

Dal “fallimento” alla “liquidazione giudiziale”: «cos’è mai un nome?»

Di Giuseppe Portonera

I. Introduzione: il fallimento come “inciampo” e come “inganno”

In un’economia di mercato aperta e competitiva, il fallimento di un’operazione imprenditoriale non dovrebbe sorprendere nessuno. Si può “fallire” per le più disparate ragioni: perché il prodotto o il servizio offerto non è stato bene accolto dai consumatori; perché l’imprenditore ha sovrastimato la propria capacità produttiva o sottostimato i costi dell’operazione; perché non si è stati in grado di vincere la sfida della concorrenza posta dagli *incumbent*; per improvvisi o imprevedibili cambiamenti del mercato... In ogni caso, pochi dubbi possono esserci sul fatto che il fallimento, ancorché non sorprendente, sia un’esperienza dolorosa: che si sia fallito per errori propri o altrui, per circostanze avverse o per valutazioni errate, resta il fatto che – con espressione tanto icastica quanto ormai polverosa – chiudere bottega non faccia piacere a nessuno. Per ogni bottega chiusa, però, è possibile che se ne apra una nuova ed è possibile che ad aprirla sia proprio colui che aveva chiuso la precedente, giacché il fallimento “libera” risorse che un’economia libera può impiegare diversamente e più proficuamente. In altre parole, l’esperienza del fallimento, così traumatica per gli attori coinvolti, rende più forte l’ecosistema imprenditoriale nel suo complesso e consente al mercato di migliorare l’allocazione delle risorse.¹

Se questo è quello che la teoria economica più avanzata – se non il buon senso – insegna a proposito del fallimento, lo stesso non può dirsi a proposito della storia – o del senso comune. Di ciò ci si avvede già guardando all’etimologia, complessa, della parola “fallimento”: essa può essere infatti rintracciata tanto nel greco *σφαλλω* (nella forma medio-passiva), nel tedesco *fallen* o nell’inglese *to fall* (= vacillare, cadere, inciampare), quanto nel greco *φηλω* o nel latino *fallere* (= ingannare).² La parola “fallimento” ha sempre significato, dunque, tanto un *inciampo*, quanto un *inganno*. E questa “doppia anima”, insieme semantica e sostanziale, ha segnato in modo profondissimo l’istituto del fallimento, per un verso procedura di soddisfazione dei creditori dell’imprenditore “inciampato” nella crisi e, per altro verso, strumento sanzionatorio del debitore che, per il solo fatto di essere

KEY FINDINGS

- Specialmente in Italia, il fallimento è storicamente stato visto con sospetto, alla stregua di una frode organizzata dal fallito, pertanto da sanzionare.
- Con il nuovo Codice della crisi, il legislatore ha proseguito il percorso di emancipazione da una visione punitiva della disciplina del fallimento, a partire proprio dall’abbandono del termine “fallimento”.
- Il Codice della crisi presenta, però e in particolare, due profili preoccupanti. Il primo è l’aspetto fortemente burocratizzato e per certi aspetti “de-responsabilizzante” della disciplina delle procedure d’alerta. Il secondo è il permanere delle difficoltà che il soggetto in crisi incontra nell’accedere al fresh start.
- La pandemia ha offerto l’occasione di rivedere la logica delle gestioni delle crisi di impresa. Il legislatore italiano dovrebbe approfittarne, facendo tesoro anche delle indicazioni del Gruppo dei Trenta.

1 A. L. Eisfeldt-A. A. Rampini, “Capital Reallocation and Liquidity”, in *J. Monet. Econ.*, 2006, 53, pp. 369 ss.; E. Bartelsmen-J. Haltiwanger-S. Scarpetta, “Cross-country Differences in Productivity: The Role of Allocation and Selection”, *J. Finance*, 2013, 103, pp. 305 ss.

2 G. Nuzzo, “Il debito e la storia: dalla colpa alla fisiologia dell’insolvenza”, in *Riv. dir. comm.*, 2017, 2, p. 89.

Giuseppe Portonera è Fellow dell’Istituto Bruno Leoni.

fallito, veniva presunto (spesso senza possibilità di difesa) un “ingannatore”, un “frodatore”. Il precipitato di questa commistione di piani è aver considerato tradizionalmente il fatto del fallimento non come un evento sì doloroso ma fisiologico nella vita economica, bensì come una colpa: la quale va emendata non solo attraverso la soddisfazione economica dei creditori, ma anche (e soprattutto) con la punizione e l’isolamento sociale del debitore.

2. Linee storiche essenziali del fallimento

L’età antica

La storia del fallimento è strettamente connessa a quella del credito, istituzione economica che si nutre dell’affidamento che il soggetto “creditore” ripone nel fatto che la controparte “debitrice” gli restituirà quanto prestato. Questo genere di fiducia è inerentemente rischioso e, in contesti economici via via più estesi e complessi, difficile da coltivare: ciò spiega perché già le prime società dell’antichità avessero elaborato strumenti in grado di promuovere un grado minimo di fiducia tra creditori e debitori. Tra questi, un ruolo chiave è stato giocato da “sanzioni” di natura sociale: in alcuni paesi, tanto lontani e diversi come l’India e l’Irlanda, il creditore che attendeva di essere soddisfatto era solito sedere di fronte all’abitazione del debitore, e lì restava fintantoché il suo credito non fosse stato saldato. Il debitore adempiva prontamente, perché la collettività non lo avrebbe perdonato nel caso in cui avesse sfiancato o addirittura fatto morire di sete o di fame il suo creditore.³ Un autore rileva che procedure simili (che forse sarebbe più puntuale definire “riti”) si osservavano, ancora all’inizio del secolo scorso, in alcune zone della Sicilia: i debitori, che non potevano o volevano pagare, venivano sottoposti alla «vergognosa azione di calarsi in pubblico le braghe e battere colle natiche tre volte sopra una [...] pietra del vituperio [...] in una pubblica piazza, alla presenza dei creditori e di molti curiosi».⁴

Tuttavia, l’efficacia di simili sanzioni era, in tutta evidenza, subordinata a un presupposto indefettibile: la pronta solvibilità del debitore. Per esempio, qualora questi non fosse stato in grado di pagare, per assenza di mezzi, a poco sarebbe valso aspettare di fronte alla sua abitazione o condurlo in una pubblica piazza... Ciò spiega la rapida diffusione di un secondo ordine di sanzioni, afferente a una disciplina che, sia pure con un certo grado di anacronismo, possiamo chiamare “fallimentare”. L’ideale primitivo si traduceva, essenzialmente, nel consentire al creditore di disporre – fisicamente – del suo debitore: il Codice di Hammurabi è tra le prime fonti normative ad ammettere la possibilità che l’insolvente venisse ridotto in schiavitù (là dove necessario, insieme ai suoi familiari), e una regola analoga veniva osservata tra gli Egizi; quanto al diritto romano, le XII Tavole consentivano al creditore di sottoporre a *manus iniectio* il suo debitore, considerandolo così suo personale schiavo (attraverso l’istituto del cosiddetto *nexum*).⁵ Questa stessa idea – poter disporre di qualcosa che appartiene al debitore, quando il debito non viene spontaneamente adempiuto, per avere soddisfazione del proprio credito – è rimasta centrale nella disciplina della responsabilità del debitore, con l’importante conquista di civiltà data dallo spostamento dell’oggetto

3 Cfr. L. E. Levinthal, *The Early History of Bankruptcy Law*, U. Pa. L. Rev., 1918, vol. 66, no. 5/6, p. 229.

4 La citazione è di Bucolo, *Storia di Biancavilla* (1953) ed è riportata in G. Portale, “Dalla «pietra del vituperio» alle nuove concezioni del fallimento e delle altre procedure concorsuali”, in *Banca, borsa e tit. credito*, 2010, 3, p. 389.

5 Cfr. Levinthal, *The Early History of Bankruptcy Law*, cit., p. 230-231. Il *nexum* era l’accordo con cui il debitore forniva, come garanzia di un prestito e fino all’estinzione di esso, l’asservimento in favore del creditore di se stesso o di un membro della propria famiglia.

della pretesa creditoria dalla persona al patrimonio del debitore.⁶

L'epoca medievale e lo *ius mercatorum*

La disciplina e i tratti politico-culturali più distintivi del fallimento “moderno” affondano le proprie radici nello *ius mercatorum* medioevale.⁷ In particolare, è proprio in questa fase che si colloca la scelta di continuità rispetto alla connotazione fortemente punitiva e afflittiva del fallimento, destinata a sopravvivere – in forme più o meno marcate – fino ai giorni nostri. Complice una piena sovrapposizione tra la dimensione privatistica e quella pubblico-penalistica⁸, il principio osservato in materia fallimentare era quello espresso dal noto *consilium* del giurista Baldo degli Ubaldi: “*si fallitus, ergo fraudator*”.⁹ Per innescare la grave repressione penale (in taluni casi, era addirittura prevista la reclusione, la tortura e persino la morte)¹⁰ non erano inizialmente necessari specifici comportamenti “fraudolenti” del debitore, definibili come “bancarotta”, ma il solo e obiettivo fatto dell’insolvenza: il fallito veniva presunto autore di una frode e la presunzione era assoluta in caso di irregolare tenuta delle scritture contabili. A fronte di una simile severità, l’unico modo che aveva il debitore per difendersi era quello di darsi preventivamente alla fuga, al punto che – nel linguaggio del tempo – l’espressione *debitor fugitivus* era addirittura divenuta sinonimo di debitore *insolvente*.

Conseguenze così rigorose testimoniano fino a che punto la classe mercantile del tempo fosse disposta a spingersi pur di acquistare credito e salvaguardare la fiducia dei mercati: detto altrimenti, la procedura di fallimento mirava a riparare il danno “sociale” prodotto dall’insolvenza commerciale,¹¹ e forzare il fallito a darsi alla fuga, la quale equivaleva però a un’ammissione di “colpevolezza”, era del tutto coerente con questa logica, visto che si riteneva che consentire la sua permanenza nel tessuto sociale ed economico avrebbe compromesso le condizioni minime dell’ordinata convivenza sociale.¹² L’originaria severità della disciplina¹³ non escludeva gli eventuali soci del fallito e, talvolta, neppure i familiari.

6 Avvenuta, a Roma, con la *Lex Poetelia Papiria* che, nella seconda metà del IV secolo a.C., abolì il *nexum*. Nuzzo, “Il debito e la storia”, cit., p. 94, ricorda tuttavia che ciò che accomunava tutte le norme avvindentesi in epoca romana fino alla codificazione giustiniana era «la caratteristica per cui gli atti che i creditori dovevano porre in essere per ottenere la soddisfazione dei propri diritti dovevano essere compiuti in pubblico, affinché il debitore potesse ricevere coram populo un marchio d’infamia che lo accompagnasse dovunque» (corsivo aggiunto).

7 Si vedano, in proposito, i fondamentali studi di U. Santarelli, *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell’età intermedia*, Padova, CEDAM, 1964, e *Mercanti e società tra mercanti*, Torino, Giappichelli, 1998.

8 Santarelli, *Per la storia del fallimento*, cit., pp. 121 ss., osserva che il fallimento aveva talvolta autonoma rilevanza penale, al punto che le pene ad esso connesse venivano irrogate anche nel caso il cui il fallito fosse riuscito a estinguere i propri debiti.

9 Baldo, *Consilia*, vol. V, n. 382.

10 U. Gualazzini-C. Pecorella, “Fallimento (premessa storica)”, *Enc. dir.*, XVI, Milano, Giuffrè, 1967, *passim*.

11 Cfr. F. Galgano, *Lex mercatoria*, Bologna, Il Mulino, 2010 (1976), pp. 54-55.

12 Cfr. Santarelli, *Per la storia del fallimento*, cit., pp. 124 ss.

13 Che non constava solo di pene “corporali” o “patrimoniali”, ma in alcuni casi si spingeva sino a prevedere la privazione di quelli che si potrebbero definire “diritti religiosi”: così Nuzzo, “Il debito e la storia”, cit., p. 96, nt. 16, che riporta il caso di un canonico friulano scomunicato a causa dei suoi debiti nel 1324, nonché l’usanza diffusasi tra gli ebrei siciliani di comminare ai debitori morosi la forma più

Quanto ai primi, il giudice, constatato il dissesto del *debitor fugitivus*, era tenuto a dichiarare il fallimento di tutti coloro che risultassero esserne stati soci nella stessa impresa in crisi, senza necessità di accertare la loro personale insolvenza.¹⁴ Quanto ai familiari, l'estensione nei loro confronti del fallimento trovava in fondo giustificazione nella concezione familiare dell'attività mercantile, nel tramandarsi di padre in figlio la stessa attività, sicché il fallito, oltre al recar danno ai suoi creditori, appariva come colui che faceva venir meno una tradizione sulla quale, almeno in parte, aveva riposato il credito.¹⁵

Unica eccezione a un quadro dalle tinte così fosche è rappresentata dall'ordinamento della Repubblica veneziana, in cui – già a partire dal Trecento – si diffuse l'idea che il fallimento non necessariamente conseguiva a un comportamento fraudolento, ma poteva essere il frutto di una sfortuna che avrebbe potuto colpire chiunque.¹⁶ Solo a far tempo dai secoli XIV e XV, anche negli altri stati italiani le regole sul fallimento iniziarono a perdere buona parte dell'originaria impostazione punitiva, avvicinandosi all'impianto classico che, da allora, ha ispirato le varie leggi fallimentari (accertamento pubblico dello stato di insolvenza, processo esecutivo e liquidatorio sui beni del debitore e distribuzione del ricavato fra i creditori, secondo il principio della *par condicio creditorum*). Il fallito era, e questo restava retaggio dei tempi passati, afflitto da "morte civile" e la sua incapacità perdurava, ma sembra possibile dubitare della puntualità con cui questo principio fu, da allora, effettivamente applicato.¹⁷

L'epoca medievale e il common law

Un percorso parzialmente diverso rispetto a quello che abbiamo finora descritto si è invece registrato nell'ordinamento inglese. Nel 1542, con l'adozione di un *Act* voluto da Enrico VIII, la pena dell'arresto per il fallito fu riservata al solo debitore comune, mentre il debitore imprenditore fu ammesso alle procedure collettive di esecuzione. È William Blackstone, nei suoi celebri *Commentaries*, a spiegare l'origine di questa divaricazione, osservando che, mentre un *gentleman* o un libero professionista che contrae un debito pur non disponendo di sufficienti sostanze per pagare si comporta in maniera "disonesta" (perché o avrebbe dovuto versare la somma in contanti o, non potendoselo permettere, non avrebbe dovuto acquistare), sicché se non estingue il debito non può lamentarsi di subire una punizione che si è volontariamente procurato, un imprenditore o un mercante non può esercitare la propria professione senza il ricorso al credito, per cui l'assunzione di debiti in questi casi non è solo giustificabile, ma persino necessaria.¹⁸ Già in questa fase sembra, peraltro, individuarsi il primo riconoscimento della distinzione tra l'insolvenza accidentale e quella fraudolenta: l'*Act* di Enrico, infatti, si rivolgeva espressamente ai soli debitori che avessero «*made bankrupt*», con ciò riferendosi ai soli debitori frodati.

leggera di *cherem*, cioè di un divieto di partecipare alle funzioni religiose per un tempo commisurato alla gravità della condotta (su cui vd. I. La Lumia, *Gli ebrei siciliani*, Palermo, Sellerio, 1984, p. 20).

14 Santarelli, *Per la storia del fallimento*, cit., pp. 69 ss.

15 Gualazzini-Pecorella, "Fallimento (premessa storica)", cit., p. 232.

16 L. Stanghellini, "La genesi e la logica della legge fallimentare del 1942", in G. Morbidelli (a cura di), *La cultura negli anni '30*, Passigli, Firenze, 2014, p. 150.

17 Gualazzini-Pecorella, "Fallimento (premessa storica)", cit., p. 232.

18 Cfr. Nuzzo, "Il debito e la storia", cit., p. 95, nt. 13.

L'epoca moderna: i Codici di commercio francese e italiano

Un rigurgito sanzionatorio, sul continente europeo, si è registrato in epoca moderna, durante i lavori preparatori del *Code de commerce* francese (1801-1807). I redattori del codice si erano orientati verso una disciplina che togliesse al fallito soltanto il potere di amministrazione della società, senza presumere a suo carico una condotta fraudolenta e quindi escludendo l'irrogazione di sanzioni penali prima di aver accertato la sussistenza di colpa o dolo. Napoleone espresse la sua contrarietà, ritenendo che l'incarcerazione immediata del fallito avrebbe servito uno scopo deterrente notevole, visto che il fallimento doveva essere avvertito socialmente come “*un grand malheur*”. Per rafforzare la sua posizione, Napoleone arrivò ad assimilare il fallimento all'omicidio: se l'accusato di omicidio poteva essere immediatamente arrestato, lo stesso si sarebbe potuto fare con il fallito sospettato “frodatore”; se poi quest'ultimo fosse risultato “innocente”, sarebbe stato scarcerato al pari del primo. Queste tesi, sebbene ritenute eccessive dai redattori del codice, furono infine tradotte in legge, data l'imposizione dell'Imperatore, e il testo definitivo del *Code* si distinse per prevedere l'arresto interinale (o domiciliare) del fallito.¹⁹

Il *Code de commerce* fu applicato all'Italia del periodo napoleonico e restò in vigore in alcuni Stati anche dopo la Restaurazione. Per questa via, dunque, ha fatto ingresso (o, più correttamente, ritorno) nella nostra cultura giuridica e sociale l'idea del fallimento come una colpa “sociale”, da punire nel modo più rigoroso possibile. Particolare attenzione va rivolta al Codice di commercio unitario del 1882, le cui novità più importanti – per quanto di presente interesse – sono da rinvenirsi: i) nelle norme sull'indipendenza del procedimento penale per bancarotta rispetto a quello fallimentare, e sui poteri di polizia giudiziaria attribuiti al Tribunale di commercio; ii) nelle limitazioni alla capacità di agire del fallito durante e dopo il procedimento fallimentare.²⁰ Queste innovazioni incontrarono l'opposizione delle Camere di commercio, che si dichiararono, in particolare, radicalmente contrarie all'automaticità del procedimento penale a carico di chi fosse stato dichiarato fallito: come si osservò, una regola simile era controproducente, dal momento in cui l'insolvente, consapevole del rischio cui andava incontro, avrebbe probabilmente fatto di tutto per ritardare l'apertura della procedura fallimentare.²¹ Tuttavia, le critiche vennero respinte e il Codice fu quindi approvato, con le sue rigorose disposizioni in materia fallimentare, a larghissima maggioranza tra Camera e Senato.²² Solo con legge 21 maggio 1903, n. 197, si consentì al debitore “onesto ma sfortunato” di accedere a una procedura fallimentare più mite, caratterizzata dalla possibilità di proporre un concordato preventivo, cioè una sistemazione della crisi che, purché approvata dalla maggioranza di essi, avrebbe vincolato tutti i creditori.

L'epoca contemporanea: dalla legge fallimentare del 1942 al Codice della crisi d'impresa del 2019

Il movimento in favore di una ricodificazione, che si registrò a partire dagli anni '20 del XX secolo e che giunse a maturazione durante il ventennio fascista, investì anche la materia commerciale e, di conseguenza, quella fallimentare. Nel 1939, iniziarono i lavori della com-

19 A. Padoa-Schioppa, “Napoleone e il «Code de Commerce»”, in Id., *Saggi di storia del diritto commerciale*, Milano, Led, 2015 (1992), pp. 92-94.

20 Padoa-Schioppa, “La genesi del Codice di commercio del 1882”, in Id., *Saggi di storia del diritto commerciale*, cit., pp. 170-171.

21 Padoa-Schioppa, “La genesi del Codice di commercio del 1882”, cit., p. 175.

22 Padoa-Schioppa, “La genesi del Codice di commercio del 1882”, cit., pp. 193-194.

missione presieduta da Alberto Asquini, la quale elaborò le nuove norme che, a seguito dell'unificazione dei codici civile e commerciale (1940-1942), ricevettero diversa collocazione: quelle riferite all'impresa *in bonis* confluirono nel libro V del codice civile, mentre quelle pensate per la gestione della crisi formarono la nuova legge fallimentare, promulgata come r.d. 16 marzo 1942, n. 267.

La legge fallimentare si pone in continuità culturale con i precedenti storici che abbiamo analizzato. Sebbene non sia possibile individuare con esattezza la misura del contributo attivo dell'ideologia fascista all'impostazione della legge fallimentare, non vi è dubbio che l'aspetto culturale di fondo descritto di certo non stonava con l'assetto autoritario del regime.²³ In particolare, la legge fallimentare del 1942 ha continuato a nutrire l'antica idea per cui l'imprenditore è da considerarsi, per il solo fatto del fallimento, un "frodatore". Quella stessa idea ha continuato a essere diffusa nella percezione comune e nella legislazione nei decenni successivi. Si pensi, ad esempio, che – fino al gennaio 2006 – l'imprenditore fallito veniva privato del diritto di elettorato attivo (e, di conserva, passivo), quale che fosse stata la causa del suo fallimento.²⁴ La Corte costituzionale, con sentenza 12 marzo 1970, n. 43, ritenne legittima una simile sanzione, sul presupposto per cui «*il fallito subisce una diminuzione nella sua capacità che [...] ha base in una sfiducia dell'ordine giuridico verso la sua persona [...]. Non è irrazionale dunque che, senza aver riguardo ai fatti che hanno determinato il dissesto, si privi il fallito anche della capacità elettorale, sotto la specie dell'indegnità, perché l'elettorato, attenendo a diritti attribuiti nell'interesse generale, presuppone nel cittadino qualità adeguate all'altissima portata civica del suo contenuto*» (corsivo aggiunto).

La legge del 1942 è sopravvissuta, praticamente inalterata, per oltre sessant'anni. Alcuni interventi normativi negli anni '90 (sollecitati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia europea) avevano introdotto nel nostro ordinamento alcuni rilevanti elementi di novità e avevano, in questo modo, reso evidente la necessità di una riforma generale del sistema di gestione delle crisi d'impresa. In particolare, iniziò a farsi strada la consapevolezza che, in una economia di mercato aperta e sempre più integrata, un'adeguata disciplina della crisi costituisse, per un verso, un'infrastruttura fondamentale dell'ordine giuridico del mercato stesso e, per altro verso, un fattore di concorrenza sul piano internazionale. Tra il 2005 e il 2006, il legislatore ha intrapreso quella che egli stesso definì una «riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali» (è il titolo del d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, emanato in attuazione della delega contenuta nella legge 14 maggio 2005, n. 80). Sebbene la riforma non possa davvero considerarsi "organica",²⁵ si è trattato comunque di un intervento riformatore di consistente portata (sui cui profili più significativi ci soffermeremo nella sezione successiva), che ha essenzialmente reso meno affrettiva la procedura fallimentare. Cionondimeno, la riforma ha lasciato insoddisfatte molte esigenze: ciò ha imposto una serie di ulteriori interventi, a cadenza quasi annuale, che hanno costituito una sorta di "cantiere delle riforme" sempre aperto, da cui è infine giunta la legge delega 19 ottobre 2017, n. 155. L'idea di fondo di questa legge era quella di superare la frammentarietà e la complessità

23 Stanghellini, "La genesi e la logica della legge fallimentare del 1942", cit., p. 178; F. Russo, "Breve storia della legge fallimentare (e della sua perpetua riforma)", in L. Abete et al. (a cura di), *Studi in onore di Massimo di Lauro*, Padova, CEDAM, 2012, pp. 331-333.

24 Il fallito veniva posto in cima dalla lista dei "non elettori" individuata dall'art 2 del testo unico in materia elettorale (d.p.r. 20 marzo 1967, n. 223 come modificato dalla legge 16 gennaio 1992, n. 15), prima delle persone pericolose per la sicurezza e per la pubblica moralità, dei destinatari di misure di sicurezza detentive e degli interdetti dai pubblici uffici.

25 Cfr. A. Nigro e D. Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese*³, Bologna, Il Mulino, 2014, pp. 29-30.

del sistema delle procedure di governo della crisi, in favore di un sistema unitario che fosse in grado di regolare tanto le crisi da sovraindebitamento dei consumatori e degli altri soggetti non fallibili, quanto le insolvenze delle imprese, comprese quelle grandi e grandissime assoggettabili alla procedura di amministrazione straordinaria. Il legislatore delegato, con il d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, ha dato attuazione alla delega varando il cosiddetto “Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza” (di seguito, anche: il Codice), su cui concentreremo adesso la nostra attenzione.²⁶

3. Profili giuridici del governo della crisi di impresa

Il Codice della crisi di impresa come risposta ai difetti della riforma del 2005-2007

Il legislatore delegante del 2017 ha individuato una lunga serie di principi cui il Governo, nel dare attuazione alla delega di riforma, avrebbe dovuto attenersi. Tra questi è opportuno ricordare: *i)* la sostituzione del termine “fallimento” e i suoi derivati con l'espressione “liquidazione giudiziale”, al dichiarato fine di evitare il discredito sociale che ad esso tradizionalmente si è accompagnato; *ii)* l'introduzione di procedure di allerta e di composizione assistita della crisi, finalizzate a incentivare l'emersione anticipata della crisi e ad agevolare lo svolgimento di trattative tra debitore e creditori; *iii)* la definizione dello “stato di crisi” come probabilità di futura insolvenza (e, cioè, di incapacità patrimoniale dell'imprenditore di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni);²⁷ *iv)* l'assoggettamento di ogni categoria di debitore, inclusi i consumatori e gli imprenditori piccoli o agricoli, con la sola esclusione degli enti pubblici non economici, al procedimento di accertamento dello stato di crisi o di insolvenza.

Come si è già anticipato, con il Codice il legislatore ha voluto affrontare i dubbi che dottrina e prassi avevano conservato rispetto alla riforma della legge fallimentare degli anni 2005-2006. Questa aveva degli indubbi punti di forza: a parte l'eliminazione degli aspetti più “infamanti” della precedente disciplina (come la consegna al curatore della corrispondenza della persona fisica fallita, l'obbligo di residenza per la stessa e l'iscrizione in un registro pubblico dei falliti), la riforma aveva – tra le altre cose – superato il modello “inquisitorio” della procedura (non più avviabile d'ufficio dal giudice, ma solo su istanza di una parte interessata), introdotto forme di accordi tra debitore e creditori, ammesso il beneficio dell'esdebitazione a favore del debitore “meritevole” (con la cancellazione dei debiti pregressi non adempiuti, sì da consentirgli una “seconda occasione”). Tra le diverse, due sono le critiche più importanti che si sono mosse alla riforma del 2005-2006 e cui, come mostrato dai suoi principi ispiratori, la legge delega del 2017 ha voluto porre rimedio: la prima era che il legislatore avrebbe dovuto introdurre il cosiddetto “fallimento civile”, ovvero estendere le procedure di governo della crisi anche ai debitori non imprenditori, come accade da sem-

26 Il rinvio dell'entrata in vigore del Codice della crisi (vd. *infra*) ha consentito al Governo di adottare un decreto correttivo (A.G. 175, 18 ottobre 2020): delle modifiche che più direttamente interessano l'oggetto della nostra ricerca daremo conto nel testo.

27 Il testo originario del Codice, in linea con l'indicazione della legge delega, definiva la crisi come «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»; il testo risultante dal decreto correttivo ha sostituito l'espressione «difficoltà economico-finanziaria» con quella di «squilibrio economico-finanziario», così avvicinando la nozione di crisi a quella di insolvenza.

pre in Germania e come accadeva in Francia prima del *Code de Commerce*; la seconda era rivolta all'apertura, giudicata timida, nei confronti di un sistema, di marca francese,²⁸ volto non tanto alla gestione del fallimento in sé e per sé considerato, quanto alla "salvaguardia" delle imprese e, dunque, alla prevenzione del fallimento stesso.

Un sistema rivolto alla salvaguardia delle imprese? La procedura di allerta

L'obiezione che più direttamente ci interessa, visto il focus del nostro studio, è la seconda. Ad essa il legislatore del Codice ha essenzialmente risposto ponendo, tra i doveri del debitore, l'obbligo di adottare ogni misura idonea a rilevare tempestivamente lo stato di crisi e di assumere, senza indugio, le iniziative necessarie a farvi fronte (art. 3 co. 1). Sulla scorta dei principi elaborati dall'Uncitral, dalla Banca Mondiale e dall'Unione Europea (con la Raccomandazione UE sul c.d. *early warning* del 2014, cui ha fatto seguito la Direttiva n. 1023/2019), il legislatore delegato ha valorizzato la necessità di non ritardare la presa d'atto della situazione di crisi rilevando che «le possibilità di salvaguardare i valori di un'impresa in difficoltà sono direttamente proporzionali alla tempestività dell'intervento risanatore, mentre il ritardo nel percepire i segnali di una crisi fa sì che, nella maggior parte dei casi, questa degeneri in vera e propria insolvenza sino a divenire irreversibile» (così la Relazione illustrativa al Codice). E data una serie di elementi (quali «sottodimensionamento, capitalismo familiare, personalismo autoreferenziale dell'imprenditore, debolezza degli assetti di *corporate governance*...»: così sempre la Relazione) che fanno temere una incapacità della maggior parte delle imprese italiane di promuovere autonomamente processi tempestivi di ristrutturazione, il legislatore ha introdotto una procedura di allerta e composizione assistita della crisi (art. 12 ss.). È bene rilevare fin da ora che la procedura si presenta come particolarmente "invasiva" nella vita delle imprese e ciò spiega perché il legislatore ha scelto di non sottoporvi le realtà imprenditoriali di maggiore rilevanza per l'economia nazionale, quali grandi imprese, società quotate, banche, assicurazioni etc.:²⁹ essa si rivolge, dunque, principalmente ai debitori che svolgono attività imprenditoriale in forma piccola o medio-grande, individuale e societaria. Di seguito si indicheranno, in estrema sintesi, i tratti salienti della procedura di allerta e di composizione della crisi.³⁰

L'art. 13 del Codice individua una serie di indicatori in presenza dei quali può ritenersi sussistente una situazione di crisi: essi sono i) squilibri di carattere reddituale, patrimoniale o finanziario, rapportati alle specifiche caratteristiche dell'impresa e dell'attività imprenditoriale svolta dal debitore e ii) ritardi nei pagamenti reiterati e significativi. Questi squilibri vanno, a loro volta, rilevati attraverso appositi indici elaborati, con cadenza almeno triennale, dal Consiglio nazionale dei dottori commercialisti e esperti contabili. Quest'ultimo ha individuato sette indici di crisi, posti in progressione crescente di "gravità":³¹ là dove questi

28 Vedi la *loi n°2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises*.

29 Giudicano la scelta frutto di «apprezzabile cautela del legislatore» S. Pacchi – S. Ambrosini, *Diritto della crisi e dell'insolvenza*, Bologna, Zanichelli, 2020, p. 61.

30 Per un approfondimento, si veda Pacchi – Ambrosini, *Diritto della crisi e dell'insolvenza*, cit., pp. 60-76.

31 Il primo elemento da valutare è il patrimonio netto, costituito dalla somma di capitale e riserve di cui al bilancio della società. Se il patrimonio netto è negativo o, comunque al di sotto del minimo legale, ciò rappresenta già un segnale di crisi, peraltro astrattamente risolvibile con la ricapitalizzazione. Se, invece, il patrimonio netto è positivo, occorre procedere al calcolo del *Debt Service Coverage Ratio* (DSCR), che utilizza dati tipicamente prognostici ed è dato dal rapporto tra il *cash flow* libero previsto nei sei mesi successivi e i debiti in via di scadenza nella medesima finestra temporale: se il valore di

dovessero suggerire l'esistenza di una crisi, questa andrà gestita in un procedimento di composizione assistita che si tiene di fronte a un “Organismo di composizione della crisi di impresa” (OCRI) (art. 16). L'OCRI si attiva una volta ricevuta apposita segnalazione (artt. 14 e 15) e procede nominando un collegio di tre esperti dotati delle professionalità necessarie per la gestione della crisi sotto il profilo aziendalistico, contabile e legale.³² Il primo compito del collegio è quello di convocare il debitore, entro quindici giorni dalla ricezione della segnalazione, per audirlo «in via riservata e confidenziale» (art. 17): qualora il collegio ritenga non sussistente la crisi, dispone l'archiviazione delle segnalazioni ricevute; di contro, individua con il debitore le possibili misure per porvi rimedio. Qualora il debitore non dovesse comparire per l'audizione o non dovesse in altra forma collaborare, il collegio, se ritiene che gli elementi acquisiti rendano evidente lo stato di insolvenza, è tenuto a segnalarlo al pubblico ministero presso il tribunale competente, il quale potrà avviare la procedura di liquidazione giudiziale.³³

È evidente che la procedura così descritta si presenta *ictu oculi* di stampo prettamente “burocratico”. Non sorprende, allora, che fin dall'adozione del Codice, siano emerse critiche serrate, che hanno contestato la farraginosità e sovrabbondanza del sistema,³⁴ criticato i costi che l'impresa già in crisi sarebbe costretta a sopportare per adeguarvisi,³⁵ evidenziato la “pubblicità” negativa che l'avvio della procedura può generare³⁶ e, soprattutto, disappro-

tale rapporto è inferiore a 1, ciò dovrebbe azionare gli *alert* aziendali; di contro, là dove il risultato sia superiore a 1, l'analisi prosegue con il terzo passaggio, ovvero con il calcolo degli indici di settore. Nel caso in cui, a seguito di una lettura unitaria di questi indici, si dovessero ritenere non rispettati i limiti individuati dal Consiglio nazionale dei dottori commercialisti ed esperti contabili, si dovrebbe azionare l'*alert*.

- 32 Dei tre esperti, uno è designato dal presidente della sezione specializzata in materia di impresa territorialmente competente, un secondo dal presidente della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura e un terzo deve essere scelto tra gli appartenenti all'associazione rappresentativa del settore di riferimento del debitore. Il decreto correttivo ha previsto che quest'ultimo vada individuato tra tre nominativi indicati da medesimo debitore.
- 33 Il decreto correttivo ha previsto che il collegio possa agire in questi termini solo se il debitore non abbia, nel frattempo, depositato domanda di accesso a una procedura di regolazione della crisi e dell'insolvenza.
- 34 P. Vella, “L'epocale introduzione degli strumenti di allerta nel sistema concorsuale italiano”, in *Questione giustizia*, 2019, 2, p. 249 (il testo è qui consultabile: https://www.questionegiustizia.it/data/rivista/articoli/635/qg_2019-2_23.pdf ultimo accesso: 7 gennaio 2021).
- 35 Istituto Bruno Leoni, “Imprese avvisate, mezze salvate?”, editoriale del 26 novembre 2019 (il testo è qui consultabile: <http://www.brunoleoni.it/impresе-avvisate-mezzo-salvate> ultimo accesso: 7 gennaio 2021). Il Cerved ha stimato che questi costi si aggireranno tra i 3,8 e i 6 miliardi l'anno, di cui più di 2 miliardi per le PMI: ogni piccola impresa potrebbe sopportare un aumento dei costi di circa 15-20 mila euro all'anno, mentre per le medie imprese questo carico potrebbe arrivare a circa 30-40 mila euro all'anno. Il rapporto è qui consultabile: <https://know.cerved.com/uncategorized/rapporto-cerved-pmi/> (ultimo: accesso 7 gennaio 2021).
- 36 R. Ranalli, “Le misure di allerta ed il correttivo: un dettaglio che rischia di fare naufragare uno strumento sulla carta efficace”, in *Il Fallimentarista.it*, 13 gennaio 2020 (il testo è qui consultabile: <http://ilfallimentarista.it/articoli/blog/le-misure-di-allerta-ed-il-correttivo-un-dettaglio-che-rischia-di-fare-naufragare-uno> ultimo accesso: 7 gennaio 2021). Nell'intenzione del Governo, la ridefinizione della nozione di «stato di crisi» operata con il decreto correttivo dovrebbe far sì che le segnalazioni potrebbero scattare in un momento leggermente successivo, con ciò venendo incontro ai timori di chi, nel

vato la previsione dell'eventuale "deferimento" del debitore al pubblico ministero.³⁷ Ma la critica più radicale è rivolta al fatto che la procedura di allerta sembra orientata non tanto dalla volontà di aumentare l'autoconsapevolezza del soggetto in crisi, quanto da quella di forzargli la mano, imponendogli di rivelare lo stato di difficoltà anche a terzi, in questo distanziandosi dal modello di *early warning* disegnato dalla Direttiva UE, che è invece finalizzato a promuovere l'accordo spontaneo tra le parti coinvolte, e infatti limita l'intervento giudiziario in funzione di mera garanzia.³⁸

La procedura di allerta, dunque, sembra risentire del tradizionale "sospetto" che circonda l'evento del fallimento (e la persona del fallito):³⁹ dietro il paravento della commendevole intenzione di cercare una soluzione alla crisi si intravede il tentativo di mettere sotto stretta sorveglianza l'impresa, per evitare non tanto l'esito del dissesto irreversibile, quanto piuttosto temute frodi. Questa sensazione è rafforzata non solo dalla presenza, sempre sullo sfondo, del pubblico ministero (che pure lascia intravedere un certo timore che le procedure di composizione della crisi siano usate dal debitore per dilazionare la crisi, anziché per risolverla), ma anche (e forse soprattutto) dal già ricordato tenore "burocratico" della procedura. Difatti, e in disparte il tema del carattere "algoritmico" del sistema basato sugli indicatori,⁴⁰ la procedura rischia di produrre un effetto di deresponsabilizzazione: la tempestiva segnalazione all'OCRI della possibile situazione di crisi costituisce, per l'organo di controllo, il revisore contabile e la società di revisione, causa di esonero dalla responsabilità solidale per le conseguenze eventualmente pregiudizievoli delle omissioni o azioni successivamente poste in essere dall'organo amministrativo. Questi soggetti potrebbero pure discostarsi dai risultati predittivi, ma solo assumendosi la responsabilità di fornire una motivazione: è difficile immaginare che essi non preferiranno affidarsi a una procedura "acritica"

mondo delle imprese, ha visto la nuova disciplina come un problema: ma come ha notato L. Panzani, "La riforma delle procedure concorsuali: arriva il decreto correttivo", in *dirittobancario.it*, 22 ottobre 2020, «in realtà la modifica avrà scarsa incidenza perché l'identificazione della situazione di crisi dipende pur sempre dal requisito aziendalistico previsto nella seconda parte della definizione, che si traduce poi negli indicatori ed indici che debbono essere elaborati dal Consiglio Nazionale dei dottori commercialisti ai sensi dell'art. 13 del Codice» (il testo è qui consultabile: <https://www.dirittobancario.it/approfondimenti/crisi-d-impresa/la-riforma-delle-procedure-concorsuali-arriva-il-decreto-correttivo> ultimo accesso: 7 gennaio 2021). Sempre su questa linea, il decreto correttivo ha modificato l'art. 15 del Codice, innalzando le soglie oltre le quali sorge l'obbligo di segnalazione relativo all'allerta esterna da parte dell'Agenzia delle Entrate (queste soglie, che fanno riferimento all'Iva non versata, sono di 100.000 euro per un volume d'affari risultante dalla dichiarazione per l'anno precedente non superiore a 1 milione di euro, 500.000 per un volume d'affari fino a 10 milioni, 1 milione per un volume d'affari superiore).

37 Vella, "L'epocale introduzione degli strumenti di allerta", cit., p. 250. Il decreto correttivo ha chiarito che il pubblico ministero può intervenire in tutti i procedimenti diretti all'apertura di una regolazione della crisi e dell'insolvenza.

38 Così, in particolare, L. Stanghellini, "La proposta di Direttiva UE in materia di insolvenza", in *Fall.*, 2017, 8-9, p. 875.

39 L. Stanghellini, "Il codice della crisi di impresa: una primissima lettura (con qualche critica)", in *Corr. giur.*, 2019, 4, pp. 449 ss.

40 Sull'impiego dei modelli predittivi in materia fallimentare si vedano, in generale: W. Beaver, "Financial ratios as predictors of failure, empirical research in accounting: selected studies", in *J. Account. Res.*, 1966, 5, pp. 71 ss.; E. Altman, "Financial ratios, discriminant analysis and the prediction of corporate bankruptcy", in *J. Finance*, 1968, 23, pp. 589 ss.

e automatica di valutazione del rischio, sì da evitare ogni problema per sé, a prescindere dal beneficio o meno che l'impresa potrà trarre da questa scelta (si rammenti quanto detto in ordine alla “pubblicità” negativa che il solo avvio della procedura può generare).⁴¹

Ma vi è di più. Il d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 aveva previsto che il Codice della crisi d'impresa sarebbe entrato in vigore nell'agosto del 2020; tuttavia, gli effetti della pandemia da COVID-19 hanno spinto il legislatore a differire quel momento al settembre 2021. La scelta è senza dubbio condivisibile:⁴² se non altro, appare preferibile affrontare condizioni di così vasta e problematica emergenza con uno strumento collaudato come la legge fallimentare, anziché affidarsi a una nuova disciplina, dagli esiti ancora non del tutto noti. D'altronde, come è stato messo in luce nel rapporto curato dal cosiddetto Gruppo dei Trenta (presieduto da Mario Draghi e Raghuram Rajan), la grande sfida che la pandemia pone in questo ambito è quella di consentire la ristrutturazione degli stati patrimoniali di imprese potenzialmente ancora vitali ma minacciate da problemi di insolvenza indotti dalla crisi, sicché è necessario apprestare per tempo le misure necessarie per affrontare l'ondata di dissesti e insolvenze che presumibilmente si manifesterà nel momento in cui verranno meno le “strutture protettive” messe in campo negli ultimi mesi.⁴³ Tuttavia, è ragionevole ritenere che la pandemia abbia solo offerto una irresistibile motivazione per giustificare una scelta che affonda le proprie radici in diverse e più generali considerazioni: sembra, infatti, che sia lo stesso legislatore a ritenere che le disposizioni contenute nel Codice non siano le più idonee a favorire il risanamento delle imprese in difficoltà e che esse, al contrario, possano finire, all'atto pratico, per renderlo più complicato.⁴⁴

4. Riorganizzazione, liquidazione e “fresh start”

La prospettiva di una “seconda occasione”

Finché il principio *si fallitus, ergo fraudator* ha dominato il modo di concepire le procedure fallimentari, è stato impossibile immaginare che al debitore fallito potesse essere consentita una “seconda occasione” di tornare *in bonis*. Nei vari statuti medievali e rinascimentali si sono registrate le prime, timidissime, aperture in caso di speciali accordi tra debitore e creditori,⁴⁵ e – come abbiamo già avuto modo di ricordare – tra i secoli XIX e XX in Euro-

41 Critica l'introduzione di questa causa di esonero di responsabilità R. Rordorf, “Doveri e responsabilità degli organi di società”, in Id., *Magistratura, giustizia, società*, Bari, Cacucci editore, 2020, pp. 298-299.

42 Ma vedi le osservazioni di R. Rordorf, “Il codice della crisi e dell'insolvenza in tempi di pandemia”, in Id., *Magistratura, giustizia, società*, cit., pp. 281-282.

43 *Reviving and Restructuring the Corporate Sector Post-Covid: Designing Public Policy Interventions*, 2020 (il testo è qui consultabile: <https://group30.org/publications/detail/4820> ultimo accesso: 7 gennaio 2021). Sia consentito il rinvio, in proposito, a G. Portonera – N. Rossi, “L'Agenda Draghi e la necessità di riformare il diritto fallimentare”, in *Il Foglio*, 23 dicembre 2020, p. 1.

44 Così anche: Pacchi – Ambrosini, *Diritto della crisi e dell'insolvenza*, cit., p. 10; A. M. Leozappa, “Quando il codice della crisi viene rinviato per la crisi”, in *Il Fallimentarista.it*, 21 maggio 2020 (il testo è qui consultabile: <http://ilfallimentarista.it/articoli/blog/quando-il-codice-della-crisi-viene-rinviato-la-crisi> ultimo accesso: 7 gennaio 2021).

45 Cfr. Santarelli, *Per la storia del fallimento*, cit., pp. 275 ss., in specie p. 278: «pur non intendendo di avversare *ex professo* il concordato come tale e fors'anche riconoscendone l'utilità, i compilatori di questi statuti non vollero in alcun modo derogare dalla loro impostazione di generale severità nei confronti dei falliti». Alcuni di questi statuti prevedevano, in via eccezionale, che il debitore fosse tenuto a pagare ai creditori la parte dei suoi debiti rimasta insoddisfatta solo là dove avesse raggiunto uno stato

pa continentale si è diffusa un'attenzione particolare per il debitore "onesto ma sfortunato". È stato solo grazie al progressivo penetrare dell'influenza della cultura giuridica anglosassone (in specie statunitense)⁴⁶ che, anche nel nostro ordinamento, si è fatta strada l'idea di garantire all'imprenditore "a fresh start", cioè la "seconda occasione" di cui si è già detto.

Il "fresh start" si presenta, di norma, nella forma della liberazione del debitore dall'adempimento delle obbligazioni rimaste non soddisfatte a seguito della procedura fallimentare, la cosiddetta "esdebitazione" o "discharge".⁴⁷ Ammetterlo o meno è una scelta che può essere valutata positivamente o negativamente a seconda della prospettiva adottata. Considerazioni di ordine etico – di quella eticità che segna tutta la tradizione giuridica occidentale – potrebbero indurre a respingere una simile soluzione (non dovrebbe il debitore avere una "seconda occasione" solo quando avrà rispettato, fino in fondo, la parola data ai suoi creditori?),⁴⁸ mentre considerazioni di ordine utilitaristico potrebbero suggerire di approvarla (se l'esdebitazione promuove un livello complessivamente maggiore di ricchezza, non è poca cosa il sacrificio di singoli creditori?).⁴⁹ Anche riflessioni che ponderino i costi e i benefici della scelta non conducono a esiti univoci – e questo sia che si guardi al problema dal punto di vista della singola relazione tra debitore e creditore, sia che si adotti quello più generale degli effetti di conformazione del comportamento dei consociati. Dal punto di vista del caso singolo, il debitore beneficia indubbiamente della possibilità di rientrare a

di benessere rilevante negli anni successivi al concordato.

46 Come nota P. Di Martino, "The Historical Evolution of Bankruptcy Law in England, the US and Italy up to 1939: Determinants of Institutional Change and Structural Differences", in K. Gratzner-D. Stiefel (a cura di), *History of Insolvency and Bankruptcy: from an International Perspective*, Huddinge, Södertörns högskola, 2008, p. 272, l'ordinamento statunitense è sempre stato più incline a un uso maggiormente "generoso" del *discharge* rispetto a quello inglese: «discharge was much easier in the US, witnessing a more credit-oriented character of the American law; discharge in England, however, was also more articulated, reflecting a less marked willingness to allow entrepreneurs to re-start whatever their ability, commitment, or honesty. The American procedure only contemplated two possible outcomes: discharge allowed or refused and very often it was the first case to prevail, as screening devices were rather loose. On the contrary in England courts could decide among four possible general sentences (discharge allowed, refused, allowed but suspended for a varying number of years, allowed but conditional to the payment of part of debts) and based their decisions on a wide and clear-cut set of criteria. This meant that in England it was possible to restart companies, but courts had a wide room for deciding under which conditions. In other words, while in the US discharge was conceived as a pure restarting device (with a very minimum selective function), in England it also played the role of screening and selecting economic agents» (corsivo aggiunto).

47 Esso rappresenta, dunque, una rottura con la tradizione, espressa ad esempio dall'art. 2740 del nostro Codice civile, secondo cui il debitore risponde, nei confronti dei creditori, dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri, sicché i creditori possono sempre aggredire il patrimonio del proprio debitore, fintantoché i debiti di quest'ultimo non sono estinti o prescritti. A proposito della storia del *discharge*, introdotto per la prima volta nell'ordinamento inglese con gli *Statutes of Anne* del 1705 e del 1710, vedi C. J. Tabb, "The Historical Evolution of the Bankruptcy Discharge", in *Am. Bankr. L.J.*, 1991, 65, pp. 325 ss., J.C. Mc Coid, "Discharge: The Most Important Development in Bankruptcy History", in *Am. Bankr. L.J.*, 1996, 70, pp. 163 ss., e, in lingua italiana, A. Castagnola, *La liberazione del debitore (discharge) nel diritto fallimentare statunitense*, Milano, Giuffrè, 1993.

48 Cfr. P. Shuchman, "An Attempt at a Philosophy of Bankruptcy", in *UCLA L. Rev.*, 1973-1974, 21, p. 429.

49 Cfr. T. Jackson, "The Fresh-Start Policy in Bankruptcy Law", in *Harv. L. Rev.*, 1985, 98, p. 1404.

pieno titolo fra i soggetti capaci di svolgere attività produttive, senza il timore di perderne i frutti;⁵⁰ di converso, questo beneficio si traduce in un costo per i creditori, che si vedono privati della possibilità di una piena soddisfazione dei loro diritti.⁵¹ Dal punto di vista generale, i benefici dell'esdebitazione sono costituiti da un maggior incentivo all'assunzione di rischi, che costituisce indubbiamente un valore tutelato dall'ordinamento (si pensi allo statuto societario della responsabilità limitata);⁵² di contro, si pone il rischio di incentivare un ricorso al credito imprudente, in quanto ben oltre le proprie possibilità di restituzione, con conseguenze distruzione di ricchezza e innalzamento dei costi collettivi di accesso al credito.⁵³

Invero, e la convergenza delle varie giurisdizioni nazionali verso questo esito sembra confermarlo, la soluzione più opportuna è nel senso di ammettere il beneficio dell'esdebitazione: e non solo perché l'esperienza dimostra che consentire ai creditori di perseguire il patrimonio del debitore che residua o è posteriore alla chiusura della procedura fallimentare produce risultati modestissimi sul piano pratico,⁵⁴ ma anche e soprattutto per l'effetto positivo che esso produce sull'ecosistema imprenditoriale.⁵⁵ Si potrebbe dire, infatti, che il fallimento libera tanto risorse materiali (capitale, forza lavoro, beni vari) quanto talenti imprenditoriali: e tanto le prime, quanto i secondi possono in questo modo essere messi nuovamente a frutto sul mercato.

Il “fresh start” in Italia: realtà o miraggio? Il caso del concordato preventivo

Il beneficio dell'esdebitazione, inizialmente previsto solo per l'imprenditore che avesse avuto accesso a un concordato preventivo e successivamente esteso anche al consumatore che fosse incorso in una crisi da sovra-indebitamento, è ormai riconosciuto, a determinate condizioni, a qualsiasi categoria di debitore sottoponibile a una delle procedure concorsuali liquidative disciplinate dal Codice della crisi di impresa. La scelta, che per i motivi già ricordati è da approvarsi, è stata suggerita anche da considerazioni di concorrenza tra ordinamenti: difatti, gli imprenditori sovra-indebitati o insolventi potrebbero, alle prime avvisaglie del rischio di fallire, trasferirsi in uno Stato membro dell'Unione Europea diverso da quello di origine, per avvantaggiarsi così di tempi e di condizioni di esdebitazione rispettivamente

50 Si veda, a tal proposito, lo studio di J. Armour-D. Cumming, “Bankruptcy Law and Entrepreneurship”, in *Am. L. & Econ. Rev.*, 2008, 10, pp. 303-350, condotto sulle principali legislazioni concorsuali europee (compresa quella inglese) e su quelle statunitense e canadese, da cui emerge una correlazione di proporzionalità diretta tra il minor rigore delle procedure fallimentari e il maggior tasso di occupazione per imprenditori e lavoratori autonomi. *Contra*: S. Han e W. Li, “Fresh Start or Head Start? The Effects of Filing for Personal Bankruptcy on Work Effort”, in *J. Finan. Serv. Res.*, 2007, 31 pp. 123 ss.

51 Cfr. G. Constantino, “La esdebitazione”, in *Foro it.*, 2006, 5, p. 210.

52 Cfr. L. Stanghellini, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, Bologna, Il Mulino, 2007, p. 169.

53 Cfr. T. J. Zywicki, “An Economic Analysis of the Consumer Bankruptcy Crisis”, in *Nw. U. L. Rev.*, 2005, 99, p. 1466.

54 Con riferimento al caso italiano, Stanghellini, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, cit., p. 169, ricorda lo scarsissimo uso che storicamente ha ricevuto l'istituto della riapertura del fallimento previsto dagli art. 121 e seguenti della legge fallimentare.

55 Già K. N. Llewellyn, “Problems of Codifying Security Law”, in *Law Contemp Probl.*, 1948, 13, p. 694 aveva osservato come la possibilità di ottenere il *discharge* avesse promosso le condizioni per una maggiore diffusione dello spirito imprenditoriale negli Stati Uniti.

più brevi e più favorevoli, con conseguente aumento dell'incertezza giuridica e dei costi di recupero crediti per i creditori. Pertanto, l'imprenditore persona fisica o i soci (illimitatamente responsabili) dell'impresa persona giuridica potranno, in astratto, avere diritto a una seconda occasione, e questo a prescindere dal fatto che l'impresa in crisi vada incontro alla riorganizzazione o alla liquidazione.

Tuttavia, l'esdebitazione è solo un aspetto – certo fondamentale – del concetto che abbiamo indicato come “seconda occasione”. L'esdebitazione non è un fine in sé: essa ha senso solo se l'imprenditore è stato effettivamente messo nella possibilità di rigenerare l'attività in crisi ovvero se ha consapevolmente scelto di terminarla, e se ha avuto la possibilità di farlo in tempi rapidi e certi. In questo senso, quindi, la possibilità di un “*fresh start*” dipende da come è stata gestita la fase della crisi – e già la macchinosità e la complessità delle procedure di allerta fanno temere che la “seconda occasione” rischi di essere, tutt'al più, un miraggio. A ciò si aggiungono le scelte, criticabili, che il legislatore del Codice della crisi di impresa ha adottato in materia di concordato preventivo con continuità aziendale (artt. 84 ss.), che rappresenta lo strumento privilegiato per il debitore che abbia scelto la via della rigenerazione dell'impresa. La disciplina di questo istituto è stata, infatti, “irrigidita”. Innanzitutto, nel caso di concordati “misti”, che contengano quindi anche aspetti liquidatori, si è fatto leva su un concetto di “prevalenza” che sembra voler inibire comportamenti del debitore anche del tutto legittimi, in quanto diversi dell'abuso o della frode in danno dei creditori (torna quindi il tipico sospetto che aleggia su queste procedure). Ancora, si è fatto della conservazione dei posti di lavoro una condizione di legittimità della proposta di ristrutturazione, senza alcuna considerazione in ordine alla concreta situazione dell'impresa e del mercato in cui essa opera (laddove la ristrutturazione dell'impresa può passare, e spesso deve passare, da un suo ridimensionamento). Infine, si sono resi più cogenti i tempi di soddisfazione dei creditori privilegiati (in controtendenza rispetto all'attuale interpretazione dell'art. 186 bis co. 2 lett. c. legge fallimentare) e si è nuovamente assegnato al giudice un ruolo che va oltre il mero controllo del rispetto della legalità (a riprova di una scarsa fiducia nei confronti dell'imprenditore, che deve essere così posto sotto stretta sorveglianza). Tutti questi elementi, «se non possono essere definiti di controriforma, certamente vogliono spostare (in modo antistorico) il *focus* del concordato preventivo»,⁵⁶ con conseguenze non desiderabili in ordine alla riuscita del tentativo di rigenerazione dell'impresa.

Meglio avrebbe fatto il legislatore interno a ispirarsi, come ha fatto quello europeo e come suggerito anche dal Gruppo dei Trenta,⁵⁷ al modello rappresentato dal *Chapter 11* statunitense, ad esempio attribuendo al debitore poteri simili a quelli del *debtor-in-possession*, per consentirgli di dimostrare, già durante la procedura, la propria serietà circa le intenzioni relative al risanamento aziendale.⁵⁸ Diversamente, invece, in base all'attuale sistemazione di interessi proposta dal legislatore sembra possibile sostenere che il debitore che desideri avere una “seconda occasione” sarà portato a preferire la strada più radicale della liquidazione giudiziale a quella del tentativo di ristrutturazione dell'impresa: ma chiudere l'attività

56 Così L. Panzani-M. Arato, “Il Codice della crisi: un rinvio o un addio?”, in *IlCaso.it*, 5 ottobre 2020, pp. 4-5 (il testo è qui consultabile: <http://www.ilcaso.it/articoli/1282.pdf> ultimo accesso: 7 gennaio 2021).

57 *Reviving and Restructuring the Corporate Sector Post-Covid*, cit., pp. 42 ss.

58 Così F. Carelli, “L'influenza del *Chapter 11* sulle legislazioni della crisi d'impresa e le differenze con gli strumenti previsti dal CCI”, in *IlCaso.it*, 25 settembre 2020, pp. 36 ss. (il testo è qui consultabile: <http://www.ilcaso.it/articoli/1277.pdf> ultimo accesso: 7 gennaio 2021).

non è sempre la scelta economicamente più efficiente e socialmente vantaggiosa.⁵⁹

5. Conclusioni: economia di mercato, impresa e fallimento

È possibile dubitare che il fallimento, in Italia, si sia mai del tutto emancipato dal suo essere, insieme e inscindibilmente, “inciampo” e “inganno”. Certo, la logica sanzionatoria originaria dell’istituto si è via via quasi del tutto stemperata, ma l’idea che il fallimento sia un evento da guardare con sospetto, perché conseguenza di una “colpa” dell’imprenditore, non sembra invece completamente superata. In altre parole, non si è mai portato a compimento il cammino verso la concezione, tipica dei paesi anglosassoni, delle procedure di governo della crisi come occasione per garantire all’imprenditore una seconda occasione, “*a fresh start*”: ma un passaggio del genere è obbligato, se si vuole promuovere un ecosistema imprenditoriale aperto, competitivo e innovativo. Perché il fallimento sia avvertito effettivamente come evento naturale nell’attività di impresa è necessario anche avere procedure fallimentari efficienti, razionali e rapide, incentrate sugli esiti alternativi della “composizione” della crisi o della “liquidazione” dell’impresa, secondo forme che consentano la migliore conservazione dei valori: se l’impresa in crisi, sia essa piccola, media, grande o grandissima, ha ancora valore, va recuperata; di converso, se non lo ha, essa va chiusa il prima possibile, a prescindere dalle sue dimensioni. I due profili, quello culturale e quello tecnico-giuridico, vanno insieme. Se l’imprenditore non viene più colpito dallo stigma della *colpa* di aver fallito, allora le procedure fallimentari possono essere le più spedite possibile, essendo vissute come lo strumento per gestire un rischio ordinario e del tutto fisiologico; di conserva, se le procedure sono rapidamente finalizzate alla secca alternativa tra riorganizzare l’impresa o liquidarla, c’è anche meno spazio per trattare ogni debitore fallito come un frodatore (riservando quella considerazione a chi si sia reso effettivamente responsabile di reati fallimentari).

L’istituto del fallimento è un tassello fondamentale dell’ordine giuridico che sorregge l’economia di mercato, perché consente di selezionare “vincitori” e “perdenti” secondo logiche decentrate e non dirigistiche.⁶⁰ Un’impresa in crisi è un’impresa che si trova davanti a un bivio, e che non può temporeggiare: o si rigenera, continuando a produrre ricchezza, o chiude, così liberando risorse (dal capitale fisico a quello umano) che possono essere impiegate dal mercato in nuove forme. Nell’uno o nell’altro caso, il fallimento costituisce il passaggio, certo non facile ma necessario, per trovare una valida alternativa: gli aggiustamenti sono dolorosi, ma ritardarli – o fingere che non siano necessari – peggiora solo la situa-

59 O. Hart, *Different approaches to bankruptcy*, Technical Report, National Bureau of Economic Research, 2000, Working Paper 7921, *passim* (il testo è qui consultabile: https://www.nber.org/system/files/working_papers/w7921/w7921.pdf ultimo accesso: 7 gennaio 2021).

60 Non può negarsi che il sistema concorrenziale abbia dei costi “sociali”, non ultimi quelli che sono costretti a pagare i lavoratori dell’impresa che, essendo fallita e non potendo essere rigenerata, va liquidata. Tuttavia, come pure si è fatto nei decenni passati in Italia, pensare di ritardare o addirittura impedire il fallimento è un modo non solo miope, ma addirittura controproducente di affrontare il problema. Questo genere di costi deve essere assorbito da appositi ammortizzatori sociali e non scaricato sulle spalle dei creditori: la normativa fallimentare è, infatti, una parte del «contratto di finanziamento» che lega creditori e impresa, e invero ne è una delle più importanti, perché entra in gioco proprio quando l’attuazione di tale contratto è a rischio; se essa penalizza il creditore, questi aumenterà il costo del credito, o si asterrà dal tutto dall’erogarlo, con impatti dannosi sull’ecosistema imprenditoriale (cfr. Stanghellini, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, cit., p. 370).

zione. Rischia, allora, di essere meramente cosmetica la scelta del legislatore del Codice di sostituire il termine “fallimento” con il più asettico “liquidazione giudiziale”. Invero, la scelta – per molti versi “catartica” – di liberarsi di una parola carica di un significato così negativo non è in sé e per sé criticabile: ciò che lo è, di contro, è farlo senza aver prima estirpato la radice di quella negatività. E nel caso della materia del governo della crisi e dell’insolvenza – come abbiamo tentato di mettere in luce nel nostro lavoro – questo non sembra essere avvenuto: davvero può pensarsi che all’imprenditore in crisi basti sentirsi dire che si trova sull’orlo non del “fallimento”, ma *soltanto* su quello della “liquidazione giudiziale”? Risuona, illuminante come sempre, l’osservazione del Poeta: «Cos’è mai un nome? Quella che chiamiamo rosa, con un altro nome avrebbe lo stesso profumo!».⁶¹

61 W. Shakespeare, *Romeo e Giulietta*, Atto II Scena I, in Id., *Tutte le opere. Le tragedie*, coord. gen. F. Marengo, Milano, Bompiani, 2018, p. 317.

Chi Siamo

L'Istituto Bruno Leoni (IBL), intitolato al grande giurista e filosofo torinese, nasce con l'ambizione di stimolare il dibattito pubblico, in Italia, promuovendo in modo puntuale e rigoroso un punto di vista autenticamente liberale. L'IBL intende studiare, promuovere e diffondere gli ideali del mercato, della proprietà privata, e della libertà di scambio. Attraverso la pubblicazione di libri (sia di taglio accademico, sia divulgativi), l'organizzazione di convegni, la diffusione di articoli sulla stampa nazionale e internazionale, l'elaborazione di brevi studi e briefing papers, l'IBL mira ad orientare il processo decisionale, ad informare al meglio la pubblica opinione, a crescere una nuova generazione di intellettuali e studiosi sensibili alle ragioni della libertà.

Cosa Vogliamo

La nostra filosofia è conosciuta sotto molte etichette: "liberale", "liberista", "individualista", "libertaria". I nomi non contano. Ciò che importa è che a orientare la nostra azione è la fedeltà a quello che Lord Acton ha definito "il fine politico supremo": la libertà individuale. In un'epoca nella quale i nemici della libertà sembrano acquistare nuovo vigore, l'IBL vuole promuovere le ragioni della libertà attraverso studi e ricerche puntuali e rigorosi, ma al contempo scevri da ogni tecnicismo.

I Briefing Paper

I "Briefing Papers" dell'Istituto Bruno Leoni vogliono mettere a disposizione di tutti, e in particolare dei professionisti dell'informazione, un punto di vista originale e coerentemente liberale su questioni d'attualità di sicuro interesse. I Briefing Papers vengono pubblicati e divulgati ogni mese. Essi sono liberamente scaricabili dal sito www.brunoleoni.it.