

ANNA VENEZIANO – ANDREA ZOPPINI

## LE REGOLE CHE MANCANO: LE PROCEDURE CONCORSUALI

*in corso di pubblicazione in:*

**ASTRID – Sviluppo o declino. Il ruolo delle istituzioni per la competitività del Paese** – a cura di Luisa Torchia e Franco Bassanini – Passigli editore – Firenze 2005

È noto che gli investimenti stranieri che si realizzano nel nostro Paese sono considerevolmente inferiori rispetto a quelli presenti in Francia, Germania, Inghilterra, Spagna. È lecito e giustificato chiedersi in che misura tale situazione sia determinata (*anche*) dall'adozione di regole che disciplinano il funzionamento delle imprese e il mercato dei capitali.

Non v'è dubbio, infatti, che la materia del diritto delle società e dei mercati finanziari vive nella dimensione della concorrenza tra ordinamenti giuridici, in quanto le scelte normative operate da ciascun regolatore nazionale sono idonee ad attirare gli investitori verso quell'ordinamento ovvero, al contrario, possono indurli a preferire le regole degli ordinamenti che danno maggiore affidamento quanto ad efficienza economica negli esiti e certezza nell'applicazione delle regole.

Costituisce come noto argomento di dibattito verificare se, e allora in che misura, l'efficienza di un sistema economico sia condizionata dalla intrinseca efficienza delle regole giuridiche, ovvero se queste ultime assolvano un ruolo nel complesso marginale. Ciò di cui, tuttavia, non può dubitarsi è che le regole sostanziali, che disciplinano le fattispecie civilistiche e la fisiologia delle relazioni economiche tra soggetti privati, pur rivestendo un ruolo determinante non possano, *di per sé sole*, determinare compiutamente gli effetti economici delle regole giuridiche.

È sufficiente a questo riguardo riflettere sul fatto che il concreto atteggiarsi del processo ha un ruolo ancor più decisivo, poiché determina l'affidamento in ordine alla effettiva vigenza delle regole. Basti, a questo proposito, pensare che il primo grado di una causa civile in Italia dura quattro anni contro gli otto-nove mesi degli altri Paesi europei e che la durata di una procedura fallimentare segna il record negativo dei Paesi industrializzati con circa sette anni (che diventano dieci nelle regioni del sud d'Italia).

Quanto si è appena detto introduce il tema di questo saggio: la riforma del diritto delle società di capitali, da sola, non sarà in grado di risolvere il problema dell'efficienza delle imprese

e di modificare l'interesse degli investitori internazionali ove essa non sia accompagnata dalla riforma delle procedure concorsuali.

Non vi è dubbio che la riforma delle società ha superato molti principi propri dell'ordinamento corporativo che aveva pensato al diritto delle società e dell'impresa all'interno di una logica istituzionale e anticontrattualistica. Da questa premessa erano derivate una serie di conseguenze, anche in termini di ricadute normative e disciplinari: basti pensare all'idea che il recesso dalla società debba essere impedito, in quanto causa del depauperamento patrimoniale dell'impresa (di qui, dunque, la rigorosa tipicità delle cause di recesso e la previsione imperativa che al recedente spetti un valore che non coincide con quello effettivo dell'impresa). Ma si pensi pure all'idea che la società organizzata su base capitalistica debba essere oggetto d'un controllo pubblicistico che si esercita sia attraverso soggetti qualificati a tutelare un interesse diverso da quello proprio dei soci, qual è l'interesse pubblico – e quindi iscritti in Albi professionali pubblici soggetti al controllo ministeriale - sia attraverso il controllo giudiziale esercitato dal pubblico ministero.

È fuori di dubbio che il costo e la propensione all'investimento, e così pure il costo del capitale di rischio e di debito, costituiscano una variabile dipendente dalle regole che ne assicurano la recuperabilità nella patologia dell'impresa. Non a caso molte delle regole del diritto societario riformato attendono una precisa verifica in sede fallimentare, basti pensare alla disciplina dei patrimoni destinati a specifici affari (art. 2447-bis ss. c. civ.) ovvero alla disciplina dei gruppi di società (art. 2497 ss. c. civ.).

Ecco quindi che si giunge al nodo cruciale della riforma della legislazione fallimentare italiana. A questo proposito va ricordato che il nostro legislatore si è per lungo tempo disinteressato al problema dell'esigenza, pur avvertita in maniera generale in ampi settori dell'economia, di ammodernamento delle tradizionali procedure concorsuali, lasciando nella sostanza inalterata l'impostazione della legge fallimentare del 1942 ed intervenendovi semmai in maniera frammentaria, con provvedimenti volti a risolvere situazioni di "emergenza" e pertanto non inseriti in un contesto organico.

Tra le molteplici ragioni di un tale ritardo, due appaiono particolarmente interessanti per l'argomento affrontato in questo saggio. La prima è legata al fatto che l'intervento settoriale, a tutela di esigenze di singoli comparti dell'economia, ha indubbiamente caratterizzato il modo di procedere del nostro legislatore anche in altri campi del diritto, contigui a quello fallimentare. Basti pensare alla legislazione sui privilegi e in generale sulle garanzie reali mobiliari, ove da un lato si è riconosciuta la necessità di superare i limiti originariamente posti dalla restrittiva

disciplina del codice civile, e di introdurre forme più moderne di garanzie consensuali, che consentissero alle imprese di mobilitare il proprio patrimonio fisso e circolante per ottenere finanziamenti esterni e accedere così con più facilità al mercato del credito. A tale indubbia esigenza si è però risposto con una profusione di leggi particolaristiche, a tutela di specifici comparti dell'economia, le quali hanno dato vita ad una disciplina frammentaria e contraddittoria, cui neppure l'intervento razionalizzatore della legge bancaria del 1993 è riuscito a dare effettiva coerenza.

D'altra parte, va notato che differenza di altre aree – come ad esempio quella societaria di cui si è appena parlato o, ancora, l'ambito della tutela del consumatore – è mancata per il fallimento la spinta propulsiva prodotta dalla necessità di adattare il nostro ordinamento ad una legislazione di derivazione comunitaria (se si eccettua, ora, la disciplina internazional-privatistica introdotta dal Regolamento europeo sull'insolvenza transfrontaliera, che si limita ad offrire regole riguardanti le competenze giurisdizionali e il diritto applicabile nelle procedure in cui sia coinvolto più di un ordinamento degli Stati membri).

La centralità di un'efficiente ed equa disciplina delle procedure concorsuali per un buon funzionamento del mercato è stata al contrario riconosciuta nei numerosi paesi, anche europei, che hanno di recente avviato importanti iniziative in quest'area. Si va dall'approvazione di radicali riforme con l'obiettivo di modernizzare sistemi ormai invecchiati (si pensi al Belgio o alla Germania) o, in aggiunta, di riportare coerenza in una legislazione eccessivamente frammentaria (come ad esempio in Spagna), all'aggiustamento e modifica delle procedure già esistenti (è il caso del progetto di riforma francese e della recente legislazione del Regno Unito). Anche alla luce dei menzionati sviluppi in altri paesi sembra più che mai opportuno che il nostro legislatore riprenda la strada della riforma delle procedure fallimentari, iniziata, com'è noto, con una serie di proposte di varia provenienza istituzionale volte all'approvazione di uno schema di legge delega, peraltro non ancora oggetto di definitiva approvazione.

Ragionando nell'ottica di una riforma del diritto fallimentare, è indubbio che essa dovrebbe perseguire due obiettivi principali (che del resto hanno trovato accoglimento, sia pure in misura diversa, nelle recenti iniziative straniere).

Da un lato, è necessario ammodernare la tradizionale procedura di liquidazione dell'impresa non più viabile, affinché si possa perseguire con efficienza lo scopo primario della protezione delle aspettative dei creditori. La disciplina dell'attuale legge fallimentare, difatti, pur ruotando intorno al principio della prevalenza degli interessi dei creditori, in realtà, com'è ampiamente noto, non è riuscita a garantire in modo efficace la loro tutela.

Uno dei problemi più evidenti riguarda l'eccessiva lunghezza e il costo sproporzionato della procedura fallimentare, con il corollario della bassa percentuale di soddisfazione delle pretese creditorie, specie quando non assistite da garanzia. E' indubbio infatti che non sia sufficiente quanto previsto dalla cosiddetta "mini-riforma" del fallimento varata nel 2002, con cui si era cercato di introdurre qualche correttivo al sistema proprio con riferimento al rapporto tra garanzie processuali e lungaggini procedurali.

In questa direzione vanno salutate con favore le proposte volte a rendere le procedure più rapide ed efficienti, ad esempio limitando i termini di prescrizione per l'esercizio delle azioni revocatorie, o riducendo il ricorso alle decisioni dell'autorità giudiziaria a favore di una maggiore autonomia degli altri organi della procedura (ovviamente nel rispetto dei principi costituzionali), o ancora introducendo termini di decadenza per la determinazione dell'ammontare di obblighi fiscali non onorati.

Accanto a ciò è importante accentuare l'elemento della flessibilità della procedura, anche quando essa sia primariamente finalizzata alla dismissione del patrimonio del debitore, consentendo l'utilizzazione di un ampio ventaglio di modalità (cessione dell'azienda, conferimento a società di nuova costituzione di (parte di) beni o complessi produttivi appartenenti all'impresa insolvente, temporanea prosecuzione dell'attività stessa ai fini di una migliore valutazione degli interessi dei creditori).

L'altra direzione nella quale è opportuno procedere riguarda l'introduzione di una procedura di tipo ordinario e di natura giurisdizionale, che consenta di amministrare la crisi con il principale intento di salvaguardare l'attività economica quando l'impresa si trovi in difficoltà, ma sia ancora in grado di recuperare la solvibilità.

E' proprio riguardo a quest'ultimo aspetto che l'attuale legislazione fallimentare italiana appare particolarmente carente, poiché l'esigenza di risanamento dell'impresa in dissesto non ha finora trovato, com'è noto, un'efficace disciplina nel nostro ordinamento.

L'istituto ad essa originariamente preposto era l'amministrazione controllata, cui la legge fallimentare attribuisce la finalità di salvaguardare l'attività d'impresa quando vi siano sintomi di crisi ma non si sia arrivati all'irreversibile insolvenza del debitore. Nonostante le modifiche successivamente introdotte allo scopo di rendere effettiva la possibilità di un recupero della solvibilità del debitore (si pensi alla aggiunta, all'art. 187 l. fall., del presupposto delle "comprovate possibilità di risanamento"), la disciplina dell'amministrazione controllata non predispone in realtà interventi adeguati a consentire un vero risanamento (basti, a confermare quanto detto, la limitazione degli effetti ad una moratoria nei pagamenti non accompagnata da

alcuna forma di ristrutturazione dell'attività imprenditoriale). Ciò ha condotto, come è noto, ad un utilizzo "alternativo", o meglio distorto di questo istituto, che è servito nella prassi giurisprudenziale più per allontanare nel tempo l'inevitabile liquidazione, spesso aggravando ulteriormente la situazione del debitore - e comunque sfociando in un concordato preventivo con cessione dei beni ai creditori - che per favorire il risanamento delle imprese non decotte.

La peculiarità del nostro ordinamento risiede tuttavia nel fatto che accanto alla normativa di tipo tradizionale, improntata sulla prioritaria tutela dei creditori, si è inserita una legislazione specifica per arginare le crisi economiche di rilevante entità, che segue principi ispiratori radicalmente diversi, tanto da far parlare addirittura di "schizofrenia" del sistema. Esempio evidente è la disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, che affonda le proprie radici, come è noto, nel dibattito dottrinale e politico degli anni Settanta seguito in particolar modo al dissesto di complessi industriali a partecipazione statale di rilevanza nazionale. Il modello dell'amministrazione straordinaria si caratterizza ancor oggi, pur dopo le recenti modifiche imposte dall'adeguamento all'imposizione comunitaria di non introdurre distorsioni alla concorrenza (d. lgs. N. 270/1999), per la peculiarità della procedura (di tipo amministrativo) e per l'assenza di un riferimento a valutazioni sull'efficienza economica del recupero dell'impresa.

Ciò che rende la procedura di amministrazione straordinaria poco convincente è in primo luogo proprio il fatto che ad essa non si accompagni un efficace procedimento, a carattere generale e soggetto alla supervisione dell'attività giudiziaria e non amministrativa, che sia volto a risanare le crisi d'impresa. Inoltre, le modifiche recentemente introdotte alla disciplina dell'amministrazione straordinaria, con riguardo ai criteri dimensionali e strutturali per l'accesso alla procedura (si pensi all'abbassamento della soglia occupazionale prevista dall'art. 2, lit. b) ad un minimo di 200 dipendenti), mitigano in parte il carattere di eccezionalità dell'intervento, con l'effetto di creare uno squilibrio nel sistema normativo ed economico italiano.

Ci si può pertanto chiedere se la filosofia di fondo dell'amministrazione straordinaria, orientata al salvataggio dell'attività nell'interesse prevalente del mantenimento dei posti di lavoro, non sia eccessivamente lontana da una valutazione economica - che, come si è già rilevato, non viene richiesta dalla legge, se di eccettua il generico riferimento alle "concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali" di cui al nuovo art. 27 - sulle effettive capacità di recupero del debitore.

Appare pertanto preferibile aumentare la flessibilità della legislazione ordinaria, in modo che essa possa trovare applicazione anche in questi casi, per creare un foro di negoziazione tra le parti interessate. Ciò non esclude che possa permanere l'opportunità di consentire un eccezionale

intervento dello Stato nei casi più eclatanti di dissesto, in cui si temano ripercussioni eccessivamente ampie sull'economia nazionale. Si dovrebbe tuttavia trattare di situazioni effettivamente straordinarie (e si tenga presente, per quanto riguarda incentivi e aiuti statali alle imprese, la restrittiva disciplina comunitaria, che ha portato anche al recente adattamento – ovvero sostanziale revisione – dell'amministrazione straordinaria). La legislazione fallimentare di regola non dovrebbe assumersi il compito che spetta ad altri strumenti e fungere da ammortizzatore sociale in assenza di adeguati meccanismi di tal tipo, siano essi esterni alla procedura (ad esempio, legislazione sociale e previdenziale) o ad essa interni (ad esempio, particolari prelievi o privilegi per i soggetti deboli, quali lavoratori subordinati o piccoli fornitori di servizi o di beni).

Nel dibattito sull'efficienza delle procedure di salvataggio dell'impresa è inoltre costante il riferimento alla necessità di una precoce rilevazione dello stato di crisi, per poter intervenire in un momento in cui le probabilità di recupero siano maggiori. Viene difatti spesso lamentato che la procedura concorsuale è richiesta soltanto quando ormai l'impresa è decotta e quindi non più risanabile. Si tratta di un tema di particolare rilevanza poiché per sua stessa natura non può non essere connesso, tra l'altro, alla disciplina societaria, dipendendo in parte il concreto atteggiarsi di tali strumenti di diagnosi tempestiva, nel caso di crisi di imprese esercitate in forma collettiva, proprio dalla maggiore o minore efficacia delle regole poste dal diritto societario e relative al controllo sulla gestione.

Una modalità di intervento, auspicata nelle più recenti proposte di riforma della legislazione fallimentare italiana e ispirata in particolar modo all'esperienza francese, potrebbe consistere nell'instaurare un sistema di tipo amministrativo, che si serva di organi statali o semi-statali per la raccolta di informazioni riguardanti gli imprenditori. Tali organi hanno poi il compito di informare i giudici, che a loro volta possono esercitare la propria influenza perché venga aperta una procedura risanatoria con maggiori probabilità di riuscita.

Non v'è dubbio che uno degli aspetti positivi di tale soluzione consiste nel fatto che essa introduce un costante monitoraggio esterno sulla situazione patrimoniale del debitore. Ciò può ad esempio consentire anche ai creditori l'utilizzo precoce del potere di iniziativa, se previsto in concorso con quello spettante al debitore.

Gli svantaggi, tuttavia, possono forse apparire superiori rispetto ai risvolti benefici. Si pensi, ad esempio, al possibile disincentivo all'uso di forme non istituzionalizzate di accordo tra debitore e creditori, dovuto ad una eccessiva "amministrativizzazione" del controllo sull'operato del debitore. Un sistema del tipo menzionato può difatti condurre ad una precoce

formalizzazione della situazione di dissesto e spingere verso l'utilizzo di procedure di liquidazione dell'attività. Ancora, si pensi al fatto che un intervento diretto da parte di autorità amministrative e/o giurisdizionali nel controllo della gestione dell'attività delle imprese potrebbe dar luogo ad accuse di eccessivo dirigismo.

In sostituzione, si può pensare ad anticipare l'utilizzo dello strumento di risanamento da parte del debitore ad uno stadio il più possibile iniziale. Ciò si può ottenere, in primo luogo, facilitando l'accesso alla procedura per il debitore (ad esempio limitando l'incidenza dei presupposti soggettivi per l'apertura, o riducendo l'onere di provare una preesistente situazione di crisi). Eliminare ogni requisito formale non appare forse auspicabile, ma è certamente opportuno consentire una differenziazione nei presupposti oggettivi per l'accesso tra le procedure volontarie (ad iniziativa del debitore) e quelle richieste da terzi interessati ed in particolare dai creditori. Nel caso di procedimenti volontari, è ragionevole ad esempio prevedere che il debitore possa domandare l'apertura del procedimento anche quando lo stato di insolvenza non sia già attuale, ma "imminente" o comunque prevedibile sulla base della situazione economica e finanziaria.

In secondo luogo, si può rendere attraente per il debitore l'esito positivo di un tale procedimento, superando l'attuale impostazione della nostra legislazione che in assenza di esito concordatario consente, una volta cessata la procedura concorsuale, l'esercizio delle azioni esecutive individuali per le pretese creditorie non (pienamente) soddisfatte. Quale alternativa – come in parte previsto dalle recenti proposte di riforma – si può pensare all'ipotesi della finale liberazione del fallito dai debiti residui sul modello della nota *discharge* statunitense o su quello, meno generoso, adottato nella nuova *Insolvenzordnung* tedesca (in quest'ultimo modello, che pur prevede la liberazione dai debiti residui come uno degli scopi essenziali della procedura, il debitore, per poter godere degli effetti, deve rispettare un piano di risanamento o essere persona fisica rispondente a determinati requisiti di meritevolezza o buona condotta in un periodo settennale successivo alla chiusura del procedimento, o ancora deve trattarsi del fallimento di un consumatore).

È ovvio poi, proprio a questo proposito, che quanto meno va modificato l'atteggiamento generale nei confronti delle procedure concorsuali, che da "sanzione" anche sociale per l'imprenditore incapace o fraudolento devono diventare strumento usuale per la soluzione della crisi d'impresa, vista come un episodio fisiologico e non patologico del funzionamento del mercato. Si pensi alla tendenza, presente in tutte le legislazioni europee più recenti, a limitare gli effetti sanzionatori sulla persona del debitore (incapacità di vario tipo, preclusione all'esercizio

successivo di attività imprenditoriale e così via), e ad inasprire, al contrario, nel caso di insolvenza di società, il controllo sull'amministrazione fraudolenta o irresponsabile della stessa.

Proprio a questo proposito andrebbe ripensato il ruolo di una condizione soggettiva di accesso alla procedura di tipo risanatorio, che era tipica delle prime tipologie di concordato, vale a dire la "meritevolezza" del debitore.

Tale valutazione è in effetti legata al carattere sanzionatorio del fallimento, cui si vuole sottrarre quell'imprenditore che dimostri di essere stato soltanto sfortunato nell'esercizio della propria attività, concedendogli il vantaggio di poter concordare una soluzione con i creditori. Il superamento della componente afflittiva nella gestione della crisi rende meno evidente la ragione del perdurare di un giudizio sull'operato del debitore, che può impedire il salvataggio di imprese ancora viabili. A ben guardare, difatti, la "meritevolezza" generalmente consiste, tra l'altro, nel non essere stato sottoposto a procedure concorsuali per un certo periodo di tempo.

A tale criterio si può sostituire un controllo successivo, in limine o nel corso del procedimento, volto ad evitare l'uso abusivo della procedura. Ancora più incisivo in questo senso è il rafforzamento delle sanzioni per il comportamento fraudolento del *management* nell'insolvenza delle società, che sottolinea chiaramente la necessità di distinguere tra comportamento riprovevole (degli amministratori) e capacità di sopravvivenza (dell'attività economica).

Un'ulteriore opzione può consistere nel "modernizzare" il requisito di meritevolezza, rendendolo un incentivo alla migliore utilizzazione della procedura. Si pensi alla previsione di forme di procedimento accelerato (e facilitazioni nell'ottenimento delle maggioranze necessarie) per quei debitori che siano stati in grado di raggiungere prima dell'apertura formale un accordo di massima con i creditori, in modo da presentare all'autorità giudiziaria un piano con alte probabilità di rapido accoglimento.

Sempre allo scopo di consentire una precoce individuazione dello stato di sofferenza economica o finanziaria di un'impresa, un ruolo centrale può in effetti essere svolto dai meccanismi extra-fallimentari di controllo dell'attività del debitore. Indirettamente, difatti, funzione analoga ad un monitoraggio del tipo sopra previsto, rispettando tuttavia l'autonomia dell'esercizio dell'impresa, può competere alle regole dettate per un buon funzionamento della *corporate governance*. E' quindi ancor più chiaro che se la disciplina societaria certamente necessita di essere completata da un'efficiente regolamentazione della crisi, a sua volta è indispensabile coordinare la disciplina fallimentare con quella societaria, tenendo conto, tra



l'altro, e come si è anticipato, anche della necessità di dettare specifiche regole per i gruppi d'impresa.

Un altro settore del diritto sostanziale che riveste importanza fondamentale per un buon funzionamento delle procedure relative alla crisi d'impresa è certamente quello delle garanzie del credito. E' indubbia infatti l'importanza di un equilibrato sistema di garanzie consensuali a disposizione dei finanziatori, che, tra l'altro, produca l'effetto di incentivare il monitoraggio preventivo sull'attività del debitore.

La disciplina dei rapporti tra il debitore e i suoi finanziatori ha una forte – e biunivoca – relazione con le regole sulla gestione della crisi d'impresa. È considerazione quasi ovvia che il momento in cui un diritto di prelazione consensuale rivela la propria effettiva utilità è soprattutto quello della sofferenza finanziaria del debitore. Specialmente quando si voglia perseguire l'obiettivo di salvare l'attività economica dell'impresa, si rende tuttavia necessario limitare i diritti preesistenti dei creditori – almeno per un certo periodo – e imporre anche ai titolari di situazioni privilegiate restrizioni o sacrifici. D'altra parte, nell'elaborare un efficiente ed equo sistema delle procedure concorsuali bisogna tener conto dei disincentivi alla concessione di finanziamenti che può comportare un'eccessiva riduzione delle prerogative dei creditori garantiti. La soluzione migliore appare quella, già richiamata, di approntare una procedura sufficientemente flessibile che consenta il coinvolgimento dei creditori nella determinazione delle sorti dell'impresa debitrice, incentivando i comportamenti cooperativi delle parti interessate.

Il mancato riconoscimento della interrelazione tra procedure concorsuali e garanzie del credito può avere effetti particolarmente negativi in un ordinamento come il nostro, ove manca una disciplina delle garanzie del credito coerente e adatta alle esigenze attuali del finanziamento, soprattutto con riferimento ai beni che costituiscono il patrimonio dell'imprenditore (beni strumentali, capitale circolante, crediti ed altri diritti). L'auspicata riforma del diritto fallimentare nel nostro paese non solo si gioverebbe della contestuale considerazione dell'ambito delle garanzie, ma anzi potrebbe costituire l'occasione, più volte espressa nella dottrina, per riconsiderare finalmente in ottica unitaria e moderna tutta la disciplina della tutela dei finanziamenti all'attività d'impresa.

Sempre con riferimento al rapporto tra diritto fallimentare e garanzie del credito, non va infine dimenticato il ruolo strategico della possibilità per il debitore di ottenere (o continuare ad ottenere) finanziamenti per il proseguimento dell'attività, nonostante l'apertura del procedimento

di gestione della crisi, o – sia pure in misura più limitata – nel corso di una liquidazione quando l'azienda venga ceduta nella sua integrità. Il debitore deve difatti far fronte, tra l'altro, oltre alle ordinarie spese per la conservazione del valore del proprio patrimonio e per la continua operatività dell'impresa, al costo della fornitura di beni e/o servizi così come al pagamento dei salari ed altre prestazioni di lavoro. Mentre in alcuni casi la tregua rappresentata dal divieto dell'esercizio di azioni individuali da parte dei creditori pre-esistenti al momento dell'apertura della procedura di insolvenza può essere sufficiente a garantire la prosecuzione dell'attività economica, in altri si rivela necessario il ricorso a finanziamenti da parte di terzi. L'assenza di una disciplina sulla *new finance* è pertanto produttiva di incertezza e rende difficile ottenere nuovi fondi. Mancando una specifica protezione dei crediti post-petizione, il debitore dovrebbe essere in grado di offrire ai creditori successivi sufficienti garanzie reali o personali aggiuntive rispetto a quelle già stipulate, cosa improbabile o almeno difficoltosa in una situazione di crisi. In aggiunta, la normativa sulle revocatorie o trattamenti preferenziali tende generalmente a considerare inefficace la concessione di nuovo credito nel periodo immediatamente precedente all'apertura formale di un procedimento concorsuale.

È quindi opportuno che una procedura di risanamento contenga precise regole per incentivare la concessione di crediti post-petizione anche nel periodo che precede l'approvazione di un vero e proprio piano di regolazione dei rapporti tra debitore e suoi precedenti creditori, qualunque sia la forma che tale piano assuma (generalmente, spetterà poi al piano stesso di determinare l'ammissibilità e l'estensione del ricorso a finanziamenti esterni nella sua esecuzione).

Un ultimo aspetto riguardante l'opportunità di una riforma della disciplina delle procedure concorsuali, e su cui sembra importante soffermarsi nell'ottica di un'incentivazione allo sviluppo della nostra economia, riguarda i limiti soggettivi all'accesso a forme di ripianamento del dissesto. Com'è noto il nostro ordinamento ancora fa leva sul requisito della "commercialità" del debitore, escludendo una serie di soggetti che esercitano un'attività economica a volte non irrilevante, oltre ai consumatori in senso stretto.

È a questo riguardo auspicabile che le recenti esperienze comparatistiche guidino l'azione del legislatore italiano, tenuto conto che le norme sull' 'esdebitazione' del privato determinano in maniera non irrilevante il costo del credito bancario destinato ai non imprenditori e così pure condizionano l'efficienza del sistema bancario nel suo complesso. Le esperienze degli altri ordinamenti testimoniano, infatti, dei problemi che il fallimento del non imprenditore ha portato

alla luce, nonché il rischio di introdurre un istituto che può generare comportamenti opportunistici favorendo l'insolvenza del privato.