

PRESENTAZIONE

Il volume racchiude tre articoli dedicati alla crisi dell'impresa e ai diritti dei creditori. Temi classici del diritto concorsuale: mi è sembrato, però, che meritino una rivisitazione alla luce delle riforme già fatte e dei progetti di riforma in itinere, nonché alla luce della profonda trasformazione indotta dal passaggio da una economia prevalentemente mercantile e industriale, come quella tenuta presente dalla legge fallimentare del '42, a una economia prevalentemente finanziaria, come quella in cui viviamo.

Il problema fondamentale è costituito dal progressivo ridimensionamento del ruolo della responsabilità patrimoniale, che ha portato a tentare di risolvere le crisi d'impresa intervenendo sul passivo (con una parziale rinuncia dei creditori alle loro pretese), anziché sull'attivo (attraverso la liquidazione del patrimonio responsabile).

Questo problema, di natura squisitamente economica, ha inciso tanto sul concetto d'impresa (che si trova esposta a controlli sempre più penetranti), quanto sul concetto di diritto soggettivo (che ha perduto molte delle sue prerogative). Da qui, lo stretto collegamento operato in questi saggi tra il diritto concorsuale e la teoria generale del diritto: la quale ultima, nel tentativo di spiegare i mutamenti intervenuti in alcuni concetti chiave del nostro ordinamento, ha dovuto fare i conti, a sua volta, con l'analisi del linguaggio e delle esperienze comunicative.

Il libro vorrebbe richiamare l'attenzione del lettore su alcune trasformazioni profonde del mondo in cui viviamo. L'accento alla "Civiltà del diritto" contenuto nella dedica non è una nostalgica laudatio temporis acti, ma vuol segnalare che, dietro ai tecnicismi di una materia apparentemente arida, si scorgono sempre le esigenze dei debitori e dei creditori in carne ossa, e cioè delle persone e delle comunità, che sono le vere protagoniste del diritto. Anche le procedure concorsuali, nel loro evolversi per adeguarsi alle nuove esigenze, rispecchiano il grado di civiltà di un sistema giuridico.

I

DIRITTI SOGGETTIVI E ATTIVITÀ D'IMPRESA NELLE PROCEDURE CONCORSUALI

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il presunto carattere sanzionatorio del fallimento. – 3. Fallimento e tutela dei diritti soggettivi. – 4. Un salto di paradigma? – 5. Il senso della privatizzazione delle procedure concorsuali. – 6. Il carattere officioso del fallimento. – 7. Il pericolo d'insolvenza. – 8. I poteri dell'Autorità giudiziaria nel concordato. – 9. Concordati e consenso dei creditori. – 10. L'insopprimibilità delle istanze pubblicistiche. – 11. Il reinserimento del debitore nelle attività produttive. – 12. Concordato e continuità aziendale. – 13. Occorre indirizzarsi verso una procedura concorsuale unitaria? – 14. Un primo bilancio. – 15. Il passaggio da un'economia industriale a un'economia finanziaria. – 16. Alcuni mutamenti di prospettiva. – 17. Diritti soggettivi e attività d'impresa. – 18. Ancora sullo stato d'insolvenza. – 19. Concordati e ristrutturazioni selettive dell'impresa. – 20. Le imprese multi-divisionali. – 21. La problematica dei gruppi. – 22. Una fattispecie concreta. – 23. Una proposta: utilizzare lo schema della *cessio bonorum*. – 24. Le risoluzioni bancarie e il *bail-in*. – 25. Conclusioni.

1. Premessa

Il progetto della Commissione Rordorf per la *Riforma organica della legge fallimentare* mette al primo posto, tra i principi ai quali il futuro legislatore dovrebbe attenersi (art. 2, lettera *a*), la sostituzione del termine “fallimento” e dei suoi derivati con espressioni *equivalenti*, quali “insolvenza” e “liquidazione giudiziale”. In questo modo si verrebbe a chiudere un'epoca. Ci lasceremmo alle spalle un istituto, che affonda le proprie radici negli statuti dei comuni medievali italiani, per salpare

verso nuove mete, che promettono una pronta riabilitazione del debitore e la conservazione dei cosiddetti valori organizzativi, con evidente vantaggio per tutti gli *stake holders*: creditori, lavoratori, fornitori, finanziatori, *etc.* Si profila, dunque, un *commiato*, quasi certamente definitivo, dal fallimento e dal diritto fallimentare, con la loro carica di luttuosa negatività.

Di ciò, non ci si può sorprendere più di tanto, perché il diritto è un prodotto della storia ed è destinato a subirne i colpi, anche mortali, come tutte le istituzioni umane. Del resto, pochi decenni or sono si è celebrato un altro commiato: quello dai titoli di credito, sostituiti dalla moneta elettronica, dagli strumenti finanziari dematerializzati e dai più moderni mezzi di pagamento. Proprio tale ultima vicenda, però, induce a porsi qualche domanda. In quel caso, alcuni principi elaborati da un'esperienza teorico-pratica plurisecolare sono sopravvissuti all'innovazione tecnologica e al deperimento della *chartula* come indice di legittimazione. Certe regole (mi riferisco, in particolare, a quelle contenute negli artt. 1993 e 1994 c.c., che trovano un corrispondente funzionale negli artt. 83-*quinquies*, comma secondo, e 83-*septies*, del t.u.f.) sono rimaste, infatti, a governare la circolazione della ricchezza nei mercati finanziari, secondo un'impostazione più cautelativa per i terzi acquirenti.

Ma, allora, ci si deve chiedere: in che senso il fallimento è diventato inattuale? Quali principi delle vecchie procedure devono ritenersi incompatibili con le esigenze di una moderna economia post-capitalista? Quali sarebbero i nuovi *paradigmi*, ai quali ci si dovrebbe attenere?

2. Il presunto carattere sanzionatorio del fallimento

In genere, a tali quesiti si dà una risposta stereotipata: la legge del 1942, soprattutto nella stesura originaria, sarebbe ancora legata a una concezione *sanzionatoria* del fallimento, che si limita a prendere atto della cessazione dell'attività commerciale e che, di conseguenza, avrebbe come unico scopo quello di *punire* il debitore e di *liquidare* in maniera "atomistica" i suoi beni, per distribuirne il ricavato ai creditori. Le nuove procedure dovrebbero perdere, invece, quel carattere sanzionatorio, per favorire il *reinserimento* del soggetto insolvente nelle attività produttive e preservare, nei limiti del possibile, i valori organizzativi. Tale obiettivo po-

trebbe essere perseguito: o tramite un accordo con i creditori, che lasci il vecchio imprenditore alla testa dei propri affari; o tramite una ristrutturazione economica e finanziaria dell'impresa; o tramite la cessione dell'azienda (o di alcuni suoi rami) ad un terzo capace di gestirla in maniera più efficiente, magari attraverso la creazione d'opportune sinergie.

Detta così, mi sembra che la risposta sia alquanto imprecisa e approssimativa. In fondo, il fallimento aveva perduto il suo carattere sanzionatorio (ma ogni valutazione, in materia, è relativa) fin dalla seconda metà dell'Ottocento. Già Gustavo Bonelli sosteneva (a partire dagli anni Ottanta di quel secolo) che il rapporto obbligatorio non doveva essere concepito come un vincolo di natura personale, nel quale il debitore veniva costretto all'adempimento dal timore di un castigo (fino all'arresto per debiti, eliminato con legge 6 dicembre 1877); ma doveva essere inteso come una relazione tra due patrimoni, che portava, in caso d'inadempimento, a un travaso forzoso di risorse dalla sfera giuridica del debitore alle sfere giuridiche dei creditori (ma anche questa è un'idea antica, che rimonta, nel suo nucleo centrale, alla *Lex Poetelia*). Nel caso d'insolvenza commerciale, il predetto travaso veniva governato da una procedura, che assorbiva l'intero patrimonio del fallito per distribuirlo (al termine della fase liquidativa e dopo aver proceduto alle necessarie reintegrazioni della responsabilità patrimoniale) agli aventi diritto. Lo scopo del fallimento, dunque, non sarebbe stato, già in allora, quello di punire il debitore "cessato", bensì quello di soddisfare, nei limiti del possibile, le pretese rimaste inappagate.

Del resto, la dottrina che stiamo citando era ben consapevole delle implicazioni, sul piano ermeneutico e applicativo, del passaggio dalla *vecchia* funzione sanzionatoria della procedura alla *nuova* funzione satisfattiva. Basti pensare che fino alla prima metà dell'Ottocento in genere si negava che potesse essere dichiarato il fallimento di un commerciante defunto, giacché la morte del "reo" avrebbe estinto il "reato" (mentre Bonelli sostenne la tesi opposta, proprio perché il fallimento aveva acquistato, ormai, una preminente rilevanza sotto il profilo patrimoniale). O si pensi, ancora, al fatto che l'incriminazione per bancarotta poteva procedere in maniera autonoma rispetto all'accertamento della cessazione dei pagamenti, mentre secondo la nuova concezione la sanzione penale acquistava un ruolo ancillare rispetto al procedimento civile e, quindi, non poteva essere irrogata, se non "dopo" il passaggio in giudicato della sentenza dichiarativa di fallimento.

3. Fallimento e tutela dei diritti soggettivi

La legge fallimentare del 1942 s'inseriva in quel clima. Com'è noto, essa trovava un'importante fonte d'ispirazione nel progetto del 1921, dovuto alla Sottocommissione per la riforma del fallimento presieduta dal Bonelli: basti dire che la nozione di "insolvenza", che reggeva tutta l'architettura della nuova disciplina, era tratta di peso da quel progetto, e veniva definita come un'*impotenza a pagare*, dovuta alle condizioni *patrimoniali* del debitore.

Naturalmente, il legislatore dell'epoca (mi riferisco sempre al 1942) non poteva non risentire del clima politico e culturale nel quale operava. Da qui, il piglio autoritario della procedura, visibile soprattutto nel principio di *officiosità* dell'azione del giudice, il quale era chiamato a intervenire a prescindere dall'iniziativa delle parti. Da qui (eravamo ancora in pieno regime fascista), certe caratteristiche afflittive per il debitore, quali l'iscrizione nel registro dei falliti, il controllo della corrispondenza, la perdita di alcuni diritti civili, e via dicendo: tutte cose odiose e controproducenti, che la riforma Vietti ha fatto bene a eliminare.

Nel complesso, però, la legge rifletteva le concezioni patrimonialistiche dei rapporti obbligatori che si erano affermate a cavallo tra i due secoli, non solo tra i commercialisti, ma anche tra i più eminenti civilisti dell'epoca (Pacchioni, Gangi, Betti e altri). Mancava una disciplina per la cessione dell'azienda o di alcuni suoi rami, ma l'obiettivo da perseguire era individuato con chiarezza: il maggior soddisfacimento possibile dei creditori, tagliando fuori tutte le altre categorie d'interessati all'esito della crisi. Persino i lavoratori e i fornitori non erano presi in considerazione per le loro rispettive qualifiche, ma venivano accomunati agli altri creditori, in quanto titolari di pretese pecuniarie (anche se privilegiate).

La riprova dell'esattezza di questa ricostruzione era data dalla disciplina delle varie forme di concordato, che consentivano di prevenire o di eliminare il fallimento, purché il debitore offrisse – nel rispetto di certe condizioni – una percentuale (o una *cessio bonorum*) che soddisfacesse le aspettative dei creditori chirografari nella misura di almeno il quaranta per cento e, comunque, maggiore (giacché, in caso contrario, non avrebbero votato) rispetto ai prevedibili risultati di una liquidazione coattiva del patrimonio. In altri termini, nelle due anzidette forme di concordato lo Stato, nonostante l'*officiosità* delle procedure concorsuali, *rinun-*

ciava a perseguire il debitore, qualora i creditori mostrassero un interesse a ottenere per altra via (adempimento spontaneo in percentuale, cessione dei beni per affidarne la liquidazione a un fiduciario, *etc.*) il soddisfacimento delle loro pretese. Se la *forma* della tutela manteneva i tratti dell'*officiosità*, l'*interesse* tutelato restava ancora quello privatistico, tipico dei *diritti soggettivi*.

4. Un salto di paradigma?

La riforma Vietti, come già si è detto, ha eliminato alcune scorie del passato e ha cercato di preservare, nei limiti del possibile, i valori organizzativi dell'azienda, soprattutto attraverso una serie di misure volte ad agevolare le soluzioni negoziali della crisi. Il carattere sanzionatorio del fallimento è venuto a scomparire, così, quasi del tutto: anche se, ovviamente, si possono fare altri passi in avanti (ogni valutazione, al riguardo, è relativa); e anche se le lungaggini processuali e il sostanziale insuccesso delle nuove forme di concordato (ne vedremo in appresso le cause) continuano a impedire un sollecito soddisfacimento dei creditori e un altrettanto sollecito reinserimento del debitore nel mondo economico e produttivo.

In queste condizioni, mi sembrerebbe poco confacente sostenere che la svolta segnata dal nuovo disegno di legge dovrebbe consistere nell'eliminazione del carattere sanzionatorio delle procedure concorsuali. In realtà, tale obiettivo viene perseguito da molto tempo, con gradualità, ma con costanza e in forme sempre più radicali. Resta da vedere, allora, quale significato si può dare all'anzidetto "commiato" dal fallimento, tenendo conto pur sempre di alcune avvertenze, e cioè: che i fattori di mutazione sono molteplici; che è difficile fissare tra loro una scala di priorità; che le rivoluzioni terminologiche vengono spesso imposte da effimere mode linguistiche e comportamentali, piuttosto che da veri e propri cambiamenti di paradigma; che tali cambiamenti possono essere più agevolmente rilevati *ex post* che immaginati *ex ante*.

In altri termini, se proprio si vuol cercare di capire quali *novità* ci si può aspettare nel campo delle procedure concorsuali, e quali di esse imporranno un vero e proprio mutamento di *paradigma concettuale*, si deve essere consapevoli di partecipare a un gioco, del quale nessuno è in

grado di predire l'esito, fermo restando che un dibattito – libero e senza pretese – in merito alle prospettive delle procedure di crisi e di insolvenza può essere utile per chiarire le idee sui possibili contenuti di una riforma.

Fatte queste premesse, mi pare che gli itinerari di ricerca più promettenti siano sostanzialmente tre: *a)* avviarsi in maniera ancora più decisa verso una *privatizzazione* delle procedure concorsuali, eliminandone i residui caratteri d'officiosità; *b)* potenziare gli strumenti per le *soluzioni negoziali* delle crisi; *c)* proporre come nuova categoria ordinante della materia l'*attività d'impresa*, anziché il *diritto soggettivo*. Si tratta di prospettive fortemente interconnesse, ma che, tuttavia, vanno esaminate tenendole distinte, almeno all'inizio, l'una dall'altra.

5. Il senso della privatizzazione delle procedure concorsuali

Nell'opinione dei più, la riforma Vietti sarebbe stata scritta all'insegna della privatizzazione: non solo perché molti poteri sono stati trasferiti dal tribunale fallimentare e dal giudice delegato ai creditori e al loro comitato; ma anche perché sarebbe stato eliminato il principio di officiosità dell'intervento del giudice, con la conseguenza di paralizzarne i poteri, se le parti (ma tra queste è rimasto il Pubblico Ministero) non si attivano. Si tratta di cambiamenti di prospettiva molto radicali, perché non influiscono solo sulla dislocazione delle competenze, ma anche – più in generale – sull'interpretazione delle norme e sui collegamenti sistematici con altri settori dell'ordinamento. Per rendersene conto, basti pensare che il concordato è stato ricondotto alla categoria del negozio o del contratto, con la conseguenza di richiamare norme e problematiche del diritto privato, che, un tempo, erano del tutto estranee alle procedure in esame. Mi riferisco al *conflitto d'interessi*, come categoria di generale applicazione (e cioè anche quando la legge tace sul punto); all'*abuso del diritto*, alla *causa concreta* del negozio o del procedimento, e cioè a una serie di nozioni che ormai vengono utilizzate con una certa disinvoltura, anche con riferimento a problemi che, prima, venivano risolti in maniera piuttosto semplicistica e formale, facendo ricorso all'idea che l'interesse pubblico dovesse in ogni caso prevalere su quelli individuali (si pensi alle posizioni del Provinciali).

Già in altra sede ho segnalato come queste tesi – per così dire, *ultra-privatistiche* – non tengano adeguatamente conto di come si strutturino i rapporti e le situazioni soggettive, che le procedure concorsuali sono chiamate a tutelare. I creditori, infatti: da un lato, sono “razionalmente disinteressati” ad assumersi delle responsabilità nella gestione della procedura, perché sanno benissimo che il gioco (soprattutto se le loro pretese sono d’importo modesto) non vale la candela; dall’altro lato, hanno posizioni così diverse (tanto sul piano giuridico, quanto sul piano economico) da non poter essere ricondotte a un unico parametro di valutazione. I creditori ipotecari o privilegiati non possono essere assimilati a quelli chirografari o postergati; i lavoratori e i fornitori abituali dell’impresa hanno un interesse a mantenerla in vita, che non sempre sussiste nei finanziatori o nei prestatori di servizi occasionali; un imprenditore concorrente o un soggetto coinvolto nella responsabilità per il dissesto aziendale, la vedono diversamente da chi è rimasto estraneo all’attività gestoria. Per superare conflitti di questo tipo è impossibile (o, comunque, è molto costoso in termini di tempo e di risorse) fare ricorso a un accordo, mentre appare più opportuno rivolgersi a un terzo neutrale (un giudice o altra Autorità dotata della necessaria competenza) per mettere dei punti fermi e andare avanti nella soluzione dei problemi.

6. Il carattere officioso del fallimento

Il tema merita d’essere approfondito con riferimento ad alcune specifiche questioni. Iniziamo dalla soppressione del fallimento d’ufficio. In linea di massima, si può ritenere che questa novità, introdotta dalla riforma Vietti, debba essere valutata in maniera positiva (anche se all’inizio ero perplesso), perché tocca ai diretti interessati stabilire se è conveniente concedere ancora fiducia al debitore; se è inutile perseguirlo con aggravii di costi e perdite di tempo, o non sia miglior partito far dichiarare subito il fallimento. Del resto, se vi fosse un interesse generale all’apertura del concorso (per scongiurare un danno maggiore) resterebbe sempre l’iniziativa del pubblico ministero a garantire un sollecito intervento (il che fa sembrare un po’ ipocrita l’atteggiamento del legislatore, giacché toglie con una mano ciò che continua a concedere con l’altra).

Il problema si pone in termini diversi quando occorre passare dal

concordato preventivo al fallimento, nei casi di proposta inammissibile (art. 162, comma secondo, l. fall.), di revoca dell'ammissione (art. 173, comma secondo), di mancato raggiungimento delle maggioranze previste dalla legge (art. 179, comma primo), di rifiuto dell'omologa da parte del tribunale (art. 180, comma settimo), e via elencando. In tutte queste ipotesi (e nelle altre che forse ho ommesso di censire) il legislatore, in ossequio al nuovo dogma dell'impossibilità di dichiarare il fallimento d'ufficio, ha fatto ricorso a un sistema alquanto macchinoso, giacché ha inibito al tribunale di procedere in piena autonomia all'accertamento dello stato d'insolvenza, imponendogli (se dovesse mancare l'istanza di almeno un creditore) di trasmettere gli atti al pubblico ministero, per decidere sul da farsi.

Sul piano pratico, gli inconvenienti creati da tale assetto normativo sono modesti, perché si limitano a un inutile passaggio di carte, senza incidere sugli effetti sostanziali della tutela. Prima a livello giurisprudenziale, e poi anche a livello legislativo, è stato ribadito, infatti, il vecchio principio della consecuzione (senza soluzione di continuità) delle procedure concorsuali, con le note conseguenze per quanto concerne il calcolo del periodo sospetto ai fini dell'esercizio delle revocatorie.

Sul piano concettuale, tuttavia, mi preme chiarire che la predetta soluzione normativa non è imposta dal fatto che il concordato preventivo può fondarsi su un semplice *stato di crisi*, mentre il fallimento richiede l'*insolvenza* del debitore. Già in altra sede ho criticato l'introduzione di un nuovo concetto come presupposto del concordato, perché non riesco a capire con quale faccia un debitore possa sostenere di non essere insolvente, proprio mentre sta offrendo ai creditori di pagare una (modesta) percentuale delle loro pretese. Se il debitore si comporta così – poiché non si può pensare che i creditori muoiano dalla voglia di fargli un regalo, per consentirgli di ristrutturare a loro spese l'azienda – se ne deve dedurre che è ben consapevole della gravità della crisi, e che sta facendo leva sui rischi insiti nel fallimento (prospettato come un'alternativa ormai inevitabile) per far accettare dei sacrifici, da considerare come un male minore.

In altri termini, l'unica arma di cui il debitore dispone per indurre i creditori a votare il concordato è proprio la minaccia del proprio fallimento e, quindi, non può lamentarsi se, in caso d'insuccesso del tentativo, subisce la sorte che aveva previsto. Vi è un principio di auto-respon-

sabilità, in base al quale chi sostiene l'assoluta necessità di un sacrificio, perché la situazione appare compromessa, non può poi affermare d'aver scherzato e di essere perfettamente in grado di pagare fino all'ultimo centesimo i propri debiti.

7. Il pericolo d'insolvenza

Forse, però, vi è anche un altro argomento (un po' meno impressionistico) per sostenere che il legislatore potrebbe benissimo – sempre *de iure condendo* – disciplinare la materia in maniera diversa, senza contraddirsi, anche se continua a individuare il presupposto del concordato in uno *stato di crisi*.

Secondo l'opinione corrente, infatti, lo stato di crisi consisterebbe in un *pericolo d'insolvenza*, che consentirebbe al debitore di presentare una proposta di concordato, mentre non permetterebbe ai creditori un'analoga iniziativa per chiedere il fallimento. Ma, qual è la differenza tra le due situazioni? È di carattere sostanziale, o consiste nella temporanea mancanza di prove idonee ad aprire la procedura? Va colta sul piano economico e patrimoniale, o concerne i soli profili finanziari della crisi? Il *pericolo d'insolvenza* fa ritenere la perdita della continuità aziendale come un evento solo probabile, del quale è lecito dubitare, o la fa ritenere certa, anche se in un futuro non immediato?

A mio avviso, per rispondere a tali quesiti è necessario partire da una premessa di carattere normativo: l'art. 5 della legge fallimentare richiede, per la dichiarazione di fallimento, che lo stato d'insolvenza “si manifesti in inadempimenti o altri *fatti esteriori*, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni”. I *fatti esteriori* – come ho cercato di dimostrare in altra sede – sono *prove*; ma sono *prove di facile accesso*, giacché né i creditori, né il pubblico ministero possono invadere la sfera personale del debitore per andare in cerca d'indizi sulla sua reale situazione economica. Proprio per questo, se non c'è una crisi finanziaria in atto, diventa difficile intervenire, a meno che il dissesto non risulti da altri elementi di pubblico dominio, o da valutazioni di organi accreditati (le Autorità di vigilanza, nei settori protetti). Se il debitore si fa avanti per chiedere un concordato, può farlo, ma deve sapere che in tal modo fornisce ai creditori e al-

l'Autorità giudiziaria quella prova dell'insolvenza che, fino a quel momento, ancora mancava.

Del resto, questa impostazione trova conferma in un altro rilievo: lo stato d'insolvenza può essere dichiarato anche quando non si è verificata una cessazione dei pagamenti, e cioè anche se i flussi finanziari e la liquidità residua dell'impresa consentirebbero di pagare ancora per un po' di tempo le obbligazioni in scadenza. La nostra legge non distingue tra debiti di scadenza prossima e debiti che dovranno essere estinti in un futuro più remoto, ma fa genericamente riferimento alla capacità di adempiere "regolarmente le proprie obbligazioni": *tutte* le obbligazioni. Il che vuol dire che vi può essere un'insolvenza legata a fattori economici e patrimoniali (si pensi ai dissesti delle banche o delle società d'assicurazione), anche se non è ancora subentrata la crisi finanziaria con la conseguente cessazione dei pagamenti.

Questa tesi, per altro, trova un'importante riprova dal fatto che, anche gli ordinamenti, come quello tedesco, nei quali il concetto d'insolvenza sembrerebbe presupporre una crisi finanziaria in atto (perché le norme specificano che gli inadempimenti si devono riferire a debiti già scaduti o di prossima scadenza) prevedono esplicitamente (per le persone giuridiche, comprese le società di capitali) un presupposto alternativo per l'apertura del concorso, costituito dalla *Ueberschuldung*, e cioè da una situazione patrimoniale di sovraindebitamento. La nostra legge fallimentare, invece di dettare due disposizioni distinte e più specifiche (una per la crisi finanziaria, l'altra per l'insufficienza patrimoniale), ne contiene una sola, più generica (giacché non distingue tra obbligazioni scadute, di prossima scadenza o di scadenza remota), ma il risultato è lo stesso.

Non può sfuggire dove porti il ragionamento: se lo stato d'insolvenza non presuppone necessariamente una crisi finanziaria in atto, ma può essere determinato (sia pure in ipotesi eccezionali) dalle condizioni economiche e patrimoniali dell'impresa, si può benissimo immaginare una crisi "asintomatica", nella quale la prima manifestazione esteriore del dissesto è costituita proprio dalla proposta di concordato presentata dal debitore. Dopo di che – una volta caduto il velo di riserbo sulle condizioni dell'impresa – l'insolvenza deve ritenersi dimostrata per fatti concludenti e la procedura può evolvere in automatico verso il suo naturale epilogo, qualora il tentativo di accordo con i creditori non dovesse andare in

porto. Per altro, è opportuno ricordare che la dottrina più antica considerava la proposta di concordato (anche se informale) come una prova *diretta* della cessazione dei pagamenti, mentre uno o più inadempimenti non valevano come prove altrettanto univoche, giacché avrebbero potuto essere giustificati da altri buoni motivi (e cioè da “eccezioni che il debitore in buona fede possa credere fondate”, come recitava l’art. 705 del vecchio codice di commercio).

8. I poteri dell’Autorità giudiziaria nel concordato

Le considerazioni che precedono lasciano intuire che i confini tra potere pubblico e autonomia privata non possono essere stabiliti, nelle procedure concorsuali, in maniera apodittica e *a priori*; e che una privatizzazione a tutti i costi può provocare, in questo campo, seri inconvenienti sul piano dell’efficienza degli strumenti di tutela.

La questione ha suscitato un serrato dibattito, soprattutto con riferimento ai poteri del giudice nell’approvazione del concordato. Al riguardo ci si è chiesti, infatti, se l’Autorità giudiziaria possa intervenire nell’accertamento dei presupposti della convenienza della proposta e della fattibilità del piano, o non debba assumere un atteggiamento remissivo, lasciando la decisione ultima ai creditori.

Sono stato sempre convinto che il problema non può essere risolto sulla base di criteri puramente logici, ma richieda un po’ di buon senso. Il giudice non è un passacarte e, quindi, se si rende conto che la proposta è ambigua o indeterminata, o che la l’attestazione di fattibilità del piano non contiene alcuna assunzione di responsabilità (in quanto è formulata in termini vaghi o puramente ipotetici), o è immotivata e contraddittoria, non può far finta di niente, ma deve richiamare le parti (debitore e tecnici) ai loro doveri, e – qualora l’atteggiamento sfuggente dovesse perdurare – deve interrompere la procedura per passare (con le già viste modalità) alla dichiarazione d’insolvenza.

A prima vista questa soluzione – di recente accolta anche dal supremo Collegio – può sembrare paternalistica, perché sembrerebbe partire dal presupposto che i creditori non sappiano valutare se la proposta concordataria è truffaldina, o se il piano attestato è un libro dei sogni. Anche a questo riguardo occorre procedere con discernimento, perché è

ovvio che il giudice non può sostituirsi ai tecnici, o alle parti, nel compiere le valutazioni economiche di cui stiamo parlando. Tuttavia, se la produzione documentale è inadeguata, non può sottrarsi al proprio compito d'impedire che attraverso una procedura giudiziale possa perpetrarsi un imbroglio a spese dei soggetti meno esperti o meno motivati (a causa del modesto ammontare della loro pretesa) ad attivarsi per contrastare tentativi avventuristici o fraudolenti. In fondo, un controllo fondato sul buon senso o su una logica elementare (per la quale due più due fa sempre quattro) può costituire un buon antidoto contro certi sotterfugi degli attestatori (la *nimia calliditas* dei romani), che vorrebbero far convivere il diavolo (l'attestazione positiva) con l'acqua santa (restare immuni da eventuali responsabilità).

Non si può tacere, tuttavia, che sullo sfondo s'intravede un altro quesito, e cioè se il concordato possa essere davvero equiparato, in tutto e per tutto, a un contratto; e se la massa dei creditori possa essere considerata alla stregua di un soggetto collettivo capace d'individuare con piena consapevolezza e unità d'intenti (anche se a maggioranza) la soluzione più conveniente.

Il mio giudizio, al riguardo, è negativo. Poche pagine più sopra, in questo stesso scritto, ho già detto che gli interessi dei creditori sono tutt'altro che uniformi, e che non è facile ricondurli ad unità. In altra sede (*Concordati senza consenso*, in *Riv. dir. comm.*, 2016) ho fatto notare come in molte occasioni il legislatore abbia permesso di superare il dissenso di alcuni creditori (o classi di creditori) sulla base di un provvedimento del giudice che consideri *irragionevole* il rifiuto d'approvare il concordato. Forse, è venuto il momento d'andare più a fondo nell'esame del problema.

9. Concordati e consenso dei creditori

I termini della questione sono abbastanza semplici. Il legislatore non può ignorare che gli interessi dei creditori privilegiati non coincidono con quelli dei creditori chirografari. Proprio per questo motivo ha sempre impedito alle due categorie di soggetti di confondersi in un'unica assemblea (o in un unico procedimento deliberativo) e, quindi, ha tolto ai creditori privilegiati il diritto di voto, se non rinunciano almeno a una

parte della prelazione. La giurisprudenza, dal canto suo, aveva fatto (sotto il vigore del vecchio testo della legge fallimentare) un ulteriore passo in avanti, arrivando alla conclusione che i creditori privilegiati, proprio perché non votano, avrebbero dovuto essere soddisfatti per intero, anche se il valore della garanzia non copriva l'ammontare della loro pretesa. La riforma ha cercato d'ovviare all'inconveniente (che porta a una palese ingiustizia in danno dei chirografari), ma sul piano applicativo ha lasciato molti nodi da sciogliere, sui quali mi sono intrattenuto nello scritto sopra citato.

Se non sbaglio, però, il quesito ha una portata ancora più generale, perché – anche a dare per risolti i *dubbi* in merito alla posizione dei creditori privilegiati, ai quali accennavo innanzi – resta da capire quale trattamento riservare ai creditori postergati. Sul piano formale, anche costoro sono titolari di valide pretese giuridiche e, quindi, avrebbero diritto a partecipare, sia pure in subordine, al concorso. Tuttavia, non si può ragionevolmente pensare di farli votare nel concordato, perché significherebbe mettere nelle loro mani un'arma di ricatto: infatti, per farli aderire alla proposta e non sconvolgere le maggioranze, li si dovrebbe allettare con un compenso, mentre in caso di liquidazione coatta del patrimonio non otterrebbero neppure un centesimo.

Come si vede, si crea un circolo vizioso perché, per far funzionare le cose, i creditori dovrebbero ricevere, nel concordato, una percentuale pressappoco equivalente all'ipotetico dividendo fallimentare. Partendo da tale premessa, saremmo portati ad attribuire a ciascuno di essi un diritto di voto commisurato al suo interesse nell'operazione, e cioè alla predetta percentuale. Ne consegue, che dovrebbero essere esclusi dal voto tutti coloro che, a causa del loro rango, non otterrebbero in sede di riparto il benché minimo soddisfacimento. Per fare questo calcolo, però, dovremmo conoscere *ex ante* l'esito della liquidazione del patrimonio, mentre il concordato serve a impedire che i beni del debitore vengano venduti alla spicciolata.

Per uscire dal circolo non v'è che una strada: far stimare i beni e immaginare un ipotetico piano di riparto. Ciò significa, però, che i creditori non sono legittimati al voto sulla base dell'importo nominale della loro pretesa, bensì in base a una stima delle varie poste del patrimonio, approvata da un giudice. A questo punto, il passo è breve ad ammettere che il concordato non si fonda sul *consenso*, ma sulla capacità del siste-

ma di ripartire in maniera *equa* la torta. I creditori possono essere consultati, perché la loro opinione è utile, sia sul piano della pace sociale (affinché non sembri che le decisioni, in questa delicatissima materia, vengono calate dall'alto), sia su un piano puramente informativo (giacché i creditori spesso sono in grado di valutare meglio di ogni altro la serietà del debitore e la convenienza della proposta). Il loro voto, però, non sempre è *ammesso* dalla legge (si pensi alle ipotesi di conflitto d'interesse espressamente previste dalle norme); non sempre è *necessario* (si pensi ai concordati delle liquidazioni coatte amministrative); non sempre è *decisivo* (si pensi al potere di *cram down* attribuito al giudice nel concordato per classi).

A una soluzione fondata sulla *giustizia procedurale* – per la quale un certo assetto d'interessi merita tutela, se il procedimento volitivo o deliberativo, che l'ha prodotto, è immune da vizi – si è sostituita una soluzione fondata sulla *giustizia commutativa*, per la quale conta solo l'equità sostanziale della decisione, e cioè, nel nostro caso, il fatto che la *percentuale concordataria* sia pressoché equivalente all'ipotetica *quota di riparto* che si potrebbe ottenere nel fallimento.

10. L'insopprimibilità delle istanze pubblicistiche

Come si vede, il progetto di *privatizzare* le procedure concorsuali mostra, alla lunga, la corda. In una società complessa diventa sempre più difficile dirimere i conflitti d'interessi su basi puramente consensuali. Per garantire l'efficienza del sistema, in molti casi occorre prescindere dalla volontà del singolo, per sostituirla con valutazioni tecniche, spesso discutibili, ma complessivamente in grado d'accelerare i tempi necessari per superare la crisi. Del resto, non è un caso se la storia di questi istituti è tutta all'insegna di una maggiore pubblicizzazione del procedimento. Si è partiti da una reazione spontanea dei creditori (la rottura del banco) e da regole organizzative (la nomina del curatore) lasciate all'autonomia privata, per arrivare a strumenti sempre più sofisticati di composizione dell'insolvenza, fondati su perizie e piani di risanamento avallati da un decisore pubblico (un giudice o un'Autorità indipendente).

Si deve considerare, tuttavia, che la riforma Vietti non ha puntato sulla valorizzazione di piani attestati, accordi di ristrutturazione dei de-

biti e concordati solo perché consentivano una soluzione entro certi limiti *negoziale* (non autoritativa) del dissesto. I predetti strumenti presentavano altri due vantaggi: *a*) liberavano, in tutto o in parte, dalle obbligazioni il debitore, in modo da favorirne il reinserimento nel mondo produttivo; *b*) facilitavano (attraverso la parziale esdebitazione) un rifinanziamento dell'impresa, per consentire di pagare i debiti, senza fare ricorso (con aggravio di spese e di tempo) alla liquidazione coatta del patrimonio. Anche in questo caso, i due profili messi in evidenza vanno esaminati separatamente.

11. Il reinserimento del debitore nelle attività produttive

Iniziamo dall'esdebitazione. Si tratta di un aspetto importante in un'economia moderna, sia perché le crisi imprenditoriali spesso non dipendono dalla frode del debitore (la famosa massima "*decoctor ergo fraudator*" appare, ormai, palesemente mendace), ma dalle oggettive condizioni del mercato; sia perché il reinserimento del debitore nel ciclo produttivo viene considerato con favore, tanto per gli effetti di carattere personale (come antidoto alla depressione, allo smarrimento, alla chiusura in se stessi, *etc.*), quanto sul piano economico (anche chi ha avuto un insuccesso può costituire una risorsa per incrementare il famoso Prodotto Interno Lordo). La nostra è una società nella quale può essere difficile vivere, ma, proprio per questo, a ognuno viene riconosciuto il diritto a sbagliare, purché tragga profitto dagli errori commessi.

Al riguardo, in questi ultimi anni in Italia s'è verificato un fenomeno interessante. A parole, nessuno (o quasi) contesta l'esigenza di concedere una seconda *chance* al debitore, anche perché la normativa internazionale ce lo chiede. Nei fatti, tuttavia, si registrano due tendenze contrapposte: da un lato, vi è chi insiste nel concedere agevolazioni (finanziarie, economiche, procedurali) a chi propone un concordato o un accordo di ristrutturazione dei debiti; dall'altro lato, vi è chi pone sempre nuovi vincoli per accedere alla procedura e ottenere la sospirata esdebitazione.

Una vicenda emblematica è quella relativa alla percentuale minima da garantire ai creditori chirografari nel concordato preventivo. La riforma Vietti aveva eliminato la soglia del quaranta per cento contenuta

nella legge del 1942. Ci si poteva aspettare, pertanto, che i concordati potessero essere ammessi e omologati anche quando prevedevano il pagamento (per intero o in percentuale) dei soli creditori privilegiati, pretermettendo i chirografari, qualora le loro pretese non trovassero capienza nel patrimonio del debitore. La giurisprudenza di merito, invece, ha preteso (in sede di omologa, a differenza di quanto si è deciso in sede di esdebitazione) che il debitore offrisse anche ai chirografari un qualche ristoro. La Cassazione ha rincarato la dose, tirando in ballo la teoria della *causa in concreto*, secondo la quale il concordato non assolverebbe la propria funzione, se una classe di creditori dovesse essere soddisfatta in misura irrisoria. Le ultime riforme sono ritornate sul tema, ponendo varie soglie (in termini di percentuali di soddisfo dei creditori chirografari) per l'omologa del concordato o per escludere l'intervento di soggetti esterni.

A prima vista, potrebbe sembrare che un maggior rigore, in questa materia, non guasti, perché un'eccessiva accondiscendenza rischierebbe di trasformare il concordato in una barzelletta, nella quale il debitore viene liberato, mentre i creditori non ottengono nulla in cambio. Sarebbe giusto, pertanto, richiamare il debitore alle proprie responsabilità, imponendogli di chiedere l'accesso alla procedura quando la situazione non è ancora del tutto compromessa. La fissazione di una percentuale minima dovrebbe servire a esercitare una pressione sull'obbligato, per anticipare l'accesso alle procedure concorsuali.

Lo schema argomentativo è noto ma, a mio sommo avviso, trascura molte cose. Innanzi tutto, i crediti privilegiati, in Italia, costituiscono una parte rilevante, o addirittura maggioritaria, del passivo: soddisfarli, in tutto o in parte, non è un'impresa da poco. In secondo luogo, il declino dell'impresa in alcuni casi (si pensi alla crisi dei piccoli esercizi commerciali, resi antieconomici dalla concorrenza dei super- e degli ipermercati) è inevitabile, e le perdite registrate in sede di fallimento non dipendono dalla frode del debitore, ma dal cambiamento di destinazione dei beni aziendali. Infine, la tesi della pressione indiretta sul debitore, per spingerlo ad accelerare l'accesso alle procedure concorsuali, ha sempre lasciato il tempo che trova, e così sarà ancora a lungo, fino a quando l'ordinamento non garantirà all'obbligato una liberazione certa e conseguibile in tempi ragionevolmente brevi.

Detto questo, si deve capire che, se si vuole attribuire alla procedura la funzione di reinserire il debitore nel mondo produttivo, non gli si può

chiedere di pagare ai creditori più di ciò che ha: il limite della percentuale da corrispondere non può essere fissato in misura astratta, ma dipende dal valore residuo del patrimonio, calcolato tenendo conto, non dei valori di sostituzione (quanto denaro serve per ricostruire il capannone industriale, nel quale è ubicata l'attività produttiva entrata in crisi), bensì dei valori di realizzo (quanto vale il medesimo capannone, se lo si reimmette sul mercato ai prezzi correnti, con una diversa destinazione d'uso: v., però, quanto osservato *infra*, Cap. II, § 16 e Cap. III, § 24). Proprio per questo non condivido l'idea d'obbligare il debitore a mettere a disposizione dei creditori delle risorse aggiuntive rispetto a quelle ricavabili dalla liquidazione dei beni; o d'imporgli – per ottenere dei benefici – l'onere di continuare l'attività d'impresa, anche se palesemente antieconomica.

Se il concordato deve avere quella finalità riabilitativa, di cui tanto si parla, non può essere sottoposto a condizioni vessatorie. Per scongiurare le frodi, vi sono altri strumenti ai quali ricorrere: un giuramento del debitore sulla reale consistenza del patrimonio, considerati anche i beni recuperabili attraverso le revocatorie; indagini patrimoniali accurate, affidate ad appositi organi tecnici; destinare alla massa creditoria i beni sopravvenuti a titolo gratuito (o per successione *mortis causa*) in un certo arco di tempo successivo all'omologazione del concordato; ripristinare il giudizio di meritevolezza, e via dicendo. In definitiva, anche il beneficio dell'esdebitazione può essere dosato, o revocato, a seconda della condotta tenuta dal debitore e a seconda dell'oggettivo sviluppo delle sue condizioni patrimoniali (ad es.: poco dopo l'omologazione del concordato il debitore riceve un'eredità). Non ha senso, invece, far finta di concedere un beneficio, per poi sottoporlo a presupposti di fatto irrealizzabili.

Tutto ciò dimostra come il collegamento istituito dalla riforma Vietti tra il concordato e il reinserimento del debitore nel mondo produttivo appare più problematico di quanto non potesse sembrare *ex ante*. Il raggiungimento di un accordo con i creditori, la gestione della crisi finanziaria, l'esecuzione del piano, sono obiettivi troppo complessi, per potervi legare in maniera esclusiva un effetto – come quello dell'esdebitazione – che deve essere perseguito anche con altri strumenti. Ciò non significa che si debba rinunciare al concordato, ma occorre almeno ripensare i rapporti tra le sue funzioni (satisfattiva e liberatoria), per renderle compatibili. Se si vuole davvero la liberazione del debitore, per consen-

tirgli di rifarsi una nuova vita, forse è necessario concedergli (sempre a certe condizioni e con dei limiti) l'esdebitazione *a prescindere* dagli esiti della liquidazione del suo patrimonio e a prescindere dalle percentuali di soddisfacimento dei creditori.

12. Concordato e continuità aziendale

Vi è un altro aspetto delle più recenti riforme, di cui è opportuno parlare. Il legislatore, infatti, mentre appare a dir poco perplesso nel far proprio l'obiettivo dell'esdebitazione, sta investendo molto, invece, nel cosiddetto concordato con continuità aziendale, elargendo una serie di agevolazioni (finanziamenti in prededuzione; scioglimento anticipato dai contratti ritenuti onerosi o non in linea con il nuovo assetto organizzativo progettato per uscire dalla crisi; agevolazioni nei rapporti con la Pubblica amministrazione; pagamenti integrali dei creditori strategici, anche per pretese sorte prima all'apertura del concorso; proposte concorrenti per la cessione d'azienda, e via dicendo), come se, in un'economia depressa, la salvezza dell'impresa fosse il primo obiettivo da perseguire.

In un'economia capitalistica le procedure concorsuali servono ad assicurare il ricambio alla guida delle imprese, in modo da garantire la concorrenza. Il problema, com'è noto, è delicatissimo, ma, se lo si affronta sulla base del semplice buon senso, senza avere la pretesa di formulare nuove teorie economiche, si può anche concedere che lo Stato intervenga (a certe condizioni) per salvare le imprese strategiche; non sembra saggio, invece, estendere un'analogia tutela ad aziende che escono dal mercato per l'inadeguatezza della struttura organizzativa. Proprio per questo – capovolgendo una nota massima – in qualche caso può essere utile *eliminare l'impresa* (attraverso il fallimento) *salvando l'imprenditore* (con l'esdebitazione): tutto dipende dalle condizioni nelle quali l'una e l'altro operano sul mercato.

A quanto sembra, invece, il legislatore – preceduto da corposi indirizzi giurisprudenziali – sta cercando di costruire, con gli interventi sul concordato, una sorta di amministrazione straordinaria in sedicesimi, governata da giudici. Vi è una reazione di rigetto verso il concordato tradizionale – visto come uno strumento per salvare l'imprenditore/capitalista – e un rimpianto per la soppressione dell'amministrazione con-

trollata, la quale aveva il pregio, sempre agli occhi dei magistrati, di un approccio *soft* ai problemi posti dai dissesti economici, se non altro perché consentiva di supplire alla mancanza d'adequati ammortizzatori sociali.

Inutile dire che, in una prospettiva volta a recuperare la produttività del lavoro e l'efficienza del sistema economico, il ritorno a un uso *alternativo* delle procedure concorsuali (come ammortizzatori sociali) appare una battaglia di retroguardia. Forse, è opportuno sottolineare che – se quanto precede è vero – il problema non è di accentuare o ridurre i poteri d'intervento del giudice: è di decidere se sia opportuno incoraggiare una politica di gestione giudiziaria delle crisi d'impresa, per cercare di salvare quante più aziende possibile; o non convenga rassegnarsi a delle perdite su tale fronte, puntando a una più immediata tutela dei creditori, bilanciata da una più rapida esdebitazione del fallito. In altri termini, non si tratta di negare al giudice certi poteri d'intervento, necessari per organizzare il consenso nel concordato, o per superare certe forme di dissenso ostruzionistico. Si tratta di puntare a una complessiva *disintermediazione giurisdizionale*, e cioè a una drastica riduzione dei tentativi di salvataggio d'impresе marginali e irrecuperabili, senza rinunciare all'obiettivo di una celere liberazione del debitore.

Del resto, è un'esperienza già fatta mille e mille volte che le imprese gestite dai tribunali non funzionano, non solo per la mancanza d'adequate capacità imprenditoriali (i tecnici assoldati con funzioni manageriali sono altra cosa da un imprenditore), ma perché devono cimentarsi in attività competitive, che non possono essere affrontate con successo da chi è zavorrato da continui controlli e inceppi burocratici. Può essere utile una gestione interinale dell'impresa in vista di una cessione d'azienda (o un affitto mirato allo stesso scopo), ma una ristrutturazione organizzativa affidata per intero a una procedura concorsuale è quasi sempre votata all'insuccesso, se non altro per la mancanza d'adequate risorse finanziarie. Gli esercizi provvisori delle imprese, o le nuove forme d'amministrazione controllata (o straordinaria), possono dare un momentaneo sollievo alle famiglie dei lavoratori, e non è poco; tuttavia, se durano a lungo, fanno solo buttare i soldi dalla finestra.

13. Occorre indirizzarsi verso una procedura concorsuale unitaria?

Fatte queste premesse – che riguardano le procedure concorsuali in genere – ci si deve chiedere se il concordato, nello specifico, sia uno strumento adatto a praticare dei tentativi di salvataggio, o non sia meglio fare ricorso a assetti procedurali più solidi, tendenzialmente unitari. A ben guardare, infatti, il concordato attualmente vive in un clima di profonde contraddizioni. La legge, per un verso, incoraggia il debitore a farvi ricorso, ma poi prevede un sistema di proposte concorrenti, che minacciano di privarlo dell'intero patrimonio. Da un lato, la nuova disciplina offre (con la possibilità di presentare una domanda di concordato in bianco) un ampio periodo d'immunità dalle azioni esecutive, volto ad agevolare le trattative con i creditori; ma poi, al primo errore, si revoca l'ammissione alla procedura (*ex art. 173 l. fall.*) e, una volta dichiarato il fallimento, non si consente di tornare indietro, nemmeno se si riconosce che il provvedimento di revoca era infondato. Si consente al debitore di violare la *par condicio* e di sciogliersi da contratti validamente conclusi, ma poi gli s'impone di pagare ai creditori delle percentuali che non trovano capienza nel patrimonio responsabile. Si aspira all'esdebitazione, ma si guarda con sospetto alla cessione dei beni ai creditori, sebbene sia lo strumento più tradizionale per conseguire la liberazione del debitore.

In questa situazione d'ambiguità non può sorprendere che l'istituto sia entrato in crisi o, comunque, non attiri gli imprenditori in difficoltà, se non per la moratoria prevista per i concordati (come ora usa dire) "con prenotazione". Ancora una volta: una tregua può dare un attimo di sollievo al debitore, ma presenta il grave inconveniente di favorire le frodi e di ritardare il *redde rationem* con i creditori.

Tutto considerato, mi sembra che al legislatore si offrano due percorsi alternativi e divergenti. Il primo consiste nel ritornare a una visione tradizionale del concordato, che mira innanzi tutto a liberare il debitore. In questa prospettiva è necessario: rinunciare a imporre una percentuale minima nel soddisfacimento dei creditori; abbandonare il sistema delle proposte concorrenti; impedire le violazioni della *par condicio*, o lo scioglimento dagli impegni contrattuali in deroga ai principi dell'autonomia privata. Anche le prededuzioni dovrebbero essere ridotte al minimo, mentre potrebbe tornare ad avere pieno diritto di cittadinanza (ma ciò è più discutibile) il concordato con cessione dei beni ai creditori.

La seconda strada consiste nel mantenere (in tutto o in parte) l'odierno armamentario di agevolazioni per il superamento della crisi: ma allora, per fare chiarezza, sarebbe opportuno partire da una dichiarazione d'insolvenza, alla quale segua una breve moratoria, che consenta al debitore d' esporre i propri progetti ai creditori, per ottenere il necessario consenso. Qualora le cose non dovessero andare nel verso giusto, il giudice potrebbe intervenire con immediatezza, con un ampio ventaglio di scelte alternative, che potrebbero andare: dall'eliminazione di alcuni ostacoli al concordato (come le ipoteche giudiziali iscritte in un breve lasso di tempo anteriore all'inizio della procedura), all'impiego del *cram down* per piegare, nei concordati per classi, il dissenso di creditori irragionevoli; da un sistema di offerte competitive per cedere l'azienda, fino all'estromissione del debitore e all'approvazione di un piano volto alla ristrutturazione dell'impresa, con l'eventuale vendita d'alcuni suoi rami e/o la soppressione di altri (e il conseguente scioglimento da certi impegni contrattuali).

In questa prospettiva, può anche essere opportuno che il piano per uscire dalla crisi sia preparato nei dettagli e approvato dai maggiori interlocutori ancor prima di essere presentato al giudice. Ma, poi, si deve imporre che la procedura passi attraverso un accertamento del dissesto, che giustifichi certi interventi autoritativi a carico del debitore o di terzi; e soprattutto occorre che l'autorità, alla quale spetta il compito di governare la crisi, sia messa in grado di conoscere in maniera approfondita i termini del problema. Una concentrazione delle informazioni rilevanti presso un unico centro decisionale – che deve pronunciarsi in merito al tentativo di salvataggio dell'impresa e alla distribuzione dei costi tra le varie classi di creditori – è indispensabile per impedire che la situazione resti congelata per mesi, senza un soggetto in grado di trovare, con la necessaria celerità, uno sbocco alla crisi.

14. Un primo bilancio

I rilievi che precedono consentono di trarre qualche conclusione:

a) innanzi tutto, è opportuno ribadire che il *commiato* dal fallimento non può essere giustificato dall'esigenza di superare la vecchia concezione sanzionatoria delle procedure concorsuali, per attribuire loro una

funzione satisfattiva: tale obiettivo era stato già individuato dalle teorie patrimonialistiche dell'obbligazione di fine Ottocento, ed è stato conseguito più di un secolo fa;

b) più credibile potrebbe sembrare l'obiettivo di reinserire il debitore insolvente nel ciclo produttivo, per consentirgli di ripartire da zero, offrendogli una seconda occasione: come si è visto, però, questa impostazione trova molte resistenze, sia a livello politico, sia in giurisprudenza;

c) nel dibattito dottrinale è emersa la tendenza (che ha trovato un certo sostegno anche da parte della suprema Corte) a rileggere in chiave privatistica i nuovi strumenti (gli accordi di ristrutturazione e i concordati) che il legislatore ha messo a disposizione per superare la crisi. Anche tale orientamento, tuttavia, ha mostrato presto la corda, perché, in una società complessa come la nostra – nella quale i creditori assumono posizioni diverse, sia per il tipo di rapporti economici intrattenuti con l'imprenditore, sia per il rango nella distribuzione del ricavato – certi nodi non possono essere sciolti su basi puramente consensuali, ma vanno tagliati con il supporto di un'Autorità (giurisdizionale o amministrativa) dotata della necessaria legittimazione e assistita da adeguate indagini conoscitive;

d) molto maggior successo sembra avere, da ultimo, l'idea che le procedure concorsuali, compreso il concordato preventivo, debbano far salva la continuità aziendale, in modo da non disperdere certi valori organizzativi. Questo sbocco, ovviamente, è auspicabile, ma non può costituire un obiettivo da raggiungere a tutti i costi: sia perché l'eliminazione delle imprese inefficienti è il risultato naturale della competizione economica; sia perché il ricorso indiscriminato ai piani di ristrutturazione e ai tentativi di salvataggio potrebbe compromettere l'efficienza del sistema, assorbendo risorse (in termini di tempo e di denaro) che sarebbe opportuno indirizzare ad altri scopi.

Come si vede, ci troviamo in una situazione strana e contraddittoria: il senso comune porta a ritenere che le procedure concorsuali vecchia maniera abbiano fatto il loro tempo; quando ci s'interroga, tuttavia, in merito alle *ragioni* di un commiato dalla vecchia legge fallimentare, non si riesce a individuarle con certezza, non si sa in quale direzione muoversi. Tutto sembra ridursi a una moda linguistica passeggera, all'ennesima manifestazione di quel "buonismo" all'italiana, che induce a cambiare il nome alle cose, per non mutarne la sostanza.

15. Il passaggio da un'economia industriale a un'economia finanziaria

Queste conclusioni possono sembrare disarmanti e giustificano, almeno in parte, il clima d'incertezza nel quale stiamo vivendo. Per uscire dalle secche di un dibattito sterile, occorre guardare il problema in una prospettiva più ampia, partendo dallo scenario economico e sociale, nel quale le procedure in esame sono chiamate a operare.

In uno scritto di qualche anno fa, dedicato a Giuseppe Ferri, avevo osservato come il fallimento avesse mutato pelle con il passaggio da un'economia mercantile, basata sulla classica attività d'intermediazione nello scambio e sul credito commerciale (sconto di cambiali e altri effetti di commercio, affidamenti in conto corrente, altre operazioni a breve termine), a un'economia industriale, basata sull'organizzazione dei fattori produttivi e sui finanziamenti (spesso mutui ipotecari) di medio-lungo periodo. Ciò che nel primo caso poteva sembrare perfettamente funzionale alle esigenze del mercato (la vendita al minuto delle residue scorte di magazzino e degli altri beni del debitore, un uso massiccio e indiscriminato delle revocatorie per ristabilire la *par condicio* a favore dei creditori chirografari, e via dicendo), appariva controproducente nel secondo, che richiedeva la salvaguardia dei valori organizzativi, un uso parco delle revocatorie (per non scardinare la rete di rapporti sui quali si fondava l'organizzazione produttiva), un intervento precoce sui fattori di crisi e via elencando.

Adesso, dobbiamo prendere atto di vivere, già da tempo, in un'economia finanziaria, che pone sfide e problemi diversi. La prima differenza, a mio avviso, è data dal ruolo del capitale (in senso economico). Dai primi anni Sessanta del secolo scorso si è acuita la percezione che le imprese non avessero necessariamente bisogno di un cospicuo fondo patrimoniale, perché potevano essere gestite coordinando i fattori produttivi (comprese le risorse finanziarie necessarie ad avviare l'attività economica), purché i risultati fossero in grado di remunerare i costi, lasciando un congruo margine di utili. In questa prospettiva il concetto di capitale non si legava più alla proprietà dei beni destinati alla produzione (una sorta di cosa madre, capace di generare un reddito), ma caratterizzava un particolare tipo d'investimento, che offriva certi poteri in cambio dell'assunzione di un determinato livello di rischi.

Il ridimensionamento della funzione del capitale non è senza conseguenze nella sistemazione dei concetti del diritto privato. Il binomio impresa/proprietà diventa claudicante, perché la prima non ha più (necessariamente) bisogno della seconda, per affermarsi sul mercato. Se è concepibile – almeno in astratto – un'attività produttiva che inizi e si perpetui senza un fondo patrimoniale di partenza, se ne deve dedurre che il motore dell'impresa non è costituito da un soggetto dotato di un patrimonio, ma da un centro decisionale capace di combinare tra loro i fattori della produzione, ottimizzandone la resa. Da qui, poi, il passo è breve a ritenere che l'idea stessa di soggetto possa essere superata, giacché potrebbe essere sostituita dal collegamento funzionale tra una serie di relazioni giuridiche ed economiche volte ad attuare un progetto industriale o finanziario. L'obbligazione non sarebbe più un rapporto tra due patrimoni (come alla fine dell'Ottocento sosteneva Bonelli) ma individuerebbe la direzione imposta a certi flussi di risorse che s'intrecciano nel ciclo produttivo. A una visione del mondo giuridico “per soggetti” si sostituisce – come insegnava Ferro-Luzzi quasi cinquant'anni addietro – un insieme ordinato di “attività”. Al diritto soggettivo, inteso come un angolo di libertà nel quale l'individuo può sviluppare i propri interessi e la propria personalità sotto la protezione dell'ordinamento giuridico (l'*agere licere* di Barbero), si sostituisce l'immagine di un grappolo di poteri variamente articolati. Sorge il dubbio (Angelici) che il soggetto in alcuni settori dei rapporti commerciali non abbia più “diritti” nel senso tradizionale del termine, ma solo poteri e aspettative governate da *standard* di condotta imposti dalla legge o da valutazioni sociali (correttezza, buona fede, ragionevolezza, *etc.*). Non si tratta di “personificare” l'impresa, come pure tante volte si è proposto nella seconda metà del Novecento; e nemmeno di “squarciare il velo della persona giuridica” per porre rimedio a una *frode* o alla *confusione* tra più patrimoni, avvenuta per il mancato rispetto dei criteri d'imputazione delle attività e delle passività. Si tratta d'andare oltre lo schema del soggetto (come elemento al quale imputare diritti, poteri, *status*, immunità, obblighi, soggezioni e via dicendo) per adottare un diverso sistema di collegamento tra rapporti, più funzionale alle esigenze dell'economia.