

FALLIMENTO: UNA RIFORMA PER LE IMPRESE

COSTI E TEMPI DELLA GIUSTIZIA CIVILE IN ITALIA: LE PROCEDURE CONCURSUALI
NELLA COMPETIZIONE TRA MODELLI GIURIDICI ED ECONOMICI

a cura di

ALBERTO M. MUSY e MICHELA SIMONGINI

coordinamento di

PIER GIUSEPPE MONATERI

CONVEGNO DI PRESENTAZIONE DELLA RICERCA: 26 GIUGNO 2001

CENTRO CONGRESSI - UNIONE INDUSTRIALE TORINO - SALA 200

Indice

INDICE	2
INTRODUZIONE.....	4
IL MODELLO DEGLI STATI UNITI:	
CORPORATE GOVERNANCE ED INSOLVENZA	5
DALLA “GIURIDIFICAZIONE” ALLA “FINANZIARIZZAZIONE” DELL’INSOLVENZA	6
<i>La giuridificazione dell’insolvenza come strategia di promozione professionale ...</i>	<i>6</i>
<i>La riconversione dei Revisori Contabili, il ruolo degli Investment Bankers e</i>	
<i>l’invenzione di nuove competenze.....</i>	<i>9</i>
LA LEGGE FALLIMENTARE AMERICANA	11
DIRITTO FALLIMENTARE ED ANALISI ECONOMICA DEL DIRITTO	14
FRANCIA	18
LA NORMATIVA FALLIMENTARE ATTUALMENTE IN VIGORE	19
<i>Le procedure di allerta</i>	<i>19</i>
<i>L’intervento preventivo.....</i>	<i>20</i>
<i>La soluzione giudiziaria.....</i>	<i>20</i>
IL PROGETTO DI LEGGE DI RIFORMA.....	21
LA RIFORMA DEI TRIBUNALI DI COMMERCIO.....	22
GERMANIA.....	23
INTRODUZIONE DELLA “PROCEDURA UNICA DI INSOLVENZA”	
(INSOLVENZVERFAHREN)	24
<i>Apertura della “procedura unica di insolvenza”</i>	<i>24</i>
<i>Estinzione dei debiti residui dell’imprenditore</i>	<i>25</i>
<i>Coinvolgimento dei creditori.....</i>	<i>26</i>
<i>La posizione dei dipendenti dell’impresa</i>	<i>26</i>
IL “PROGETTO DI INSOLVENZA” (INSOLVENZPLAN)	27
GRAN BRETAGNA	28

L'ASSETTO ISTITUZIONALE	29
LE PROCEDURE CONCORDSUALI	30
1. <i>Administrative Receivership</i>	30
2. <i>Administration</i>	31
3. <i>Winding up</i>	31
4. <i>Compromises, compositions, arrangements with creditors, moratoria</i>	32
ITALIA	34
LA PROCEDURA CONCORDSUALE DEL FALLIMENTO	34
<i>Caratteristiche</i>	35
<i>Presupposti</i>	35
<i>La procedura fallimentare</i>	36
<i>Gli organi del fallimento</i>	37
<i>Effetti della sentenza di fallimento</i>	38
LE CRITICHE DEGLI OPERATORI ED I NUMERI DELLA CRISI	39
LE POSIZIONI DEGLI OPERATORI.....	38
ANALISI DEI TEMPI	42
ANALISI DEI COSTI.....	46
PROSPETTIVE DI RIFORMA	47
PROGETTO DI LEGGE DELEGA DEL GOVERNO	
IN MATERIA DI PROCEDURE CONCORDSUALI	47
REGOLAMENTO DEL CONSIGLIO D'EUROPA SULLE PROCEDURE DI INSOLVENZA	52
IL DIRITTO FALLIMENTARE NEL SISTEMA DEL DIRITTO	
DELL'ECONOMIA	53
CONCLUSIONI.....	58

Introduzione^{*}

Questo lavoro si inserisce nel filone di studi giuridici avviato dal Centro Einaudi nel 1999 con lo studio “Un manager in tribunale. Costi e tempi della giustizia civile in Italia. Analisi economica, riforme e strumenti alternativi”. Dalla ricerca emergeva la necessità di monitorare gli elementi chiave del sistema processual civilistico al fine di evidenziare l’inadeguatezza degli attuali strumenti rispetto alle esigenze della società e delle imprese, individuando i possibili percorsi virtuosi per porvi rimedio.

Adottando la medesima prospettiva, l’obiettivo di questo lavoro è quello di approfondire il tema delle procedure fallimentari, ampliando lo sguardo alle relazioni che necessariamente corrono tra migliore gestione dell’insolvenza e riorganizzazione del diritto societario.

E’ difficile parlare di gestione efficiente dell’insolvenza senza volgere lo sguardo alle regole della “*corporate governance*”. La patria della definizione “*corporate governance*” sono gli Stati Uniti d’America ed è da quel sistema che deve iniziare l’indagine sulle regole per la gestione moderna delle procedure fallimentari.

Il panorama che il sistema americano offre è caratterizzato da due punti cospicui: il primo sta nelle ragioni storiche e sociali della riforma della *bankruptcy*, il secondo nella legittimazione teorica offerta dagli studiosi di analisi economica del diritto.

Dopo aver analizzato il modello americano procederemo ad una rapida rassegna delle riforme in atto o attuate da altri paesi europei, riforme che nel complesso confermano il successo del modello statunitense.

Le regole statunitensi verranno utilizzate, non solo come parametro di comparazione con il nostro modello di insolvenza, ma anche come esempio di sistema uniforme

^{*} I dati e le tabelle utilizzati per la redazione del presente lavoro sono stati ricavati dalla elaborazione di quelli dell’ISTAT, del Ministero di Grazia e Giustizia e da un questionario predisposto dal Centro Einaudi e sottoposto all’attenzione di 200 operatori in 3 città italiane. Desideriamo ringraziare in particolar modo il Dr. Vladimiro Zagrebelsky, Capo dell’ufficio legislativo del Ministero di Grazia e Giustizia, per averci messo a disposizione gli studi e le elaborazioni statistiche più recenti.

all'interno di una federazione di stati. In questa seconda prospettiva sarà la legislazione dell'Unione Europea più che quella nazionale ad essere comparata¹.

La seconda parte della ricerca è dedicata al nostro sistema nazionale: alla situazione normativa odierna ed alla riforma in atto.

La maggior differenza riscontrabile tra il modello vigente in Italia e quello americano è la seguente: nel nostro paese le procedure concorsuali sono considerate un puro fatto contabile – straordinario – attraverso cui si giunge, nella maggior parte dei casi, alla liquidazione dell'impresa; al contrario, negli Stati Uniti le procedure concorsuali sono utilizzate prevalentemente come strumento di gestione – normale – delle ristrutturazioni di impresa.

In questa parte evidenzieremo le patologie delle procedure oggi in vigore, esaminando i tempi ed i costi del fallimento; vedremo come si colloca la riforma del diritto fallimentare nel panorama delle riforme del diritto dell'economia oggi in atto ed utilizzeremo gli strumenti critici dell'analisi economica per comparare il modello attuale e quello che emerge dalla proposta di riforma.

Il modello degli Stati Uniti: Corporate Governance ed Insolvenza

Per comprendere meglio le regole del diritto fallimentare americano è opportuno richiamare l'esperienza storica ed istituzionale² che ha determinato la formazione di uno strumento concorsuale così flessibile ed allo stesso tempo così adatto alle esigenze dell'economia di mercato oggi globalizzata. Analizzeremo in primo luogo l'evoluzione storica del diritto fallimentare americano, concentrando la nostra attenzione sul ruolo che vi ha giocato una specifica categoria di professionisti: gli avvocati di origine

¹ Si deve tener presente che il Consiglio dell'Unione Europea ha già adottato un Regolamento per l'uniformazione delle procedure di insolvenza, in Guida al Diritto, 8 luglio 2000, n. 25, p. 108 e segg.

² Utilizzo la parola istituzionale nel senso inteso da H.M. HART e A.M. SACKS, *The legal process: basic problems in the making and application of Law*, Westbury NY, 1994, pp. 1-48: le regole vanno analizzate non solo in funzione di quello che prescrivono, bensì in funzione di chi sono i soggetti istituzionalmente deputati a farle applicare.

ebraica; passeremo in rassegna poi le nuove figure professionali sorte sulla scorta del nuovo diritto ed infine esamineremo le regole della *bankruptcy* oggi in vigore.

Dalla “giuridificazione” alla “finanziarizzazione” dell’insolvenza

La giuridificazione dell’insolvenza come strategia di promozione professionale

Al di là dell’Atlantico la gestione dell’insolvenza era una pratica emarginata e screditata. Due erano le ragioni: la debolezza dei risultati che si potevano ottenere e la forte interferenza della politica locale nel settore della giustizia. Il diritto fallimentare, poi, era questione di commercianti disprezzata dall’élite dei professionisti del diritto. Inoltre, trattandosi di una pratica legata alla ciclicità economica, dipendeva fortemente dalla congiuntura in cui ci si trovava ed aveva un andamento contro-ciclico: era molto richiesta quando gli affari andavano male.

Nel secondo dopoguerra, gli anni del boom economico americano, l’establishment giuridico aveva completamente abbandonato questa pratica che si trasformò a dire dei commentatori in “un ghetto ebreo”³.

Le cose erano state molto diverse negli anni ’80 del XIX secolo e negli anni ’30 del XX, in quei momenti molto burrascosi per l’economia statunitense tutti i *corporate lawyer* di Wall Street conoscevano e praticavano il diritto fallimentare. L’avevano adoperato nel primo caso per ricondurre nelle mani dei capitalisti della costa Est i grandi fallimenti delle ferrovie e delle industrie legate allo sfruttamento della costa Ovest, nel secondo caso per gestire la ristrutturazione delle grandi imprese vittime della Depressione.

L’appropriazione del diritto fallimentare da parte degli avvocati di origine ebraica viene considerato un fenomeno dovuto a due principali motivi. Da un lato vi era contiguità sociale tra quei professionisti e gli imprenditori (commercianti ebrei di abbigliamento della 7th Avenue) che più spesso erano costretti a ricorrere alle procedure concorsuali.

Dall’altro vi era una situazione di doppia emarginazione: i grandi studi *Wasp* disprezzavano la pratica fallimentare ed il recupero credito, inoltre non reclutavano

³ J. STEWARD, *Going for broke*, in *The American Lawyer*, 1982.

lawyers di origine ebraica. In queste condizioni quel gruppo specifico di avvocati ebbe l'opportunità di sfruttare un settore redditizio e sgombro di concorrenti importanti⁴.

Si affermava così una classe molto chiusa di *bankruptcy lawyers-debtor lawyers*, una consorterìa (*ring*) secondo alcuni, una élite di professionisti secondo altri.

La comunanza di interessi tra i professionisti del settore, la loro vicinanza, molto spesso amicizia, con gli imprenditori-clienti, resero un servizio insperato al diritto fallimentare americano.

Questa branca del diritto, allora, rigida e formalizzata, attraverso la pratica della "familiarità" e della fiducia personale reciproca – rese possibili dalla estrema contiguità tra i professionisti del settore – venne completamente rinnovata nella prassi, svuotata dall'interno.

Nella pratica di tutti i giorni si realizzava una situazione in cui la fiducia reciproca fra specialisti rappresentanti interessi antitetici favoriva l'emergere di un consenso e la negoziazione di accordi "all'ombra del diritto".

Favorendo i contatti non ufficiali, il clima di fiducia consentiva di riavviare il dialogo fra operatori economici che, in una situazione di crisi e di totale scetticismo, venivano comunque obbligati a cooperare.

L'eccessivo formalismo ed una strategia aggressiva del ricorso giudiziario sarebbe stata, viceversa, il mezzo più sicuro per affossare un'impresa e dilapidare in spese legali le ultime risorse che avrebbero potuto consentire, se non il riassetto, almeno la restituzione di una parte dei crediti.

La trasformazione del diritto fallimentare americano non può essere compresa a pieno se non si tiene presente un ulteriore fenomeno. Attraverso questo campo, infatti, si ebbe la riabilitazione professionale dei *bankruptcy lawyers* di origine ebraica. Essendo entrati dalla porta di servizio del mondo delle professioni legali, le nuove generazioni di giuristi ebrei hanno cercato di rimodellarle. Esclusi ingiustamente dalla pratica del diritto commerciale, i giovani laureati non hanno avuto tregua finché non vi sono stati

⁴ Peraltro secondo il principio di economia (*spirit of economy*) i giudici riducevano gli onorari sostenendo che diversamente gli avvocati sarebbero stati ingiustamente favoriti rispetto agli altri creditori. Prima della riforma del 1978 gli onorari erano di media due volte inferiori rispetto a quelli generalmente praticati dai *corporate lawyers*.

riammessi. Relegati ad un settore marginale e screditato, hanno applicato gli strumenti e le pratiche utilizzate ai piani alti del diritto commerciale e societario per forgiare un nuovo tipo di diritto fallimentare.

Il loro intento era quello di creare un contenzioso ed una giustizia uguale agli altri, in questo modo ne hanno tratto un duplice vantaggio.

Strategicamente, l'utilizzazione delle raffinate tecniche giuridiche dei *corporate lawyers* consentiva loro di imporsi nel campo dell'insolvenza nei confronti di concorrenti che utilizzavano tecniche procedurali obsolete. Ma il grande vantaggio era di carattere simbolico, introducendo gli strumenti del diritto specialistico nel settore della pratica che erano costretti ad esercitare, dimostravano che il loro era un settore come gli altri.

In questo quadro si colloca la nascita della *National Bankruptcy Conference (NBC)*, associazione che fu il veicolo per guidare questa rivincita ed andare anche al di là delle aspettative iniziali. L'assise non voleva essere un semplice gruppo di ricerca scientifica, ma intendeva riunire un piccolo consesso di esperti – una quindicina all'inizio una cinquantina oggi – giudici ed avvocati, il cui scopo era quello di dare al diritto fallimentare uno status pari a tutte le altre discipline del diritto commerciale. Il Bankruptcy Reform Act del 1978, la grande riforma della materia, è stato il frutto dell'attività di *lobbying* legislativo della NBC.

Il passaggio dal ghetto alla creazione di una élite di tecnici in grado di condizionare il legislatore dispiega i suoi effetti negli anni immediatamente successivi alla riforma.

In pochi anni il numero dei Chapter Eleven si è moltiplicato per cinque, il *business bankruptcy bar* è letteralmente esploso e per accedere a questo nuovo ed appetibile mercato le *Wall Street Firm* più prestigiose non hanno esitato ad aumentare le offerte per acquistare le *bankruptcy boutiques* o a reclutare a peso d'oro i *bankruptcy lawyers* che le stesse avevano respinto qualche anno prima⁵.

⁵ E. LEE, *Bankruptcy Lawyers Gain Status, Wider Role in Corporate Strategy*, in *Wall Street Journal* del 9 luglio 1987; R. AARON, *The Bankruptcy Reform Act of 1978: the Full-employment-for-lawyer Bill*, in *22 Corporate Practice Commentor*, 2, 244 (1980). A questo si deve aggiungere che negli stessi anni era evidente la fine del benessere del secondo dopoguerra, la Citibank per prima aprì un *work out department* specializzato nella ristrutturazione finanziaria, operazione che ebbe un notevole successo e che venne seguita da molti altri istituti di credito.

Le *Wall Street Law Firms* dedicandosi sempre di più alla materia fallimentare hanno introdotto i loro metodi di lavoro e preteso una formalità ed un tecnicismo su tutti gli aspetti del diritto (lavoro, previdenza, finanziario) che non poteva essere messo al servizio dei clienti da parte delle piccole *boutiques*.

Appropriandosi della pratica fallimentare e normalizzandola le grandi strutture ne hanno scoperto nuovi utilizzi, tra i quali quello più importante consiste nel cosiddetto “fallimento strategico”. Se in passato la presenza di un esperto in fallimenti era considerata funesta in un consiglio di amministrazione, oggi si considera il *bankruptcy lawyer* come uno stratega dell’impresa, il principale consulente dell’amministratore delegato nei momenti di crisi⁶.

L’insolvenza, negli Stati Uniti, da quel momento in avanti, venne letta come lo strumento attraverso cui rinegoziare situazioni contrattuali divenute insostenibili.

La fortuna della riforma del fallimento è dovuta al fatto di essere uno strumento giuridico che consente di adeguare l’assoluto rigore dell’impegno contrattuale alla relatività di un mondo economico in rapida evoluzione⁷. L’accento viene posto sulla riorganizzazione delle relazioni produttive, e la nozione di insolvenza è relegata in secondo piano, al punto che alcuni autori sostengono che la procedura del Chapter 11 sia divenuta “una spada anziché uno scudo” nelle mani del management⁸.

La riconversione dei Revisori Contabili, il ruolo degli Investment Bankers e l’invenzione di nuove competenze

La trasformazione del diritto fallimentare ha portato con sé la nascita di nuove figure professionali, la trasformazione di altre e l’offerta di nuovi servizi alle imprese.

Prima della riforma il ruolo svolto dagli esperti contabili – l’equivalente dei nostri commercialisti – si limitava a quello di ausiliario tecnico del *bankruptcy lawyer*.

⁶ E. LEE, *Bankruptcy Lawyers Gain Status, Wider Role in Corporate Strategy*, cit.

⁷ La teorica contrattualistica contemporanea si affaccia sempre di più ad ipotesi simili a quella sviluppata dagli esperti del fallimento americani. Vedi F. OST, *Temps et contrat. Critique du pacte faustien* (non pubblicato), Bruxelles, 1999.

⁸ Marc Hyman, citato da *The Economist* 18 marzo 1989, *The Uses and Abuses of Chapter 11*.

La maggior parte delle aziende che oggi chiedono di poter avviare una procedura concorsuale volta alla ristrutturazione aziendale hanno servizi contabili che funzionano in modo soddisfacente. Data l'importanza delle questioni, quando si tratta di valutare quali attività chiudere, quali mantenere e quanto valutarle, le imprese si rivolgono sempre di più agli *investment bankers* anziché ai revisori contabili. Questi ultimi hanno reagito allo spodestamento in due modi diversi: alcuni particolarmente specializzati e preparati si sono posti come alternativa agli avvocati e agli specialisti di finanziamenti, diventando strateghi finanziari e mediatori che partecipano a tutti i grandi affari; altri hanno ampliato la gamma dei servizi che possono offrire, insieme a quelli puramente contabili, proponendosi sul mercato come esperti in riorganizzazione in grado di coprire, grazie soprattutto ai numeri di persone coinvolte in un progetto, tutte le esigenze delle imprese e divenire i veri e propri *one stop shopping* del risanamento.

Quando il valore dell'impresa in crisi è di dimensioni notevoli la procedura di Chapter 11 diviene una vera e propria operazione finanziaria. In questo tipo di affari gli operatori non sono più dei tecnici del diritto, della ragioneria o della finanza, ma sono degli investitori veri e propri o tutte queste cose insieme contemporaneamente. Gli anni '80, in particolare, hanno segnato il tempo in cui, anziché utilizzare lo strumento concorsuale per evitare la crisi si avviano procedure di ristrutturazione finanziaria ed industriale nel tentativo di bloccare, prima che sia troppo tardi, la riduzione dei tassi di profitto di un'impresa.

I paladini di queste operazioni sono gli *investment bankers*, cui si affianca una nuova figura, quella dei *work out* o *turnaround managers* il cui compito è quello di gestire l'azienda solo nel momento di crisi e di ristrutturazione per poi riconsegnarla alla compagine proprietaria – spesso allargata alle banche d'affari che hanno curato la ristrutturazione – pronta a generare nuovi profitti. Si assiste, inoltre, alla trasformazione degli intermediari (*bankruptcy lawyers, accountants, work out managers*) in finanziatori.

L'aumento del potere delle banche d'affari sul terreno dell'insolvenza è stato progressivo. Per inserirsi nel nuovo mercato i capitalisti hanno giocato la carta della competenza acquisita in altri settori. Hanno suggerito l'utilizzazione di tutta la gamma

di tecnologie finanziarie messe a punto dai dipartimenti di *corporate returning* per risolvere i problemi delle imprese in crisi e reinserirle nel mercato finanziario.

Le *investment banks* svolgono qui la funzione classica di riduzione dell'incertezza. Si tratta di una garanzia necessaria perché i potenziali investitori hanno tutte le ragioni di interrogarsi sulla effettiva portata del processo di ristrutturazione: una semplice ripulita della facciata per far sparire i debiti insolvibili, trasformandoli in azioni, oppure uno shock terapeutico in grado di generare continui profitti?

Anziché agire in virtù della fiducia che un determinato avvocato poteva spendere, le banche d'affari mettono davanti a tutto i denari che investono nell'operazione e con cui garantiscono il risanamento. Non sono più i professionisti a governare, ma "i soldi". Chi mette i capitali liquidi in una società in crisi proprio per la carenza di *cash flow* non può che essere quello che la governa e se non prende le redini dell'operazione, assume comunque una posizione di forza per far prevalere la strategia che sostiene.

Paradossalmente la razionalizzazione del sistema delle procedure concorsuali iniziato dagli avvocati del fallimento ha permesso la nascita di nuovi concorrenti per gli avvocati medesimi. Nel caso americano la ricerca di una soluzione più efficiente ha significato la "degiurisdizionalizzazione".

La legge fallimentare americana

Esaminiamo ora la legge fallimentare americana. E' opportuno precisare che le procedure concorsuali e la legge fallimentare, ai sensi dell'art.1 dell'Ottava Sezione della Costituzione degli Stati Uniti, sono materie che devono essere regolate a livello federale. Questo significa che i singoli stati non sono competenti in materia e possono disciplinare solo taluni aspetti della relazione debitore creditore.

I procedimenti fallimentari sono seguiti e decisi dalle Bankruptcy Courts, che fanno parte delle District Courts. I compiti amministrativi relativi ai procedimenti concorsuali sono seguiti da un *Trustee* di nomina congressuale (United States Trustee). Le procedure concorsuali sono regolate dalle Bankruptcy Rules, le quali sono promulgate dalla Corte Suprema sotto l'egida del Congresso.

Il Bankruptcy Reform Act del 1978 ed i suoi successivi emendamenti⁹ costituiscono la base della legislazione fallimentare. Sono previste due principali procedure:

- le procedure liquidatorie (*liquidation*) regolate dal Chapter 7 della Bankruptcy Law, il cui obiettivo è pervenire alla liquidazione dei beni del debitore inadempiente. Esse prevedono la nomina di un *trustee* che definisce l'asse fallimentare (*non exempt property*), ne cura il realizzo e distribuisce il denaro ricavato tra i creditori. Tali procedure si applicano alle imprese, organizzate o meno in forma societaria, nonché ai singoli individui, imprenditori e consumatori;
- le procedure di riorganizzazione, che mirano al rilancio dell'impresa. Tali procedure sono regolate dai Chapter 11, 12, 13. In particolare il Chapter 11 si applica sia alle imprese organizzate sotto forma di *corporations*, *partnerships* e *trusts* sia ai soggetti individuali (con l'eccezione dei *brokers* azionari e di *commodities*); il Chapter 12 si applica alle imprese agricole, esercitate in forma sia individuale sia organizzata e il Chapter 13 si applica esclusivamente a soggetti individuali¹⁰.

Le procedure liquidatorie e riorganizzative seguono uno schema comune. In esso si distinguono i seguenti momenti:

1. Richiesta di apertura della procedura (*filing*)¹¹. E' importante notare che il presupposto giuridico oggettivo per l'apertura delle procedure fallimentari è costituito

⁹ Il Bankruptcy Reform Act è divenuto effettivo il primo ottobre 1979, successivi emendamenti della legge si sono avuti nel 1984, 1986, 1990 e, in maniera più estensiva, nel 1994.

¹⁰ Y. DEZALAY, *Marchands de droit. La restructuration de l'ordre juridique international par le multinationales du droit*, Fayard, Parigi, 1992, pp. 60. Uno speciale *caveat* deve essere fatto. Le procedure di risanamento hanno avuto un risultato diverso a seconda delle dimensioni dell'impresa coinvolta. Solo un terzo delle imprese che avevano meno di 25 milioni di dollari di fatturato – il che significa il 41% dei Chapter 11 aperti nel 1987 – era ancora in funzione l'anno seguente. La metà era stata oggetto di un provvedimento di liquidazione e le altre erano state smantellate e vendute. Invece, il 69% delle imprese con più di 100 milioni di fatturato (che rappresenta solo il 7% dei Chapter 11 del 1987) erano ancora operative nello stesso arco temporale. Le ragioni di tale divario sono molteplici, ma devono essere soprattutto ricondotte al fatto che solo le grandi imprese – seppure in crisi – possono permettersi degli specialisti in grado di affrontare non solo la procedura concorsuale, ma anche il piano di ristrutturazione aziendale.

¹¹ Essa può essere volontaria, nel caso venga effettuata mediante una *petition* dallo stesso debitore o involontaria.

dall'incapacità del debitore di adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni. La richiesta di apertura involontaria della procedura può essere effettuata da uno o più creditori, che vantino un credito almeno pari a 5.000 dollari, se il numero di creditori conosciuti è inferiore a 12, da almeno tre creditori, che vantino un credito complessivo di 5.000 dollari, se tale numero è superiore a 12. Se il debitore è una *partnership*, la richiesta può essere avanzata dalla minoranza dei *partners*. La richiesta di apertura involontaria è esaminata dalla Bankruptcy Court competente, che può accoglierla e dare inizio agli atti procedurali o negarla (in tal caso le spese processuali – contrariamente al regime ordinario americano dove ciascuno paga le proprie spese legali – sono a carico della parte soccombente).

2. Cessazione dei pagamenti (*automatic stay*); una volta che la procedura è aperta, i creditori devono cessare le azioni di recupero intraprese, salvo i crediti dello Stato e del coniuge separato per quanto attiene agli alimenti e ai sussidi per il mantenimento dei figli.

3. Determinazione del patrimonio di competenza della procedura (*property of the estate*) che si contrappone al patrimonio individuale del debitore (*property of the debtor*). In questa fase si determina il patrimonio da liquidare (nel caso del Chapter 7), oppure il patrimonio da utilizzare come base per la riorganizzazione dell'impresa (nel caso del Chapter 11, 12 e 13)¹².

4. Esercizio delle azioni revocatorie (*avoiding powers*) da parte del debitore o del *trustee* o commissario; le azioni revocatorie più comuni sono tre:

a) quelle esercitate per revocare pagamenti preferenziali (*preferential payments*), di tale azione sono passibili i pagamenti effettuati nei 90 giorni precedenti alla dichiarazione della procedura; un termine più ampio di un anno è fissato per i pagamenti effettuati a specifiche categorie di soggetti (parenti, affini, soggetti controllanti etc.). Deve essere sottolineato con forza il fatto che sono comunque esclusi dall'azione revocatoria i

¹² Nella determinazione del patrimonio individuale non aggredibile dalle procedure concorsuali, si fa riferimento a regole (*exemptions laws*) fissate sia a livello federale, sia, in senso restrittivo, a livello statale. Quest'ultima circostanza crea, nei fatti, una disparità di trattamento tra i debitori residenti in stati diversi e favorisce comportamenti di pianificazione pre-fallimentare per i soggetti potenzialmente mobili sul territorio.

pagamenti effettuati per il normale esercizio dell'impresa e quelli corrisposti a creditori interamente garantiti;

b) quelle esercitate per revocare compravendite e trasferimenti di proprietà effettuati fraudolentemente per sottrarre beni alla procedura. In questo caso vi è l'onere di provare la sproporzione tra il corrispettivo ricevuto ed il valore dei beni ceduti;

c) quelle esercitate per revocare iscrizioni di ipoteche attuate in frode ai debitori della procedura.

5. Il pagamento dei debitori. Questa fase è sostanzialmente diversa nel caso delle procedure liquidatorie rispetto a quelle di rilancio dell'impresa. Nel caso delle procedure liquidatorie (Chapter 7) vi è la nomina di un trustee che procede alla vendita all'incanto della massa fallimentare e alla successiva distribuzione del ricavato tra i creditori rispettando l'ordine di priorità¹³. Nel caso delle procedure di rilancio, invece, deve essere presentato un piano di ristrutturazione aziendale, che determini le modalità di rimborso dei debitori. Esso deve essere approvato dalla maggioranza dei debitori e assicurare ad essi non meno di quanto si stima riceverebbero nell'ipotesi di liquidazione dell'impresa¹⁴.

Diritto Fallimentare ed Analisi Economica del Diritto

¹³ Le priorità da seguire nella distribuzione dei proventi, ai creditori non garantiti, sono le seguenti: 1) spese di procedura; 2) spese per la continuazione degli affari del debitore (nel caso in cui sia permessa); 3) crediti derivanti da prestazioni di lavoro effettuate almeno 90 giorni prima della apertura della procedura; 4) crediti dei dipendenti per contributi previdenziali; 5) crediti inferiori ai 900 dollari, relativi al pagamento di beni che il debitore aveva venduto e non consegnato; 6) crediti fiscali.

¹⁴ Nel 1997 si è raggiunto il picco massimo delle procedure concorsuali (*bankruptcy filings*): 1,4 milioni di aperture di procedure con un incremento del 14% rispetto all'esercizio precedente. La maggioranza dei casi (96%) ha riguardato debitori individuali. Sebbene il 1998 abbia dimostrato un certo rallentamento, tale elevato numero di procedure, proprio in coincidenza con un periodo di elevato sviluppo dell'economia, ha fatto emergere un acceso dibattito in merito alla necessità di introdurre dei cambiamenti sostanziali nella legislazione fallimentare. Il dibattito, ancora in corso, ha riguardato prevalentemente la regolamentazione dei debitori individuali (Dati Banca d'Italia – Relazione 1998 non pubblicata).

Abbiamo visto l'evoluzione storica del nuovo diritto fallimentare americano ed abbiamo accennato al fatto che oltre alla legittimazione sul piano pratico la riforma del diritto fallimentare ha oggi ricevuto una definitiva consacrazione a livello teorico da parte degli studiosi di analisi economica del diritto.

La materia fallimentare letta dal punto di vista giuseconomico pone i seguenti problemi: quando vi sono molti creditori e le attività del debitore sono inferiori alle passività, vi è il rischio che i creditori facciano investimenti in risorse volti ad appropriarsi per primi dei beni del debitore, al fine di soddisfare i loro crediti¹⁵.

Tale investimento determinerebbe una liquidazione indiscriminata dei beni che formano l'impresa; situazione che equivarrebbe ad una secca perdita di ricchezza; l'impresa – come complesso di beni – infatti, ha un valore maggiore rispetto a quello risultante dalla somma dei singoli beni che la compongono.

E' interesse di tutti i creditori che la liquidazione dell'attivo dell'impresa abbia luogo in modo ordinato attraverso una procedura collettiva, che impedisca ai singoli creditori di disporre autonomamente di beni o parti dell'impresa.

L'analisi economica del diritto descrive questa situazione come un classico caso di coordinamento delle "scelte collettive"¹⁶. Se assumessimo un mondo in cui gli operatori non hanno limiti cognitivi e non tengono comportamenti strategici, sarebbe possibile organizzare privatamente delle procedure concorsuali¹⁷.

Esprimendosi con il linguaggio degli economisti di scuola neo-istituzionale si potrebbe dire che gli alti costi transattivi, i comportamenti opportunistici ed i rischi di *hold up* – situazioni che si acutizzano nel caso di insolvenza – rendono necessario trovare la soluzione alla crisi finanziaria dell'impresa al di fuori dalle regole del mercato. Le

¹⁵ R.A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, Boston, 1992, p. 401.

¹⁶ A.F. SHIERS & D.P. WILLIAMSON, *Non business Bankruptcies and the Law: Some Empirical Results*, 21 J. Consumer Affairs 277 (1987).

¹⁷ La dottrina angloamericana, in questo caso, distingue tra creditori volontari e creditori involontari, e giustifica la creazione di una disciplina regolamentare proprio allo scopo di evitare tali asimmetrie, P. AGHION, *Bankruptcy and its reform*, in P. Newman, *The New Palgrave Dictionary of Economic and the Law*, Londra, Macmillan, 1998.

alternative al mercato possono stare nelle regole di governance tipiche dei contratti relazionali oppure nel governo pubblico dell'insolvenza¹⁸.

Il fallimento è un tipico caso di *market failure* (fallimento del mercato).

La comparazione diacronica e sincronica tra i modelli giuridici dimostra che le scelte adottate in vari paesi della tradizione giuridica occidentale si muovono all'interno di alcune possibili opzioni¹⁹. Non esiste, allora, una procedura concorsuale unica ed ottimale per tutti i sistemi²⁰, ma la lettura giuseconomica del tema enuncia gli obiettivi fondamentali che una “buona legge fallimentare” deve perseguire:

1) Massimizzare l'efficienza ex ante dell'impresa

Questo significa creare nel management delle imprese una certa dissuasione verso comportamenti troppo rischiosi; il fallimento deve contenere un effetto di *signalling* (segnalazione) *ex post*, per incentivare comportamenti virtuosi *ex ante*.

Il fallimento di una azienda è un inequivocabile segnale di incapacità negli affari ed anche se non tutti i fallimenti sono dovuti ad errori, incompetenza e disonestà, il manager protagonista di un fallimento farà fatica a convincere i suoi prossimi datori di lavoro. A questo si deve aggiungere il fatto che il manager di una società in crisi potrebbe vedersi ridotto lo stipendio oppure veder cancellata la propria posizione nella struttura aziendale.

Peraltro, una punizione eccessivamente severa in caso di fallimento può avere effetti negativi anche *ex ante* – sull'iniziativa imprenditoriale o sull'assunzione ottimale di rischio nel corso dell'attività di impresa – se si assume che il management sia avverso al rischio²¹.

¹⁸ Per una analisi del passaggio dalle regole di governo tipiche del mercato a quelle dei contratti relazionali vedi O. WILLIAMSON, *The Economic Institutions of Capitalism*, New York, 1987.

¹⁹ O. HART, *Different approaches to bankruptcy*, Parigi, mimeo, 1999.

²⁰ Non dimentichiamo che la procedura scelta da un paese è fortemente influenzata dalla struttura istituzionale e dalla tradizione legale – la cosiddetta *path dependency* – vedi D. NORTH, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge Mass., 1990.

²¹ R.A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, cit., p. 399.

2) Massimizzare il valore ex post dell'impresa

- a) Minimizzare le perdite connesse alle spese di procedura (quindi ridurre i tempi di svolgimento ed i costi).
- b) Garantire che al termine della procedura i beni dell'impresa siano allocati secondo criteri che ne assicurino la massima valorizzazione.

L'impresa può essere riorganizzata, ceduta nel suo complesso o smembrata e venduta a pezzi, l'importante è che la scelta cada su quella, fra le diverse opzioni, che genera il maggior valore ex post. In genere questo significa attribuire maggior potere al management in carica, che possiede maggiori informazioni sulle condizioni e le possibilità di risanamento dell'impresa.

3) Rispettare i diritti proprietari degli azionisti

Infine si deve preservare in capo agli azionisti una parte del valore dell'impresa anche successivamente al fallimento, per evitare che gli azionisti tengano un comportamento strategico volto a ritardare quanto più possibile l'avvio della procedura fallimentare.

4) Avere una incidenza normale nella amministrazione della giustizia

Il sistema giuridico ha un interesse a che tutti i debitori possano dopo un certo tempo ritenersi liberati del loro credito; in altre parole ogni debitore ha il diritto, quando chiede un prestito, di sapere che, al limite, potrà essere liberato dal suo debito attraverso il fallimento.

Non è solo una questione di tipo paternalistico; la ratio di tale regola è quella di evitare all'ordinamento degli eccessivi costi giudiziari per il recupero di crediti per un periodo eccessivamente lungo (pensiamo al rientro rateizzato a tempo indefinito). Il costo di tale procedura non è esclusivamente a carico delle parti, quindi, la collettività può decidere di limitare nel tempo il recupero dei crediti attraverso il ricorso al fallimento.

Secondo molti dei commentatori la sintesi più efficace delle linee guida che abbiamo esaminato è offerta dal modello americano del Bankruptcy Code del 1978²²; la

²² Non manca chi ha criticato questo sistema perché al momento della sua entrata in vigore, avvenuta quando la riforma non era attesa ed attraverso l'applicazione *ex tunc*, si verificò un effetto redistributivo a

massimizzazione ex ante viene fatta attraverso il disvalore sociale del fallimento per i manager che non lo hanno impedito, la massimizzazione ex post recuperata attraverso una gestione efficiente delle risorse sane dell'impresa in crisi, i diritti degli azionisti sono salvaguardati quando la ristrutturazione sia possibile, determinando così degli incentivi a ricorrere in anticipo alla procedura concorsuale; i costi di amministrazione della giustizia ridotti prevedendo, sia per il fallimento personale (*nonbusiness bankruptcy*), che per quello delle società (*corporate bankruptcy*), una definitiva liberazione da tutti i debiti.

Francia

Il modello americano ha ispirato in parte le riforme attuate in vari paesi europei. Prima di addentrarci nell'analisi del sistema italiano offriremo, nei prossimi tre capitoli una rapida descrizione delle procedure concorsuali e delle riforme in atto nei tre maggiori paesi dell'Unione Europea.

In Francia, il governo ha approntato un progetto di riforma della legge fallimentare che è stato in parte già implementato con un decreto legge e delle successive circolari attuative²³. L'obiettivo fondamentale della riforma è di semplificare le procedure ed accrescere la trasparenza delle stesse; inoltre, ispirandosi alle pratiche anglosassoni il progetto di legge prevede alcune nuove misure che dovrebbero incentivare le imprese in difficoltà a ricorrere tempestivamente alle procedure di risanamento, prima che la situazione aziendale sia definitivamente compromessa.

In questa nota si passano in rassegna i punti fondamentali della normativa attuale, il progetto di riforma e le linee guida di un altro progetto di legge in corso di preparazione

favore dei debitori di quel momento a scapito dei loro creditori. Vedi R.A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, cit., p. 402 e W.J. BOYES & R.L. FAITH, *Some Effects of the Bankruptcy Reform Act of 1978*, 29 J. Law & Econ. 139 (1986).

²³ Decreto n. 98-1232 del 29 dicembre 1998, a modifica del decreto n. 85-1388 del 27 dicembre 1985 relativo al risanamento ed alla liquidazione giudiziaria delle imprese e del decreto n. 85-1389 del 27 dicembre 1985 relativo agli amministratori giudiziari, mandatarî giudiziari ed alla liquidazione delle imprese e degli esperti in analisi delle imprese in crisi.

complementare a quello sopra richiamato, concernente la riforma dei tribunali di commercio, che dovrebbe essere elaborato entro la fine dell'anno in corso.

La normativa fallimentare attualmente in vigore

L'insieme delle norme che attualmente regolano le procedure fallimentari è il risultato di successivi interventi del legislatore francese, per passare da un sistema più simile al tradizionale fallimento liquidatorio – come quello previsto dal nostro ordinamento – ad un sistema mirante a rafforzare la protezione delle imprese in difficoltà attraverso procedimenti di risanamento.

La legge 13.07.67 prevede un concordato con i creditori, la legge del 1° marzo 1984 e il decreto d'applicazione del 1° marzo 1985 hanno istituito “meccanismi di allerta”, la legge 25.01.85 ha regolato le procedure collettive e completato la costruzione del sistema di protezione delle imprese in difficoltà. La legge del 10 giugno 1994 modifica e adatta la legge 25.01.85 per migliorare le modalità di prevenzione delle difficoltà dell'impresa e rafforzare la posizione dei creditori nelle procedure collettive.

Le procedure di allerta

La legge 01.03.84 ha creato diverse procedure di allerta che possono essere avviate su iniziativa dei revisori contabili (l'equivalente dei nostri sindaci), del comitato d'impresa o del presidente del tribunale di commercio.

La legge conferisce al revisore contabile la possibilità di richiedere informazioni “su qualsiasi fatto suscettibile di compromettere la continuità della gestione”; egli redige un rapporto che sarà presentato all'assemblea dei soci o la convoca direttamente in caso d'urgenza. Di tali fatti è tenuto ad informare il presidente del tribunale di commercio.

Il comitato d'impresa può avviare la procedura di allerta se “viene a conoscenza di fatti che possono incidere in maniera preoccupante sulla situazione economica dell'impresa” (art.43, legge 1.3.84).

Il presidente del tribunale di commercio può convocare i dirigenti di una società quando risulta – da un qualsiasi atto, documento o procedura – che questa affronta difficoltà tali

da compromettere la continuità della gestione (artt.34 e 37 legge 1.3.84), al fine di cercare i mezzi per regolare tali difficoltà.²⁴

L'intervento preventivo

Per prevenire i rischi di fallimento la legge 10.6.94 ha introdotto alcune modifiche alla legge 1.3.84, adottando le prassi seguite dai tribunali di commercio, ma lasciando alle imprese la possibilità di cercare accordi con i creditori.

1) Designazione di un mandatario ad hoc: si tratta di un mandatario che assiste l'imprenditore nella gestione ordinaria. La nomina del mandatario (che non deve essere pubblicizzata) può avvenire su richiesta dell'imprenditore o su iniziativa del presidente del tribunale di commercio. Il mandatario *ad hoc* è un esperto di gestione incaricato di mettere le proprie competenze a disposizione dell'imprenditore (che mantiene i poteri di gestione) e di preparare un piano di risanamento dell'impresa.

2) Soluzione consensuale: per chiedere al tribunale la ricerca di una soluzione consensuale, l'impresa deve trovarsi in una situazione di "difficoltà giuridica, economica e finanziaria". La legge 10.6.94 (art.35) dispone che il debitore deve esporre nella domanda i mezzi con i quali intende far fronte alle difficoltà. In ogni caso, per riprendere l'attività, il debitore deve presentare un piano di risanamento dell'impresa. Se la richiesta è accolta, il presidente del tribunale commerciale nomina un *conciliatore*, il cui incarico è di ricercare una soluzione amichevole tra l'impresa e i suoi creditori, entro tre mesi.

La soluzione giudiziaria

Quando l'impresa si trova nell'impossibilità di far fronte alle proprie obbligazioni, la legge 25.1.85 stabilisce che "è istituita una procedura di risanamento giudiziario destinata a permettere la salvaguardia dell'impresa, il mantenimento dell'attività e dell'occupazione, la valutazione dello stato passivo".

Il tribunale decide il risanamento giudiziario o la liquidazione dell'impresa, alla luce di quanto emerge da una prima fase, detta periodo di osservazione. Nel periodo di

²⁴ Egli può proporre tre alternative, anche combinate tra loro: una moratoria, una rimessa parziale del debito o un apporto in contanti.

osservazione il tribunale lascia operare l'impresa per stabilire quali sono le sue effettive difficoltà e quali sono le eventuali possibilità di risanamento. La sua durata è limitata a sei mesi, rinnovabili una sola volta. Durante questo periodo il debitore è privato delle sue prerogative, che sono assegnate all'amministratore nominato dal tribunale. Tuttavia, se il tribunale lo consente, può continuare a occuparsi della gestione corrente dell'impresa, con l'assistenza e sotto la sorveglianza dell'amministratore.

Al termine del periodo di osservazione il tribunale deve decidere se l'impresa è in grado di proseguire lo svolgimento della propria attività o se, al contrario, essa deve essere liquidata. A partire dal momento dell'apertura della procedura di risanamento i terzi possono sottomettere al tribunale offerte che permettono il mantenimento dell'attività dell'impresa. Il tribunale sceglie l'offerta più consona dopo aver sentito sia l'amministratore sia il debitore, sia il rappresentante dei creditori²⁵. Il cessionario, da parte sua, è tenuto a rispettare gli impegni che si è assunto con il piano, in particolare per quanto concerne le cessioni di attività nei due anni che seguono il trasferimento. Nel caso in cui il tribunale constati che l'impresa non ha alcuna possibilità concreta di proseguire la propria attività e che neppure la cessione potrebbe permetterne la sopravvivenza e salvaguardare l'occupazione, deve pronunciare la liquidazione, senza attendere la conclusione del periodo di osservazione.

La prima conseguenza della decisione della messa in liquidazione è l'esclusione del debitore da tutti gli atti di gestione dell'impresa. Tutti i poteri di gestione passano al liquidatore. Il debitore può compiere soltanto atti di conservazione del patrimonio, purché non arrechino pregiudizio agli interessi dei creditori.

Il progetto di legge di riforma

Il governo ha preparato un progetto di legge per la modifica della normativa, che introduce le seguenti innovazioni. In primo luogo viene prevista la possibilità di avvio del procedimento su iniziativa del debitore (come prevede la legislazione americana). Il progetto di legge consente al debitore di depositare i libri contabili prima che si sia verificata la cessazione dei pagamenti ed evitando che la situazione dell'impresa venga irrimediabilmente compromessa.

²⁵ Esso deve inoltre tenere conto delle garanzie di mantenimento dell'occupazione previste nell'offerta.

In secondo luogo viene modificata la definizione di *cessazione dei pagamenti* come segue: “impossibilità di far fronte al passivo esigibile con l’attivo disponibile e situazione aziendale durevolmente compromessa”.

L’art.108 della legge 25.1.85 prevede che i pagamenti per rimborso di debiti scaduti effettuati dopo la data di cessazione dei pagamenti possano essere annullati se coloro che hanno trattato con il debitore erano a conoscenza dello stato di cessazione dei pagamenti (strumento analogo è quello offerto dalla revocatoria fallimentare di cui all’art.67 della LF italiana). Il progetto di legge prevede di rafforzare questo dispositivo stabilendo che tutti i vantaggi (anche a titolo di garanzia o simili) ottenuti nel corso del periodo sospetto possano essere annullati; in controtendenza, quindi, rispetto al sistema americano, ispiratore della riforma.

Il progetto di legge prevede che il presidente del tribunale di commercio o il pubblico ministero possano chiedere di essere informati delle procedure in corso; l’ipotesi ricorrerà nel caso in cui queste possano avere notevole rilievo per l’interesse pubblico (presumibilmente nel caso di grandi imprese occupanti un numero elevato di lavoratori).

La riforma dei tribunali di commercio

Il 31 maggio 1999 il ministro della Giustizia Elisabeth Guigou, a corollario della modernizzazione del sistema della giustizia commerciale, ha presentato le linee guida di un progetto di riforma della normativa riguardante i tribunali di commercio, organi del potere giudiziario competenti in materia di dispute tra commercianti o relative ad atti di commercio e quindi alle procedure fallimentari.

Consacrati dal codice di commercio del 1807, l’organizzazione e il funzionamento dei tribunali di commercio non hanno da allora subito sostanziali modifiche. Col passare del tempo le competenze dei tribunali di commercio si sono allargate fino a includere la stragrande maggioranza delle controversie tra imprese. Oggi ci trova di fronte a sentenze qualitativamente eterogenee, grande diversità esistente nella pratica delle procedure, insufficiente grado di conoscenze giuridiche da parte di alcuni giudici consolari, conflitti di interesse.

Per porre rimedio a questa situazione, il governo ha intenzione di introdurre progressivamente (il progetto di legge è già in atto), accanto alla figura dei giudici consolari alcuni magistrati professionali.

I collegi giudicanti misti, formati da giudici consolari e magistrati professionali, saranno presieduti da questi ultimi e saranno competenti a dirimere vertenze su: procedure concorsuali relative a imprese in difficoltà; litigi tra soci di società commerciali, contenziosi specialistici (proprietà intellettuale, diritto della concorrenza, diritto di borsa, garanzie, ecc.); controversie concernenti istituti di credito o società di investimento, vertenze relative ad atti di commercio tra non commercianti. La scelta francese va quindi verso un giudice specializzato *ratione materiae*.

Germania

Come in Francia così in Germania, la crisi economica degli anni '70 ed il conseguente forte incremento del numero dei fallimenti hanno messo in luce la complessiva inadeguatezza del diritto fallimentare vigente.

Nel 1978 il Ministro della Giustizia Vogel (SPD) ha insediato una commissione, con il compito di formulare una proposta organica di riforma del quadro normativo, ponendo così rimedio alle tre grandi lacune che si erano evidenziate nel diritto vigente:

- una inefficiente allocazione-utilizzo delle risorse delle aziende in crisi;
- una ingiustificata disparità di trattamento delle parti coinvolte;
- la possibilità di violare e/o eludere la normativa.

Il progetto di riforma definitivo è stato presentato dal Governo nel novembre del 1991 ed è stato varato dal Parlamento nell'estate del 1994²⁶. La riforma è stata influenzata in

²⁶ La riforma avrebbe dovuto rispettare il vincolo di non aggravare – ma anzi nei limiti del possibile di alleggerire – il carico di lavoro per i tribunali. Il legislatore tedesco, nonostante le semplificazioni introdotte, non è stato in grado di rispettare tale vincolo e per questa ragione l'entrata in vigore della riforma è stata posticipata di due anni (dal primo gennaio 1997 al primo gennaio 1999), così da concedere ai tribunali il tempo necessario per adeguarsi alla nuova normativa.

modo non marginale dalla legislazione degli Stati Uniti, quindi si mostra più attenta ai fenomeni di natura economica.

Introduzione della “procedura unica di insolvenza” (Insolvenzverfahren)

La nuova disciplina ha sostituito le esistenti procedure di fallimento (*Konkurs*) e di concordato (*Vergleich*) con la “procedura unica di insolvenza” (*Insolvenzverfahren*). Questa scelta, che in Francia aveva già trovato piena attuazione in seguito alla riforma attuata a metà degli anni '80, consente una gestione molto più flessibile della crisi aziendale e dei suoi possibili sbocchi che sono: 1) risanamento, 2) liquidazione, 3) trasferimento ad un'altra impresa.

Con il vecchio quadro normativo si decideva fin dall'inizio in modo sostanzialmente irrevocabile quale strategia adottare e quale sbocco dare alla procedura. La gestione della crisi veniva subito definita in modo rigido, senza riguardo all'ottimale utilizzo delle risorse dell'impresa, che presuppone invece un continuo adattamento a condizioni mutevoli.

Con la riforma le parti interessate sono sostanzialmente libere di decidere quale percorso seguire e quale sbocco dare alla crisi, e possono modificare le decisioni prese in ogni fase del procedimento. Inoltre ai creditori vengono conferiti maggiori poteri di impugnativa degli atti compiuti dall'imprenditore.

Apertura della “procedura unica di insolvenza”

La prassi mostrava chiaramente come lo stato di crisi delle aziende venisse reso noto troppo tardi. Nel frattempo il patrimonio netto dell'azienda si era spesso ridotto a tal punto – anche per i comportamenti scientemente tenuti a tal fine dall'imprenditore – che la procedura fallimentare non veniva aperta²⁷ in quanto i beni residui non erano sufficienti neppure a far fronte ai costi della procedura. La nuova normativa è intervenuta sul ruolo dell'imprenditore cercando di responsabilizzarlo e di incentivarne i comportamenti “virtuosi-cooperativi”; inoltre la nuova legge introduce delle

²⁷ Negli ultimi anni il 75% delle domande di fallimento è stato respinto per insufficienza della massa fallimentare. Nel 1950 tale percentuale era stata pari al 27%, nel 1960 al 35%, nel 1970 al 47%.

disposizioni tese a valorizzare il patrimonio netto delle aziende in crisi e a ridurre i costi della procedura.

In particolare è stato introdotto il principio che l'imprenditore, qualora si trovi in uno stato di crisi irreversibile (si parla di "imminente incapacità di pagare" – "*drohende Zahlungsunfähigkeit*") che però non si è ancora manifestata, faccia domanda di apertura della "procedura unica di insolvenza".

La legge riserva questa facoltà solo all'imprenditore, escludendone i creditori, per evitare che essi possano esercitare pressioni sull'impresa minacciando la presentazione di una loro domanda di insolvenza.

Il legislatore, rifacendosi all'esperienza degli Stati Uniti, e sempre nell'intento di stimolare i comportamenti "onesti-cooperativi" dell'imprenditore, ha previsto che quest'ultimo, con la supervisione di un amministratore (*Sachwalter*), possa gestire in autonomia la procedura unica di insolvenza, qualora i creditori diano il loro consenso.

Estinzione dei debiti residui dell'imprenditore

E' stato inoltre introdotto il principio della "automatica estinzione dei debiti residui" in sintonia con il principio del *fresh start* americano. La soluzione ha destato particolare interesse nei commentatori italiani della riforma poiché sembra essere un modello in sintonia con la tradizione continentale, pur mantenendo lo spirito americano²⁸.

La normativa tedesca abrogata prevedeva che la prescrizione dei debiti dell'imprenditore avvenisse dopo 30 anni. In base alla nuova disciplina il debitore è liberato dai propri obblighi dopo sette anni su sua espressa domanda, qualora tenga un comportamento onesto e cooperativo non solo nel periodo successivo alla apertura del procedimento di insolvenza, ma anche nel periodo antecedente, anche rendendosi disponibile a svolgere ogni "lavoro accettabile", segnalando ogni cambiamento di lavoro e mettendo a disposizione dei creditori la parte pignorabile della propria retribuzione²⁹.

²⁸ A. JORIO, *Nuove regole per le crisi di impresa*, in *Il Fallimento*, 2000, n. 9, 993.

²⁹ La concreta erogazione delle competenze spettanti ai singoli creditori viene affidata ad un fiduciario, nominato dal Tribunale, a cui il debitore affida gli importi.

Coinvolgimento dei creditori

La prassi aveva messo in luce come l'esercizio dei diritti dei creditori assistiti da garanzia reale nei confronti di determinati beni dell'azienda, ed in particolare di taluni beni mobili, poteva essere di pregiudizio ad una efficiente gestione dei beni dell'azienda in crisi. In sostanza l'esperienza mostrava come i creditori assistiti da garanzia reale, potendo sottrarre all'azienda beni essenziali, pregiudicassero la continuazione dell'attività e l'eventuale risanamento, oltre al complessivo valore, dell'impresa.

A questo si aggiungeva il fatto che il ricavato dalla vendita dei beni oggetto di garanzia veniva versato interamente ai creditori privilegiati, al lordo quindi di tutte le spese (ad esempio stima del magazzino, costi per la vendita dei beni), le quali invece andavano a carico della rimanente massa dei beni e quindi a discapito dei creditori che non potevano vantare una garanzia reale. Fenomeno ben noto agli operatori delle procedure concorsuali italiane.

Il legislatore tedesco, per ovviare a queste carenze, ha provveduto estendendo la disciplina dei beni mobili ai beni immobili. Conseguentemente, tutti i beni che fanno parte dell'azienda non possono essere distolti dall'azienda qualora essi siano ritenuti necessari ad una gestione ottimale dell'impresa in crisi. Inoltre, con la riforma, i costi derivanti dalla dismissione del bene non sono più a carico dell'azienda bensì dei creditori procedenti.

La posizione dei creditori garantiti dai beni immobili dell'azienda è quindi peggiorata con la riforma. Ad essi viene però assicurato il mantenimento del valore del bene in oggetto ed il diritto al pieno risarcimento del danno patrimoniale derivante dal fatto di non potersi rivalere immediatamente sul bene.

Si rileva infine come la riforma preveda l'abolizione del privilegio di particolari creditori quali: il fisco, gli enti legati al sistema delle assicurazioni sociali, l'ente federale del lavoro, i dipendenti.

La posizione dei dipendenti dell'impresa

Per quanto attiene a questo aspetto, già oggetto di disciplina nella precedente normativa, il legislatore non ha potuto fare riferimento alle legislazioni degli altri paesi in

considerazione della peculiarità del modello tedesco.³⁰ Complessivamente, con la nuova normativa, i lavoratori dipendenti non sembrano comunque aver visto modificata in modo sensibile la propria posizione economica e giuridica.

Inoltre, al fine di trovare una composizione tra gli interessi alla continuazione dell'attività di impresa e alla tutela dei posti di lavoro è prevista una costante cooperazione tra l'organo di rappresentanza dei lavoratori e l'amministratore della procedura di insolvenza. Qualora l'accordo non venga raggiunto, oppure, date le ridottissime dimensioni dell'impresa, qualora manchi un organo di rappresentanza dei lavoratori, allora la questione relativa ai licenziamenti viene gestita dall'amministratore della procedura di insolvenza e dal Tribunale del lavoro.

Il “progetto di insolvenza” (Insolvenzplan)

Il legislatore ha riconosciuto l'impossibilità di varare una normativa che fosse in grado di disciplinare a priori le situazioni di crisi aziendale in modo sempre ottimale per le parti coinvolte. Quindi ha introdotto, facendo ancora una volta riferimento alla normativa statunitense, l'istituto del “progetto di insolvenza” (*Insolvenzplan*), in sostituzione del concordato. Tale istituto concede alle parti, ed ovviamente in particolare ai creditori, ampia autonomia nella gestione della situazione di crisi.

Con l'introduzione della disciplina del “progetto di insolvenza” vi è il riconoscimento della capacità dei creditori di comporre autonomamente in maniera migliore i propri interessi; inoltre essa sembrerebbe essere maggiormente consapevole della complessità e talvolta contraddittorietà degli interessi coinvolti in una crisi aziendale.

L'unico limite che la legge pone all'autonomia delle parti nella predisposizione dell'*Insolvenzplan* è rappresentato dalla garanzia che nessuna delle parti veda i propri interessi soddisfatti in misura minore rispetto all'ordinario epilogo della procedura fallimentare. Ciò significa che il nuovo istituto è applicabile nella misura in cui almeno una parte migliora la propria posizione e nessuno peggiora la propria, in ossequio al principio Kaldor Hicksiano dell'efficienza.

³⁰ Si consideri poi che una completa analisi delle posizioni giuridiche dei lavoratori di una impresa insolvente dovrebbe considerare anche la complessa legislazione sullo stato sociale e sulla tutela dei disoccupati.

L'autonomia concessa alle parti non si limita alla tutela dei diritti strettamente connessi alla propria posizione nei confronti dell'azienda in crisi, ma si estende a tutti gli aspetti che le parti possono ritenere opportuno prendere in considerazione. E' possibile, ad esempio, che un gruppo di creditori chieda che determinate relazioni di affari, ad esempio contratti con determinati fornitori, vengano comunque mantenute, anche quando essi non hanno un diretto interesse a che ciò avvenga. Il nuovo istituto intende offrire alle parti uno strumento che permette loro non solo di gestire al meglio i propri interessi, ma di influire anche su tutti i problemi connessi con una crisi aziendale. E' del tutto legittimo anche un "progetto di insolvenza" che tenda a giungere rapidamente alla liquidazione dell'impresa.

Per la stesura del "progetto di insolvenza" la normativa prevede la suddivisione dei creditori in diversi gruppi. Ciascun gruppo è assai omogeneo al suo interno essendo composto, salvo casi particolari, da creditori che sono tra di loro "uguali". Anche i lavoratori formano un proprio gruppo quando la loro posizione creditoria non è irrilevante.

Il nuovo modello tedesco delle procedure concorsuali, fortemente improntato al modello americano, ha segnato una svolta epocale nella gestione dell'insolvenza. E' facile immaginare che, in vista della formazione di un modello europeo di gestione dell'insolvenza, la svolta tedesca verso il modello americano porterà come conseguenza un ennesimo trapianto di quel modello nel tessuto giuridico del Vecchio Continente.

Gran Bretagna

Analizziamo per ultimo, tra i modelli europei, quello inglese perché, già prima della riforma tedesca, rappresentava il modello intermedio tra l'esperienza continentale e quella assolutamente innovativa di Oltreoceano³¹. Nel Regno Unito un passo verso il modello statunitense, è stato realizzato con l'introduzione dell'*administration*³².

³¹ BHANDARI J.S., WEISS L.A., *Corporate Bankruptcy*, Cambridge, 1996.

³² FRANK J.R., TAURUS W.N., *Lessons from a comparison of U.S. and U.K. insolvency codes*, in Bhandari-Weiss, 1996.

Tuttavia, non sembra possibile equiparare il modello inglese con quello americano in tutto e per tutto; il controllo della corte sui manager è molto più serrato e sussiste un obbligo alla liquidazione quando il valore sia superiore a quello di avviamento³³.

L'assetto istituzionale³⁴

Diversamente da quanto accade in altri ordinamenti europei e da quanto avviene negli Stati Uniti, vi è un coinvolgimento diretto delle autorità amministrative nella gestione delle procedure concorsuali. In virtù dell'Insolvency Act, il Ministro del Commercio e dell'Industria britannico (Department of Trade and Industry – DTI) svolge un ruolo di supervisore sul sistema, possiede vasti poteri con riferimento all'emanazione di ordinanze e regolamenti, e, in determinate circostanze, ha la facoltà di richiedere la messa in liquidazione della società.

Dal 1990 tutte le competenze del detto Ministero in materia fallimentare sono state concentrate presso l'Insolvency Service, che si configura come una agenzia esecutiva del DTI stesso e svolge le seguenti funzioni: 1) gestire e indagare gli affari delle imprese in liquidazione obbligatoria e agire in veste di liquidatore temporaneo nei casi appropriati (Official Receivers Section); 2) fungere da *trustee/liquidator* nelle liquidazioni obbligatorie qualora non venga nominato un professionista del settore privato; 3) indagare sulla condotta dei dirigenti delle imprese fallite al fine di perseguire

³³ In origine si distingueva tra *bankruptcy* ed *insolvency*: la prima procedura era solo per le persone fisiche la seconda per le società. Le norme del diritto fallimentare in materia societaria sono:

1) Il Companies Act del 1985 di cui sono rimaste in vigore le sezioni relative agli accordi con i creditori (s. 425-427), alla condotta di affari fraudolenta (s. 458) e al pagamento di debiti a mezzo di beni assoggettati ad un *floating charge* (s. 196).

2) L'Insolvency Act 1985, che si occupa anche della bancarotta delle persone fisiche ed è stato emendato da due Insolvency Acts del 1994.

3) Il Company Directors Disqualification Act 1986, che raccoglie le disposizioni sull'interdizione dei responsabili dell'impresa, precedentemente disperse nel Companies Act 1985 e nell'Insolvency Act 1985.

4) Le Insolvency Rules del 1986 ed i Financial Markets and Insolvency Regulations (1991, 1995, 1996). Diversamente da quanto normalmente accade nel caso di atti normativi gerarchicamente ordinati, nell'ordinamento britannico non esiste, riguardo alle procedure concorsuali, uno schema primario che definisca gli elementi chiave della struttura e uno schema regolamentare che ne descriva i dettagli procedurali applicativi. Esistono infine vari principi regolati dalla *common law*.

³⁴ R. GOODE, *Principles of Corporate Insolvency Law*, London, 1997.

un'appropriata azione legale (Prosecution Unit) o di attivare procedimenti di interdizione (Disqualification Unit); 4) autorizzare l'esercizio e regolamentare l'attività dei professionisti del settore privato che si occupano di fallimenti, sia direttamente che tramite gli ordini professionali riconosciuti; 5) fornire servizi bancari e finanziari di supporto alle procedure concorsuali tramite l'Insolvency Service Account; 6) svolgere il ruolo di consulenza a favore del Governo in relazione alle istanze rilevanti in materia fallimentare.

Laddove non si faccia ricorso a funzionari del DTI, la gestione delle procedure concorsuali è affidata a professionisti privati appositamente nominati (*insolvency practitioners*), che nella maggioranza dei casi sono commercialisti o avvocati. La Joint Insolvency Monitoring Unit del DTI svolge attività di supervisione e controllo dell'operato dei professionisti organizzando con cadenza regolare visite ispettive ai loro uffici.

Le procedure concorsuali

Il diritto fallimentare britannico conosce quattro tipi di procedure concorsuali:

- la *administrative receivership*;
- la *administration*;
- la *winding up* (o *liquidation*);
- i procedimenti concordatari e riorganizzazioni (*statutory compromises, compositions, arrangements with creditors, moratoria, workouts*).

1. Administrative Receivership

La figura chiave di questa procedura è l'*administrative receiver*, una sorta di curatore fallimentare nominato senza l'intervento del giudice in virtù di un rapporto obbligazionario garantito da un *floating charge* che copra in maniera integrale, o sostanzialmente integrale, il patrimonio aziendale ed è una forma di privilegio.

Si configura come una garanzia, che per la sua natura, è limitata alle società e costituisce un titolo generale a valere sul patrimonio della società debitrice.

Si tratta di un privilegio "deambulatorio", in quanto riferito a beni che possono variare nel tempo (quali le scorte di magazzino ed i semilavorati) e resta sospeso fino al verificarsi di un dato evento che ne determina la "cristallizzazione", ovvero la

trasformazione in *fixed*. Questa struttura flessibile consente la libera circolazione dei beni della società fino a quando non si verifica l'evento cristallizzatore, di cui l'insolvenza o la liquidazione sono ipotesi classiche. Il legislatore tedesco, provvedendo a riorganizzare il regime dei crediti privilegiati, sembra aver fatto riferimento a questo modello.

Lo status di cui godono i titolari di obbligazioni assistite da *floating charge* è più simile a quello degli azionisti che a quello dei creditori obbligazionari. Ai fini della opponibilità a terzi, il privilegio in questione è soggetto a registrazione (Parte III del Companies Act 1948).

Nella procedura in oggetto il *receiver* ha il compito di assumere il controllo del patrimonio della società e disporne al fine di soddisfare i crediti obbligazionari, una volta assicurato il pagamento dei creditori privilegiati, della remunerazione del *receiver* e delle spese da lui sostenute.

2. Administration

E' una procedura che richiama in termini generali l'amministrazione controllata del modello italiano e venne introdotta per la prima volta nel 1986. Si è provveduto a creare la figura di un amministratore esterno incaricato di gestire gli affari nell'interesse della generalità dei creditori e di assicurare la sopravvivenza dell'azienda come entità attiva.

Questo tipo di procedura mira alla conclusione di un accordo volontario (Parte I dell'Insolvency Act del 1986), di un compromesso (Sezione 425 del Companies Act del 1985) o a disporre del patrimonio della società in modo più proficuo rispetto a quanto si potrebbe ottenere facendo ricorso alla *winding up*.

Gli unici soggetti cui è consentito opporsi sono i titolari di *floating charge*, che possono nominare un *administrative receiver* impedendo così la nomina di un *administrator*.

3. Winding up

La *Winding up* o *Liquidation* è una procedura concorsuale conclusiva e conduce allo scioglimento dell'impresa (*dissolution*). Essa è affidata al liquidator, che ha il compito di censire e liquidare il patrimonio della società, accertare la validità delle richieste avanzate dai creditori e delle garanzie di cui essi si dichiarano titolari,

procedere alla compensazione tra le partite attive e passive dell'impresa nei confronti dei singoli creditori, indagare sulle cause del fallimento e, dopo aver coperto le spese della liquidazione, distribuire i ricavi netti ai creditori seguendo l'ordine indicato dall'Insolvency Act e nelle Insolvency Rules. Al termine della procedura l'impresa viene sciolta in conformità alle disposizioni del Companies Act.

L'attività di impresa può essere continuata solo nella misura in cui ciò sia funzionale alla liquidazione stessa.³⁵

4. *Compromises, compositions, arrangements with creditors, moratoria*

Un'impresa che non riesca a far fronte alle obbligazioni assunte può raggiungere un accordo con i propri creditori al fine di riconoscere loro un rimborso parziale del debito. Tale accordo può assumere varie forme e avere diverse denominazioni, anche se non sempre gli stessi termini vengono utilizzati in maniera coerente. Solitamente si distinguono le seguenti tipologie:

- *composition* o *compounding*: è l'accordo con cui i creditori accettano, in un'unica soluzione o a rate, un pagamento parziale di quanto spetterebbe loro;
- *compromise*: si tratta di un accordo per sanare una posizione dubbia, controversa o di difficile esecuzione, soprattutto in ragione delle difficoltà finanziarie dell'impresa;
- *arrangement* o *scheme of arrangement*: il termine indica situazioni molto varie, che vanno dalla conversione dei debiti in azioni, alla conversione di crediti privilegiati in crediti ordinari e viceversa, alla ristrutturazione del capitale e della compagine sociale, ad altre forme di ricostruzione e amalgama;

³⁵ La procedura può essere volontaria o obbligatoria. La prima deriva da una decisione, approvata dal 75 per cento dei soci su proposta degli amministratori, di procedere alla dissoluzione dell'impresa in quanto insolvente. Questo tipo di liquidazione è anche detta *creditor's winding up* poiché il controllo della procedura e la nomina del liquidatore sono sostanzialmente affidate ai creditori, piuttosto che al giudice. Una *winding up* volontaria si può trasformare in obbligatoria qualora venga promossa una petizione esplicita in tal senso.

La liquidazione obbligatoria è imposta con una ordinanza del giudice in esito ad una richiesta solitamente avanzata da un creditore chirografario che vanta un credito rimasto insoluto e non contestato. Inizialmente, la liquidazione è affidata ad un funzionario del DTI, ma, se le risorse residue della società lo giustificano, i creditori possono nominare al suo posto un esperto privato.

- *moratorium*: rappresenta un'ipotesi di congelamento dell'esercizio dei diritti dei creditori concordato tra i creditori stessi;
- *workout*: costituisce una riorganizzazione dell'impresa approvata dai creditori della stessa al di fuori delle ipotesi concordatarie previste dall'Insolvency Act e dal Companies Act.

Italia

In questo capitolo esamineremo il sistema italiano attuale³⁶. Nei capitoli successivi, quindi, daremo conto dei tempi e dei costi delle procedure fallimentari, delle critiche mosse dagli operatori e dei progetti di riforma – in primo luogo quello proposto dal governo – avanzati.

Prima di trarre le conclusioni, infine, analizzeremo il regolamento comunitario per la gestione transfrontaliera delle procedure di insolvenza per ravvisare le linee guida di un modello europeo di gestione dell'insolvenza.

Le procedure concorsuali nel nostro paese si attivano quando l'imprenditore commerciale, nell'esercizio della propria attività, è in una profonda crisi finanziaria detta "insolvenza", in termini prosaici è in crisi di liquidità.

Il legislatore per disciplinare le procedure concorsuali individua due regole fondamentali: la *par condicio creditorum* (nessuna esecuzione individuale contro il debitore insolvente, nessuna preferenza tra i creditori) e la acquisizione totale del patrimonio del debitore per la sua liquidazione (espoliazione completa del patrimonio del debitore). Attraverso le azioni revocatorie e secondo un principio di giustizia redistributiva viene imposto ai creditori soddisfatti nell'imminenza dell'apertura del fallimento di restituire quanto ricevuto.

Le procedure concorsuali previste dal nostro ordinamento sono: il fallimento, la liquidazione coatta amministrativa, il concordato preventivo, l'amministrazione controllata, l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi.

La procedura concorsuale del fallimento

La procedura concorsuale di maggior rilevanza, per il numero di procedimenti aperti e per la centralità che svolge nel panorama delle procedure concorsuali è il fallimento.

E' in buona sostanza un processo esecutivo rivolto alla realizzazione coattiva dei diritti dei creditori attivato quando l'impresa non è in grado di adempiere le proprie obbligazioni con mezzi normali di pagamento ed alle rispettive scadenze. Il fallimento è

³⁶ P. PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1998; A. JORIO, *Le crisi di impresa – Il diritto fallimentare*, Trattato di diritto privato Judica – Zatti, Milano, 2000.

disciplinato dal r.d. 16.3.1942 n. 267, dal c.c. dalle leggi cambiarie e da altre leggi speciali.

Caratteristiche

Le caratteristiche del fallimento sono:

- universalità: il fallimento coinvolge l'intero patrimonio del debitore inteso come mobili, immobili, crediti, diritti su beni immateriali, interessi, aspettative di diritti, *universitates rerum et iuris*, azioni, rapporti giuridici pendenti³⁷;
- concorsualità: la procedura si svolge nell'interesse di tutti i creditori del fallito che devono essere soddisfatti in uguale misura salvo le cause legittime di prelazione;
- officiosità: la procedura può essere attivata d'ufficio poiché mira a tutelare un interesse collettivo. Gli organi dell'ufficio sono forniti dei poteri necessari per instaurare il processo conferendogli l'impulso necessario per portarlo a compimento³⁸.

Presupposti

- Soggettivi. Il debitore deve esercitare un'attività commerciale. La definizione di imprenditore commerciale è fornita dagli art.2082 c.c. e 2195 c.c. Egli deve svolgere professionalmente un'attività economica organizzata diretta alla produzione e allo scambio di beni e di servizi. E' necessario l'effettivo svolgimento dell'attività e quindi non sono sufficienti determinati adempimenti formali (ad es. l'iscrizione nel registro delle imprese). Il debitore non deve essere un piccolo imprenditore e non deve essere un ente pubblico³⁹.

³⁷ Il debitore rimane titolare di tutti i diritti e i rapporti compresi nel suo patrimonio, ma la disponibilità il godimento, l'amministrazione, la custodia di ogni bene gravitano sugli organi fallimentari che agiscono in sostituzione del debitore.

³⁸ Il processo, cioè, si svolge anche nell'inerzia sia dei creditori che del debitore e gli stessi oneri economici relativi alle spese processuali e alla loro anticipazione sono assicurati in vari modi (ad es. attingendo al patrimonio del debitore).

³⁹ Il concetto di piccolo imprenditore è definito dall'art.2083 c.c., ma anche dalla LF all'art.1 è stato oggetto di ampio dibattito in dottrina. Il codice civile applica un criterio qualitativo (il modo in cui il reddito è prodotto: il piccolo imprenditore deve esercitare l'attività prevalentemente con il lavoro proprio e con i componenti della famiglia); la LF applica un criterio quantitativo (e cioè utilizza come parametro la quantità di reddito prodotto dall'imprenditore secondo l'accertamento fatto ai fini delle imposte). Si è

• **Oggettivi.** Presupposto oggettivo è la manifestazione dello stato di insolvenza che si realizza quando l'imprenditore non è più in grado di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni (art.5 LF)⁴⁰. L'art.7 LF indica le ipotesi nelle quali l'insolvenza assume rilievo anche in sede penale: la fuga, la latitanza dell'imprenditore, la chiusura dei locali dell'impresa, il trafugamento, la sostituzione o la diminuzione fraudolenta dell'attivo da parte dell'imprenditore⁴¹.

ITER DELLA PROCEDURA FALLIMENTARE

Deposito istanza fallimento	Udienza di audizione del debitore	Dichiarazione fallimento	Insinuazione nello stato passivo	Udienze di verifica dello stato passivo	Dichiarazione di esecutività dello stato passivo	Azioni di opposizione, e revocatorie	Redazione del progetto di stato passivo	Conto della gestione e riparto finale
<u>Tempi:</u> formulazione dell'istanza è compito del legale; si tratta di un atto di routine che non comporta tempi superiori alla settimana	<u>Tempi:</u> la fissazione della prima udienza avviene entro 1 mese dall'istanza	<u>Tempi:</u> se non viene interposta opposizione dal fallito occorre entro 1 mese dall'udienza	<u>Tempi:</u> 30 giorni dalla data di affissione della sentenza che dichiara il fallimento	<u>Tempi:</u> nei 20 giorni successivi fissa la data dell'udienza di verifica. La verifica si sviluppa attraverso varie udienze 4-8 mesi	<u>Tempi:</u> al termine delle udienze di verifica il giudice delegato dichiara esecutivo lo stato passivo con decreto	<u>Tempi:</u> Opposizioni allo stato passivo entro 10 giorni dal decreto; giudizio di opposizione 6-9 mesi. Revocatorie: tempi di un giudizio civile ordinario 2-4 anni	<u>Tempi:</u> in teoria entro 2 mesi dal decreto di dichiarazione dello stato passivo Azioni esecutive: il curatore si inserisce nelle esecuzioni esecutive iniziate, con i tempi ordinari	<u>Tempi:</u> presentato il conto e liquidato il compenso al curatore, avviene il riparto finale

La procedura fallimentare

La procedura fallimentare viene divisa in due fasi: la fase che si conclude con la dichiarazione del fallimento e la fase di opposizione alla dichiarazione.

posto qualche problema per l'artigiano: questi, infatti, non è compreso nella definizione dall'art.1 LF ma è compreso fra i piccoli imprenditori dall'art.2083 c.c. La giurisprudenza ha affermato che l'artigiano è un normale imprenditore commerciale con conseguente possibilità di fallire qualora organizzi la propria attività in modo da realizzare una organizzazione con autonoma capacità produttiva.

⁴⁰ Un segnale inequivocabile possono essere le vendite "rovinose": vendite a prezzi inferiori al valore di mercato, vendite senza corrispettivo economico adeguato in cambio di immediata disponibilità di contante, accensione di ipoteche, concessione di pgni, stipulazione di mutui usurari. Valore sintomatico hanno anche gli atti esecutivi e i protesti cambiari.

⁴¹ E' bene poi rilevare che l'imprenditore non può essere assoggettato a fallimento se è sottoposto ad una procedura di liquidazione coatta amministrativa; se ha fatto domanda di concordato preventivo o di amministrazione controllata; se sussistono i requisiti per l'assoggettabilità dell'impresa alla procedura di amministrazione straordinaria.

Gli organi del fallimento

Il *Tribunale fallimentare* è investito ex art.23 della LF dell'intera procedura fallimentare, provvede sulle controversie relative alla procedura stessa che non sono di competenza del giudice delegato e decide sui reclami contro i provvedimenti del giudice delegato. Il Tribunale che ha dichiarato il fallimento è competente a conoscere tutte le azioni che ne derivino qualunque sia il valore e anche se relative a rapporti di lavoro, unica eccezione sono le azioni reali immobiliari per le quali restano ferme le norme ordinarie sulla competenza.

Il *giudice delegato* dirige le operazioni di fallimento e vigila l'opera del curatore.

Il *curatore* sostituisce l'imprenditore fallito nell'amministrazione dell'impresa. Viene considerato ufficio pubblico, ma è anche terzo rispetto al fallito⁴². E' importante notare che l'ufficio viene retribuito con prelazione rispetto alla massa creditoria.

Il *comitato dei creditori* è composto da tre o cinque membri scelti fra i creditori che prestano gratuitamente la loro opera salvo il rimborso spese⁴³.

⁴² L'incarico di curatore è conferito secondo il d.l.23.08.1946 n. 153 a persona iscritta nell'albo degli avvocati, procuratori, dottori commercialisti, ragionieri o persone iscritte in altri albi o non iscritti in albi per motivi da indicarsi nel provvedimento di nomina. L'ufficio del curatore è circondato da particolari cautele:

1. non può delegare ad altri le sue funzioni (art.32 LF) se non per singole operazioni e previa autorizzazione del giudice delegato
2. non può stare in giudizio senza l'autorizzazione scritta del giudice delegato salvo in materia di contestazione dei crediti e di diritti reali mobiliari
3. non può cumulare le funzioni di curatore e avvocato nelle cause che riguardano il fallimento
4. può compiere determinati atti solo previa autorizzazione del giudice delegato se il valore degli atti non supera £. 200.000: riduzione di crediti, transazioni, rinunce alle liti, ricognizioni di diritti di terzi, cancellazione di ipoteche, restituzioni di pegni, svincolo di cauzioni, accettazioni di eredità o di donazioni.

⁴³ E' un organo consultivo permanente, ma il suo parere non è vincolante tranne che nell'ipotesi di esercizio provvisorio dell'impresa disposto dal Tribunale dopo la dichiarazione di fallimento. Il comitato ha poteri inquisitori che si esercitano con l'ispezione delle scritture contabili e dei documenti del fallito, con la richiesta di notizie e chiarimenti al curatore e al fallito.

Effetti della sentenza di fallimento

Il principale effetto patrimoniale a carico del fallito è lo spossessamento: il fallito viene privato del potere di amministrare e disporre del suo patrimonio⁴⁴.

Sono conseguenza automatica della sentenza dichiarativa di fallimento: la limitazione del diritto di circolare liberamente (perché al fallito è imposto l'obbligo di residenza e l'obbligo di presentarsi agli organi fallimentari), la limitazione della corrispondenza che deve essere consegnata al curatore; la iscrizione del nome del fallito nel registro dei falliti; la perdita dell'elettorato attivo e passivo; la perdita della capacità di esercitare alcune professioni e la perdita della capacità di assumere alcuni uffici. In questi casi si parla di effetti personali del fallimento. Effettuata la fase di accertamento dei crediti ammessi al passivo si procede alla liquidazione dell'attivo ed al riparto tra i creditori. La chiusura è dichiarata dal Tribunale con decreto e con essa cessano gli effetti del fallimento sul patrimonio del fallito e decadono gli organi preposti al fallimento⁴⁵.

Si badi che in Italia, a differenza di quanto abbiamo visto nelle riforme attuate in altri paesi europei ed a differenza di quanto avviene negli Stati Uniti, con la chiusura del fallimento i creditori riacquistano il libero esercizio delle azioni verso il debitore per la parte non soddisfatta dei loro crediti, capitali e interessi. Su espressa domanda del debitore oppure di uno dei creditori ci può essere la riapertura del fallimento se non sono trascorsi 5 anni dal decreto di chiusura.

Il nostro diritto fallimentare predispone un procedimento altamente formalizzato e giurisdizionalizzato (non gestito, salvo nel caso delle curie metropolitane, da magistrati

⁴⁴ Fanno parte del patrimonio tutti i beni non solo quelli corporali e suscettibili di utilizzazione economica, ma anche i beni strumentali, i poteri, azioni, facoltà, i rapporti giuridici che costituiscono mezzo per l'acquisto o la conservazione di altri beni. Restano in ogni caso esclusi dallo spossessamento: beni e diritti strettamente personali; assegni di carattere alimentare; i frutti derivanti dall'usufrutto legale sui beni dei figli e dai beni costituiti in fondo patrimoniale; le cose impignorabili; la casa di abitazione nei limiti necessari al fallito e alla sua famiglia.

⁴⁵ Il fallimento si chiude per le seguenti cause:

1. mancanza di ammissione al passivo nei termini prescritti
2. estinzione delle passività prima della ripartizione finale
3. ripartizione finale dell'attivo
4. impossibilità di continuare la procedura per insufficienza di attivo.

specializzati), eccessivamente ricco di forme speciali o alternative di gestione della crisi, decisamente sanzionatorio nei confronti del fallito o degli amministratori dell'impresa fallita, pronto per costituzione a durare parecchio tempo ed a bruciare parecchie risorse sia per la sua amministrazione che nella fase di liquidazione, essendo di fatto incapace ad assicurare un tasso accettabile di recupero dei crediti.

Le critiche degli operatori ed i numeri della crisi

Di fronte ad uno scenario così apocalittico da qualche tempo gli operatori insistono per l'attuazione di una riforma volta a semplificare ed a migliorare il nostro modello di gestione dell'insolvenza. Con il disegno di legge delega varato dal Consiglio dei Ministri del 27 ottobre 2000⁴⁶ il Governo ha provato a mettere mano alla materia sotto la spinta da un lato degli operatori, dall'altro della generale ventata di riforme in materia in atto in Europa e di cui abbiamo esaminato nelle pagine che precedono le esperienze francesi, tedesche ed inglesi.

Le posizioni degli operatori⁴⁷

Gli operatori individuano una pluralità di cause della inadeguatezza delle procedure fallimentari: 1) la necessità di esperire azioni giudiziarie (che inciderebbero per il 70-80% sul tempo totale), 2) la lunghezza della verifica dello stato passivo, 3) il fatto che il curatore abbia poca autonomia di azione (per qualsiasi operazione deve essere autorizzato dall'autorità giudiziaria) e 4) la constatazione che l'evoluzione giurisprudenziale ha accentuato il formalismo nell'interpretazione della legge.

Come rimedio per abbreviare i tempi è stato suggerito di porre l'azienda in difficoltà in una sorta di "amministrazione controllata" impedendo che alcune trattative che

⁴⁶ Per il testo integrale del disegno di legge si rimanda a *"Fallimenti: al nastro di partenza le nuove procedure concorsuali"*, in *Diritto e Pratica delle Società* n. 21/2000, p. 10.

⁴⁷ AA.VV., *L'attività liquidatoria del curatore: un bilancio fallimentare?*, a cura di Mario Napoli, in *La Paziienza*, 1998, n. 59, p. 5 e segg.; risposte al questionario del Centro Einaudi 2000, inviato a 200 operatori in 3 città italiane.

potrebbero andare a buon fine si interrompano perché nessun terzo intende esporsi al rischio di una revocatoria. Nella realtà, però, l'amministrazione controllata, come prevista dal nostro ordinamento è utilizzata ben poco, perché la sua regolamentazione è troppo dettagliata nei presupposti e troppo rigorosa negli adempimenti. Oggi è considerata l'anticamera del fallimento.

Viene suggerito per snellire la procedura di trasformarla in una procedura amministrativa e cioè in una "liquidazione coatta amministrativa", in qualche modo riprendendo l'esperienza della *administration* inglese, predisponendo una procedura deformalizzata oppure ricorrendo a forme private di liquidazione con la partecipazione diretta di rappresentanti dei creditori e con figure esterne con capacità manageriale.

Hanno lavorato su un progetto più completo di riforma delle procedure concorsuali il Gruppo di Lavoro della "Giurisprudenza commerciale" e l'ABI⁴⁸.

L'ABI ha provveduto a predisporre un Codice di Comportamento delle Banche per la gestione dell'Insolvenza⁴⁹. Nella nota introduttiva al documento si suggerisce una rivisitazione della nozione di insolvenza che consenta di distinguere una insolvenza irreversibile – prevista dalla attuale legge fallimentare – ed una insolvenza reversibile che consenta di valorizzare tempestivamente le capacità di recupero dell'impresa in difficoltà.

Nel caso di crisi di impresa sia il Gruppo di Lavoro della "Giurisprudenza commerciale" che l'ABI suggeriscono che il ricorso alla procedura sia accompagnato da parte dell'imprenditore che ne faccia richiesta da un piano di risanamento o di liquidazione, elastico nel contenuto, con possibilità dell'imprenditore di rimanere a capo dell'impresa (soluzione che si rifà, in parte, al modello consensuale dell'intervento preventivo del sistema francese, in parte alla procedura unica di insolvenza tedesca).

⁴⁸ AA.VV., *Nuove regole per la crisi d'impresa*, in Giur. Comm., 2000, I, p. 5 e segg. L'8 novembre 2000 è stato organizzato presso l'Università Bocconi un convegno dall'ABI per commentare le proposte di riforma del sistema delle procedure concorsuali.

⁴⁹ Circolare ABI, 3 aprile 2000, pos. 1168 relativa al *Codice di Comportamento tra banche per affrontare i processi di ristrutturazione atti a superare le crisi di impresa*.

Tale soluzione consentirebbe di valorizzare la allocazione dei beni dell'impresa in crisi (che gli operatori ritengono valorizzata in misura non superiore al 90%)⁵⁰ e stimolerebbe l'imprenditore a rivolgersi all'autorità giudiziaria prima che la situazione sia irreparabile (secondo gli operatori le imprese soggette a fallimento per l'80-90% non hanno alcuna possibilità di resistere sul mercato ed oggi solo il management dell'impresa fallita viene coinvolto nell'organizzazione dell'impresa nella misura massima del 50%)⁵¹.

Sempre in una prospettiva di stimolo all'imprenditore a ricorrere alla procedura si propone la depenalizzazione della procedura (escludendo l'applicazione dei reati fallimentari, con l'applicazione delle sole norme penali di diritto comune).

Tutti gli operatori del settore auspicano che il fallimento possa perdere il carattere sanzionatorio perché ciò non toglierebbe efficacia alla procedura, anzi incentiverebbe il ricorso preventivo alla soluzione concorsuale.

L'ABI propone, inoltre, di escludere dalla revocabilità gli atti di gestione coerenti con l'ordinaria amministrazione dell'impresa e gli atti di gestione aventi carattere straordinario, ma unicamente rivolti al superamento o ridimensionamento della crisi di impresa (aderendo in questo ad una soluzione più simile al modello anglosassone, che a quello francese).

Gli operatori hanno più volte segnalato che il congelamento dell'attività dell'impresa, l'impossibilità dell'impresa in crisi di condurre trattative, a causa del rischio di revocatoria, è penalizzante per tutti⁵². In linea con quanto proposto dall'associazione delle banche alcuni autori⁵³ rilevano che oggi tutti i pagamenti, anche quelli diretti ad eliminare uno "scoperto" bancario, sono revocati e si auspica l'abbreviamento dei tempi previsti dalla legge per la revoca degli atti: per atti anormali sarebbe preferibile passare da 2 anni a 6 mesi, per gli atti normali da 1 anno a 3 mesi.

⁵⁰ Dati questionario distribuito dal Centro Einaudi a 50 operatori professionali nell'anno 2000.

⁵¹ Dati questionario Centro Einaudi id.

⁵² Vedi AA.VV., *L'attività liquidatoria del curatore fallimentare: un bilancio fallimentare?*, a cura di M. Napoli, in *La pazienza*, 1998, n. 59, p. 6.

⁵³ Vedi per esempio G. TARZIA, *Sui fallimenti legge in panne*, in *Il Sole 24 Ore*, 21 giugno 2000 e nello stesso senso gli interventi del convegno *Quali regole per le crisi d'impresa?*, 6-7 ottobre 2000, organizzato a Torino dalla Facoltà di Giurisprudenza, l'Ordine degli Avvocati e dei Commercialisti il Collegio dei Ragionieri, la rivista *Giurisprudenza Commerciale*.

Fallimento: una riforma per le imprese

a cura di Alberto M. Musy e Michela Simongini • coordinamento di Pier Giuseppe Monateri • giugno 2001

L'ABI suggerisce che l'ufficio del curatore sia attribuibile non solo a persone fisiche, ma anche a persone giuridiche aventi strutture adeguate. In una prospettiva di recupero e valorizzazione dell'impresa in crisi si suggerisce la agevolazione delle operazioni di razionalizzazione dell'impresa attraverso integrazioni, concentrazioni, scissioni. In questa prospettiva si auspica la possibilità che siano ammesse a prendere parte ad operazioni di fusioni e di scissione anche le società assoggettate a "procedure concorsuali". Si propone da più parti che la cessione delle attività in corso di fallimento (crediti o complessi aziendali del fallito) abbia luogo senza oneri fiscali al fine di realizzare una più rapida chiusura ed un miglioramento delle prospettive di recupero. Tutti gli operatori sottolineano che c'è una proliferazione dei privilegi e che il creditore chirografario non trae vantaggio dalla procedura fallimentare, altri lamentano che i patrimoni delle aziende sono "bucati" dai crediti dello stato e dall'Inps.

In quest'ottica una revisione dei crediti in funzione delle classi dei creditori o la predisposizione di un *floating chart* in grado di assicurare protezione ai creditori privilegiati senza immobilizzare in modo eccessivamente rigido le già scarse risorse dell'azienda in crisi sono le indicazioni che vengono dal Gruppo della Giurisprudenza Commerciale e dalle esperienze inglesi e tedesche. La posizione degli operatori, quindi, può essere riassunta in una sostanziale bocciatura del presente sistema e nella proposta di soluzioni in gran parte corrispondenti alle riforme in atto o già adottate negli altri paesi europei.

Il fronte degli operatori, pur apparendo coeso nel ritenere il sistema inadeguato, non è compatto nell'indicare le vie di riforma percorribili. E' possibile notare, infatti, una valenza diversa delle proposte di riforma avanzate: da un lato il fronte degli operatori professionali tradizionali (magistrati, curatori, avvocati), alla luce di quanto emerge dal questionario del Centro Einaudi⁵⁴ e dal forum organizzato dalla Paziienza (vedi nota 53 supra) ritiene che la crisi attuale sia determinata soprattutto dalla estrema lunghezza e dagli eccessivi costi della procedura fallimentare; dall'altro lato il fronte degli operatori finanziari (in primo luogo le banche) va al di là di mere proposte di accelerazione delle

⁵⁴ Risposte al questionario del Centro Einaudi 2000, inviato a 200 operatori in 3 città italiane; si tiene conto anche delle osservazioni sorte nel dibattito organizzato presso il Centro Einaudi il 14 marzo 2001 con alcuni specialisti del settore.

procedure ed avanza ipotesi volte a ridisegnare completamente la gestione delle crisi d'impresa inseguendo il modello di finanziarizzazione dell'insolvenza americano.

I tempi ed i costi delle procedure concorsuali, molto più lunghi di quelle ordinarie (sic!), rimangono comunque un grave problema e debbono essere presi in considerazione.

*Analisi dei tempi*⁵⁵

Nel secondo semestre del 1999 sono state iscritte a ruolo 32.556 istanze di fallimento cui sono seguiti un numero molto inferiore di fallimenti iscritti 6.837 (pari al 22% delle istanze presentate). Nel primo semestre 1999 la proporzione diminuisce di pochi punti percentuali, sono state iscritte a ruolo 27.983 istanze di fallimento e sono stati iscritti 6060 fallimenti (pari al 17% delle istanze presentate). In tutto il 1998 sono state iscritte a ruolo 70.557 istanze di fallimento e sono stati iscritti 11.836 fallimenti (pari all'8% delle istanze presentate).

Il rapporto tra numero di istanze di fallimento e numero dei fallimenti iscritti oscilla tra il 20% ed il 8% esaminando i dati relativi agli ultimi cinque anni.

La prima osservazione che questo dato fa emergere è che l'istanza di fallimento, nello scenario italiano è un mezzo utilizzato dal creditore per costringere il debitore a pagare il suo debito. Salvo nei casi più disastrosi, di fronte all'istanza di fallimento il debitore per timore (il fallimento rimane una "sanzione" che esercita un certo effetto nel nostro sistema) è costretto ad adempiere il suo debito.

Questo utilizzo improprio dell'istanza fallimentare porta due conseguenze importanti, la prima, si traduce in una enorme massa di pratiche che intasano le cancellerie⁵⁶; la seconda, constatabile nei casi in cui il debitore sia in cattive acque, significa giungere a pagamenti suscettibili di revocatoria nel caso in cui la massa dei debiti sia tale da non

⁵⁵ Dati ISTAT relativi all'anno 1999.

⁵⁶ Nel semestre **dal 2.06.1999 al 3.12.1999** sono state definite **35.744** istanze di fallimento sulle **32.556** iscritte lo stesso semestre. Nel semestre che va **dall'1.01.1999 al 01.06.1999** sono state definite **31.778** istanze di fallimento sulle **27.983** iscritte. Nel **1998** sono state definite **77.443** istanze di fallimento sulle **70.557** iscritte.

essere più contenibile con pagamenti sul filo della dichiarazione di fallimento⁵⁷. A causa del meccanismo descritto è possibile immaginare che più istanze possano confluire in un unico fallimento.

Analizzando i dati semestrali si nota che una parte delle istanze di fallimento confluisce nei fallimenti del semestre successivo, ma la sproporzione è tale da indurre a pensare che la maggioranza di queste istanze è stata abbandonata una volta ottenuto il pagamento del credito per cui è stata depositata.

[Vedi TABELLE A e B]

Passiamo ora all'analisi dei dati numerici complessivi, alla fine del 1998 c'erano 117.751 fallimenti pendenti ed alla fine del 1999 118.422⁵⁸.

Può essere ripreso, alla luce di questo dato, quanto già detto commentando i dati relativi all'incremento delle pendenze dei processi civili⁵⁹. Ai fini della risposta del sistema (ossia della resa), le pendenze si traducono, di anno in anno, in procedimenti sopravvenuti, con una progressione "a spirale" simile a quella che si nota in Contabilità pubblica fra il deficit di bilancio ed il debito pubblico.

In altri termini, le pendenze potrebbero essere azzerate soltanto se il numero dei procedimenti esauriti arrivasse ad eguagliare quello dei sopravvenuti sommato a tutte le pendenze accumulate. Ci si rende agevolmente conto di quanto sia importante assorbire l'arretrato (oltretutto portare il sistema giustizia all'obiettivo del pareggio fra procedimenti sopravvenuti ed esauriti). Perché ciò avvenga, però, la formula di cui sopra

⁵⁷ Le richieste di revocatorie alle banche nel 1998 è stata pari a £.2.600 miliardi quasi quadruplicato rispetto al 90/93 e nel 1999 pari a £. 3.000 miliardi (dati ISTAT 1999). A seguito del fallimento del debitore, alcuni dei creditori che erano riusciti ad ottenere il pagamento dei loro crediti attraverso l'utilizzo intimidatorio dell'istanza di fallimento possono vedere annullato il loro beneficio dall'esercizio dell'azione revocatoria fatto dal curatore.

⁵⁸ Dal punto di vista dei settori può essere interessante conoscere i seguenti dati: facendo riferimento all'anno 1998 su un totale di 13.740 fallimenti dichiarati, 5.303 interessano il settore industriale e 8.341 il terziario. In Italia sono fallite 3,8 imprese ogni 1000 attive al 31.12.1997 oltre il 41,1% delle imprese fallite era da più di nove anni sul mercato.

⁵⁹ A.M. MUSY, F.G. PIZZETTI, M. SIMONGINI, *Un manager in tribunale*, in *Biblioteca della libertà*, 1999, n. 150.

ci indica che è necessario che, in ogni anno, il numero dei procedimenti esauriti sia necessariamente superiore ai sopravvenuti, ossia che il sistema operi in condizioni di assoluta efficienza.

Nell'86,6% di casi il fallimento è richiesto da uno o più creditori (nel caso delle imprese individuali nel 90% dei casi), raramente l'imprenditore decide di depositare i libri in tribunale; il dato non sorprende vista l'assenza di incentivi in tal senso. Allo stesso modo il successo del concordato fallimentare si registra in uno striminzito 1,9% dei casi, mentre il pagamento integrale dei debiti nel 2,7%. Le procedure stragiudiziali, anticipatorie della crisi, non sono in alcun modo esaminate dai vari studi statistici in tema, ma l'esperienza di tutti gli operatori è che il ricorso a queste ha successo in rari casi.

Il dato relativo ai concordati fallimentari ed alla chiusura in bonis del fallimento non ci dice le risorse impiegate – “sprecate” – per giungere a quel risultato.

Nel 47% dei casi il fallimento si conclude con la liquidazione e ripartizione dell'attivo e nel 44% dei casi si chiude per insufficienza o mancanza di attivo.

La revoca o la mancanza di massa passiva ha determinato chiusure corrispondenti al 4,8%.

[Vedi TABELLE C e D]

La quasi totalità dei fallimenti viene chiusa con rito ordinario (circa il 97,4%). I tempi medi, dalla dichiarazione del fallimento alla data di chiusura, sono di 2.304 giorni che si riducono a 1.764 nelle chiusure per insufficienza o mancanza di attivo e a 1.080 in caso di revoca o mancanza della massa passiva⁶⁰. A questo dato decisamente negativo si deve affiancare quello relativo ai tempi in caso di pagamento integrale dei debiti ed in caso di concordato; l'incremento è di più del 70%: 2.700 giorni nel primo caso e 2.599 giorni nel secondo.

La semplice riflessione che il tempo della procedura incide sul costo della stessa mette in evidenza il fatto che quando vi sono delle prospettive di chiusura in bonis o di successo del concordato, cioè la massa attiva del fallimento è ingente, i tempi si

⁶⁰ Dati Ministero di Grazia e Giustizia.

allungano e le risorse bruciate per la liquidazione dell'impresa sono maggiori. L'inefficienza sembrerebbe essere direttamente proporzionale alla massa attiva.

Sui tempi della procedura fallimentare in Italia è più volte intervenuta la Corte Europea dei diritti dell'uomo. Merita di essere segnalata la sentenza Ceteroni c. Italia 15.11.1996 con la quale si è pronunciata per la prima volta sulla "ragionevolezza" della durata di una procedura fallimentare. La Corte ha condannato il governo italiano a causa della eccessiva durata delle procedure fallimentari (stimata in 12 anni circa) in violazione dell'art.6, par.1 della Convenzione Europea. E' stato sottolineato che questa sentenza, pur senza un'espressa motivazione al riguardo, sembra sottintendere che esiste nel nostro ordinamento il dovere di celere definizione della procedura fallimentare, dovere che oggi deve considerarsi introdotto de plano attraverso la revisione dell'art.111 della Costituzione⁶¹.

[Vedi TABELLA E]

Analisi dei costi

Il dato più rilevante è offerto da quello relativo alle spese di procedura. Analizziamo i risultati dell'anno 1998; se consideriamo pari a 100 l'intera massa passiva possiamo notare che le spese di procedura assorbono il 4% dell'attivo fallimentare; la voce principale delle spese è data dalla retribuzione dei curatori fallimentari che, in media, assorbe l'1% dell'intero passivo⁶².

Considerato che la media delle somme recuperate dalle procedure è stata di circa il 21% dell'intero passivo e che i crediti privilegiati ammontano, generalmente, a circa il 40%

⁶¹ F.A. GENOVESE e S. GRANATA, *Celerità delle procedure concorsuali e responsabilità dello stato per termini ragionevoli*, in *Il Fallimento*, 1997, n. 3, p. 337 e segg.

La Corte ha condannato l'Italia per la lunghezza della procedura fallimentare in più casi. La Commissione ha analizzato la durata della procedura fallimentare nel suo complesso dalla data di apertura sino alla conclusione Bianco Mannini c. Italia (durata del procedimento: 21 anni e un po' più di undici mesi) e R.S. c. Italia (durata del procedimento: 16 anni e un po' meno di due mesi). La Commissione si è ancora occupata della durata della procedura fallimentare a proposito del giudizio di opposizione allo stato passivo (Ferrazzi c. Italia.), accertamento dello stato passivo (Manini c. Italia) e opposizione alla dichiarazione di fallimento (Ricotta c. Italia) sempre concludendo nel senso della violazione dell'art.6.

⁶² Dati Ministero Grazia e Giustizia.

del passivo, i creditori chirografari non vengono quasi mai soddisfatti, ed in generale i creditori privilegiati ricavano, mediamente il 14,5% delle somme loro spettanti, pari al 17% dell'intero passivo fallimentare. Facendo le proporzioni tra l'attivo recuperato ed i costi della procedura ricaviamo che questi costi assorbono più del 50% dell'attivo fallimentare. In valori assoluti, analizzando i dati relativi all'anno 1998 il giro d'affari dei curatori fallimentari è di 1.100 miliardi di lire.

[Vedi TABELLA F]

Le cifre avvalorano ancor di più la sensazione che le prospettive di riforma del sistema siano assai diverse tra i curatori ed in generale gli avvocati dei fallimenti, da un lato, e le banche dall'altro. E' opinabile che queste ultime si aspettino, da una riforma fallimentare, non solo una maggior rapidità delle procedure, ma anche un più alto tasso di recupero dei crediti ed una minore incidenza dei costi delle procedure, magari inserendosi, come già avviene negli Stati Uniti e nel Regno Unito, nel novero degli operatori responsabili del risanamento.

La finanziarizzazione dell'insolvenza, per gli istituti di credito, significherebbe un nuovo ramo di affari per le banche, sia un maggior controllo sul recupero dei propri crediti.

Analizziamo la proposta di riforma avanzata dal governo senza perdere di vista l'ipotesi che abbiamo avanzato a proposito dei diversi interessi dei commercialisti e degli avvocati, rispetto a quelli degli operatori finanziari.

Prospettive di riforma⁶³

Progetto di Legge Delega del Governo in materia di procedure concorsuali

Il panorama delle procedure concorsuali nel nostro paese, così come emerge dalle pagine che precedono, spiega di per sé le ragioni di una riforma volta ad introdurre una razionalizzazione delle procedure concorsuali.

Oltre alla procedura di fallimento si contano le procedure (cosiddette "minori") di concordato preventivo e di amministrazione controllata. A queste si aggiunge la

⁶³ Vedi il Disegno di Legge Delega allegato.

procedura di liquidazione coatta amministrativa (a volte in via esclusiva a volte in via alternativa con il fallimento), nonché, per le cosiddette grandi imprese in crisi, la procedura di amministrazione straordinaria da ultimo rivista con il decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270.

Il primo obiettivo del disegno di legge è quello di ridurre a due i tipi di procedure: una finalizzata a prevenire l'insolvenza, l'altra finalizzata a regolare gli effetti dell'insolvenza già accertata.

Il secondo obiettivo dichiarato è quello volto a mettere in campo, oltre alla vicenda contabile dell'imprenditore in crisi, anche i differenti interessi economici e sociali che vengono messi a repentaglio dallo stato di crisi.

Il terzo è quello di ridurre i tempi, obiettivo condivisibile, che viene, però, presentato in modo sviante; la relazione introduttiva al disegno di legge, infatti, attribuisce i tempi eccessivi al susseguirsi delle diverse procedure concorsuali (dalla amministrazione controllata al concordato preventivo e quindi alla dichiarazione di fallimento) laddove anche una sola delle procedure in questione presenta durate inconcepibili in un paese industrializzato.

Infine il progetto di legge pone come obiettivo chiave quello di offrire uno strumento teso ad incentivare gli accordi stragiudiziali, anticipatori dell'insolvenza, al fine di deflazionare il contenzioso fallimentare.

Questa impostazione, come è dichiarato a più riprese anche nella relazione introduttiva, si accosta a quella adottata dal legislatore tedesco e francese e tende a non considerare più le procedure concorsuali in termini meramente liquidatori.

Il disegno di legge si propone di compiere una scissione netta tra l'area (e quindi le procedure) di gestione dell'insolvenza in senso tecnico già dichiarata e l'area preliminare a tale stadio, nella quale, pur manifestandosi i segni premonitori della crisi di impresa, lo stato di insolvenza non rappresenti ancora un fatto conclamato, così che appaia possibile prevenirlo mediante una intesa con tutti i soggetti interessati alla sorte dell'impresa.

Viene così a distinguersi nel disegno di legge una procedura anticipatoria o di crisi, riservata all'iniziativa del solo imprenditore (l'unico, di norma, in questo stadio, in

grado di cogliere ed apprezzare pienamente la situazione economico finanziaria e le prospettive di risanamento) e la procedura di insolvenza tout court.

Passiamo prima in rassegna la procedura anticipatoria o di crisi. In conformità a quanto previsto in Francia e in Germania, il piano di risanamento può prevedere anche il pagamento in percentuale e rateale dei creditori privilegiati, la continuazione dell'esercizio dell'impresa e la tutela dei livelli occupazionali. Il programma di risanamento e di estinzione delle obbligazioni deve essere oggetto di una relazione del commissario giudiziale e deve essere approvato da tutti i creditori.

In caso di mancato raggiungimento del consenso, il giudice delegato promuove l'accertamento e la dichiarazione dello stato di insolvenza; nel caso, invece, di approvazione della procedura, il Tribunale si pronuncia con una sentenza di omologazione o rigetto verso la quale è possibile il ricorso in cassazione.

E' evidente che l'istituto ricalca il concordato fallimentare.

La gestione di questo piano di risanamento (la cui esecuzione deve concludersi in un periodo di due anni) che deve essere omologato dal Tribunale, è affidata al debitore, ma funzione di controllo e vigilanza è svolta dai commissari giudiziali e dal giudice delegato.

La procedura anticipatoria deve essere promossa del debitore mediante istanza al Tribunale della sede dell'impresa; all'istanza deve essere accompagnato un piano di risanamento la cui durata non deve superare i due anni. Con il decreto che dispone l'ammissione alla procedura nomina uno o più commissari giudiziali. Il piano di risanamento deve essere sottoposto al controllo di mera legittimità del Tribunale previa approvazione a maggioranza (di numero e di somma) da parte dei creditori. Durante la fase di crisi l'imprenditore rimane nel possesso e nella gestione dei beni aziendali, ma è sottoposto alla vigilanza del curatore e del giudice delegato.

La procedura di insolvenza viene descritta nella relazione come una procedura flessibile e veloce, si articola in due fasi; la prima della durata massima di 90 giorni è rivolta all'accertamento della consistenza economica e finanziaria dell'impresa ed alla scelta della possibile soluzione.

Fallimento: una riforma per le imprese

a cura di Alberto M. Musy e Michela Simongini • coordinamento di Pier Giuseppe Monateri • giugno 2001

Il periodo di osservazione è previsto anche dalla legge francese: è il periodo (di sei mesi) in cui il Tribunale osserva l'operare dell'impresa per definire le difficoltà effettive e le effettive possibilità di risanamento.

La seconda fase è quella di attuazione del programma di risanamento (totale o parziale) ovvero, laddove non sia possibile, di liquidazione e di soddisfacimento dei creditori.

I termini del periodo indicato dall'art.67 LF in tema di revocatoria sono ridotti alla metà ed inoltre si prevede che tale azione non sia esercitabile tutte le volte in cui non sia possibile fornire la prova del dolo del debitore o del danno che l'atto solutorio abbia provocato agli altri creditori allo scopo di favorirne uno tra essi.

Come è avvenuto in Francia si prevede una competenza funzionale inderogabile di sezioni di Tribunale specializzate. E' importante ribadire che il coordinamento tra diritto societario e diritto fallimentare è sancito anche dal disegno di legge Mirone, che contiene la previsione di una sezione specializzata che si occupi di controversie in materia fallimentare e concorsuale in genere, con esclusione della dichiarazione di fallimento e delle competenze gestorie del Tribunale fallimentare.

La riforma del diritto fallimentare proposta dal Governo è decisamente rivolta a costruire delle procedure concorsuali moderne; è evidente l'eco delle riforme francesi e tedesche⁶⁴, a loro volta influenzate dal modello americano.

TABELLA RIASSUNTIVA DELLE PROCEDURE PREVISTE DAL PROGETTO DI LEGGE DELEGA

PROCEDURA ANTICIPATORIA O DI CRISI	PROCEDURA DI INSOLVENZA
<ul style="list-style-type: none"> Istanza del solo imprenditore/debitore 	<ul style="list-style-type: none"> Istanza di imprenditore/debitore, creditori, PM, tribunale d'ufficio
<ul style="list-style-type: none"> Piano di risanamento 	<ul style="list-style-type: none"> Sentenza dichiarativa dello stato di insolvenza
<ul style="list-style-type: none"> Verifica del piano da parte del giudice delegato e commissario giudiziale ed approvazione dei creditori 	<ul style="list-style-type: none"> Fase di osservazione di 90 giorni e predisposizione del piano Giudizio di omologa
<ul style="list-style-type: none"> Tutela endoconcorsuale mediante reclamo al Tribunale e ricorso in cassazione 	<ul style="list-style-type: none"> Ricorso in cassazione
<ul style="list-style-type: none"> Esperita questa procedura, senza buon esito, 	<ul style="list-style-type: none"> Non può esperirsi finché la procedura

⁶⁴ Si fa direttamente riferimento alla *Zahlungsunfähigkeit* come modello per disegnare il nuovo concetto di insolvenza.

Fallimento: una riforma per le imprese

a cura di Alberto M. Musy e Michela Simongini • coordinamento di Pier Giuseppe Monateri • giugno 2001

può eventualmente seguire la procedura di insolvenza	anticipatoria è in corso
--	--------------------------

E' difficile dire oggi se la riforma verrà attuata e se si assisterà ad una svolta verso un sistema di gestione dell'insolvenza secondo la ricetta americana, cioè la finanziarizzazione dell'insolvenza; vi sono alcuni indicatori che fanno presagire tale tendenza.

Gli operatori finanziari e le banche da qualche tempo si interessano del tema, non solo come ceto creditorio per eccellenza, ma anche come possibili futuri operatori professionali nella gestione delle procedure di risanamento anticipatorie o successive alla dichiarazione dell'insolvenza.

Non è un caso se il progetto di riforma presentato dall'ABI invochi, il London Approach⁶⁵ per la soluzione delle crisi di impresa, soluzione che è già in parte recepita dalla riforma proposta dal governo.

La relazione alla proposta di legge delega introduce criteri completamente innovativi, si pensi alla nuova logica delle revocatorie fallimentari: la relazione, infatti, critica la funzione antindennitaria attribuita all'istituto previsto dall'art.67 l. fall.

Oggi la revocatoria fallimentare è letta dalla giurisprudenza come uno strumento rivolto, non già a sanzionare la frode del debitore nei confronti del ceto creditorio, bensì come strumento utilizzabile per ripartire il costo sociale dell'insolvenza fra il più ampio numero di soggetti che abbiano contratto con il fallito. Si utilizza in chiave pubblicistica un istituto meramente privatistico, si è fatta nella realtà una scelta di politica del diritto, con una forte incidenza sulle posizioni soggettive, senza farla passare al vaglio parlamentare.

La scelta per un modello antindennitario, al di là della critica in termini di politica del diritto, provoca una discrasia tra il sistema italiano e gli altri sistemi europei⁶⁶.

⁶⁵ Vedi BANCA D'ITALIA, *Crisi d'impresa procedure concorsuali e ruolo delle banche*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza legale*, marzo 1997, n. 44; *Crisi di impresa e risanamento, ruolo delle banche e prospettive di riforma*, a cura di Masciandaro e Riolo, Milano, 1997; *Le procedure stragiudiziali per la composizione delle crisi di impresa*, a cura di Bonfatti e Falcone, Milano, 1999; CORNELLI, *Risoluzione della crisi di impresa: principi economici e spunti dalle procedure estere*, in *Crisi d'impresa e procedure cit.*, p. 43; GHIA, *Il London Approach*, in *T. Romana*, 1995, I, p. 245 e segg.

Il processo di armonizzazione degli ordinamenti nazionali, cui si è già assistito e si assiste in tutti gli ambiti della disciplina giuridica di impresa (bilancio comunitario, disciplina del mercato finanziario, disciplina delle società), viene oggi esteso anche alle regole della patologia dell'impresa. Il primo passo deve essere visto nel regolamento relativo alle procedure di insolvenza adottato il 29 maggio 2000.

Regolamento del Consiglio d'Europa sulle procedure di insolvenza⁶⁷

Tale regolamento (che entrerà in vigore il 31.05.2002) ha lo scopo di coordinare le procedure di insolvenza dichiarate nell'ambito dell'Unione Europea sul presupposto del carattere sovranazionale di molte imprese.

Il regolamento non ha voluto istituire un'unica procedura di insolvenza, viste le troppe differenze all'interno di ciascuna legislazione nazionale, ma ha provveduto ad enunciare dei principi guida cui indirizzarle.

Si è rilevata⁶⁸ una contraddizione basata sul fatto che il regolamento comunitario si applicherebbe alle procedure fondate sull'insolvenza, tuttavia, nell'allegato A, che contiene le procedure a cui si applica, il regolamento menziona l'amministrazione controllata e la straordinaria che non hanno come presupposto l'insolvenza.

Restano appannaggio dello stato membro la determinazione delle condizioni di apertura e le modalità di svolgimento.

La decisione del giudice competente relativa alla procedura di insolvenza è riconosciuta in tutti gli stati membri anche se è prevista una clausola di salvaguardia (il riconoscimento o l'esecuzione possono essere rifiutati se producono effetti contrari all'ordine pubblico, ai principi fondamentali ai diritti e alle libertà personali sanciti dalla Costituzione).

⁶⁶ Gli operatori, soprattutto stranieri, che intendano proseguire nel nostro paese i loro rapporti con una impresa in difficoltà, siano essi normali fornitori o le banche, in una condizione deteriore rispetto a quella dei molti operatori che si trovino in situazioni analoghe nei loro rispettivi paesi nell'ambito dell'Unione Europea.

⁶⁷ Testo pubblicato su *Guida al Diritto*, n. 25, 8 luglio 2000, p.106.

⁶⁸ F. SILLA, *Un altro stimolo al legislatore nazionale per una riforma delle patologie d'impresa*, *Guida al Diritto*, n. 25, 8 luglio 2000, p. 119 e segg.

Una seconda procedura potrebbe essere aperta nell'altro Stato dell'Unione in cui il debitore ha esercitato in modo permanente un'attività economica tramite beni e personale. Tale procedura esplica effetti limitatamente ai beni dei debitori che si trovano nel paese dove è aperta.

E' prevista la possibilità per l'autorità competente per la prima procedura di emanare provvedimenti provvisori e conservativi con riferimento ai beni dei debitori siti nel territorio dove viene fatta richiesta di apertura di una seconda procedura.

Viene presa in considerazione la possibilità di coordinamento delle azioni dei creditori comunitari che hanno diritto di insinuare i rispettivi crediti nel passivo di ciascuna delle procedure di insolvenza pendenti (anche se in sede di riparto dovrà evitarsi il pagamento plurimo dello stesso credito). Il solo regolamento non sembra essere sufficiente, abbiamo visto che negli Stati Uniti le procedure concorsuali sono gestite a livello federale; se l'Unione Europea vuole competere con il modello americano deve pensare anche a predisporre strumenti unitari per la gestione delle crisi d'impresa.

Il diritto fallimentare nel sistema del diritto dell'economia

Il sistema procedurale del fallimento non è collegato solo a quello del recupero dei crediti, dell'occupazione e, più in generale quello dell'economia nazionale, ma è uno strumento chiave per assicurare la stabilità dei mercati mobiliari, soprattutto obbligazionari.

I paesi con sistemi fallimentari poco efficienti saranno guardati dagli investitori nel debito con il medesimo sospetto con cui, in campo azionario, sono guardati i paesi che non garantiscono sufficiente tutela agli interessi degli azionisti.

La Banca d'Italia si era già mossa su questo campo nel novembre scorso, presentando uno studio comparato sui diversi modelli di procedure concorsuali operanti in Francia, Belgio, Olanda, Germania, Gran Bretagna e Stati Uniti, sollecitando il governo ad apportare sostanziali cambiamenti al sistema delle procedure concorsuali⁶⁹. Lo studio

⁶⁹M. BIANCO, M. MASUCCI, *La riforma delle procedure concorsuali. Le soluzioni normative negli Stati Uniti ed in alcuni paesi europei* (Testo preliminare), Roma, 1999.

dell'istituto di via Nazionale evidenziava – ormai un anno fa – cinque riforme giuridiche il cui mancato avvio sarebbe stato esiziale per l'economia nazionale:

1. La riforma delle società non quotate (oggetto della bozza Mirone) dovrebbe sfoltire i tipi societari, semplificare le procedure, ampliare l'autonomia degli statuti e riscrivere il penale societario.
2. La riforma del diritto fallimentare, cui fa riferimento anche lo schema della Mirone con rimandi sui criteri da adottare, dovrebbe varare norme a favore di tutte le imprese italiane, dopo la riforma della sola legge sulle grandi imprese in crisi.
3. Un ulteriore intervento sul processo civile, che accrescendo le risorse destinate alla giustizia civile, aumenterebbe la celerità e la certezza del diritto nelle cause che coinvolgono le imprese: sezioni di tribunale specializzate in economia e nuovi strumenti processuali.
4. La riforma del diritto del lavoro che dovrebbe coniugare meglio le esigenze delle imprese e i diritti dei lavoratori, introducendo criteri nuovi in materia di flessibilità.
5. La riforma della pubblica amministrazione, che, implementando completamente il progetto della Bassanini, dovrebbe permettere di evitare il perpetrarsi di una burocrazia affossa-sviluppo.

Il sistema dell'Europa continentale, e quindi quello italiano, sono in una sorta di guado⁷⁰: da un lato il modello fortemente orientato ai problemi di politica del diritto, di politica sociale e di politica del lavoro, problemi che presuppongono una scelta amministrativo/giudiziale per tutto il diritto dell'economia e quindi anche per il diritto fallimentare (esempio paradigmatico la legge Prodi, prima e dopo la riforma del 1999); dall'altro lato l'esperienza nordamericana, fortemente orientata in senso privatistico, pronta ad introdurre incentivi privati per la gestione dell'insolvenza e per il recupero delle imprese in crisi, attenta alla salvaguardia delle risorse non in funzione sociale ma in funzione della massimizzazione dei profitti da queste ricavabili.

Abbiamo visto come gli studi legali, le società di revisione e le banche d'affari americani abbiano svolto un ruolo determinante perché le regole e le tecniche dell'insolvenza venissero a coincidere con l'interesse a creare nuove aree di sfruttamento per le professionalità e nuovi mercati finanziari.

⁷⁰ L. CAPRIO, *La mancanza d'efficienza allontana gli investitori*, Il Sole 24 Ore, 21 settembre 2000.

Il modo in cui sono organizzati internamente, le relazioni tra loro intercorrenti, l'enorme flessibilità degli studi legali, delle società di revisione e delle banche d'affari americane hanno determinato – più del legislatore o dei giudici – i tempi ed i ritmi della gestione delle imprese in crisi o della liquidazione di quelle decotte.

Il modello americano delle OPA, delle Fusioni e Acquisizioni (M&A), delle ristrutturazioni industriali si è imposto negli ultimi anni in modo definitivo sui vari modelli europei.

Abbiamo visto come la Germania abbia provveduto in parte a riformare una normativa non ancora oggetto di globalizzazione attraverso la riforma delle discipline concorsuali ed abbia, quindi, introdotto una disciplina molto debitrice dell'esperienza americana.

La Francia ha scelto la strada della riforma istituzionale (introduzione di nuovi professionisti dell'insolvenza e modifica dei tribunali di commercio), unitamente ad una riforma della procedure fallimentari volta ad introdurre dei criteri di flessibilità nella gestione dell'impresa in crisi e di riduzione delle sanzioni per l'imprenditore fallito affinché vi siano maggiori incentivi all'utilizzo della procedura concorsuale in chiave preventiva. Non mancano delle soluzioni direttamente prese dalla procedura del Chapter 11 americano, seppure, a differenza dalla Germania, non si ammetta esplicitamente l'origine statunitense delle soluzioni.

Abbiamo accennato alla diversa prospettiva con cui a queste riforme guardano gli operatori tradizionali (avvocati, magistrati e curatori) rispetto alle banche, alle società di consulenza e di revisione, ai grandi studi legali internazionali, operatori professionali relativamente nuovi per il nostro paese che vedono nella gestione dell'insolvenza nuovi spazi di lavoro.

La riforma del diritto fallimentare offre uno spaccato molto interessante dell'evoluzione istituzionale in atto nel nostro paese e nel vecchio continente in generale.

Per quanto nel nostro sistema parlare di mercato dei servizi professionali sembri – almeno stando alle reazioni dei rappresentanti degli ordini professionali – un azzardo si debbono segnalare due eventi, oramai lontani nel tempo, che hanno determinato in modo definitivo il cambiamento di rotta rispetto all'offerta tradizionale di tali servizi ed in particolare di quelli legali.

Ci si riferisce all'introduzione, in primo luogo, della revisione contabile esterna da parte delle società di revisione, in sostituzione di quella interna effettuata dai sindaci; in secondo luogo alla nascita di studi legali di grandi dimensioni specializzati soprattutto nei servizi di *due diligence*. I due aspetti sono ricollegabili tra loro poiché revisione contabile e revisione legale sono gli elementi determinanti per procedere alle grandi operazioni di fusione ed acquisizione.

Il rapporto tra l'aumento esponenziale di tali operazioni e l'aumento della presenza dei grandi studi legali e delle grandi società di revisione nel nostro paese è probabilmente direttamente proporzionale.

Il modello della revisione esterna è il modello per eccellenza del colonialismo finanziario; non a caso i primi a servirsi di questo strumento per controllare i loro investimenti furono i capitalisti inglesi che investivano nelle attività economiche delle 13 colonie della costa atlantica nord americana.

L'evoluzione del modello istituzionale-economico americano con il secondo dopoguerra ha preso il sopravvento su quello europeo ed ha iniziato ad esportare, insieme ai suoi prodotti ed alle sue industrie, alcuni strumenti di controllo particolarmente efficaci ed insieme ad essi i propri controllori, le allora Big Eight (le grandi società di revisione); negli ultimi anni del secolo appena trascorso si sono tirate le fila della incessante creazione, nel continente europeo, di una nuova rete di consulenti, contabili e legali, fortemente coesa ai grandi gestori dei fondi mobiliari ed in generale agli operatori finanziari americani, assolutamente alternativa agli strumenti frutto dell'evoluzione continentale e pronta a prenderne il posto definitivamente e ad imporre sui primi le sue nuove regole.

Alle lamentele degli operatori tradizionali continentali sulla durata, i costi e la inefficacia delle procedure concorsuali, si sono così mescolate quelle molto più determinate dei nuovi operatori professionali e di alcuni operatori tradizionali come le banche ed fondi di investimento che vedono nella finanziarizzazione dell'insolvenza un nuovo mercato.

Le riforme in atto o già attuate presuppongono la necessità di ammodernare un sistema antiquato della gestione della crisi delle imprese, ma trovano già pronto un nuovo sistema frutto di un modello globale e desideroso di nuovi spazi professionali. E'

difficile immaginare che il sistema alla americana possa essere trapiantato senza che preesistano le medesime categorie di professionisti e di finanziari che abbiamo visto operare in quel modello, senza il rischio di rigetto del trapianto. Le riforme sarebbero inutili se gli operatori professionali che debbono occuparsi di imprese in crisi non avessero le strutture, la mentalità, i modelli organizzativi interni, lo spirito manageriale ed imprenditoriale che una tale situazione richiede.

La risposta a chi si domanda se si debba parlare di globalizzazione o americanizzazione del diritto continentale emerge in modo inequivocabile dalle vicende collegate alle riforme delle procedure concorsuali⁷¹.

La recezione del modello giuridico americano, in tema di insolvenza, è avvenuta secondo un percorso tipicamente istituzionale: prima sono stati esportati nel nostro paese, come in tutta Europa, operatori professionali abituati a ragionare secondo certe procedure, oggi questi operatori spingono perché le regole giuridiche si adeguino alla loro mentalità ed alle loro procedure. L'Italia non può chiamarsi fuori da questo modello globalizzato della *governance*, della consulenza e della gestione finanziaria delle crisi aziendali. Qualunque barriera all'ingresso non rappresenterebbe che una battaglia di retrovia. E' riflessione ormai condivisa da tutti quella che vede come una necessità del mercato mobiliare internazionale, cioè dei fondi di investimento e delle banche d'affari, lo sviluppo di modelli standard di analisi delle società, ovviamente questi modelli sono quelli che oggi sono riproposti per riformare le nostre regole del diritto fallimentare e societario, – *ça va sans dire* – sono le regole americane⁷². La gestione moderna e globalizzata del mercato dei capitali azionari, del mercato obbligazionario, con i relativi corollari di nuovi modelli organizzativi delle banche, delle professioni e della burocrazia, reclama anche per il nostro paese una legge fallimentare più adeguata, oltretutto più americana!

⁷¹ P.G. MONATERI, *Globalizzando il diritto: "a bordo di auto potentissime su strade secondarie"*, in *Biblioteca della libertà*, 1998, n. 146, p. 31.

⁷² Vedi a questo proposito l'importante studio di D.C. MUELLER e B. BURCIN YURTOGLU, *Country Legal Environments and Corporate Investment Performance*, Cambridge University, WP 108, dicembre 1998.

Conclusioni

La proposta di riforma del governo Amato rimane sul tavolo della discussione introducendo un progetto bifronte, che da un lato potrebbe introdurre criteri di modernizzazione e globalizzazione (leggi americanizzazione) delle procedure concorsuali, determinandone l'attrazione nell'orbita del mondo finanziario, e dall'altro potrebbe semplicemente introdurre qualche elemento migliorativo dei tempi e dei costi delle stesse. E' difficile dire quale sia il grado di compatibilità di questa riforma con il nostro attuale panorama istituzionale; ed è soprattutto difficile prevederlo vista l'estrema diversità presente nel nostro tessuto industriale: dove convivono una fascia alta molto ristretta di operatori professionali e di imprese che gestisce già l'insolvenza in modo del tutto degiurisdizionalizzato, ed una numerosa casistica medio-piccola dove si potrebbe immaginare l'introduzione di quei raffinati meccanismi finanziari solo in seguito ad una totale rieducazione degli operatori professionali e dei protagonisti che attorno ad essa ruotano.

Il giudizio sulla proposta riforma è positivo, ma vi sono delle lacune che potrebbero essere facilmente colmate laddove il nuovo governo volesse mettersi mano. I professionisti intervenuti al dibattito del 14 marzo presso il Centro Einaudi hanno individuato, infatti, le seguenti carenze⁷³:

1. Il ridimensionamento del principio della *par condicio creditorum* è giustificabile solo nella misura in cui serva concretamente a salvaguardare l'azienda in crisi, altrimenti vi sarebbero degli incentivi a strumentalizzare il fallimento contro alcuni creditori.
2. I modelli di risoluzione consensuale stragiudiziali tra creditori e debitore insolvente, ed i loro effetti, devono essere riconosciuti pienamente da una legge fallimentare moderna.
3. Il diritto penale fallimentare ha un ruolo chiave per la determinazione degli incentivi che l'imprenditore o il management di una impresa in crisi hanno ad accedere quanto prima alle procedure anticipatorie di crisi. Fattispecie penalistiche eccessivamente estese, non tarate su stringenti principi di offensività e tassatività della condotta

⁷³ In un articolo apparso sul Sole 24 Ore del 27 marzo 2001, M. DRAGHI, *Sul fallimento va fatto di più*, sollevava delle critiche in perfetta sintonia con quanto emerso dal dibattito presso il Centro Einaudi.

(rilevanza del dolo generico anziché specifico) eliderebbero gli incentivi civilistici del ricorso alla procedura anticipatoria.

4. Non si è provveduto a ridurre il numero e le classi dei privilegi, né a semplificare i criteri per valutare la prededucibilità dei crediti; non sciogliendo il nodo dei privilegi (quello fiscale dello Stato è spesso quello più pesante) gli strumenti di gestione della crisi sono decisamente appesantiti dai diritti quesiti da questa categoria di creditori.

5. Non si è ancora sciolto il nodo della creazione delle sezioni specializzate presso la corte d'Appello, strumento imprescindibile per la creazione di competenze e professionalità in capo ai magistrati, con la conseguente produzione di una giurisprudenza più uniforme e, quindi, con una vera funzione di fonte normativa autoritativa.

Mario Draghi in un recente articolo⁷⁴ solleva il problema della mancanza nel panorama nazionale di professionisti attrezzati per gestire il risanamento delle imprese in crisi e si augura che il legislatore introduca dei riferimenti chiari affinché ai curatori tradizionali si sostituiscano delle strutture più complesse, con i necessari requisiti di professionalità ed organizzazione.

La acuta osservazione del direttore generale del Tesoro conferma la sensazione che la battaglia per la riforma del diritto fallimentare sarà fortemente condizionata dalla possibilità che si affaccino nuovi operatori su uno scenario in cui il giro d'affari è, come abbiamo visto, di qualche migliaia di miliardi l'anno.

I principali difetti delle procedure concorsuali italiane assumono un connotato diverso, non si tratta solo di mettere fine all'eccessiva durata, di ridurre i costi troppo alti in rapporto all'efficacia come hanno fatto e continuano a fare gli avvocati ed i curatori fallimentari.

Il problema non è solo risolto con l'introduzione di criteri di ampia flessibilità di gestione affinché il lavoro di liquidazione avvenga con il massimo beneficio per la massa creditoria; oppure con la creazione di incentivi rivolti agli imprenditori affinché ricorrano preventivamente alle procedure concorsuali (depenalizzazione, preservazione del management, preservazione dei diritti degli azionisti) e quindi abbiano la possibilità, con la chiusura del fallimento, di avere diritto al cosiddetto *fresh start*.

⁷⁴ Il Sole 24 Ore del 27 marzo 2001, M. DRAGHI, *Sul fallimento va fatto di più*.

**Fallimento: una riforma per le imprese**

a cura di Alberto M. Musy e Michela Simongini • coordinamento di Pier Giuseppe Monateri • giugno 2001

La riforma del fallimento, nelle istanze degli operatori finanziari, degli studi legali internazionali e delle società di revisione, significa la creazione di nuovi spazi operativi, di nuove consulenze, di nuovi mercati.