

IL DIFFICILE “INCONTRO” TRA DIRITTO COMMERCIALE, DIRITTO PENALE, DIRITTO PUBBLICO SUL TERRENO DELL’IMPRESA IN CRISI¹

DI FRANCESCO FIMMANÒ

Sommario: 1. La funzione cautelare “in senso ampio” delle procedure concorsuali; - 2. La tutela cautelare nella legge fallimentare; 3. Il rapporto con i provvedimenti cautelari “penali” e “contabili”.

1. L’esigenza di tutti gli ordinamenti giuridici di contemplare uno specifico “diritto delle imprese in crisi” nasce, sul piano economico dai problemi connessi all’azione collettiva. La struttura finanziaria delle imprese tipicamente caratterizzata dalla molteplicità e dalla diversità dei terzi titolari di pretese, che variano nel tempo, può generare, al momento della emersione della crisi, l’incentivo degli stessi ad anticiparsi a vicenda in un costosissimo gioco a somma zero. Le procedure concorsuali in tutti in Paesi del mondo hanno come regola “aurea” comune quella di impedire le azioni esecutive e cautelari individuali che produrrebbero altrimenti effetti distruttivi per l’impresa in default² e da questo punto di vista si può dire che la procedura concorsuale ha essa stessa una funzione “cautelare” in senso lato.

Quando le passività superano le attività i titolari di pretese tendono, infatti, a sprecare risorse nel tentativo di appropriarsi per primi di “pezzi” del patrimonio d’impresa con effetti pregiudizievoli sull’unitarietà aziendale che costituisce un princi-

¹ Lo scritto costituisce lo sviluppo dell’*Introduzione* al Volume “Diritto delle Imprese in crisi e tutela cautelare” a cura di F. FIMMANÒ, Ricerche di law & Economics dell’Università telematica pegaso, Milano, Giuffrè, 2012, 1

² OLSON, *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1971

pio di riferimento della *grundnorm* economica. L'impresa in attività, infatti, ha un valore, derivante in particolare dall'avviamento, ben maggiore di quello risultante dalla sommatoria dei singoli beni che la compongono e che i creditori nell'azione esecutiva individuale tendono a disaggregare.

I beni, sul piano economico, non sono dotati di un valore assoluto, ma di un valore che dipende dalla destinazione che è impressa agli stessi (nella fattispecie dall'imprenditore), dalla rete dei rapporti in cui sono inseriti e dalle capacità di chi ne dispone.

L'azione disordinata dei singoli titolari di pretese di aggressione del patrimonio può quindi generare l'impossibilità di prosecuzione dell'attività, il conseguente depauperamento e talora persino l'insolvenza di imprese sane ove le difficoltà erano solo apparenti.

Pertanto è interesse precipuo del mercato, e quindi dei creditori come gruppo, in caso di crisi, che la liquidazione dell'impresa abbia finalità riallocative ed avvenga in modo ordinato attraverso una procedura collettiva che coordini le singole rivendicazioni, imponendo un criterio di distribuzione proporzionale all'entità della pretesa e che consenta soprattutto la salvaguardia dei valori aziendali, anche attraverso la prosecuzione dell'attività economica, impedendo ai singoli di appropriarsi o disporre di singole componenti dell'impresa.

In linea meramente teorica le parti potrebbero organizzare le procedure concorsuali autonomamente sulla base dell'autonomia privata: in particolare il debitore potrebbe disciplinare nel contratto come distribuire i propri beni *ex post* in caso di insolvenza.

Si tratta, tuttavia, di una ricostruzione meramente astratta in quanto è fisiologico che il debitore nel tempo veda mutare il proprio patrimonio con l'assunzione di nuove passività che un contratto di debito anche complesso non sarebbe in grado di contemplare. Ed in ogni caso i creditori chirografari che non dispongono di alcuna garanzia sui beni dell'impresa non avrebbero alcuno strumento che assicuri loro l'esecuzione di una convenzione di debito di questo tipo. Privi di tutela sarebbero in particolare i creditori *c.d.* *non adjusting*, non in grado di imporre all'impresa la prestazione di garanzie o clausole di salvaguardia e neppure di chiedere un tasso di interesse più elevato,

quale corrispettivo del livello di premio al rischio non garantito. E tra questi innanzitutto i creditori involontari, che per definizione non possono “aggiustare” il proprio contratto di debito per tenere conto della rischiosità dell’iniziativa economica. La procedura concorsuale rappresenta perciò una sorta di “creditors’ bargain”, ovvero un accordo coattivo diretto a regolamentare l’azione collettiva e ad impedire, anche in una funzione cautelare, la distruzione di ricchezza.

La letteratura economica attribuisce, infatti, al “diritto delle imprese in crisi” innanzitutto l’obiettivo della efficienza *ex post*, ovvero di massimizzare il valore dell’impresa mediante la riduzione dei tempi di svolgimento ed i costi (diretti ed indiretti) della procedura ed in secondo luogo mirando a riallocare i beni in modo ottimale.

Tra i costi indiretti della procedura concorsuale vi sono quelli derivanti dalla sostituzione nella funzione di controllo dell’impresa dell’organo giudiziario o amministrativo ai creditori i quali sono direttamente e patrimonialmente interessati a far valere le prerogative riconosciute in caso di inadempimento e meglio informati. Il controllo spettante agli azionisti sulla società in bonis dovrebbe infatti passare in caso di insolvenza ai creditori che si dovrebbero sostituire ai primi quali nuovi residual claimants. Viceversa le legislazioni fallimentari prevedono spesso l’affidamento della gestione del patrimonio a soggetti privi di incentivi e non adeguatamente controllati, con conseguenti inefficienze e costi di delega (c.d. agency cost).

Gli altri due obiettivi riconosciuti dalla letteratura sono quelli di massimizzare l’efficienza *ex ante* e quello di garantire l’efficienza nella fase intermedia (pre-insolvency).

Si tenga conto infatti che i c.d. costi di agenzia del debito sono quelli derivanti dal monitoraggio del proprietario-manager (monitoring), quelli necessari affinché egli si vincoli credibilmente al rispetto del contratto con i creditori (bonding), nonché i costi del fallimento (bankruptcy costs) la cui incidenza aumenta all’aumentare del rischio di credito. Orbene nel caso di debiti contratti dall’impresa, l’agente può fare scelte che non sono indifferenti per il creditore, in quanto incidono sul valore atteso del suo claim ovvero sulla probabilità che il contratto di debito venga adempiuto.

Dunque, in questo contesto, l'efficienza ex ante del diritto delle imprese in crisi riguarda i soggetti in bonis ed esige misure che incentivino il management ad utilizzare i beni aziendali in modo efficiente e lo penalizzino opportunamente in caso di insolvenza, tenendo tuttavia conto che una punizione troppo severa può produrre effetti negativi scoraggiando l'iniziativa economica. Per essere efficiente ex ante la procedura deve garantire i creditori ed assicurare la massimizzazione dei ricavi, con effetti positivi sulla disponibilità a fornire credito. Quella dei creditori sociali è d'altra parte l'unica categoria di stakeholder tutelata in ogni ordinamento societario in quanto comprende gruppi di interesse che scambiano la prestazione di beni o servizi con un diritto di credito sui flussi di cassa della società. In buona sostanza, poiché la società di capitali come persona giuridica «definisce l'insieme dei beni che garantiscono l'adempimento di tutti i contratti di cui essa è parte, tutte le parti che contrattano con la società beneficiano delle tutele dei creditori».

Ecco che la funzione del diritto delle imprese in crisi è collegata al ruolo dei creditori nell'impresa, in quanto costituisce uno degli strumenti di controllo degli stessi sulla gestione, o addirittura uno strumento di governance: in buona sostanza una forma di control transaction al pari delle O.P.A., delle fusioni, dei leveraged buyout o delle scalate ostili. Il ricorso all'indebitamento comporta per sua natura il rischio di fallimento e la perdita di controllo da parte della proprietà con l'attribuzione di poteri ai creditori od a loro rappresentanti, in modo che le risorse aziendali siano utilizzate sempre in modo efficiente. Nell'ambito del ceto indifferenziato dei creditori esistono soggetti diversi, perché «le potenzialità di monitoraggio che hanno le differenti categorie di creditori nei confronti dei comportamenti del debitore» sono diverse.

L'attività di monitoraggio su una società per azioni soggetta ad obblighi informativi molto precisi ed obblighi di conservazione molto severi è ad esempio molto meno impegnativa di quella su debitori persone fisiche «che hanno infiniti incentivi e possibilità di occultare in vario modo i loro beni e la loro effettiva situazione patrimoniale». In Europa le regole sul capitale sociale, ad esempio, abbattano i costi complessivi di monitoraggio producendo esternalità positive nel senso che l'attività compiuta da taluni creditori finisce col giovare a tutti. Se un

creditore è in grado di rendersi conto che la situazione del debitore si sta deteriorando, prenderà iniziative che condurranno anche gli altri creditori «a rendersi conto di ciò e, nei casi estremi, si arriverà al fermo delle attività del debitore, cioè al fallimento». Differente è l'approccio negli Stati Uniti, ove la maggior parte dei contratti di debito (specie bancario), o delle condizioni dei prestiti obbligazionari contengono clausole che limitano la possibilità di emettere nuovo debito, distribuire dividendi, effettuare fusioni tra imprese, disporre dei beni dell'impresa, etc..

Il secondo obiettivo, c.d. dell'efficienza intermedia, riguarda le imprese in crisi prima dell'avvio di procedure concorsuali nella fase di pre-insolvency ed esige misure che incentivino il debitore a rivelare tempestivamente lo stato di difficoltà e a non assumere comportamenti eccessivamente azzardati per tentare di evitarla, scommettendo ad esempio le residue risorse dei finanziatori in attività molto rischiose. Procedure troppo punitive possono favorire il moral hazard diretto a scongiurarle, ridurre gli investimenti poco rischiosi ed indurre il controllante a ritardarne l'avvio. Ciò spiega l'esistenza di disposizioni in diversi ordinamenti sul discharge, l'esdebitazione, l'exempt property ed il consenso sempre più ampio sull'opportunità di ricorrere alla sanzione penale solo per colpire i comportamenti più gravi connessi al dissesto. Si è tuttavia posta in evidenza la difficile compatibilità esistente tra l'obiettivo di indurre elevati livelli di effort da parte dell'imprenditore e la finalità di favorire una tempestiva emersione della situazione di crisi. Procedure fallimentari dure favoriscono il primo obiettivo, ma ostacolano il secondo; mentre procedure morbide hanno l'effetto opposto.

In questo quadro complessivo la funzione del diritto delle imprese in crisi è dunque di ridurre i costi di transazione tra le esigenze di esclusività del controllo sui beni dell'impresa e la necessità di delegarne l'utilizzo, consentendo ai creditori ex post di svincolare le risorse prestate a soggetti divenuti insolventi per destinarle ad attività più redditizie e di esercitare un controllo ex ante e medio tempore sulla gestione del debitore finanziato mediante la minaccia di fallimento. La procedura dal canto suo costituisce uno strumento attraverso cui è possibile disporre delle imprese inefficienti e favorire la riallocazione del patrimonio degli imprenditori insolventi. L'insolvenza della società squarcia quella gabbia organizzativa che normalmente

preclude ai creditori di incidere sulle scelte degli organi sociali, legittimandone la partecipazione al processo di ristrutturazione, secondo le regole concorsuali coordinate con quelle societarie e contrattuali³.

Orbene, tutto ciò esige efficacia ed efficienza dell'azione ed in questa logica alla procedura concorsuale può essere, come detto, riconosciuta una funzione “cautelare” in senso lato, rispetto all'allocazione efficiente dell'impresa in crisi nel mercato nell'interesse, non dell'imprenditore titolare, ma dell'economia⁴.

2. Tutti i delineati obiettivi della procedura possono trovare uno strumento attuativo relevantissimo nel sistema dei provvedimenti cautelari che può emettere il Tribunale (o l'autorità amministrativa di vigilanza) a tutela dell'impresa in crisi e del suo patrimonio, impedendo la disgregazione e l'azzeramento dei valori aziendali in virtù di comportamenti illeciti dell'imprenditore o dell'aggressione dei singoli titolari di pretese. Ed il lungo processo di riforma del diritto delle imprese in crisi ha reso l'impresa “oggetto proprio” della tutela cautelare.

E' rinvenibile nella legge fallimentare un micro-sistema normativo che, senza sacrificare i diritti di difesa, consente, l'uso alternativo dell'istruttoria preconcorsuale⁵, orientandola a

³ F. FIMMANÒ, *L'allocazione efficiente dell'impresa in crisi mediante la trasformazione dei creditori in soci*, in *Riv. soc.*, 2010, 150 s.

⁴ Se dunque nella fase di crisi si determina una parte rilevante dei danni per l'impresa e per i suoi creditori, la procedura concorsuale può avere, in questa logica, una funzione cautelare in senso lato, collegata al ruolo dei creditori, in quanto costituisce uno degli strumenti di controllo degli stessi sulla gestione. La perdita del controllo dell'impresa da parte della proprietà con l'attribuzione di poteri ai creditori, od a loro rappresentanti (diretti ed indiretti), consente che i valori aziendali siano salvaguardati in modo efficiente. L'iniziativa assunta da taluno dei creditori produce esternalità positive, nel senso che finisce col giovare a tutti. Nell'ambito del ceto indifferenziato, infatti, «le potenzialità di monitoraggio che hanno le differenti categorie di creditori nei confronti dei comportamenti del debitore» sono evidentemente diverse (F. FIMMANÒ, *L'impresa in crisi come oggetto “proprio” della tutela cautelare*, in “Diritto delle Imprese in crisi e tutela cautelare”, cit., 10 s.).

⁵ L'introduzione di norme dirette a congelare il patrimonio dell'impresa è stata concepita in fase di costruzione delle nuove norme fallimentari come momento di compensazione dei possibili inconvenienti per la tutela dei creditori che la fase preconcorsuale può determinare (cfr. DE SANTIS, *Sub art. 15, Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da JORIO, Tomo I, Bologna 2006, 327; CAVALLINI, *Sub art.*

funzioni cautelari a tutela dell'impresa e del relativo patrimonio. La scelta permette di limitare, almeno parzialmente, l'assenza di effetti correlati alla presentazione del ricorso di fallimento, dovendosi escludere che possa essere adottata come misura la (provvisoria) dichiarazione di insolvenza, al solo scopo di anticipare il c.d. periodo sospetto o più in generale gli effetti costitutivi della sentenza.

Questo sistema consente di acquisire la reale “dimensione e dinamica dell'impresa insolvente, della sua composizione e struttura, della consistenza degli assets e delle relazioni implicite ed esplicite intessute con il mercato”⁶.

Gli strumenti per monitorare e tutelare adeguatamente l'impresa, in modo più o meno invasivo, anche dall'interno nella fase di preinsolvency, sono offerti dall'art. 15, l.fall., comma 8, l. fall. a norma del quale il Tribunale, in composizione collegiale, può emettere “i provvedimenti cautelari o conservativi a tutela del patrimonio o dell'impresa...che hanno efficacia limitata alla durata del procedimento e vengono confermati o revocati dalla sentenza che dichiara il fallimento ovvero revocati con il decreto che rigetta l'istanza”⁷.

15, in *Commentario alla legge fallimentare*, diretto da CAVALLINI, I, Milano, 2010, 326 s.; FIMMANÒ, *Prove tecniche di esercizio provvisorio riformato*, in *Giur. comm.*, 2007, I, 759 s.).

⁶ Trib. Bologna, 14 agosto 2009, in www.ilcaso.it e in *Giur. comm.*, 2010, II, 1177 con nota di ROSSI, *L'esercizio provvisorio nella mission della procedura fallimentare*. Nel caso in cui il Tribunale intenda disporre l'esercizio provvisorio già nella sentenza dichiarativa di fallimento, come prevede il primo comma dell'art. 104 l. fall., dovrà necessariamente dar luogo al citato monitoraggio invasivo. Una effettiva valutazione *comparativa* da effettuare già in sentenza dei potenziali danni derivanti all'impresa dall'improvvisa interruzione dell'attività e del relativo *pregiudizio dei creditori* ai fini dell'eventuale esercizio provvisorio (art. 104, comma 1, l. fall.), richiede molto di più della mera conoscenza *ex actis* della fattispecie esaminata ed almeno esige una valutazione dei documenti contabili per quanto affidabili (A. CAROSI – F. CAPALBO – M. SORRENTINO, *L'istruttoria preconcorsuale in funzione cautelare e il ruolo del bilancio di esercizio*. in “Diritto delle Imprese in crisi e tutela cautelare” cit., 315).

⁷ Sul tema cfr. I. PAGNI, *La tutela cautelare del patrimonio e dell'impresa nell'art. 15 l. fall. alla luce della novità della L. 7 agosto 2012, n. 134*, in “Diritto delle Imprese in crisi e tutela cautelare” cit., 79 s.; M. FABIANI, *Tutela cautelare e amministrazione dell'impresa nel processo di fallimento*, *ibidem*, 101 s.; R. BELLÈ, *Sequestri prefallimentari, sequestri penali e gestione giudiziale della crisi di impresa anche alla luce delle “misure urgenti per la crescita del paese”*, 135 s.; S. DE MATTEIS, *L'effettività della tutela cautelare nel processo di fallimento*, 157 s.

Tali provvedimenti sono adottati su istanza di parte (creditore, pubblico ministero o debitore stesso) contenuta nel ricorso oppure formulata successivamente, e viceversa non proponibile, a nostro avviso, ante causam in quanto strutturalmente e funzionalmente subordinata alla pendenza di un giudizio finalizzato alla verifica della sussistenza dei requisiti per la dichiarazione di fallimento.

Anche la «legittimazione» del P.M., simmetricamente al creditore agente, non può sfuggire alla sopportazione di uno specifico onere probatorio e prima ancora di allegazione, all'esito del cui assolvimento può collocarsi l'indefettibile accertamento giudiziale della fattispecie stabilita dalla legge per la richiesta stessa, che - è idoneo a sostanziare validamente la premessa della dichiarazione di insolvenza⁸.

Si tenga conto che nella casistica giurisprudenziale il P.M. è, nella gran parte dei casi, il soggetto che richiede i provvedimenti ex art. 15, comma 8, l. fall., in genere per ragioni diverse dalla tutela dell'attività economica: vuoi in funzione preventiva rispetto a eventuali fattispecie di reati fallimentari in formazione⁹, vuoi, forse, per dare una funzione cautelare al proprio in-

⁸ Così F. AULETTA, *L'iniziativa del PM in funzione cautelare per la dichiarazione dello stato di insolvenza*, in *Diritto delle imprese in crisi e tutela cautelare*, cit. 65 s. (secondo cui "l'insolvenza di un imprenditore non definibile in «fuga», ovvero al quale non sia riferibile la «chiusura dei locali dell'impresa» ovvero non altrimenti indiziabile di attività «fraudolenta» non è capace di determinare una valida dichiarazione di fallimento su richiesta del P.M. dal momento che la richiesta è atto non soltanto doveroso nei casi stabiliti dalla legge, ma è atto al contempo precluso fuori degli stessi casi, apparendo costante nella capacità del promotore pubblico di conoscerne applicazioni limitate a un elenco chiuso di ipotesi legislativamente fissate, come si conviene -del resto- a tutti i soggetti che vengono abilitati dichiaratamente a spendere in giudizio non «propri diritti» (art. 24, 1° comma, Cost.): soggetti che, perciò, neppure possono rivendicare una costituzionale riserva a sè del generale (innominato) e astratto (indipendente, cioè, dalla situazione sostanziale) potere d'azione. Per conseguenza, il P.M. può «da[re] luogo ad azione» per la dichiarazione di fallimento soltanto in casi particolari (nominati) e in concreto sussistenti (cioè, postulanti un accertamento in senso proprio della situazione legittimante affermata); in mancanza, quando al Pubblico ministero «non compete azione», il tribunale ne rigetterà la richiesta perché non sarà risultata integra la serie dei presupposti. Ne viene un profilo soggettivo del potere pubblico che non pare secondare l'idea di un esercizio in funzione cautelare, special-preventiva, se non accidentale").

⁹ In alternativa, o talora in aggiunta, ad una richiesta di sequestro preventivo ex art. 321 c.p.p. (sul rapporto tra misure cautelari civili e penali, cfr. CELENTANO, *Il sequestro preventivo e l'esistenza di una controversia sulla proprietà o il possesso: finalità. Utilità pratica, possibili esiti, raccordo con l'azione civile*, in www.csm.it; BELLÈ, *op. cit.*, 16 s.).

tervento in un sistema riformato che ha ridimensionato le ipotesi di iniziativa¹⁰, vuoi, ancora, per recuperare quelle attribuzioni che il legislatore ha inteso sottrargli sul piano generale per ridurre l'intervento pubblico "dirigista" nella vita dell'impresa, a cominciare dal venir meno della legittimazione al ricorso ex art. 2409 c.c. (salvo per le società che fanno ricorso al mercato dei capitali di rischio) che costituisce il caso più emblematico¹¹.

Anche l'istituto dell'automatic stay introdotto di recente dal decreto legge 22 giugno 2012, n. 83, convertito con modificazioni in L. 7 agosto 2012, n. 134, ha in realtà questa funzione cautelare anticipatoria della procedura concorsuale riguardante la problematica dell'azione collettiva¹².

Il dato letterale contenuto nell'art. 15, l. fall., è univoco nello stabilire come oggetto dei provvedimenti possa essere l'impresa e siccome questa è una "attività", è questa che deve essere oggetto di provvedimenti, tant'è che la stessa norma distingue, come visto, l'impresa dal generale patrimonio dell'imprenditore, sancendone implicitamente la tutela. D'altra parte l'impresa non può essere considerata più soltanto come una diretta proiezione dell'imprenditore, ma va necessariamente vista come una realtà oggettivamente rilevante cui l'ordinamento accorda tutela ed assegna uno specifico ruolo ed alla quale sono riferibili, in certi limiti, situazioni e rapporti autonomi rispetto a quelli che fanno capo all'imprenditore. E già

¹⁰ Ad esempio nella fattispecie sottoposta al Trib. Monza, 11 febbraio 2009, cit., il PM pone l'accento su attività distrattive effettuate attraverso bonifici con la causale *cash pooling* che rappresenterebbero attività di drenaggio della liquidità verso la capogruppo. Dalla lettura del provvedimento del Tribunale di Monza emerge che la sussistenza di un concreto pericolo di condotte illecite abbia indotto il Tribunale a valutare con un minor rigore il presupposto dello stato di insolvenza. La delicatezza del tema è evidenziata da SANTANGELI, *op. ult. cit.*, 77, il quale rileva il rischio che l'art. 15 l. fall. venga male inteso, «ricavando quasi una facoltà per il Tribunale di non essere tempestivo nell'accertamento dei requisiti dimensionali dell'impresa e dell'insolvenza in ragione della possibilità di pronunciare misure cautelari che "congelino" il patrimonio del fallendo; ciò che volgerebbe il rimedio configurato dal legislatore a rivelarsi peggiore del male».

¹¹ Sulla questione più generale MONTAGNANI, *Ideologia corporativa e controllo giudiziario sulle società di capitali*, Padova, 2008.

¹² Al riguardo in particolare F. ROLFI, *La protezione anticipata nel concordato preventivo alla luce del "Decreto Sviluppo"*, in *Diritto delle imprese in crisi e tutela cautelare*, 215 s.; R. ROSAPEPE, *La tutela cautelare nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, *ibidem*, 201 s.; L. CARAVELLA, *La tutela, anche conservativa, dei diritti e il concordato preventivo*, *ibidem*, 235 s.

nella Relazione del Guardasigilli al codice del '42, sull'impresa in generale (n. 34), è chiara la distinzione tra impresa in senso funzionale, come attività professionale organizzata dell'imprenditore, ed impresa in senso strumentale come organizzazione del lavoro e degli altri strumenti produttivi cui dà luogo l'attività professionale dell'imprenditore. Quest'ultima "in fondo è sì ancora una espressione dinamica, cui mette origine l'attività, ma allorché si distacca dal suo autore acquista il carattere più statico dell'azienda". Essa costituisce il punto di riferimento e di saldatura in cui confluiscono gli interessi di tutti coloro che si muovono nel suo ambito. Si tratta di interessi diversi, spesso contrastanti, che tuttavia si compongono al fine di perseguire l'interesse oggettivo dell'impresa: il suo fisiologico inserimento nel mercato, interesse idoneo a sua volta a realizzare gli obiettivi e le prerogative individuali.

Nell'ottica del legislatore l'impresa è un valore da preservare in quanto, grazie ad essa, è possibile valorizzare l'azienda quale componente centrale dell'universo della liquidazione concorsuale. Inoltre a livello fallimentare sfumano le categorie concettuali, quali i beni, diritti, aspettative, per essere sostituite dal nuovo e diverso concetto di "valore". Si pensi a quelle attività economiche che abbiano per oggetto l'erogazione di un servizio che – se non esercitato – genera la risoluzione dei rapporti negoziali coi clienti. Si pensi alle società che svolgono attività o servizi di interesse pubblico ove il mancato esercizio della attività di impresa genera la dispersione dei valori, talora intangibles¹³.

¹³ Per intangibile si intende un "bene" che – da solo non è commerciabile – ma che può essere ceduto con l'azienda e consente a questa di assumere un valore esponenziale. Si pensi, solo per fare un esempio, tra i tanti, al fallimento delle società di calcio ove la considerazione del dato azienda permette di monetizzare "valori", quali il "titolo sportivo", che altrimenti sarebbero incredibili, se considerati singolarmente. Sul tema mi permetto di far riferimento a F. FIMMANÒ, *La crisi delle società di calcio e l'affitto della azienda sportiva*, in *Dir. fall.*, 2006, 3. Si pensi ancora alle imprese convenzionate con il sistema sanitario nazionale (al riguardo ancora F. FIMMANÒ, *Gli effetti del trasferimento d'azienda sull'autorizzazione sanitaria regionale e sul c.d. accreditamento istituzionale*, in *Riv. not.*, 2003, 133).

3. Tutto ciò, tuttavia, non tiene conto di altri interessi che attingono alla teoria delle scelte pubbliche e non strettamente correlate al criterio dell'efficienza economica.

Ci riferiamo in particolare al tema dei provvedimenti cautelari di natura penale incidenti sull'impresa (sequestri preventivi¹⁴, misure di prevenzione c.d. antimafia¹⁵, sequestri per equivalente¹⁶, confische), che possono incrociare le procedure concorsuali o “scontrarsi” addirittura con le stesse, o in alcuni casi limite addirittura generare la crisi od il default¹⁷. Si tratta talvolta di misure che pongono anche questioni delicate in ordine alla incidenza su diritti di terzi estranei alla fattispecie¹⁸.

Od ancora si pensi, in alcune circostanze peculiari, alle misure cautelari “contabili” assunte dalla Corte dei conti¹⁹ in relazione a danni erariali prodotti da imprese poi assoggettate a procedure concorsuali (e ciò non riguarda solo le società a partecipazione pubblica, ma tutti gli imprenditori che utilizzino risorse dei contribuenti, quali ad esempio i concessionari di attività, servizi o beni pubblici)²⁰. Al riguardo si pongono questio-

¹⁴ Sul tema: A. CAPUANO, *Il sequestro penale preventivo ed il rapporto con le procedure concorsuali*; in *Diritto delle imprese in crisi e tutela cautelare cit.*, 363 s.

¹⁵ L. SALVATO, *Profili problematici del coordinamento della disciplina del sequestro di prevenzione e del fallimento*, in *Diritto delle imprese in crisi e tutela cautelare cit.*, 519 s.; C. FORTE, *Il Codice delle leggi antimafia e la crisi dell'impresa sottoposta a misure di prevenzione patrimoniali: analisi della nuova disciplina dei rapporti tra gli strumenti di intervento ablativo statale e le procedure concorsuali*, *ibidem*, 547 s..

¹⁶ G.M. CASELLA – C. FORTE, *Il sequestro e la confisca per equivalente*, *ibidem*; G. SACCONI, *Confisca “per valore” ed obbligatorietà del sequestro preventivo per equivalente: soluzioni interpretative nel caso di fallimento e profili di incostituzionalità delle cautele reali imposte “sine periculum”*, *ibidem*, 373.

¹⁷ R. CANTONE, *La crisi delle imprese sottratte alle mafie*, in *Diritto delle imprese in crisi e tutela cautelare cit.*, 653 s.

¹⁸ M. GORGONI - *Confisca antimafia e terzi creditori e titolari di diritti reali parziari* in *Diritto delle imprese in crisi e tutela cautelare cit.*, 627 s. ; R. COGLIANDRO, *Pegno, usufrutto e sequestro di quote di s.r.l.: tra codice civile e codice antimafia*, *ibidem*, 609 s.

¹⁹ F. CAPALBO, *La sorte dei sequestri contabili in caso di dichiarazione di insolvenza del debitore* in *Diritto delle imprese in crisi e tutela cautelare cit.*, 269; L. IMPARATO, *Il rapporto tra provvedimenti cautelari contabili e procedure concorsuali*, *ibidem*, 281.

²⁰ Al riguardo, *Le società pubbliche: ordinamento crisi ed insolvenza*, a cura di F. FIMMANÒ, Ricerche di Law & Economics, Giuffrè editore, Milano, 2011, n. 1.

ni non solo di concorrenza e prevalenza, ma anche di giurisdizione rispetto ai provvedimenti conservativi assunti ²¹.

La concezione tradizionale dell'impresa, ovvero del modello input-output che descrive azionisti, dipendenti, fornitori, creditori quali soggetti che forniscono gli input alla scatola nera che li trasformerà in output per i clienti, è insomma superata da una più complessa configurazione che tiene conto di altri soggetti fondamentali interessati alle vicende dell'impresa e del suo patrimonio: gli stakeholders primari ossia coloro che hanno una formale relazione contrattuale con la stessa (fornitori, lavoratori, clienti e più in generale i titolari di pretese) e quelli secondari, ossia tutti gli altri soggetti e/o gruppi che influenzano o sono influenzati in modo indiretto dall'impresa (lo Stato innanzitutto e non solo come amministrazione finanziaria, i sindaca-

²¹ Il giudice contabile della Corte Emilia Romagna, il quale chiamato alla convalida della misura interinale richiesta dalla Procura ha evidenziato l'assoluta impossibilità da parte dei creditori di poter promuovere azioni esecutive e cautelari, alla stregua delle chiare direttive normative tracciate dall'art. 51 della L.F e dall'art. 48 del Dlgs. 270/99 (Ordinanza n. 11/12R emessa in data 23/3/2012 relativamente al procedimento n. 43314 Corte dei Conti per l'Emilia Romagna). Nella specie il Giudice della cautela ha correttamente osservato che "... *il ricorso allo strumento cautelare del sequestro conservativo nei confronti di società ammessa alla procedura dell'amministrazione straordinaria ex art. 3, comma 3, del d.l. n. 40 del 2010 (conv., con modificazioni, in l. n. 73/2010), e dichiarativa insolvente, non sia conciliabile con il regime giuridico della predetta procedura concorsuale; ciò anche nel caso in cui l'azione cautelare sia promossa dal P.M. contabile, tenuto conto in particolare: 1) della assolutezza del divieto (di inizio o proseguimento) di azioni individuali contenuto nell'art. 48 del d.lgs. n. 270 del 1999 e nell'art. 168 I. fall. ; 2) della sostanziale omogeneità strutturale e funzionale del sequestro conservativo previsto nel giudizio contabile dinanzi alla Corte dei Conti con la corrispondente misura cautelare civile di cui all'art. 671 c.p.c. al pari, peraltro, dell'obbligato, nell'area di operatività del divieto di cui all'art. 51 L.F..... palesandosi una sostanziale identità funzionale con l'omologo sequestro civile, che dottrina e giurisprudenza ritengono pacificamente non esperibile in costanza di fallimento*", in quanto comune è "il presupposto del *periculum in mora*, che viene considerato quale concetto unitario attinente alla garanzia patrimoniale preventiva, sia che il credito venga fatto valere in sede civile sia che venga azionato nel processo penale" (cfr. Cassazione Penale – Sezioni Unite, 24 maggio – 9 luglio 2004 n. 29951); che con lo "spossessamento" della società venga anche a mancare la condizione di ammissibilità del sequestro conservativo costituita dal "*periculum in mora*", tipizzando dall'art. 671 c.p.c. nel "*fondato timore di perdere la garanzia del proprio credito*"; ciò con particolare riguardo all'esistenza di una situazione di fatto che possa preludere ad un *depauperamento patrimoniale* ascrivibile ad atti dispositivi della società insolvente, posto che l'amministratore e la disponibilità dei beni di quest'ultima sono affidate ex lege al Commissario Straordinario, ovvero ed un organo che svolge un *munus publicum* cui è affidata la tutela dell'interesse pubblico sottostante alla procedura concorsuale di cui trattasi.

ti, i creditori involontari, il mercato, i contribuenti, la collettività.)²².

Se insomma da un lato l'impresa ha anche una responsabilità sociale, dall'altro lo Stato ha una responsabilità verso l'impresa nell'interesse del valore costituzionale dell'economia. E le recenti, clamorose vicende italiane dei delicati rapporti tra diritto penale, tutela cautelare, interesse dell'impresa, dei suoi stakeholders e responsabilità sociale della stessa, evidenziano quanto sia decisivo sviluppare una sensibilità comune ed interdisciplinare a questi problemi.

Spesso, infatti, ciascun operatore od interprete guarda asetticamente al proprio ruolo, alla propria funzione, alla propria competenza per materia (inevitabilmente influenzata da deformazioni professionali) e ciò produce di per sé guasti irreversibili per l'ordinamento socio-economico. Guasti che fanno perdere competitività ad un sistema già inesorabilmente in declino, con effetti esiziali.

Spesso, ad esempio, si confonde la responsabilità - anche penale - dell'imprenditore (o dei suoi organi sociali) con quella dell'impresa, finendo con l'azzerare la seconda per sanzionare il primo. Oppure si confonde la tutela cautelare statica con quella dinamica necessaria al mantenimento dell'attività economica, e con essa il ruolo e le qualità di un custode giudiziario di un cespite qualsiasi, con la necessaria managerialità di chi

²² Possono quindi essere considerati *stakeholders* i clienti finali, i clienti intermedi (utilizzatori industriali), i clienti intermediari (commerciali e distributori), i dipendenti, i managers, e poi i concorrenti, ovvero tutti soggetti, interni ed esterni all'impresa, che a fronte della prestazione di un'attività o dell'apporto di risorse materiali ed immateriali, di contributi e di consensi, conseguono una qualche forma di beneficio o di ricompensa di natura economica e non (interessi soddisfatti, vantaggi economici e/o sociali). Il valore creato, nell'accezione allargata utilizzata, produce i suoi effetti sulla capacità dell'impresa di perseguire le proprie iniziative strategiche e di attrarre verso di essa, le risorse, i contributi ed i consensi necessari a tale scopo. Il valore nella prospettiva degli *stakeholders* consiste nel valore delle loro relazioni con l'impresa ovvero la differenza netta tra benefici e costi che essi percepiscono nello stabilire e mantenere dette relazioni. La moderna teoria dell'impresa, insomma, considera quest'ultima quindi non più come una *black box*, ma come una concentrazione contrattuale di risorse specifiche e non specifiche, tale da determinare un prodotto irriproducibile in una situazione in cui le risorse fossero organizzate separatamente all'esterno dell'impresa, come tale caratterizzata da un particolare tipo di produttività che emerge dalla specifica combinazione di risorse, professionalità e *diritti* realizzata nell'impresa considerata.

deve gestire una res produttiva complessa, fatta innanzitutto di rapporti, qual è l'azienda²³.

In questi casi - ed è un dato statistico - è addirittura la misura cautelare che può produrre il default, in attesa dei lunghi tempi processuali ed in mancanza di una gestione pubblica processuale tecnicamente e professionalmente adeguata. Una cosa, infatti, è svolgere l'attività di custode di un immobile oggetto di esecuzione individuale e tutt'altra è la gestione e l'amministrazione di una complessa realtà aziendale.

E' evidente che allo stato la sensibilità ai temi dell'impresa (oltre che alla competenza tecnica) che ha un giudice delegato ai fallimenti od una sezione fallimentare di un Tribunale è completamente diversa da quella che ha un pubblico ministero od una sezione penale di un Tribunale, stesso discorso vale per una Procura della Corte dei conti, piuttosto che di una sezione giudicante della magistratura contabile.

Ma non è possibile che - di fronte ai gravi problemi del Paese - si affermi che ciascuno debba guardare solo al proprio ruolo ed alla propria competenza, senza tener conto del sistema complessivo. La letteratura economica mondiale è ricca di contributi in cui si verifica analiticamente ed empiricamente la relazione tra evoluzione sistemica, sviluppo economico, limiti e qualità della interpretazione normativa e dell'enforcement giudiziario.

Lo Stato americano del Delaware ad esempio ha la più alta concentrazione delle sedi legali delle principali società statunitensi, non perché abbia una legislazione più favorevole, ma perché, a fronte di un originario buon sistema normativo, si è sviluppata in loco una classe di giudici, e più in generale di operatori, in sede civile e penale, dotata di grandissima competenza tecnica e altrettanta sensibilità ai temi dell'impresa, in grado di offrire quella "certezza del diritto" fondamentale per lo sviluppo dell'economia.

²³ Vi è infine un ulteriore spazio riguardante la tutela cautelare, ovvero quella utilizzata dalle procedure concorsuali dopo la dichiarazione di insolvenza per la ricostruzione del patrimonio dell'impresa e quindi di natura conservativa rispetto a giudizi risarcitori o revocatori che pure può incrociarsi e scontrarsi con esigenze cautelari di natura non civilistica, funzionale o meno alle medesime finalità. F. COSSU, *Azioni di responsabilità e provvedimenti cautelari nelle società a responsabilità limitata dichiarate insolventi in Diritto delle imprese in crisi e tutela cautelare cit.*, 449 s.

Così il recente intervento normativo che ha introdotto il Tribunale delle imprese avrebbe dovuto inglobare tutte le diverse competenze e non solo quella “civilistica” proprio per offrire un assetto unitario interdisciplinare che oggi drammaticamente manca. Non a caso i legislatori del 1942 con lungimiranza avevano inserito le norme penali societarie e fallimentari, non nel codice penale, ma in quello civile e nella legge fallimentare, proprio ad evidenziare un approccio tecnico e sensibile alla materia (completamente diversa da quella penale tradizionale imperniata sul fatto e non sul diritto).

I magistrati e più in generale gli operatori ed interpreti del settore penale, amministrativo o contabile dell’economia, devono avere una conoscenza tecnica delle categorie giuridiche dell’impresa e soprattutto una sensibilità ai relativi temi, ancora maggiore di quelli del settore civile e fallimentare, considerato il ruolo ormai ancora più delicato e l’interventismo che si è osservato nel settore. Basti pensare all’esponentiale aumento negli ultimi anni di ricorsi di fallimento esperiti dai pubblici ministeri, rispetto ai quali nel Volume si analizza l’eventuale funzione cautelare.

Eppure, proprio in tema di tutela cautelare (specie penale e contabile), ancora oggi si registra, ad esempio, l’errore concettuale di confondere il custode giudiziario dell’azienda con l’amministratore giudiziario\legale rappresentante della società o talora, ancora peggio, il curatore, il commissario straordinario od il commissario liquidatore con gli organi sociali²⁴.

Questo errore, tra gli altri, va segnalato con forza al fine di evitare che si consolidi a valle una prassi giurisprudenziale destinata a produrre provvedimenti abnormi.

E’ una questione che si è posta, spesso, in sede di sequestro penale ex art. 321 c.p.p., che è stato talora utilizzato, in alterna-

²⁴ Ci riferiamo alla ipotesi di assoggettamento a procedure concorsuali di società a partecipazione pubblica, in particolare liquidazione coatta e amministrazione straordinaria, che evidentemente, anche nel caso di continuazione dell’esercizio dell’impresa escono fuori dall’alveo della giurisdizione contabile, in quanto la dichiarazione di insolvenza genera la fattispecie giuridica dello “spossessamento” e l’organo della procedura non si sostituisce agli amministratori (che rimangono in carica in relazione alla persona giuridica spossessata) ma rappresentano la massa attiva e passiva (al riguardo cfr. il primo Volume di questa collana: *Le società pubbliche: ordinamento crisi ed insolvenza*, Ricerche di law & economics, a cura di F. Fimmanò, Giuffrè editore, Milano, 2011).

tiva ai provvedimenti cautelari fallimentari, in funzione preventiva rispetto a reati fallimentari, per i quali la dichiarazione di insolvenza è condizione di procedibilità. Come vedremo nel Volume, la necessità di distinguere i diversi piani ed i diversi fenomeni, anche nella interpretazione della lettera (talora atecnica ed approssimativa) di norme civili, penali, amministrative e fallimentari, risponde all'esigenza tutela di diritti fondamentali, innanzitutto dell'impresa. Al riguardo dovrebbe essere quasi superfluo precisare che l'imprenditore è il soggetto che esercita l'attività economica organizzata per produrre beni e servizi per il mercato (art. 2082 c.c.), l'impresa è tale attività economica, la società è il soggetto (persona giuridica se di capitali) imprenditore collettivo che esercita l'attività. Lo strumento per esercitare l'attività d'impresa è l'azienda (art. 2555), che non è l'imprenditore individuale o collettivo, non è la società, non è l'impresa, ma è un bene complesso, ossia il complesso dei beni e dei rapporti (a cominciare da quelli di lavoro) utilizzati dall'imprenditore individuale o dalla società per l'esercizio dell'impresa. Fin dalla taberna di diritto romano (antesignano storico) e ripercorrendo l'elaborazione dottrinale in tema di azienda, che ha impegnato per lustri la dottrina, si è affermato che essa è qualificabile come una pluralità di beni unificati dalla unitaria destinazione produttiva, ed in quanto tale, oggetto di rapporti di diritto pubblico e di diritto privato.

Si badi bene oggetto e non soggetto come è invece l'imprenditore individuale o l'imprenditore collettivo, come la società, che è soggetto autonomo di diritto e, quando società di capitali, vera e propria persona giuridica. Il soggetto di diritto essendo soggetto, non può essere esso stesso l'oggetto dello spossessamento fallimentare, del sequestro, della vendita o dell'espropriazione (a differenza dei beni e dei rapporti che ne costituiscono il patrimonio) e pertanto il provvedimento cautelare non può riguardare la sostituzione dell'imprenditore e quindi la governance della società ma tutt'al più la gestione dell'impresa, se non ancora meglio dell'azienda.

Si tratta di concetti che sembrano elementari, scontati, per un gius-commercialista, un civilista, un economista, ma che non lo sono affatto per gli interpreti e gli operatori provenienti da altri settori dell'ordinamento. Basti pensare che il recente decreto contenente "misure urgenti per la crescita del Paese" ha dovuto novellare la legge fallimentare con norme che appaiono ov-

vie, come la prosecuzione coatta dei contratti (specie di appalto e forniture pubbliche) di imprese in concordato preventivo da parte delle stazioni appaltanti. Norme che riproducono quanto già disciplinato in tema di esercizio provvisorio dell'impresa fallita e di amministrazione straordinaria. In realtà l'esigenza di introdurre norme "ovvie" evidenzia l'avvertita necessità di inculcare ad operatori di altri settori dell'ordinamento (il diritto pubblico, amministrativo, penale) che alcuni interessi dell'ordinamento come quello dell'economia prevalgono su interessi dei singoli (come quello del terzo contraente in bonis) al fine di salvaguardare il valore della riallocazione delle imprese in crisi nel mercato (delle imprese si badi bene e non degli imprenditori). E quando il legislatore deve sovra-regolamentare per spiegare agli interpreti ciò che già è ovvio, ossia che i diritti del terzo contraente vengono sacrificati nelle procedure concorsuali, in una sorta di dumping da crisi, in funzione di un interesse superiore, questo non è un buon segnale.

Analogamente, in altre fattispecie concrete, i diversi interessi dello Stato, come vedremo nel Volume a proposito delle misure di prevenzione, devono prevalere a contrario su quelli dei creditori e dell'economia. Si tratta in tutti i casi di armonizzare ed equilibrare tali interessi apparentemente divergenti, ponendo al centro del sistema l'impresa.

In questa logica ad esempio va la norma che consente di applicare alle imprese soggette a misure di prevenzione antimafia l'Amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza, anche in assenza dei requisiti dimensionali, in modo da adattare le regole di funzionamento di una procedura concorsuale funzionale alla salvaguardia ed alla riallocazione di valori aziendali di imprese appartenute alla criminalità organizzata.

D'altra parte assistiamo all'emersione di una nuova categoria di "crisi dell'impresa", che è la crisi di legalità²⁵ e con essa assistiamo alla creazione di nuovi istituti, quale quello del "congelamento"²⁶ (d. lgs. 22 giugno 2007, n. 109)²⁷, che pon-

²⁵ Sulla quale v. S. ROSSI, *Le crisi di impresa*, in AA.VV., *Diritto fallimentare-Manuale breve*, Milano, Giuffrè, 2008, 6 ss. e C. MOTTI, *Le liquidazioni coatte amministrative*, ivi, 417.

²⁶ Cfr. al riguardo A. Bassi, *Il "congelamento" di imprese, aziende e società*, in *Diritto delle imprese in crisi e tutela cautelare*, 669 s.

²⁷ Decreto contenente " *Misure per prevenire contrastare e reprimere il finanziamento del terrorismo e l'attività dei Paesi che minacciano la pace e la sicu-*

gono l'antico problema del contemperamento degli interessi in gioco.

Analogamente ed a contrario occorre comprendere quando il valore costituzionale dell'economia è, invece, recessivo rispetto ad altri valori di rango ancora più elevato quali i diritti fondamentali dell'uomo, e la logica dell'efficienza e della produzione non può trovare alcuna giustificazione. Ed al riguardo il saggio finale affronta il tema del rapporto tra questi diritti fondamentali e l'impresa specie sul piano della c.d. Responsabilità dello stato²⁸.

Occorre insomma individuare i problemi e di avviare il dialogo tra gli interpreti diversi del diritto dell'economia, in modo da trasformare un difficile incontro tra materie (che diviene talora uno scontro) in un armonico confronto in cui tutti "remano dalla stessa parte, anche se questo talora dovesse significare andare controcorrente".

rezza internazionale, in attuazione della direttiva 2005/60/CE"Siamo nell'ambito delle misure adottate in campo internazionale per combattere il terrorismo. Queste misure vanno ad aggiungersi a quelle adottate, sempre in campo internazionale, per combattere il riciclaggio del denaro proveniente da attività illecite (un esempio notorio di questo secondo tipo di provvedimenti è rappresentato dalle leggi che hanno limitato l'uso del contante e dei titoli al portatore - e cioè il d.l. 3 maggio 1991, n. 143, conv. con mod. dalla legge 5 luglio 1991, n. 197, oltre che, più recentemente, la circolazione dei titoli bancari di pagamento: d. lgs 21 novembre 2007, n. 231). In particolare il d. lgs. 109/2007 nasce dalla legge di delega 25 gennaio 2006, n. 29 (art. 22, comma I lettere c) e bb), e con essi è stata data attuazione alla dir. 2005/60/CE relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminali e di finanziamento al terrorismo.

²⁸ V. ESPOSITO, *Imprese pubbliche e private e responsabilità dello Stato*, in *Diritto delle imprese in crisi e tutela cautelare*, cit., 681 s.