

2 0 0 8

**Seminario
interdisciplinare
sul tema
Etica, economia e
diritto**

Genova, 12 dicembre 2008

Marzio Bini

**Etica, economia e diritto nella
riforma della legge
fallimentare: i nuovi
presupposti soggettivi per la
dichiarazione di fallimento e
l'esdebitazione**

SOMMARIO: 1. Intrecci e legami tra etica, economia e diritto nei sistemi giuridici. – 2. Poca etica e poca economia nel legislatore del nuovo diritto fallimentare: i presupposti soggettivi per la dichiarazione di fallimento e l'istituto dell'esdebitazione.

1. Intrecci e legami tra etica, economia e diritto nei sistemi giuridici

Il legame tra l'etica e il diritto, i loro rapporti e la loro innegabile interdipendenza reciproca, costituiscono senza dubbio uno dei temi più classici e più trattati nella letteratura giuridica e filosofico-giuridica, anche nell'epoca contemporanea¹.

Il «progetto illuministico» aveva teorizzato, forse in modo avventato, la separazione del diritto dall'etica, affidando al primo la gestione dello spazio pubblico di convivenza del cittadino, dove

¹ Cfr. C. J. ERRÀRUIZ M., *L'etica e il diritto istanze separate o armoniche*, in *Iustitia*, 2000, n. 1, p. 130.

dovevano essere garantiti eguaglianza e giustizia. All'etica spettava invece il controllo del «foro interno» dell'individuo e della sua libertà².

La contraddizione, già insita nella stessa funzione di garante della «giustizia», vocabolo poco neutro ma fortemente dipendente dalla morale, attribuita al diritto, trovò la sua esplosione, a parere di alcuni autori, nella società liberale americana e nella sua esigenza di eguaglianza in senso sostanziale tra le diverse componenti sociali. Il diritto, la cui indipendenza e presunta neutralità, costituiscono due pilastri della democrazia liberale, ne esce trasformato e modificato³.

A causa della sempre più frequente collisione tra sfera privata (etica) e sfera pubblica (diritto), si determina il ricorso alle autorità di giustizia per regolare conflitti che prima erano soltanto di carattere morale e che, ora, vengono affidati al diritto positivo o alle decisioni del giudice. L'etica, anche a causa della complessità della società moderna, è sempre più frammentata e relativa⁴. In questo trasferimento dei conflitti dalla sfera privata a quella pubblica, il diritto subisce una eticizzazione che contribuisce a intensificare e, per certi versi, complicare i rapporti tra i due mondi.

Uno dei filoni di letteratura più floridi è quello che ha affrontato il dilemma fondamentale della separazione o indipendenza del diritto dall'etica o al contrario della necessità della interdipendenza dell'uno dall'altra⁵.

² Per un breve *excursus* sullo sviluppo dei rapporti tra etica e diritto nella società occidentale, anche in contrapposizione alla diversa società orientale, si può vedere F. MAZZEI, *Etica e diritto nei Paesi confuciani*, in *Nuova Rassegna*, 2001, 19-20, p. 2013.

³ Cfr. A. SEMPRINI, *Le multiculturalisme*, PUF, Paris, 1997.

⁴ A questo riguardo nell'enciclica *Veritatis splendor* del 1993 il Papa Giovanni Paolo II, si preoccupi dello spettro della «alleanza tra democrazia e relativismo etico»; quest'ultimo inteso come evoluzione dei valori dell'individuo specifici della cultura occidentale verso forme di narcisismo massificato e come una specie di politeismo dei valori.

⁵ Si veda ad esempio sul tema M. LA TORRE, *Norme, istituzioni, valori*, Laterza, Roma-Bari, 2000; L. BONANATE, *Etica e politica internazionale*, Einaudi, Torino, 1992; F. MAZZEI - E. ROTINO, *Le dottrine normative nelle relazioni internazionali – Il caso della Cina*, Napoli, 2000; C. ARNESPERGER – P. VAN PARIJS, *Ethique économique et sociale*, La Decouvert, Paris, 2000; G. VISENTINI, «Etica e affari», in G. VISENTINI, *Tre lezioni*, Ceradi, Serie Saggi n. 1, Roma, 1995.

Tale questione non può che partire dalla constatazione della presenza di influssi reciproci tra i due ambiti: il mondo giuridico, che che se ne dica, accoglie e promuove determinati valori, l'istanza giuridica di fatto appella alla conoscenza etica e all'interno del sistema di elaborazione delle norme giuridiche e di amministrazione della giustizia e frequente parlare di «questioni morali».

Tuttavia, è altrettanto diffusa la concezione secondo la quale l'etica e il diritto sarebbero sistemi di regolamentazione dei rapporti intersoggettivi e del comportamento umano autonomi tra loro che si accompagna alla tesi di un pluralismo radicale tra sistemi etici e sistemi giuridici⁶.

Nel periodo, come detto, in cui si assiste, ad una eticizzazione del diritto, spesso, come si vedrà nel secondo paragrafo del presente lavoro, più proclamata che reale, si avverte sempre più l'urgenza di rendere operativi i valori morali nell'ambito giuridico e soprattutto in temi legati alla persona come la vita e la famiglia, l'accesso al lavoro, la convivenza e certamente l'esercizio dell'impresa e «gli affari».

Etica e diritto che, appunto, si intrecciano anche con l'economia, intesa in senso lato. In primo luogo e forse anche in modo più semplice, questi elementi si incontrano nel dilemma, tutt'altro che semplice, se l'azione degli operatori economici debba rispondere a precetti di carattere etico oppure vi sia esonerata e quindi soggetta al solo principio di utilità; se le norme giuridiche che regolano l'esercizio dell'impresa debbano prescindere dalle regole morali o se esse ne devono tener conto. Il problema, di antica origine⁷, è tutt'altro che risolto.

Spesso, soprattutto in passato, vi è stata la tendenza, anche dell'opinione dell'uomo medio comune, nel modo economico, di giustificare molto se non tutto con lo specioso motivo che «gli affari sono affari» e che è impossibile applicare ad essi i rigidi criteri della

⁶ Cfr. C.J. ERRÀZUIRIZ, *op. cit.* p. 131

⁷ Sul tema si segnala un testo risalente, recentemente oggetto di rilettura, G. BICCHIERAI, *Il mondo degli affari e la morale*, Morcelliana, Brescia, 1935. Per una interessante rilettura, anche in chiave moderna degli interessanti contenuti del risalente volume opera di un sacerdote che aveva avuto una precedente esperienza come imprenditore commerciale, si veda V. BUONOCORE, *Etica dell'imprenditore e abuso del diritto: a proposito dell'attualità di un libro edito sessant'anni fa*, in *Jus*, 1998, Vol. 53, p. 9.

morale. Da questo è conseguito il verificarsi nel mondo delle imprese con sempre maggiore frequenza del conflitto tra moralità ed utilità.

Come osservato recentemente⁸, infatti, l'etica dell'imprenditore si innesta su due principali fattori critici: contrasta almeno apparentemente con il fine primario della produzione del reddito; si colloca nella dimensione dell'agire tipica dell'impresa, che lascia poco spazio alla riflessione. Di qui l'importanza del diritto positivo che potrebbe colmare l'inapplicabilità dell'etica pura all'economia, ma anche il limite dello stesso diritto positivo, il quale si trova ad agire in una realtà che sembra rifuggire qualsiasi precetto morale.

Calamandrei affermava che «nell'incertezza su cosa siano le regole dell'etica, muovere dall'etica del rispetto delle regole giuridiche segnerebbe sicuramente un forte progresso». Ma cosa succede se, alcuni provvedimenti del legislatore, vengono adottati privi di un sostrato etico o di giustizia condivisibile ma rappresentano la positivizzazione di istanze di una sola parte della società o di principi socialmente «non sentiti»? Il consiglio di Calamandrei diventa inutile.

Condivido l'affermazione⁹ secondo cui l'etica quale insieme di principi e valori condivisi e necessari a salvaguardia e rispetto della struttura e dell'organizzazione di un qualsiasi gruppo sociale è qualcosa che deve essere valutata e recepita dal legislatore. Ciò soprattutto, come nel caso in esame che si esporrà nella seconda parte della relazione, se si tratta di principi che trovano collocazione dove sono presenti soggetti di differenti livelli socio-economici.

Infatti, la diffusione in questi ultimi anni dei c.d. codici etici all'interno delle imprese, soprattutto di dimensioni più grandi, di tutto il mondo, non ha risolto il problema della «morale dell'economia». Spesso la loro adozione non risponde ad un'esigenza di efficienza e di buona azione imprenditoriale, ma solo ad una logica di propaganda dell'immagine sociale dell'impresa allo scopo di legittimare il suo operato.

I recenti scandali economici dei casi Parmalat, Enron e delle società finanziarie statunitensi, dimostrano come tali strumenti non siano in grado di tutelare né i principi morali del buon agire dell'imprenditore né i soggetti dell'ordinamento giuridico.

⁸ L. MARTINO, *Governance e rapporto diritto-etica*, in *Rivista dei dottori commercialisti*, 2006, 1, p. 171.

⁹ Ancora L. MARTINO, *op. ult. cit.*, p. 173.

Ma le interazioni tra questi tre elementi si rinvengono anche su diversi piani, come quello dell'analisi economica del diritto.

L'analisi economica del diritto e la metodologia economica hanno, per alcuni autori¹⁰, modificato il modo di pensare al diritto. L'analisi costi-benefici¹¹, consente di percepire le relazioni tra gli obiettivi, i mezzi e le conseguenze della regolazione normativa e assiste, o meglio potrebbe assistere, le procedure decisorie della politica e del legislatore¹².

Tuttavia, allo stesso tempo, l'analisi economica del diritto è spesso indifferente ai valori morali. Essa tende quasi ad ignorare qualsiasi fattore che vada al di là delle “buone conseguenze” dell'azione regolatoria rispetto agli scopi che ci si poneva, essendo indifferente se ciò porta a conseguenze moralmente inaccettabili.

Gli analisti economici del diritto, spesso in accordo con teorie morali moderate tendono ad ammettere deroghe ai principi morali se questo consente il raggiungimento di buoni risultati con il diritto¹³.

Ma vi è anche chi ha sostenuto la compatibilità e anzi l'auspicabilità della convergenza tra analisi economica del diritto e precetti morali¹⁴.

¹⁰ Cfr. E. ZAMIR – B. MEDINA, *Law, morality and economics: Integrating moral constraints with economic analysis of law*, in <http://ssrn.com/abstract=980766>.

¹¹ L'espressione analisi “costi-benefici” (CBA) può avere diversi significati a seconda del contesto e del livello di specificità. Sull'argomento si veda R. A. POSNER, *Cost-Benefit Analysis: Definition, Justification, and Comment on Conference Papers*, 29 J. LEGAL STUD., 2000, 1153, 1153-56. Può riferirsi ad una particolare procedura decisoria utilizzata dagli organi che hanno funzione regolatoria. In tal senso, in generale C. R. SUNSTEIN, *The Cost-Benefits State*, 2002; M. D. ADLER - E. A. POSNER, *New foundation of cost-benefits Analysis*, 2006.

¹² C. R. SUNSTEIN, *Cognition and Cost-Benefit Analysis*, in J. Legal Stud., 29, 2000, 1059.

¹³ Cfr. J. J. THOMSON, *Some Ruminations on Rights*, in *Rights, risk-essays in moral theory*, 49, 51-52, William Parent ed., 198; S. BRENNAN, *Thresholds for Rights*, Southern J. Phil., 143, 145, 1995; S. SCHEFFLER, *Introduction*, in *Consequentialism and its critics*, 1, 9, 1988; S. KAGAN, *Limits of morality*, 1-5 1989.

¹⁴ Cfr. E. ZAMIR – B. MEDINA, *op. ult. cit.*

Infine, non si potrà soprassedere su una considerazione semplice ma sicuramente pertinente. L'economia o il comportamento dei soggetti mercato economico, benché sia il risultato di una moltitudine di fattori ed elementi diversi è, sicuramente fortemente dipendente dalle regole di diritto che ne disciplinano il funzionamento, i conflitti, la distribuzione dei beni presenti. Ma il diritto potrà rispondere ad alcuni principi della morale come no e questo, dipende innegabilmente dall'azione del legislatore, quale soggetto istituzionale che ha la capacità e, secondo alcuni, il compito di indirizzare in un senso o nell'altro l'azione collettiva della società.

Si potrebbe quasi dire che l'azione del legislatore, forse ancor più in epoca contemporanea dove, come si è visto, si assiste ad una frammentazione della morale, funge da elaboratore di regole "moralì" in senso lato, indicando quali siano i comportamenti ammirevoli e quindi premiati dalla società e quali quelli sconvenienti puniti dalla stessa società.

Come affermava Vanberg¹⁵, «i diritti e le libertà non sono forniti all'individuo dalla "natura" ma dagli altre persone; i diritti sono solo possibilità di azione che sono attivabili dall'individuo solo attraverso il supporto della comunità sociale».

Il decision-making della politica, assume pertanto il ruolo di colui che sceglie tra le varie e possibili alternative di azione indirizzando gli individui verso quelle che vengono reputate idonee¹⁶.

Ma cosa succede se le regole dettate dal decision-maker non rispondono al comune sentire sociale della società perché magari espressione di una piccola ma potente parte di essa e vengono percepite come ingiuste da quelli ai quali le norme si riferiscono.

Posto che, non solo a parere dello scrivente¹⁷, il fine del legislatore è quello del bene comune, inteso come valutazione

¹⁵ V.J. VANBERG, *Institutional Evolution through Purposeful Selection: The Constitutional Economics of John R. Commons*, in *Constitutional Political Economy*, 1997, 8, p. 105.

¹⁶ M. RAITERI, *Diritto, regolazione, controllo*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 211. Si veda sul tema S. REICH, *The four faces of Institutionalism: Public policy and a pluralistic perspective*.

¹⁷ In tal senso V. BUONOCORE, *Etica dell'imprenditore e abuso del diritto: a proposito dell'attualità di un libro edito sessant'anni fa*, op. cit., p. 22.

dell'*idem sentire* e degli interessi dei membri della comunità in cui la norma giuridica dovrà spiegare i suoi effetti, il risultato di una lontananza delle norme poste dalla morale o dal senso di giustizia comune non può che determinare confusione, incertezza, mancanza di efficacia ed efficienza del sistema.

La scarsa valutazione e ponderazione degli aspetti etici ed economici dell'intervento distratto del legislatore può essere causa di effetti sociali rilevanti, non considerati, i quali determinano una modificazione degli assetti sociali e della distribuzione delle risorse tra i soggetti dell'ordinamento che può risultare ontologicamente ingiusto e quindi contrario al diritto del comune sentire.

La nuova disciplina del fallimento costituisce un ottimo esempio di quanto appena detto che si andrà ad illustrare nel successivo paragrafo.

2. Poca etica e poca economia nel legislatore del nuovo diritto fallimentare: i presupposti soggettivi per la dichiarazione di fallimento e l'istituto dell'esdebitazione

Preso atto del dibattito esistente in relazione ai rapporti tra etica e diritto anche in relazione all'economia, non si potrà negare che comunque la si pensi tra questi elementi esistono delle relazioni innegabili.

Se ci si concentra sull'etica e sul diritto pur tenendo conto di quelle dottrine che ne propugnano una netta separazione, pare fuori luogo negare che tra questi due fattori esistano delle comunanze soprattutto di ordine teleologico, pur permanendo differenze in ordine agli strumenti utilizzati per il raggiungimento degli obbiettivi¹⁸.

Sin dall'epoca del "contratto sociale" di antica derivazione, il fine ultimo comune tra diritto e morale è sempre stato quello della costruzione di una società giusta dove elemento base è il bene comune della società, cioè l'insieme di quelle condizioni della vita sociale che permettono ai membri dell'ordinamento di raggiungere la propria perfezione più pienamente e più velocemente.

Per fare ciò, è necessario che l'ordinamento renda disponibili

¹⁸ Sia pure senza alcun riferimento ad alcuna morale in particolare ma all'etica in generale recentemente si è scritto che «il diritto è impregnato di etica; è generato e alimentato dall'etica...; e la qualità dell'ordinamento giuridico dipende dal suo essere impregnato dall'etica» G. VISINTINI, *Etica e affari*, Saggi Ceradi, 1, Milano, 1995.

per i suoi membri tutte quelle cose che siano necessarie a soddisfare i propri bisogni fondamentali¹⁹.

La giustizia è, perciò, il principio dinamico che spinge gli uomini a rendere l'organizzazione della società sempre più conforme alle esigenze del bene comune, anche in ambito economico²⁰. O sarebbe meglio forse dire «dovrebbe spingere».

Molto spesso si assiste a provvedimenti da parte del legislatore che non sembrano essere mossi certamente dalla «giustizia» o dall'adesione a qualche principio morale; né sembrano essere diretti verso il fine ultimo del bene comune, ma più verso il soddisfacimento di interessi, quasi sempre economici, di alcuni soggetti.

Un esempio di questo tipo, a parere dello scrivente, può essere costituito dal recente intervento normativo di riforma sistematica e organica della disciplina fallimentare, realizzato prima con il decreto legge 14 marzo 2005, n. 35 convertito con modifiche dalla legge delega 14 maggio 2005, n. 80 e il decreto legislativo 9 gennaio 2006, n. 5, successivamente con il decreto (definito “correttivo” viste le numerose criticità della disciplina modificata) legislativo 12 settembre 2007 n. 169.

Come affermato da un Autore in epoca risalente²¹, il comparto fallimentare è fra tutti «quello che deve essere oggetto di attento esame da parte del moralista più che ogni altro fatto dell'attività commerciale», costituendo «la fonte prima e principale dell'immoralità commerciale». Se, infatti, continua l'Autore, «il commerciante è molto spesso nell'occasione di peccare contro la virtù

¹⁹ L'universalità di tali concetti si può dedurre dal fatto che essi trovano espressione ad esempio nel n. 26 della Costituzione Conciliare (*De bono communi promovendo*) *Gaudium et spes* dove si dice: «Bonum commune – seu summae earum vitae socialis condicionum quae tum coetibus, tum singulis membris permittunt ut propriam perfectionem plenius atque expeditius consequatur». Analogo pensiero è espresso da Platone diversi secoli prima in *La Repubblica*, 1. II, trad. it. A cura di F. Gabrieli, Milano, 1993, che parla del bene comune e della giustizia come «uno di quei massimi beni, degni di essere procacciati per le conseguenze che ne derivano, ma assai più per se stessi quali il vedere, l'udire, il capire, lo star sano, e quanti altri autentici beni sono tali per loro propria natura e non per l'apparenza»,

²⁰ T. MULDER, *La vita economico-sociale, a. Le idee centrali del capitolo*, in *La Chiesa nel mondo di oggi*, Firenze, 1966, p. 432.

²¹ G. BICCHIERAI, *Il mondo degli affari e la morale, op. cit.*, p.311.

della giustizia, durante il dissesto è quasi sempre nell'occasione prossima, benché necessaria».

Nelle situazioni di crisi e dissesto dell'impresa, la "giustizia" che deve guidare il legislatore è rappresentata, anzitutto dall'esigenza di bilanciare e temperare in modo tendenzialmente efficiente, i diversi e quasi sempre contrapposti interessi coinvolti²². Da un lato la tutela degli interessi economici dei creditori e dall'altro il risanamento o la salvaguardia della struttura produttiva in crisi e il mantenimento dei livelli occupazionali nell'impresa.

Bilanciamento che, a parere di chi scrive, non pare aver considerato aspetti etici ed economici né pare essere ispirato a quel senso di giustizia che dovrebbe animare diritto ed etica, anche in ambito economico.

Mi riferisco in particolare alla modifica dei requisiti soggettivi per la dichiarazione del fallimento e all'istituto della esdebitazione.

Come noto, la Riforma, che non ha apportato modificazioni sostanziali per quanto riguarda i presupposti oggettivi della dichiarazione di fallimento, ha tuttavia ridisegnato e precisato in funzione dell'esistenza di un effettivo allarme sociale, i presupposti soggettivi di assoggettamento alle procedure concorsuali riducendo, di fatto, l'ambito dei soggetti sottoposti a queste ultime e introducendo un ulteriore valore del passivo all'interno del quale non può esserci dichiarazione di fallimento.

Sebbene la prima riforma del 2006 aveva determinato una più marcata contrazione dell'area di assoggettamento degli imprenditori soggetti al fallimento²³, la disciplina definitivamente stabilita con il

²² M. GUBITOSI, *I principi generali*, in E. ALEMAGNA – S. BORELLA – M. GUBITOSI, *Le nuove procedure concorsuali*, La Tribuna, Piacenza, 2008, p. 19.

²³ Il testo introdotto con il decreto legislativo 9 gennaio 2006, n. 5 era il seguente: «Art. 1 (*Imprese soggette al fallimento e al concordato preventivo*). - Sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori che esercitano un'attività commerciale, esclusi gli enti pubblici ed i piccoli imprenditori. Ai fini del primo comma, non sono piccoli imprenditori gli esercenti un'attività commerciale in forma individuale o collettiva che, anche alternativamente: a) hanno effettuato investimenti nell'azienda per un capitale di valore superiore a euro trecentomila; b) hanno realizzato, in qualunque modo risulti, ricavi lordi calcolati sulla media degli ultimi tre

decreto legislativo n. 169 del 2007 ha solo limitato il fenomeno.

Attualmente secondo il testo dell'art. 1 del Regio Decreto 16 marzo 1942 n. 267 (*Imprese soggette al fallimento e al concordato preventivo*), come modificato dalla novella del 2007, «Sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori che esercitano una attività commerciale, esclusi gli enti pubblici. Non sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori di cui al primo comma, i quali dimostrino il possesso congiunto dei seguenti requisiti:

a) aver avuto, nei tre esercizi antecedenti la data di deposito della istanza di fallimento o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, un attivo patrimoniale di ammontare complessivo annuo non superiore ad euro trecentomila;

b) aver realizzato, in qualunque modo risulti, nei tre esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza di fallimento o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, ricavi lordi per un ammontare complessivo annuo non superiore ad euro duecentomila;

c) avere un ammontare di debiti anche non scaduti non superiore ad euro cinquecentomila. I limiti di cui alle lettere a), b) e c) del secondo comma possono essere aggiornati ogni tre anni con decreto del Ministro della giustizia, sulla base della media delle variazioni degli indici ISTAT dei prezzi al consumo per le famiglie di operai ed impiegati intervenute nel periodo di riferimento.».

L'articolo 15 prevede l'ulteriore limite quantitativo per cui, comunque, non si può procedere a dichiarazione di fallimento se la complessiva esposizione relativa a debiti scaduti e non pagati dall'imprenditore risultasse inferiore a 30.000 euro²⁴.

anni o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, per un ammontare complessivo annuo superiore a euro duecentomila. I limiti di cui alle lettere a) e b) del secondo comma possono essere aggiornati ogni tre anni, con decreto del Ministro della giustizia, sulla base della media delle variazioni degli indici ISTAT dei prezzi al consumo per le famiglie di operai e impiegati intervenute nel periodo di riferimento.».

²⁴ «Art. 15 (*Procedimento per la dichiarazione di fallimento*). - Il procedimento per la dichiarazione di fallimento si svolge dinanzi al tribunale in composizione collegiale con le modalità dei procedimenti in camera di consiglio. Il tribunale convoca, con decreto apposto in calce al ricorso, il debitore ed i creditori istanti per il fallimento; nel procedimento interviene il pubblico ministero che ha assunto l'iniziativa per la dichiarazione di fallimento. Il decreto di convocazione e' sottoscritto dal presidente del tribunale o dal giudice relatore se vi e' delega alla trattazione del procedimento ai sensi del sesto comma. Tra la data della notificazione, a cura di parte, del decreto di convocazione e del ricorso e

Sebbene l'imprenditore debba dimostrare l'esistenza congiunta dei requisiti contemplati dall'art. 1 per sottrarsi alle procedure concorsuali, nella realtà sociale italiana dove le imprese sono soprattutto di dimensioni medio-piccole, lo sfioramento dei requisiti dimensionali è destinato a verificarsi molto raramente.

Il primo requisito è quello dell'attivo patrimoniale che sostituisce quello di incerta definizione degli investimenti

Costituisce attivo patrimoniale, l'attivo dello stato patrimoniale previsto dall'art. 2424 c.c., dove sono elencati i crediti verso i soci per i versamenti ancora dovuti, le immobilizzazioni (immateriali, materiali e finanziarie), l'attivo circolante (rimanenze, crediti, attività finanziarie e disponibilità liquide), i ratei e risconti. Qualche incertezza potrebbe sorgere circa i beni in leasing traslativo, il cui valore potrebbe essere aggiunto all'attivo, e in relazione alle eventuali rivalutazioni. In particolare i beni in leasing sono compresi nella voce "*costi della produzione per godimento di beni di terzi*" (art. 2425

quella dell'udienza deve intercorrere un termine non inferiore a quindici giorni. Il decreto contiene l'indicazione che il procedimento è volto all'accertamento dei presupposti per la dichiarazione di fallimento e fissa un termine non inferiore a sette giorni prima dell'udienza per la presentazione di memorie e il deposito di documenti e relazioni tecniche. In ogni caso, il tribunale dispone che l'imprenditore depositi i bilanci relativi agli ultimi tre esercizi, nonché una situazione patrimoniale, economica e finanziaria aggiornata; può richiedere eventuali informazioni urgenti. I termini di cui al terzo e quarto comma possono essere abbreviati dal presidente del tribunale, con decreto motivato, se ricorrono particolari ragioni di urgenza. In tali casi, il presidente del tribunale può disporre che il ricorso e il decreto di fissazione dell'udienza siano portati a conoscenza delle parti con ogni mezzo idoneo, omessa ogni formalità non indispensabile alla conoscibilità degli stessi. Il tribunale può delegare al giudice relatore l'audizione delle parti. In tal caso, il giudice delegato provvede all'ammissione ed all'espletamento dei mezzi istruttori richiesti dalle parti o disposti d'ufficio. Le parti possono nominare consulenti tecnici. Il tribunale, ad istanza di parte, può emettere i provvedimenti cautelari o conservativi a tutela del patrimonio o dell'impresa oggetto del provvedimento, 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. Non si fa luogo alla dichiarazione di fallimento se l'ammontare dei debiti scaduti e non pagati risultanti dagli atti dell'istruttoria prefallimentare è complessivamente inferiore a euro trentamila. Tale importo è periodicamente aggiornato con le modalità di cui al terzo comma dell'articolo 1.».

c.c. lett. b) n. 8) che però si riferisce solo ai canoni corrisposti nell'anno di riferimento.

La nozione di ricavi rilevante ai nostri fini dovrebbe, invece comprendere i ricavi derivanti dalla vendita dei beni e dalla prestazione di servizi, nonché gli “*altri ricavi*”, gli interessi attivi e i dividendi.

Assolutamente rilevante è il requisito dimensionale dei debiti fissato nella somma di 500.000 euro, cifra che rappresenta sicuramente una fortissima esposizione dell'impresa.

L'intento del legislatore di restringere l'area dei soggetti e dei casi in cui le imprese sarebbero soggette al fallimento è stato sin da subito reso manifesto sia nella legge di delega al Governo che dal Governo stesso, il quale si è proposto di deflazionare il lavoro dei Tribunali per evitare procedure che prive di un attivo da dividere tra i creditori e quindi, a parere dello stesso Governo, inutili²⁵.

Se il principale obiettivo della nuova formulazione dell'art. 1 LF era quello di diminuire il numero dei fallimenti, si può affermare che i risultati sono andati oltre le aspettative e, soprattutto a causa delle incertezze interpretative sull'onere della prova, sono risultati anche territorialmente disomogenei. Infatti un'indagine dell'Osservatorio ASSONIME ha rilevato diminuzioni dei fallimenti variabili dal 70 % dei tribunali di Perugia, Ravenna e Reggio Calabria, fino al dato invariato del tribunale di Ancona.

Volendo tirare le somme dopo oltre un anno di applicazione della riforma delle procedure concorsuali, possiamo dire che a livello nazionale i fallimenti sono calati di circa 2/3 . A Brescia, ad esempio²⁶, da una media di circa 300 fallimenti annui si è passati a circa 100, mentre le procedure alternative alla dichiarazione di fallimento (vedasi concordato preventivo e accordi di ristrutturazione dei debiti) non sono ancora decollate per come ci si sarebbe potuto attendere, rimanendo a valori molto bassi.

Dal 2003 ad oggi si può osservare come nell'ultimo anno sia le istanze di fallimento presentate sia i fallimenti dichiarati, abbiano subito un notevole calo, non certo in relazione al miglioramento dell'economia come si sarebbe potuto affermare negli anni precedenti.

²⁵ Sul punto si vedano le relazioni ministeriali ai Decreti Legislativi adottati dal Governo in www.governo.it.

²⁶ I dati sono tratti da un lavoro di P. FILARDO, *Riforma fallimentare: un fallimento. La situazione a Brescia* sul periodico on line *Brescia & Futuro*, 2008, p. 115.

Ma siamo sicuri che tali obbiettivi siano eticamente compatibili ed economicamente positivi. Credo proprio di no.

Il legislatore, ancora una volta, dimostra la sua imperizia con l'adozione di misure per le quali non si è proceduto ad un preventivo esame della realtà sulla quale andavano ad incidere. Non si sono studiati i reali effetti delle riforme, non si è proceduto ad indagini conoscitive o se lo si è fatto, lo si è fatto malamente.

I provvedimenti adottati sono profondamente eticamente ingiusti e come dimostra la necessità di un decreto correttivo a distanza di nemmeno un anno, irrazionali e, mi si consenta, non ponderati. Dannosi da un punto di vista etico ed economico. Altro che salvare la produttività!

Non pare eticamente corretto né compatibile con i principi di diritto che regolano il nostro ordinamento, la diminuzione di tutela dei creditori di imprenditori che non adempiano alle obbligazioni assunte ma che, come in molti casi, non possano essere soggetti a fallimento.

Se qualche esponente del governo o del parlamento avesse avuto qualche ricordo della loro pratica forense o l'avesse mai fatta, avrebbe saputo che oggi il recupero dei crediti di impresa e dei privati è attività alquanto difficoltosa.

Sempre più spesso ci si trova infatti di fronte a soggetti imprenditori piccoli o medi i quali operano sul mercato creando un indebitamento su tutta la scala dei propri fornitori. E quando si riesce ad ottenere un titolo giudiziale per il recupero delle somme dovute, questo è frustrato dal fatto che l'impresa è quasi sempre priva di alcun bene che abbia un valore idoneo a soddisfare il proprio credito o che abbia mercato in una vendita giudiziaria. Qualora poi si tratti di imprese individuali o società di persone, i titolari sono ovviamente nullatenenti.

Il ricorso all'istanza di fallimento aveva in molti casi la funzione di sollecitare l'adempimento dei debiti da parte dell'impresa che di fronte alla prospettiva del fallimento e delle sue conseguenze si trasformava miracolosamente in pagatrice.

Attualmente ridotto il rischio, l'impresa non avrà interesse a pagare i propri debiti, dovendo badare esclusivamente a non sfiorare i requisiti quantitativi che peraltro, come detto, si addicono ad imprese di dimensioni medio-grandi.

Le misure adottate dal legislatore sono non solo eticamente discutibili ma anche economicamente sconvenienti.

Se è vero, infatti, che il fallimento riformato ha perso gran parte della sua valenza infamante e sanzionatoria, l'eccessiva

contrazione dell'area di fallibilità lascia in vita soggetti economici, soprattutto di tipo collettivo, potenzialmente dannosi per gli altri operatori economici a causa dell'elevato indebitamento di cui non si teneva conto ai fini della fallibilità.

Infatti tali regole, anziché diminuire, aumenteranno e favoriranno l'indebitamento dell'impresa. Non solo infatti per l'impresa fallenda per effetto della sua esclusione dal novero dei soggetti fallibili, ma anche quelle creditrici che a causa della impossibilità di soddisfare i loro crediti, avranno problemi finanziari.

Ma c'è di più. Il legislatore ha posto in essere una grave dimenticanza. La nuova disciplina può pregiudicare anche i diritti dei lavoratori dipendenti, i quali, fino a ieri, in caso di fallimento del proprio datore di lavoro riuscivano comunque sicuramente ad ottenere dall'INPS il pagamento del trattamento di fine rapporto e della retribuzione degli ultimi mesi, grazie all'intervento del fondo di garanzia previsto in attuazione della normativa comunitaria.

Possibilità che, in assenza di fallimento, non sarà più automaticamente consentita (dovendo probabilmente i dipendenti dare dimostrazione dell'insolvenza, presupposto che in caso di fallimento era già provato) e quindi ai dipendenti che non ricevono retribuzione non rimarrà che dimettersi.

E tutto ciò mentre, in Europa accade esattamente il contrario, nel senso che la regolamentazione concorsuale dell'insolvenza anziché essere limitata e sterilizzata, è diventata la regola generale, a prescindere dalla qualità del debitore.

Da ultimo, ad esempio, con una riforma del 2003 anche la Spagna, dopo i Paesi dell'Europa orientale, si è affiancata alle tradizionali legislazioni dei Paesi tedeschi e anglosassoni che da tempo prevedono il fallimento anche del debitore civile e non solo dell'imprenditore commerciale²⁷.

Analoghe considerazioni, forse ancora più accentuate, possono essere svolte anche per la nuova disciplina dell'istituto della esdebitazione previsto dall'art. 142 della legge fallimentare²⁸.

Tale istituto, in linea con la politica diretta all'eliminazione delle connotazioni sanzionatorie previste dalla previgente procedura

²⁷ Cfr. G. SABBADINI, *Riforma fallimentare: un fallimento*, in *Brescia & Futuro*, periodico on line, 2008, p. 113.

²⁸ Per un commento su tale istituto e la sua nuova disciplina si veda L. A. ROSSI, *La riforma della legge fallimentare e la tutela giurisdizionale dei diritti: la crisi del giudicato*, in *Il Diritto fallimentare e delle Società Commerciali*, 2007, n. 2, p. 250.

fallimentare che ha animato tutta la riforma, costituisce una forma di riabilitazione nel quadro delle misure premiali per il fallito.

Tale misura di natura personale, della quale quindi non possono beneficiare le persone giuridiche, consente al fallito di ottenere la totale e definitiva liberazione dai suoi debiti nei confronti dei creditori, insinuati o meno, senza che neppure rilevi se e in che misura costoro siano stati soddisfatti.

I presupposti affinché il soggetto possa accedere al beneficio in commento consistono: a) nell'aver cooperato con gli organi della procedura fornendo tutte le informazioni e la documentazione utile all'accertamento del passivo e adoperandosi per il proficuo svolgimento delle operazioni fallimentari; b) nel non aver in alcun modo ritardato, o contribuito a ritardare, lo svolgimento della procedura; c) nel non aver violato l'obbligo di consegnare al curatore la corrispondenza relativa ai rapporti coinvolti nel fallimento; d) nel non aver beneficiato di altra esdebitazione in dieci anni precedenti; e) nel non aver distratto l'attivo o esposto passività inesistenti, ovvero nel non aver cagionato o aggravato il dissesto rendendo gravemente difficoltosa la ricostruzione del patrimonio e del movimento d'affari; f) nel non essere stato condannato con sentenza passata in giudicato per reati fallimentari.

La disciplina dell'art. 142 prevede, inoltre che tale beneficio possa essere concesso solo se sia avvenuto un soddisfacimento, ancorché in minima parte dei creditori concorsuali. A tale scopo è, tuttavia sufficiente il fatto che vi sia stato un pur minimo riparto dell'attivo essendo indifferente la misura dello stesso e la misura della soddisfazione dei singoli.

Con un semplice atteggiamento collaborativo e l'escamotage di far rinvenire alcuni beni con i quali soddisfare anche in minima parte i debitori intervenuti, il fallito può liberarsi per sempre di tutti i suoi debiti contratti.

Si comprende come tale soluzione sia lontana da qualsiasi precetto morale ma anche contraria ai semplici principi del nostro ordinamento giuridico e, probabilmente, alle norme costituzionali.

Nel caso in esame si determina, infatti, il sacrificio dei creditori, da nulla giustificato, neppure da un bilanciamento con altra finalità socialmente apprezzabile come avveniva nel concordato preventivo dove la liberazione del fallito conseguiva solo all'adempimento in gran misura dei crediti e trovava luogo solo a seguito dell'espresso consenso dei creditori.

Merita di essere segnalata la palese contraddizione insita in un tale squilibrio a favore del debitore, laddove il pregiudizio subito dai

creditori, oltre che alle conseguenze sostanziali della estinzione del debito si affianca anche alla totale negazione di ogni tutela giurisdizionale.

Senza scomodare i precetti etici o le regole di buona economia, tale previsione contrasta in modo piuttosto evidente con le disposizioni degli articoli 3 e 24 comma 1 della Costituzione.

Non parrebbe giustificabile la ingiustificata disparità di trattamento tra titolari di una impresa sociale e titolari di una impresa individuale e tra rispettivi creditori (cui corrisponde la simmetrica disparità fra creditori di un soggetto non imprenditore e creditori di un soggetto sottoponibile a fallimento).

Palesamente in contrasto con le regole generali dell'ordinamento secondo le quali il debitore risponde con tutti i suoi beni presenti e futuri (art. 2740 c.c.), visto che in questo caso i creditori non avranno azione contro il debitore neppure se lo stesso beneficiasse di un incremento patrimoniale²⁹.

Il fenomeno della moderna eticizzazione qui è totalmente assente. Tale assenza si spera frutto di una incapacità ed imperizia di chi deve fare le leggi e non del soddisfacimento di interessi di parte, richiede una opportuna riflessione sul senso e sui rapporti tra diritto economia ed etica.

Perché possa assolvere alla sua funzione del bene comune, il diritto dovrà essere «giusto». Scriveva Sergio Cotta³⁰ che «Il senso comune percepisce il fenomeno giuridico in termini di giustizia, della quale ha un'idea invero generica ma spontanea e perciò convinta. Se si traduce in forma filosofica codesto convincimento, è lecito dire che per il senso comune la giustizia è l'essenza del diritto».

Questa giustizia racchiude una molteplicità di dimensioni, tra cui quella etica, quella giuridica e quella economica e consente la sintesi degli stessi elementi. Nella prospettiva morale la giustizia riguarda l'agire di ogni persona verso il suo bene ultimo: l'ingiusto danneggia anzitutto sé stesso. L'angolatura giuridica, invece, mira al rapporto oggettivo interpersonale³¹.

Il diritto, anche in materia economica, non può prescindere dall'etica o meglio da quel senso comune di giustizia, possiamo così dire naturale o comune.

²⁹ Cfr. L. COSTANTINO, *La esdebitazione*, in *Foro It.*, 2006, V, 208.

³⁰ S. COTTA, *Il diritto nell'esistenza. Senso comune e teorie giuridiche odierne*, Giuffrè, Milano, 1991, p. 21 e ss.

³¹ Cfr. C. J. ERRÀRUIZ, *op. cit.* p. 135

Tutti i tentativi di fondare un dovere o una regola giuridica su delle basi empirico-fattuali, come nei casi esaminati nella presente relazione, come se si trattasse di meri concetti tecnici-operativi nel funzionamento dell'apparato giuridico di controllo sociale, urtano frontalmente contro il senso comune.

La separazione tra diritto e giustizia lascia privo di senso lo stesso diritto, trasformandosi in arma per lottare in favore di qualunque interesse, anche il più riprovevole o negativo possibile. Invece dovrebbe essere la giustizia l'unico principio che davvero può fondare e vivificare tutte le manifestazioni della giuridicità, ivi comprese le regole degli affari.