesse della controllata *in bonis* ad una sistemazione ordinata della crisi che abbia colpito altre entità del gruppo cfr. MAUGERI, *Gruppo insolvente e competenza territoriale*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2018, II, 222 ss., spec. nota 38.

matore che ha riguardato il Titolo IV del t.u.b. In esso si ritrova una disciplina (piuttosto) organica delle misure preparatorie e di intervento precoce in corrispondenza della crisi del singolo intermediario o del gruppo bancario.

È noto che – per effetto della direttiva BRRD⁽²⁾ e del suo successivo recepimento per mano del d.lgs. 16 novembre 2015, n. 181 – anche il nostro sistema ordinamentale si è adeguato ad una prospettiva di intervento *ex ante* sulla crisi della banca o di altri intermediari (anche del gruppo bancario)⁽³⁾ mediante la predisposizione di un piano di risanamento (art. 69-*quater*) o piano di risanamento di gruppo (art. 69-*quinquies*), “relegando”, anche in conseguenza del meccanismo del c.d. *bail-in*⁽⁴⁾, la risoluzione (e le altre procedure)

⁽²⁾ Trattasi della direttiva 2014/59/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 maggio 2014 «che istituisce un quadro di risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento e che modifica la direttiva 82/891/CEE del Consiglio, e le direttive 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE e 2013/36/UE e i regolamenti (UE) n. 1093/2010 e (UE) n. 648/2012, del Parlamento europeo e del Consiglio».

⁽³⁾ Sul punto, cfr. STANGHELLINI, *La disciplina delle crisi bancarie: la prospettiva europea*, in Atti del Convegno “*Dal Testo unico bancario all’Unione bancaria: tecniche normative e allocazione dei poteri*”, Roma, 2014, 149 ss., spec. 157.

⁽⁴⁾ In generale sul tema v., tra gli altri, GARDELLA, *Il bail-in e il finanziamento delle risoluzioni bancarie nel contesto del meccanismo di risoluzione unico*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2015, 587 ss.; PRESTI, *Il bail-in*, in *Banca Impresa Società*, 2015, 339 ss.; INZITARI, *BRRD, Bail in, risoluzione della banca in dissesto, condivisione concorsuale delle perdite (d.lgs. n. 180 del 2015)*, in *Dir. fall.*, 2016, I, 629 ss.; SEMERARO, *Rischio d’impresa bancaria e discipline recenti*, in *Giust. civ.*, 2016, 849 ss.; STANGHELLINI, *Risoluzione, bail-in e liquidazione coatta: il processo decisionale*, in *Anal. giur. econ.*, 2016, 567 ss.; BLANDINI, *How to overcome crisis (and oneself) without getting overcome: la fiducia e il bail-in dal punto di vista del creditore*, in *Rivista ODC*, 2017, 17 ss.; BOCCUZZI-DE LISA, *Does Bail-in Definitely Rule out Bailout*, in *Journal of Financial Management Markey and Institutions*, 2017, 93 ss.; CAPRIGLIONE, *La nuova gestione delle crisi bancarie tra complessità normativa e logiche di mercato*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2017, 102 ss.; SANDEI, *Il bail-in tra diritto dell’insolvenza e diritto dell’impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 880 ss.; SPERANZIN, voce “*Bail-in (e condivisione degli oneri)*”, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, 2017; AMORELLO, *Bail-in or Bail-out? A survey on the ECB’s of “bank-loss-absorber of last*

dell'intermediario⁽⁵⁾ ad una sorta di *extrema ratio*.

Sta di fatto che il singolo ente creditizio – nella specie, il suo organo amministrativo⁽⁶⁾ – ha l'obbligo di predisporre «un piano di risanamento individuale che preveda l'adozione di misure volte al riequilibrio della situazione patrimoniale e finanziaria in caso di suo significativo deterioramento»; analogamente, la capogruppo italiana di un gruppo bancario (precisamente, il suo organo amministrativo) è tenuta a dotarsi di «un piano di risanamento di gruppo che individua misure coordinate e coerenti da attuare per sé, per ogni società del gruppo e, se di interesse non trascurabile per il risanamento del gruppo, per le

resort”, in *Dir. comm. inter.*, 2018, 397 ss.; MIGLIONICO, *The precautionary recapitalisation of failing banks: the undefined distinction between G-SIBs and D-SIBs*, in *Contr. impresa/Europa*, 2018, 290 ss.; LENER, *Il bail-in. L'ambito applicativo*, in *La gestione delle crisi bancarie. Strumenti, processi, implicazioni nei rapporti con la clientela*, a cura di Troiano-Uda, Padova, 2018, 277 ss.; ROMAGNO, *Considerazioni in tema di principi e obiettivi della direttiva 2014/59/UE (Bank Recovery and Resolution Directive) in raffronto con d.lgs. n. 180/2015*, in *Eur. dir. priv.*, 2019, 249 ss.; nella letteratura straniera LEHMANN, *Bail-in and private international law: how to make bank resolution measures effective across borders*, in *International & Comparative Law Quarterly*, 2017, 107 ss.

⁽⁵⁾Invero, com'è stato notato (v., tra gli altri, RULLI, “Dissesto”, “risoluzione” e capitale nelle banche in crisi, Relazione presentata al VII Convegno annuale dell'Associazione “Orizzonti del Diritto Commerciale”, Roma 26-27 febbraio 2016, 7 del dattiloscritto, e ora ID., *Contributo allo studio della disciplina della risoluzione bancaria. L'armonizzazione europea del diritto delle crisi bancarie*, Torino, 2017, 27 ss.), della risoluzione manca una vera e propria definizione. In termini generali, può dirsi che il piano di risoluzione individua quelle azioni che l'Autorità di risoluzione può adottare in una logica *ex post*, ovvero quando il dissesto dell'intermediario è in atto (per la definizione dei presupposti per l'apertura della procedura di risoluzione v. art. 17, d.lgs. n. 180/2015).

⁽⁶⁾Come osservato da BENTIVEGNA-DE POLIS, Sub art. 69-querter, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da Capriglione, tomo II, Padova, 2018, 853 ss., spec. 857, la nozione di organo amministrativo non risulta definita direttamente dal t.u.b., rinvenendosene una più puntuale all'interno del d.lgs. n. 180/2015, ove viene definito come «l'organo o gli organi di una società cui è conferito il potere di stabilire gli indirizzi strategici, gli obiettivi e la direzione generale, che supervisionano e monitorano le decisioni della dirigenza e comprendono le persone che dirigono di fatto la società» (art. 1, lett. oo).

società italiane e estere incluse nella vigilanza consolidata indicate nell'art. 69-ter, comma 1, lett. c)»⁽⁷⁾.

I piani in discorso sono così destinati ad assumere un duplice impatto: (a) sugli assetti organizzativi e di governo aziendale, nonché sull'articolazione strutturale ed operativa della banca o del gruppo bancario, nella misura in cui rendono indispensabile un adeguamento delle strutture aziendali già in una fase fisiologica, di modo che quelle strategie di risanamento – i c.d. *recovery plans* – possano adeguatamente trovare attuazione a fronte dell'insorgenza della crisi; e (b) sulla funzione di *risk management*, laddove integrano quegli strumenti di vigilanza e di prevenzione della crisi di cui ogni intermediario è comunque dotato⁽⁸⁾.

In tale prospettiva, si delinea un “sistema” nel quale è consentita alle banche (e al gruppo bancario) l'assunzione di azioni tempestive dirette a ripristinare la sostenibilità economica di lungo periodo (c.d. *long-term viability*) nel caso in cui si determini un deterioramento (*significativo*) dei profili tecnici (di patrimonio, liquidità e redditività)⁽⁹⁾, con la peculiarità, cui prima si accennava, che le stesse sono adottate quando ancora la crisi non si è manifestata. Diversamente, i piani saranno concretamente attuati (anche parzialmente) su richiesta della Banca d'Italia, in una fase successiva, allorquando il deterioramento della situazione tecnica della banca avrà manifestato le prime avvisaglie.

Si tratta, quindi, di misure che mirano non tanto ad anticipare la crisi, quanto piuttosto a consentire alla banca o al gruppo bancario di disporre già di un “armamentario” per il caso in cui la crisi si manifesterà; misure di risanamento che, deve precisarsi, non potranno presupporre o contemplare – sul piano contenutistico – «l'accesso a un sostegno finanziario pubblico straordinario» (art. 69-quater, comma 4).

⁽⁷⁾Per un commento alla disposizione di cui all'art. 69-quinquies, che contempla i piani di risanamento di gruppo, cfr. TROIANO, *Sub art. 69-quinquies*, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da Capriglione, cit., 2018, 868 ss.

⁽⁸⁾Sulla «duplice valenza del *recovery plan*, “dispositivo di *governance*”, da un lato, e strumento di vigilanza (e prevenzione delle crisi), dall'altro» cfr. BENTIVEGNA-DE POLIS, *Sub art. 69-quater*, cit., 855.

⁽⁹⁾Così anche, BOCCUZZI, *L'Unione Bancaria europea. Nuove istituzioni e regole di vigilanza e di gestione delle crisi bancarie*, Roma, 2015, 79.

Ad una prima impressione, la ragione di una siffatta esclusione potrebbe risiedere nella finalità (generale) della direttiva BRRD volta ad evitare che forme di intervento pubblico (c.d. *bail out*) – le quali, notoriamente, pongono problemi di compatibilità con la disciplina europea in materia di aiuti di Stato⁽¹⁰⁾ – reintroducano di fatto nel settore bancario un principio divenuto ormai inaccettabile, ovvero la privatizzazione dei profitti quando la banca è in vita e la socializzazione delle perdite nei casi di insolvenza⁽¹¹⁾.

La gestione delle crisi bancarie viene, in tal modo, affidata all'intermediario, al quale, per evitare il dissesto, non resta che predisporre un apparato procedurale – il piano di risanamento individuale o di gruppo – volto, per l'appunto, all'anticipazione della crisi.

2. La prevenzione della crisi nelle società pubbliche: cenni

D'interesse è, da questo punto di vista, l'approccio seguito per le società a controllo pubblico: il legislatore del Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica (d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, come

⁽¹⁰⁾ Sull'argomento v., di recente, ANTONUCCI, *Gli "aiuti di stato" al settore bancario: le regole d'azione della regia della commissione*, in *La gestione delle crisi bancarie. Strumenti, processi, implicazioni nei rapporti con la clientela*, cit., 437 ss., e SCIPIONE, *Aiuti di Stato, crisi bancarie e ruolo dei Fondi di garanzia dei depositanti*, in *Giur. comm.*, 2020, I, 184 ss.

⁽¹¹⁾ Questa diversa graduazione con riguardo all'incidenza delle perdite trova la sua espressione nella già citata regola del c.d. *bail in*: v. il considerando 5 della citata direttiva 2014/59/UE. Più nello specifico, la regola che impone di accollare il rischio del dissesto ad azionisti e creditori dell'ente appare il frutto del bilanciamento tra diversi principi: secondo SEMERARO, *Rischio d'impresa bancaria e discipline recenti*, cit., 858, da un lato ci sarebbero quelli tradizionali del nostro sistema quali la tutela del risparmio, la tutela della proprietà e la tutela dell'affidamento, dall'altro «ve ne sono altri, di derivazione anzitutto comunitaria, come la tutela della concorrenza, della sostenibilità finanziaria dell'azione pubblica e della stabilità del sistema bancario»; il bilanciamento realizzato attraverso la predetta regola si risolverebbe «tendenzialmente nella compressione dei primi tre a vantaggio degli altri, coerentemente perciò con le premesse di sistema alla base di molte scelte adottate dai vertici europei».

modificato dal d.lgs. 16 giugno 2017, n. 100) prevede che queste ultime siano tenute a predisporre «specifici programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale» (art. 6). In tal caso, il programma di valutazione del rischio di crisi aziendale diviene, per le società controllate da un ente pubblico (o da enti pubblici), lo strumento per cogliere tempestivamente gli indici sintomatici della crisi e, se necessario, adottare un «idoneo piano di risanamento» contenente «i provvedimenti necessari al fine di prevenire la crisi, di correggerne gli effetti ed eliminarne le cause» (art. 14)⁽¹²⁾.

In altri termini, nel caso delle società a partecipazione pubblica il piano di risanamento rappresenta un *posterius*; ciò non esclude che sussista, anche in questa ipotesi, un'esigenza di anticipazione della crisi che si realizza attraverso la predisposizione di assetti organizzativi adeguati anche in funzione del monitoraggio dei segnali di crisi⁽¹³⁾.

⁽¹²⁾ In argomento, accanto a trattazioni di carattere generale (v. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica. Raccolta sistematica della disciplina, commentata e annotata con la giurisprudenza*, Milano, 2016, 1203 ss.), si rinvia a TISCINI-LISI, *Il programma di valutazione del rischio di crisi quale strumento di analisi e salvaguardia dell'equilibrio economico-finanziario delle società a controllo pubblico*, in *Le società pubbliche*, a cura di Fimmanò-Catricalà, Napoli, 2016, 793 ss.; DEMURO, *La governance*, in *La società a partecipazione pubblica. Commentario tematico ai d.lgs. 175/2016 e 100/2017*, a cura di Ibba-Demuro, Bologna, 2017, 133 ss.; LIBERTINI, *I principi fondamentali sull'organizzazione e sulla gestione delle società a controllo pubblico (art. 6, d.lgs. 175/2016)*, in *Le "nuove" società partecipate e in house providing*, a cura di Fortunato-Vessia, Milano, 2017, 45 ss.; SERAFINI, *L'adeguatezza degli assetti: i modelli organizzativi*, in *La governance delle società pubbliche nel d.lgs. n. 175/2016*, a cura di Guizzi, Milano, 2017, 61 ss.; STRAMPELLI, *Il sistema dei controlli interni e l'organismo di vigilanza*, in *I controlli nelle società pubbliche*, diretto da Auletta, Bologna, 2017, 91 ss.; GUERRERA, *Sub art. 6*, in *Codice delle società a partecipazione pubblica*, a cura di Morbidelli, Milano, 2018, 204 ss.; U. PATRONI GRIFFI, *Il programma di valutazione del rischio di crisi nelle società a controllo pubblico e le Linee guida Utilitalia. Brevi note*, in *In ricordo di Michele Sandulli. Crisi e insolvenza*, Torino, 2019, 548 ss.

⁽¹³⁾ Per le società pubbliche questo profilo è, di recente, affrontato – anche in relazione all'introduzione del secondo comma dell'art. 2086 c.c. (su cui si tornerà oltre) – da DE FILIPPIS, *L'adeguatezza degli assetti organizzativi nelle società pubbliche: qualche riflessione (anche) alla luce del d.lgs. n. 14/2019*, di prossima pubblicazione su *Riv. corporate governance*.

Così, si conferma per le società pubbliche, come per gli enti creditizi, la necessità di allestire assetti in grado di assicurare, già in corrispondenza dei primi sintomi della crisi, un'adeguata preparazione. In questo carattere si ravvisa uno scopo comune delle recenti novità normative.

Ma ad esso si affiancano (almeno) ulteriori due punti di continuità: (i) l'investitura dell'organo gestorio quanto alla funzione di programmazione della prevenzione della crisi o dell'insolvenza; (ii) il divieto di ricorrere alle risorse pubbliche per finanziare la gestione della crisi delle società a partecipazione pubblica.

Mentre il primo degli elementi di continuità discende (direttamente) dall'obbligo di istituire assetti organizzativi, amministrativi e contabili adeguati che grava proprio sull'organo amministrativo, qualche cenno merita l'altro punto di contatto tra le discipline.

Ed invero, l'art. 14 del Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica pone, in sintesi, alle pubbliche amministrazioni socie il divieto «salvo quanto previsto dagli articoli 2447 e 2482-ter del codice civile» di «sottoscrivere aumenti di capitale, effettuare trasferimenti straordinari, aperture di credito (...) rilasciare garanzie a favore delle società partecipate, con esclusione delle società quotate e degli istituti di credito, che abbiano registrato, per tre esercizi consecutivi, perdite di esercizio ovvero che abbiano utilizzato riserve disponibili per il ripianamento di perdite infrannuali»; come si è avuto già modo di notare⁽¹⁴⁾, l'introduzione di questa norma consolida l'impressione di un atteggiamento legislativo volto a privilegiare una prospettiva di tipo competitivo, allontanando il perpetuarsi di fenomeni distorsivi degli equilibri concorrenziali e, quindi, di un finanziamento senza limiti di società pubbliche destinate, altrimenti, ad essere espulse dal mercato.

In questa prospettiva, si intravede una comune esigenza delle banche (inclusi i gruppi bancari) e delle società pubbliche, ovvero quella di interrompere la tendenza, invalsa per lungo tempo, di trasferire il "fardello" dell'insolvenza dei predetti enti sul patrimonio (*lato sensu*) pubblico⁽¹⁵⁾.

⁽¹⁴⁾ Sul punto, sia consentito il rinvio a APPIO-DE FILIPPIS, *Sulla fallibilità delle società a partecipazione pubblica*, in *Giur. comm.*, 2018, I, 664 ss., spec. 686.

⁽¹⁵⁾ In proposito, è in ogni caso d'obbligo il richiamo dell'autorevole opinione di

In ogni caso, ferma restando l'eterogeneità dei due settori dell'ordinamento⁽¹⁶⁾, non può escludersi nel contempo quella matrice comune, poco prima individuata, rappresentata dall'esigenza di prevenire la crisi. L'anticipazione della crisi assolve, difatti, ad una funzione di "governo" dell'agire imprenditoriale: se si previene la crisi di coloro che operano in settori fondamentali per l'economia (quali quello bancario e quello delle società partecipate), più difficilmente si verificheranno "fallimenti" del mercato. Ma, su questa affermazione si avrà modo di tornare nelle conclusioni del presente lavoro.

3. L'allerta nel Codice della crisi

Deve, inoltre, considerarsi che l'istanza di prevenzione della crisi è oramai assurta a paradigma di riferimento per tutte le società commerciali (in quanto assoggettabili a fallimento e alle altre procedure concorsuali).

Più nello specifico, i principi e criteri direttivi previsti dalla legge de-

COSTI, in COSTI-ENRIQUES-VELLA, *Diritto commerciale. Una conversazione*, Bologna, 2019, 91, secondo cui «non v'è dubbio, negli ultimi cinquant'anni, o meglio sessanta, abbiamo assistito ad interventi della finanza pubblica anche in assenza di interessi generali capaci di giustificarli. Ma è altrettanto certo che esistono situazioni in cui l'intervento della finanza pubblica si rivela necessario per evitare che l'impresa, abbandonata alle sole forze del mercato, pregiudichi interessi generali che l'ordinamento impone di tutelare».

⁽¹⁶⁾ Basti pensare alla diversità di interessi tutelati: la disciplina dettata in materia di società a partecipazione pubblica attinge difatti ad una sfera di interessi diversa (e probabilmente più ampia) di quella tutelata dalle norme del settore bancario; così come, a proposito delle società partecipate vengono, tra gli altri, in considerazione l'interesse del mercato ad evitare che la società pubblica, per effetto della partecipazione del socio pubblico, possa alterare il gioco concorrenziale nel mercato di riferimento (cfr., tra gli altri, il c.d. divieto di soccorso finanziario di cui si è detto nel testo); l'interesse alla salvaguardia della partecipazione del socio privato all'interno di compagini sociali "miste" (art. 17 T.u. partecipate); e l'interesse alla tutela degli utenti che fruiscono dei servizi erogati dalla società pubblica affidataria della gestione di un servizio pubblico locale.

lega per la riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza (l. 19 ottobre 2017, n. 155)⁽¹⁷⁾ hanno trovato finalmente attuazione con l'emanazione del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza⁽¹⁸⁾. Nel d.lgs. n. 14/2019 viene dedicata una specifica disciplina alle «procedure di allerta e di composizione assistita della crisi»⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁷⁾ Il riferimento è all'art. 4, l. n. 155/2017. Sui meccanismi di allerta, per come concepiti dalla l. delega n. 155/2017, cfr. FERRO, *Misure di allerta e composizione assistita della crisi*, in *Fall.*, 2016, 1032 ss.; CATALDO, *La soggezione dell'impresa in crisi al regime di allerta e composizione assistita*, in *Fall.*, 2016, 1021 ss.; ARATO, *La riforma organica delle procedure concorsuali nel disegno di legge delega elaborato dalla commissione Rordorf*, in *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, a cura di Cagnasso-Panzani, tomo III, Torino, 2016, 4527 ss., spec. 4536 ss.; BERTOLOTTI, *Poteri e responsabilità nella gestione di società in crisi. Allerta, autofallimento e bancarotta*, Torino, 2017; BOSTICCO, *Sanzioni e benefici premiali connessi con l'auspicato ricorso ai meccanismi di allerta*, in www.ilfallimentarista.it, 2017; POLICARO, *La crisi d'impresa e gli strumenti di monitoraggio nel disegno di legge di riforma fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2017, I, 1038 ss.; DE MATTEIS, *L'allerta nel disegno di legge delega n. 3671-bis*, in *Dir. fall.*, 2017, I, 751 ss.; MONTALENTI, *Gestione dell'impresa, assetti organizzativi e procedure di allerta nella riforma Rordorf*, in *Il nuovo Diritto delle Società*, 2018, 951 ss.; SPOLIDORO, *Procedure d'allerta, poteri individuali degli amministratori non delegati e altre considerazioni sulla composizione anticipata della crisi*, in *Riv. soc.*, 2018, 171 ss.

⁽¹⁸⁾ Il d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 recante il “Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155”, pubblicato sulla *Gazzetta Ufficiale* 14 febbraio 2019, n. 6/L, è destinato ad entrare in vigore – per la parte che qui interessa – in data 15 agosto 2020; tuttavia, questo termine – per gli obblighi di segnalazione previsti dagli artt. 14, comma 2, e 15 – è stato posticipato al 15 febbraio 2021 dall'art. 11 del d.l. 2 marzo 2020, n. 9, recante misure urgenti di sostegno per le famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19: su questa misura v. il recentissimo commento di ABRIANI-PALOMBA, *Strumenti e procedura di allerta: una sfida culturale (con una postilla sul Codice della crisi dopo la pandemia da Coronavirus)*, in www.osservatorio-oci.org. Da ultimo, si segnala che l'entrata in vigore dell'intero impianto di cui al Codice della crisi – eccetto che per le parti già entrate in vigore – è stata differita al 1° settembre 2021 per effetto del art. 5 del d.l. 8 aprile 2020, n. 23, conv. con mod. in l. 5 giugno 2020, n. 40.

⁽¹⁹⁾ All'indomani dell'emanazione del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza sull'allerta si vedano, tra gli altri, i contributi di: FERRO, *Allerta e composizione assistita della crisi nel D.Lgs. n. 14/2019: le istituzioni della concorsualità*

Gli artt. 12 ss. introducono difatti un sistema diretto all'anticipazione della crisi attraverso la previsione di obblighi di segnalazione che incombono sugli organi di controllo societario (allerta c.d. interna) e sui «creditori pubblici qualificati» (allerta c.d. esterna), i quali dovranno attivarsi al verificarsi di indicatori della crisi. Viene, in tal modo, a realizzarsi quel sistema di anticipazione della crisi che, in passato, era stato ipotizzato per le società commerciali fallibili⁽²⁰⁾ e che, per svariate ragioni⁽²¹⁾, il legislatore delle diverse riforme della legge fallimentare non aveva tradotto in diritto positivo.

Dal meccanismo di prevenzione della crisi appena introdotto restano tuttavia escluse, in base all'art. 12, comma 5, lett. *a*, proprio «le banche, le società capogruppo di banche e le società componenti il gruppo bancario»⁽²²⁾: scelta coerente con la circostanza che, nel caso di enti di tipo bancario, gli strumenti di anticipazione della crisi di nuova intro-

preventiva, in *Fall.*, 2019, 419 ss.; VITALI, *Sistemi di allerta e crisi di gruppo nel nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: prime riflessioni (anche) alla luce delle recenti tendenze europee*, in *Dir. fall.*, 2019, I, 555 ss.; PERRINO, *Crisi di impresa e allerta: indici, strumenti e procedure*, in *Corr. giuridico*, 2019, 653 ss.; DONATIVI, *I doveri di "allerta" degli organi di controllo societari e dei revisori (art. 14 del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza)*, in corso di pubblicazione e consultato nel dattiloscritto grazie alla cortesia dell'A.

⁽²⁰⁾ Sulla necessità di muoversi «nell'ottica di una procedura unitaria per la gestione delle crisi di impresa che sia capace di intervenire tempestivamente, quando il male non sia divenuto cronico ed irreversibile» v. già FORTUNATO, *Contabilità e procedure concorsuali*, in *Giur. comm.*, 1998, I, 524 ss. e, in una prospettiva *de iure condendo*, DE FERRA, *Il rischio di insolvenza*, in *Giur. comm.*, 2001, I, 193 ss.

⁽²¹⁾ Così SANDULLI, *I controlli delle società*, in *Fall.*, 2009, 1102, il quale individuava l'esigenza di evitare che non appena la notizia della crisi dell'imprenditore-debitore si fosse diffusa, si creasse una sorta di cordone sanitario tale da chiudere i «rubinetti» del credito.

⁽²²⁾ Lo spettro di applicazione degli strumenti di allerta viene esteso finanche alle «imprese agricole» e alle «imprese minori», «compatibilmente con la loro struttura organizzativa», mentre restano fuori, tra le altre, «le grandi imprese, i gruppi di imprese di rilevante dimensione e le società con azioni quotate in mercati regolamentati, o diffuse fra il pubblico in misura rilevante» (comunque «ammesse a godere delle misure premiali previste dall'art. 25, se ricorrono le condizioni di tempestività previste dall'art. 24»).

duzione potrebbero sovrapporsi all'obbligo di dotarsi di un piano di risanamento (individuale o di gruppo) o comunque risultare inadeguati rispetto alle specificità dei soggetti coinvolti.

Ad ogni modo, ragionando in termini più ampi, la tendenza all'anticipazione della crisi – seppur variamente articolata – pone sul piano applicativo un problema di non poco momento. In particolare, determinante, ai fini di un corretto funzionamento del sistema di prevenzione, è l'individuazione, oltre che degli indici che consentano di comprendere l'imminente ingresso dell'impresa in uno stato di crisi⁽²³⁾, della modalità più efficiente di prevenzione dello stesso attraverso la quale la crisi stessa dovrebbe essere risolta.

In proposito, il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza sembra privilegiare le soluzioni concordate che permettano il superamento della crisi assicurando il c.d. *going concern* in luogo della liquidazione del compendio aziendale⁽²⁴⁾. Difatti, alla procedura di liquidazione giudiziale (l'equivalente dell'odierno fallimento) verrebbe assegnato un ruolo residuale, per i soli casi in cui non sia praticabile un'ideale soluzione alternativa tesa, per l'appunto, alla conservazione della continuità aziendale⁽²⁵⁾. A favorire l'individuazione della soluzione più adeguata dovrebbe contribuire l'istituzione di un procedimento c.d. unitario di accesso alle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza: l'idea (inizialmente) era quella di istituire un unico modello proces-

⁽²³⁾ La difficoltà di individuare gli indici rivelatori dello stato di crisi può, in ragione della recente disciplina, considerarsi comunque superabile. Basti pensare in proposito all'art. 13 del Codice della Crisi, ove, nello specifico, viene rimessa al Consiglio nazionale dei dottori commercialisti ed esperti contabili l'elaborazione degli indicatori della crisi; allo stato, consta la predisposizione di una bozza di "Indici dell'allerta ex art. 13, comma 2 Codice della Crisi e dell'Insolvenza" del 19 ottobre 2019, pubblicata sul sito www.ilfallimentarista.it.

⁽²⁴⁾ Non è un caso che la continuità aziendale sia assunta al rango di vero e proprio criterio interpretativo ancor prima dell'entrata in vigore del Codice della crisi. V. Trib. Chieti, 2 dicembre 2019, in www.ilcaso.it, che ha ricavato dal favore che ispira il Codice per la garanzia della prosecuzione dell'attività d'impresa la disciplina applicabile al concordato preventivo c.d. misto.

⁽²⁵⁾ In tal senso v. pure SCIUTO, *Il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Sezione di aggiornamento*, in *Diritto commerciale*, a cura di Cian, 2019, 303 ss., spec. 307.

suale per l'accertamento dello stato di crisi e di insolvenza, di talché «tutte le domande e istanze anche contrapposte, di creditori, pubblico ministero e debitore, in vista dell'adozione o dell'omologazione, da parte dell'organo giurisdizionale competente, della soluzione più appropriata alle situazioni di crisi e di insolvenza accertate, nel pieno rispetto del contraddittorio su tutte le istanze avanzate» tanto da creare una sorta di «contenitore processuale uniforme»⁽²⁶⁾.

Tuttavia, come è apparso immediatamente evidente sin dai primi commenti⁽²⁷⁾, il tentativo di introdurre un procedimento unitario sembra essersi rivelato pretenzioso: l'unitarietà pare difatti rinvenirsi (unicamente) nella domanda per l'accesso alla procedura, mentre per il resto il procedimento è destinato ad essere scandito in base alle regole proprie previste per ciascun tipo di procedura concorsuale⁽²⁸⁾.

4. La prevenzione della crisi quale presupposto comune: limiti

Tralasciando questi risvolti applicativi, nella prevenzione della crisi può comunque individuarsi un momento di continuità tra il diritto della crisi dell'impresa di diritto comune e di diritto "speciale" (le società pubbliche e le banche).

⁽²⁶⁾ Così la Relazione illustrativa alla l. n. 155/2017, di cui v. l'art. 2, comma 1, lett. *d*.

⁽²⁷⁾ In tal senso v. PAGNI, *L'accesso alle procedure di regolazione nel codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Fall.*, 2019, 549 ss.; MONTANARI, *Il cosiddetto procedimento unitario per l'accesso alle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza*, in *Fall.*, 2019, 563 ss. e CARRATTA, *Il procedimento di apertura delle procedure concorsuali: dalla legge delega al Codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Dir. fall.*, 2019, I, 1057 ss.

⁽²⁸⁾ Una qualche forma di coordinamento (non già di unitarietà) sembra essere assicurata dalla regola – nel caso in cui sopravvenga una successiva domanda – della "riunione" con quella già pendente (v. art. 7, comma 1) o – nel caso di proposizione di una pluralità di domande – della priorità di trattazione di quella diretta a regolare la crisi o l'insolvenza con strumenti diversi dalla liquidazione giudiziale (v. art. 7, comma 2).