PARTE I
INTRODUZIONE

CAPITOLO I

GLI STRUMENTI DI SOLUZIONE DELLE CRISI DI IMPRESA

SEZIONE I

TIPOLOGIA E CONNOTATI

SOMMARIO: – 1. Le crisi di impresa: nozione e tipologie. – 2. Il “governo” delle crisi. – 3. Le discipline delle crisi. – 4. *Segue*: le discipline delle crisi patrimoniali e le loro caratteristiche.

1. *Le crisi di impresa: nozione e tipologie*

In via generale e generica, si può dire che un’impresa si trova in condizione di crisi quando, per qualsiasi motivo interno od esterno, non raggiunge gli obiettivi che ragionevolmente si sarebbero potuti conseguire, avuto riguardo ai fattori di produzione impiegati¹. Si tratta, però, una nozione troppo lata di crisi, che difficilmente emerge a livello giuridico. Sul piano giuridico rileva invece, almeno di regola, una nozione di crisi più circoscritta, riferita a situazioni effettivamente *patologiche* dell’impresa, dell’impresa come organizzazione e, specificamente, come organizzazione produttiva. Ed è con questo significato che il termine “crisi” è ormai stabilmente entrato nel linguaggio normativo².

¹ In questi termini v. per esempio, nella letteratura aziendalistica, TEDESCHI-TOSCHI, *Crisi d’impresa tra sistema e management*, Milano, 1993, p. 2 ss., dove anche una attenta analisi dei diversi concetti di crisi; in argomento v., più di recente, BRUGGER, *Art. 160*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, commentario diretto da Jorio e coordinato da Fabiani, Bologna, 2007, p. 2301 ss. Nella letteratura giuridica, sulla varietà di significati dell’espressione “crisi dell’impresa” v., per tutti, CASELLI, *La crisi aziendale*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, diretto da Galgano, III, Padova, 1979, p. 623 ss.; e, più di recente, S. ROSSI, in ABRIANI ed altri, *Diritto fallimentare [Manuale breve]*, Milano, 2008, p. 3 ss.

² Si consideri il nome della procedura introdotta nel 1979: *amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi* (sulla quale v. *infra*, § 7). Ma anche la rubrica del titolo IV del d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385, t.u. delle leggi in materia bancaria e creditizia o quella del capo II del

Il termine “crisi” esprime evidentemente un disvalore. È stato però da tempo giustamente sottolineato che «la crisi non è solo evento negativo da evitare ad ogni costo, ma si inserisce quasi costruttivamente nel ciclo dell'impresa, che in via di principio non vede strutture costanti e immutabili, ma si traduce invece in un processo dinamico nel quale anche situazioni tipicamente patologiche trovano collocazione utile seppure atipica»³. D'altra parte, le crisi (patrimoniali) delle imprese possono costituire occasione o opportunità per innovazioni o cambiamenti, anche radicali⁴: sotto questo aspetto, vi è stato anche chi ha ravvisato in tali crisi un fattore decisivo di processi di ristrutturazione economica indissociabili dal funzionamento stesso di un'economia di mercato⁵.

Si impone subito una distinzione di fondo⁶ fra:

- crisi di tipo *patrimoniale*, consistenti in squilibri economico-finanziari;
- crisi di tipo *non patrimoniale*, che riguardano, cioè, il funzionamento della organizzazione e che includono anche le crisi c.d. *di legalità*⁷.

Le crisi di tipo patrimoniale, poi, possono essere ulteriormente suddivise in crisi *economiche* (o patrimoniali in senso stretto), date dallo sbilancio fra attivo e passivo, e crisi *finanziarie*, che si traducono nella incapacità di soddisfare regolarmente gli impegni (obbligazioni) verso i terzi⁸ e che – da noi ed altrove – vengono in generale qualificate sul piano giuridico (ma non solo giuridico) come “insolvenza”⁹.

titolo IV del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, t.u. delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (*Disciplina delle crisi*), ecc. Lo “stato di crisi” costituisce oggi il presupposto oggettivo specifico del concordato preventivo, ai sensi dell'art. 160 l. fall. (in argomento v. *infra*, cap. V, § 18).

³ Così LIBONATI, *La crisi dell'impresa*, in AA.VV., *L'impresa*, Milano, 1985, p. 234. V. anche, più di recente, ID., *Prefazione* a TERRANOVA, *Problemi di diritto concorsuale*, Padova, 2011, p. VI, dove si sottolinea che «è essenziale trattare della crisi alla luce della disciplina dell'impresa *in bonis*, perché in realtà si tratta di varianti, una fortunata, l'altra sfortunata, del medesimo fenomeno». Nella letteratura aziendalistica v. ancora TEDESCHI-TOSCHI, *Crisi d'impresa*, cit., *passim*.

⁴ V. anche *infra*, cap. II, § 1.

⁵ JEANTIN, *Droit commercial. Instruments de paiement et de crédit. Entreprises en difficulté*, Paris, 1995, p. 341 s.

⁶ Per la quale v. già DE MARTINI, *Il patrimonio del debitore nelle procedure concorsuali*, Milano, 1956, p. 52 ss.

⁷ Su cui v. ora, in generale, S. ROSSI, in ABRIANI ed altri, *Diritto fallimentare*, cit., p. 5 s.

⁸ In argomento v., per tutti, P. CAPALDO, *Crisi d'impresa e suo risanamento*, in *Banche e banchieri*, 1977, p. 315 ss. e, nella letteratura giuridica, GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*⁴, Torino, 2011, p. 9 s. S. ROSSI, *op. cit.*, p. 12 ss. distingue invece fra squilibrio economico, squilibrio finanziario e squilibrio patrimoniale, tutti suscettibili di sfociare poi nell'insolvenza.

⁹ Sulla nozione di “insolvenza” v. *infra*, cap. V, § 16.

Sia le crisi patrimoniali che quelle non patrimoniali, infine, possono essere (o, meglio, essere considerate), in relazione alla loro gravità ed alle prospettive di superamento:

- sanabili o reversibili;
- insanabili o irreversibili¹⁰.

Com'è ovvio, tali classificazioni e distinzioni hanno un valore del tutto *relativo*, non possono cioè essere assolute. Spesso, nella realtà concreta, le crisi patrimoniali si collegano strettamente a crisi non patrimoniali o ne sono la conseguenza¹¹. D'altra parte, le crisi economiche in senso stretto tendono nel tempo a sfociare nelle crisi finanziarie¹²; e, ancora, la linea di confine fra crisi sanabile e crisi insanabile, già incerta in termini teorici¹³, ancor più lo diventa in termini pratici.

Queste distinzioni e classificazioni, però, hanno una loro innegabile utilità sul piano sistematico e ricostruttivo e possono anche aiutare a superare quelle "ambiguità interpretative" del concetto di crisi alle quali è talvolta cenno nella letteratura¹⁴.

2. Il "governo" delle crisi

Tutti gli ordinamenti evoluti conoscono sistemi normativi di "governo" – vale a dire: di composizione e/o soluzione – delle crisi delle imprese, specificamente delle crisi finanziarie. Occorre subito precisare, però, che non sempre e non necessariamente si tratta di sistemi riguardanti esclusivamente le imprese.

Sotto questo aspetto, i vari sistemi possono classificarsi in due grandi gruppi: sistemi *dualistici* e sistemi *monistici*. I sistemi dualistici sono quelli che prevedono per la crisi delle imprese apposite regolamentazioni ed istituti specifici: e ciò nel solco di una tradizione risalente alle origini stesse del più antico e tipico fra quegli istituti, vale a dire il *fallimento*, che trova le sue radici, come è noto, nello *jus mer-*

¹⁰ Sulla distinzione, specificamente, fra crisi finanziaria reversibile e crisi finanziaria non reversibile v., per tutti, GUATRI, *Crisi e risanamento delle imprese*, Milano, 1986, p. 77 ss.

¹¹ In generale, sui fattori, economici e non, interni ed esterni, delle crisi patrimoniali delle imprese v. per tutti, nella letteratura aziendalistica, GUATRI, *Crisi*, cit., p. 14 ss.

¹² «Le crisi, nelle loro fasi terminali, sono sempre crisi 'finanziarie'»: CANZIANI, *Le circostanze di crisi nelle recenti esperienze delle imprese industriali italiane*, in *Crisi d'impresa e amministrazione controllata*, a cura di Cattaneo, Cesarini, Provasoli, Quattraro, Milano, 1986, p. 37.

¹³ V. in argomento, con riferimento alle crisi patrimoniali, P. CAPALDO, *Crisi d'impresa*, cit., p. 315; CANZIANI, *Le circostanze*, cit., p. 38 ss.

¹⁴ V., per esempio, G. ROSSI, *Crisi dell'impresa: soluzioni al confine tra diritto fallimentare e societario*, in *Il fallimento*, 1997, p. 914.

catorum medievale¹⁵. I sistemi monistici sono quelli in cui le procedure di governo delle crisi costituiscono istituti di diritto comune, destinati ad applicarsi quindi, almeno tendenzialmente, a qualsiasi debitore, imprenditore o non. Al primo gruppo possono essere ricondotti molti ordinamenti dell'area latina: così l'ordinamento italiano – dove anzi, come si vedrà, apposite regolamentazioni sono contemplate unicamente per le crisi delle imprese commerciali di non piccole dimensioni, salvo limitatissime eccezioni¹⁶ – quello francese¹⁷, quello belga¹⁸, quelli di alcuni paesi dell'America Latina¹⁹. Al secondo gruppo possono essere ricondotti gli ordinamenti dei paesi dell'area germanica (Germania²⁰, Austria, Olanda²¹,

¹⁵ Pur se è pacifico che il fallimento è stato creazione della prassi mercantile nelle città italiane, è stato ed è discusso se la sua applicazione realmente fosse limitata ai soli *mercatores*. Le fonti statutarie offrono al riguardo, in effetti, indicazioni non univoche: esse comunque – come attente indagini hanno posto in luce – attestano che assai di rado l'applicazione dell'istituto andava al di là della categoria dei mercanti o dei confini dell'attività mercantile (in argomento v., per tutti, MIGLIORINO, *Profilo storico delle procedure concorsuali*, in *Le procedure concorsuali. Il fallimento*, Trattato diretto da Ragusa Maggiore e Costa, Torino, 1997, I, p. 6 ss.); d'altra parte, nella pratica erano solo i commercianti che fallivano, per le difficoltà di applicare ai non commercianti le regole della procedura. Talché pare legittima la conclusione che «tutto l'iter storico dell'istituto fallimentare si colloca *plenissimo iure* entro i confini sostanziali del diritto commerciale nei quali è sorto e si è venuto sviluppando, da cui ha mutuato – come dalla propria matrice naturale – i suoi tratti fisionomici fondamentali» (così SANTARELLI, *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia*, Padova, 1964, p. 87). È solo, comunque, con la Rivoluzione francese e con il *code de commerce* del 1807 che si è formalmente adottato il principio della limitazione del fallimento ai soli commercianti.

Per i profili storici del fallimento v. più ampiamente *infra*, § 5.

¹⁶ Sul presupposto soggettivo delle procedure concorsuali nel nostro ordinamento v. specificamente *infra*, cap. V, sez. prima.

¹⁷ Nell'ordinamento francese, peraltro, risultano oggi assoggettati alle procedure collettive – all'esito di un processo di progressivo ampliamento – oltre ai commercianti, gli artigiani, gli agricoltori, le persone fisiche che esercitano una attività professionale indipendente, le persone giuridiche di diritto privato (art. L. 631-2 e L. 640-2 *code de commerce*, come riformulati dalla l. 26 luglio 2005, n. 845 e dall'ordinanza 18 dicembre 2008, n. 1345).

¹⁸ In questo ordinamento, il fallimento (disciplinato dalla l. 8 agosto 1997, *loi sur les fallites*) si applica solo ai *commerçants*; la procedura di *réorganisation judiciaire* (disciplinata dalla l. 31 gennaio 2009, *loi relative à la continuité des entreprises*), che ha sostituito il concordato giudiziaro (disciplinato dalla l. 28 ottobre 1997, *loi relative au concordat judiciaire*), si applica, oltre che ai commercianti, alle società agricole e alle società civili in forma commerciale.

¹⁹ Come il Brasile, la Colombia, il Messico, il Perù, l'Uruguay (per ampi ragguagli sulle legislazioni concorsuali dei paesi dell'America Latina v. ora la ragguardevole opera di DASSO, *Derecho concursal comparado*, Buenos Aires, 2009).

²⁰ L'*Insolvenzordnung* del 1994, entrata in vigore il 1 gennaio 1999 e ripetutamente modificata, prevede un'unica procedura concorsuale applicabile a qualsiasi debitore, persona fisica o giuridica, che eserciti o meno un'attività di impresa.

²¹ La legge fallimentare olandese prevede tre procedure: il fallimento, la moratoria di pagamento, la ristrutturazione del debito. Di queste procedure solo il fallimento ha applicazione generale; la moratoria di pagamento non può essere concessa alle persone fisiche non imprenditori o professionisti e la ristrutturazione è possibile solo per le persone fisiche.

ecc.), dell'area anglosassone (Gran Bretagna²², USA, ecc.); e taluni ordinamenti dell'area latina (Spagna²³; Portogallo²⁴; alcuni paesi dell'America Latina²⁵).

Va sottolineato che abbastanza raramente i modelli, rispettivamente dualistico e monistico, si presentano in forma, per dir così, “pura”. Ciò avviene, quanto ai sistemi dualistici, nel caso italiano, in cui a fronte di discipline speciali per la crisi delle imprese, c'è, per i debitori diversi, soltanto il diritto comune; o, quanto ai sistemi monistici, nel caso spagnolo ed in quello portoghese, in cui la disciplina apprestata dalla legge concorsuale si applica allo stesso modo per qualsiasi debitore. Più frequente è l'adozione di modelli “misti” o “ibridi”. Così, quanto ai sistemi dualistici, avviene spesso che, accanto alle specifiche regolamentazioni ed istituti per le crisi delle imprese, si trovino distinte, specifiche regolamentazioni della crisi di non imprenditori o di certi non imprenditori (è il caso, per esempio, della Francia²⁶ e del Belgio²⁷), talvolta identiche o quasi a quelle disposte per la crisi delle imprese (era il caso della Spagna, prima della riforma del 2003²⁸). Del pari, quanto ai sistemi monistici, accade spesso che, accanto ad una procedura “generale”, si trovino procedure o subprocedure specifiche per certe categorie di debitori (è il caso, sempre per fare degli esempi, della Germania²⁹ e dell'Austria³⁰). Si può dire, dunque, che si tratta, normalmente, di un dualismo o di un monismo solo tendenziale.

²² Il sistema inglese, che fa perno sull'*Insolvency Act* del 1986 (modificato dall'*Enterprise Act* del 2002), conosce peraltro procedure di insolvenza distinte per le società (*administration* e *winding up*) e per le persone fisiche (*bankruptcy*).

²³ In Spagna erano previste procedure formalmente differenziate, ma sostanzialmente identiche, per le imprese (la *quiebra*) e per i “privati” (il *concurso*). Da tempo si era però profilata una forte spinta al superamento della distinzione, che è stato finalmente attuato con la legge generale di riforma del diritto concorsuale spagnolo (*ley concursal*) del 9 luglio 2003, n. 22.

²⁴ Dove il *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas* del 2004 (modificato dal *decreto ley* 4 luglio 2008, n. 116) prevede una procedura unica che si applica sia al debitore comune sia alle imprese.

²⁵ Come Argentina e Cile.

²⁶ Dove è stata introdotta, con la l. 31 dicembre 1989, n. 1010 (poi integrata dalle l. 8 febbraio 1995, n. 125; 29 luglio 1998, n. 657; 1 agosto 2003, n. 710), una specifica regolamentazione del “sovraindebitamento” dei privati (dei *particuliers*) e delle famiglie.

²⁷ Dove è previsto, per le persone fisiche non commercianti, il *regolamento collettivo dei debiti* (art. 1675/2 del codice giudiziario).

²⁸ V. *retro*, nt. 23.

²⁹ L'*Insolvenzordnung* contempla una disciplina speciale per l'insolvenza dei consumatori (§ 304 ss.), che si articola su di una procedura di regolazione dei debiti e su di una procedura di insolvenza semplificata.

³⁰ Nell'ordinamento austriaco la procedura fallimentare nei confronti di persone fisiche che non esercitano attività di impresa, definita procedura di regolamento dei debiti (*Schuldenregulierungsverfahren*: § 25 KO), presenta taluni connotati differenziali.

Si deve osservare, poi, che la adozione nella materia che qui interessa di modelli *dualistici*, più o meno puri, o di modelli *monistici*, anch'essi più o meno puri, risponde solo a *scelte* di politica legislativa³¹, frutto, quindi, di valutazioni di pura e semplice *opportunità*, non ad esigenze per dir così ontologiche³². Non si può affermare, conseguentemente, che l'uno dei due tipi di modelli sia quello "normale" e l'altro, per contrapposizione, "eccezionale": possono essere considerati entrambi volta a volta "normali" o "eccezionali", a seconda dei punti di vista che si assumano.

Detto questo, va rilevato, innanzi tutto, che l'adozione del modello *dualistico* ha una sua intrinseca razionalità, data da ciò che la crisi (patrimoniale) del *particulier* ha in genere ripercussioni assai limitate sul tessuto delle relazioni economiche e giuridiche, tali comunque da non giustificare – anche in termini di *costi* – l'utilizzazione di strumenti complessi ed articolati come quelli richiesti nel caso delle crisi delle imprese³³.

E va, in secondo luogo, rilevato che anche là dove costituiscono, in principio, istituti di diritto comune le procedure di composizione e/o soluzione delle crisi sono e restano modellate preminentemente in funzione del "governo" delle crisi delle imprese. Questo è evidente, per esempio, quanto al procedimento unitario di insolvenza disciplinato dalla *Insolvenzordnung* tedesca del 1994, che resta istituto di diritto comune – come era il *Konkurs* nella disciplina anteriore – ma, centrato com'è sulla previsione di una fase iniziale volta a verificare specificamente la possibilità per l'impresa di continuare in tutto o in parte l'attività e di un *Insolvenzplan* in cui può trovare spazio la riorganizzazione o il risanamento dell'impresa, assume quale sua protagonista tipicamen-

³¹ Come è sottolineato, fra gli altri, da RICCI, *Lezioni sul fallimento*², I, Milano, 1997, p. 4.

³² Il che spiega perché, nell'ambito degli ordinamenti che hanno adottato il modello dualistico, è sempre stato vivo il dibattito sulla opportunità o necessità di estendere il fallimento e, in genere, le procedure collettive anche ai non imprenditori. In Italia lo è stato, in particolare, nel vigore del codice di commercio, con la dottrina pressoché integralmente schierata a favore di tale estensione (v., per tutti, RAMELLA, *Trattato del fallimento*, Milano, 1903, I, p. 49; NAVARRINI, *Trattato di diritto fallimentare*², Bologna, 1939, I, p. 42 ss.), ma anche dopo l'emanazione della legge fallimentare del 1942 (e v. le osservazioni, fra gli altri, di PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*⁵, Milano, 1969, I, p. 144 ss.). Ed è tornato ad esserlo nel quadro del processo che ha portato alla riforma del 2005-2007 della nostra legge fallimentare (nella quale peraltro la scelta tradizionale, come si dirà appresso [*infra*, § 9], è stata confermata): in argomento v. *infra*, § 11.

³³ È in base a quest'ordine di idee che la nostra Corte costituzionale, con la sentenza 16 giugno 1970, n. 94 (in *Foro it.*, 1970, I, 1857), ha giudicato non fondata l'eccezione di incostituzionalità dell'art. 1 l. fall. (e dell'art. 2221 c.c.), sotto il profilo della disparità di trattamento, osservando che l'applicazione del fallimento ai soli imprenditori commerciali trova la sua giustificazione nella natura ed importanza dell'attività da questi esercitata e nella ripercussione del loro dissesto sull'economia generale (v. anche Corte cost., 23 marzo 1970, n. 43, in *Foro it.*, 1970, I, 1017). In generale, sugli orientamenti della Corte costituzionale in materia v. CAPO, *La crisi d'impresa*, in *Iniziativa economica e impresa nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di Buonocore, Napoli, 2006, p. 456 ss.

te l'impresa³⁴. Del resto, il motivo ispiratore di fondo delle riforme che hanno in tempi recenti interessato molti degli ordinamenti dell'Unione europea di tipo monistico (si pensi, per esempio, alla Gran Bretagna³⁵) è da rinvenire proprio nella necessità di dare una risposta adeguata alle esigenze ed ai problemi posti, specificamente, dalla crisi delle imprese³⁶.

Lo stesso regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza, su cui torneremo appresso³⁷, pur includendo nel suo campo di applicazione le procedure applicabili a qualsiasi debitore, ha avuto come obiettivo preciso quello di agevolare la soluzione delle crisi transfrontaliere delle imprese³⁸.

3. Le discipline delle crisi

Come si è già accennato, l'attenzione dei legislatori, fin da epoca remota, si è incentrata essenzialmente su quelle che noi oggi definiamo come crisi *finanziarie* delle imprese. La ragione è abbastanza evidente: questo tipo di crisi, per consistere come si è detto nell'incapacità (definitiva o temporanea) di far fronte regolarmente alle proprie obbligazioni, incide *immediatamente* sui rapporti esterni all'impresa, sui rapporti con i terzi e, specificamente, con i creditori³⁹.

³⁴ Ma è evidente anche quanto alla procedura di *reorganization*, disciplinata dal Capitolo 11 del *Bankruptcy Code* statunitense del 1978, modificato con il *Bankruptcy Reform Act* del 1994, che si applica anche a soggetti non imprenditori, ma è strutturata come rimedio tipicamente per le crisi delle imprese. Del resto, finalità dichiarata di essa è stata fin dall'inizio ed è la conservazione dell'integrità dell'impresa insolvente (su tale procedura v., nella letteratura statunitense, per tutti, B.E. ADLER, D.G. BAIRD and T.H. JACKSON, *Bankruptcy. Cases, Problems and Materials*⁴, New York, 2007, p. 667 ss.; e, nella letteratura italiana, fra gli altri, C. FERRI, *L'esperienza del Chapter 11. Procedura di riorganizzazione dell'impresa in prospettiva di novità legislative*, in *Giur. comm.*, 2002, I, p. 65 ss.; VATTERMOLI, Chapter eleven e tutela dei creditori (note a margine del caso *Lehman Brothers*), in *Dir. banc.*, 2009, II, p. 67 ss.).

³⁵ Con l'*Enterprise Act* del 2002, che, in particolare, ha modificato la disciplina del procedimento di *administration* per renderlo più efficiente in chiave di "recupero" delle imprese in crisi (per un quadro del sistema inglese v. per tutti I.F. FLETCHER, *The Law of Insolvency*⁴, London, 2009; V. FINCH, *Corporate Insolvency Law. Perspectives and Principles*², Cambridge, 2009).

³⁶ Sembra significativo, d'altra parte, che talvolta l'unificazione della legislazione concorsuale sia avvenuta "generalizzando" a tutti i tipi di debitori le norme commerciali sull'insolvenza. Sul punto della c.d. *mercantilization* della disciplina delle crisi nella riforma spagnola v. ROJO, *Art. 1*, in ROJO y BELTRAN, a cura di, *Comentario de la ley concursal*, Madrid, 2004, I, p. 141 (in nota).

³⁷ *Infra*, § 15.

³⁸ «Le attività delle imprese presentano in maniera crescente implicazioni transfrontaliere e dipendono sempre più da norme di diritto comunitario. Poiché anche l'insolvenza di tali imprese incide sul corretto funzionamento del mercato interno, vi è necessità di un atto comunitario che imponga di coordinare i provvedimenti da prendere in merito al patrimonio del debitore insolvente»: così il 3° considerando.

³⁹ E v. per tutti CASELLI, *La crisi aziendale*, cit., p. 623 ss.

Esso rappresenta allora un elemento di rilevante “turbamento” e per almeno due ordini di ragioni: perché può innescare a sua volta la crisi di chi, normalmente altre imprese, abbia avuto rapporti con l’impresa in dissesto e perché immobilizza improduttivamente fattori che potrebbero essere più proficuamente impiegati altrove. Un elemento di “turbamento”, allora, di cui la tutela del sistema economico e la logica stessa del mercato impongono l’eliminazione. Da ciò la necessità⁴⁰ di apposite regolamentazioni, di appositi strumenti di “governo” di simili crisi⁴¹: regolamentazioni e strumenti di “governo” che trovano il loro nucleo centrale (anche se non si esauriscono in esse) nelle c.d. “procedure collettive” o “procedure di insolvenza”⁴² o ancora, da noi e tradizionalmente, *procedure concorsuali*⁴³.

Si deve subito rilevare che la particolare attenzione dedicata dai legislatori in genere e, per quel che qui interessa, dal legislatore italiano alle crisi patrimoniali (e, specificamente, alle crisi finanziarie) delle imprese non significa affatto che restino prive di rilevanza sul piano giuridico le crisi non patrimoniali. Tutti gli ordinamenti evoluti conoscono strumenti di composizione e soluzione di questo tipo di crisi; e li conosce, in particolare, il nostro ordinamento, che ne è, anzi, particolarmente ricco. Già nell’ambito stesso delle procedure concorsuali, ve n’è una, la *liquidazione coatta amministrativa*, che – pur essendo, dal punto di vista strutturale e, in parte almeno, da quello funzionale, mo-

⁴⁰ Su cui v. ora, fra gli altri, STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, Bologna, 2007, p. 30 ss. V. anche *infra*, cap. IV, § 5.

⁴¹ È questa, occorre subito avvertire, la concezione ottocentesca (e coerente con le teorie economiche classiche e neoclassiche) degli istituti deputati alla soluzione delle crisi delle imprese – e specificamente, come è ovvio, del fallimento – recepita nel codice di commercio napoleonico e, da questo, passata alle codificazioni dell’Europa continentale. Diversa era la concezione che ispirava le legislazioni statutarie dell’età intermedia e che in parte ha continuato ad ispirare la legislazione inglese, centrata sulla considerazione della crisi innanzi tutto come rottura della “moralità del commercio”, con il conseguente carattere in primo luogo sanzionatorio ed afflittivo degli istituti in questione (in argomento v., da ultimo, MIGLIORINO, *Profilo storico*, cit.). Queste due concezioni, peraltro, più che contrapporsi (e v. in tal senso, per esempio, GIULIANI e PICARDI, *La “restaurazione” del fallimento nella crisi delle economie pianificate*, in *La restaurazione del fallimento negli Stati socialisti*, Rimini, 1994, p. 20 ss.) si sono in effetti sovrapposte: nelle legislazioni statutarie erano ben presenti anche le esigenze di ordine economico; nel codice napoleonico e nelle codificazioni successive era ben presente la prospettiva sanzionatoria e repressiva, che solo in tempi recenti è stata abbandonata, almeno nella maggior parte degli ordinamenti (fra cui, dopo la riforma del 2005-2007, anche l’ordinamento italiano). V. anche *infra*, § 5.

⁴² Di “procedure di insolvenza” si parla soprattutto nella normativa comunitaria (v. il regolamento n. 1346/2000, al quale si è già accennato nel precedente paragrafo), ma talvolta anche nella normativa nazionale: v. per esempio il d.lgs. n. 210/2001, in materia di definitività degli ordini immessi in una sistema di pagamento o di regolamento titoli (dove peraltro – e cfr. art. 1, lett. p) – l’espressione “procedura di insolvenza” viene utilizzata in un’accezione particolare, non esattamente coincidente con la nozione di “procedura concorsuale”).

⁴³ Sulla cui nozione v. *infra*, cap. IV.

dellata sul fallimento – ha come suoi possibili presupposti sia crisi patrimoniali sia crisi non patrimoniali⁴⁴. Ma vi è poi, in particolare, la vastissima e variegata gamma delle c.d. *gestioni* (o *amministrazioni*) *straordinarie* previste per certe categorie di imprese vuoi dal codice civile (imprese cooperative) vuoi, soprattutto, da leggi speciali (*in primis*, nel settore finanziario: imprese bancarie, imprese assicurative, imprese di investimento), il più delle volte anche per crisi patrimoniali, ma in certi casi solo per crisi, appunto, non patrimoniali⁴⁵. E vi sono, ancora, l'*amministrazione giudiziaria*, prevista e disciplinata dall'art. 2409 c.c.⁴⁶, e il *commissariamento giudiziale*, previsto e disciplinato dall'art. 15 del d.lgs. n. 231/2001⁴⁷: l'una e l'altro sicuramente riguardabili come strumenti di soluzione di crisi (sanabili) non patrimoniali⁴⁸.

⁴⁴ V. *infra*, cap. V, § 1.

⁴⁵ Di queste gestioni o amministrazioni straordinarie si tratterà specificamente *infra*, cap. III, sez. seconda.

⁴⁶ In base a questa disposizione, se vi è il fondato sospetto che gli amministratori di società per azioni, in violazione dei loro doveri, abbiano compiuto *gravi irregolarità* nella gestione che possono arrecare danno alla società, i soci che rappresentano un decimo (nelle società per azioni “chiuse”) o un ventesimo (nelle società “aperte”) del capitale sociale o l'organo di controllo (collegio sindacale, ecc.) o ancora (nelle società per azioni “aperte”) il P.M. possono denunciare i fatti al tribunale; se le violazioni denunciate sussistono e non vengono d'altra parte eliminate direttamente dalla società, il tribunale può, nei casi più gravi, *revocare* gli amministratori ed eventualmente anche i sindaci e nominare un *amministratore giudiziario*, determinandone i poteri e la durata in carica.

Su questo istituto – la cui disciplina è stata rimodellata dalla riforma del 2003, la quale ha anche circoscritto il suo ambito applicativo alle società per azioni, in accomandita per azioni e cooperative, escludendo invece le società a responsabilità limitata – v., da ultimo, PRINCIPE, *Il controllo giudiziario nel governo societario*, Milano, 2008 e, nella letteratura manualistica, CAMPBASSO, *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*⁷, a cura di M. Campobasso, Torino, 2009, p. 434 ss., ove tutti gli ulteriori riferimenti.

⁴⁷ Questa legge, che disciplina la responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni per gli illeciti dipendenti da reati commessi a loro vantaggio o nel loro interesse (sulla quale v. per tutti RONCO, *Responsabilità delle persone giuridiche (diritto penale)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2002), prevede, fra le possibili sanzioni, le sanzioni “interdittive”, che consistono nella interdizione dall'esercizio dell'attività, nella sospensione o revoca delle autorizzazioni, ecc. L'art. 15 in particolare stabilisce che, se sussistono i presupposti per l'applicazione di una sanzione interdittiva che determina l'interruzione dell'attività dell'ente, il giudice, in luogo dell'applicazione di tale sanzione, dispone la prosecuzione dell'attività dell'ente da parte di un *commissario*, per un periodo pari alla durata della sanzione interdittiva, quando l'ente svolga un pubblico servizio o un servizio di pubblica necessità la cui interruzione può provocare un grave pregiudizio alla collettività o quando l'interruzione dell'attività dell'ente possa provocare, tenuto conto delle sue dimensioni e delle condizioni economiche del territorio in cui è situato, rilevanti ripercussioni sull'occupazione. I compiti e i poteri del commissario sono indicati dal giudice: nell'ambito di tali compiti e doveri, il commissario deve curare l'adozione e l'efficace attuazione di modelli di organizzazione e controllo idonei a prevenire reati del tipo di quello verificatosi.

⁴⁸ È del resto ormai pacifica, e in alcuni casi normativamente sancita, l'*alternatività* dello strumento di cui all'art. 2409 c.c. rispetto alle gestioni straordinarie di cui si è detto prima (e v., per esempio, l'art. 70, co. 7, del t. u. bancario; l'art. 238 del cod. ass.; ecc.). Per un interessante

Resta, comunque, che la parte quantitativamente e qualitativamente più rilevante delle discipline in materia di crisi delle imprese è costituita, da noi come altrove, da quelle che hanno ad oggetto le crisi patrimoniali. Ed è appunto delle discipline dedicate alle crisi patrimoniali – non importa se in via esclusiva o meno – che ci si occuperà di qui in avanti.

4. Segue: le discipline delle crisi patrimoniali e le loro caratteristiche

Le discipline in questione presentano molti tratti caratteristici.

Un primo tratto caratteristico è dato da ciò che quello della regolamentazione o “governo” delle crisi patrimoniali di impresa è sempre stato un terreno su cui – molto più che sugli altri terreni di regolamentazione giuridica dell’attività di impresa – sono destinati a giuocare, sia a livello di normative sia a livello di modo di applicazione di esse, i mutamenti delle condizioni economiche generali⁴⁹. Forse è eccessivo dire che le discipline delle crisi rappresentano un «complemento della politica industriale»⁵⁰. È sicuro, però, che l’approccio ai problemi dell’impresa in crisi e la loro soluzione sono particolarmente sensibili alle vicende del sistema economico, si concretino esse in mutamenti strutturali o in situazioni congiunturali (e se ne è avuta la conferma anche recentemente: il d.l. 31 maggio 2010, n. 78, convertito dalla l. 30 luglio 2010, n. 122, avente ad oggetto la “manovra economica”, ha dettato, fra l’altro, proprio norme integrative della legge fallimentare⁵¹).

Un secondo tratto caratteristico è dato dalla loro natura “conflittuale”⁵². Esse, infatti, mirano a comporre il contrasto di interessi che la crisi patrimo-

raffronto (empirico) fra l’amministrazione giudiziaria *ex art.* 2409 c.c. e le gestioni straordinarie v. TERRANOVA, *Controllo giudiziario e tutela delle minoranze nelle società per azioni*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da Abbadessa e Portale, Torino, 2007, 3, p. 109 ss. Può aggiungersi, con riguardo al commissariamento giudiziale, che è normativamente esclusa l’applicabilità dell’art. 15 del d.lgs. n. 231/2001 alle banche ed agli intermediari finanziari (v. rispettivamente l’art. 97-*bis* t.u.b. e 60-*bis* t.u.f.): anche qui – è da ritenere – per l’alternatività di quello strumento rispetto alle gestioni straordinarie previste dagli ordinamenti di settore.

⁴⁹ In argomento v., fra gli altri, JEANTIN, *Droit commercial*, cit., p. 330.

⁵⁰ Così GUYON, *Droit des affaires*, II⁸, Paris, 2001, p. 31. Peraltro in Italia, per esempio, l’introduzione, nel 1979, della *amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi* – di cui si parlerà *infra*, nel § 7 – ha rappresentato il frutto, proprio, di un preciso disegno di politica industriale (v. anche *infra*, cap. III, § 2); e, d’altra parte, nella attuale disciplina della *amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza* è stato mantenuto un formale collegamento fra procedura e “indirizzi di politica industriale” del governo: art. 55 d.lgs. n. 270 del 1999 (sulla limitata portata da attribuire a questo collegamento v. peraltro A. NIGRO e VAT-TERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, Bologna, 2009, p. 455).

⁵¹ In argomento v. anche *infra*, nt. 129.

⁵² Per questa definizione v. GUYON, *Droit des affaires*, cit., p. 7.

niale dell'impresa inevitabilmente scatena: gli interessi dell'impresa stessa, gli interessi dei terzi, gli interessi della collettività. Interessi, quelli delle due ultime categorie, che, oltretutto, neppure si presentano, al loro interno, come omogenei: e si pensi, in particolare, agli interessi dei creditori, che possono essere al pagamento integrale ed immediato di quanto ad essi dovuto, ma anche (basta considerare i dipendenti, certe categorie di fornitori, ecc.) al mantenimento del rapporto con l'impresa in crisi⁵³.

Un terzo tratto caratteristico, infine, sta nella varietà dei “modelli” – o, se si vuole, delle “tecniche” – di governo delle crisi utilizzabili e, in concreto, utilizzati da quelle discipline⁵⁴: procedure giudiziarie; procedure amministrative e interventi amministrativi; meccanismi di natura schiettamente privata. Il modello giudiziario – che è il modello tradizionale e tuttora largamente prevalente in tutti gli ordinamenti – ha trovato e trova la sua ragion d'essere fondamentale, ovviamente, nell'esigenza di garantire, con l'intervento di un'autorità neutrale, la “giusta” composizione dei conflitti di interessi che la crisi dell'impresa, come si è detto, provoca⁵⁵ (non sempre, peraltro, il ruolo dell'autorità giudiziaria nei procedimenti di soluzione delle crisi di impresa è un ruolo propriamente “giustiziale”: molto spesso, anzi, esso è un ruolo anche “amministrativo”). Il modello amministrativo, da parte sua, trova la ragion d'essere, evidentemente, nella sussistenza di un particolare e specifico *interesse pubblico* nella soluzione di certe crisi di certe categorie di imprese: ed è in ciò la differenza rispetto al modello giudiziario, alla cui base sta pur sempre un interesse pubblico, ma che si esaurisce nella predisposizione dello strumento, e quindi del modo di soluzione (peraltro, anche il ruolo dell'amministrazione, nel campo che qui interessa, pare suscettibile di modificazioni, tendendo a divenire anche un ruolo “giustiziale”). I meccanismi privati, infine, costituiscono espressione della spinta dell'autonomia privata al recupero anche del governo della fase patologica dei rapporti.

Proprio le caratteristiche fin qui delineate danno ragione, innanzi tutto, delle diversità anche rilevanti fra i vari ordinamenti in punto di regolamentazione delle crisi: ciascun ordinamento, in relazione al grado di evoluzione delle proprie strutture economiche (oltre che, naturalmente, al proprio sistema di “valori”), ha seguito proprie linee. E le ha seguite sia nella individuazione del punto di

⁵³ Sul punto v., fra gli altri, JORIO, *Le procedure concorsuali tra tutela del credito e salvaguardia dei complessi produttivi*, in *Giur. comm.*, 1994, I, p. 493.

È il caso di ricordare – sotto questo aspetto – che la “concorsualità”, come connotato delle procedure, appunto, concorsuali, viene talvolta ricostruita proprio quale regime di disciplina delle situazioni di conflitto: in tema v., da ultimo, DE SENSI, *La concorsualità nella gestione della crisi dell'impresa*, Roma, 2009, p. 238 ss.

⁵⁴ E v. in argomento anche JORIO, *Modelli europei e scelta tra sistemi a gestione giudiziaria o amministrativa*, in *Il fallimento*, 1998, p. 951 ss.

⁵⁵ V. sul punto, per tutti, VASSALLI, *Procedure concorsuali. I. Considerazioni introduttive*, in *Legislazione economica*, a cura di Vassalli e Visentini, II, Milano 1979, p. 274.

conciliazione fra gli interessi contrapposti: sotto questo aspetto, è ormai tradizionale la distinzione, per quanto riguarda specificamente la composizione delle crisi patrimoniali delle imprese, fra sistemi “orientati ai creditori” e sistemi “orientati all’impresa” (o “al debitore”), a seconda che privilegino il soddisfacimento dei creditori, prescindendo dalle sorti dell’impresa, o, invece, mirino alla salvaguardia dell’impresa, anche con sacrificio dei diritti dei creditori⁵⁶. Sia, correlativamente, nella scelta dei modelli o delle tecniche. Nell’ultimo quindicennio molti dei paesi dell’Unione europea hanno proceduto a riforme delle discipline delle crisi di impresa: così – oltre all’Italia⁵⁷ – la Francia⁵⁸, la Germania⁵⁹, il Bel-

⁵⁶ Si tratta, peraltro, di una distinzione che tende ad attenuarsi: ormai tutti gli ordinamenti mirano ad una equilibrata considerazione di entrambe le esigenze.

⁵⁷ Sulla riforma italiana v. *infra*, § 9.

⁵⁸ L’ordinamento francese ormai procede a riformare il proprio sistema concorsuale con cadenza sempre più rapida. Una grande riforma si è avuta con la l. 1 marzo 1984, n. 84-148, concernente la *prévention et règlement amiable des difficultés des entreprises*; e con la l. 25 gennaio 1985, n. 85-98, relativa al *redressement et liquidation judiciaire des entreprises* (nonché con la l. 25 gennaio 1985, n. 85-99, concernente gli amministratori giudiziari, i mandatari-liquidatori e gli esperti in diagnostica di imprese): la prima delle due leggi prevedeva un insieme di strumenti intesi a permettere una rilevazione tempestiva di situazioni di difficoltà ed una soluzione altrettanto tempestiva delle stesse attraverso il “regolamento amichevole” fra debitore e creditori; la seconda istituiva, al posto delle procedure previste nel regime previgente (*règlement judiciaire, liquidation des biens e suspension provisoire*), una procedura unica, il *redressement judiciaire*, intesa a permettere «*la sauvegarde de l’entreprise, le maintien de l’activité et de l’emploi*», prevedendosi solo in via residuale la liquidazione dell’impresa, ove ogni ipotesi di risanamento risultasse impraticabile. Questo sistema (sul quale si v., in generale, RIPERT *et* ROBLOT, *Traité de droit commercial*¹¹, II, Paris, 1988, p. 704 ss.) è stato riformato con la l. 10 giugno 1994, n. 94-475, che, per un verso, ha rinforzato i meccanismi di rilevazione tempestiva delle situazioni di difficoltà ed accentuato il ruolo del tribunale nel regolamento amichevole e, per altro verso, ha riequilibrato il rapporto fra risanamento e liquidazione giudiziaria e, per altro verso ancora, ha migliorato la situazione dei creditori, accentuandone le possibilità di informazione, di intervento e di controllo ed assicurando loro più favorevoli condizioni di pagamento (v. JEANTIN, *Droit commercial*, cit., p. 349 ss.). Dopo che tutte queste leggi, nel 2000, sono state rificate nel nuovo *Code de commerce* (libro VI, art. da L. 611-1 a L. 628-3), il sistema è stato nuovamente riformato con la l. 26 luglio 2005, n. 845, che ha perfezionato le procedure “preventive”, potenziando il *règlement amiable* (ora chiamato *conciliation*), ha introdotto una ulteriore procedura, quella di *sauvegarde* (che si apre su iniziativa del debitore, ha per presupposto la sussistenza di difficoltà tali da condurre alla cessazione dei pagamenti ed ha per oggetto la riorganizzazione dell’impresa sulla base di un piano, sì da consentire la prosecuzione dell’attività, la conservazione dei livelli occupazionali e la sistemazione del passivo) ed ha rimodellato il *redressement judiciaire* e la *liquidation judiciaire*. Questa disciplina (sulla quale v., in generale, LUCAS *et* LECUYER, a cura di, *La réforme des procédures collectives*, Paris, 2006) è stata modificata, a distanza di pochissimi anni, dall’ordinanza 18 dicembre 2008, n. 1345 e dal relativo decreto di applicazione 12 febbraio 2009, n. 160, che hanno apportato una serie di miglioramenti alle disposizioni della l. del 2005 e, soprattutto, hanno cercato di rendere “più accessibile e più attrattiva” la procedura di salvaguardia, divenuta ormai la procedura “cardine” del sistema.

Per un quadro generale dell’evoluzione della legislazione francese in materia, a partire dal codice di commercio napoleonico del 1807, v. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*⁶, Paris, 2009, p. 9 ss.

⁵⁹ Con la già ricordata *Insolvenzordnung* del 1999, modificata, da ultimo, nel 2008.

gio⁶⁰, la Gran Bretagna⁶¹, la Spagna⁶², il Portogallo⁶³. Ma vi hanno proceduto in ordine sparso e seguendo impostazioni anche profondamente divergenti (e si pensi, per fare solo qualche esempio, al diverso ruolo assegnato ai creditori e, rispettivamente, all'autorità giudiziaria nel sistema tedesco e, ora, italiano e invece nell'ordinamento spagnolo⁶⁴; o alle profonde diversità fra il regime revocatorio previsto dall'ordinamento francese e quello previsto nell'ordinamento italiano), pur se non sono mancati, naturalmente, fenomeni “imitativi”, con riferimento a profili specifici (e si pensi, per fare anche qui qualche esempio, al meccanismo, nelle soluzioni concordatarie, della divisione dei creditori in classi, che – sulla scia dell'esperienza statunitense – è stato adottato dapprima dall'ordinamento tedesco, poi da quello spagnolo e ora da quello italiano⁶⁵). Il che poi spiega le enormi difficoltà che ha incontrato, in questo settore, l'opera di armonizzazione a livello comunitario⁶⁶.

Le caratteristiche fin qui delineate danno ragione, poi, della complessità e della articolazione, all'interno dei singoli ordinamenti, delle discipline delle crisi, che quasi mai si esauriscono in un unico istituto o modello⁶⁷.

⁶⁰ Con le già ricordate l. 8 agosto 1997 (*loi sur les fallites*) e 28 ottobre 1997 (*loi relative au concordat judiciaire*), quest'ultima sostituita dalla, ugualmente ricordata, l. 31 gennaio 2009 (*loi relative à la continuité des entreprises*), la quale ha introdotto la procedura di *réorganisation judiciaire*, che può avere come obiettivo: o l'*accord amiable* con tutti i creditori o con due o più di essi (*r. j. par accord amiable*); o l'accordo con i creditori su un *plan de réorganisation* (*r. j. par accord collectif*); o il trasferimento di tutta l'impresa, o di parte di essa o dei suoi attivi (*r. j. par transfert sous autorité de justice*).

⁶¹ Con il già ricordato *Enterprise Act* del 2002.

⁶² Con la già ricordata *ley concursal* del 9 luglio 2003, n. 22 (sulla quale v. ROJO y BELTRAN, a cura di, *Comentario*, cit.), modificata da ultimo dal *decreto ley* 27 marzo 2009, n. 3 (sul quale v. BELTRAN, *La reforma de la ley concursal española*, in *Dir. fall.*, 2009, I, p. 856 ss.) e dalla *ley* 10 ottobre 2011, n. 38.

⁶³ Con il già ricordato *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas* del 2004, sul quale v. DE CARVALHO FERNANDES, *Profili generali del nuovo regime dell'insolvenza nel diritto portoghese*, in *Dir. fall.*, 2006, I, p. 1418 ss. e, tra i contributi in lingua portoghese, SERRA, *O novo Regime Português da Insolvência. Uma Introdução*³, Coimbra, 2008.

⁶⁴ Mentre il sistema italiano e quello tedesco si sono mossi nel segno di un potenziamento del ruolo dei creditori, nel segno opposto, del potenziamento del ruolo dell'autorità giudiziaria, si è invece mosso il sistema spagnolo.

⁶⁵ Che tale meccanismo ha introdotto a tappe: dapprima nel concordato nell'amministrazione straordinaria “speciale”; successivamente, con il d.l. del 2005, nel concordato preventivo; poi, con il d.lgs. del 2006, nel concordato fallimentare; ed infine, con il d.lgs. del 2007, nel concordato di liquidazione e, conseguentemente, nel concordato nell'amministrazione straordinaria “comune”.

⁶⁶ V. *infra*, sez. terza.

⁶⁷ Per un quadro d'assieme assai significativo sotto l'aspetto considerato si vedano gli elenchi delle procedure di insolvenza e di liquidazione dei diversi paesi dell'Unione europea contenuti negli allegati A e B al già ricordato regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza del 29 maggio 2000 n. 1346, come modificati, da ultimo, dal reg. 25 febbraio 2010, n. 523.