

**GIUSEPPE TERRANOVA**

**LE CRISI D'IMPRESA  
IN UN'ECONOMIA FINANZIARIA**

## 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'adempiere.* – 12. *Sintesi dei risultati ottenuti.* – 13. *Conclusioni: dalla prognosi "riservata" alla prognosi "infausta".* – 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. *La percentuale attribuita ai creditori tra valore di liquidazione e valore d'uso del patrimonio responsabile.* – 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.*

### 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

---

<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.

norme, con le quali lo si vorrebbe introdurre in Italia, 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 Cod. 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 comporta 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 creditore.

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 depernare 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, in-

fatti, 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. E' 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 prededucibili, 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, sia al *senso* complessivo del discorso, sia al *contesto* comunicativo. 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 scherno o 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 variegata. 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 procedure 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'adempiere; 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'adempiere 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 adeguarsi 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'adempiere 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 possibile 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 *passe-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 stati-

sticamente *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 senza incontrare alcun ostacolo al concordato preventivo. 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. E' 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'adempire debba essere statisticamente *certa* (a causa delle complesse 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*.

10. *Qualche rilievo esegetico*. – Prima d'addentrarmi nell'esame di tali quesiti, vorrei formulare alcuni rilievi di carattere preliminare:

i) il primo è questo: in fondo, tutt'e tre le definizioni fornite dal legislatore fanno riferimento ai profili *finanziari* della crisi, mentre quelli *economici* sono menzionati solo incidentalmente, e quelli *patrimoniali* sono addirittura ignorati. A ben guardare, infatti, il concetto di *sovraindebitamento*, che sembrerebbe alludere a uno sbilancio patrimoniale, viene ricondotto (cfr. il n. 3) allo “stato di *crisi* o di *insolvenza* del consumatore” e, quindi, pur sempre a difficoltà di carattere finanziario<sup>(2)</sup>. La definizione di *crisi*, poi, fa sì riferimento a generiche difficoltà *economiche* (oltre che finanziarie) del debitore, ma subito precisa che tali difficoltà devono “rendere probabile l'insolvenza” e che si manifestano “come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate”. Il modello tedesco, che impone esplicitamente di prendere in considerazione lo sbilancio patrimoniale (l'*Ueberschuldung*) in ciò non è stato seguito;

ii) un altro rilievo preliminare è il seguente. A prima vista, potrebbe sembrare che l'articolato contenga non una, ma due definizioni, che sembrano attagliarsi perfettamente allo stato d'insolvenza. La prima, ovviamente, è quella fornita dal n. 2, che riprende (con qualche variante sintattica non molto felice) la nozione posta dal secondo comma dell'art. 5 l. fall.. L'altra potrebbe essere desunta dal n. 1, ove si dice – lo ripeto – che lo stato di crisi “si manifesta come *inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate*”. Al riguardo viene spontaneo osservare, infatti, che la giurisprudenza ha sempre utilizzato le due formule come equivalenti, partendo dal presupposto che la seconda non sia altro che lo sviluppo, in termini aziendalistici, di quella tradizionale;

---

<sup>(2)</sup> Del resto, anche le leggi speciali in materia di sovraindebitamento del debitore civile si erano mosse nella stessa direzione, giacché definivano il presupposto della procedura concorsuale come un'incapacità di adempiere le obbligazioni già scadute o di prossima scadenza, mettendo l'accento, pertanto, sui profili finanziari della crisi.

iii) sul piano sistematico tale duplicazione sarebbe, però, tutt'altro che innocua, perché delle due l'una: o si ritiene che il legislatore – dopo aver affermato che stato di crisi e stato d'insolvenza sono cose diverse – si sarebbe contraddetto, sovrapponendo i due concetti fino a farli coincidere; oppure, si dovrebbe ritenere implicitamente modificato il concetto tradizionale d'insolvenza, che sarebbe diventato qualcosa di diverso dalla “inadeguatezza dei flussi di cassa *prospettici*”;

iv) per il rispetto dovuto alle intenzioni del legislatore, la strada da seguire è ovviamente la seconda, che appare, del resto, tutt'altro che impervia. Il legislatore, infatti, afferma con chiarezza che la “crisi rende *probabile* l'insolvenza” e mostra, quindi, di ritenere che la differenza consista nel fatto che l'impossibilità d'adempiere nella *crisi* sarebbe *probabile*, mentre nell'*insolvenza* sarebbe *certa*;

v) giunti a questo punto, tuttavia, si potrebbe essere tentati di fare un altro passo in avanti, sostenendo che l'insolvenza – se la crisi consiste nell'*inadeguatezza prospettica* dei flussi di cassa – dovrebbe emergere da un'*inadeguatezza attuale* dei medesimi flussi e, quindi, si sostanzierebbe (ma il dubitativo è d'obbligo) in una vera e propria *cessazione dei pagamenti*. In altri termini, avrebbe ragione chi sostiene che, ai fini della dichiarazione d'insolvenza, il giudice non potrebbe effettuare alcuna valutazione prospettica, ma dovrebbe limitarsi ad accertare se si sono verificate inadempienze o fatti esteriori equipollenti.

Il ragionamento è sottile e la conclusione rispecchia un modo di vedere ancora diffuso nella nostra letteratura. Mi permetto, tuttavia, di segnalare due cose: *a*) se l'interpretazione dell'articolato Rordorf dianzi suggerita fosse esatta, se ne dovrebbe dedurre che la riforma ci riporta indietro di più di un secolo, e precisamente al codice di commercio del 1882, nella tradizionale lettura avallata dal Vivante e dal Bolaffio, che individuavano il presupposto del fallimento in una *cessazione materiale* dei pagamenti (mentre il Bonelli, nell'elaborare il concetto d'insolvenza, poi recepito dalla legge fallimentare, aveva espressamente equiparato alla *cessazione materiale* dei pagamenti, prevista dall'art. 683, cod. comm., per l'apertura del concorso esecutivo, la *cessazione virtuale*, presa in considerazione dal successivo art. 705 ai fini della sentenza di retrodatazione); *b*) ancora più grave, tuttavia, è il fatto che l'assoggettamento alle procedure concorsuali – in mancanza di norme, come quelle tedesche, che danno rilievo all'*Ueberschuldung* – dovrebbe restare precluso ogni qual volta l'impresa, pur mostrando vistosi *deficit* di conto economico e di stato patrimoniale, sia dotata di una liquidità residua che le consenta di continuare a pagare per qualche tempo i propri creditori.

11. *Cessazione dei pagamenti e impossibilità d'adempiere*. – Il problema è delicato e meriterebbe un approfondimento molto maggiore di quello che posso dedicarvi in queste pagine. Per semplificare il discorso, invece di ritornare su un'indagine storica, che ho già svolto in altra sede<sup>3</sup>), mi permetto di richiamare l'attenzione su un equivoco concettuale, che, a mio avviso, sta alla base d'un vistoso fraintendimento. Mi riferisco al fatto che, di solito, l'*impossibilità d'adempiere* e la *cessazione dei pagamenti* vengono considerate come situazioni equivalenti o, addirittura, dotate di una corrispondenza biunivoca, nel senso che sarebbero unite da un nesso, almeno presuntivo, di causa ad effetto. Il legislatore, infatti, nel regolare la materia partirebbe da un duplice presupposto: che l'impossibilità d'adempiere comporti necessariamente l'immediata cessazione dei pagamenti; e che il debitore, se non paga, non lo fa per capriccio, bensì perché non è più in grado (per motivi economici) di farlo.

A ben guardare, però, il rapporto tra i due concetti non sta nei termini dianzi enunciati: forse è ragionevole *presumere* che la cessazione dei pagamenti non dipenda da una volontà negativa del

<sup>3</sup> Cfr. G. TERRANOVA, *Insolvenza, stato di crisi, sovraindebitamento*, Giappichelli, Torino, 2013.

debitore, ma da un'effettiva incapacità d'adempiere; questa presunzione, tuttavia, si regge più su regole d'esperienza che sui dettami della logica, e, comunque, non è vero l'inverso, giacché il "non essere in grado" di soddisfare i creditori – per come è concepito dalla legge – non deve necessariamente tradursi in un'immediata cessazione dell'attività solutoria.

Per dimostrare l'assunto, invece di ricorrere a un ragionamento astratto, preferisco fare un banalissimo esempio. Poniamo che l'imprenditore Tizio abbia debiti a scadenza immediata nei confronti dei fornitori per trecentomila euro e goda di un finanziamento bancario a lungo termine di un milione di euro, da restituire dopo alcuni anni; sul lato dell'attivo, invece, ha un deposito in conto corrente di quattrocentomila euro e scorte di magazzino per altri centomila euro. Se l'azienda fosse in piena attività, si potrebbe sostenere che non vi sono gli estremi per il fallimento, perché la liquidità residua supera l'importo dei debiti a scadenza ravvicinata. Tuttavia, se l'attività si dovesse bloccare, o se il conto economico fosse talmente in rosso da sconsigliare la continuazione dell'impresa, il giudizio sarebbe diverso, giacché non avrebbe senso consentire la dispersione delle residue risorse disponibili, per poi riversare tutte le perdite sui creditori che sono rimasti con il cerino acceso in mano. La *par condicio* serve proprio a evitare un esito così nefasto.

Come si è detto, l'esempio è banale, ma dimostra come l'impossibilità di adempiere – se riferita a *tutti* i debiti – possa sussistere anche quando non si è ancora verificata una cessazione dell'attività solutoria. Naturalmente, tutto dipende da come s'individuano i rapporti obbligatori da prendere in considerazione (tutti? solo quelli già scaduti? anche quelli a scadenza ravvicinata?); e dipende dallo scenario, nel quale ci si colloca. Il giudizio, infatti, è destinato a modificarsi a seconda che si immagini un'attività commerciale ben avviata, o ci si riferisca a una situazione di stallo, che lasci prefigurare una liquidazione pura e semplice dei beni residui; e muta ancora a seconda del tipo d'impresa, della sua collocazione sul mercato, delle aspettative di reddito futuro, *etc.*, ... nonché a seconda della quantità e della qualità delle informazioni disponibili (dati patrimoniali, economici e finanziari) nel momento in cui occorre decidere se e come intervenire. Solo in presenza di un adeguato bagaglio conoscitivo si può pensare, infatti, di sostituire all'accertamento di specifici eventi (la cessazione dei pagamenti, la chiusura dei locali, l'irreperibilità del debitore, il suicidio per debiti, *etc.*) una valutazione prognostica sul futuro dell'impresa.

Sul piano della storia dei concetti si può osservare che la riferibilità del secondo comma dell'art. 5, l. fall., a *tutti* i debiti dell'imprenditore trova una significativa conferma nelle posizioni di Gustavo Bonelli – il padre ideologico della legge fallimentare del '42, nonché della definizione in esame – quando sosteneva che l'insolvenza era uno "stato del patrimonio del debitore", nel quale il passivo supera l'attivo.

L'illustre Maestro, tuttavia, proprio per il carattere *patrimonialistico* della sua concezione – causata dal fatto che ai suoi tempi non era ancora chiara, sul piano economico, la distinzione tra sovra-indebitamento e crisi finanziaria – trovava degli ostacoli quasi insormontabili a spiegare come mai in certi casi il debitore non fallisse, pur avendo un cumulo di debiti superiore al valore dell'attivo, e cercò di superare tale difficoltà ponendo l'accento sul "credito" – nel senso sociologico di "fiducia" – goduto dal commerciante sulla piazza in cui operava (credito, che avrebbe dovuto essere considerato come una posta dell'attivo, destinata a bilanciare il passivo; sulla stessa falsariga si muoveva con poche varianti, con riferimento alla legge del '42, Francesco Ferrara *jr.*).

Oggi gli strumenti d'analisi sono molto più precisi e, al tempo stesso, più elastici, perché – partendo dal presupposto che l'elemento decisivo è la crisi finanziaria, che genera l'interruzione dei flussi di cassa e la conseguente cessazione dei pagamenti – per affrontare i casi più gravi è sufficiente spingere lo sguardo un po' più in là nel tempo, per formulare una prognosi, ovviamente fondata anche su valutazioni di carattere economico e patrimoniale.

12. *Sintesi dei risultati ottenuti.* – Da quanto fin qui si è detto emerge un quadro piuttosto interessante:

a) la legge fallimentare, almeno all'apparenza, dà esclusivo rilievo, ai fini dell'apertura delle procedure concorsuali, ai soli aspetti finanziari della crisi;

b) questo atteggiamento si spiega, perché in un'economia di mercato ogni intervento autoritativo sulla vita delle imprese private presuppone una loro incapacità, almeno prospettica, d'adempiere le obbligazioni;

c) l'attenzione dedicata ai profili finanziari della crisi non implica, tuttavia, l'irrelevanza degli aspetti economici e patrimoniali, perché non vi è una correlazione biunivoca tra impossibilità d'adempiere e cessazione dei pagamenti;

d) i due concetti, infatti, tendono a sovrapporsi solo nella pratica quotidiana, ove il fallimento in genere riguarda piccole aziende, già largamente inadempienti nei confronti del fisco, delle banche e dei fornitori; tuttavia, se lo sguardo si sposta verso le grandi imprese o, soprattutto, verso le banche e le assicurazioni (attività finanziarie a ciclo invertito, perché prima raccolgono il risparmio tra il pubblico e poi erogano i loro servizi), è possibile che la crisi venga giudicata irreversibile (sul piano economico e patrimoniale) ben prima che si esaurisca la liquidità di cassa;

e) questo rilievo induce a riflettere sul fatto che la divergenza tra impossibilità d'adempiere e cessazione dei pagamenti diventa tanto più vistosa, quanto più si dilata l'orizzonte temporale al quale si riferisce l'accertamento dell'adeguatezza dei flussi monetari. Se la prospettiva diventa di medio periodo, non si può fare a meno, infatti, di prendere in considerazione altri fattori, quali la redditività dell'impresa, la capacità patrimoniale del debitore, il suo "merito" creditizio, e via dicendo, tutti da valutare su basi prospettiche;

f) a questo punto il problema si sposta, perché si tratta di capire se il nostro sistema giuridico consente di prendere in considerazione la situazione finanziaria dell'impresa in un futuro anche remoto, o impone al giudice di fermarsi a accertare degli inadempimenti che si sono già verificati;

g) al riguardo, entrano in gioco due elementi, sui quali occorre riflettere: il primo è costituito dal fatto che le formule utilizzate dal nostro legislatore (nella legge fallimentare e nel progetto di riforma) sono molto più generiche di quelle utilizzate dal legislatore tedesco, perché *non* fanno riferimento alle obbligazioni *già scadute* o di prossima scadenza e, quindi consentono (a causa della prospettiva patrimonialistica accolta dal legislatore del 1942) di tenere conto dell'intero passivo dell'azienda;

h) il secondo è costituito dal fatto che il nostro ordinamento (ancora una volta a differenza di quello tedesco) non contiene un'autonoma previsione per le crisi di carattere economico-patrimoniale (l'*Ueberschuldung*, sia pure temperata da una possibile valutazione positiva della continuità aziendale) e, quindi, rischierebbe di restare privo di difese tempestive, proprio nelle ipotesi di dissesti particolarmente gravi e dotati di un forte impatto sociale;

i) questi rilievi inducono a ritenere che un'interpretazione ampia delle norme in tema d'insolvenza, non solo è *conforme* alla storia dell'istituto, ma risulta *opportuna* e forse anche *necessaria*, fermo restando che si può aprire il concorso prima della cessazione materiale dei pagamenti solo quando le informazioni disponibili consentono di generare, per la loro quantità e qualità, un elevato grado di certezza (ovviamente statistica) in merito al verificarsi dell'evento;

l) come si è detto, una valutazione circa la possibilità d'adempiere *tutte* le obbligazioni, o almeno quelle che scadono nel *medio periodo*, deve necessariamente assumere un carattere prognostico, giacché fa riferimento a eventi che si collocano in un futuro più o meno prossimo; tale osservazione, tuttavia, non porta a sovrapporre lo stato d'insolvenza allo stato di crisi, perché due pro-

gnosi effettuate in condizioni o tempi diversi possono portare a risultati differenti, con la conseguenza di far giudicare un evento poco probabile, molto probabile, o assolutamente certo;

*m)* se quanto precede è vero, se ne deve dedurre che la concezione prognostica dello stato d'insolvenza è perfettamente compatibile con l'introduzione di un nuovo concetto di crisi, fondato anch'esso su una valutazione probabilistica.

Le definizioni contenute nel progetto di legge non hanno modificato, pertanto, il contenuto precettivo del secondo comma dell'art. 5, l. fall., per come era stato inteso da una consolidata giurisprudenza della suprema Corte, ma si sono limitate a confermarlo, adeguandosi al dettato della legge delega.

13. *Conclusioni: dalla prognosi riservata alla prognosi infausta.* – I rilievi svolti nei precedenti paragrafi consentono di rispondere in maniera abbastanza rassicurante ai quesiti che mi ero posto. In definitiva, si può concludere:

*a)* nonostante le mie originarie perplessità, devo ormai ammettere che i presupposti economici del concordato preventivo sono almeno parzialmente diversi da quelli del fallimento (o, se si preferisce, della liquidazione giudiziale). Tale innovazione, tuttavia, non ha portato i danni che temevo: sia perché il legislatore ha comunque mantenuto – almeno sotto alcuni profili – un nesso di continuità tra le due procedure (mi riferisco, in particolare, al calcolo del periodo sospetto nelle revocatorie); sia perché, nell'accedere al concordato, il debitore corre notevoli rischi. Come si è detto, infatti, il giudice – se fosse convinto che l'imprenditore è ancora in grado di pagare i propri debiti – molto probabilmente non si farebbe scrupolo d'utilizzare tutti gli strumenti di cui dispone (la denuncia di una frode, di un abuso del processo, della mancanza della causa concreta dell'accordo, *etc.*), per impedire che i creditori subiscano sacrifici ingiustificati. Sotto tale profilo, pertanto, si può stare tranquilli;

*b)* è apparso altrettanto chiaro, poi, che la segnalata differenza tra *crisi* e *insolvenza* non implica che quest'ultima debba appiattirsi sulla *cessazione materiale dei pagamenti*. Il fatto che la crisi implichi un giudizio probabilistico non rende impossibile fondare anche l'insolvenza su una valutazione prognostica. Nel linguaggio medico si suole distinguere tra prognosi "riservata" e prognosi "infausta" e, quindi, non è contraddittorio sostenere che lo stato di crisi consista in un'elevata probabilità d'insolvenza: ciò che oggi è probabile, domani potrebbe diventare certo, sempre sulla base di una valutazione prognostica;

*c)* è opportuno ribadire, infine, che l'interprete – in mancanza di un'apposita norma, che dia rilevanza alla situazione economico-patrimoniale del debitore – è costretto a valorizzare l'ampia formula dell'odierno art. 5, l. fall., per sostenere che, ai fini dell'apertura del concorso, la capacità d'adempiere non deve essere valutata solo con riferimento ai debiti già scaduti o di prossima scadenza, bensì (sempre rispettando i canoni della prudenza) con riguardo a tutto il passivo dell'impresa. Qualora il futuro legislatore volesse adeguarsi anche in questo alla normativa tedesca, non dovrebbe dimenticare che nell'*Insolvenz-Ordnung* alla previsione in merito alla *Zahlungsunfähigkeit* (che viene riferita alle obbligazioni già scadute o di prossima scadenza) si affianca la previsione sulla *Ueberschuldung*, che non trova per ora alcun equivalente nel nostro ordinamento.

14. *Il linguaggio del legislatore e l'ermeneutica giuridica.* – Queste conclusioni si prestano a qualche riflessione di carattere un po' più generale sul linguaggio giuridico e sui compiti dell'interprete.

L'indagine ci ha fatto constatare come espressioni apparentemente tecniche – *stato di crisi*, *stato d'insolvenza*, *crisi finanziaria irreversibile*, *sovraindebitamento*, *impossibilità d'adempiere*,



*cessazione dei pagamenti, etc.* – siano, in realtà, molto più vaghe di quanto solitamente non si creda. Per concretizzarle, è necessario tenere conto, non solo delle caratteristiche del sistema normativo nel quale s’inseriscono (quali e quanti concetti utilizza, la specifica funzione dei vari istituti, il carattere unitario della procedura d’insolvenza o la molteplicità delle forme d’intervento, l’esigenza di coordinare i procedimenti tra loro, e via dicendo), ma anche dello specifico scenario (la realtà economica, gli interessi da tutelare, l’adeguatezza delle informazioni disponibili, *etc.*) nel quale il singolo concetto viene utilizzato.

Tale constatazione rende evidente l’inadeguatezza degli approcci formalistici, che vorrebbero ridurre l’attività del giurista alla pura e semplice sussunzione della fattispecie concreta in un’astratta previsione normativa, partendo dal presupposto che l’interpretazione letterale dei precetti sia un dato di pronto e agevole reperimento: basterebbe consultare un vocabolario per avere l’elenco completo dei possibili significati delle parole e, in base a ciò, scegliere quello che meglio s’adatta alla bisogna.

Del problema mi sono già occupato in altre sedi <sup>(4)</sup>. Qui, posso solo ripetere che il *significato letterale* di un lemma non è un *dato*, ma un *costruito*; e che, all’interno dell’area semantica, in tal modo definita, l’interprete deve attribuire alle parole, che compongono la norma, un senso sempre più preciso. I singoli lemmi hanno ovviamente un *significato* (anzi, di solito, una *pluralità* di significati), ma, per comprendere fin in fondo il *senso* di un precetto, occorre concretizzarlo, tenendo conto dell’intero sistema normativo e degli scenari fattuali, di cui sopra si è detto.

Per avere una riprova “storica” di queste affermazioni, sono sufficienti pochi rilievi: la *cessazione dei pagamenti*, nel vigore del codice di commercio del 1882, era stata concepita, dapprima (da Vivante e Bolaffio), come un *evento materiale* e, poi (con Bonelli), come uno *stato patrimoniale* da accertare sulla base di prove indiziarie; la *difficoltà d’adempiere* era stata introdotta nella legge fallimentare per chiarire che il presupposto dell’amministrazione controllata era diverso da quello del fallimento (Ferri), ma in seguito la giurisprudenza li aveva parificati, almeno sul piano degli effetti giuridici; l’*insolvenza* era stata inizialmente concepita come una situazione di sbilancio patrimoniale, ma poi si è corretto il tiro, qualificandola come una crisi finanziaria irreversibile; il predetto concetto di *crisi finanziaria*, però, è stato a sua volta modificato, per riferirlo a un orizzonte temporale più ampio, che richiede una prognosi inevitabilmente fondata su valutazioni di carattere economico e patrimoniale; in questo percorso l’interprete ha tratto spunto da ciò che la norma *non* dice, e cioè dal rilievo che il secondo comma dell’art. 5, l. fall., si riferisce genericamente alle obbligazioni del debitore, senza limitare l’accertamento del giudice ai debiti già scaduti o di prossima scadenza; questo rilievo consente di creare un raccordo tra le vecchie concezioni patrimonialistiche dell’insolvenza e le nuove concezioni incentrate sulla crisi finanziaria; il *dissesto* nel linguaggio comune designa una condizione di disordine gestionale di particolare gravità, ma, sul piano tecnico (si pensi alle azioni di responsabilità contro gli amministratori, o ai reati di bancarotta), individua la causa scatenante dello squilibrio economico che ha portato alla crisi dell’impresa.

Tutto ciò può scandalizzare i non addetti ai lavori. A ben guardare, però, risponde a una logica ferrea, dettata dalla necessità. Come già si è detto, il significato delle parole dipende dal loro *uso*: ma l’uso designa due cose diverse, a seconda che ci si riferisca alle *abitudini* linguistiche di una collettività, o all’*utilizzazione* dei singoli lemmi in una specifica esperienza comunicativa.

Chi redige un vocabolario registra una serie d’usanze collettive, con lo scopo d’agevolare la comprensione di una serie indefinita di testi da parte del lettore. Ovviamente, il linguista non può

---

<sup>(4)</sup> Cfr. G. Terranova, *Significato e senso nel mondo del diritto: una proposta conciliativa*, Riv. Dir. Comm., 2017, I, pp. 381 ss..

fornire il senso che le parole acquistano negli specifici contesti in cui vengono utilizzate. Tuttavia, può avanzare delle proposte interpretative, che hanno la duplice caratteristica: di essere *molteplici*, e di presentarsi come dei *semilavorati*, che poi il lettore deve affinare con riferimento al testo da comprendere o da tradurre. I più recenti orientamenti della semiotica (in Italia, Umberto Eco e la sua scuola) hanno poi precisato che ogni testo è un'*opera aperta*, nella quale il senso del discorso non può essere definito una volta per tutte, ma viene continuamente elaborato dall'interprete, sulla base di vari *input*, dei quali non è possibile determinare *ex ante* la natura e la provenienza.

La funzione del giurista è diversa. Egli parte dai predetti semilavorati, selezionando quelli codificati nel linguaggio specialistico utilizzato per costruire il testo, in modo da orientare la ricerca su basi tecniche. Il risultato di questo primo sforzo consiste nel precisare il cosiddetto *senso letterale* dell'enunciato, e cioè nell'individuare un'area semantica (circostritta da una cornice: Kelsen), all'interno della quale ci si può muovere più o meno liberamente, perché si sa che l'interpretazione suggerita non cozzerebbe – almeno *prima facie* – contro le aspettative di senso del gruppo sociale di riferimento. Il lavoro del giurista, però, non finisce qui, perché poi deve procedere a un'ulteriore selezione dei significati, per attribuire al precetto quel “senso” specifico, che acquista nel caso concreto. Quando si scende questo gradino, le competenze lessicali, tuttavia, non aiutano più, perché il diritto ha lo scopo d'offrire risposte adeguate a certe esigenze individuali e collettive, e, quindi, costringe l'interprete ad attribuire un peso maggiore alla *coerenza* complessiva del sistema e al soddisfacimento di concreti *bisogni di tutela*, che non all'*uniformità* di un uso linguistico, sia pure valutata con riguardo a uno specifico idioma tecnico.

Prendiamo il termine “insolvenza”. Nella lingua comune dovrebbe designare la situazione di chi “non paga” (Provinciali, Azzolina). Nel linguaggio giuridico designa, invece, la situazione di chi “non paga perché non può pagare”, oppure, semplicemente, la condizione di chi “non può pagare” (Francesco Ferrara *jr.*). La definizione contenuta nel secondo comma dell'art. 5, l. fall., precisa, infatti, che gli inadempimenti sono solo manifestazioni esteriori dell'insolvenza, e che quest'ultima consiste nel “non essere in grado” di pagare. Vi è, quindi, una “ridefinizione” legale del significato del termine, che il giurista non può trascurare. Come si è visto, però, anche questa ridefinizione è vaga, perché non precisa a quali obbligazioni (tutte, solo quelle scadute, anche quelle di prossima scadenza, *etc.*) occorre riferirsi, per valutare se potranno essere adempiute con la necessaria regolarità di tempi e di mezzi.

Nel tentativo di specificare la portata concreta del precetto (mi riferisco sempre al secondo comma dell'art. 5, l. fall.), il giurista ne esamina la storia e lo scopo, e deve ammettere che, secondo una certa tradizione (diffusa soprattutto nella giurisprudenza) sarebbe opportuno limitarsi, cautelativamente, a prendere in considerazione i debiti già scaduti o di prossima scadenza. Un'indagine economica e funzionale più approfondita rivela, tuttavia, una potenziale lacuna del sistema, perché resterebbero escluse dall'ambito d'applicazione della norma proprio le crisi economiche e patrimoniali più gravi, che rendono *certa* (sia pure con riguardo a un futuro più o meno prossimo) la cessazione dell'attività d'impresa, con un potenziale danno per la massa dei creditori. Su queste basi, sembra preferibile fare ricorso a un'interpretazione teleologica, e spingersi a valutare l'adeguatezza dei flussi di cassa prospettici con riferimento all'intero passivo aziendale, sempre che sia possibile fondare la prognosi, a tal fine necessaria, su dati certi e inequivocabili.

Il processo ermeneutico, però, non si arresta qui, perché vi possono essere altri contesti, nei quali il termine “insolvenza” viene utilizzato per risolvere problemi di diversa natura, come accade per le azioni revocatorie, ove lo scopo perseguito dal legislatore è quello di valutare la buona fede del terzo acquirente in merito alle condizioni patrimoniali (genericamente intese) dell'imprenditore, poi fallito. Ma gli esempi si potrebbero agevolmente moltiplicare: basti pensare alla cosiddetta in-

solvenza “civile” (art. 1186, c.c.), per la quale non si dovrebbe tenere conto della produttività dell’impresa, ma solo del valore di liquidazione del patrimonio staticamente considerato; o si pensi all’insolvenza nel diritto penale, a quella dei gruppi di società, e via dicendo.

Non può sfuggire dove portino questi rilievi. Man mano che dai significati astratti delle parole elencati nei vocabolari si scende a determinare il senso di uno specifico enunciato descrittivo o prescrittivo; man mano che dalla semplice registrazione degli usi linguistici di un’intera comunità o di un gruppo più ristretto di parlanti (i linguaggi specialistici) si passa all’esame di una concreta esperienza comunicativa, il contesto e gli scenari (che chiariscono le ragioni in vista delle quali è stata fatta l’affermazione o emanato il precetto) finiscono col prendere il sopravvento.

Come ho più volte ripetuto in altre sedi, il giurista, al riguardo, deve autocensurarsi: deve porre, cioè, dei limiti alla propria fantasia, per non cadere negli eccessi della sovra-interpretazione o dell’arbitrio ermeneutico. Non si può perseguire a tutti i costi l’equità, anche se intesa come pieno adeguamento della norma al fatto, perché occorre avere la consapevolezza del carattere necessariamente subottimale (Schauer) delle soluzioni giuridiche. Detto questo, però, non si può nemmeno rinunciare a un’interpretazione teleologica dei precetti, con la conseguente articolazione delle proposte ermeneutiche. L’ideale aristotelico della *medietas* trova, qui, un’altra significativa affermazione.

## IV

### I CONCORDATI

15. *Concordati con continuità aziendale e concordati di liquidazione.* – Tra le novità terminologiche più importanti di questi ultimi anni si può certamente annoverare la classificazione dei concordati a seconda che prevedano il *salvataggio* dell’impresa o la *liquidazione* del patrimonio del debitore. Prima si distingueva tra concordati *dilatatori*, *remissori*, *misti* (dilatatori e remissori), tutti gestiti dal debitore, e un concordato con *cessione dei beni*, nel quale l’obbligato usciva dalla scena, per far posto ai creditori. Da qualche anno il legislatore ci ha abituato, invece, alla nuova distinzione, ricordata nel titolo del paragrafo.

Questa scelta non è andata esente da critiche, sia perché rispecchia più le vedute degli economisti, che non quelle dei giuristi; sia perché nel concordato con continuità aziendale è sufficiente – a norma di legge – salvare anche una parte dell’attività d’impresa, e lo si può fare persino ricorrendo all’intervento di un terzo (continuità *indiretta*, che, a sua volta, può essere integrale, se viene ceduta l’intera azienda, ma anche parziale, se viene alienato un singolo ramo). La continuazione, pertanto, può essere solo parziale, o solo economica, con la conseguenza di creare un irrocervo. Sul piano giuridico, infatti, un concordato che preveda il trasferimento di un complesso di beni a un terzo dovrebbe essere classificato tra le procedure liquidatorie; e, comunque, l’attività di chi acquista l’azienda (o un suo ramo) non può essere in alcun modo imputata al debitore cedente, con la conseguenza che non si può individuare alcun nesso di continuità nella gestione. Dal punto di vista giuridico l’attività di un terzo, che subentra nell’impresa, è del tutto nuova e autonoma (Nicolò) da quella del suo dante causa.

Al riguardo, forse sarebbe possibile limitarsi a commentare che le definizioni giuridiche hanno sempre carattere stipulativo: l’importante, allora, è intendersi! Senonché, il vero *punctum dolens* nella predetta classificazione è un altro, e consiste nel fatto che la nuova terminologia finisce coll’attribuire a *tutte* le tradizionali forme di concordato una funzione liquidatoria, che non corrisponde alle caratteristiche dell’istituto. La cosa è evidente, se si considera il classico concordato a percentuale (remissorio o misto), giacché questa procedura non porta alla liquidazione del patrimo-

nio responsabile, ma lascia il debitore libero di scegliere se, come e quando vendere i propri beni, nonché di decidere se continuare l'impresa o cessare l'attività, fermo restando che, nel frattempo, ha l'obbligo di reperire le risorse finanziarie per pagare i debiti. Per altro, nemmeno ai creditori interessa più di tanto sapere (e controllare) in che modo viene trovato il contante necessario per l'adempimento (vendita di singoli cespiti, iscrizioni di ipoteche per ottenere un mutuo, cessione dell'azienda, intervento a titolo gratuito del coniuge o di un altro congiunto, *etc.*), purché le loro pretese vengano soddisfatte nei tempi e nelle misure pattuite.

A ben guardare, però, nemmeno il concordato con cessione dei beni ai creditori, nella versione originaria, aveva funzioni liquidatorie, perché l'accordo omologato dal tribunale non trasferiva alcun bene – non trasformava i cespiti in denaro – ma si limitava a imporre un vincolo di destinazione sul patrimonio dell'obbligato, con il duplice effetto, d'estrometterlo dalla gestione (che passava a uomini di fiducia dei creditori) e di liberarlo dai debiti. La liquidazione dei beni *era* (o, meglio, *avrebbe dovuto essere*, perché le prassi dei tribunali erano andate quasi subito in direzione opposta) un affare privato dei cessionari, e avrebbe dovuto svolgersi al di fuori della procedura (ma le cose sono andate in maniera diversa, giacché in pratica la fase liquidativa è stata sempre sottoposta a un controllo di natura pubblicistica, attraverso un commissario nominato dall'autorità giudiziaria; questa soluzione è stata poi accolta dal legislatore nei più recenti interventi di riforma).

Nella prospettiva *originaria* – propria di una concezione liberale dei rapporti economici – l'unica forma di concordato liquidatorio sarebbe stata, dunque, quella realizzata in sede fallimentare con l'intervento di un *assuntore*, che acquistava direttamente dalla procedura tutto l'attivo, per un prezzo *a forfait* costituito dalla promessa di pagare una certa percentuale ai creditori insinuati (v. in appresso). Solo in questo caso si sarebbe potuto correttamente sostenere che l'*accordo* serviva a trasformare un complesso di beni e di azioni in una serie di rapporti aventi a oggetto il denaro, considerato come la risorsa “liquida” per eccellenza.

Ai non addetti ai lavori questi rilievi possono sembrare le solite sottigliezze di un dogmatico, che non coglie la sostanza del problema. Francamente, però, non ritengo di meritare l'appunto, perché dietro il mutamento linguistico, qui sopra evidenziato, si cela un profondo mutamento delle categorie ordinanti: al posto di “debitore”, “creditore”, “bene”, “azienda”, “patrimonio” si usano altri termini, come “imprenditore”, “finanziatori”, “fornitori”, “filiera produttive”, “imprese multidivisionali”, *etc.*. Il linguaggio astratto del diritto viene sostituito dal linguaggio concreto dell'economia.

Può sembrare un passo in avanti, anche se i processi astrattivi richiedono sempre secoli di riflessione su esperienze vissute. A prescindere, però, da ogni valutazione al riguardo, il guaio è che l'accennato cambio di prospettiva ha portato a un travisamento delle caratteristiche funzionali dell'istituto, con la conseguenza (non voluta, ma legata al maggior dettaglio della disciplina) di una progressiva burocratizzazione della procedura.

16. *L'evoluzione funzionale dell'istituto.* – Credo di essere stato tra i primi a segnalare (e di nuovo mi scuso per l'autocitazione) che il concordato fallimentare, già con la legge del 1942, aveva in parte modificato la propria funzione, diventando – nel caso dell'intervento di un terzo come assuntore – una forma alternativa di liquidazione dell'attivo<sup>(5)</sup>. Sul piano concettuale la vicenda è interessante.

A) Secondo la dottrina che si era formata sotto il vecchio codice di commercio del 1882, l'accordo tra il fallito e i creditori non avrebbe avuto lo scopo di liquidare l'attivo (cosa che si rite-

---

(5) Cfr. G. TERRANOVA, *L'assuntore di concordato fallimentare*, Giuffrè, Milano, 1976.

neva preclusa ai privati) ma sarebbe intervenuto dall'*esterno* sulla procedura, attraverso l'eliminazione di uno dei suoi presupposti (lo stato d'insolvenza del debitore), e cioè attraverso un meccanismo che avrebbe fatto venir meno, sia pure indirettamente, le ragioni del concorso. Il predetto accordo, infatti, liberando il fallito da una parte del passivo, l'avrebbe messo in grado d'adempiere spontaneamente i propri debiti, senza l'intervento coattivo dell'Autorità giudiziaria.

Proprio per questa ragione, però, si dubitava che nel concordato si potesse disporre delle revocatorie, giacché tali azioni avrebbero potuto essere fatte valere solo all'interno di una procedura esecutiva e, quindi, non si prestavano a essere oggetto di un accordo volto – in prima battuta – alla liberazione del debitore. Il concordato, dunque, veniva concepito come un istituto *alternativo* al fallimento, non come una forma di *chiusura* del medesimo, dovuta alla *liquidazione* globale e forfetaria del patrimonio responsabile.

B) Come si è detto, la situazione è cambiata con la legge fallimentare del '42, giacché l'art. 124, nella formulazione originaria, al secondo comma consentiva di cedere le azioni revocatorie all'assuntore del concordato, mentre al terzo comma precludeva un analogo trasferimento a favore del fallito e dei suoi fideiussori.

La soluzione era sembrata equilibrata, perché veniva incontro all'esigenza pratica di valorizzare tutti i cespiti dell'attivo, con il conseguente incremento della percentuale distribuita ai creditori; ma, al tempo stesso, impediva che l'imprenditore potesse *venire contra factum proprium*, traendo profitto, anche indirettamente<sup>(6)</sup>, da un illecito (l'atto da revocare).

Ben presto, però, ci si accorse che le norme dianzi citate incidevano molto più a fondo sull'inquadramento teorico dell'istituto, perché ammettere la cessione delle revocatorie a favore dell'assuntore significava riconoscere che questo soggetto non era – sotto il profilo del trasferimento dei beni – un avente causa dal fallito, bensì un diretto avente causa dalla procedura, con la conseguenza di poter approfittare anche delle altre forme d'inopponibilità (artt. 44 e 45, l. fall.) di certi atti alla massa.

Da qui, poi, il passo era breve a ritenere che il concordato dovesse essere considerato – almeno con riferimento all'ipotesi dell'intervento di un assuntore – non più come una forma di *rimozione* del fallimento, bensì come un modo per *chiudere* la procedura attraverso una liquidazione forfetaria dell'attivo e una contestuale estinzione dei debiti, in parte condonati dai creditori, in parte assunti dal terzo.

Tale mutamento di prospettiva (nell'individuare la funzione del concordato) doveva dare i suoi frutti nella soluzione di alcuni quesiti pratici, il più importante dei quali concerneva la possibilità di limitare la responsabilità dell'assuntore ai soli creditori insinuati. Nella nuova ottica, infatti, s'impondeva la risposta affermativa, perché, se il concordato viene considerato come una forma di chiusura del fallimento, sembra ovvio cristallizzarne gli effetti, tanto sul versante dell'attivo, quanto sul versante del passivo. Del resto, alla limitazione della responsabilità dell'assuntore dovrebbe corrispondere un incremento della percentuale promessa ai creditori, con un evidente vantaggio per la massa degli insinuati.

17. *La funzione liquidatoria del concordato nella riforma del 2005.* – Ancora più rilevanti dovevano essere, tuttavia, le conseguenze in sede di riforma. Infatti, se si accetta l'idea che il concordato non debba necessariamente avere una funzione esdebitatoria, ma possa presentarsi come

---

<sup>(6)</sup> L'arricchimento era considerato "indiretto" qualora le predette azioni fossero state cedute, a titolo di corrispettivo per il rischio assunto, ai fideiussori: anche in questo caso, infatti, il fallito avrebbe tratto beneficio dalla cessione, giacché, dopo aver pagato la percentuale prevista nell'accordo, avrebbe conservato il proprio patrimonio, senza pagare le garanzie offerte dai terzi.

uno strumento alternativo alla liquidazione atomistica dei beni del debitore, si apre la strada a importanti processi evolutivi:

*i)* innanzi tutto, è sembrato naturale estendere la predetta funzione liquidatoria (con il suo corredo di azioni recuperatorie e risarcitorie) al *concordato preventivo*, che è diventato anch'esso una procedura alternativa al fallimento. Ovviamente, sul piano tecnico permangono delle differenze, perché, in assenza di un vero e proprio accertamento del passivo, occorre formulare una lista di creditori ammessi al voto sulla base delle informazioni disponibili, senza le garanzie offerte da un accertamento delle singole pretese in contraddittorio con tutti gli interessati. Proprio per questo, nel concordato preventivo non è possibile – a differenza di quanto accade nel concordato fallimentare – limitare la responsabilità dell'assuntore alle obbligazioni conosciute o conoscibili alla data del suo intervento. Ciò posto, però, non vi sono altri ostacoli concettuali a considerare anche tale istituto come una forma di liquidazione forfetaria del patrimonio responsabile, comprese le azioni che avrebbero potuto essere intentate dal curatore in un ipotetico fallimento;

*ii)* in secondo luogo, si apre la strada ai *concordati per classi*, giacché, se lo scopo della procedura consiste nel far corrispondere i risultati dell'accordo a quelli che si sarebbero potuti conseguire attraverso la vendita coattiva dei beni, la cosa più ovvia è suddividere i creditori in raggruppamenti omogenei (dal punto di vista economico e giuridico), in modo da attribuire a ciascuna pretesa una somma proporzionata al valore dei cespiti destinati a garantirla;

*iii)* una volta introdotto il predetto criterio, si è portati, tuttavia, a fare un altro passo in avanti, ancora più importante dal punto di vista sistematico <sup>(7)</sup>. Infatti, se si pone l'accento sulla corrispondenza tra le percentuali concordatarie e le quote di un ipotetico riparto esecutivo, diventa forte la tentazione di sostituire a un criterio di giustizia *procedimentale*, fondato sul *consenso* degli interessati, un criterio di giustizia *materiale*, fondato sull'*equivalenza* delle prestazioni. In altri termini, invece di chiedere ai creditori se si accontentano della percentuale promessa dal debitore (e di verificare se il loro giudizio, nel valutare l'offerta, si è formato attraverso un procedimento volitivo immune da vizi), si prescinde dal loro consenso, facendo leva sul fatto che la misura in cui vengono soddisfatti deve essere considerata (sulla base di perizie estimative) più che adeguata;

*iv)* questa tecnica è stata accolta per la prima volta proprio nei concordati per classi, ove il dissenso dei creditori riottosi, che si oppongono all'omologazione di un accordo complesso, è stato superato richiamandosi all'equità dello scambio (si pensi al *cram-down* negli USA, o all'*Obstruktion-Verbot* in Germania, ma istituti analoghi esistono in tutte le economie avanzate).

Una volta presa questa strada, il rimedio, tuttavia, doveva essere esteso e radicalizzato, con la conseguenza d'immaginare (sia pure con riferimento, per ora, alle sole imprese bancarie e assicurative, caratterizzate dalla sottoposizione a controlli pubblicistici molto intensi, che dovrebbe garantire una maggiore quantità e qualità d'informazioni) procedure di risanamento che, per evitare la liquidazione del patrimonio responsabile, intervengono d'autorità sul passivo, per ridurlo senza il consenso dei creditori sacrificati.

18. *Dal concordato liquidatorio al concordato conservativo.* – L'idea che l'accordo tra i creditori e il debitore non abbia più una funzione esdebitatoria, ma serva, innanzitutto (al pari di quanto accade nelle altre procedure concorsuali), a superare la crisi dell'impresa, ha fatto compiere, infine, un ultimo passo in avanti nell'evoluzione dell'istituto, trasformando il concordato preventivo in una (piccola) amministrazione straordinaria. Le due nuove forme di concordato (quello con pre-

---

<sup>(7)</sup> Cfr. G. TERRANOVA, *Concordati senza consenso*, in ID., *L'autonomia del diritto concorsuale*, Giappichelli, Torino, 2016.

notazione e quello con continuità aziendale) hanno, infatti, lo scopo di rendere possibile l'elaborazione di un piano che, invece di puntare al soddisfacimento dei creditori attraverso la liquidazione del patrimonio responsabile, cerchi in prima istanza di preservare l'organizzazione produttiva. Per conseguire tale obiettivo il legislatore, per un verso, ha concesso una serie di agevolazioni di carattere economico e finanziario al debitore che s'impegni a salvare almeno un ramo della propria azienda; ma, per altro verso, ne ha compresso l'autonomia, fino a prescindere dal suo consenso, come mostra l'adozione della tecnica delle proposte concorrenti.

Come si vede, la materia è diventata sempre più complessa e merita qualche riflessione, sia sul piano della prevedibile efficacia degli strumenti introdotti dalle recenti riforme legislative, sia sul piano della coerenza concettuale dell'articolato Rordorf. Il problema verrà affrontato da tre diversi angoli visuali, e cioè: *a)* dal punto di vista del debitore; *b)* dal punto di vista dei creditori; e, infine, *c)* dal punto di vista del mantenimento dell'efficienza concorrenziale del mercato.

19. *La liberazione del debitore nel concordato con cessione dei beni.* – Nella nostra tradizione giuridica il debitore insolvente è stato sempre considerato con estremo sfavore: *decoctor ergo fraudator*. Come si sa, la legislazione recente ha cercato di porre rimedio a questo preconetto – che non corrisponde alla realtà dei rapporti economici – con una serie d'interventi sempre più incisivi. Nonostante tutto, però, non si può dire che tutti i problemi siano stati risolti e, soprattutto, non si può dire che sia mutato l'atteggiamento della giurisprudenza (compresa quella della suprema Corte) nei confronti di chi chiede di essere liberato dai debiti per provare a rifarsi una vita (il cosiddetto diritto a godere di una seconda *chance*). Per chiarire a cosa intendo riferirmi, mi permetto di svolgere qualche rilievo su una questione apparentemente marginale, ma molto significativa dal punto di vista che qui interessa, perché mostra quanto sia radicata l'idea che il soggetto insolvente non possa essere liberato dai propri debiti, se i creditori non ne ricavano un qualche vantaggio.

Prendo lo spunto dal concordato con cessione dei beni. Si tratta di una tipologia di accordo che si radica in esperienze molto antiche, e che costituisce, forse, la prima forma di *esdebitazione*. Per ridurre il discorso all'osso, lo si può illustrare nei seguenti termini: il soggetto insolvente butta la spugna e abbandona tutti i propri averi ai creditori; se costoro accettano, possono liquidare come meglio credono il patrimonio, ma rinunciano a perseguire l'obbligato con azioni esecutive.

La legge fallimentare del '42 aveva espressamente disciplinato questa forma di concordato, sottoponendola, però, a una condizione restrittiva, del resto in linea con l'atteggiamento complessivo della normativa dell'epoca. Il debitore, per accedere alla procedura, doveva dimostrare che dalla liquidazione dei beni si sarebbero potute ricavare somme sufficienti a soddisfare i creditori chirografari nella misura di almeno il *quaranta* per cento delle loro pretese (art. 160, comma secondo, n. 2). Questo rigore, tuttavia, veniva mitigato da una seconda disposizione, in base alla quale il concordato, di cui stiamo parlando, non era soggetto alla risoluzione per inadempimento, qualora dalla liquidazione dei beni si fosse ricavata, in concreto, una somma insufficiente a raggiungere la predetta soglia (art. 186, comma secondo).

Tale previsione aveva creato molte difficoltà alla giurisprudenza, la quale si era chiesta se l'esenzione dalla risoluzione poteva valere anche quando i creditori chirografari restavano del tutto inappagati. Qualcuno osservava, infatti, che il nulla non è confrontabile con una percentuale positiva, pur minima; e che il concordato avrebbe perduto la propria funzione, se gli effetti liberatori dell'accordo fossero stati mantenuti, nonostante la mancanza di un soddisfacimento – per quanto piccolo – dei chirografari.

A mio sommo avviso, tali perplessità non avevano alcun fondamento, perché la *ratio* del citato secondo comma dell'art. 186 doveva essere ricondotta alla funzione esdebitatoria di questa

forma di concordato; alla conseguente mancanza di un impegno del debitore a far conseguire ai creditori la percentuale indicata nelle perizie; nonché al fatto che il debitore non può essere chiamato (se non v'acconsente espressamente) a rispondere dei risultati di una liquidazione lasciata nelle mani di un terzo. La stessa *ratio*, del resto, informava il quarto comma dell'art. 137, 1. fall. (sempre nella formulazione originaria; ora si veda la prima parte del settimo comma dello stesso articolo), ove si disponeva che la risoluzione non poteva avere luogo "... quando gli obblighi derivanti dal concordato sono stati assunti da un terzo con liberazione immediata del debitore".

Non può sfuggire il senso di questi rilievi: se l'immunità prevista dalla legge non dipende dal carattere approssimativo delle stime patrimoniali; se il problema, cioè, non è di valutare la gravità dell'inadempimento, ma di applicare un principio, in base al quale un soggetto non può essere considerato responsabile dei risultati di una liquidazione, alla quale è rimasto estraneo; se – riassumendo – il debitore non può fallire, a seguito della risoluzione del concordato, per gli esiti negativi di un'attività liquidatoria, alla quale non ha partecipato, non vi è motivo di derogare alle norme dianzi richiamate, nemmeno nell'ipotesi in cui il soddisfacimento dei creditori sia risultato nullo.

In altri termini, nel concordato con cessione dei beni ai creditori la funzione *esdebitativa* prevale su quella *liquidatoria* e, quindi, l'accordo può restare in piedi – fatte salve le ipotesi di annullamento per frode – anche se i creditori, per cause sopraggiunte, rimangono totalmente insoddisfatti.

20. *Cessione dei beni ai creditori e giudizio di fattibilità.* – La sottovalutazione della funzione esdebitatoria del concordato ha provocato, però, anche altri equivoci, che hanno influenzato non solo la più recente giurisprudenza della suprema Corte, ma anche il legislatore, che si è adeguato al suo magistero. Mi riferisco, in particolare, a due problemi: *a)* il primo concerne il giudizio di fattibilità del piano, con riferimento al quale ci si chiede se debba essere esteso al concordato con cessione dei beni; *b)* il secondo riguarda la possibilità di sindacare la *causa concreta* dell'accordo, con la conseguenza di sbarrare il passo alle proposte che riservino ai creditori chirografari una percentuale di soddisfo irrisoria.

Procediamo con ordine. A mio sommo avviso, la risposta al primo quesito deve essere negativa (nel senso che il giudizio di fattibilità *non* può essere esteso al concordato con cessione dei beni ai creditori) per almeno tre ordini di motivi:

*i)* innanzi tutto, sul piano storico non si può trascurare che il giudizio di fattibilità è stato introdotto dalla riforma del 2005 per evitare che la proposta di un concordato *a percentuale*, con pagamenti *dilazionati nel tempo*, dovesse essere accompagnata (come prevedeva la vecchia normativa) da congrue *garanzie* ipotecarie o bancarie, dal costo spesso proibitivo. Se si tiene presente questa premessa, diventa difficile sostenere che la legge abbia esteso tale "garanzia impropria" del ceto creditorio a una forma di concordato, nella quale il debitore mette a disposizione tutto il patrimonio con effetti immediati. In altri termini: se le garanzie non erano originariamente richieste per questa forma di concordato, non vi è motivo di sostituirle con un giudizio prognostico (sulla fattibilità del piano), che dovrebbe avere la medesima funzione di *cautelare* la massa;

*ii)* l'argomento storico, del resto, viene corroborato da un ineccepibile argomento logico. Si deve considerare, infatti, che la giurisprudenza ha sempre negato valore negoziale alle dichiarazioni del debitore, quando assicura (spesso con una buona dose d'ottimismo, perché non tiene conto della svalutazione dovuta alla cessazione dell'impresa) che dalla liquidazione dei beni sarà possibile ricavare una somma pari a una certa percentuale delle pretese dei creditori. Al riguardo si sostiene che le predette dichiarazioni servono solo a illustrare meglio il contenuto dell'offerta, fermo restando che non sono impegnative per chi le emette, giacché la liquidazione dei beni viene lasciata a terzi,



del cui operato il debitore non può rispondere. E' evidente, però, che – se si nega l'esistenza di un'obbligazione di risultato a carico del debitore – non vi è materia per valutare la *fattibilità* dell'offerta;

iii) tale soluzione, del resto, viene confermata da un ultimo rilievo: la cessione dei beni nel nostro ordinamento, pur non essendo dotata d'effetti traslativi a favore dei creditori, è comunque un *contratto reale*, perché il vincolo di destinazione sui beni sorge sulla base del semplice consenso (art. 1376, c.c.) senza l'imposizione di alcun obbligo a carico delle parti.

Non è difficile trarre le conclusioni: se il cedente non assume l'*obbligo* di trasferire i beni ai creditori; se il vincolo di destinazione viene prodotto direttamente dal *consenso* (sia pure passando attraverso un giudizio d'omologazione), non vi è motivo di valutare la fattibilità di un accordo che si esegue da solo e che mira, in primo luogo, alla liberazione dell'imprenditore.

21. *La "causa" del concordato.* – Il secondo quesito è molto più complesso, perché coinvolge problemi di teoria generale del diritto, come: il concetto di causa; la possibilità di riferire questo requisito del contratto a un accordo che si colloca all'interno di una procedura giurisdizionale; l'opportunità d'estendere il sindacato del giudice a elementi che possono essere facilmente valutati dalle parti; la possibilità di far prevalere la funzione esdebitatoria del concordato sulla sua funzione satisfattiva; i limiti entro i quali si può sostituire al consenso dei diretti interessati una stima sul valore di liquidazione del patrimonio responsabile, e via dicendo.

Per cercare di rendere il discorso più piano e comprensibile, mi permetto di ricordare com'è nato il problema dal punto di vista pratico, per poi esprimere qualche valutazione *de iure condendo*.

A) Nella legge fallimentare del '42 il concordato preventivo era regolato in maniera diversa da quello fallimentare. Il legislatore, infatti, considerava il primo – che risparmiava al debitore l'onta del fallimento – come un *beneficio* da concedere solo al *commerciante onesto ma sfortunato* e, quindi, aveva subordinato l'accesso alla procedura a specifici requisiti di meritevolezza e ad altrettante specifiche condizioni di ammissibilità. Queste ultime erano costituite dal fatto che il debitore doveva impegnarsi a pagare almeno il quaranta per cento delle pretese dei creditori chirografari, oppure doveva dimostrare – sulla base di stime tecniche – che dai beni ceduti fosse possibile ricavare altrettanto.

B) La riforma del 2005, nell'intento di agevolare l'accesso alle soluzioni negoziali della crisi, ha soppresso tanto i requisiti di meritevolezza quanto le condizioni di ammissibilità, con la conseguenza che non sussisteva più – almeno all'apparenza – alcun limite alla proposizione della domanda. Ben presto, però, la giurisprudenza si è dovuta confrontare con un problema molto delicato, perché in alcuni casi particolarmente eclatanti il debitore aveva proposto di pagare ai chirografari una percentuale irrisoria (dell'ordine dello zero/virgola per cento), quasi ai limiti dello sberleffo.

Com'era facile prevedere, la giurisprudenza ha reagito con forza a questi tentativi un po' maldestri di aggirare il vero problema, che stava nello stabilire se vi può essere un concordato nel quale il debitore promette di soddisfare solo una parte dei creditori privilegiati, lasciando i creditori chirografari alla finestra. In assenza di meglio, si è fatto ricorso al concetto di "causa" da valutare in concreto, e si è sostenuto che il concordato non assolverebbe alla propria funzione, se non mirasse a un soddisfacimento (sia pure parziale, ma) non irrisorio dei creditori chirografari.

Dopo un lungo dibattito il legislatore ha corretto il tiro e ha reintrodotto alcune soglie di accesso alla procedura, sia pure distinguendo caso da caso.

C) Sul piano pratico la situazione è rimasta confusa e poco soddisfacente, perché nella maggior parte dei casi la svalutazione del patrimonio del debitore (dovuta al passaggio da una prospettiva di continuità aziendale a una prospettiva di liquidazione atomistica dei beni) rende sostanzial-

mente impossibile assicurare un soddisfacimento, anche parziale, dei creditori chirografari, perché le poche risorse ancora disponibili vengono tutte assorbite dall'esigenza di pagare la pleora di crediti assistiti da garanzie reali e da altre cause legittime di prelazione. Per cui, delle due l'una: o si rinuncia, in molti casi, a comporre la crisi con strumenti negoziali; oppure, si prende il toro per le corna e si stabilisce con chiarezza – con un'apposita norma, in una prospettiva *de iure condendo* – che i creditori chirografari, quando l'attivo non è sufficiente a coprire le loro pretese, possono essere esclusi dal riparto e, ancor prima, dal voto.

D) Questa soluzione può sembrare troppo drastica. Tuttavia, sul piano teorico, mi sembra sorretta da buone ragioni:

i) la liberazione del debitore è un obiettivo da perseguire, anche se il suo patrimonio è insufficiente ad assicurare il benché minimo ristoro ad alcune classi di creditori;

ii) per conseguire tale risultato non si possono moltiplicare le risorse disponibili, ma occorre prendere atto (con il correttivo, di cui in appresso) di quanto realisticamente si potrebbe ricavare dalla liquidazione coattiva del patrimonio responsabile;

iii) questa soluzione è obbligata, quando si vuol salvare la continuità aziendale, giacché, se si volessero dirottare alcune risorse (delle quali, di fatto, non si dispone) verso una certa categoria di creditori, si condannerebbe l'impresa al fallimento;

iv) personalmente sono convinto che la soluzione più rigorosa (mettere subito in liquidazione il patrimonio responsabile, magari utilizzando lo strumento della cessione d'azienda o di singoli rami) in molti casi sarebbe il male minore; tuttavia, se l'impresa ha un'importanza strategica, che consiglia di salvarla ad ogni costo, si deve prendere atto della difficoltà, e rinunciare al consenso di quelle classi di soggetti che in nessun caso potrebbero essere soddisfatti;

v) la giurisprudenza – invece di fare ricorso a uno strumento concettuale tanto sofisticato quanto controverso, come la causa in concreto – avrebbe potuto assumere l'atteggiamento meno paternalistico (per non dire cinico) d'aspettare che fossero gli stessi creditori chiamati al voto a decidere se accontentarsi di una percentuale irrisoria;

vi) ad ogni buon conto la causa, come insegnava Pugliatti, è costituita dalla funzione *giuridica*, e non meramente *economica*, del contratto, con la conseguenza che, se l'ordinamento consente la liberazione del debitore, anche quando il suo patrimonio è insufficiente a soddisfare (nemmeno *pro rata*) alcune classi di creditori, l'interprete deve prenderne atto e trarne le conseguenze: la funzione esdebitatoria del concordato (alla quale più connettersi il salvataggio dell'impresa) prevale su quella soddisfattiva.

In definitiva, si deve partire dal presupposto che i creditori chirografari non hanno più quella centralità, che veniva loro riconosciuta nelle economie mercantili, ma costituiscono, ormai, solo una delle tante classi di soggetti in attesa di soddisfacimento. Pertanto, se è possibile sacrificare – come in genere si ammette – l'intero pacchetto dei creditori postergati, non ci si deve meravigliare se una procedura volta alla composizione della crisi d'impresa possa limitarsi a perseguire il soddisfacimento (talvolta solo parziale) dei creditori privilegiati; e non può meravigliare (*de iure condendo*) che si possa attribuire solo a costoro (ovviamente, con le modalità più rispondenti alla natura dei loro diritti) il voto, ai fini dell'approvazione del piano.

22. *La posizione del debitore nelle riforme.* – L'atteggiamento di cautela – se non proprio di sfavore – con il quale la giurisprudenza ha accolto le prime novità legislative, volte ad agevolare una rapida liberazione dell'imprenditore dai propri debiti, ha profondamente influenzato tutte le novelle che si sono susseguite, in materia, dal 2005 a oggi.

Il quadro che ne risulta è il seguente: i concordati a percentuale vengono scoraggiati, con la richiesta di risorse aggiuntive rispetto a quelle presenti nel patrimonio del debitore; sono state reintrodotte le soglie per l'ammissione alla procedura, costituite da alcune percentuali minime di soddisfacimento dei creditori chirografari, variabili a seconda del tipo di concordato; il debitore viene spinto in tutti i modi (con la tecnica del bastone e della carota) a preferire soluzioni con continuità aziendale, alle soluzioni che portano al dissolvimento dell'apparato produttivo; all'interno della procedura di concordato è stata accolta la tecnica delle offerte concorrenti (per altro limitate ai soli creditori), con la conseguenza che il proponente potrebbe vedersi "scippare" l'azienda, senza alcuna garanzia in merito all'adempimento del terzo; il debitore, per un certo lasso di tempo, resta escluso dalla possibilità di proporre un concordato nel fallimento (o, come si dovrebbe dire adesso, nella fase liquidatoria della procedura); non sono previsti specifici meccanismi per consentire al debitore, che sia stato ingiustamente escluso dalla procedura minore, di presentare ai creditori (dopo aver vinto in Appello e magari in Cassazione) una nuova proposta di concordato, che tenga conto delle condizioni economiche nelle quali si trova il patrimonio responsabile dopo un lungo periodo di battaglie e di attese. Chi si accosta al concordato preventivo sa con quante risorse vi entra, ma non sa se riuscirà a scongiurare il fallimento.

Molti dei problemi esposti qui sopra dipendono da scelte eminentemente politiche, rispetto alle quali l'interprete ha ben poco da dire: non è suo compito stabilire a quali condizioni il debitore possa essere liberato, per un rapido reinserimento nell'attività produttiva; non tocca a lui decidere se la soluzione concordataria possa avere ancora un senso all'interno di una procedura volta alla liquidazione coattiva del patrimonio responsabile; non vi sono astratti criteri di giustizia per stabilire quale trattamento riservare alle varie classi di creditori. Qui l'interprete può solo svolgere qualche telegrafica osservazione nella qualità di spettatore (e di cittadino) interessato a capire come evolve la legislazione del Paese in un settore così delicato dell'esperienza giuridica:

*i)* innanzi tutto, appare francamente esagerata l'enfasi con la quale si sottolinea il fatto che il nostro ordinamento si sarebbe finalmente adeguato alla normativa europea che impone di favorire una sollecita liberazione del debitore, per consentirgli di reinserirsi nel ciclo delle attività produttive. Come si è visto si è fatto poco, e quel poco lo si è fatto male;

*ii)* in secondo luogo, non sembra condivisibile l'idea che l'impresa debba essere salvata a tutti i costi, perché spesso alla base di un insuccesso economico vi sono delle cause (arretratezza tecnologica, inefficienza produttiva, semplici torsioni del mercato) che sarebbe bene rimuovere dalle radici, invece di alimentare false speranze e di continuare a spendere il denaro degli altri (dei creditori) in iniziative destinate all'insuccesso;

*iii)* per altro, il tentativo di costringere il debitore a effettuare scelte "virtuose" mi sembra un atteggiamento illiberale, perché deve essere l'imprenditore a decidere quando dismettere una certa attività, se non è più lucrativa; spesso gli aiuti che gli vengono forniti per superare una fase di stallo, che si spera passeggera, non fanno altro che coltivare un'illusione;

*iv)* infine, mi sembra che alla base del predetto atteggiamento vi sia un grave equivoco concettuale, perché l'Unione europea non impone di favorire il salvataggio delle *imprese* decotte (tutt'altro: basti pensare alla disciplina degli aiuti di Stato), ma sollecita l'adozione delle misure necessarie per una nuova ripartenza degli *imprenditori* che hanno subito un insuccesso economico. L'Unione si preoccupa delle persone, non delle strutture produttive.

Per concludere – e mi scuso per l'impetoso giudizio – si ha la sensazione che la liberazione del debitore, per consentirgli di rifarsi una vita, non interessi nessuno; mentre il salvataggio delle imprese interessa più ai professionisti delle ristrutturazioni aziendali (e forse anche ai giudici, che ri-

tengono d'acquistare meriti sul piano sociale), che non al mondo delle imprese, che si muovono in regime di concorrenza.

23. *La posizione dei creditori.* – L'ampio spazio dedicato alla posizione del debitore non deve fare dimenticare che le procedure concorsuali sono nate, e servono tuttora, per la miglior tutela delle ragioni dei creditori.

Affermare – come si è fatto in queste pagine – che occorre essere realistici, e che non si può pregiudicare il tentativo di salvataggio di un'impresa solo perché certe classi di creditori si oppongono (pur sapendo o dovendo sapere che dalla liquidazione del patrimonio responsabile non ricaveranno alcunché, o ricaveranno una percentuale di soddisfo minore rispetto a quella che viene loro offerta), non significa sostenere che il legislatore possa disinteressarsi della sorte dei creditori, o possa immolare i loro diritti alla realizzazione di un interesse superiore, costituito da una effimera conservazione dei posti di lavoro e degli organismi produttivi. Trascurare la tutela del credito significa minare alla base il funzionamento dell'intero sistema economico.

Alcuni aziendalisti (per fortuna non tutti) prospettano soluzioni mirabolanti per fare uscire le imprese dalle crisi finanziarie. Molto pacatamente ritengo che a un codice delle procedure concorsuali si debbano chiedere soprattutto tre cose: *a)* un certo equilibrio nella tutela degli interessi in gioco; *b)* un'apertura alle nuove forme di intervento sulle crisi; *c)* una particolare attenzione alla dimensione temporale delle procedure e al rischio d'incentivare spese inutili.

I tre aspetti del problema sono strettamente collegati, ma vale la pena dedicare qualche parola a ciascuno di essi:

*A)* sul piano dell'equilibrio nella tutela degli interessi in giuoco mi sembra che sia ancora insufficiente la tutela dell'interesse del debitore al *fresh start*, mentre si sta insistendo troppo sull'esigenza di garantire la continuità aziendale, anche con riferimento a imprese di piccole dimensioni e sostanzialmente irrecuperabili;

*B)* sul piano dell'elasticità delle soluzioni la disciplina del concordato è fin troppo permissiva, perché sembrerebbe consentire qualsivoglia tipo d'intervento, mentre è evidente che alcune classi di creditori (fornitori, dipendenti, clienti) devono essere messe al riparo da manovre speculative e nuove avventure. In teoria, infatti – stando alla lettera della legge – sarebbe possibile compensarli con prodotti finanziari di dubbia esigibilità, con partecipazioni ad altre imprese, e via dicendo. Francamente, però, ritengo che questo pericolo (almeno finché resterà un giudice a tutelare gli interessi della massa) sia più immaginario che reale <sup>(8)</sup>;

*C)* sul piano dei tempi delle procedure, mi limito a osservare che le lungaggini del nostro sistema ci sono costate molte condanne da parte dell'Unione Europea e che il prolungare le attese porta effetti negativi, sia sul versante dell'attivo, che si deteriora, sia sul versante della tutela dei creditori, che sopportano le spese della procedura e vedono via via allontanarsi il giorno in cui riceveranno una percentuale (sempre più piccola, o addirittura nulla) di quanto è loro dovuto.

Su questo piano – che è il più delicato – si può e si deve fare molto: non si tratta di comprimere ancora i tempi per le difese; e nemmeno di rifiutare qualunque tentativo di salvataggio (anche se spesso è la scusa per non avviare fin da subito la liquidazione dei beni). Si tratta, piuttosto, di concentrare le informazioni presso un centro decisionale forte (e ben protetto da attacchi esterni) in modo da decidere in fretta il da farsi e trarne le dovute conseguenze sul piano operativo.

In altri termini, per espletare al meglio la funzione di ristrutturazione economica e finanziaria dell'impresa, sarebbe preferibile – invece di trasformare il concordato preventivo in una piccola

---

<sup>(8)</sup> Al riguardo, infatti, potrebbe tornare utile il richiamo alla causa concreta del concordato.

amministrazione straordinaria – adottare fin dall’inizio il modello tedesco, e cioè una procedura che, pur essendo unitaria, è dotata di un adeguato grado di elasticità, che consente di mantenere per qualche tempo il debitore alla testa dei propri affari, per consentirgli di proporre una soluzione negoziale della crisi, fermo restando che al primo intoppo la procedura ritorna senza soluzione di continuità nelle salde mani dell’Autorità giudiziaria. Del resto, questo approccio appare l’unico in linea con la tecnica delle proposte concorrenti, giacché consente di individuare con chiarezza le posizioni e le responsabilità delle varie parti in gioco. Non si deve dimenticare, infatti, che tuttora si discute se, in caso d’inadempimento del terzo che ha presentato la proposta migliorativa, si possa chiedere la risoluzione del concordato coinvolgendo anche il debitore. La soluzione negativa (tenendo presente quanto dispone la legge con riferimento all’assuntore del concordato) appare la più ragionevole; ma le opinioni, al riguardo, sono discordi.

24. *La percentuale attribuita ai creditori tra valore di liquidazione e valore d’uso del patrimonio responsabile.* – Prima di chiudere sulla posizione dei creditori nelle nuove procedure per la sistemazione delle crisi d’impresa, vorrei ritornare su un problema importante, che ho già affrontato in altra sede e che qui mi limito a richiamare <sup>(9)</sup>. Se non prendo un abbaglio, l’atteggiamento di sfavore, con il quale la magistratura guarda alle soluzioni negoziali della crisi, non dipende solo dalla scarsa fiducia nelle doti morali degli imprenditori insolventi (che spesso sono dei veri e propri imbrogliatori), ma dipende anche dal senso d’insoddisfazione che nasce quando si mettono a confronto il patrimonio rimasto nelle mani del debitore e l’entità – spesso risibile – della percentuale promessa ai creditori chirografari: da qui, il richiamo alla causa concreta dell’accordo e della procedura; da qui, la reintroduzione di soglie minime di soddisfacimento dei crediti in chirografo; da qui, la richiesta di risorse aggiuntive esterne, volte ad assicurare un miglior trattamento della massa.

Queste proposte – quasi tutte tradotte dalle ultime novelle in precise norme di legge – lasciano francamente perplessi. Il problema tuttavia esiste, e dipende dall’aver ritenuto che, per mettere a tacere i creditori, sia sufficiente attribuire loro delle somme nel complesso equivalenti al *valore di liquidazione* del patrimonio responsabile, trascurando il fatto che il debitore, in questo modo, finisce per arricchirsi alle loro spalle, giacché conserva l’intero *valore d’uso* (e, quindi, di ripristino) dei beni con funzione produttiva.

La differenza tra i due anzidetti valori può essere notevole (in altra sede ho parlato di una “plusvalenza da concordato”), e non si vede per quale motivo debba restare tutta al debitore, invece di essere distribuita, almeno in parte, ai creditori.

In altri termini, se l’imprenditore fosse in grado di garantire la continuità aziendale decurtando il proprio passivo del trenta per cento, non è giusto che possa chiedere ai creditori un sacrificio dell’ottanta per cento, solo perché il valore del patrimonio responsabile, in caso di liquidazione coattiva, si ridurrebbe a un misero venti per cento del passivo. Il problema non poteva essere avvertito, fino a quando il concordato veniva considerato alla stregua di un contratto fondato sul consenso, giacché, in allora, la misura della decurtazione delle singole pretese dipendeva dall’adesione individuale o maggioritaria dei diretti interessati (ma anche lì si poneva il problema di fornire ai creditori informazioni corrette e complete sulla “convenienza” dell’accordo). La questione ha assunto, invece, un’enorme portata teorica, da quando ci si affida a tecniche d’imposizione autoritativa della percentuale di soddisfo dovuta ai creditori dissenzienti o non interpellati, come accade nei concor-

---

<sup>(9)</sup> Cfr. G. TERRANOVA, *Diritti soggettivi senza sovranità (a proposito di bail-in, cram-down e altro)*, in questa Rivista 2018.

dati per classi (con il *cram-down*) e nelle crisi degli intermediari finanziari sottoposti a vigilanza prudenziale (con il *bail-in*).

Naturalmente, segnalare un inconveniente non significa risolvere il problema. Tuttavia, tocca al legislatore trovare un rimedio, che non sia quello rozzo e inquietante d'imporre al debitore di mettere a disposizione dei creditori risorse aggiuntive (da dove attinte?) in percentuali arbitrariamente predeterminate.

25. *L'efficienza concorrenziale del mercato.* – Come si è detto, il concordato preventivo si è via via trasformato – con gli interventi legislativi più recenti, poi raccolti dall'articolato Rordorf – in una piccola amministrazione controllata, volta alla conservazione della continuità aziendale, anche a costo d'ingenti sacrifici per i creditori pregressi (che vengono scavalcati dai creditori della massa e dai fornitori di servizi essenziali per l'impresa), nonché per i titolari di rapporti in corso di esecuzione (che possono subire la risoluzione del contratto, con il pagamento dei danni nella percentuale concordataria).

Queste norme pongono delicatissimi problemi giuridici, sia sul versante della legittimità costituzionale (giacché si potrebbe sostenere che violano irragionevolmente i diritti dei creditori e delle controparti contrattuali), sia sul piano della possibilità di qualificarli come "aiuti di Stato". Ma pongono anche un importante dilemma economico, giacché il salvataggio di un'impresa inefficiente (con una traslazione di costi a carico dei creditori e di alcune categorie di terzi) vanifica gli sforzi compiuti dai concorrenti per rendere le loro imprese sempre più competitive, sia sul piano della innovazione dei prodotti, sia sul versante della produttività del lavoro.

Non è questa la sede per affrontare questioni così complesse. Senza entrare nel merito del problema generale (che coinvolge anche le grandi imprese, ma con un diverso impatto sul sistema economico), mi limito a porre dei quesiti di semplice buon senso, che stanno sulla bocca di molti colleghi: vale veramente la pena di mettere in moto un meccanismo così complesso, per preservare imprese di piccole o microscopiche dimensioni? Vale la pena di creare tante eccezioni ai principi del codice civile, per salvare la bottega di un fornaio, o un supermercato alimentare? Non bastano le norme sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi a salvaguardare (e già vediamo con quali disastri) il tessuto economico nazionale? Occorre anche aggiungere una procedura analoga per le micro imprese? I livelli occupazionali non si tutelano meglio consentendo ai lavoratori di passare da strutture economiche inefficienti a strutture più moderne e competitive?

Per altro, occorre tenere presente che l'abolizione dei privilegi connessi al concordato con continuità aziendale (come l'abrogazione, a suo tempo, delle norme sull'amministrazione controllata) non porta necessariamente alla soppressione dell'impresa. Se il debitore gode ancora della fiducia dei propri creditori, potrà ottenere quella parziale remissione dei debiti, che gli consentirà di superare la crisi finanziaria e di estinguere le obbligazioni residue. Poi, sarà lui a decidere (ed è la persona dotata delle maggiori informazioni per farlo), se continuare l'attività o liquidare l'impresa, vendendo l'intera azienda o i singoli beni.

Le scelte economiche devono essere fatte dal soggetto che ha la responsabilità di elaborare la strategia dell'impresa. I tecnici possono offrire le loro valutazioni (più distaccate) al fine d'individuare le cause della crisi e la strada migliore per uscirne. Non possono sostituirsi all'imprenditore nelle scelte cruciali.

Il nostro sistema ha bisogno d'alleggerire le forme d'intermediazione tecnica e giuridica: se le appesantiamo, magari in nome d'ideali di giustizia e razionalità, finiamo col burocratizzare decisioni e procedure, senza alcun reale vantaggio per la prosperità economica e per la qualità della vita.

## V

### LE MISURE D'ALLERTA

26. *L'allerta in un'economia di mercato.* – Le considerazioni svolte con riferimento alla disciplina di favore introdotta dalle ultime riforme nel concordato con continuità aziendale lasciano presagire qual è la mia posizione con riferimento all'allerta. Il problema, ovviamente, è ancora una volta politico e, quindi, sfugge, almeno in parte, alle competenze dell'interprete. Tuttavia – sempre nell'ottica del richiamo al buon senso e del ricordo di come sono andate le cose, quando si è passati da un ordinamento all'altro – mi permetto di formulare qualche rilievo.

A) A prescindere da ogni considerazione in merito all'opportunità d'introdurre nel nostro ordinamento delle misure d'allerta, mi pare evidente che il sistema escogitato dal progetto di riforma sia troppo costoso e barocco. A tacer d'altro, affidare a tre esperti nominati dalla Camera di commercio l'elaborazione di un piano per salvare delle imprese (spesso di microscopica dimensione e talvolta completamente fuori mercato) significa far piovere sul bagnato in materia di costi e di complicazioni burocratiche. Attribuire, poi, al fisco, agli esattori e agli enti previdenziali l'iniziativa di comunicare che l'impresa ha superato certe soglie nell'inadempimento dei propri debiti, può essere un buon metodo per snellire il sistema economico e rendere più efficiente la concorrenza, ma non risponde a un atteggiamento di solidarietà nei confronti dei soggetti sovra-indebitati. Come ho detto, si tratta di scelte ... puramente politiche!

B) Sul piano teorico, invece, è molto più delicata la valutazione dell'efficienza e dell'efficacia di questo istituto. Non vi è dubbio che la tempestività degli interventi sulla crisi sia un valore da perseguire. Le ristrutturazioni economiche e finanziarie sono tanto più agevoli e proficue, quanto più sono precoci. Per non dire che anche le iniziative di carattere liquidatorio portano a risultati migliori, se vengono assunte in maniera tempestiva. Le aziende, i marchi, l'avviamento, le conoscenze tecniche, *etc.*, sono beni deperibili, e il loro apprezzamento sul mercato tende ad azzerarsi, se l'attività economica viene interrotta, o subisce vistosi rallentamenti.

Detto questo, però, è opportuno aggiungere che anche la tenacia dell'imprenditore, la sua capacità d'affrontare le difficoltà senza perdersi d'animo, la sua voglia di resistere a tutti i costi, sono valori da coltivare e tutelare, perché, se all'apparire della prima nube il capo dell'azienda si tirasse indietro; se i rischi di un'eventuale prosecuzione dell'attività fossero così alti e le sanzioni così dure, da consigliare la desistenza, vi sarebbe il pericolo di trasformare una crisi passeggera in un disastro irrimediabile.

C) Del resto, basta interpellare la Storia, per rendersi conto di come gli ordinamenti siano passati da regimi durissimi, nei confronti del debitore, a soluzioni sempre più miti, che lo incoraggiano a resistere, a non gettare la spugna. Senza tornare ancora una volta a illustrare le sanzioni previste nel Medioevo per i commercianti che avevano cessato d'effettuare i pagamenti, mi limito a ricordare che fino al codice di commercio del 1882 il debitore aveva l'obbligo, penalmente sanzionato, di denunciare il proprio stato di decozione. La legge fallimentare del 1942 sopprime la correlata ipotesi di bancarotta semplice, richiedendo per la condanna del fallito un ulteriore requisito, costituito dal fatto che il ritardo nel denunciare il proprio stato di insolvenza fosse accompagnato da un aggravamento del dissesto, e cioè da uno specifico danno per la massa dei creditori. Infine – ma gli esempi potrebbero essere più numerosi – non si deve dimenticare che solo la riforma del diritto societario del 2003 ha soppresso la responsabilità diretta degli amministratori di una società di capitali per i debiti dell'ente collettivo, ogni qual volta i predetti amministratori abbiano continuato a gestire

l'impresa nonostante il verificarsi di una causa di scioglimento del contratto sociale, e cioè nell'ipotesi (tra le altre) che il capitale sia andato interamente perduto.

Tale evoluzione normativa è stata sempre giustificata allo stesso modo: insistendo sull'esigenza di non scoraggiare i tentativi di salvataggio effettuati dagli ordinari organi gestori della società, i quali avrebbero dovuto mantenere integra la loro libertà di manovra, fino a quando la continuità aziendale poteva essere assicurata senza compromettere i diritti dei creditori.

D) Com'è facile intendere, anche in questo caso non si tratta di far prevalere una visione sull'altra, ma di trovare un giusto bilanciamento tra due valori contrapposti: favorire un intervento *tempestivo* sulla crisi, per scongiurare il pericolo che diventi irreversibile, ma, al tempo stesso, porre al riparo da sanzioni troppo severe chi tenta di salvare l'impresa dall'interno, ed evitare, soprattutto, di creare nel pubblico (finanziatori, fornitori, clienti) degli allarmi ingiustificati, che potrebbero portare al dissesto anche le imprese sane, o ancora salvabili con interventi ordinari.

E) Il progetto di riforma si è dato carico del problema e ha cercato di risolverlo con due precauzioni: a) portare la procedura d'allerta al di fuori del tribunale; b) imporre la massima riservatezza sulle misure assunte (anche se, in determinate situazioni, esiste l'obbligo di denunciare la "disobbedienza" del debitore al Pubblico Ministero).

A prescindere, però, dal maggiore o minore grado di riservatezza nell'assumere le iniziative; e a prescindere dalla denuncia obbligatoria di certi fatti al P.M., davanti a un istituto denominato "Allerta" sorge spontanea la domanda: chi deve essere allertato? E infatti: se i creditori non vengono chiamati a raccolta, per non seminare il panico; se l'Autorità giudiziaria non viene coinvolta, per evitare che si pensi a male; se tutto si riduce a un passaggio di carte tra uffici privi di qualsivoglia potere impositivo, l'unica risposta plausibile sembrerebbe che l'allerta si rivolga all'*imprenditore* stesso, o agli *organi gestori e decisionali* della società posta sotto osservazione.

Per quanto autorevolmente sostenuta, questa conclusione mi sembra semplicemente grottesca, perché nessuno conosce meglio l'impresa (i pericoli che essa corre sul piano economico e finanziario) di chi la gestisce. Il problema, allora, non è di svegliare qualcuno, bensì d'impedirgli d'aggravare la situazione, insistendo in atteggiamenti e progetti che non hanno alcun fondamento economico. Come al solito, una terminologia apparentemente innocua nasconde una realtà molto più sgradevole.

F) Se i rilievi che precedono possono essere condivisi, se ne deve dedurre che l'obiettivo da perseguire non è di *consigliare* al debitore delle scelte più razionali (l'imprenditore, infatti, se ha bisogno di consulenti, è in grado di sceglierseli da solo) ma è d'*imporgli* decisioni molto più difficili e potenzialmente dirompenti (vendere l'azienda, accettare nuovi soci, passare la mano ad altri componenti della famiglia, procedere a dolorosi licenziamenti, assumere un manager esterno, chiedere un concordato, e via dicendo).

In tale prospettiva non si può escludere che l'intervento di un soggetto dotato della necessaria autorevolezza, d'adeguate competenze tecniche e di riconosciuta terzietà (in quanto nominato dall'Autorità giudiziaria o da altra Autorità indipendente) possa essere utile per facilitare i rapporti tra il debitore e i creditori al fine di trovare una soluzione ragionevole. Una volta messi su questa strada, poi, viene da sé che il ricorso a tale strategia possa essere suggerito dai revisori contabili o dagli organi di controllo della società (la cosiddetta "allerta interna"). La decisione finale, però, deve essere affidata a chi ha il potere di gestire l'impresa e deve essere attuata con procedure snelle: si potrebbe fare ricorso ai piani attestati, nella versione più robusta contenuta nel progetto di riforma. Solo a questo punto, se nessuno si muove, il rimedio deve essere coattivo.



## VI

### POTERE GIUDIZIARIO E POTERE LEGISLATIVO

27. *Il giudice, la dottrina, la legge.* – Da alcuni decenni stiamo assistendo a un fenomeno che non può più essere ignorato. Il diritto concorsuale (o, se si preferisce, il diritto della crisi dell'impresa) sta sempre più diventando un diritto eminentemente giudiziale, nel triplice senso, che: a) le sentenze fanno scuola e acquistano spesso un carattere oracolare, giacché certe espressioni entrano nell'uso (la *causa concreta* del concordato, la *fattibilità giuridica*, l'*abuso del processo*, etc.) e vengono acriticamente accettate come base di partenza per le analisi successive; b) il dibattito teorico ha come protagonisti eminenti magistrati, che spesso trascurano le opinioni di chi non appartiene alla loro ristretta cerchia; c) le leggi molte volte si limitano a recepire gli orientamenti emersi dalla giurisprudenza (soprattutto della suprema Corte), con la conseguenza d'imporre con la forza alcune soluzioni, anche quando sono dubbie e anche quando, in passato, la stessa giurisprudenza si era attestata su posizioni diverse.

A tale constatazione verrebbe da rispondere, hegelianamente, che tutto quello che è reale, è anche razionale. I cosiddetti giuristi dalla cattedra (odio questa espressione!) dovrebbero rassegnarsi, ormai, a svolgere un ruolo subalterno rispetto alla giurisprudenza, forse con l'unica eccezione delle analisi comparatistiche, che hanno bisogno d'approfondimenti non sempre compatibili con l'asfissiante impegno lavorativo al quale vengono sottoposti i nostri giudici migliori. Anche le indagini comparatistiche, però, vengono presentate come modelli da importare nel nostro ordinamento, senza chiedersi fino a che punto siano compatibili con le istituzioni di cui disponiamo e con le specifiche caratteristiche del tessuto economico e sociale, nel quale dovrebbero essere trapiantate. Anche in questo caso, dunque, si corre verso un mercato di soluzioni preconfezionate, che vengono suggerite come una panacea, senza chiedersi se siano compatibili con il sistema normativo e fattuale (condizioni dell'economia, costumi della società, organizzazione giudiziaria, tradizioni morali, etc.) nel quale devono essere inserite.

Nonostante la loro asprezza, queste osservazioni offrono una rappresentazione abbastanza fedele della realtà, sebbene quest'ultima presenti, com'è ovvio, encomiabili eccezioni. Il problema, però, merita un approfondimento, perché, se non si tiene conto delle molte prospettive dalle quali può essere esaminato, si rischia di fare di tutta ta l'erba un fascio e di non scorgere i pericoli che si nascondono dietro certe posizioni apparentemente d'avanguardia. A mio avviso, infatti, se lo sguardo resta troppo vicino ai problemi della pratica; se l'attenzione dell'interprete viene monopolizzata dai dibattiti in corso, che spesso si fermano ad analizzare le posizioni della giurisprudenza più recente, senza alcun inquadramento storico e concettuale; se questi atteggiamenti vengono non solo tollerati, ma addirittura incoraggiati, si rischia d'appiattare i nostri studi su un'unica dimensione, con la conseguenza di non cogliere le interrelazioni con problemi che stanno su piani diversi.

Mi rendo conto che le mie parole possono sembrare troppo forti e che prestano il fianco a molte obiezioni. Mi limito ad analizzarne alcune.

28. *Verso un diritto giurisprudenziale?* – La prima obiezione potrebbe essere la seguente: il fenomeno testé denunciato non riguarda solo il "vecchio" diritto fallimentare, ma si è esteso a macchia d'olio su tutto il sistema giuridico, che assomiglia sempre più al diritto anglosassone, fondato sul precedente giurisprudenziale, che non al diritto continentale, fondato sulla legge.

Questa tendenza, del resto, sarebbe incoraggiata dalle ultime riforme del giudizio in Cassazione (che rendono più difficile contrastare gli orientamenti giurisprudenziali consolidati), nonché da alcuni atteggiamenti della medesima suprema Corte, la quale attribuisce una sempre maggiore ri-

levanza all'*equità* della decisione (da conseguire attraverso un ricorso massivo alle clausole generali) che non al tenore letterale dei precetti. Giudicare secondo buona fede, diligenza, correttezza, ragionevolezza, proporzionalità e simili significa attribuire al giudice il potere di prendere spunto dalle peculiarità della fattispecie concreta sottoposta alla sua attenzione, per derogare, nei fatti, ai modelli legali di condotta.

Come spesso accade, anche nelle tesi estreme v'è qualcosa di vero: non si deve dimenticare, infatti, che la scuola del diritto libero e le varie tendenze che hanno invocato il diritto giurisprudenziale, ritenevano fattibile una trasformazione del genere, anche a legislazione invariata, argomentando dal fatto che le norme sono tanto vaghe (Kantorovich arrivava ad affermare che l'ordinamento è costituito più da lacune che da regole) da consentire all'interprete di modificarne *ad libitum* la portata.

Il problema è molto delicato e non è certo questa la sede per affrontarlo in maniera approfondita. A mio sommo avviso, non si può misconoscere che l'interprete aggiunge sempre qualcosa di suo al testo della legge. Ciò non significa, però, che il suo intervento sia arbitrario, e che non sussistano metodi per limitare la discrezionalità ermeneutica. In fondo, anche quando si tratta di concretizzare delle clausole generali e dei principi, che presentano il massimo grado d'indeterminatezza semantica (a tacer d'altro, sono precetti privi di fattispecie), non si può fare a meno di tenere conto del contesto applicativo, delle altre disposizioni che regolano la materia, degli obiettivi perseguiti dal legislatore, dei valori socialmente condivisi, e via dicendo, con la conseguenza di strutturare e di limitare progressivamente lo spazio in apparenza lasciato alle propensioni individuali di chi deve applicare la norma. In altri termini, l'interprete non è mai solo nel fare le sue scelte, ma, nel decidere quale senso attribuire a una disposizione, quale portata conferire a un principio o a una clausola generale, e via dicendo, può basarsi su informazioni aggiuntive rispetto a quelle fornite dal testo, che provengono dal contesto e che hanno bisogno, per emergere, di una ricostruzione sempre più completa e accurata dello *scenario applicativo*.

Su questi temi mi sono intrattenuto a lungo in altre sedi <sup>(10)</sup>. Qui – con specifico riferimento al problema che stiamo trattando – mi permetto d'aggiungere un altro banalissimo rilievo: mi sembrerebbe francamente esagerato sostenere che il nostro ordinamento si avvii a cambiare natura. Si deve considerare, infatti, che il diritto anglosassone (spesso preso a modello, soprattutto nella versione nord-americana) non si fonda solo sull'*autorità del precedente*, ma, prima ancora, sul *vincolo gerarchico* che lega i Giudici e le Corti di più basso livello ai Giudici e alle Corti di rango superiore. Nel nostro ordinamento, invece, proprio la tendenza a perseguire l'*equità* della decisione con riferimento al caso concreto ha indotto i giudici del merito a “ribellarsi” ai principi di diritto enunciati dalla Corte suprema e ad avventurarsi per sentieri ancora inesplorati.

Come ho osservato più volte, questa strada va seguita con molta cautela, perché il giurista, se davvero vuole incidere sulla realtà, deve accontentarsi di soluzioni sub-ottimali, purché siano in grado d'essere estese a un numero rilevante di casi. Un diritto puramente equitativo, che tratti i problemi da risolvere come evenienze uniche e irripetibili nella loro singolarità, rischia di diventare informe e ingovernabile.

Per altro, anche a prescindere da ogni esortazione alla prudenza, è agevole scorgere le contraddizioni nelle quali si avvitano le predette correnti di pensiero. Nella prospettiva di un diritto tutto fondato su principi e clausole generali, infatti, persino la funzione nomofilattica della Cassazione finisce con lo sbiadire. E, forse, è un bene che sia così, perché, se davvero si volesse perseguire l'obiettivo di rendere vincolanti le sentenze del supremo Collegio, si dovrebbero drasticamente di-

---

<sup>(10)</sup> Mi permetto di rinviare a G. TERRANOVA, *Elogio dell'approssimazione*, Pacini giuridica, Pisa, 2015.

minuire il numero dei suoi componenti e il numero dei suoi interventi, giacché solo in questo modo si potrebbe garantire la necessaria qualità dei provvedimenti (non si dimentichi che negli Stati Uniti la Suprema Corte, costituita da pochissimi giudici nominati a vita, può scegliere in piena autonomia i casi di cui occuparsi, che in genere si riducono a poche decine all'anno). In altri termini: se si vuole cambiare sistema, passando da un diritto fondato sulla legge a un diritto fondato sul precedente giudiziale, occorre modificare radicalmente l'organizzazione del processo e l'intero ordinamento giudiziario.

29. *Il carattere processuale degli strumenti volti a superare la crisi.* – Una seconda obiezione potrebbe essere la seguente: la crisi dell'impresa viene regolata con strumenti di carattere processuale e, quindi, è logico che debba prevalere il punto di vista del giudice, su quello degli altri cultori del diritto, proprio perché il primo si trova in contatto quotidiano con il processo. Il giudice sa di cosa parla, perché le sue opinioni non si sono formate solo sui libri o su ragionamenti astratti, bensì massimamente su esperienze vissute.

Non è il caso di riaprire il dibattito sul carattere processuale o sostanziale del fallimento e dell'intero diritto della crisi d'impresa. Se volgiamo lo sguardo al passato, non possiamo non essere grati agli eminenti Processualisti che hanno dato contributi fondamentali per lo sviluppo della materia (basti pensare a Carnelutti, il quale, però, non era solo un processualista, anche se ha scritto sull'esecuzione forzata e sul fallimento in tale veste); ma non possiamo nemmeno dimenticare i grandi Maestri del diritto commerciale (a partire da Bonelli e Rocco, con il contributo di tanti altri), che hanno posto le basi per una moderna regolamentazione della materia. In fondo, è banale riconoscere che entrambe le Scuole (quella del diritto processuale e quella del diritto commerciale) si sono adoperate per fornire un inquadramento concettuale alla disciplina dettata dal codice di commercio, prima, e dalla legge fallimentare, dopo, con risultati che hanno retto per quasi due secoli.

Detto questo, però, mi permetto d'osservare che la sola prospettiva processualistica risulterebbe troppo asfittica per la sistemazione di norme che incidono a fondo sul diritto delle obbligazioni e, quindi, sui più comuni (più della proprietà e degli altri diritti reali) rapporti patrimoniali privati. In un certo senso, è vero che il fallimento regola solo il profilo sanzionatorio delle obbligazioni; ma è anche vero che il modo in cui viene disciplinata la reazione dello Stato all'inadempimento del debitore influisce sulla *struttura* e sulla *forza* del vincolo, nonché, di riflesso, sulla *qualità* del credito. Le divergenze normative tra le procedure esecutive individuali e i rimedi offerti dall'ordinamento, quando l'impossibilità d'adempiere coinvolge tutti i creditori di un determinato soggetto o di un'impresa, non sono meri epifenomeni processuali, ma si radicano in esperienze di diritto sostanziale, che impongono soluzioni diverse (giudiziali, negoziali, amministrative) per problemi diversi (sia sotto il profilo delle caratteristiche del soggetto inadempiente, sia sotto il profilo del settore di mercato nel quale è sorto il rapporto).

Nella crisi dell'impresa, poi, la divergenza di prospettive appare ancora più netta, non solo per la qualità e quantità degli interessi coinvolti, ma anche perché i rapporti di massa si atteggiavano in maniera diversa da quelli individuali. Proprio per questo, persino i problemi che potrebbero sembrare di natura esclusivamente processuale coinvolgono, spesso, questioni di più ampia portata.

30. *La rilevanza degli scenari socio-economici.* – Un'ultima obiezione al mio ragionamento potrebbe essere data dal rilievo che il giudice sta comunque più vicino al fatto e, quindi, si trova nella posizione migliore per esaminare anche i profili di diritto sostanziale dei casi affidati alle sue cure.

In questa affermazione vi è molto di vero, ma non si può tacere che, per trovare la soluzione più corretta di un quesito giuridico, non basta esaminarne l'apparato normativo, ma è necessario collocarlo in una prospettiva più ampia, nella quale acquistano rilievo fattori di carattere storico, sociale, economico, comparatistico, *etc.*, che sfuggono a un'analisi concentrata sulla fattispecie e sulle esigenze di tutela dei diretti interessati. Non per nulla ho richiamato l'attenzione sugli *scenari applicativi*, perché questi, pur fornendo una rappresentazione convenzionale e semplificata della realtà, possono tenere conto delle varie dimensioni del problema.

Questo mio convincimento – che ho sviluppato in un'opera di teoria generale del diritto e dell'interpretazione<sup>(11)</sup> – non è nato per caso, ma deve essere considerato come lo sbocco finale di un'indagine applicativa, proprio su temi di diritto fallimentare. Mi riferisco al problema della revocabilità delle rimesse in conto corrente bancario, che ha affaticato la nostra dottrina e la nostra giurisprudenza per molti decenni, senza arrivare a soluzioni accettabili sul piano pratico. Quel dibattito non è più attuale, giacché il legislatore è intervenuto con una norma che ha modificato i termini della questione. Nonostante tutto, però, le difficoltà che si sono incontrate sotto la vecchia disciplina mi sembrano emblematiche di come il non aver dato alcuna rilevanza alla storia delle norme, all'analisi comparatistica e alle esigenze proprie dei rapporti d'impresa (soprattutto quando assumono un carattere in senso lato rotativo) abbia impedito d'individuare la prospettiva giusta per fornire un'accettabile sistemazione della materia.

Ovviamente, non posso ripetere, qui, le argomentazioni che ho ampiamente sviluppato in altre sedi<sup>(12)</sup>. Mi limito a osservare che l'ansia di reperire risorse economiche per fare andare avanti delle procedure concorsuali che, in caso contrario, si sarebbero chiuse immediatamente per mancanza d'attivo, ha fatto trascurare che: *a)* sul piano *comparatistico*, l'ordinamento italiano è stato l'unico a ammettere, per qualche decennio, la revoca delle rimesse in conto corrente bancario; *b)* sul piano *storico*, questa anomalia sembrava giustificata dal fatto che il codice civile del '42 aveva staccato i conti bancari dal ceppo dei conti correnti ordinari, ma tale argomento ignorava che il rapporto continuava ad avere, comunque, carattere rotativo; *c)* sul piano *sistematico*, la soluzione rigorosa sembrava imposta dal particolare ruolo che il codice e la legge fallimentare assegnavano alla *par condicio creditorum*, ma anche a tale riguardo non ci si rendeva conto del fatto che la parità di trattamento presuppone una sostanziale uguaglianza delle situazioni di partenza, mentre la banca, nel caso di specie, eroga un servizio cassa, che la espone (a causa del continuo ripetersi delle operazioni) a rischi enormemente maggiori di quelli cui vanno incontro i titolari di rapporti isolati; *d)* sul piano della *funzione economica* dell'istituto, infine, le revocatorie sono dirette (anche nel nostro ordinamento) a colpire gli atti pregiudizievoli per i creditori, mentre l'interposizione della banca in un'attività solutoria è del tutto neutra al riguardo.

Tutto ciò, in fondo, è acqua passata. Resta il fatto, però, che per alcuni decenni la nostra dottrina e la nostra giurisprudenza si sono complicate la vita procedendo nella direzione sbagliata. Invece d'interrogarsi sull'effettiva validità delle premesse di un ragionamento che portava a risultati assurdi, hanno considerato le posizioni assunte dalla Cassazione in una remota sentenza del 1982 come un dogma indiscutibile (anche se la dottrina del tempo l'aveva definita come un "onorevole

---

<sup>(11)</sup> Cfr. *Elogio dell'approssimazione*, già cit.; vedi anche G. TERRANOVA, *Significato e senso nel mondo del diritto: una proposta conciliativa*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2017, 2017, I, p. 381 ss.

<sup>(12)</sup> G. TERRANOVA, *Conti correnti bancari e revocatoria fallimentare*, Giuffrè, Milano, 1982; ID., *Effetti estintivi e funzione solutoria nelle rimesse in conto corrente*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1983, II, p. 8-19; ID., *Effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori*, in *Commentario Scaloja e Branca alla legge fallimentare, sub artt. 64-71*, Tomo III, *Parte speciale*, Bologna – Foro it., 202; ID., *Ancora sulla revocatoria delle rimesse in conto corrente*, in *Banca, Borsa, tit. cred.*, 2016, I,

compromesso”), con la conseguenza di sviluppare, a cascata, un groviglio di regole sempre più complicate e sempre più lontane dalle esigenze degli operatori.

31. *I rapporti tra soluzioni giudiziali e norme di legge.* – Non avrei tirato in ballo vecchi problemi, se l’esempio della revoca delle rimesse su conti correnti bancari non fosse utile per mettere in guardia contro la tendenza a tradurre i più recenti orientamenti giurisprudenziali in esplicite norme di legge. Si badi, tale atteggiamento sotto molti profili può sembrare naturale, perché corrisponde a un’esigenza di certezza del diritto: invece di continuare a discutere per anni su alcune questioni controverse, si mette un punto fermo nel dibattito giuridico, facendo fare al legislatore ciò che la nostra Corte di Cassazione non può fare, nemmeno a Sezioni unite. Anche questa tecnica, però, ha dei costi, perché può cristallizzare delle soluzioni errate e, soprattutto, rischia di non far vedere che certi problemi stanno a monte, rispetto alle decisioni prese a modello per formulare le norme; per non dire, poi, che non sempre le sentenze più recenti hanno saputo trovare la risposta giusta, perché non è raro scoprire che alcuni orientamenti più remoti avevano colto meglio la sostanza del problema, sia pure sulla base di motivazioni che, oggi, possono sembrare meno raffinate dal punto di vista tecnico. In altri termini, quello che si guadagna – almeno apparentemente – sul versante della certezza del diritto, lo si può perdere sul piano dell’adeguatezza delle soluzioni ai bisogni della vita. Talvolta può essere utile che il legislatore si distacchi dalla giurisprudenza, assumendo un diverso punto di vista, più vicino alle esigenze della pratica; in molti altri casi, però, può essere utile che certe norme restino un po’ vaghe e suscettibili d’interpretazioni diverse, per consentire che le idee decantino e si colga, finalmente, il bandolo della matassa.

Come si vede, anche in questa materia occorre muoversi con prudenza, dato che non vi sono verità rivelate. Per dare un’idea di quanto sia pericoloso affidare a una commissione ministeriale il compito di tradurre in norme di legge gli orientamenti giurisprudenziali più recenti, mi permetto di segnalare alcuni problemi posti dall’articolato in esame, dove questa tecnica è stata utilizzata a piene mani.

A) La questione più delicata è stata già segnalata in queste pagine, e riguarda la norma del progetto Rordorf (art. 89, comma quarto) che subordina l’ammissione al concordato preventivo liquidatorio al reperimento di risorse esterne per almeno il dieci per cento dell’ammontare complessivo dei crediti chirografari, nonché al superamento della soglia del venti per cento nel soddisfacimento delle medesime pretese.

Come si è detto (cfr. *supra* § 24), questa norma segnala un’esigenza molto sentita dagli operatori pratici, data dal fatto che, se la convenienza del concordato viene valutata con esclusivo riferimento al valore di liquidazione del patrimonio responsabile, si rischia d’attribuire ai creditori chirografari delle percentuali davvero risibili, mentre il debitore può godere dell’intero valore d’uso dei beni che restano a sua disposizione.

Ciò posto, però, si deve riconoscere che la soluzione escogitata dal legislatore – prendendo lo spunto da alcuni orientamenti giurisprudenziali – è cervellotica e non consegue lo scopo. Sul piano della razionalità economica, infatti, non sarebbe assurdo immaginare un concordato che si limiti a soddisfare alcune classi di creditori, lasciandone altre (a cominciare dai creditori postergati) fuori concorso. Sul piano pratico, poi, le percentuali previste dal legislatore oltre ad essere arbitrarie sono molto basse, con la conseguenza che potrebbero risultare inferiori a quelle che il debitore sarebbe in grado di pagare senza compromettere la continuità aziendale.

Il rimedio, allora, va cercato in una disciplina più flessibile, che tenga conto del fabbisogno finanziario minimo (da scomputare sull’importo dei crediti) per rendere fattibile il concordato. Tuttavia, poiché le stime sono sempre opinabili, forse non è opportuno sbilanciarsi a individuare una

nuova soglia, che – pur essendo flessibile – potrebbe dare la stura a contestazioni senza fine. Appare più ragionevole, invece, fornire ai creditori tutte le informazioni disponibili, tanto in merito al *valore di liquidazione* del patrimonio responsabile, quanto in merito al *sacrificio minimo* da sopportare per consentire all'impresa di riorganizzarsi e riprendere il proprio corso. In questo modo, tanto la massa dei votanti, quanto le Autorità preposte alla procedura, sarebbero in grado di valutare autonomamente e con piena cognizione di causa il senso economico della proposta, i margini di fattibilità del piano e la convenienza dell'accordo.

B) Un secondo ordine di problemi viene dato dalle norme che consentono ai creditori di presentare nel concordato preventivo delle proposte concorrenti.

L'obiettivo che si è posto il legislatore – sempre sulla base di esperienze giurisprudenziali – appare ineccepibile, giacché è ovvio che i creditori nel concordato debbono ottenere una percentuale che corrisponda al miglior valore di realizzo del patrimonio responsabile.

Al riguardo, tuttavia, sorgono due perplessità, perché, da un lato, non si vede per quale motivo si dovrebbe riservare ai soli creditori (e sempre che raggiungano una certa percentuale del passivo) la legittimazione a presentare proposte alternative; mentre, dall'altro lato, sembra più ragionevole inserire la fase competitiva per la scelta del contraente in una procedura unitaria di trattazione della crisi (secondo il modello tedesco), con la conseguenza di passare con la necessaria immediatezza da una soluzione concordataria fondata su una proposta del debitore, a una soluzione liquidatoria imperniata sull'intervento di un terzo assuntore, che potrebbe valorizzare anche le azioni risarcitorie e recuperatorie esercitabili in sede di liquidazione coattiva.

C) I problemi posti dal recepimento di soluzioni giurisprudenziali sono numerosi. In uno scritto recente <sup>(13)</sup> ne ho individuato altri due, che riguardano: a) la posizione, nel concordato, dei creditori titolari di garanzie su patrimoni altrui, per i quali è prevista una collocazione, ai fini del voto, in apposite classi; e b) la norma che impone d'insinuare al passivo tutte le eventuali pretese da opporre in compensazione.

Al riguardo, non posso far altro che rinviare alle opinioni espresse nella sede dianzi ricordata. Qui, mi permetto solo d'osservare che le divergenze d'idee sono tutte riconducibili a una diversa concezione della *par condicio creditorum*, che la giurisprudenza vorrebbe applicare in maniera meccanica a tutti i rapporti e persino nel campo processuale (ai fini dell'accertamento del passivo), mentre a mio avviso costituisce un principio, che subisce numerose deroghe a tutela d'interessi di carattere sostanziale. Come ho già detto, la parità di trattamento ha un senso, se sono equivalenti le posizioni di partenza, mentre diventa un *tabu* del tutto ingiustificato, se viene estesa a rapporti dotati di caratteristiche diverse. Persino sul piano processuale certi crediti vanno assoggettati a un regime speciale, se la conformazione materiale del rapporto l'impone.

Il discorso potrebbe svilupparsi all'infinito, ma la sostanza è sempre la stessa: non è prudente affidare alla legge il compito di troncare delle discussioni che non hanno ancora trovato una convincente soluzione in sede teorica.

## VII CONCLUSIONI

32. *L'esigenza di semplificare il quadro normativo.* – Queste pagine possono sembrare molto ingenerose nei confronti di un articolato normativo che ha degli indiscutibili pregi sul piano della

---

<sup>(13)</sup> Cfr. G. TERRANOVA, *Diritti soggettivi senza sovranità, etc.*, cit., §§ 21-23.

completezza della disciplina e dell'articolazione delle soluzioni. Per vero, mi sono limitato a individuare una serie di criticità, senza nemmeno accennare alle innumerevoli disposizioni che coprono vecchie lacune o suggeriscono rimedi innovativi. Per certi versi mi dispiace, ma ho sempre pensato di poter offrire un contributo più genuino assumendo una posizione critica, ovviamente non disgiunta da un doveroso apprezzamento per il lavoro altrui, soprattutto quando, come in questo caso, è di indiscutibile qualità. In fondo, ciascuno di noi sceglie un ruolo e offre alla comunità scientifica e politica i frutti che è in grado di produrre.

Come si è visto, l'articolato in esame presenta due problematiche distinte.

La prima è di carattere eminentemente politico, perché si tratta di capire se è vantaggioso per il nostro sistema, cercare di salvare a tutti i costi l'impresa (anche con interventi che sovvertono i principi del diritto privato e che rischiano di essere qualificati come aiuti di Stato), o non sia più produttivo cercare di recuperare la funzione esdebitatoria del concordato, al fine di garantire all'imprenditore la possibilità di liberarsi rapidamente dei propri debiti, per reinserirsi sul mercato, facendo tesoro degli errori commessi. Dopo aver sciolto questo nodo, si può dare un giudizio anche sulla nuova procedura di allerta, che appare francamente troppo intrusiva e pesante, se rapportata alle dimensioni spesso microscopiche delle imprese da salvare. In fine, sarebbe opportuno tenere conto dei profili concorrenziali della normativa in esame (sebbene non tutti i salvataggi producano effetti anticoncorrenziali), partendo dal presupposto che occorre garantire una certa dinamicità del sistema economico.

Un secondo filone di problemi è di carattere più squisitamente tecnico. L'articolato si presenta, già a un primo sguardo, troppo complesso e ridondante: basti pensare al numero debordante delle soluzioni negoziali della crisi dell'impresa, che vengono presentate come se configurassero istituti diversi, mentre persino i piani di ristrutturazione possono essere inquadrati, ormai, tra i concordati, sebbene utilizzino un'altra tecnica nella votazione. La riforma, poi, è scesa a regolare ogni minuzia procedimentale, senza tenere conto del fatto che quanto più complessa si fa la disciplina, tanto maggiore è la probabilità d'errori, lacune e sovrapposizioni.

Al di là di tutto, però, mi preme segnalare un profilo della riforma molto importante sul piano dello stile comunicativo. Il legislatore ha scelto per il suo elaborato un titolo molto impegnativo, giacché lo ha denominato "Codice". Ritengo che la scelta sia adeguata all'importanza della materia, anche perché non si deve dimenticare che le norme sul fallimento, all'origine, erano contenute nei codici di commercio. Si deve tenere presente, tuttavia, che nella nostra tradizione culturale (o almeno in quella più risalente) il termine "codice" non designa semplicemente un insieme di norme che aspira a regolare in maniera esaustiva un determinato settore dell'ordinamento (al riguardo sarebbe altrettanto pertinente parlare di "testi unici"), ma viene riservato a un *corpus* normativo che accoglie una nuova concezione dei rapporti tra individui e società. E' la forza delle idee, dunque, a giustificare l'accostamento a opere monumentali (a partire dal *Code Napoleon*), che hanno lasciato un segno nella storia. Opere, nelle quali la potenza espressiva è data dalla semplicità del linguaggio e dalla coerenza logica della costruzione: in una parola, alla loro capacità di presentarsi come dei classici. Un codice, per avere successo, oltre a rispecchiare i modelli sociali propri dell'epoca in cui viene emanato (in questo caso, nell'ordine: economie agrarie, mercantili, industriali e finanziarie), deve anche aspirare a una qualche forma di bellezza.