

ETICA, LEGALITÀ E CRISI D'IMPRESA TRA DIRITTO ED ECONOMIA AL TEMPO DELLE RIFORME

Il Fallimento, 12 / 2017, p. 1262

ETICA, LEGALITÀ E CRISI D'IMPRESA TRA DIRITTO ED ECONOMIA AL TEMPO DELLE RIFORME

di Massimo Fabiani

Il breve saggio vuole mettere in risalto, all'alba di una nuova stagione di riforme del diritto dell'impresa in crisi, temi che spesso sono trascurati in quanto attengono a profili non tecnici e neppure giuridici e che, tuttavia, sembrano risultare spesso decisivi per la riuscita del processo di regolazione della crisi di una impresa

Riferimenti

Legge 19 ottobre 2017 n. 155, epigrafe

Sommario: [La legge delega 19 ottobre 2017, n. 155 - Legalità e crisi dell'impresa - Legalità e scelte sistemiche su come regolare la crisi - Le criticità germinate dalle riforme post-2005 - Legge, giudice, economia - Etica e crisi dell'impresa - Legalità, creditori, soci - Spunti di riflessione per il legislatore](#)

La legge delega 19 ottobre 2017, n. 155

Il 12 ottobre 2017, al risveglio, chiunque si sia occupato di fallimenti e di crisi d'impresa avrà visto sorgere una nuova aurora, diversa da quella dei precedenti 75 anni.

Il giorno prima, infatti, il Senato della Repubblica, senza un vero dibattito in aula ha approvato, quasi fosse stata imposta la fiducia parlamentare^[1], il disegno di legge S/2681 avente ad oggetto la riforma organica delle procedure concorsuali.

Non possiamo sapere se, poi, davvero quella legge delega si potrà tradurre in diritto positivo (con i decreti delegati) perché le tempeste parlamentari di fine legislatura sono sempre in agguato. Tuttavia, è largamente probabile che si arriverà a sostituire, dopo 75 anni, il R.D. 16 marzo 1942, n. 267 e così, dal lessico normativo scomparirà il lemma fallimento (e fallito), mentre più probabilmente la scomparsa nel lessico comune sarà più lenta.

Cancellare l'uso del termine fallimento/fallito - come ben ha anticipato il giudice delle leggi^[2] al cospetto di una stravagante (se solo si legge con attenzione l'ordinanza di inammissibilità) sollecitazione di un giudice del merito - non produrrà, ragionevolmente, effetti positivi sull'economia domestica ma certo imporrà ad editori la modifica della nomenclatura delle riviste, così come delle voci dei repertori. Per i meno giovani, forse - come è accaduto nel transito dalla lira all'euro - ci vorranno molti anni per fare l'abitudine alle nuove denominazioni. Sennonché il diritto e l'economia reclamano ben altri interventi e per fortuna, di là da enfattizzazioni e banalizzazioni giornalistiche^[3], la legge delega è dotata di ben altri e più significativi contenuti.

Al momento, il tessuto normativo che verrà è solo abbozzato visto che è stata approvata una legge delega, la quale, però, talora redatta in modo assai analitico, consente di apprezzare in quale direzione ci si muoverà; ed allora, le considerazioni che seguono e che sgorgano da riflessioni condotte sul sistema concorsuale vigente, possono essere utilmente indirizzate in proiezione futura.

Legalità e crisi dell'impresa

Un tema di cui non si occupava la legge fallimentare e di cui non si occuperà la nuova legge è quello che pertiene alle relazioni fra legalità e crisi d'impresa. Certo si potrebbe obiettare che legalità e crisi d'impresa sono disciplinate dalla legge fallimentare per ciò che concerne i reati previsti negli artt. 216 ss. l.fall.^[4].

Tuttavia, le considerazioni che, qui, si intendono svolgere sono di tutt'altro tenore perché l'idea è quella di esporre un catalogo di criticità - replicabili anche nel "nuovo mondo" (salvi improbabili interventi non evincibili dalla legge delega) - che ruotano attorno ad una nozione di legalità molto più ampia di quella avvinta nella disciplina penalistica.

Una nozione di legalità che, forse, sconfinava nell'etica^[5]; etica da selezionare con una visione prismatica che distanzia l'impresa etica dall'etica d'impresa^[6].

Sappiamo bene quante volte si discute di etica d'impresa, argomento sviluppato in chiave economica e sociologica; siamo, però, meno avvezzi a dibattere di legalità e di etica d'impresa...in crisi.

Vi sono studi importanti sull'impresa-etica^[7], meno sull'etica d'impresa^[8] e meno ancora sull'etica dell'impresa in crisi^[9].

Un teorema che vorremmo fosse svincolato dal ruolo dell'imprenditore per abbracciare tutti gli *stakeholders*^[10]. Infatti, le quante volte un'impresa viene a trovarsi in una situazione di crisi^[11] e, dunque, di assetto patologico della propria organizzazione mercantile, per effetto della rete di rapporti che ruotano attorno all'impresa, i soggetti coinvolti sono molti.

Anche nell'ambiente della crisi d'impresa, la pluralità dei diritti derivanti dall'ampiezza della carta costituzionale^[12], la multilateralità degli interessi, la disomogeneità delle posizioni e le disuguaglianze economiche e sociali^[13] sono l'occasione per una dirompente stagione di conflitti e di conflitti fra classi sociali, in particolare.

Nella ormai lunga ed inesausta stagione della crisi la scarsità delle risorse rende aspri conflitti che sino a poco tempo fa apparivano fisiologici ma anche tutto sommato gestibili. Ora che vi sono meno risorse per tutti, accade che gli spostamenti di ricchezza siano ancor più intollerabili quando non simmetricamente organizzati.

Nel tempo della crisi il bisogno di conquistare spicchi di risorse ed opportunità viene ad esaltarsi e il bisogno, spesso, tracima nella deviazione dalle regole. È affermazione se si vuole banale e dal sapore qualunquistico ricordare il grave difetto di legalità che offusca la crescita del nostro Paese, ma i dati freddi e asciutti della scienza statistica non fanno sconti^[14].

Le scorciatoie sono diffuse e il senso del rispetto della legalità quasi sempre viene irriso nella vita quotidiana. La legalità intesa come insieme di regole di formazione statale e pattizia dovrebbe costituire il naturale sedime sul quale edificare un ordinamento. Nella crisi e nelle crisi che coinvolgono soggetti economici le regole ci sono, talora sono persino troppe e, purtroppo, in tempi recenti anche mal orchestrate.

Qualche volta ci sentiamo tutti "obiettori di coscienza" al cospetto di certe regole ma dobbiamo accettarle perché esprimono, comunque, la volontà di un Paese. È sin troppo evidente che la sola provenienza legittima di una certa regola non la giustifica imprescindibilmente, ma il nostro sistema conosce bene un rifugio dal riparo delle illegalità normative; il presidio del giudice costituzionale ci consente di riconoscere la fonte della regola perché è una fonte, al fondo, controllabile.

Ed allora, nel tempo della crisi, là dove esplodono i conflitti il primo baluardo non può che essere la legge e, soprattutto il valore del rispetto della legalità, anche attraverso i processi^[15].

Questa promessa tanto generale quanto, forse, generica, va ora declinata tenendo in conto le specificità che incontriamo in occasione di una crisi dell'impresa nel tempo della crisi.

Legalità e scelte sistemiche su come regolare la crisi

Le crisi d'impresa ci sono sempre state, ma nel corso del tempo hanno assunto tonalità diverse quando le crisi si sono manifestate in tempi di crisi globali. La crisi degli Anni '30 (con la creazione dell'I.M.I. e dell'I.R.I.)^[16], poi la crisi degli anni '70 da cui è gemmata l'amministrazione straordinaria^[17], ed infine la crisi apertasi nella prima decade del nuovo millennio.

In tutte queste occasioni si è compreso che una crisi del mercato globale, interno e internazionale, avrebbe generato tante crisi di settore e tante crisi di singole imprese.

Negli Anni '70 la crisi industriale significò, soprattutto, crisi occupazionale e così si pensò, anche con importanti interventi pubblici che non hanno, poi, potuto resistere nel sistema del mercato dell'Unione europea^[18], a salvare la continuità dell'attività d'impresa. Una continuità spesso fine a sé stessa^[19], incapace di tradursi in una effettiva conservazione del valore dell'impresa. Esistono ancora procedure di amministrazione straordinaria risalenti agli Anni '80, disciplinate da una legge ormai cancellata da quasi un ventennio^[20].

Orbene, la legge sull'amministrazione straordinaria del 1979 era chiaramente orientata a favore del debitore o, se si vuole, dei suoi dipendenti. La legge fu modificata nel 1999 e la prima impressione fu quella di una legge che, invece, voleva bilanciare i diritti e le aspettative sia dell'impresa che dei suoi creditori^[21]. Tuttavia quella prima impressione è stata superata dall'esperienza perché in concreto anche l'amministrazione straordinaria riformata inclina decisamente verso una continuità che non garantisce affatto i creditori^[22].

Pare una scelta assai discutibile ma, almeno, si può convenire che vi sia stata una scelta politica di fondo: si declama che la procedura deve garantire i creditori ma poi, nel momento della svolta vi è una precisa virata verso la prosecuzione dell'attività d'impresa; costi quel che costi per i diritti dei creditori^[23].

La prosecuzione dell'attività viene vista come un valore in sé e per sé, a prescindere dai costi che insistono su coloro che sono stati colpiti da quel dissesto. In un certo senso il sistema vuole che si riparta da zero, che ciò che è accaduto non si trascini nel futuro purché vi sia un valore produttivo che prosegue^[24]. La circostanza che la gestione di molte crisi sia stata affidata alla Politica non è affatto neutrale rispetto al tema dell'etica se si volge lo sguardo alle nomine dei commissari.

Le criticità germinate dalle riforme post-2005

Alla crisi post-2007, invece, il legislatore è giunto del tutto impreparato.

Le riforme del diritto dell'impresa, cioè la riforma del diritto delle società di capitali del 2003 e la prima riforma del diritto dell'insolvenza del 2005 hanno origine in un momento di sviluppo e di crescita economica. In quel preciso momento, quando le risorse ci sono, ci si preoccupa di allocarle e in una fase di pacificazione sociale si ritiene che il modo di gestire fisiologia e patologia dell'impresa sia quello di affidarsi a regole che si formano fra i consociati.

Il valore dell'autonomia privata viene esaltato; le regole imposte cedono il passo alle regole pattizie. Il liberalismo normativo sembra coerente con un mercato in crescita^[25]. Una visione coerente ma miope perché si gettano le basi di asimmetrie e diseguaglianze che poi la crisi enfatizzerà.

Quando la crisi penetra in profondità nei gangli delle imprese, il sistema di regole è inadeguato perché i controlli pubblici sono stati allentati e il mercato asimmetrico non è in grado di generare regole valide e legittimate per tutti gli attori delle crisi.

Esplode il fermento normativo nelle leggi sulla crisi d'impresa. In una prima fase si ritiene che la svolta impresa con l'esaltazione dell'autonomia privata debba essere ulteriormente implementata e ciò, pur se fra alti e bassi, sino al 2015.

Nel 2015 ci si avvede che i risultati conseguiti sono decisamente difforni rispetto alle attese e si cambia passo. Ma il passo corre all'indietro perché si recuperano enormi spazi di 'pubblico', con una accentuata fallimentarizzazione delle crisi d'impresa gestite in modo negoziato^[26].

Il giudice torna al centro della scena con buona pace delle idee apparse nel 2005.

Questo ritorno al passato deve essere spiegato.

La ragione principale si ritrova nel dato, invero oggettivo, della inefficienza della gestione privatistica dell'impresa in termini di risultati attesi per i creditori. Le proposte concordate offrono, infatti, ai creditori misure di soddisfacimento delle loro pretese largamente inadeguate rispetto alle attese^[27].

Questo dato empirico non poteva essere sottovalutato e la scelta è stata quella di rendere più complicato accedere al concordato preventivo visto dal legislatore come la causa principale della incapacità di reagire alla crisi da parte del sistema^[28].

La legislazione del 2015, come si ricava dalla lettura dei lavori parlamentari (cfr. i resoconti delle Commissioni di Camera e Senato) è stata influenzata in modo significativo dalle richieste di una parte della magistratura che non aveva condiviso i cambiamenti degli anni precedenti.

I giudici delegati rappresentano un corpo ben organizzato dal punto di vista associativo, anche se non omogeneo e sono, talora, stati in grado di esercitare un condizionamento normativo; ma, soprattutto, con l'esercizio della giurisdizione sono in grado di incidere sul mercato e sulle crisi.

In presenza di conflitti è il giudice che deve risolverli e su questo non si possono concedere sconti perché il bisogno di legalità lo reclama^[29]. Tuttavia il giudice dovrebbe decidere all'interno del perimetro delle regole, mentre nei conflitti economici spesso le regole vengono piegate in nome di principi di dubbia condivisione. La clausola generale dell'“abuso del diritto” ha fatto breccia nelle procedure di ristrutturazione in modo sorprendente con accentuazioni sconosciute al diritto delle obbligazioni dove dovrebbe, invece, trovare terreno più fertile^[30].

Legge, giudice, economia

Non vi è dubbio che situazioni in grado di provocare effetti importanti sull'economia debbano essere gestite con delicatezza e con una specifica attenzione ai ruoli che sono affidati al potere politico da una parte e a quello giudiziario dall'altro.

Viceversa accade che il potere politico tende ad intramettersi nelle singole questioni ed il giudice tende a sconfinare per invadere la sfera della discrezionalità politica.

I canali di comunicazione fra i due poteri dello Stato sono stretti e vivono di una reciproca diffidenza.

Una diffidenza atavica dei giudici verso gli imprenditori in crisi talora qualificati come bancarottieri per il solo fatto che l'intrapresa economica non è andata a buon fine.

C'è un aspetto che attiene alla cultura d'impresa che sembra essere l'anello di congiunzione mancante fra il giudice e il mercato. Infatti, dato come assioma che non esiste un mercato senza regole^[31] e che le scelte di politica economica non sono estranee ad un sindacato del giudice^[32], ci si chiede (e ci si è chiesti anche a livello di dibattito giornalistico lungo l'estate del 2017) se il giudice debba valutare gli effetti economici delle proprie decisioni^[33].

Non è revocabile in dubbio che il giudice, in quanto soggetto soltanto alla legge (art. 101 Cost.), non debba rispondere del suo operato al Governo di turno. Ciò nondimeno, il giudice nel momento in cui si trova a dipanare un conflitto non può non valutare - secondo un criterio di adeguatezza della risposta giudiziaria e, dunque di proporzionalità della decisione - l'impatto economico di una pronuncia; non già per non *adottarla*, se la legge questo gli richiede, ma per *adattarla*, al modo di un abito sartoriale, alla fattispecie.

Qui fa capolino un difetto culturale strutturale della magistratura e che trova la sua scaturigine nell'Università e, dunque, attinge tutti gli operatori del diritto.

Affrontare con consapevolezza ed esperienza il diritto dell'economia e così forgiare l'attività secondo il criterio di proporzionalità presuppone un bagaglio di conoscenze che il giurista (tendenzialmente) non possiede.

Sappiamo quanto strette siano le interrelazioni fra diritto ed economia, ma alla maggior parte dei giuristi (non certo solo dei giudici) mancano le basi di conoscenza delle regole di funzionamento del mercato e, più semplicemente, di una azienda. Si ha spesso la consapevolezza che il giurista viva in una torre di cristallo lontana e distaccata dal sudore dell'impresa. L'impresa è una realtà dinamica in mutazione continua e l'incapacità di separare la distinzione fra atto e attività è uno dei limiti più evidenti nei contenziosi che germinano dalle crisi d'impresa.

Quando nelle liti civili che attengono alle azioni di responsabilità nei confronti degli organi sociali emergono le censure per condotte omissive (così come, al contrario, il più delle volte nei processi penali gli addebiti concernono condotte commissive), non ci si rende conto che nella dinamica quotidiana certe decisioni non possono essere assunte con la lucidità che a posteriori illumina le condotte attese.

Il crollo del prezzo di un prodotto o di una materia prima possono sopravvenire improvvisamente e non sempre si è attrezzati per reagire a situazioni che generano difficoltà.

Il contesto temporale deve essere compreso e chi non ha mai messo un piede in uno stabilimento non può non avere un approccio alla lite elitaro.

Poiché non possiamo immaginare che i giudici in carriera debbano sottoporsi a *stage* aziendali, dobbiamo perlomeno accrescere la formazione economica dei giudici attraverso la scuola della magistratura; non già replicando corsi istituzionali sui bilanci (soluzione corretta ma astratta) ma lavorando, in profondità e con una chiara impostazione economica, sulla casistica. Questo servirebbe ad avvicinare di più il giudice alla realtà d'impresa.

In tale contesto, per tornare ai temi di etica e legalità, chi decide dovrebbe avere la cura di proporzionare l'intervento giudiziale in modo che la repressione delle condotte abusive non traccimi nella distruzione di ricchezza.

È, purtroppo, fatto noto ai più che le liquidazioni che conseguono a processi di esecuzione forzata (singolari o collettivi che siano) non offrano ai creditori risultati soddisfacenti; ed allora vi è la tentazione che il dissesto guidato giudizialmente possa esprimere una sanzione che funga da deterrente per tanti altri imprenditori.

Non ci pare che il livello di soddisfacimento nelle procedure imposte giustifichi la via della procedura coattiva come sanzione.

Etica e crisi dell'impresa

Il difetto di legalità dell'impresa fa sì che debbano prevalere gli interessi della Comunità statale^[34], ma quando il difetto di legalità non riguarda l'attività d'impresa ma singoli atti, un coerente principio di proporzionalità dovrebbe condurre il giudice a divaricare i percorsi di intervento: sanzioni, anche assai più intense^[35], per i soggetti ma strumenti di regolazione della crisi per l'impresa.

Vediamo, però, che cosa si può fare sull'altro versante e cioè su quello della prevenzione. Abbiamo appena enunciato che il dinamismo dell'economia non consente scelte ponderate e lucide; tuttavia all'interno dell'impresa si devono (e non solo dovrebbero) realizzare degli adeguati, così si esprime la legge (art. 2381 c.c.), assetti organizzativi, amministrativi e finanziari atti a sorreggere una condotta informata di chi gestisce l'impresa.

L'impresa è per sua definizione (art. 2082 c.c.) attività organizzata; questa organizzazione deve investire, ovviamente con le dovute declinazioni, sia la piccola che la grande impresa. La crisi, ma non solo la crisi, impone che il diletterismo imprenditoriale vada consegnato alla agiografia delle foto in bianco e nero.

Svolgere una attività d'impresa significa assumersi responsabilità e dove c'è potere deve corrispondere, proprio, la responsabilità^[36]. Pertanto, dovremo ancora apprezzare la regola interpretativa della insindacabilità delle scelte di merito gestorio (c.d. *Business judgment rule*) ma questa regola dovrà essere correlata all'avere il titolare dell'impresa creato una struttura adeguata per fronteggiare, anche, la crisi.

L'inadeguatezza degli assetti si rifletterà sulla responsabilità ed ancora questa non potrà essere esclusa in presenza di meri assetti organizzativi formali^[37]. Sia il codice delle società pubbliche (art. 14, D.Lgs. n. 175/2016)^[38] sia la legge delega (art. 14), vanno proprio in questa direzione. In tale cornice se si guarda all'etica dell'impresa in crisi non possono non essere ponderati i modelli che si ispirano alla conservazione del valore dell'impresa, sì che una condotta etica dell'impresa in crisi ci appare essere quella della non dispersione della ricchezza residua^[39]. In fondo, l'imprenditore che prosegue pervicacemente l'attività in territorio di 'patrimonio netto negativo' e senza far ricorso agli strumenti protetti di regolazione della crisi, si *appropria* di risorse che sono divenute dei creditori visto che costoro sono divenuti forzatamente i titolari dell'impresa^[40]. A questo proposito occorrerà verificare sul campo l'effettività e la funzionalità delle cc.dd. misure di allerta previste nella legge delega (art. 4)^[41].

La scelta di tenere separate le responsabilità dalle possibili soluzioni di 'recupero' dell'impresa è fondamentale in tempo di crisi. L'impresa può avere ancora un valore importante pur quando vi siano stati comportamenti censurabili, finanche penalmente rilevanti.

Le condotte debbono essere punite, anche in modo esemplare più di quanto sia accaduto, ma questo non deve comportare per logica conseguenza la distruzione dell'impresa.

Sappiamo che non sempre la prosecuzione dell'impresa è un valore, perché non lo è quando l'impresa è inefficiente. Tuttavia le volte che l'impresa, lontana dall'imprenditore, possa rimanere sul mercato, l'ansia punitiva deve far posto ad una diversa reazione.

Una reazione che deve tendere a esaltare il valore dell'accordo fra creditori e debitore.

Occorre, infatti, avvertire come i costi di una procedura fallimentare liquidatoria non sono espressi solo dai costi di procedura in sé, ma sono espressi anche dai costi più generali di tutti coloro che sono coinvolti, dalle strutture amministrative dello Stato, alle strutture operative dei creditori che vengono impiegate per attività che potrebbero essere evitate.

Ed ancora, nonostante un progressivo efficientismo delle procedure fallimentari ed una rincorsa senza fine alla accelerazione dei tempi (si pensi alla chiusura fittizia del fallimento o alla riduzione dei termini dell'esecuzione del programma di liquidazione), la durata delle procedure è tuttora un fattore di grave perdita per il sistema economico, nonché un disincentivo ai possibili investitori stranieri.

Le immobilizzazioni finanziarie date dai crediti bancari in sofferenza generano a loro volta l'effetto perverso della contrazione del credito alle imprese sane.

Tutto ciò dovrebbe spingere a favorire le soluzioni concordate ogni volta che la separazione dei ruoli fra gestori e impresa possa servire a premiare i creditori.

Il plesso delle responsabilità di chi governa e legifera e il plesso dei poteri di chi deve giudicare sono correlati ma in un ambito di necessaria separatezza.

La sovranità della Politica deve esprimersi in regole astratte, lasciando che sia il giudice a fornire le risposte concrete. Le risposte del giudice potranno a loro volta innescare dei riflessi su mutazioni normative ma se ciò accade sul piano della astrattezza delle regole non si può invocare una invasione di potere né un conflitto costituzionale.

Quando, però, parliamo di intervento pubblico nelle crisi non possiamo pensare, solo, al legislatore o al Governo, ma dobbiamo avere ben presente che la crisi di una impresa investe, diversamente dall'inadempimento di un privato cittadino, sempre una pluralità di soggetti economici, a vario titolo anche quando non creditori. Possiamo pensare al fatto che il fallimento di una impresa collocata in un certo territorio sia fonte di danno per operatori economici di quel contesto che pure non hanno intessuto rapporti diretti con l'impresa. Pensiamo all'indotto indiretto ed al fatto che vi sia quindi la necessità di valutare, ponderare ed equilibrare più diritti.

Questo spiega la ragione per la quale la legge, nonostante l'accentuazione privatistica del 2006, non ha rinunciato alla presenza del pubblico ministero. Il pubblico ministero è coinvolto in tutte le procedure di concordato, così come è ancora legittimato a richiedere il fallimento^[42].

La presenza di interessi superindividuali rende pienamente legittima la presenza del pubblico ministero perché è come se il legislatore avesse stabilito una volta per tutte e senza lasciare al pubblico ministero la scelta se intervenire in una lite, che la partecipazione è necessaria o, talora, facoltativa ma solo in ragione di segnalazioni esterne che provengano al pubblico ministero.

Il pubblico ministero è un presidio di legalità a condizione che la sua presenza assicuri protezione ai diritti dei soggetti coinvolti, senza alcuna deviazione verso pretese punitive che si rivelano eccentriche quando si discute di come regolare una crisi.

Legalità, creditori, soci

Il tema della legalità nella crisi dell'impresa coinvolge anche i rapporti fra impresa (società), creditori e soci.

È ormai un comune sentire l'affermazione per la quale quando una impresa è così in crisi da avere consumato interamente il patrimonio netto, la proprietà si trasferisce, nella sostanza (ma talora anche nella forma), ai creditori.

Tuttavia occorre considerare che se ciò comporta che una impresa in liquidazione debba vedere tutto il patrimonio coinvolto destinato ai creditori, le cose potrebbero essere diverse quando quell'impresa ha ancora un valore e può proseguire l'attività.

In questo caso è revocabile in dubbio che l'impresa sia davvero solo dei creditori se sono i soci e soli i soci a garantire una soluzione più conveniente per i creditori, ma che sia anche più remunerativa per loro.

Si tratta cioè di capire se la ricchezza generata dalla prosecuzione dell'attività d'impresa possa essere trattenuta dai soci^[43] o se tutto e proprio tutto debba essere destinato ai creditori. La soluzione che si sta consolidando va nel senso che la garanzia patrimoniale sulla quale i creditori possono fare affidamento è pari a quella di ciò che può essere recuperato dal patrimonio liquidabile e nulla di più^[44].

Per tale ragione può manifestarsi un conflitto fra amministratori, creditori e soci e i rapporti fra questi protagonisti può vedere interessati anche profili di legalità perché certi valori se sono recuperabili debbono esserlo in modo trasparente. Tante proposte di concordato si reggono, ora, sul presupposto della generazione di flussi positivi che germinano dalla continuità dell'attività

d'impresa; senonché, questi flussi debbono risultare trasparenti e cioè non debbono essere delle ricchezze accantonate e riciclarizzate.

Un tema che si accosta, ancora, a quello della legalità pertiene ai tradizionali valori della *par condicio creditorum*.

La *par condicio creditorum* è stata per secoli un baluardo del diritto concorsuale, declinata nella sua applicazione civilistica (la revocatoria fallimentare) e in quella penalistica (la bancarotta preferenziale).

Spesso si è abituati a ragionare con gli schemi del passato senza avvedersi del fatto che le mutazioni normative hanno decisamente intaccato quel principio quasi di diritto naturale.

È ben vero che la tessitura normativa codicistica contiene ancora l'art. 2741 c.c.^[45]; ma non possiamo proprio trascurare che quel mito della *par condicio* sostanziale^[46] è stato progressivamente divelto^[47]: (i) dalla proliferazione delle cause di prelazione; (ii) dalla più recente esplosione della prededuzione; (iii) dalla possibilità attribuita al debitore di compartimentare i creditori in classi nei diversi modelli di concordato; (iv) nel sicuro forte depotenziamento della revocatoria fallimentare, ormai quasi consegnata alla storia.

La distruzione delle regole che consentivano di esaltare la *par condicio* porta a ritenere che vi sia un aumento esponenziale delle diseguaglianze che sono il frutto di asimmetriche distribuzioni di risorse.

È indubitabile che stiamo assistendo ad un processo di diversificazione della distribuzione della ricchezza in un clima generale che tende a ridurre gli strumenti di parificazione delle situazioni^[48].

Si tratta di un percorso forse discutibile ma che, al momento, in una condizione di crisi possiamo reputare accettabile nella misura in cui si traduca, almeno, in un migliore soddisfacimento di tutti.

Le plurime deviazioni dalla *par condicio* provocano diseguaglianza ma questa se è progressiva e cioè se comunque consente che tutti stiano meglio e nessuno peggio, deve risultare tollerabile in un ambiente di crisi.

Di fronte a valori che sono stati bruciati e che appaiono non ripristinabili se esistono coloro disponibili ad investire in ciò che resta dell'impresa e se contribuiscono ad offrire a tutti condizioni migliori^[49], è accettabile che ne possano ricevere un "profitto". Questo profitto, come anticipato, deve, però, essere il frutto di una sapiente riorganizzazione imprenditoriale e non la riscoperta di una gestione virtuosa deviata verso la formazione di fondi occulti.

Il sistema cui dovremmo aspirare è quello di una distribuzione simmetrica di risorse ma se questo non è conseguibile, proviamo almeno ad alzare l'asticella del soddisfacimento collettivo.

Queste soluzioni, si ripete, tali da misconoscere la *par condicio*, oggi paiono coerenti con la crisi, pur se con l'ambizione si giungere ad un superamento.

Spunti di riflessione per il legislatore

La legalità è qui, adesso. Dobbiamo brandire ogni arma lecita per reclamare che la tutela giurisdizionale sia elargita con immediatezza, posto che ogni ritardo, in economia, si traduce in qualche scorciatoia illegale. Si tratta di una aspirazione che va replicata in ogni categoria di diritti ma nei conflitti di impresa dove una effettiva seconda *chance* è di disagevole attuazione, il tempo è quella variabile irrinunciabile che un serio ordinamento giuridico dovrebbe porre al centro del suo programma.

Spendiamo, allora, tutte le risorse per dare risposte rapide (ciò che non raramente accade) ma soprattutto per avere rapide decisioni sui controlli. Un ordinamento "giusto" non può rinunciare alle impugnazioni, ma una volta che questa siano previste l'effettività temporale del controllo deve essere tale da poter offrire alla parte una piena reintegrazione del diritto leso dalla decisione (fisiologicamente) errata.

Offrire ai protagonisti della crisi una soluzione più rapida rispetto al passato potrebbe essere già un sapiente viatico per stare ben piantati sul sentiero della legalità.

Ma, anche il miglior ambiente normativo possibile e i più geniali decreti delegati non potranno, mai, supplire ad un grave *deficit* di etica della gestione della crisi dell'impresa^[50].

Le regole debbono essere applicate e l'applicazione non è mai esercizio astratto ma concreta attività umana. Chiunque salga sul proscenio della crisi dovrebbe farlo con umiltà e non con arroganza, nel rispetto dei diversi ruoli; è, proprio, il rispetto dei ruoli che restituisce una legittimazione reciproca, unico antidoto per il superamento delle diffidenze^[51].

Etica dell'impresa in crisi significa innanzi tutto affrontarla in modo trasparente e per tempo; significa occupare le migliori energie del mondo delle professioni con un approccio calibrato secondo il criterio della proporzionalità. Ma significa, anche, e soprattutto fare piazza pulita dei variegati conflitti di interesse che permeano quotidianamente il mondo delle crisi. Le commistioni di potere/denaro vanno denunciate prima e combattute poi, senza reticenze e senza ipocrisie; tutto ciò ha un campo di elezione ed è quello delle designazioni e delle nomine, sia di fonte privata che giudiziale. L'impresa si deve presentare davanti al giudice con l'orgoglio della propria debolezza senza strategie di compiacimento del giudice.

Queste riflessioni potranno apparire superficiali ma l'esperienza insegna, purtroppo, che a distanza di tempo quelle contaminazioni che in un primo tempo forse apparivano frutto del caso, si sono poi rivelate la vera fonte di torsioni nella risoluzione della crisi.

Per quanto la positivizzazione di una condotta possa risultare, forse, velleitaria, sarebbe un segnale di forte novità se i diversi protagonisti della crisi, ciascuno nel proprio ambito (in virtù, dunque, della tecnica di autoregolazione)^[52] formassero e poi sottoscrivessero un codice etico relativo all'approccio alla situazione di crisi dell'impresa rispetto alla quale sono chiamati ad operare.

Note:

[1] V. www.senato.it, per il resoconto analitico delle sedute parlamentari.

[2] Corte cost. 3 marzo 2016, n. 46, in *Dir. fall.*, 2016, 1205.

[3] V., https://www.agi.it/economia/riforma_diritto_fallimentare_cosa.../2017-10-12; www.ilsole24ore.com/.../legge-fallimentare-via-libera-definitivo-senato--130117.shtm; www.ilfattoquotidiano.it.

[4] Non è agevole comprendere come una riforma possa nascere amputata del sistema penale sanzionatorio che non è stato oggetto di delega; la delega, infatti, prevede solo un coordinamento fra normativa penale e nuove regole.

[5] C. Schmitt, *Legalità e legittimità*, in *Le categorie del politico* (trad. it.), Bologna, 1972.

[6] V. Buonocore, *Etica degli affari e impresa etica*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 183.

[7] Il tema, noto, è quello che pertiene alla responsabilità sociale dell'impresa, v., in luogo di molti, G. Alpa, *Responsabilità sociale dell'impresa, enti non profit, etica degli affari*, in *Economia e dir. del terziario*, 2011, 199; P. De Nardis, *Dall'etica dell'impresa alla responsabilità sociale: il percorso di una ideologia*, in *Riv. trim. scienza ammin.*, 2011, fasc. 1, 85; S. Sciarelli, *Etica e responsabilità sociale nell'impresa*, Milano, 2007; per un approccio più economico, v., E. Cavalieri, *Etica e responsabilità sociale nelle imprese*, www.unimib.it/symphonya. Per le tematiche correlate al mondo del lavoro v., A. Tursi, *Responsabilità sociale dell'impresa, "etica d'impresa" e diritto del lavoro*, in *Lav. dir.*, 2006, 65.

[8] V. Buonocore, *Etica e impresa*, in *Diritti lavori mercati*, 2006, 231. Va, tuttavia, segnalato come nel mondo dell'impresa il richiamo all'etica appaia nei 'codici etici' di diverse aziende (F. Benatti, *Etica, impresa, contratto e mercato - L'esperienza dei codici etici*, Bologna, 2014; A. Gambino, *Etica dell'impresa e codici di comportamento*, in *Riv. dir. comm.*, 2005, I, 881), come pure nell'origine del D.Lgs. n. 231/2001 sulla responsabilità penale dell'impresa (C. Manacorda, *Il decreto 231 tra organizzazione, qualità ed etica aziendale*, in *Resp. amm. società e enti*, 2012, fasc. 3, 29; G.M. Garegnani, *Etica d'impresa e responsabilità da reato - Dall'esperienza statunitense ai "modelli organizzativi di gestione e controllo"*, Milano, 2008).

[9] V. De Sensi, *L'etica del fallimento*, in *Riv. dir. impresa*, 2003, 165; E. Bertacchini, *La miniriforma della legge fallimentare: dal tramonto della meritevolezza dell'imprenditore alla riscoperta dell'etica d'impresa*, in *Impresa*, 2002, 1590.

[10] E. Freeman, *Stakeholder theory*, Cambridge, 2010. Per l'applicazione dell'etica d'impresa rispetto agli stakeholders, v., G. Rusconi, *Etica, responsabilità sociale d'impresa e coinvolgimento degli stakeholder*, www.impresaprogetto.it.

- [11] In questa sede il lemma crisi va inteso come situazione patologica il cui superamento impone il coinvolgimento di terzi; lasciamo, cioè, in disparte la fenomenologia multiforme della crisi secondo le tecniche delle scienze aziendalistiche, come pure la nozione di crisi che il legislatore delegato dovrà declinare partendo dal criterio direttivo della crisi come "probabilità di futura insolvenza".
- [12] G. Rossi, *Capitalismo e diritti umani*, in *Riv. Società*, 2011, 3.
- [13] [Http://www.eticaeconomia.it/ee/wp-content/uploads/2017/09/Manifesto-contro-la-disuguaglianza.pdf](http://www.eticaeconomia.it/ee/wp-content/uploads/2017/09/Manifesto-contro-la-disuguaglianza.pdf).
- [14] Si stima che il fatturato della criminalità organizzata sia prossimo ad un punto di P.I.L. e che valga oltre 100 miliardi di euro; così pure, quanto alla evasione fiscale, si stima che l'importo ascenda a oltre 100 miliardi di euro.
- [15] V. Ferrari, *Etica del processo: profili generali*, in AA.VV., *Etica del processo e doveri delle parti*, Bologna, 2015, 9.
- [16] I. Cipolletta, *Analisi storica delle crisi del XX e XXI secolo*, in C. Patalano - C. Santini (a cura di), *Profili di gestione delle crisi, il mercato, le imprese, la società*, Milano, 2013, 59 ss.
- [17] G. Oppo, *Profilo sistematico dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, I, 233.
- [18] M. Montanari, *Ammissione all'amministrazione straordinaria e configurabilità di un aiuto di stato*, in *Giur. comm.*, 2000, II, 484.
- [19] G. Tarzia, *I creditori nell'amministrazione straordinaria*, in *Giur. comm.*, 1982, I, 727; A. Gambino, *Tutela del debitore e dei creditori nelle procedure concorsuali conservative dell'impresa*, in *Giur. comm.*, 1982, I, 713.
- [20] Il sito del Ministero (<http://www.sviluppoeconomico.gov.it/index.php/it/impresa/vigilanza/amministrazione-straordinaria>) ha 'oscurato' il dato, ma se poi si guarda altrove, si avverte che vi sono procedure aperte a fine anni '80.
- [21] L. Rovelli, *Luci e ombre della nuova legge sull'amministrazione straordinaria*, in questa *Rivista*, 2000, 45; G. Lo Cascio, *La nuova disciplina dell'amministrazione straordinaria*, in *Corr. giur.*, 1999, 1193; A. Jorio, *Luci ed ombre della nuova Prodi*, in *Giur. comm.*, 1999, I, 5.
- [22] G. Meo, *Il risanamento finanziato dai creditori - Lettura dell'amministrazione straordinaria*, Milano, 2013, 6 ss.
- [23] A. Patti, *La tutela dei diritti dei creditori nell'amministrazione straordinaria*, in questa *Rivista*, 2000, 253.
- [24] Il nucleo centrale della prevalenza del valore della continuità è insito nell'art. 63, D.Lgs. n. 270/1999, là dove si stabilisce che nel programma di cessione dei complessi aziendali (ovverosia il modello di amministrazione straordinaria praticato in oltre il 90% dei casi, v., A. Danovi - C. Montanaro, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza: primi spunti di verifica empirica*, in *Giur. comm.*, 2010, I, 245) si deve tener conto, al fine di quantificare il prezzo di cessione, del valore di avviamento negativo (badwill) il che rende cedibili quasi tutte le aziende (M. Spiotta, *L'incidenza del badwill nella determinazione del valore dell'azienda*, in *Giur. comm.*, 2014, I, 1130; M. Terenghi, *Tutela giurisdizionale in sede liquidatoria dell'amministrazione straordinaria: la cessione dei complessi aziendali non può avere luogo "a qualsiasi prezzo"*, in questa *Rivista*, 2015, 590), anche a valori inferiori al prezzo di singoli cespiti; il tema è stato affrontato da Trib. Ancona 20 settembre 2013, in *Giur. comm.*, 2014, II, 1108; App. Ancona 28 aprile 2014, in questa *Rivista*, 2015, 590, e, infine, da Cass. 24 novembre 2015, n. 23894, in *Nuova giur. civ.*, 2016, 777; M. Montanari, *Giurisdizione in tema di vendite nell'amministrazione straordinaria*, in questa *Rivista*, 2016, 419.
- [25] L. Rovelli, *I nuovi assetti privatistici nel diritto societario e concorsuale e la tutela creditoria*, in questa *Rivista*, 2009, 1029.
- [26] M. Fabiani, *Riflessioni sistematiche sulle addizioni legislative in tema di crisi di impresa*, in *Nuove leggi civ.*, 2016, 10.

- [27] Sui dati emergenti da indagini campione sui concordati, v., www.osservatorio-oci.org; A. Danovi - P. Riva - M. Azzoli, *Alcune osservazioni empiriche sui concordati preventivi del Tribunale di Milano*, in *Giur. comm.*, 2016, I, 837.
- [28] Su questo punto appare particolarmente stimolante l'ambiguità della presa di posizione di alcune organizzazioni associative di imprenditori. Infatti, queste associazioni di categoria per lungo tempo hanno predicato il ricorso alla autotutela negoziale fra i protagonisti del mercato, per poi farsi paladine dell'irrigidimento del concordato preventivo in quanto considerato poco remunerativo per gli imprenditori-creditori.
- [29] A. Patti, *Crisi di impresa e ruolo del giudice - Regole di mercato, soluzioni giudiziali e negoziali, tutele dei conflitti*, 2009.
- [30] Per il significato più profondo del teorema dell'abuso del diritto v., P. Rescigno, *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998, 11 ss.; per la declinazione nelle procedure concorsuali v., R. Amatore, *L'abuso del diritto nelle procedure concorsuali*, Milano, 2015; S. Pacchi, *L'abuso del diritto nel concordato preventivo*, in *Giust. civ.*, 2015, 789.
- [31] V. Buonocore, *Etica degli affari e impresa etica*, cit., 190; A. Sen, *Etica ed economia*, Bari, 2003.
- [32] Si pensi alla sindacabilità delle leggi finanziarie da parte di quel giudice speciale che è la Corte costituzionale.
- [33] R. Rordorf, *Tutela dei diritti e ragionevolezza economica*, in *Questione giustizia*, 2013, fasc. 6, 20.
- [34] Si veda il c.d. "codice anti-mafia" e le regole sul rapporto fra misure di prevenzione e procedure concorsuali.
- [35] Le sanzioni di tipo interdittivo spesso assumono un livello di afflittività decisamente più elevato e così maggiormente dissuasivo.
- [36] R. Weigmann, *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, Torino, 1974.
- [37] Sul profilo degli assetti organizzativi v., M. Irrera, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, 2005, 4 ss.
- [38] E. Codazzi, *Le "nuove" società in house: controllo cd. analogo e assetti organizzativi tra specialità della disciplina e "proporzionalità delle deroghe"*, www.orizzontideldirittocommerciale.it.
- [39] La letteratura sul punto è, ormai, quasi sconfinata, v., *inter alia*, M. Spiotta, *Continuità aziendale e doveri degli organi sociali*, Milano, 2017, 58; N. Baccetti, *La gestione delle società di capitali in crisi tra perdita della continuità aziendale ed eccessivo indebitamento*, in *Riv. soc.*, 2016, 568; A.M. Luciano, *La gestione della s.p.a. nella crisi pre-concorsuale*, Milano, 2016, 10 ss.; F. Nieddu Arrica, *I principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale nella prospettiva della tutela dei creditori*, Torino, 2016, 45 ss.; F. Brizzi, *Doveri degli amministratori e tutela dei creditori nel diritto societario della crisi*, Torino, 2015, 19; R. Sacchi, *La responsabilità gestionale nella crisi dell'impresa societaria*, in *Giur. comm.*, 2014, I, 305; R. Rosapepe, *La responsabilità degli organi di controllo nella crisi d'impresa*, in *Giur. comm.*, 2013, I, 904; R. Rordorf, *La continuità aziendale tra disciplina di bilancio e diritto della crisi*, in *Società*, 2014, 917.
- [40] L. Stanghellini, *Le crisi d'impresa tra diritto ed economia. Le procedure d'insolvenza*, Bologna, 2007, 35 ss.; F. Fimmanò, *L'allocatione efficiente dell'impresa in crisi mediante la trasformazione dei creditori in soci*, in *Riv. Società*, 2010, 57.
- [41] A. Jorio, *Su allerta e dintorni*, in *Giur. comm.*, 2016, I, 267; S. De Matteis, *L'allerta nel disegno di legge delega 3671-bis*, in *Dir. fall.*, 2017, 751.
- [42] F. Santangeli, *P.M. e fallimento*, in *Dir. fall.*, 2017, 2.
- [43] G. Meo, *I soci e il risanamento. Riflessioni a margine dello Schema di legge-delega proposto dalla Commissione di riforma*, in *Giur. comm.*, 2016, I, 292.
- [44] G. D'Attorre, *Le utilità conseguite con l'esecuzione del concordato in continuità spettano solo ai creditori o anche al debitore?*, in questa *Rivista*, 2017, 316.

- [45] E. Roppo, *Par condicio creditorum sulla posizione e sul ruolo del principio di cui all'art. 2741, c.c.*, in *Riv. dir. comm.*, 1981, I, 305.
- [46] P.G. Jaeger, *Par condicio creditorum*, in *Giur. comm.*, 1984, I, 88; M. Rescigno, *Contributo allo studio della par condicio creditorum*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, 359.
- [47] Diverso è, invece, il discorso da riferire alla c.d. *par condicio* processuale perché è innegabile che su questo fronte essa si è considerevolmente irrobustita come è dimostrato dalle situazioni che fanno scattare il c.d. *automatic stay*, v. V. Baroncini, *Inibitorie delle azioni dei creditori e automatic stay*, Torino, 2017, 73; M. Montanari, *Recenti sviluppi del dibattito in tema di effetti protettivi del patrimonio nel concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2017, 435.
- [48] G. Sapelli, *Etica d'impresa e valori di giustizia*, Bologna, 2007.
- [49] A. Rossi, *Il miglior soddisfacimento dei creditori (quattro tesi)*, in questa *Rivista*, 2017, 637.
- [50] Le norme prescrittive, per quanto ben coneguate, non possono supplire al difetto di etica ed è, invece, l'etica che dovrebbe guidare i comportamenti v., V. Buonocore, *Etica degli affari e impresa etica*, cit., 193.
- [51] La legittimazione richiede lo sganciamento del concetto di legittimità rispetto alla 'giustizia' delle decisioni, v. N. Luhmann, *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, (trad. it.), Milano, 1995, 27.
- [52] G. Bosi, *Impresa etica, etica d'impresa e diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2011, I, 147.

Copyright 2011 Wolters Kluwer Italia Srl - Tutti i diritti riservati
UTET Giuridica® è un marchio registrato e concesso in licenza da UTET S.p.A. a Wolters Kluwer Italia S.r.l.