

Alberto Jorio

# Il diritto della crisi e dell'insolvenza



**Giappichelli**

## PREFAZIONE

*Ho trascorso una buona parte della mia vita di studioso del diritto commerciale occupandomi essenzialmente del diritto concorsuale, un settore che ha sempre attirato la mia attenzione quale crocevia tra il diritto civile e commerciale, le regole concorsuali e il diritto processuale. La nascita del nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza mi ha indotto nella tentazione di cimentarmi in una lettura completa della nuova legge e nella redazione di questo manuale.*

*Un manuale ha caratteristiche specifiche, che lo distinguono da un trattato. Deve esporre la materia con un linguaggio chiaro, possibilmente semplice ma al tempo stesso in termini esaustivi, affinché il lettore possa facilmente comprendere ed assimilare le questioni essenziali. Non è cosa da poco.*

*Ho cercato di evitare la tentazione di immergermi esclusivamente nell'esegesi della nuova legge; ho preferito occupare un certo spazio del manuale nell'illustrare i contesti storici nei quali le regole concorsuali sono nate e si sono via via evolute, ritenendo importante offrire la lettura del percorso compiuto dalla nostra disciplina regolatrice delle crisi d'impresa. Nel contempo ho cercato di porre a confronto le nostre regole con quelle degli ordinamenti che più hanno influito su questo percorso; nell'allargamento dell'orizzonte ho fatto ricorso anche a miei precedenti scritti.*

*Non so se sono riuscito nel mio intento. So per certo di aver contratto un debito di gratitudine verso Marina Spiotta per i suggerimenti sempre puntuali che mi ha elargito.*

Torino, primavera 2023



## CAPITOLO I

# NASCITA E SVILUPPI DEGLI ISTITUTI DI REGOLAZIONE DELLE CRISI D'IMPRESA

SOMMARIO: 1. Origine e sviluppi delle procedure concorsuali. Il fallimento. – 2. Gli accordi tra debitore e creditori per limitare i danni dell'insolvenza. – 3. La lenta evoluzione nei secoli successivi. – 4. L'avvento della società industriale e la crisi degli istituti del diritto fallimentare in allora conosciuti. – 5. Il percorso della nostra disciplina concorsuale. La legge fallimentare del '42. La tutela del prioritario interesse dei creditori. L'istituto della revocatoria per la tutela della *par condicio creditorum*. – 6. Concordato preventivo e amministrazione controllata. – 7. La legge fallimentare e l'intervento dello Stato nelle crisi delle grandi crisi. – 8. Il dibattito sulla funzione delle procedure concorsuali. – 9. La prima legge (n. 95/1979) sull'amministrazione straordinaria. – *Alcune letture consigliate.*

### 1. ORIGINE E SVILUPPI DELLE PROCEDURE CONCORSUALI. IL FALLIMENTO

Molti anni or sono, allorché gli studenti ai quali questo libro è dedicato erano presumibilmente ancora ben lontani dal pensare che si sarebbero avvicinati agli studi giuridici, iniziavo un saggio su “Le procedure concorsuali tra tutela del credito e salvaguardia dei complessi produttivi” con le seguenti riflessioni:

“La questione di fondo di ogni moderna disciplina della crisi dell'impresa sta nella ricerca di una accettabile composizione delle due principali esigenze che scaturiscono dal dissesto: la preservazione, ove possibile, degli organismi produttivi e la tutela dei creditori. Si tratta di questioni essenziali del vivere civile, la cui importanza travalica l'ambito dei rapporti economici. Il sentimento comune, ancor prima del ragionamento giuridico, rifiuta sia le soluzioni che trascurino i primari interessi che gravitano attorno alla vita dell'impresa, e che appartengono anzitutto a chi da questa trae il proprio sostentamento, sia quelle che pretermettano senza adeguata giustificazione le attese dei creditori e alimentino in questo modo il germe dell'insicurezza nella tutela di beni primari, quali il credito e il risparmio. Come emerge dalla copiosa letteratura formatasi su questi temi negli ultimi decenni, queste esigenze sono state ricorrentemente enunciate piuttosto in chiave di contrapposizione che per indicare le ragioni di convivenza e di reciproco temperamento: il pendolo

Insolvenza:  
gli interessi  
coinvolti

oscilla periodicamente tra la difesa dei diritti dei creditori e il richiamo alla tutela dei posti di lavoro. Ove poi ci si convinca della necessità della ricerca di un punto di equilibrio, l'indicazione delle regole attraverso le quali quel temperamento possa in concreto verificarsi risulta compito non agevole, reso anzi più arduo da diversità ideologiche e culturali che possono contraddistinguere l'approccio ad uno dei problemi più rilevanti e complessi della moderna società industriale: la giusta (o meglio sarebbe dire la meno ingiusta) distribuzione dei sacrifici nei momenti di crisi, si tratti di un singolo complesso produttivo ovvero di settori più ampi del contesto economico e sociale. Se infine si considera che la contrapposizione di interessi relativi alla preservazione delle aziende e alla tutela dei creditori appare a volte tutt'altro che netta, in ragione del fatto che i soggetti coinvolti possono essere portatori al tempo stesso di entrambe le esigenze (basti pensare, oltre ai lavoratori, agli stessi fornitori, che sono nel contempo interessati al recupero dei crediti in sofferenza e alla prosecuzione dei rapporti economici con l'impresa), il quadro si complica ulteriormente e divengono ancor più evidenti le difficoltà di individuare nel concreto i cardini di una disciplina che possa ritenersi sufficientemente equilibrata".

Necessità di  
composizione

Mi sembra che queste riflessioni possano riproporsi ancor oggi, per il corretto approccio allo studio del diritto concorsuale. La disciplina delle crisi d'impresa e la tutela dei valori e degli interessi che ne sono coinvolti sono parte integrante, nel loro continuo evolversi, della storia delle società civili ed economiche. Conoscere le origini delle regole che oggi compongono il complesso Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (CCII), e quindi l'evoluzione, anche radicale, che queste regole hanno subito nel tempo è un esercizio, mi sentirei di affermare, indispensabile o certamente molto opportuno per chiunque intenda comprendere la ragion d'essere della disciplina che stiamo per esaminare.

Non deve sorprendere se iniziamo con il parlare del *fallimento*.

Le ragioni del  
fallimento

Nato nella sua ancor embrionale conformazione a cavallo dell'anno mille con le legislazioni statutarie dell'età intermedia, il fallimento del mercante che non aveva onorato i propri debiti intese assolvere una precisa funzione economico-sociale: reagire con modalità e strumenti estremamente severi alla turbativa che il reiterato inadempimento degli impegni assunti nell'ambito dei commerci, sintomatico per se stesso di insolvenza, recava all'ordinato sviluppo dei traffici e agli interessi del ceto mercantile, divenuto progressivamente dominante nel governo delle città, prima medioevali e poi rinascimentali, e principale artefice del loro straordinario fiorire. Il disordine che il debitore insolvente produceva e diffondeva sul mercato doveva essere severamente contrastato.

Gli interessi fondamentali sottesi alla nuova civiltà medioevale richiedevano questa reazione. Erano ormai finiti i cosiddetti "secoli bui" dell'alto medio evo, si erano consolidati nel nord Europa i primi stati nazionali ed in Italia era andata affermandosi la civiltà comunale: un mutamen-

to epocale, nel quale erano maturati i principi embrionali del diritto fallimentare, che nacque e si sviluppò di pari passo con il formarsi delle regole del diritto commerciale.

In effetti, l'alto medioevo non era stato terreno di coltura di nuovi istituti del diritto commerciale, e ciò per la semplice ragione che non se ne era sentita la necessità. Come è stato efficacemente ricordato, nell'alto medioevo “la vita economica si era chiusa all'interno delle proprietà feudali: le risorse della terra e i prodotti del lavoro dovevano bastare al consumo diretto dei produttori e soddisfare le pretese del signore feudale” (Galgano). Il commercio si era ridotto al baratto e i rapporti di scambio avvenivano all'ombra dei monasteri e delle torri dei castelli.

Tuttavia in quel mondo fatto di stagnazione economica, di incertezza e di pericoli, non avevano cessato di aggirarsi i mercanti girovaghi. “Il mercante postromano – ci ricorda Gastone Cottino – oltre ad esporsi ad enormi rischi, per lo stato penoso delle strade, per le alee legate alla totale insicurezza dei trasporti [...], non godeva, come già quello romano, di grande reputazione. Il suo mestiere lo collocava ai margini della società, di quel tanto di essa che era rimasta intatta o nella quale si erano ricostituiti frammenti di vita ‘normale’, e per quanto fosse di dura scorza, ne faceva facile preda di aggressioni e violenze [...] Certo i *pieds poudreux* non smisero mai di sciamare per le vie dell'Europa, in quelle percorribili senza troppi rischi. Ma i *pieds poudreux* o, come li ha definiti Le Goff, *les marchands itinérants* (...) furono l'avanguardia del ceto mercantile medioevale”.

Questa prima generazione di mercanti girovaghi aveva creato le basi per la formazione del capitale sul quale si fondarono le successive generazioni dei mercanti, destinati a risiedere stabilmente in città e a costituirne – per potere economico e politico – la classe dominante. E la formazione di una vera o propria classe mercantile fu il frutto di una rottura con il passato: “si trattò di un riassetamento del rapporto tra città e campagna e del passaggio da un'economia essenzialmente autarchica, in cui la prima e la seconda non erano nettamente differenziate, a una più netta separazione: non a caso accompagnato, proprio nei secoli a cavalcioni tra il IX e l'XI, da una forte ripresa degli scambi. E di un vero e proprio mutamento di mentalità verso gli affari, lento e contestato anche per i noti impacci ecclesiastici, ma di segno inequivocabile” (Cottino).

La rinascita della città e il proliferare delle corporazioni di arti e mestieri, furono il contesto sociale nel quale si sviluppò il governo dei mercanti e prese avvio la “rivoluzione commerciale”: un circuito virtuoso di nuovi rapporti tra nobiltà e classi produttive, e tra città e campagna, di sviluppo di nuovi strumenti di produzione, di diffusione dei traffici commerciali e della ricchezza, di abbellimento delle città e di amore per le arti. E furono anche il contesto nel quale poterono formarsi i nuovi istituti giuridici regolatori della nuova economia, che rappresentarono a loro volta la proiezione sulle regole di governo della città del potere economico e politico acquisito dalla classe mercantile.

I mercanti  
girovaghi

La  
“rivoluzione  
commerciale”

Lo *ius mercatorum* nacque appunto come espressione della classe mercantile dominante. Fonti ne erano gli statuti e le consuetudini delle corporazioni mercantili. Il contratto di diritto mercantile vedeva le parti, o anche una sola parte, appartenente alla classe dei mercanti ed era rivolto a premiare la mobilità dei beni oggetto dei contratti di compravendita, tutelando il compratore che avesse acquistato da un mercante, ancorché quest'ultimo non avesse titolo per vendere, e quindi favorendo lo sviluppo degli affari a scapito delle ragioni della proprietà.

Sorsero così i nuovi istituti giuridici destinati a costituire la cornice normativa nella quale, abbandonando i fragili schemi dell'economia curtense, la ricchezza potesse crescere e consolidarsi, ed i suoi detentori mantenere e rafforzare il potere economico e politico: la lettera di cambio, le scritture contabili, le società personali, le assicurazioni, i noli marittimi, la commenda (l'accordo con il quale il finanziatore "sedentario" finanziava il mercante viaggiatore, sopportando le spese e i rischi del viaggio, ma acquisendo i tre quarti dei vantaggi degli affari compiuti dal viaggiatore). E si affermarono i principi giuridici che ancor oggi connotano il diritto commerciale, ormai trasfuso nel nostro ordinamento nel diritto privato, quali la solidarietà passiva e il possesso di buona fede che vale titolo.

In questo nuovo contesto socio economico si plasmarono le regole del diritto fallimentare, che inizialmente riguardarono appunto, e comprensibilmente, soprattutto l'istituto del fallimento.

Tutela della società mercantile Il principio fondante del fallimento risiedeva, si è detto, nell'esigenza che lo sviluppo dei traffici e la creazione della ricchezza che ne derivava non venissero turbati dall'inadempimento delle obbligazioni. Un sistema economico che si veniva costruendo sempre più sulla fiducia che gli impegni sarebbero stati onorati, e quindi sul credito, non poteva essere messo in discussione da inadempienze: occorreva creare un clima di forte riprovazione sociale nei confronti del mercante e dell'artigiano che si fossero resi colpevoli di reiterati inadempimenti, qualunque ne fosse stata la causa, e nel contempo apprestare gli strumenti di tutela dei soggetti i cui interessi fossero stati lesi da quel riprovevole comportamento. La prevenzione venne fondamentalmente affidata al timore delle conseguenze che anche sul piano della libertà personale, propria e addirittura di quella del nucleo familiare, sarebbero potute derivare dall'inadempienza, e risiedette nelle sanzioni penali connesse automaticamente al fallimento, alle quali si attribuiva per la sua straordinaria severità una funzione deterrente.

Falliti sunt infames! L'insolvenza, nel complesso sistema socio economico della civiltà comunale, era di per se stessa un reato. Il termine fallito deriva da "fallere", che significava ingannare: "Est decoctor, ergo fraudator" scriveva Baldo degli Ubaldi. Gli faceva eco Stracca, nel suo *Tractatus de decoctoribus* nel 1553: "falliti sunt infames!". E l'insolvente veniva normalmente messo in carcere per un certo periodo ed additato alla pubblica ignominia. L'imposizione al fallito di un berretto verde per essere riconosciuto come tale, la rottura del banco al mercato (da cui il termine "bancarotta"), l'iscrizione in un pubblico libro dei falliti, la sbattitura pubblica delle terga sulla "pie-

tra del vituperio”, il divieto della mercatura erano alcune, e non tra le più gravi, conseguenze del fallimento. “Il diritto fallimentare prodotto dagli statuti delle corporazioni mercantili e dagli statuti comunali funzionò nell'esclusivo interesse dei creditori e si modellò in forma di strumento posto nelle loro mani. A questa conclusione conducono, esemplarmente, le regole più cruento all'epoca in voga: sulla libera caccia dei creditori al fallito, sul potere dei creditori di trarre in arresto il fallito, sulla tortura mortale del fallito per persuaderlo alla restituzione del maltolto” (Di Marzio).

È comprensibile che di fronte al rischio di sì gravi sanzioni personali il debitore insolvente cercasse scampo nella fuga in città limitrofe. La fuga costituì anzi l'equivalente dell'insolvenza e il termine *fugitivus* divenne sinonimo di insolvente: con la fuga il debitore cercava di sottrarsi alle gravissime sanzioni che avrebbe subito nella propria città, anche se la sua collocazione in un nuovo ambito sociale non era per il fuggitivo priva di gravi rischi ed inconvenienti, dovuti al sistema chiuso delle corporazioni che caratterizzava la società dell'epoca.

La fuga  
dell'insolvente

La fuga era perseguita con ogni mezzo: i debitori fuggitivi erano dei fuorilegge, soggetti ad offese e privati del diritto di asilo e ricovero. Alcuni statuti, perdurando la contumacia, sancivano anche la pena di morte. E si instaurava tra i comuni legati da alleanza un sistema di estradizioni volto a ridurre gli effetti negativi della fuga. Ma essa era sovente preferita alle nefaste conseguenze di un processo nella propria città, che poteva concludersi anche con il bando, e cioè con la espulsione fuori dalle mura della città, che rendeva il fallito un “bandito”, soggetto alle più gravi ingiurie da parte di chiunque, avendo egli perso le prerogative del “*civis*” della comunità di appartenenza.

La fuga costituì per lungo tempo il presupposto stesso del fallimento. Ancora negli statuti dei Mercanti di Bologna del 1509 essa era considerata con tale severità da configurare una presunzione *juris et de jure* di insolvenza se l'assenza del mercante si fosse protratta senza giustificazione per tre giorni lavorativi. Solo progressivamente essa si trasformò da presupposto sufficiente per il fallimento in semplice indizio.

Il fallimento fu costruito dai legislatori statutari sul principio della destinazione di tutto il patrimonio del fallito al soddisfacimento dei creditori, sin dall'inizio considerati meri fruitori dell'attività liquidatoria affidata agli organi giurisdizionali. La disciplina degli effetti civili dell'insolvenza trovò la sua più significativa espressione nell'applicazione del principio del concorso e della *par condicio*, con l'esclusione del principio civilistico del *prior in tempore potior in iure* e con le conseguenti regole della revocatoria e dell'indicazione del cosiddetto “periodo sospetto” (periodo nel quale i pagamenti e gli atti compiuti in prossimità del fallimento dal debitore successivamente fallito si presumevano lesivi della *par condicio creditorum* e quindi soggetti a revoca). Principi e regole che avevano l'obiettivo di porre rimedio, seppur parziale, al danno provocato dagli inadempimenti, ponendo sullo stesso piano creditori soddisfatti e insoddisfatti, ot-

*Par condicio  
creditorum e  
azione  
revocatoria*

tenendo dai primi la restituzione di quanto ricevuto e ripartendo il patrimonio del fallito così ricostruito tra tutti i creditori. La revocatoria degli atti di disposizione e dei pagamenti compiuti dal fallito in un determinato periodo anteriore al fallimento tendeva appunto a realizzare questa finalità: ridistribuire equamente tra creditori soddisfatti e creditori insoddisfatti le conseguenze del dissesto, imponendo ai primi di restituire quanto ricevuto dal fallito affinché potesse essere distribuito equamente tra tutto il ceto creditorio.

## 2. GLI ACCORDI TRA DEBITORE E CREDITORI PER LIMITARE I DANNI DELL'INSOLVENZA

I concordati  
Il fallimento, comportante normalmente la svendita dei beni del fallito, finiva sovente per aggravare il pregiudizio determinato dall'insolvenza: non era nocivo per il solo fallito, ma per gli stessi creditori. E poteva convenire alla comunità dei creditori consentire al debitore insolvente, fuggito dalla città per il timore delle severe conseguenze penali dell'insolvenza, ritornare in città con un salvacondotto per mettere a disposizione dei creditori quella parte del patrimonio messa al sicuro dall'aggressione dei creditori e accordarsi con loro nel comune interesse. Forme di accordi tra debitore e creditori vennero così favorite dagli statuti, in quanto dirette appunto a limitare, ove possibile, il danno che sarebbe derivato ai creditori dalla vendita fallimentare di quel poco o tanto che erano riusciti ad aggredire, e nel contempo ad alleggerire, seppure non di tanto, la posizione dell'insolvente. Su questi accordi si sviluppò e prese progressivamente forma l'istituto del concordato, fondato sulle regole dirette a governare la formazione della volontà nella comunità dei creditori riunita in assemblea e retto dal principio di maggioranza.

## 3. LA LENTA EVOLUZIONE NEI SECOLI SUCCESSIVI

Questo schema essenziale non mutò nei secoli successivi che parzialmente. E ciò perché non cambiarono di molto – e comunque i cambiamenti furono assai lenti – le esigenze di fondo sottese alla regolamentazione dell'insolvenza, che continuò ad essere considerata una colpevole turbativa dello sviluppo dei rapporti economici, da disciplinare secondo criteri di severità nell'interesse generale, ancorché non più (o non più soltanto) coincidente con gli interessi di classi mercantili che avevano nel frattempo perduto i loro poteri politici con il progressivo affermarsi del potere soverchiante degli stati e delle autorità centrali. Un potere che aveva progressivamente trasformato il diritto commerciale da diritto delle classi mercantili, e quindi diritto dei privati o privato, in diritto emanato per gli interessi fondamentali dello stato, e quindi in diritto pubblico.

Nato negli ordinamenti comunali italiani, il fallimento si diffuse nel

XIV secolo nelle fiere della Champagne e di Brie e quindi nelle fiere di Lione e nei paesi di lingua tedesca. L'introduzione nei paesi anglosassoni avvenne successivamente. Nei paesi di lingua spagnola il fallimento ebbe origine coeva ed autonoma rispetto all'esperienza delle legislazioni statutarie italiane.

In quel lungo periodo si assistette ad una graduale e progressiva "burocratizzazione" della procedura, mediante la trasformazione in processo di ogni sua fase. Alle soglie delle grandi codificazioni dell'ottocento la "statalizzazione" del fallimento era pressoché completata. Ad essa si aggiunse il rigore penale tipico delle legislazioni influenzate dalla volontà napoleonica. Un rigore che si era tuttavia mantenuto diffuso nelle legislazioni del XVII e del XVIII secolo e nella celebre *Ordonnance de Commerce* del 1673. Nelle edizioni del 1770 delle Regie Costituzioni del Piemonte la pena prevista per i falliti dolosi (e cioè per i debitori che avevano fatto sparire i loro averi provocando il fallimento) era la galera perpetua, e se del caso persino la morte!

Si era peraltro già compiuta una mutazione essenziale, sintetizzata con questa felice espressione: dal fallimento-reato al reato fallimentare; "Ad un certo punto emerse, dopo il passaggio dal reggimento comunale a quello signorile e mentre veniva tramontando l'egemonia del ceto mercantile, l'esigenza di distinguere – nella complessa fattispecie del fallimento – le situazioni meritevoli di sanzione penale da quelle nelle quali questa sanzione poteva apparire *ex toto genere suo* eccessiva. Si passò così – e fu un passaggio di grandissimo rilievo – dal fallimento-reato al reato fallimentare. Da un decreto di Galeazzo Maria Sforza del 1473 allo Statuto di Perugia del 1523 a un *motu proprio* di Pio V del 1570 alla legge toscana di Francesco I de' Medici del 1582, in poco più di un secolo i legislatori operarono lucidamente il passaggio: magari aggravando le pene, magari – almeno in un primo tempo – imponendo al fallito di dimostrare la propria innocenza per vincere una presunzione legale di colpevolezza che ai nostri occhi può apparire segno d'una scarsa civiltà del diritto, ma pur sempre distinguendo il fatto del fallimento (i cui effetti giuridici tipici venivano così ricondotti al solo campo patrimoniale) dai reati il cui fatto costitutivo rappresentava un *quid pluris* rispetto alla decozione e al procedimento concorsuale, restando lo status di fallito come semplice presupposto di punibilità del reato fallimentare. L'ulteriore sviluppo normativo consolidò questa distinzione, rendendo autonomo l'insieme dei reati fallimentari rispetto al procedimento fallimentare, ed assegnando assai spesso la cognizione e punizione di questi reati alla competenza di giudici diversi da quelli ai quali era affidato il compito di liquidare il patrimonio del fallito nell'interesse dei suoi creditori" (Santarelli). E come è stato recentemente ed efficacemente scritto, "l'evoluzione della sensibilità giuridica portò lentamente a distinguere il fallimento doloso dal fallimento del mercante onesto ma sfortunato; e dunque il delitto dalla sventura" (Di Marzio).

Si andò così attenuando la componente penale, seppure con dei *revivals* significativi: si pensi alla legislazione napoleonica, la cui severità nei confron-

Dal fallimento-reato al reato fallimentare

Delitto e sventura

ti dei falliti era motivata dall'ira di Napoleone nei confronti delle inadempienze dei fornitori delle divise per l'esercito imperiale, e che induceva Balzac, nel 1837, a far esclamare a Cesar Biroteau "tutti i falliti sono sospetti". Restò comunque immutata la funzione primaria della disciplina fallimentare, individuata nell'esecuzione concorsuale sull'intero patrimonio del debitore insolvente, e senza alcuna liberatoria per i debiti non soddisfatti.

L'esperienza  
anglosassone

L'esperienza anglosassone segnò un percorso diverso: "la *bankruptcy* britannica derivò dagli statuti delle città italiane alcuni principi fondamentali, quali la *par condicio creditorum*, il carattere pubblicistico del procedimento e il concetto di insolvenza; ma poi, già all'inizio del XVIII secolo, tramite la concessione al debitore onesto di un *certificate of conformity*, da cui si sviluppò l'odierno istituto della *discharge* (...) il fallimento perdette l'originario carattere penale, per diventare una procedura liberatoria per il debitore, che viene sollevato da tutte le sue obbligazioni con la liquidazione dei propri beni, qualsiasi percentuale sia stata distribuita ai creditori" (Sciumè). L'introduzione dell'istituto della "*discharge of debts*" viene giustamente definita come "un *turnaround* notevolissimo e radicale nella visione complessiva del fallimento, dal momento che l'innovativo istituto avviò una rivoluzione copernicana nel modo di intendere il fallimento e di valutarne le ricadute sul sistema economico e sociale entro il quale il default dell'impresa si era verificato" (Sciumè). Permaneva comunque una forte distinzione tra il fallito onesto e sfortunato e il bancarottiere doloso: quest'ultimo passibile di impiccagione!

*Discharge of  
debts*

L'Inghilterra costituiva tuttavia, con la Repubblica di Venezia, un'eccezione al persistente "orientamento generale di fondo ostile al debitore fallito, testimonianza del perpetuarsi di quella concezione del commercio e dei suoi attori incardinata sul criterio basilare della *fides bona*, che abbiamo visto diffondersi a partire dall'età basso medievale in virtù del contributo che quel principio era stato in grado di recare, in quell'epoca, al grande fiorire della vita comunale di tutta l'Europa" (Santarelli).

L'*esprit de  
rigueur*

Nell'evoluzione delle legislazioni dell'Europa continentale permase un misto di lassismo e di rigore: se da un lato si consentiva al debitore di addivenire ad accordi di vario genere con i creditori e volti ad evitare il fallimento, la severità nei confronti della persona del fallito si mantenne sempre elevata e valse a conservare per lungo tempo alla procedura un carattere penale. L'*esprit de rigueur* che contraddistinse il codice francese del 1807 nel trattamento del fallito è ben espresso in questa affermazione di Napoleone: "*Dans toute faillite il y a un corps de délit puisque le failli fait tort à ses créanciers*", e così come il capitano che perdeva la sua nave, fosse anche solo per un naufragio, doveva anzitutto essere condotto in prigione, lo stesso trattamento avrebbe dovuto essere riservato al fallito, salvo poi accertare se il fallimento fosse dovuto a *malchance* o a *négligence*. La carcerazione del fallito, intesa quale sanzione preventiva, aveva un triplice scopo: conferire al fallimento un carattere umiliante, assicurare immediatamente il fallito nelle mani della giustizia per l'ipotesi che fossero poi emersi reati di bancarotta, costringere il fallito a prestare la sua col-

laborazione per il migliore svolgimento della procedura e, al postutto, per il maggior soddisfacimento dei creditori.

Ma le ragioni del commercio reclamavano, non soltanto un addolcimento delle sanzioni nei confronti del fallito ma anche uno snellimento della procedura. Il che avvenne nell'ordinamento francese – al quale guardavano come esempio gli altri ordinamenti dell'Europa continentale – con due successive riforme, rispettivamente nel 1838 e nel 1889. La seconda riforma introdusse *la liquidation judiciaire*, riservata ai commercianti che avessero “depositato” il bilancio (espressione significativa della confessione di insolvenza) nei quindici giorni successivi alla “cessazione dei pagamenti” (espressione tuttora rimasta nel diritto francese per indicare il momento nel quale il debitore cessa di pagare i suoi debiti, manifestando in tal modo l'impossibilità di pagarli, e quindi la propria insolvenza) e che non apparissero colpevoli di comportamenti riprovevoli.

*La liquidation  
judiciaire*

Il debitore conservava l'amministrazione del proprio patrimonio e poteva continuare la gestione dei propri affari, seppure sotto la sorveglianza del *syndic*, poiché la *liquidation judiciaire* era fundamentalmente concepita per consentire il concordato, che tecnicamente era un “concordato fallimentare”. e cioè un concordato possibile solo dopo che fosse stata aperta la procedura fallimentare: il concordato era il concordato del fallito.

La *liquidation judiciaire* era destinata ad avere sempre maggiore fortuna, nell'ambito di una prospettiva che aveva ormai abbandonato i rigori del codice del 1807 e che si avviava anzi a rappresentare la punta avanzata, tra gli ordinamenti europei continentali, di una concezione dei rimedi dell'insolvenza rivolta essenzialmente a preservare le opportunità di recupero e di salvataggio. L'ulteriore tappa di questa evoluzione sarebbe stata l'introduzione del *règlement judiciaire*, applicabile a qualsiasi caso di insolvenza che non fosse dovuta a responsabilità del debitore, e che relegava il fallimento a casi marginali. E da qui le ulteriori recenti innovazioni che verranno ricordate nelle pagine successive.

*Il règlement  
judiciaire*

Furono la nascita e il turbinoso sviluppo della società industriale a imporre nuove esigenze. Queste riguardarono in primo luogo la figura dell'operatore economico e condussero a considerare con maggior favore le opportunità di esclusione del fallimento attraverso forme di moratoria e di gestione controllata dell'impresa e del patrimonio o di concordato, normalmente attuate sotto il controllo del giudice.

La ricerca di  
nuove forme di  
accordi

#### 4. L'AVVENTO DELLA SOCIETÀ INDUSTRIALE E LA CRISI DEGLI ISTITUTI DEL DIRITTO FALLIMENTARE IN ALLORA CONOSCIUTI

Le motivazioni degli istituti alternativi al fallimento erano naturalmente più complesse di quelle sottese ai concordati fallimentari dell'età intermedia (medioevo e rinascimento). Esse tendevano a preservare, ove

possibile, il patrimonio dell'imprenditore (che non era più soltanto un commerciante, ma anche un produttore, e quindi un industriale) dai guasti che avrebbe determinato il fallimento e di conservare, sempre se possibile, il debitore a capo della propria attività economica. Si accentuò così il favore verso gli accordi tra debitore e creditori, con un occhio benevolo verso l'*entrepreneur* onesto e sfortunato, vuoi quale soggetto dotato di capacità ed energie meritevoli di essere preservate vuoi quale titolare di un'impresa della quale andavano favorite, a vantaggio della collettività, le opportunità di ritorno *in bonis*.

Le finalità della  
conservazione  
dell'impresa

Le crisi di maggiori dimensioni comportarono un ulteriore mutamento qualitativo del contesto economico-sociale nel quale le procedure fallimentari avevano sino ad allora operato. Il risanamento dell'impresa iniziò ad essere considerato un valore in sé, "anche alla luce della preservazione di una più estesa community (che ricomprende fisco, fornitori, clienti, ecc.)" (Di Marzio).

Come meglio si dirà, furono le crisi delle compagnie ferroviarie americane dell'800 a imporre l'esigenza di un nuovo approccio alla regolamentazione dell'insolvenza che avesse colpito iniziative imprenditoriali ritenute essenziali per lo sviluppo dell'intera collettività e addirittura per la stessa coesione nazionale: la ferrovia che partendo dalle coste dell'Atlantico si inoltrava nelle sterminate pianure verso ovest doveva comunque proseguire e raggiungere il Pacifico; nessuna crisi o insolvenza doveva fermare il suo procedere!

La crisi dei  
tradizionali  
istituti

Nel confronto con il nuovo contesto economico e sociale è maturata la crisi positiva del sistema costituito dai tradizionali istituti del diritto concorsuale, alla quale alcuni ordinamenti hanno reagito inserendo sul ceppo di un sistema aperto agli accordi tra debitore e creditori ulteriori soluzioni volte a favorire le opportunità di salvaguardia degli organismi produttivi, altri ordinamenti hanno impostato l'intera procedura concorsuale sulla prospettiva della conservazione dell'impresa, altri ancora hanno per lungo tempo privilegiato interventi pubblici mirati alla soluzione delle singole crisi di rilevanti dimensioni mantenendo sostanzialmente invariate, nella più classica tradizione, le procedure concorsuali, costituite essenzialmente dal fallimento e dal concordato.

L'impronta  
dirigistica della  
legge del '42

Ed è stata proprio quest'ultima impostazione ad aver caratterizzato per lungo tempo la nostra disciplina delle crisi d'impresa. La legge fallimentare del '42 aveva abbandonato l'impronta privatistica e liberale che aveva contraddistinto le disposizioni del codice di commercio e aveva riproposto uno schema dirigistico, impostato sulla funzione centrale del giudice. Ma nel contempo si manifestò con forza l'esigenza di soluzioni particolari per le crisi di maggiori dimensioni.

## 5. IL PERCORSO DELLA NOSTRA DISCIPLINA CONCORSALE. LA LEGGE FALLIMENTARE DEL '42. LA TUTELA DEL PRIORITARIO INTERESSE DEI CREDITORI. L'ISTITUTO DELLA REVOCATORIA PER LA TUTELA DELLA *PAR CONDICIO CREDITORUM*

Il fallimento, così come disciplinato dalla legge del '42, era esclusivamente diretto alla tutela dei creditori, senza alcuna particolare considerazione per le sorti vuoi del debitore insolvente vuoi della sua impresa, ed anzi, con disposizioni per il fallito particolarmente afflittive. Esisteva ancora il pubblico registro dei falliti, tenuto presso la cancelleria di ogni tribunale. In ragione di quell'iscrizione sussistevano i divieti di ricoprire alcuni uffici pubblici e privati, la perdita del diritto al segreto epistolare e alla libertà di corrispondenza: retaggio di un passato che rievocava, seppur blandamente, l'antico marchio di infamia, cancellabile solo con la riabilitazione, disposta con sentenza dal tribunale a seguito di una valutazione di meritevolezza in relazione all'intervenuto pagamento dei debiti.

Il regime afflittivo del fallito

Il presupposto della dichiarazione di fallimento risiedeva (come tuttora risiede) nell'insolvenza, intesa come incapacità definitiva ed irreversibile del debitore-imprenditore di adempiere regolarmente – e con i mezzi a sua disposizione – alle proprie obbligazioni: nessun riferimento veniva operato a situazioni più complesse e articolate, ruotanti attorno al concetto di “crisi dell'impresa” e alla tutela degli interessi dei terzi, lavoratori, clienti, fornitori: i cosiddetti *stakeholders*, coinvolti dal dissesto. Le modalità di svolgimento della procedura erano conseguentemente improntate alla liquidazione delle attività del fallito in termini e con modalità idonee a realizzare il soddisfacimento dei creditori nella più alta percentuale e nei tempi più rapidi consentiti dalla condizione giuridica ed economica del patrimonio da liquidare. Le norme che ne regolavano il funzionamento costituivano il cardine e il punto di riferimento dell'intera disciplina delle procedure concorsuali.

L'insolvenza e la tutela esclusiva dei creditori

Con la legge del '42 (coeva al nuovo codice civile e permeata di una forte impronta dirigista) la struttura processuale del fallimento aveva visto fortemente accentuato il proprio carattere officioso. I creditori, protagonisti sotto il codice di commercio della procedura e artefici del suo svolgimento, ne erano ormai divenuti semplici fruitori, destinatari dei risultati che a loro favore si sarebbero determinati attraverso le iniziative recuperatorie degli organi della procedura. Ma l'impulso d'ufficio aveva – si ripete – finalità essenzialmente soddisfattive, e non andava al di là della più proficua realizzazione degli interessi dei creditori.

La conservazione dell'unità aziendale e la prosecuzione temporanea dell'impresa durante la procedura poteva a volte costituire uno strumento per il più vantaggioso realizzo dell'attivo, allorché sussistessero opportunità di cessione a terzi dell'azienda “in funzionamento”. In alcune occasioni, per il vero non frequenti, il fallimento, da evento distruttivo, poteva

L'eventuale conservazione dell'azienda a beneficio dei creditori

così addirittura trasformarsi in condizione di sopravvivenza dell'impresa, trasferita in mani più capaci e sgravata dei debiti. Con l'apertura della procedura potevano infatti determinarsi i presupposti per il trasferimento a terzi del complesso produttivo a condizioni rese possibili proprio dal fallimento, e cioè senza l'accollo dei debiti da parte dell'acquirente ed a condizioni rese più vantaggiose per quest'ultimo dalle modifiche introdotte nell'art. 2112 cod. civ. sulla sorte dei rapporti di lavoro. E proprio in vista di questa modalità di liquidazione dell'attivo potevano essere disposti l'esercizio provvisorio o, più frequentemente, l'affitto dell'azienda nel corso della procedura, finalizzato alla successiva vendita all'affittuario.

Già con la legge del '42 il fallimento non era quindi necessariamente preclusivo della conservazione del complesso aziendale, ma le opportunità in questa direzione in tanto potevano essere coltivate in quanto – e solo in quanto – i creditori del fallito ne traessero giovamento, e quindi solo qualora fosse stato possibile ottenere, con la cessione unitaria del complesso aziendale, un corrispettivo maggiore rispetto a quello realizzabile attraverso la vendita dei singoli beni. E tra le eventuali possibilità di cessione dell'azienda andava colta quella che comportasse la maggior utilità per i creditori, ancorché non destinata a produrre la migliore tutela degli altri interessi (segnatamente di quelli dei dipendenti) coinvolti dalle sorti dell'azienda.

La legge fallimentare erede degli statuti medioevali

La *par condicio creditorum* ha costituito il principio cardine del fallimento; anche in ciò la legge italiana è stata per lungo tempo l'erede degli statuti medioevali e rinascimentali nei quali la *par condicio* si era andata affermando, come si è detto, quale regola di tutela dei creditori del mercante, ritenuti destinatari paritetici della distribuzione del patrimonio del fallito. Essa esprimeva il principio secondo il quale l'incapienza patrimoniale avrebbe dovuto comportare la ripartizione dei beni secondo il criterio di proporzionalità.

## 6. CONCORDATO PREVENTIVO E AMMINISTRAZIONE CONTROLLATA

L'alternativa al fallimento risiedeva, nella legge del '42, nel concordato preventivo e nell'amministrazione controllata. A questi istituti merita ora prestare attenzione, rammentandone i tratti salienti, perché le motivazioni che li hanno generati costituiscono l'origine del percorso che ha condotto alla vigente disciplina delle procedure concorsuali.

L'originaria duplice funzione del concordato

Il concordato preventivo aveva il suo precedente nella legge 10 luglio 1903, n. 995, la quale era stata in effetti pensata come uno strumento idoneo a favorire il superamento della crisi dell'impresa. Si era posto allora l'accento sulla "riparabilità" del dissesto e si pensava che il concordato potesse assolvere entrambe le esigenze prospettabili di fronte alle difficoltà economiche del commerciante: quella, primaria, di garantire ai creditori il migliore trattamento possibile, sotto il duplice profilo della convenienza

economica e della parità di trattamento, e quella, ritenuta non meno rilevante sussistendone i presupposti e le condizioni, di escludere il fallimento consentendo al debitore la continuazione della propria attività una volta superate le difficoltà. Occorreva – si diceva – evitare al debitore che ne fosse meritevole “la vergogna e le diminuzioni che porta con sé il fallimento” (G. Bonelli) e al tempo stesso consentirgli di “conservare il patrimonio e tornare alla testa della propria azienda commerciale”, impedendo l’annientamento del complesso di iniziative e di rapporti economici cui egli aveva consacrato “anni di lavoro e di risparmio faticosi” (Bolaffio).

In ciò il concordato si configurava quale erede della moratoria ed era ritenuto idoneo a porre il debitore addirittura in condizione di “riconquistare la sua antica posizione, ed a volte anche una migliore” (Guariglia). Il suo fondamento economico e scopo pratico era principalmente “la ripresa degli affari, la continuazione del commercio o dell’industria da parte dell’impresa pericolante, la quale – si affermava autorevolmente – sgravata di parte del passivo, si conta possa dare sufficiente margine di profitto per il pagamento delle quote concordatarie” (A. Rocco). Questa prospettiva era ritenuta perseguibile proprio perché il campo di applicazione del concordato doveva essere, nell’opinione degli interpreti, un “dissesto temporaneo”, che si contrapponeva al presupposto del fallimento, consistente nella “*debacle* definitiva che non ammette altra uscita che la liquidazione generale e la cessazione del commercio” (G. Bonelli).

Il dissesto temporaneo presupposto del concordato

Ma proprio il presupposto dal quale si intendeva dovesse muovere il concordato, e cioè la crisi temporanea e superabile con un ritorno *in bonis* dell’imprenditore a capo della sua impresa, costituiva il limite alla sua applicazione. Ed era la stessa Relazione alla legge del ’42 a riconoscerlo: nella pratica il concordato “aveva finito per deviare – ed era inevitabile – dalla originaria concezione: ed era diventato un mezzo per il debitore di superare onorevolmente il dissesto e ottenere la sua liberazione attraverso la cessione dei suoi beni ai creditori”.

L’inevitabilità di tale “deviazione” (e cioè la cessione dei beni) risiedeva nella struttura stessa della legge del 1903: la tutela dell’interesse del ceto creditorio a ridurre al minimo il pregiudizio confliggeva normalmente con la conservazione in capo al debitore di un patrimonio sottratto al soddisfacimento dei creditori. Questi ultimi si determinavano comprensibilmente a prestare il loro consenso soltanto di fronte ad una proposta la quale fosse idonea a convincerli che si trattasse della migliore soluzione possibile tenuto conto delle ridotte disponibilità del debitore. E poiché in tal caso nulla più sarebbe rimasto a quest’ultimo, tanto valeva che questi proponesse la cessione dei beni. E dunque non tanto di “degenerazione” dell’istituto si doveva parlare per il mancato obiettivo di conservazione del binomio “imprenditore-impresa”, quanto di oggettiva carenza di strumenti giuridici idonei a dar corpo alla prospettiva indicata dalla dottrina allora prevalente.

La cessione dei beni

Il legislatore del ’42 aveva preso atto dell’esperienza derivante dalla pratica del concordato: l’introduzione della *cessio bonorum* non ha costi-

tuito un mutamento della fisionomia del concordato rispetto a quella delineata dalla legge del 1903, ma è stata, a ben vedere, l'espressione di una più precisa definizione di quanto avrebbe potuto in sostanza già dedursi dalla legge originaria, ed il frutto di un adattamento alla prassi impostasi.

Il presupposto oggettivo del concordato preventivo (artt. 160-186 l.f.) era lo stato di insolvenza. Solo successivamente (nel 2005) vi si aggiunse lo stato di crisi.

I limiti del concordato L'accesso era consentito sino a che il fallimento non fosse stato dichiarato e poteva contenere, come si è già accennato, un'offerta di serie garanzie reali o personali di pagare almeno il 40% dell'ammontare dei crediti chirografari nei sei mesi dall'omologazione del concordato e il cento per cento ai creditori privilegiati. In alternativa il debitore poteva offrire ai creditori, per il pagamento dei suoi debiti, tutti i beni esistenti nel suo patrimonio, sempre che la valutazione di tali beni facesse fondatamente ritenere che i creditori chirografari potessero essere soddisfatti almeno nella misura del 40%, fatto sempre salvo il soddisfacimento integrale dei creditori privilegiati. Merita tenere a mente questi aspetti: ci consentono di verificare quanta distanza li separi dall'attuale codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (*brevitar* CCII)!

Il controllo degli organi della procedura Il tribunale competente, se riconosceva ammissibile la richiesta, ammetteva il debitore alla procedura, nominava il commissario giudiziale e ordinava la convocazione di creditori, chiamati ad accettare o a rifiutare la proposta. Durante la procedura il debitore conservava l'amministrazione dei suoi beni e l'esercizio dell'impresa, sotto la vigilanza del commissario giudiziale e la direzione del giudice delegato, al quale era riconosciuto il potere di autorizzare gli atti di straordinaria amministrazione. La gestione restava quindi sotto lo stretto controllo degli organi della procedura, la quale poteva essere interrotta in ogni momento, qualora il commissario giudiziale avesse accertato l'occultamento di parte dell'attivo, la dolosa omissione di uno o più crediti, l'esposizione di passività insussistenti o il compimento di atti non autorizzati. Avremo modo di constatare come gran parte delle caratteristiche della gestione sia rimasta nella vigente disciplina del concordato preventivo.

Il sindacato del tribunale Il concordato doveva essere approvato dalla maggioranza dei creditori votanti, che rappresentasse due terzi della totalità dei crediti ammessi al voto. Nel caso del mancato raggiungimento delle maggioranze di legge il tribunale dichiarava d'ufficio il fallimento, sussistendone tutti i presupposti, soggettivi (l'imprenditore commerciale non piccolo) e oggettivi (lo stato di insolvenza). Nel caso di approvazione dei creditori, si apriva il procedimento di omologazione, nel corso del quale il tribunale, accertata la sussistenza delle condizioni di ammissibilità del concordato e la regolarità della procedura, doveva valutare la convenienza economica per i creditori e la solidità delle garanzie offerte, nonché la meritevolezza del debitore in relazione alle cause che avevano provocato il dissesto e la condotta tenuta dal debitore. Il sindacato del tribunale era dunque molto ampio, potendo risolversi negativamente, nonostante l'approvazione dei creditori e addi-

rittura a fronte della convenienza rispetto all'alternativa fallimentare, stante l'assenza della meritevolezza.

Dalla data della presentazione del ricorso e sino al passaggio in giudicato della sentenza di omologazione il debitore era protetto dall'“ombrello giudiziale”, con la sanzione della nullità di ogni azione esecutiva sul proprio patrimonio.

La constatazione che il concordato fosse venuto meno alla sua originaria ed un po' utopistica (se non assistita da idonei strumenti) finalità di conservare l'impresa al suo titolare non avrebbe ancora impedito di pensare che questa procedura avesse comunque le caratteristiche idonee a perseguire il diverso obiettivo della salvaguardia delle unità aziendali, ancorché passate in altre mani. Ma a ben vedere anche questa prospettiva si rivelava per lo più illusoria: nella formulazione delineata dalla legge del '42 né il concordato per cessione dei beni né il concordato per garanzia (e cioè il concordato con il quale veniva garantito il soddisfacimento in una determinata percentuale dei creditori chirografari) riservavano uno spazio privilegiato all'esigenza di salvaguardia dell'impresa. E la ragione è presto detta. Siamo ormai nell'area dell'irreversibile insolvenza: la tesi volta ad individuare nel concordato preventivo un periodo transitorio nella vita dell'impresa ed il rimedio ad un momento sfavorevole di congiuntura economica, che era già frutto di una errata percezione, o, se vogliamo, di un'utopistica rappresentazione della struttura del concordato configurata nella legge del 1903 (e che traeva anche motivo – occorre non dimenticarlo – dall'essere allora il concordato la sola alternativa al fallimento), appariva non in sintonia con la nuova legge fallimentare, che assegnava invece questo spazio all'amministrazione controllata.

L'amministrazione controllata era un istituto nuovo. La sua funzione consisteva nel consentire un accordo tra il debitore, dichiaratosi “in temporanea difficoltà” ma tecnicamente insolvente in quanto incapace di far fronte alle proprie obbligazioni, e i suoi creditori, in virtù del quale questi ultimi rinunciavano all'esercizio delle azioni esecutive e all'acquisto di diritti di prelazione per permettere all'impresa, normalmente attraverso l'attuazione di un programma di ristrutturazione, di riacquisire la solvibilità. Questa funzione di consentire il recupero della solvibilità era stata sottolineata con la modifica successivamente introdotta nell'art. 187 della legge fallimentare, che richiedeva per l'accesso alla procedura la presenza di *comprovate* possibilità di risanamento.

Con l'amministrazione controllata il legislatore perseguiva un duplice obiettivo: preservare l'imprenditore dal fallimento (ed in ciò vi era coincidenza con il concordato preventivo) e consentirgli di superare la crisi restando a capo dell'impresa. La circostanza che le difficoltà temporanee potessero essere superate mediante l'apporto di nuove risorse da parte di terzi, comportanti come conseguenza un trasferimento sostanziale della titolarità dell'impresa in capo ai terzi soccorritori, apparteneva all'ambito delle eventualità che non trasformavano il carattere della procedura. Questa poteva essere attivata (come del resto anche il concordato preventivo)

L'amministrazione controllata

La conservazione del binomio imprenditore-impresa

solo su iniziativa dell'imprenditore: non esisteva nella legge fallimentare alcuno spazio per iniziative autonome dei portatori di interessi alla conservazione del complesso produttivo che non si identificassero con i titolari dell'impresa. L'esigenza di preservare l'impresa – seppur ragione essenziale del nuovo istituto – non giungeva quindi ad assumere rilevanza così preminente da consentirne la tutela con iniziative che segnassero il distacco dalla sfera delle autonome determinazioni del suo titolare.

L'imprenditore meritevole  
I presupposti oggettivi per il ricorso all'amministrazione controllata, consistenti nel carattere temporaneo della crisi, dovevano essere tali da far sì che l'obiettivo essenziale (la ritrovata capacità di pagare integralmente i debiti vecchi e nuovi, compresi gli interessi nel frattempo maturati) passasse attraverso il completo risanamento. E proprio la rappresentazione della fattibilità di questo percorso risanatorio costituiva, assieme alla descrizione delle ragioni delle difficoltà denunciate, il contenuto della domanda del debitore. Se sussistevano le condizioni stabilite dalla legge e se il debitore era ritenuto meritevole del beneficio, il tribunale ammetteva il ricorrente alla procedura, nominava un commissario giudiziale, con la funzione di controllo dell'attività del debitore che restava a capo dell'impresa, e ordinava la convocazione dei creditori affinché costoro potessero esprimere il consenso (raggiungibile con la maggioranza di creditori e di crediti) o il dissenso. In questa seconda eventualità, qualora fossero state presentate domande di fallimento, il tribunale avrebbe dichiarato il fallimento, stante la presenza della condizione oggettiva per l'apertura della procedura liquidatoria: l'incapacità palese di assolvere regolarmente le obbligazioni esistenti.

Nei fatti, l'eventualità di un completo ritorno *in bonis* tendeva a verificarsi raramente: occorreva normalmente, al termine della procedura, un accordo con i creditori, e cioè un concordato preventivo, diretto a ridurre l'esposizione debitoria. Di qui la criticità di questa procedura e l'uso improprio che ne veniva fatto nella pratica: la sua finalità consistette il più delle volte nella conservazione in vita dell'azienda per un tempo sufficiente a favorire il suo trasferimento in altre mani e la definizione dei debiti attraverso un concordato.

L'abrogazione dell'amministrazione controllata  
L'abrogazione di questa procedura, intervenuta con il d.lgs. 5/2006 venne motivata con la dilatazione delle funzioni del concordato preventivo, assorbenti anche quelle dell'amministrazione controllata. Ma il giudizio su questa "sparizione" non è stato unanimemente favorevole, ed anzi, in tempi recenti, in conseguenza della pandemia di Covid 19 e delle intervenute difficoltà di molte imprese, è stata auspicata l'introduzione di una procedura avente connotati simili all'amministrazione controllata, assumendo che le difficoltà che avessero colpito imprese fondamentalmente sane avrebbero potuto essere superate dopo un periodo di protezione dalle iniziative esecutive dei creditori, periodo che avrebbe potuto essere utilizzato anche per una riorganizzazione aziendale ove ritenuta opportuna.

## 7. LA LEGGE FALLIMENTARE E L'INTERVENTO DELLO STATO NELLE CRISI DELLE GRANDI CRISI

Questo rapido sguardo sulle procedure concorsuali tradizionali designate dalla legge del '42 ci consente di concludere che, fatta salva la disciplina della liquidazione coatta amministrativa, che aveva le finalità che ancor oggi conserva e sulle quali ci intratterremo a tempo debito (cap. XIX), la legge fallimentare fosse orientata in modo esclusivo alla salvaguardia delle attese dei creditori. Ma è bene aggiungere subito che questa impostazione non esauriva affatto l'atteggiamento assunto dal nostro legislatore di fronte alle crisi d'impresa: accanto alla concezione che possiamo definire tradizionale, impostata sulla prioritaria tutela dei creditori, coesisteva una visione del tutto diversa e tradottasi in un vasto complesso di interventi specifici o di settore diretti a soccorrere gli organismi produttivi in crisi di maggiori dimensioni. Per il vero, la peculiarità del nostro sistema non risiedeva tanto nella contemporanea presenza di questi due modi di reagire alle crisi d'impresa (presente anche in altri ordinamenti), quanto piuttosto nell'intensità della divaricazione: c'è stato per lungo tempo un vero e proprio salto di mentalità tra le linee conduttrici della legge fallimentare e i criteri ispiratori dei provvedimenti normativi specifici previsti per le crisi economiche di maggiori dimensioni. Questi ultimi hanno sempre denotato una volontà di intervento dello Stato nell'economia tanto radicata e diffusa da qualificare le basi stesse del nostro sistema economico.

Le crisi di  
maggiori  
dimensioni

In realtà la regolamentazione giudiziale della crisi (con il fallimento, il concordato preventivo e l'amministrazione controllata) è stata sempre considerata possibile soltanto per le imprese di modeste dimensioni. Per le crisi di maggiori dimensioni veniva assunto come indispensabile un intervento specifico, sul piano normativo (con una legge specifica) o amministrativo.

Il nostro Paese ha d'altronde una ricca tradizione in materia di intervento pubblico nelle crisi ricorrenti dell'economia, che risale all'inizio del secolo scorso. La storia di questi interventi si intreccia con la storia politica ed economica del Paese e ne costituisce una componente significativa.

Lo sviluppo economico dei primi decenni del secolo scorso fu caratterizzato da un diffuso ricorso al sostegno dello Stato. La militarizzazione di vasti settori dell'economia dovuta alla prima guerra mondiale aveva favorito una sorta di dipendenza dell'economia privata dallo Stato, che aveva finito per comportare criteri di produzione "indipendenti dal costo": la forte accelerazione industriale imposta dalle esigenze del primo conflitto mondiale aveva trovato in questa condizione di dipendenza dal potere pubblico, che ne assumeva il costo, il suo momento di compensazione negativa (Grifone, Castronovo, Cavazzuti). E se il dopoguerra aveva visto larghi settori dell'industria italiana faticosamente impegnati nella riconversione secondo i criteri di un'economia di mercato, allo Stato si era continuato a chiedere protezione nei confronti della concorrenza straniera.

Il sostegno  
dello Stato

Grande  
industria e alta  
banca

In quegli anni erano divenute sempre più strette le relazioni tra la grande industria e l'alta banca, e tra il settore bancario e i pubblici poteri. Si era così andato delineando un processo di integrazione tra pubblico e privato che avrebbe costituito la premessa per le soluzioni assunte nelle grandi crisi degli anni successivi e che sarebbe uscito da quegli eventi ulteriormente rafforzato.

L'inizio degli anni '20 fu caratterizzato da una forte inflazione. La crisi del '21 fu, per così dire, la "prova generale" della più ampia crisi del '29.

L'economia dei  
salvataggi

Ai salvataggi nei settori bancari (Banca di sconto, Banco di Roma) e industriale (Ansaldo, Ilva) non seguì una coerente politica di sostegno all'industria nella difficile riconversione postbellica. E fu così che le crisi non determinarono un salutare processo di revisione e di rigenerazione del sistema produttivo, ma dettero luogo, come fu allora efficacemente scritto, ad "una di quelle solite lente malattie di languore cui l'economia italiana, che si può definire l'economia dei salvataggi, è da tempo avvezza" (Gabiati).

Il fascismo fu brodo di coltura della già diffusa mentalità protezionistica ed autarchica. In quegli anni erano divenute sempre più strette le relazioni tra la grande industria e l'alta banca, e tra il settore bancario e i pubblici poteri. Si era così andato delineando un processo di integrazione tra pubblico e privato che avrebbe costituito la premessa per le soluzioni assunte nelle grandi crisi degli anni successivi e che sarebbe uscito da quegli eventi ulteriormente rafforzato.

La "grande crisi" del '29 e degli anni che si susseguirono determinò effetti disastrosi sullo stretto sistema di relazioni che si era creato tra banche e industrie. Lo Stato intervenne per evitare il crollo del sistema bancario, che si era andato a sua volta caratterizzando attraverso il diffondersi della banca mista, proprietaria di imponenti partecipazioni industriali.

La crisi del sistema industriale era così divenuta crisi del sistema bancario e l'intervento della Banca d'Italia si tradusse in erogazioni a fondo perduto a favore, oltre che dei minori istituti di credito, di grandi banche quali il Credito Italiano e la Banca Commerciale. Le banche trasferirono a loro volta le partecipazioni industriali a società finanziarie controllate dalla Banca d'Italia e tornarono ad essere banche di credito ordinario; la banca mista scomparve e dovette passare oltre mezzo secolo prima che nel nostro Paese se ne tornasse a parlare.

La costituzione  
dell'IRI

La costituzione nel 1933 dell'Istituto per la Ricostruzione Industriale (IRI), quale ente di gestione e di finanziamento delle imprese industriali nelle quali lo Stato aveva assunto le partecipazioni di controllo cedute dalle banche, costituì l'espressione più imponente dell'intervento pubblico nei settori dell'economia in crisi. La sua presenza, inizialmente indicata come temporanea ma poi divenuta permanente (con il d.l. 24 giugno 1937, n. 906), ha contraddistinto la fase della ricostruzione postbellica ed ha costituito per lungo tempo una componente essenziale del panorama economico del nostro Paese.

Il secondo  
dopoguerra

Gli anni del secondo dopoguerra furono gli anni della ricostruzione e del tumultuoso sviluppo economico (caratterizzato peraltro dall'accen-

tuarsi degli squilibri tra regione e regione). Non si avvertirono quindi particolari necessità di una politica di sostegno allo sviluppo e di intervento in settori di crisi. Le insolvenze delle imprese venivano considerate come il naturale portato di un processo di crescita che vedeva gli incapaci o gli sfortunati soccombere naturalmente e lasciare il posto a chi meglio sapesse assolvere il proprio ruolo. E la legge fallimentare era ritenuta adeguata a regolare queste insolvenze; della sua riforma si parlava tutt'al più nell'ottica di un perfezionamento degli istituti, con l'attenzione essenzialmente rivolta alla necessità di stemperare gli aspetti ufficiosi e "autoritari" della disciplina non più in sintonia con la Carta costituzionale.

Ma esaurita la spinta iniziale dello sviluppo postbellico il problema si ripropose all'inizio degli anni '70. Vi concorse un complesso di fattori che toccarono anche la grande impresa: "la mancanza di competitività di impianti non rinnovati, la carenza nella ricerca, gli aumenti salariali, l'introduzione dello statuto dei lavoratori; l'avvio della riforma tributaria, le iniziative giudiziarie dei soci di minoranza, il mancato decollo industriale del Mezzogiorno" (Sandulli). Fu in quegli anni che si iniziò a guardare alla nostra legge fallimentare come ad una antiquata espressione del "*Code de boutiquiers*" e prese avvio il "sistematico, ma del tutto sordinato e personalizzato intervento di salvataggio" (Minervini).

Crisi delle grandi imprese e *Code de boutiquiers*

A oltre mezzo secolo di distanza dall'inizio di questa nuova fase dei rapporti tra pubblico e privato, ed alla luce dei risultati che si possono ora misurare con sufficiente chiarezza, si può dire che le speranze riposte nella bontà dell'intervento pubblico nelle crisi delle imprese siano andate largamente deluse. Si è trattato piuttosto, per usare un'efficace espressione, di "una sorta di *Dunkerque* economica contraddistinta da confusione e improvvisazione" (Minervini). La casistica degli interventi è nutrita: dai provvedimenti di soccorso per il pagamento dei debiti di società e consorzi autostradali (le leggi 10 febbraio 1977, n. 19; 19 febbraio 1979, n. 51 e 23 luglio 1980, n. 389) alla costituzione dei consorzi bancari aventi la finalità di "agevolare il risanamento finanziario delle imprese" (legge 5 dicembre 1978, n. 787), dal decreto legge per il caso SIR (d.l. 9 luglio 1980, n. 301) alla costituzione della GEPI, dell'EGAM, dell'EFIM, all'istituzione delle finanziarie regionali.

La *Dunkerque* economica

## 8. IL DIBATTITO SULLA FUNZIONE DELLE PROCEDURE CONCORDAZIONI

Il quadro che emerge dalla produzione legislativa di gran parte degli anni '70 risulta contraddistinto dalle seguenti caratteristiche. Accanto agli istituti tradizionali della legge fallimentare si era andata accumulando una normativa speciale che scaturiva essenzialmente da tre esigenze: intervenire in soccorso di importanti complessi produttivi in crisi; disegnare un embrione di politica legislativa di sostegno e rilancio dell'economia in tempi di recessione; predisporre strumenti di tutela delle classi deboli

maggiormente coinvolte dalle crisi. Questa serie di interventi normativi non si traduceva tuttavia in un disegno unitario che fosse frutto di una scelta delle priorità. Il legislatore si muoveva, ma navigava “a vista”, per lo più sotto la spinta di pressioni contingenti e corporative.

L'uso improprio delle procedure concorsuali

Il sistema delle procedure concorsuali restava invece immobile ed uguale a se stesso. E questa immobilità contribuì al diffondersi di un uso improprio delle procedure concorsuali cosiddette minori. L'amministrazione controllata venne non di rado concessa in situazioni nelle quali non v'era più alcunché da salvare, ma si trattava solo di allontanare nel tempo la certificazione definitiva del dissesto (con la dichiarazione di fallimento) ed era frequente il ricorso al concordato preventivo con cessione dei beni, foriero di cocenti delusioni per i creditori.

A loro volta gli studiosi della materia, se non mancavano di sottolineare negativamente le più vistose anomalie dell'esperienza giudiziale, erano tuttavia consapevoli delle serie ragioni che non di rado stavano alla base dell'uso improprio delle procedure concorsuali e che spingevano verso la ricerca di una maggiore compatibilità della legge fallimentare con le esigenze poste dalle crisi d'impresa.

Tendeva così a farsi strada, seppure in forme incompiute, la consapevolezza che i temi della sostenibilità e della responsabilità sociale dell'impresa dovessero trovare ascolto e regolamentazione anche nelle crisi d'impresa e nell'ambito degli istituti allora a disposizione.

L'uso alternativo delle procedure concorsuali

In un convegno tenutosi nel 1977, dedicato appunto all'uso alternativo delle procedure concorsuali e ideale continuazione di due precedenti convegni svoltisi rispettivamente nel '72 e nel '74, l'attenzione si concentrò sulla contrapposizione tra tutela dei creditori e conservazione dei complessi aziendali. “La realtà odierna – venne allora affermato – postula, rispetto all'interesse dei creditori, una prioritaria e autonoma considerazione dell'interesse dei lavoratori occupati nell'impresa, che sotto il profilo socio-economico non possono più essere confusi con tutti gli altri creditori sia pure come categoria di creditori particolarmente qualificati” (Gambino).

Le differenti scuole di pensiero sulla funzione dell'amministrazione controllata

Nell'ambito delle procedure concorsuali l'amministrazione controllata venne indicata come l'istituto che in qualche modo avrebbe potuto assolvere la funzione di tutela di questo interesse nei casi di crisi delle imprese medie o medio grandi, verso le quali non si fosse ritenuto necessario uno specifico intervento pubblico.

Lo scopo di questa procedura fu indicato non già nella realizzazione dell'“utopica finalità di conservazione all'economia nazionale delle imprese sane in difficoltà”, ma piuttosto nella “conservazione in vita del complesso aziendale con il suo livello occupazionale senza la sua traumatica dissoluzione per effetto del blocco fallimentare delle attività di impresa” (Gambino). E dunque, in quest'ottica, l'esito della procedura avrebbe potuto anche non essere il risanamento, reso pressoché impossibile dal decorso degli interessi, bensì la conservazione in vita dell'azienda per un tempo sufficiente a favorire il suo trasferimento in altre mani e la definizione dei debiti attraverso un concordato, che falcidiasse i crediti.

Occorreva inoltre prendere atto dell'impossibilità di distinguere, almeno per l'impresa medio-grande, tra illiquidità e insolvenza: "sino a che vi è credito per il canale del sistema bancario non vi è illiquidità né si manifesta insolvenza (anche se vi è già squilibrio patrimoniale); quando il credito viene meno, viene meno la liquidità e con essa si verificano gli inadempimenti, primo e fondamentale sintomo dell'insolvenza" (Gambino). E lo stesso concetto di "temporanea difficoltà" doveva ormai ritenersi una finzione, "fondata sull'utopia legislativa della possibilità di risanamento per virtù intrinseche dell'impresa"; la temporaneità o meno dell'insolvenza dipendeva piuttosto "da circostanze estrinseche all'impresa medio-grande", e cioè dalla quantità di mezzi finanziari senza retribuzione o a tassi agevolati che fosse affluita all'impresa.

Di qui la conclusione solo apparentemente paradossale: "è proprio per realizzare la temporaneità dell'insolvenza – e non perché abbia in tale temporaneità il suo presupposto – che provvede l'amministrazione controllata" Il ricorso a questa procedura veniva pertanto considerato lo strumento per consentire la creazione delle condizioni indispensabili per la conservazione del complesso aziendale. In quest'ottica trovava giustificazione la qualifica di crediti verso la massa attribuita dalla giurisprudenza ai crediti sorti nel corso della procedura, e in quanto tali prededucibili nell'eventuale successivo fallimento, mentre veniva indicato come un grave ostacolo all'assolvimento del ruolo che doveva ormai esserle riconosciuto il decorso degli interessi durante il tempo del suo svolgimento.

Il decorso degli interessi

L'uso alternativo dell'amministrazione controllata operato dalla giurisprudenza non soltanto riscuoteva adesione, ma stimolava la richiesta di una riforma dell'istituto che comportasse l'eliminazione della votazione dei creditori, la cancellazione definitiva, attraverso l'abolizione del requisito della meritevolezza, della qualifica di beneficio per l'imprenditore "onesto e sfortunato", attribuita dal legislatore del '42 a questa procedura, la sua attivazione su richiesta non più soltanto dell'imprenditore, il blocco degli interessi, la predisposizione di un piano di ristrutturazione quale condizione per la sua prosecuzione. E poiché questa previsione di ricostruzione delle opportunità di superamento della crisi nel corso della procedura avrebbe richiesto tempi più lunghi se ne auspicava la durata pluriennale. Nella sostanza si suggeriva che il ruolo surrettiziamente attribuito all'amministrazione controllata da una parte della giurisprudenza ricevesse riconoscimento normativo.

La nuova funzione dell'amministrazione controllata

Questa impostazione non mancò peraltro di suscitare fieri dissensi, e il dibattito si allargò sino a toccare i vari aspetti della questione di fondo: la funzione delle procedure concorsuali in un contesto economico e sociale profondamente mutato rispetto al momento storico di emanazione della legge fallimentare.

I dissensi

Si riproposero sostanzialmente le due posizioni che da sempre avevano contraddistinto la discussione.

Da un lato, venne posto l'accento su una questione essenziale e relativa all'imputazione del costo dei salvataggi. Questo costo, affermavano i tuto-

Il costo dei salvataggi

ri del ceto creditorio, “non può essere evidentemente che pagato dalla comunità nazionale; non può essere addossato se non con gravissime conseguenze ai creditori delle singole imprese” (Tarzia). E la proposta di escludere i creditori dall’ingerenza nella procedura di amministrazione controllata veniva giudicata del tutto negativamente; accoglierla avrebbe significato “porre dei grossi dubbi sull’appartenenza di questo strumento nell’ambito della tutela giurisdizionale e forse anche qualche cosa di più: cioè chiedersi se per caso di fronte a questa esigenza di conservazione dell’impresa il diritto di credito sia degradato ad interesse non giuridicamente protetto”. Si riaffermò poi con decisione che quand’anche si fosse potuto pensare all’utilizzazione dell’istituto del fallimento quale strumento di “salvataggio”, il criterio guida nella liquidazione dei beni avrebbe dovuto essere in ogni caso esclusivamente il miglior realizzo nell’interesse dei creditori (Colesanti). E venne espresso profondo scetticismo sull’idea, in qualche modo insita nell’uso “alternativo” delle procedure concorsuali, che queste potessero costituire la via giudiziale ai salvataggi. “Le procedure concorsuali – si avvertiva – non sono e non possono essere uno strumento utilizzabile per il salvataggio generalizzato delle imprese in crisi in periodo di recessione” (Maffei Alberti). Occorreva pensare per questa finalità a strumenti del tutto diversi, e cioè a “strumenti amministrativi, elastici, agili, articolati su diversi livelli”, che consentissero “l’effettivo risanamento delle imprese adottando i rimedi più opportuni in relazione alle caratteristiche della malattia di cui soffre l’impresa”. L’affidarsi a procedure di concordato preventivo o di amministrazione controllata là dove non ne sussistessero i presupposti indicati dalla legge avrebbe condotto ad inevitabili delusioni; avrebbe significato nascondere la testa sotto la sabbia “come quando si crede di cancellare la crisi dell’impresa cancellando il fallimento o le procedure concorsuali”. Non prendere atto della realtà e cullarsi nelle illusioni avrebbe comportato il consentire “la ibernazione di cadaveri a prezzi astronomici” con ricadute negative anche sul mondo del lavoro attraverso la frattura che si sarebbe creata tra lavoratori occupati e lavoratori disoccupati.

La concezione  
più  
tradizionale

A questi richiami improntati ad una concezione più tradizionale del ruolo delle procedure concorsuali nella gestione delle crisi di impresa si contrapposero concezioni di segno diverso che riflettevano differenti impostazioni di fondo. “La risposta normale (normale, si badi bene, non necessaria!) rispetto all’insolvenza dell’impresa – veniva ribadito – non dev’essere l’espulsione, bensì la riorganizzazione della stessa” (Libertini). Ed una disciplina generale di riorganizzazione avrebbe dovuto riguardare non soltanto le grandi imprese, ma anche le piccole, con l’adozione di strumenti che avrebbero potuto essere di tipo amministrativo per le grandi imprese e di tipo giudiziale nella normalità dei casi. Le insidie riposte nei nuovi possibili strumenti di intervento erano peraltro ben presenti. “Ogni intervento pubblico in materia – si avvertiva – tende a tradursi in salvataggio clientelare, ponendo l’impresa interessata sotto la tutela di questo o quel ministro, di questo o quel gruppo politico” (Belviso). Il che,

giustificava la diffusa ostilità verso i salvataggi industriali “*in quanto tali*”. E nei confronti dello strumento giudiziale il rischio da evitare era che il giudice si trasformasse in programmatore economico. Di qui il suggerimento del concetto-guida di una possibile nuova disciplina di riorganizzazione caratterizzata da un'impronta fondamentalmente privatistica, con l'attribuzione al giudice di una funzione di controllo sul procedimento di riorganizzazione. E quanto ai costi delle ristrutturazioni, questi non sarebbero dovuti ricadere sulla collettività bensì su coloro i quali avevano fatto affidamento in quell'organismo produttivo caduto in dissesto, poiché a costoro non poteva essere consentito, al verificarsi della crisi, “buttare la spugna e fidare nell'intervento bonificante dello Stato” (Belviso).

Le linee portanti del dibattito erano dunque sufficientemente chiare. Se il consenso era abbastanza diffuso sull'opportunità di valorizzare le possibilità di salvaguardia degli organismi produttivi e di mantenere – salvo eccezioni – le procedure di salvataggio nell'ambito giudiziale, la divaricazione avveniva sul trattamento e sul ruolo riservati ai creditori. Era chiaro che tanto più si fosse posto l'accento sulle esigenze del salvataggio tanto maggiormente si sarebbe messa in discussione la posizione primaria delle attese dei creditori al miglior soddisfacimento possibile. È a questi dibattiti e a queste divaricazioni di opinioni che occorre prestare attenzione se si vogliono comprendere la ragion d'essere della recente evoluzione delle procedure concorsuali e lo stato attuale della disciplina sulle crisi d'impresa e sull'insolvenza.

## 9. LA PRIMA LEGGE (N. 95/1979) SULL'AMMINISTRAZIONE STRAORDINARIA

La contrapposizione emerse in tutta la sua evidenza con l'introduzione della disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi (legge 3 aprile 1979, n. 95) comunemente nota come “prima legge Prodi” (dal nome dell'allora ministro dell'industria).

La prima legge  
Prodi

Pensata quale soluzione “organica” alle crisi dei complessi produttivi di dimensioni medio-grandi che avevano sino ad allora comportato la miriade disorganica di interventi normativi specifici sopra ricordata, questa legge ha rappresentato un vero e proprio salto di qualità rispetto all'assetto allora vigente delle procedure concorsuali.

La novità essenziale è consistita in questo, che la condizione di irreversibile dissesto dell'impresa venne indicata al tempo stesso quale premessa e contesto del tentativo di salvataggio dell'organismo produttivo: l'insolvenza, e quindi la crisi irreversibile, di un'impresa ritenuta di rilevanti dimensioni doveva consentire di per se stessa l'accesso ad una procedura comportante la continuazione dell'attività e la ricerca della collocazione sul mercato dei complessi produttivi dissestati, senza neppure una preventiva verifica della probabilità di successo del tentativo di ricollocazione.

La priorità  
della  
conservazione  
dell'impresa

I presupposti erano quindi ben differenti rispetto a quelli indicati dalla legge fallimentare per l'amministrazione controllata: il dissesto irreversibile, e non già l'insolvenza superabile e quindi reversibile, imponeva il tentativo di un intervento risanatorio in ragione delle sue stesse dimensioni. Il tentativo venne in sostanza previsto dalla legge come necessario in virtù della sola rilevanza economica e sociale della crisi. Si verificò in tal modo il riconoscimento legislativo generalizzato che aveva costituito la ragion d'essere degli innumerevoli interventi di settore: la considerazione per la sostenibilità sociale del complesso produttivo diveniva interesse primario e del tutto preminente rispetto alla tutela dei creditori.

Da eventualità perseguibile ogni qual volta se ne ravvisassero le opportunità per il miglior realizzo dell'attivo, la cessione a terzi del complesso aziendale diveniva con la prima legge Prodi l'obiettivo essenziale dell'intervento. Essa non venne più intesa quale strumento per il maggior beneficio dei creditori, bensì quale via normalmente perseguibile per traghettare in mani più forti e sicure i complessi aziendali dissestati: ai creditori sarebbero andati i modesti ed il più delle volte modestissimi ricavi delle cessioni.

L'obiettivo  
risanatorio e la  
premissione  
dei creditori

Al perseguimento della finalità vagamente risanatoria dovevano essere destinate le risorse già disponibili e quelle acquisibili mediante l'esercizio delle azioni variamente recuperatorie, ivi comprese le revocatorie e quelle di responsabilità. I creditori non contavano più nulla, né a livello decisionale sulla gestione né per la tutela dei loro interessi; ciò che importava era la tenuta del sistema produttivo e sociale nel contesto nel quale l'impresa (definita grande, ma normalmente con dimensioni medio-grandi, stanti le grandezze solitamente ridotte del nostro sistema economico-industriale) era collocata.

Il difetto fondamentale di questa legge era insito nelle sue stesse caratteristiche essenziali, ora indicate, e cioè nella previsione di continuazione sostanzialmente automatica dell'impresa e nella formulazione di un piano di risanamento che sulla carta doveva presentarsi come il frutto di una considerazione dei vari interessi coinvolti dal dissesto ma che di fatto comportava una sorta di obbligatorietà del tentativo di risanamento derivante automaticamente dall'apertura della procedura e destinato a protrarsi per anni.

La  
predezione

Con la continuazione dell'impresa scattava il meccanismo della predezione, comportante il pagamento prioritario delle spese della procedura e della gestione dei complessi produttivi dissestati, ed ancor prima quindi che fossero valutate la fattibilità del risanamento e le risorse disponibili. L'attivo acquisibile con le iniziative giudiziali sopra rammentate era destinato al mantenimento in vita del complesso aziendale. Né valeva osservare che all'interesse dei creditori il legislatore operasse un richiamo costante: se la legge non conteneva in sé gli strumenti perché questo richiamo divenisse effettivo, essa andava giudicata non per i propositi che esponeva quanto per gli effetti che in concreto determinava. Nella realtà della sua costante applicazione la prima legge Prodi non attuò mai neppure un bilanciamento tra gli interessi coinvolti nel dissesto; ciò che impor-

tava era che venisse premiato il fine della conservazione, in altre mani, del complesso produttivo o almeno di una sua parte.

Gli evidenti squilibri della prima legge Prodi e la necessità di evitare le conseguenze derivanti dalla procedura di infrazione avviata dalla Comunità europea ai sensi dell'art. 93.2 del Trattato CEE (essenzialmente per gli effetti distorsivi della concorrenza determinati dagli aiuti di Stato che questa legge consentiva, autorizzando l'impresa a proseguire l'attività in circostanze nelle quali la prosecuzione dell'attività sarebbe stata preclusa in caso di fallimento) hanno condotto a sostanziali correttivi e al varo di una nuova disciplina dell'amministrazione straordinaria, i cui tratti salienti vennero anticipati nella legge-delega 30 luglio 1998, n. 274, alla quale è seguito il d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270.

Ritorniamo su questi temi nel cap. XX, dedicato alla vigente disciplina dell'amministrazione straordinaria. Sin d'ora merita anticipare che il tratto saliente della nuova disciplina consiste nell'abbandono del concetto secondo il quale il ricorso a questa procedura debba dipendere unicamente dalle dimensioni dell'impresa e del suo dissesto. L'intervento deve invece riguardare soltanto la grande impresa insolvente nei cui confronti sussistano "concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali" (art. 27). Ciò, almeno, in linea di principio e programmatica.

### *Alcune letture consigliate*

- BOLAFFIO G., *Il concordato preventivo secondo le sue tre leggi disciplinatrici*, Torino, 1932.
- BONELLI G., *Del fallimento*, in Commentario al cod. comm., 3<sup>a</sup> ed., rielaborata a cura di V. Andrioli, III, Milano, 1939.
- CABIATI A., *Problemi commerciali e finanziari dell'Italia*, Lezioni, Milano, 1920.
- CARACCILOLO A., *La formazione dell'Italia industriale*, Bari, 1977.
- CASTRONOVO V., *L'industria italiana dall'ottocento ad oggi*, Milano, 1980.
- CAVAZZUTI F., *Capitale monopolistico, impresa e istituzioni*, Bologna, 1974.
- COLESANTI V., MAFFEI ALBERTI A., SCHLESINGER P., *Provvedimenti urgenti per l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, in *Le nuove leggi civili*, 1979.
- COTTINO G., *Introduzione al Trattato. Il diritto commerciale tra antichità, medioevo e tempo presente: una riflessione critica*, in BONFANTE-COTTINO, *L'imprenditore*, in Trattato di diritto commerciale, diretto da Cottino, Padova, 2001, 3 ss.
- DI MARZIO F., *Il fallimento. Storia di un'idea*, Milano, 2018.
- ID., *Il diritto negoziale della crisi d'impresa*, Milano, 2011.
- GALGANO F., *Storia del diritto commerciale*, Bologna, 1976.
- GAMBINO A., *Profili dell'esercizio dell'impresa nelle procedure concorsuali alla*

- luce della disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese*, in Giur. comm., 1980, I, 564 ss.
- ID., *Sull'uso alternativo della procedura di amministrazione controllata*, in Giur. comm., 1979, I, 237 ss.
- GRIFONE P., *Il capitale finanziario in Italia*, Torino, 1971.
- GUARIGLIA A., *Il concordato nel diritto italiano e straniero*, Napoli, 1892.
- LE GOFF J., *Mercanti e banchieri nel medioevo*, trad. it., Messina-Firenze, 1976.
- LIBERTINI M., *La funzione della revocatoria fallimentare: una replica e un'autocritica*, in Giur. comm., 1977, I, 94 ss.
- ID., *Pagamento cambiario e revocatoria fallimentare*, Milano, 1974.
- MAFFEI ALBERTI A., *Amministrazione controllata: una procedura da abolire*, in Giur. comm., 1985, I, 96 ss.
- ID., *La funzione della revocatoria fallimentare*, in Giur. comm., 1976, I, 362 ss.
- ID., *Il danno nella revocatoria*, Milano, 1970.
- MINERVINI G., *Alcune riflessioni in tema di composizione della crisi dell'impresa industriale*, in Problemi attuali dell'impresa in crisi, Scritti in memoria di G. Ferri, Padova, 1983, 14 ss.
- OPPO G., *Profilo sistematico dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, in Riv. dir. civ., 1980, I, 233 ss.
- ROCCO A., *Il fallimento. Teoria generale ed origine storica*, Milano, 1917, ristampa Milano, 1962.
- ROSSI G., *Il fallimento nel diritto americano*, Padova, 1956.
- SANDULLI M., *La crisi economica dell'impresa*, in Giur. comm., 1986, I, 971 ss.
- SANTARELLI U., *Mercanti e società tra mercanti*, Torino, 1998.
- ID., *Il fallimento (storia del)*, in Dig. disc. priv., sez. comm., Torino, 1990.
- ID., *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia*, Padova, 1964.
- SANTINI G., *Soluzioni giuridiche allo stato di crisi dell'impresa nei sistemi di economia di mercato*, in Giur. it., 1981, IV, 118 ss.
- SCIUMÈ A., *Le procedure concorsuali in una prospettiva storico-comparatistica*, in Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali, diretto da Vassalli, Luiso, Gabrielli, Torino, 2014, vol. V, 1 ss.
- TARZIA G., *I creditori nell'amministrazione straordinaria*, in Giur. comm., 1982, I, 731 ss.
- TARZIA G., COLESANTI V., MAFFEI ALBERTI A., LIBERTINI M., BELVISO V., *L'uso alternativo delle procedure concorsuali*, in Giur. comm., 1979, I, 274 ss.
- VASSALLI F., *Note introduttive al trattato, Le procedure concorsuali dalla legge fallimentare alla riforma*, in Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali, diretto da Vassalli, Luiso, Gabrielli, I, 2 ss.