

## PREFAZIONE

*In questo volume vengono raccolti gli scritti sulle procedure concorsuali pubblicati nel periodo che va dalla Prima riforma Vietti (i Provvedimenti urgenti del 2005) al progetto di un Codice delle crisi d'impresa e del sovraindebitamento, elaborato dalla Seconda Commissione Rordorf (2018) e ancora in attesa degli ultimi ritocchi da parte delle Commissioni parlamentari.*

*Nel predetto arco di tempo il legislatore è intervenuto a più riprese, e non sempre in maniera coerente, sul vecchio testo della legge fallimentare. Il ritmo serrato delle "Novelle" è stato, tuttavia, di stimolo per un approfondito dibattito e un'elaborazione collettiva dei nuovi concetti emersi dalle commissioni Trevisanato e Vietti. L'attenzione si è gradualmente spostata dalla liquidazione del patrimonio del debitore (per attuare la responsabilità patrimoniale di cui all'art. 2740 c.c.) al tentativo di salvare l'impresa, attraverso un'equa distribuzione dei sacrifici tra le varie classi di soggetti coinvolti dalla crisi. La nuova impostazione è stata suggerita dal rilievo che la liquidazione del patrimonio responsabile è diventata un procedimento troppo dispendioso, inefficiente e inefficace: sia perché distrugge i beni immateriali (la clientela, le altre forme d'avviamento, i marchi, il know how e simili); sia perché impone un cambiamento di destinazione ai residui cespiti aziendali, che spesso devono subire profonde ristrutturazioni (con un inevitabile aggravio di spese), per essere riutilizzati. Da qui l'idea, che si va diffondendo in tutti i settori dell'economia (specialmente in quelli finanziari), di sostituire al meccanismo incentrato sulla responsabilità patrimoniale e sulla par condicio creditorum (artt. 2740 e 2741, c.c.) altri meccanismi, che puntano: a un controllo più penetrante sulla gestione dell'impresa (la c.d. corporate governance); alla rilevazione precoce della crisi (le procedure d'allerta e prevenzione); e, soprattutto, a un alleggerimento dell'esposizione debitoria, in modo da rendere attuabile un piano di ristrutturazione aziendale. Invece d'intervenire sull'attivo pa-*

*trimoniale, per liquidarlo, si agisce sul passivo – con l’eliminazione d’alcune poste e la riduzione di altre – per ripristinare il desiderato equilibrio economico e finanziario.*

*Proprio per far risaltare una così profonda trasformazione della funzione degli istituti regolati dalla legge del ’42, la riforma “Rordorf” ha preferito sostituire alla vecchia terminologia – ancora incentrata sul lemma “fallimento” e i suoi derivati (fallito, fallimentare) – una nuova espressione, che richiama l’attenzione sulla crisi dell’impresa, in modo da abbracciare in un unico disegno, sistematicamente compatto, gli strumenti per prevenirla (facendola emergere in maniera tempestiva) e gli interventi per superarla senza disperdere i valori organizzativi, di cui sopra s’è detto.*

*Nel titolo del volume s’è preferito fare riferimento, invece, a una terminologia più tradizionale, soprattutto per segnalare che gli istituti in esame devono pur sempre garantire – come funzione primaria – il miglior soddisfacimento dei creditori. La conservazione dell’impresa è un obiettivo importante, se serve alla causa; ma non può diventare lo scopo principale della procedura, giacché, in caso contrario, si finirebbe coll’imporre, di fatto, il passaggio da un’economia di mercato a un’economia lasciata al governo dei giudici e dei loro esperti.*

*Naturalmente, anche il concetto di “procedura concorsuale” è ambiguo, perché può far pensare a uno strumento rivolto esclusivamente alla distribuzione delle somme ricavate dalla liquidazione dei beni del debitore (la cosiddetta “divisione della torta”). Il problema è stato discusso a lungo, all’inizio degli anni Sessanta, al fine di valutare l’attendibilità della tesi, accolta dalla Cassazione, della “consecuzione delle procedure concorsuali”. In quell’occasione autorevolissima dottrina (Salvatore Satta, ma in senso contrario si era espresso Gian Antonio Micheli) ebbe modo di precisare che il termine “concorso” non implica necessariamente la ripartizione proporzionale di certe risorse (come pure si potrebbe evincere da una lettura affrettata dell’art. 2741, c.c.: e concursu partes fiunt); ma ha un significato più ampio, corrispondente all’idea della partecipazione ordinata a una corsa, per impedire che i singoli creditori continuino a perseguire il loro interesse particolare, con pregiudizio per l’interesse della massa. Proprio per questo, l’apertura del concorso impone la cessazione delle azioni esecutive individuali, alle quali si sostituisce l’attività (di mero controllo o di gestione) degli organi della procedura.*

*In tale prospettiva, non solo la vecchia amministrazione controllata e il*

*concordato potevano essere annoverati tra le procedure “concorsuali”, ma persino gli odierni accordi di ristrutturazione dei debiti rientrano nel medesimo genus, almeno dal momento in cui una novella ha imposto la sospensione automatica delle azioni esecutive e cautelari. Anche in quest’ultimo caso l’interesse collettivo, diretto alla ricerca di una soluzione concordata della crisi, prevale – a norma di legge – sull’interesse individuale alla tutela dei propri diritti. Ma, guardiamo un po’ più da vicino il contenuto del libro.*

*A) La Parte Prima del volume è dedicata alle novità portate dalla riforma, che giacciono sul piano concettuale, prima ancora che su quello normativo, e che, comunque, sono state precedute da una lunga elaborazione collettiva. Come si è detto, tutto si collega alla crisi della responsabilità patrimoniale come strumento idoneo a garantire il soddisfacimento del creditore in caso d’insolvenza: la distribuzione di percentuali irrisorie a molti anni di distanza dal mancato adempimento non può essere considerata, infatti, come un risultato valido sul piano della tutela.*

*Da qui, l’esigenza di valorizzare lo strumento concordatario, nel tentativo di salvare almeno qualche ramo dell’impresa, o di permettere, comunque, una liquidazione dei beni nei tempi e con le modalità più adatte a renderla redditizia.*

*A ben guardare, però, proprio l’eliminazione della fase liquidativa fa venir meno il principale punto di riferimento per stabilire quanto vale il patrimonio del debitore (a prezzi di mercato) e, di conseguenza, quanto occorre distribuire (come percentuale minima) alle varie classi di creditori. Ne consegue una notevole incertezza in merito alla convenienza e alla fattibilità della proposta concordataria formulata dal debitore e una conseguente preoccupazione di non tutelare adeguatamente gli interessi dei creditori.*

*Proprio quest’ultima preoccupazione induce a chiedersi se il credito possa essere ancora annoverato tra i diritti soggettivi di natura patrimoniale, o non si sia, nel tempo, trasformato in una semplice aspettativa, spesso sacrificata all’interesse per il salvataggio dell’impresa. Come si vedrà, questo timore sul piano pratico è fondato, soprattutto se s’insiste nel proporre forme di tutela sempre più barocche e inefficienti. Il diritto non può perseguire obiettivi di razionalità assoluta, ma deve accontentarsi di risultati sub-ottimali, tenendo presente che il meglio è sempre nemico del buono. Soprattutto con riferimento all’insolvenza d’imprese di modeste dimensioni, sarebbe più opportuno aprire senza indugi una procedura con-*

*corsuale, anziché andare in cerca di un elisir di lunga vita per l'organismo produttivo. Offrire al debitore una chance di ritornare in attività attraverso una parziale liberazione dai debiti è doveroso. Imporgli d'elaborare (magari con l'ausilio di tecnici esterni) dei fantasiosi piani di risanamento (specialmente quando non si è in presenza d'impresе strategiche per l'economia nazionale) è solo una perdita di tempo.*

*Detto questo, però, si deve constatare che i diritti patrimoniali non sono più delle cittadelle chiuse, costruite per garantire la sovranità del titolare su un bene o su un patrimonio (quello del debitore). I crediti, al pari delle proprietà, possono essere sacrificati in vista di un interesse superiore, anche senza il consenso del titolare, purché si rispetti un criterio di proporzionalità e di ragionevolezza nelle forme di tutela. La struttura dei diritti soggettivi non è mai stata rigida, ed è diventata ancora più flessibile in economie nelle quali il nesso d'interdipendenza reciproca si è accentuato.*

*B) Il fatto che le procedure concorsuali vadano tendenzialmente perdendo il loro carattere sanzionatorio (anche se molto resta da fare al riguardo) e la definitiva scomparsa delle classi sociali (almeno per come venivano concepite fino alla metà del secolo scorso) hanno resa sotto molti profili obsoleta la disciplina del presupposto soggettivo (la qualità d'imprenditore commerciale non piccolo) per l'apertura del concorso. Mentre la disciplina del codice civile in materia risente ancora dell'ideologia corporativa e lega lo statuto delle varie tipologie di soggetti economici (compresa la soggezione al fallimento) all'esercizio di specifiche attività professionali o all'appartenenza a determinati ceti sociali, sul piano pratico oggi il ricorso alle procedure concorsuali s'impone ogni qual volta emerga il problema di dare una destinazione unitaria al patrimonio del debitore, o per consentire la continuazione dell'attività oggettivamente considerata (e, quindi anche con la cessione dell'azienda o di un suo ramo a un terzo acquirente), oppure per porre i presupposti di un'esdebitazione e di un rapido ritorno del debitore "persona fisica" alla vita produttiva.*

*In queste condizioni, mi è sembrato opportuno, da un lato, segnalare i residui caratteri corporativi della disciplina dettata dal codice; e, dall'altro, dare conto degli sforzi della giurisprudenza e della dottrina, per superarli in maniera definitiva.*

*In realtà, anche il legislatore, con la nuova disciplina della piccola impresa nel fallimento, ha portato un contributo non irrilevante al riguardo.*

*È necessario tenere presente, tuttavia, che solo con una radicale modifica delle norme in materia di reati fallimentari si potrà conseguire l'auspicato equilibrio, giacché, in caso contrario, la pura e semplice estensione delle procedure concorsuali a altre categorie di soggetti finirebbe col portare a un inasprimento del regime penalistico, senza conseguire l'obiettivo di una disciplina più liberale della materia.*

*C) Anche i presupposti oggettivi delle procedure concorsuali sono stati al centro di un profondo ripensamento, soprattutto al fine d'anticipare le varie forme d'intervento sulla crisi dell'impresa. Il problema non è nuovo, giacché anche il passaggio dalla "cessazione dei pagamenti" allo "stato d'insolvenza" come presupposto del concordato preventivo e del fallimento ha avuto valenze in parte simili. Oggi, la questione, però, si pone in termini completamente diversi: sia per la maggiore dimestichezza degli operatori giuridici con i concetti economici (crisi finanziaria, crisi patrimoniale, crisi economica); sia perché la nuova terminologia, in parte ricalcata (con qualche fraintendimento) sull'ordinamento tedesco, ha ancora bisogno di approfondimenti, per individuarne con esattezza i contenuti semantici e precettivi delle varie espressioni (stato d'insolvenza, stato di crisi, sovraindebitamento).*

*D) Il concordato preventivo è l'istituto che ha subito le più profonde innovazioni: sia perché, sul piano funzionale, si è gradualmente trasformato in una piccola amministrazione straordinaria volta al salvataggio dell'impresa, invece che alla liberazione dell'imprenditore; sia perché sono sempre più numerosi gli strumenti messi a disposizione delle Autorità di controllo, per superare il dissenso immotivato dei creditori, o per fare a meno, addirittura, di consultarli.*

*Sul primo punto mi sono già intrattenuto in queste pagine introduttive, per osservare che in molti casi non è un dramma far scomparire dal mercato un'impresa improduttiva, mentre è molto peggio coltivare delle illusioni, destinate a restare disattese, nonostante lo sperpero delle residue risorse, che dovrebbero essere distribuite ai creditori. Al riguardo, posso solo aggiungere che l'aver trascurato la funzione liberatoria della procedura ha creato insormontabili problemi nei concordati di gruppo, perché ha fatto dimenticare che, se i creditori accettano le condizioni proposte dalla società dotata delle maggiori risorse patrimoniali, non vi è nessun impedimento giuridico a consentire che la stessa società (in genere, la cassaforte del*

gruppo), dopo aver estinto nella misura pattuita i propri debiti, destini il resto al salvataggio delle società operative. In caso contrario, l'unico effetto dell'atteggiamento "rigoroso" sarebbe di far precipitare la crisi del gruppo, con la conseguente liquidazione delle singole masse e una falcidia dei creditori della società "più ricca" presumibilmente maggiore di quella prevista dalla proposta di concordato.

L'apparente paradosso si spiega, se si considera che vi può essere un'enorme differenza tra il valore di liquidazione del patrimonio dell'impresa in crisi e il suo valore d'uso (pari al valore di ripristino dei beni aziendali) nell'ipotesi di una continuazione dell'attività. Proprio questa differenza (che in altra sede ho definito "plusvalenza da concordato") può consentire di soddisfare i creditori della società patrimonializzata nella stessa misura che ricaverebbero da una liquidazione atomistica del suo patrimonio, e di destinare le residue risorse alle attività produttive, per alimentare il reddito dell'impresa e garantire il going concern.

Il secondo punto è in parte legato a queste ultime considerazioni. Innanzi tutto, è opportuno premettere che in un'economia finanziaria i creditori di un'impresa sono così numerosi e così distribuiti in classi differenziate sotto il profilo giuridico ed economico, da rendere oltremodo difficile (e forse inutile) acquisire il loro consenso individuale. Per questo motivo, non si può fare a meno del ricorso alle predette tecniche per dividere la massa creditoria in più classi e per superare l'eventuale dissenso di alcune di esse, qualora il loro voto contrario risulti ostruzionistico. A un criterio di giustizia procedimentale (la volontà della massa si è correttamente formata) si sostituisce un criterio di giustizia materiale, offerto dalla presumibile equivalenza tra ciò che i creditori dissenzienti ottengono dalle condizioni che vengono loro imposte con il cram-down, e quanto riceverebbero in sede di riparto dopo la liquidazione del patrimonio del debitore. Detto questo, però, si deve anche considerare che in alcuni casi si può, e in altri si deve, tenere conto della plusvalenza da concordato, sia per ottenere il consenso di alcune classi di creditori che hanno minori margini economici per accettare certe decurtazioni (mi riferisco ai creditori più deboli dal punto di vista patrimoniale), sia per far conseguire all'intera massa condizioni più eque. E infatti: se la falcidia imposta ai creditori supera l'importo dei fondi strettamente necessari per far tornare l'impresa in bonis, non si vede per quale motivo almeno una parte della predetta plusvalenza da concordato non possa essere utilizzata per garantire ai creditori un tratta-

*mento più equo, o per rendere la proposta del debitore più allettante. In altri termini, proprio l'importanza dell'obiettivo perseguito (la continuità aziendale) deve consentire – fermo restando il rispetto d'alcuni limiti – il ricorso a criteri equitativi di distribuzione delle risorse: la differenza tra il valore di liquidazione e il valore d'uso non può restare tutta nelle mani del debitore, ma non appartiene nemmeno ad alcune classi di creditori, piuttosto che ad altre.*

*E) Le azioni revocatorie vengono considerate come lo strumento più efficiente per la tutela della massa. Proprio per questo, però, non è facile mantenere il giusto equilibrio tra le varie classi d'interessi coinvolti dalla crisi dell'impresa. Una disciplina troppo severa produce inevitabili effetti disgregativi sul complesso aziendale e costituisce un serio ostacolo per la continuità della gestione. Una disciplina troppo blanda apre la strada a facili frodi. Tenendo conto dello scomodo dilemma, nella riforma Vietti si è optato per un regime selettivo, fondato sul doppio binario, del mantenimento dell'impostazione tradizionale, come base di partenza, e della previsione di un ragguardevole numero d'eccezioni fondate su ragioni di carattere economico e sociale. Adesso, la riforma "Rordorf" dovrebbe eliminare una vistosa incongruenza delle norme stilate nel 2005, ancorando l'inizio del periodo sospetto alla domanda con la quale si chiede l'apertura della procedura di liquidazione (qualora non sia preceduta dall'ammissione al concordato), anziché alla pronuncia del tribunale sulla medesima.*

*Ciò posto, i saggi qui raccolti riesaminano i temi più importanti dell'annoso dibattito: da un primo commento alla riforma Vietti, al problema del danno come fondamento dell'impugnativa; dalla revoca delle rimesse su conti correnti bancari, alla cessione delle azioni e alla sorte del controcredito del terzo colpito dalla dichiarazione d'inefficacia dell'atto. Si tratta di questioni ancora aperte, che possono essere correttamente impostate solo se si tiene presente la funzione di garanzia di certi istituti, come il pagamento contestuale alla consegna della merce e la compensazione tra le partite di dare e avere nel campo dei rapporti commerciali. Il fatto che spesso sia sfuggita questa connessione ha indotto a considerare gli istituti in parola (soprattutto la compensazione) come inaccettabili violazioni della par condicio creditorum, con la conseguenza di suggerire soluzioni inadeguate alle esigenze dei traffici.*

F) *Nell'Appendice sono collocati i saggi su Giuseppe Ferri e Gustavo Bonelli. Non si tratta solo di un doveroso omaggio a due grandi Giuristi del nostro recente passato, ma anche di un modo per far toccare con mano come la disciplina delle procedure concorsuali, dei loro presupposti e dei loro effetti, si sia evoluta nel passaggio da un'economia mercantile a un'economia manifatturiera e, poi, nell'ulteriore progressione da un'economia industriale (nella quale è già apparsa la grande impresa) a un'economia finanziaria. In questa chiave si può comprendere l'evoluzione di molti concetti e istituti, come la sostituzione della cessazione dei pagamenti con le nozioni di stato d'insolvenza e di crisi dell'impresa, o come i mutamenti intercorsi nella funzione dei concordati e delle revocatorie. Su questi temi e, soprattutto, sulla trasformazione del ruolo del commercio e dell'impresa nelle economie dell'Otto- e del Novecento, le lezioni dei due Maestri costituiscono ancora dei punti di riferimento essenziali.*

*Prima di chiudere queste brevi note introduttive, mi corre l'obbligo di formulare un'ultima avvertenza. Ho preferito ripubblicare i saggi nella loro versione originaria, senza apportare alcuna correzione alla loro stesura, sebbene tra due scritti, che si occupano della stessa materia a qualche anno di distanza, si possano riscontrare alcuni mutamenti d'opinione. In alcuni casi, si tratta di una semplice presa d'atto d'innovazioni legislative, com'è accaduto con riferimento agli accordi di ristrutturazione, che sono stati di volta in volta qualificati come semplici strumenti dell'autonomia privata, come procedure concorsuali, o addirittura come veri e propri concordati, a seconda che il legislatore abbia escluso ogni tipo d'intervento per agevolare le trattative con i creditori, abbia concesso un riparo contro le iniziative cautelari e esecutive a carattere individuale (il cosiddetto automatic stay), o abbia consentito il ricorso, per alcune categorie di creditori, a votazioni a maggioranza.*

*In altri casi, invece, si è in presenza di un affinamento dell'analisi, che non ho voluto occultare, giacché anche le oscillazioni del pensiero – pur provocando qualche imbarazzo per l'autore – fanno parte della ricerca, e come tali vale la pena documentarle. A ogni buon conto, per consentire all'attento lettore una ricostruzione esatta delle predette peregrinazioni della mente (e ciò vale soprattutto per lo scritto sul conflitto d'interessi nel concordato: Cap. XIV), se sono riportati (in una nota asteriscata riferita al titolo di ogni capitolo) la data e il luogo della prima pubblicazione.*

Roma, 11 dicembre 2018

**PARTE PRIMA**  
**DAL FALLIMENTO**  
**ALLA CRISI D'IMPRESA**



# CAPITOLO PRIMO

## PRIME IMPRESSIONI SULL'ARTICOLATO "RORDORF" (\*)

SOMMARIO: I. *Premesse*. – 1. L'importanza dell'intervento normativo. – 2. Un quadro sinottico dei contenuti della riforma. – 3. Il ruolo del patrimonio come garanzia dell'obbligazione. – 4. Le nuove forme di tutela dei crediti. – 5. Luci e ombre dell'articolato normativo. – II. *Il linguaggio del legislatore*. – 6. Concetti giuridici e termini economici. – III. *Crisi e insolvenza*. – 7. Lo stato di crisi. – 8. L'interpretazione della giurisprudenza. – 9. Le definizioni fornite dal progetto di riforma. – 10. Qualche rilievo esegetico. – 11. Cessazione dei pagamenti e impossibilità d'adempire. – 12. Sintesi dei risultati ottenuti. – 13. Dalla prognosi riservata alla prognosi infau-  
sta. – 14. Il linguaggio del legislatore e l'ermeneutica giuridica. – IV. *I concordati*. – 15. Concordati con continuità aziendale e concordati di liquidazione. – 16. L'evoluzione funzionale dell'istituto. – 17. La funzione liquidatoria del concordato nella riforma del 2005. – 18. Dal concordato liquidatorio al concordato conservativo. – 19. La liberazione del debitore nel concordato con cessione dei beni. – 20. Cessione dei beni ai creditori e giudizio di fattibilità. – 21. La "causa" del concordato. – 22. La posizione del debitore nelle riforme. – 23. La posizione dei creditori. – 24. Valore di liquidazione, valore d'uso, fabbisogno finanziario. – 25. L'efficienza concorrenziale del mercato. – V. *Le misure d'allerta*. – 26. L'allerta in un'economia di mercato. – VI. *Potere giudiziario e potere legislativo*. – 27. Il giudice, la dottrina, la legge. – 28. Verso un diritto giurisprudenziale? – 29. Il carattere processuale degli strumenti volti a superare la crisi. – 30. La rilevanza degli scenari socio-economici. – 31. I rapporti tra soluzioni giudiziali e norme di legge. – VII. *Conclusioni*. – 32. L'esigenza di semplificare il quadro normativo.

---

(\*) Già pubblicato con il titolo *Prime impressioni sull'articolato Rordorf*, in *Riv. dir. comm.*, 2018. Il testo non tiene conto degli emendamenti apportati all'articolato in sede di definitiva approvazione del D.Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, pubblicato nel *Supplemento ordinario* n. 6 alla *G.U.* n. 38 del 14 febbraio 2019.

## I. Premesse

### 1. L'importanza dell'intervento normativo

L'articolato redatto dalla Seconda Commissione Rordorf<sup>1</sup> è un testo fortemente innovativo e, per giunta, d'imponenti dimensioni. Il nuovo "Codice della crisi e dell'insolvenza" (che giace oggi in Parlamento in attesa di conoscere la sua sorte) incide, infatti, su tutto il diritto commerciale e, proprio per questo, meriterebbe uno studio attento, anche se fosse destinato a non entrare mai in vigore. Direi, anzi, che è proprio questo il momento per discutere alcuni temi, avendo la possibilità d'esaminarli alla luce di una proposta concreta elaborata nei minimi particolari.

Prima di mettere per iscritto qualche riflessione al riguardo, vorrei precisare, a scanso d'equivoci, due cose: innanzi tutto, che il mio impegno nella ricerca – o, forse meglio, il mio desiderio, comune a molti, che il Paese si doti di una disciplina efficiente ed efficace di prevenzione delle crisi delle imprese e di sistemazione dei dissesti – mi porta a mettere l'accento sulle incongruenze del progetto di legge, piuttosto che sui suoi aspetti positivi, che sono numerosi, importanti e dettati da un'indiscutibile passione civica; in secondo luogo, che le critiche mosse in queste pagine all'operato della Commissione concernono il prodotto, non gli autori, molti dei quali sono altissimi magistrati, illustri professori, validi professionisti, che hanno dato contributi apprezzabili alla soluzione dei problemi, anche se, nel complesso, il risultato appare inferiore alle attese.

Le leggi non sono solo il frutto del lavoro di una commissione. Sono il risultato di correnti di pensiero, di congiunture politiche, soprattutto di conflitti d'interessi che cercano delle mediazioni, e che spesso le trovano al ribasso. Il problema, quindi, sta a monte ed è dato da due fattori. Il primo è costituito da una certa abitudine a lasciarsi influenzare dal *politicamente corretto*, e cioè da mode che prendono a prestito soluzioni accolte in altre esperienze giuridiche per trasferirle nella nostra, senza chiedersi quale sia l'esatta funzione dell'istituto nell'ordinamento di provenienza, e se le norme, con le quali lo si vorrebbe introdurre in Italia,

---

<sup>1</sup>Nel testo ci si riferisce ai progetti di decreti attuativi della delega concessa al Governo per la riforma organica della legge fallimentare.

non presentino (a causa delle mediazioni al ribasso, di cui si è detto) inconvenienti tali da mandare in cocci il sistema. Il secondo fattore è dato dalla cronica incapacità delle nostre istituzioni politiche a lasciar fuori dalle stanze dei Ministeri, ove s'elaborano i codici e le leggi d'interesse generale, le pressioni delle corporazioni – per cui a ognuno occorre dare qualcosa, e se non questo almeno quello – con la conseguenza di portare a risultati disorganici e inappaganti.

L'articolato, sul quale invito a soffermare l'attenzione, è il frutto di queste mediazioni corporative, ma non di meno presenta, come già si è detto, un grande interesse teorico e pratico, perché contiene innovazioni destinate a incidere – se dovessero andare in porto – non solo sul diritto concorsuale, ma anche sul diritto societario e, più in generale, sul diritto dell'impresa.

## 2. Un quadro sinottico dei contenuti della riforma

Per dare un'idea dell'importanza della riforma, mi limito a stilare un succinto elenco delle principali innovazioni:

a) anzitutto, è mutato il linguaggio del legislatore. La principale novità è costituita dal fatto che si sopprimono i lemmi "fallimento", "fallito", "fallimentare" e simili, per sostituirli con altri concetti più neutri sotto il profilo della riprovazione sociale. Questa, però, non è l'unica novità, perché si sono introdotti molti termini provenienti dal lessico aziendalistico e si è modificato il significato d'alcune espressioni tecniche, attraverso l'uso (non sempre controllato) di ridefinizioni legali;

b) s'introducono alcuni principi volti a conformare la condotta di tutti i soggetti coinvolti nelle procedure (il debitore, i creditori, il curatore, i consulenti, *etc.*) a parametri di buona fede, diligenza e correttezza, profondamente innovati. In particolare, si stabilisce che il debitore "deve assumere le obbligazioni in modo prudente e *proporzionato alle proprie capacità patrimoniali*" (art. 4, comma primo, del Codice della crisi e dell'insolvenza); e si aggiunge che, nella sua veste d'imprenditore, ha il dovere d'adottare assetti organizzativi idonei a rilevare tempestivamente lo stato di crisi, assumendo tutte le iniziative necessarie per farvi fronte (art. 4, commi secondo e terzo); come si vede, la doverosità delle condotte fa agio sulla libertà d'iniziativa economica;

c) per altro, s'interviene anche sul codice civile, modificando alcuni punti essenziali dello statuto dell'imprenditore: si estendono le procedure concorsuali alle attività agricole (senza però intervenire né sull'art. 2135, né sulle nozioni d'impresa e di piccola impresa); si abroga l'art. 2221; s'aggiunge un nuovo comma nell'art. 2086, imponendo all'imprenditore il *dovere* di "istituire un assetto organizzativo ... adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi ..., nonché di attivarsi senza indugio ... per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale";

d) s'interviene sugli assetti organizzativi societari, stabilendo, tra l'altro, che la "gestione dell'impresa spetta *esclusivamente* agli amministratori", anche nel campo delle società in nome collettivo e delle società a responsabilità limitata;

e) s'introduce una disciplina delle insolvenze transfrontaliere, regolando la giurisdizione sulla crisi delle imprese multinazionali e i rapporti di cooperazione con le Autorità di altri Paesi;

f) s'introducono strumenti di allerta e di composizione assistita della crisi, imponendo degli obblighi di segnalazione, sia a carico degli organi di controllo delle società, sia a carico di alcuni creditori pubblici qualificati. Tale segnalazione è destinata a essere raccolta da un "Organismo di composizione della crisi dell'impresa" istituito presso le Camere di commercio e chiamato a suggerire gli opportuni rimedi per il recupero della continuità aziendale. Qualora, poi, il debitore non si volesse adeguare ai suggerimenti del predetto Organismo, scatterebbe, a carico di quest'ultimo, un obbligo di segnalazione al Pubblico Ministero;

g) viene riordinata la disciplina del concordato preventivo, mantenendo la distinzione tra concordato di liquidazione e concordato con continuità aziendale (diretta o indiretta) e viene perfezionato il meccanismo delle offerte concorrenti;

h) s'introduce una disciplina per le crisi dei gruppi di società, regolando tanto le soluzioni negoziali, quanto le procedure liquidatorie;

i) si è modificata la decorrenza del periodo sospetto nelle revocatorie e si sono risolti con apposite disposizioni di legge molti problemi applicativi, che avevano dato luogo a contrasti giurisprudenziali tra le varie Sezioni della suprema Corte.

Come si vede, gli interventi del progetto di legge sono numerosi e incisivi. Qualcuno (Sabino Fortunato) ha detto che il nuovo Codice com-

porta un mutamento di paradigma nel modo d'affrontare la crisi dell'impresa. Sotto certi profili, tale espressione può essere condivisa: cerco di spiegare perché.

### 3. Il ruolo del patrimonio come garanzia dell'obbligazione

Prima di passare all'esame degli aspetti più critici della riforma, ritengo opportuno formulare alcuni rilievi di carattere generale sulle ragioni economico-sociali che hanno resa obsoleta la legge del '42, imponendo un cambiamento di rotta. Elenco i più evidenti.

A) Innanzi tutto, è cambiato il ruolo della responsabilità patrimoniale. L'economia industriale era caratterizzata da investimenti cospicui, effettuati con ingenti masse di capitale di rischio: si riteneva che solo in questo modo si potesse dare la necessaria stabilità alle imprese, le quali potevano anche finanziarsi con capitale di credito raccolto tra il pubblico, ma solo entro certi limiti, fissati in maniera restrittiva. L'economia finanziaria ha ribaltato tale concezione, perché fa più affidamento sulla *redditività* prospettica dell'affare, che non sulla capienza *patrimoniale* del soggetto finanziato. Da qui, gli interventi normativi volti a ridurre al minimo il capitale delle società dotate di personalità giuridica, fino ad azzerarlo per quelle di minori dimensioni. Tutto ciò ha prodotto notevoli economie sul versante dei costi (giacché ogni immobilizzazione di ricchezza è una spesa) e ha consentito una maggiore dinamicità del mercato, soprattutto sul versante delle *start-up* innovative. Tuttavia, se il capitale di rischio è esiguo, non ci si può lamentare del fatto che la garanzia patrimoniale tenda anch'essa ad azzerarsi e che le eventuali perdite, alla fine, ricadano per intero sul ceto creditorio.

B) Tale inconveniente è aggravato, poi, dal rilievo che le procedure esecutive (individuali e collettive) comportano un mutamento di destinazione dei beni aziendali, i quali, invece di restare al servizio dell'impresa, vengono reimmessi sul mercato, per trovare nuove utilizzazioni. Il fenomeno è noto da tempo: si suole osservare, infatti, che il fallimento, con la sua forza disgregativa, compromette il valore dell'avviamento e di molti altri beni immateriali (marchi, brevetti, *know-how* e via dicendo). A ben guardare, però, il problema è di portata più ampia, giacché il mutamento di destinazione riduce il valore di scambio di *tutti* i beni,

compresi gli immobili: in fondo, anche un capannone industriale deve essere ristrutturato, se lo si vuole impiegare in un'altra attività, con dei costi che inevitabilmente si scaricano sul prezzo, riducendolo in maniera considerevole. Ne consegue che molte imprese, apparentemente dotate di patrimoni ingenti, nella fase della liquidazione (soprattutto se coattiva) evidenziano cospicue perdite, a prima vista inspiegabili.

C) Se le cose stanno nei termini testé descritti, non ci si può meravigliare se le moderne procedure d'insolvenza, invece di puntare alla *liquidazione* del patrimonio del debitore per poi distribuire il ricavato ai creditori, cerchino di preservare la *continuità aziendale*, in modo da non disperdere i valori organizzativi (avviamento, marchi, altri beni immateriali) e non far subire al patrimonio responsabile le perdite dovute alla differenza tra il valore d'uso (legato ai costi di ripristino) e il valore di scambio (legato ai prezzi che si possono spuntare con le vendite coattive) dei cespiti da reimmettere sul mercato.

D) Per realizzare tale obiettivo, occorre perseguire il riequilibrio dei conti, e – in mancanza di nuovo capitale di rischio o di finanziamenti esterni – lo si può fare solo attraverso una congrua riduzione dell'esposizione debitoria. In altri termini: invece d'intervenire sull'attivo, mettendo all'asta i beni del debitore, s'interviene sul passivo, azzerando le riserve e il capitale, per poi depennare in tutto o in parte le obbligazioni subordinate e ridurre (su basi volontarie o coattive) l'ammontare complessivo del debito. In questo modo l'impresa (*finanziariamente* e, se del caso, anche *economicamente* risanata, secondo un piano di ristrutturazione aziendale) può riprendere la propria navigazione.

E) Tutto ciò spiega come mai i più recenti interventi normativi abbiano cercato d'agevolare le soluzioni negoziali della crisi, come i piani attestati, gli accordi di ristrutturazione e i concordati. Anche qui, tuttavia, si va incontro a difficoltà non irrilevanti, per almeno due ordini di motivi: *a)* innanzi tutto, perché le imprese di grandi o grandissime dimensioni hanno un numero così spropositato di creditori (decine o centinaia di migliaia, talvolta addirittura milioni), da rendere difficile l'organizzazione del consenso, soprattutto se si considera che i titolari delle pretese di minor importo finiscono col tenere un atteggiamento d'*inerzia razionale*, e cioè non vanno a votare su materie delle quali sono all'oscuro, giacché per loro il gioco (acquistare le informazioni necessarie al fine di seguire con maggiore consapevolezza la procedura) non vale la

candela; *b*) in secondo luogo, perché i predetti creditori non costituiscono una massa unica e indifferenziata (come potrebbero far pensare certe sentenze della Cassazione, che ancora attribuiscono un ruolo egemone ai creditori chirografari), ma possono essere variamente privilegiati o subordinati, con la conseguenza di rendere necessaria una suddivisione in classi omogenee sul piano giuridico ed economico.

*F*) Anche le classi, tuttavia, sono diventate sempre più numerose e potenzialmente anarchiche. Per indurle a ragione e impedire atteggiamenti ostruzionistici (si ricordi l'*Obstruktion-Verbot* dell'ordinamento tedesco), si sono introdotti nelle procedure concorsuali gli strumenti autoritativi ai quali si è già accennato: *a*) la *sostituzione* del diritto di voto con il diritto d'impugnare davanti al giudice civile la proposta concordataria elaborata dal commissario liquidatore e approvata dall'Autorità di vigilanza, come avviene nelle liquidazioni coatte amministrative; *b*) il *cram-down* nei concordati per classi, e *c*) il *bail-in* nelle crisi bancarie, secondo modelli che comprimono in maniera sempre più incisiva la libertà di scelta dei creditori.

#### 4. Le nuove forme di tutela dei crediti

Quanto precede rende evidenti le ragioni della profonda evoluzione (probabilmente irreversibile) che sta subendo il diritto delle crisi d'impresa. Le riforme hanno aggiunto sempre nuovi capitoli (basti pensare ai piani di risanamento aziendale, agli accordi di ristrutturazione dei debiti, alle misure di allerta e prevenzione) e hanno modificato anche le parti più tradizionali del diritto concorsuale (si pensi all'alleggerimento delle revocatorie, alle nuove forme di accertamento del passivo e di liquidazione dell'attivo).

In molti casi tutto ciò ha portato a un sostanziale ridimensionamento dei poteri e delle immunità, che costituiscono il tradizionale contenuto dei diritti soggettivi: si pensi all'istituto del *cram-down* (o al *bail-in* nel campo bancario), nel quale la pretesa del creditore viene autoritativamente ridotta nell'ammontare, modificata nella scadenza, o addirittura cancellata – sulla base di stime patrimoniali e di piani di ristrutturazione aziendale – nonostante il dissenso del diretto interessato, il quale, talvolta, non viene neppure consultato.

A ben guardare, però, anche il debitore subisce analoghi sacrifici, giacché viene sottoposto a controlli molto invasivi in merito ai criteri di gestione dell'impresa. L'adempimento dei debiti, infatti, non viene più garantito dall'esistenza di un adeguato patrimonio responsabile, ma dall'adozione di certe forme organizzative (la cosiddetta *corporate governance*) e dalla rilevazione (sempre *ex ante*) di una serie di indici, che legittimano interventi correttivi sulla gestione dell'impresa. Mentre fino a qualche tempo fa, per non squarciare il velo di riservatezza che doveva avvolgere la sfera patrimoniale del debitore, s'aspettava che la crisi deflagrasse, e cioè che emergesse da specifici fatti *esteriori* sintomatici dello stato d'insolvenza, adesso si cerca di giocare d'anticipo, intervenendo sulla base d'indicatori (tra i quali sta assumendo, sia pure transitoriamente, un ruolo decisivo l'evoluzione dell'indebitamento nei confronti di alcuni soggetti, quali il Fisco, gli esattori e gli Enti previdenziali), che non sono di per sé sintomatici del dissesto, ma che potrebbero rivelare delle anomalie gestionali.

La garanzia del credito, quindi, non è più data dalla consistenza del patrimonio responsabile, bensì dai controlli sull'attività. Non viene cercata con riguardo a una singola impresa, bensì facendo ricorso a una politica d'interventi mirati a preservare la tenuta complessiva del sistema. Non si dà rilievo solo alla crisi finanziaria (la vecchia cessazione dei pagamenti) o patrimoniale (l'*Ueberschuldung* del diritto tedesco, ma anche lo stato d'insolvenza, per come lo intendeva Gustavo Bonelli), ma si cerca di far emergere tempestivamente anche le crisi di carattere economico, che incidono direttamente sulla redditività, anche prospettica, dell'impresa.

In questo nuovo scenario non può certo meravigliare se vi è un "mutamento di paradigma" nell'affrontare il problema. Invece di confidare sulla consistenza del patrimonio del debitore e sugli strumenti volti a reintegrarlo (azioni revocatorie, risarcitorie, recuperatorie, *etc.*), si cerca d'agire in prevenzione. Invece d'intervenire quando la crisi è conclamata sul piano *patrimoniale e finanziario*, si cerca d'anticipare il "trattamento terapeutico", per correggere in maniera tempestiva le distorsioni *economiche* che potrebbero portare l'azienda al dissesto. Invece d'acquisire il consenso dei diretti interessati, si propone subito la soluzione più economica, anche se comporta la compressione dei diritti di tutti i soggetti che partecipano al gioco.

## 5. Luci e ombre dell'articolato normativo

Sotto tutti i predetti profili, la riforma si muove nella direzione giusta e farebbe fare – qualora fosse definitivamente approvata dal Parlamento – un importante passo in avanti al nostro sistema concorsuale. Per contro, però, non si può tacere che le nuove procedure sono pesanti e invasive, con eccessi di regolamentazione, che appaiono francamente illiberali.

Se si vuole che i nuovi istituti funzionino, è necessario renderli più snelli, evitando una proliferazione di rimedi, che porterebbero inevitabilmente a lunghe fasi di stallo e alla creazione di una manomorta improduttiva. È necessario immaginare un *iter* processuale unitario (un po' alla tedesca), nel quale i tentativi di risanamento si possano iscrivere senza pericolose fughe in avanti, e senza eccessive concessioni a certe forme di "buonismo" all'italiana, che inducono a cercare a tutti i costi – sotto la spinta di tecnici interessati – la "continuità aziendale", anche quando è evidente che ogni tentativo in tale direzione è votato all'insuccesso (del resto, già ai tempi dell'amministrazione controllata si parlava di "accanimento terapeutico" su aziende già clinicamente morte). Se la situazione è irrecuperabile; se mancano i presupposti economici e finanziari per salvare l'impresa, è opportuno consentire una rapida conversione delle procedure di ristrutturazione in procedure liquidative, in modo da non aggravare il dissesto con una marea di costi e di crediti preveducibili, che vanno tutti in danno della massa. Per le *micro-impres*e, poi (e non possiamo dimenticare che per il legislatore europeo sono tali quelle con meno di cinquanta addetti), occorre certamente favorire il *fresh-start* del debitore, ma non è detto che tale risultato debba essere perseguito attraverso un costoso sistema di allerta e prevenzione e attraverso un altrettanto costoso "piano di risanamento": lo si può conseguire, infatti (come accade nella maggior parte degli ordinamenti), anche attraverso l'abbandono dell'attivo ai creditori, con la conseguenza d'innescare una liquidazione dei beni (ormai sottratti ad ogni influsso del proprietario-obbligato), da effettuare nelle forme (privatistiche o pubblicistiche) più gradite al legislatore.

In altri termini, è necessario ritornare dalle forme barocche proposte dall'articolato in esame – che prevede un disordinato accavallarsi di rimedi, di procedimenti e di sub-procedimenti – al disegno più nitido e razionale di un'architettura classica.

Il problema è troppo complesso, per essere affrontato in questa sede. Nelle pagine che seguono, mi limiterò a esporre qualche rilievo critico sui profili più controversi della riforma, senza alcuna pretesa di completezza o di sistematicità.

## II. Il linguaggio del legislatore

### 6. Concetti giuridici e termini economici

Volendo prendere le mosse dalle questioni di carattere generale, per poi scendere all'esame dei problemi di maggior dettaglio, il primo dubbio da sciogliere concerne l'opportunità d'introdurre in un testo normativo, volto a regolare istituti e conflitti giuridici, una serie di termini tratti dalle scienze economiche e aziendalistiche.

Fabrizio Di Marzio ha dedicato al tema un elegante e acuto volumetto, nel quale sostiene che questa commistione tra termini aziendalistici e concetti giuridici non porta bene, perché finisce con lo scardinare il sistema del diritto concorsuale, senza arrecare veri giovamenti alla materia.

Nella sua assolutezza, la tesi mi sembra troppo rigorosa. In fondo, ogni concetto, quale che ne sia l'origine, quando è impiegato all'interno di un provvedimento legislativo si "giuridicizza", giacché deve acclimatarsi nel nuovo contesto, ove può acquistare un senso diverso da quello che aveva nell'idioma specialistico di provenienza. In altri termini, se in tesi generale è vero che il significato di una parola consiste nel suo *uso*, scendendo nel dettaglio occorre distinguere (lo vedremo meglio nelle prossime pagine), perché: *a*) quando si menziona l'*uso* come l'elemento cardine di una *semantica* s'allude a una *consuetudine* linguistica che si estende nel tempo e nello spazio e che è in grado di generare regole astratte (quelle seguite da una comunità di parlanti: in questo caso gli aziendalisti); *b*) quando si parla di *uso* nel capo dell'*ermeneutica*, ci si riferisce, invece, a specifiche occorrenze, e cioè a puntuali forme d'*utilizzazione* di un determinato lemma, con la conseguenza di dare rilievo al contesto comunicativo, per dedurne il senso complessivo del discorso. Sul piano ermeneutico, infatti, il significato di un concetto non è fissato

una volta e per tutte con l'aiuto di un dizionario o di codice linguistico, ma viene concretizzato di volta in volta ad ogni nuovo impegno, tenendo conto (se si tratta di un precetto giuridico) delle esigenze sistematiche poste dall'ordinamento nel suo complesso (interpretazione sistematica), nonché dello scenario empirico, nel quale la norma deve essere applicata (interpretazione teleologica o adattiva).

Vedremo tra poco qual è la portata di queste osservazioni, che forse va molto al di là di quanto non si potrebbe pensare a prima vista. Per ora mi limito a osservare che l'argomentazione dell'Autore dianzi citato (Di Marzio) ha, di sicuro, molte frecce al proprio arco. Da un lato, infatti, si deve riconoscere che l'utilizzo dei termini economici, da parte del legislatore, spesso, è stato solo una concessione alle mode linguistiche del tempo, priva di rilevanza sostanziale nell'affrontare i problemi. Dall'altro lato, poi, si deve ammettere che alcune scelte lessicali sono state e sono davvero infelici, e potrebbero avere – almeno in teoria – effetti dirompenti per la coerenza del sistema.

Ciò posto, però, è necessario considerare: *a*) che le concessioni alle mode linguistiche nella storia del diritto (almeno in quella recente) sono delle costanti, alle quali si legano molte trasformazioni (spesso inavvertite, ma, proprio per questo, ancor più profonde) dei costumi e delle istituzioni; *b*) che in una società della comunicazione, come la nostra, la forza delle parole appare irrefrenabile, soprattutto quando si tratta d'eliminare o di limitare l'uso di alcuni lemmi (fallimento, fallito, insolvenza) dai quali traspare un giudizio sociale di disapprovazione (ovviamente, in questo modo i veri problemi non vengono risolti, ma solo accantonati, come avviene, del resto, in molti altri campi: gli invalidi non vengono aiutati dall'essere chiamati "diversamente abili", ma insistere sul punto verrebbe preso come un segno d'arretratezza culturale); *c*) infine, si deve aggiungere che i giuristi devono abituarsi al dialogo con gli economisti e con i tecnici e, pertanto, non possono fare a meno d'accettare l'introduzione di nuovi termini e di un nuovo linguaggio.

In fondo, Di Marzio ha ragione, quando afferma che sarebbe stato opportuno un maggior filtro nell'accogliere novità linguistiche, delle quali non si conosce fino in fondo la portata. A ben guardare, tuttavia, le varie incongruenze segnalate sul piano sistematico non derivano dall'aver abbandonato la strada maestra, d'utilizzare solo termini legittimati dall'appartenenza a un consolidato lessico giuridico; derivano, piuttosto, da

un'inadeguata conoscenza della storia dei problemi, nonché dall'aver trascurato lo specifico angolo visuale, dal quale il giurista dovrebbe esaminarli. Anche per questo, dunque, una battaglia purista, sul piano del linguaggio, sarebbe considerata di retroguardia.

Per spiegare il senso di questi rilievi, mi sembra opportuno portare un paio d'esempi suggeriti dalle principali innovazioni lessicali contenute nel progetto di riforma: il termine "crisi" contrapposto al concetto di "insolvenza"; il concordato "di liquidazione", contrapposto al concordato con "continuità aziendale".

### **III. Crisi e insolvenza**

#### **7. Lo stato di crisi**

Forse sono stato il primo (come membro della Commissione Vietti, e mi scuso per l'autocitazione) a osteggiare l'introduzione del termine "crisi" come presupposto del concordato preventivo, al posto del tradizionale concetto di "insolvenza". Le ragioni che m'inducevano a opporre resistenza erano molte:

a) innanzi tutto, chiunque abbia un po' di pratica degli studi economici e delle loro applicazioni sa benissimo che i cultori delle scienze aziendalistiche studiano la "crisi dell'impresa" da un punto di vista molto diverso da quello del giurista. Per gli economisti il termine "crisi" è un contenitore che serve a riassumere nozioni molto variegate. I problemi dell'impresa, infatti, possono essere di natura finanziaria, patrimoniale o economica: ma poi si specificano, perché, per elaborare un piano di ristrutturazione finanziaria e di risanamento economico, occorre sapere se la crisi dipende da fattori organizzativi, dal costo del lavoro o dalla sua scarsa produttività, dalle qualità dei prodotti, dalla posizione strategica dell'azienda, dalla sua collocazione sul mercato, dalle capacità del *management*, dalle resistenze dei sindacati, e via dicendo. Al giurista, invece, non interessano le cause, spesso molteplici, del dissesto. Interessa solo una cosa: in quali condizioni si può dare accesso alle varie proce-

dure concorsuali previste dall'ordinamento. La nozione economica di crisi allude a una pluralità di fattori. Quella giuridica è rigorosamente unitaria: serve a capire se il debitore può essere ammesso al concordato preventivo, o se, invece, deve essere escluso da tale beneficio, e con quali conseguenze;

*b)* già questi rilievi sarebbero stati sufficienti, a mio avviso, per sconsigliare l'introduzione di un concetto aziendalistico così vago e ambiguo all'interno di un testo giuridico volto a risolvere dei problemi che richiedono una maggiore precisione di linguaggio. Ovviamente, però, vi era anche dell'altro. Infatti, mi sembrava addirittura masochistico tornare a introdurre dei presupposti differenziati per le procedure concorsuali, proprio nel momento in cui l'abolizione dell'amministrazione controllata e della correlata nozione di "difficoltà ad adempiere" avrebbe consentito – dopo decenni d'inutili dibattiti – una semplificazione del sistema, riconducendo il presupposto oggettivo delle procedure concorsuali a un unico concetto, costituito dal tradizionale stato di insolvenza. Sul piano dell'appropriatezza del linguaggio, poi, mi sembrava eufemistico – per non dire sfacciato – qualificare come una semplice "crisi", e non come una vera e propria "insolvenza", la situazione economica di un debitore che offre ai creditori chirografari (come in effetti è accaduto) un soddisfacimento pari allo ... zero/virgola per cento delle loro pretese;

*c)* del resto, questa mia preoccupazione non era priva di ricadute sul piano pratico. Temevo, in particolare, che la differenziazione del presupposto del concordato preventivo, rispetto a quello del fallimento, avrebbe creato uno iato tra le due procedure, con la conseguenza d'impedire la retrodatazione del periodo sospetto ai fini dell'esercizio delle revocatorie e di ostacolare la conversione automatica del concordato in fallimento, qualora la prima procedura non avesse avuto un esito positivo (revoca dell'ammissione, voto contrario dei creditori, altri casi di mancata omologazione), o qualora l'accordo fosse stato annullato per frode, o risolto per inadempimento;

*d)* a ciò si deve aggiungere un'ulteriore criticità: il concordato preventivo è una procedura di esdebitazione che può essere ammessa – sul piano morale, prima ancora che sul piano giuridico – solo in caso di necessità, e cioè solo quando il sacrificio dei creditori è condizione necessaria e sufficiente per consentire al debitore d'evitare il fallimento. In altri termini, l'imprenditore non può finanziarsi alle spalle dei creditori,

chiedendo una decurtazione delle loro pretese, se non in presenza di una (magari prospettica, ma certa) incapacità d'adempire; non può affermare d'essere in grado di pagare, e chiedere ugualmente un sacrificio ai creditori, per rendere l'azienda più solida e produttiva. Il rischio d'impresa deve sempre ricadere su di lui. I creditori possono essere coinvolti nei problemi di ristrutturazione aziendale solo se vi è la certezza – o almeno un altissimo grado di probabilità – che, qualora si ritardasse l'intervento, ricadrebbe sulle loro spalle un danno maggiore, costituito dal fallimento e dalle conseguenti ulteriori perdite a carico della massa;

e) se questi rilievi sono esatti, se ne deve dedurre che l'irreversibilità della crisi finanziaria sta sullo sfondo, anche quando si sceglie la via del concordato preventivo. L'impossibilità d'adempire può *non* essere *attuale*; può essere solo *prospettica*, ma deve essere statisticamente *certa*. Se fosse solo *eventuale*, il debitore non potrebbe (sempre sul piano morale) chiedere ai creditori un sacrificio, per poi fare marcia indietro – qualora dovesse ricevere un diniego – dicendo d'aver scherzato e di potercela fare benissimo da solo, senza alcun aiuto esterno. Dal punto di vista della correttezza commerciale v'è un principio d'auto-responsabilità, cui ci si deve adeguare, quando si chiede il concordato. Se si afferma che il sacrificio dei creditori è indispensabile per superare la crisi, non si può sostenere – qualora i creditori rifiutino l'accordo – che il predetto sacrificio non è necessario, giacché, a dispetto della crisi, si sarebbe ancora in grado d'adempire regolarmente le proprie obbligazioni;

f) quanto precede spiega come mai sul piano storico la richiesta di un accordo con i creditori sia stata considerata dapprima (sotto i vecchi codici di commercio) come un fatto equipollente alla cessazione dei pagamenti; e poi (con Gustavo Bonelli) come una prova *diretta*, non meramente *indiziaria*, dello stato d'insolvenza. E spiega come mai nell'ordinamento tedesco, ove si ammette che il concordato possa essere proposto anche quando vi è solo un "pericolo d'insolvenza", non si nutre alcun dubbio sul punto che, qualora l'accordo con i creditori non dovesse andare a buon fine, il passaggio alle successive fasi della procedura concorsuale avviene senza soluzione di continuità. In quell'ordinamento la differenza tra l'insolvenza e il pericolo d'insolvenza non è costituita, pertanto, da una diversa condizione economica e patrimoniale del debitore, ma da un diverso grado di esteriorizzazione delle difficoltà dell'impresa: se tali difficoltà non sono ancora emerse allo scoperto, non è pos-

sibile giocare d'anticipo per porvi rimedio, ma si concede al debitore d'attivarsi su basi volontarie per affrontare tempestivamente una crisi, che già appare (a chi ha informazioni di prima mano) irreversibile. Su queste basi si spiega come mai il *pericolo d'insolvenza* possa essere *ex post* equiparato – dato che il debitore ha, per così dire, "confessato" la gravità della situazione – all'*insolvenza* vera e propria;

g) sempre sul piano sistematico nuttivo, infine, un'ultima preoccupazione: che l'adozione del termine *crisi*, inteso alla tedesca come *pericolo d'insolvenza*, potesse incidere negativamente sul modo di concepire (tutt'altro che univoco) il presupposto del fallimento e delle procedure concorsuali di carattere amministrativo.

Il punto è delicato e merita qualche parola d'approfondimento. Il sistema tedesco (preso a modello quando si qualifica lo stato di crisi come pericolo d'insolvenza) utilizza una serie di concetti più precisi e articolati dei nostri. In Germania, infatti, si distinguono: la *Zahlungseinstellung* (sospensione dei pagamenti), la *Zahlungsunfaehigkeit* (impossibilità di pagare, che corrisponde alla nostra insolvenza, ma tiene conto solo dei debiti già scaduti o di prossima scadenza), la *drohende Zahlungsunfaehigkeit* (il pericolo d'insolvenza) e l'*Ueberschuldung* (il sovraindebitamento, uno sbilancio patrimoniale che consente la liquidazione coattiva di tutte le persone giuridiche, comprese le società per azioni e a responsabilità limitata); infine si dà rilievo, ma con molta cautela, alla possibilità di garantire la continuità aziendale.

Come si vede, la differenza più importante tra i due sistemi (a parte la maggiore ricchezza lessicale del tedesco) è data dal fatto che il nostro ordinamento non dà un'espressa rilevanza allo sbilancio patrimoniale, mentre utilizza un concetto d'insolvenza un po' più ampio (l'impossibilità d'adempiere non viene riferita alle sole obbligazioni già scadute o di prossima scadenza) e quindi idoneo a essere utilizzato come un *pass-partout*.

In queste condizioni, il problema principale per l'interprete italiano era di consentire la dichiarazione d'insolvenza d'impresе che avevano subito gravissime perdite economiche e patrimoniali, ma non correvano un pericolo immediato di cessazione dei pagamenti: o perché avevano un attivo prevalentemente liquido (si pensi alle banche e alle assicurazioni); oppure perché erano dotate di una tesoreria (si pensi ad alcune grandi

imprese), che avrebbe permesso loro di resistere sul mercato ancora per qualche tempo.

Per superare l'ostacolo, l'unica via d'uscita era valorizzare la maggior ampiezza della definizione contenuta nell'art. 5 l. fall., per sostenere che nel nostro ordinamento si poteva dare rilievo anche a un'impossibilità d'adempiere obbligazioni di scadenza remota, purché la situazione economica e patrimoniale fosse così grave da scoraggiare ogni tentativo di ricapitalizzazione e da far apparire certa, anche se non immediata, l'interruzione dell'attività economica. In questo modo, la valutazione dell'insolvenza non consisteva nel puro e semplice *accertamento* d'un fatto (la cessazione dei pagamenti), ma acquistava le caratteristiche di un *giudizio prognostico*, nel quale si potevano valorizzare, oltre alla componente *finanziaria*, anche le componenti *economiche* e *patrimoniali* dell'impresa. Tuttavia, se la semplice *previsione* di una *futura* cessazione dei pagamenti poteva portare alla dichiarazione d'insolvenza, diventava difficile distinguere le due situazioni di cui stiamo parlando. Tutto si riduceva, infatti, a una differenza sottile: quella tra un giudizio prognostico staticamente *certo* (insolvenza) e un giudizio prognostico solo *probabile* (crisi). Su quest'ultimo punto dovremo ritornare tra poco.

## 8. L'interpretazione della giurisprudenza

Come si vede, le mie perplessità toccavano punti molto delicati. Devo ammettere, tuttavia, che nessuno degli esiti negativi da me temuti si è, poi, concretizzato:

a) innanzi tutto, l'aver attribuito al concordato preventivo un presupposto diverso dal fallimento non ha creato alcun ostacolo alla retrodatazione del periodo sospetto nelle revocatorie. La giurisprudenza della suprema Corte (contrariamente alle attese) è stata ferma sul punto, e ha costretto il legislatore ad adeguarsi, attraverso un espresso riconoscimento della decorrenza dei termini per l'impugnabilità degli atti dal decreto d'ammissione alla procedura minore (anch'io, in realtà, avevo sostenuto che i due problemi non interferivano tra loro, perché il concetto d'insolvenza usato ai fini dell'esercizio delle revocatorie aveva connotati diversi dalla nozione utilizzata ai fini della dichiarazione di fallimento; ma questo è un altro discorso);

b) sempre la giurisprudenza (seguita dal legislatore nei vari interventi che si sono susseguiti in questi ultimi anni) ha fatto di tutto per rendere il passaggio dal concordato al fallimento il più fluido possibile, sebbene anche qui la differenza di presupposti tra le due procedure avrebbe potuto creare ostacoli di non poco conto;

c) si deve escludere, poi, che un debitore non insolvente possa essere ammesso al concordato preventivo senza incontrare alcun ostacolo. Innanzi tutto, è difficile che ci provi, perché sa benissimo che, accostandosi alle procedure concorsuali, ha molte probabilità d'essere fagocitato in men che non si dica da un fallimento (agli studenti faccio l'esempio di un insetto che, ronzando sulla corolla di una pianta carnivora, finisce inevitabilmente col cadere nelle cavità della pianta, dove diene divorato). In secondo luogo, perché i comportamenti fraudolenti vengono perseguiti con molto rigore dai tribunali, anche con strumenti non espressamente previsti dalla legge, quali l'*abuso del diritto* (o del processo) e il controllo della *causa concreta* dell'accordo con i creditori;

d) infine, l'aver valorizzato il giudizio prognostico ai fini dell'ammissione al concordato (definendo la crisi come pericolo d'insolvenza) non ha avuto alcun effetto sul modo di concepire il presupposto delle altre procedure. È certamente vero, infatti, che, nella maggior parte dei casi, il fallimento è dichiarato quando è già avvenuta la cessazione dei pagamenti e che, di conseguenza, non si pone alcun problema teorico da risolvere. Quando, però, si è in presenza della crisi di una banca, di una società di assicurazioni, o di un'impresa di maggiori dimensioni, la giurisprudenza si è sempre mossa con cautela, nel duplice senso: che non è mai intervenuta, fino a quando il salvataggio sembrava ancora possibile; mentre, se l'intervento salvifico (spesso con mezzi pubblici) non sembrava più praticabile e si era in presenza di vistosi *deficit* di conto economico e di stato patrimoniale, ha sempre dichiarato l'insolvenza (in prevenzione o con un accertamento postumo, a procedura concorsuale amministrativa già avviata), a prescindere dalla cessazione materiale dei pagamenti.

In altri termini, la giurisprudenza, finora, ha accettato il fatto che tanto lo stato d'insolvenza, quanto lo stato di crisi possano fondarsi su una *valutazione prognostica*, sebbene nel primo caso il verificarsi dell'impossibilità d'adempiere debba essere statisticamente *certa* (a causa delle

complessive condizioni economiche e patrimoniali dell'impresa), mentre nel secondo caso sarebbe sufficiente che sia *probabile*.

## 9. Le definizioni fornite dal progetto di riforma

La seconda Commissione Rordorf si è sostanzialmente limitata a recepire le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza, ma non si deve credere che l'aver fissato in definizioni normative i concetti di *crisi*, *insolvenza* e *sovraindebitamento* sia stato un passo di poco conto. In questo modo, le predette nozioni vengono cristallizzate e messe al riparo (o almeno così ci s'illude) da repentini mutamenti d'opinione degli interpreti. Non si può escludere, tuttavia, che nel nuovo contesto la portata dei concetti risulti, sia pure inconsapevolmente, modificata.

Per rendere la discussione più agevole, mi permetto di riprodurre le definizioni contenute nell'art. 2 del progetto:

«Ai fini del presente codice si intende per:

(1) “crisi”: lo stato di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l'insolvenza del debitore, e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate;

(2) “insolvenza”: lo stato del debitore che non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni, e che si manifesta con inadempimenti o altri fatti esteriori;

(3) “sovraindebitamento”: lo stato di crisi o di insolvenza del consumatore, del professionista, dell'imprenditore minore e di ogni altro debitore non assoggettabile alla liquidazione giudiziale ai sensi del presente codice; ...».

Sul piano applicativo questo testo pone due problemi:

a) se la nuova definizione di “crisi” consenta all'imprenditore d'accedere al concordato, sebbene sia ancora in grado di pagare per intero i propri debiti;

b) se la stessa definizione non influisca, sia pure indirettamente, sul concetto di “*insolvenza*”, portandolo a coincidere con la vecchia *cessazione dei pagamenti*.