

**DAL CEPPO DELLA VERGOGNA  
ALLE SOLUZIONI CONCORDATE DELLA CRISI D'IMPRESA.  
NOTA APOLOGETICA SUL NUOVO 'DIRITTO FALLIMENTARE'**

Fabrizio Di Marzio

«Andiamo, guardie, menatemi al  
ceppo della vergogna; al delitto  
non tocca che il delitto, e  
all'infamia l'infamia»

(SHAKESPEARE, *Riccardo III*)

1. - Forse una sola regola giuridica assurge alla notorietà del precetto per cui «chi rompe paga»; ed è: «*pacta sunt servanda*». Entrambe presuppongono l'uomo come animale, ma sociale: che perciò si conduce secondo regole prestabilite. Se la prima compendia il diritto della responsabilità civile, nella seconda si racchiude l'universo disciplinare delle obbligazioni e dei contratti. Per conservazione della società, di entrambe si esige l'assoluto rispetto.

Non desta pertanto meraviglia che l'inadempimento dell'obbligo assunto, per di più talmente reiterato da investire la generalità dei legami stretti dal debitore, esaspera irreparabilmente la società spingendo i giuristi a teorizzare l'insolvenza e ad escogitare, piuttosto che rimedi, un fitto catalogo di sanzioni deterrenti: affinché, se la minaccia della sanzione non riesce a dissuadere, possa almeno trovare sfogo la vendetta.

2. – Donnaiolo, rapito dal sogno della facile ricchezza e narratore formidabile, Honoré De Balzac scrisse e assaporò l'amarrezza della sconfitta nelle severe forme del fallimento che, per aver travolto lo scrittore, nemmeno risparmiò il povero fratello dell'avarissimo Felice Grandet, suicida

premeditato nel capolavoro intitolato alla romantica figlia dello spilorcio (*Eugénie Grandet*, 1833).

Nel grande affresco della ‘commedia umana’, di cui scrisse e in cui pure visse, Balzac rappresentò emblematicamente la figura sociale del fallito nella Europa dell’Ottocento.

Che nessuna esagerazione avesse contaminato il racconto lo dimostra l’attenta dottrina di GUSTAVO BONELLI (*Del fallimento*, Milano, 1923, p. 4 ss.), che annotò tra i cruenti segni rivelatori dell’insolvenza: il discredito; la confessione del debitore; la fuga; il trafugamento delle merci; gli spedienti (ossia stratagemmi, ripieghi e artifici escogitati dall’insolvente per conservare il credito e suddivisi in tre categorie: spedienti dilatori; rovinosi; fraudolenti). E anche il suicidio, scelta d’onore di chi si riconosce ormai impossibilitato a rispettare le obbligazioni che pure assunse.

Nel pensiero bonelliano, permeato dalla cultura liberale del tempo, l’insolvenza è prodotta dal discredito; e il discredito travolge l’immagine intera della persona: «Il commerciante oberato che si toglie la vita esprime nel modo più solenne la più completa sfiducia nelle proprie risorse e nel proprio credito» (p. 87).

3. – Ma se il suicidio testimonia una scelta d’onore, una simile decisione non è saggio attendersi dall’avventuriero, corrotto da una vita immorale e incappato nei rigori di una sorte avversa.

Prudentemente, il legislatore liberale si procurò di somministrargli - per l’intanto - la morte civile.

«Il nome e il cognome del fallito è scritto in un albo affisso nelle sale del Tribunale che dichiarò il fallimento e nelle sale delle borse di commercio.

Coloro il nome dei quali è iscritto nell’albo non possono entrare nei locali della borsa. Questa disposizione deve essere iscritta nell’albo». Così tuonò, nel 1882, l’art. 697 del codice di commercio.

Per sovrapprezzo, sancì l’articolo successivo: «Sino a che non sia chiusa la procedura di fallimento, il fallito non può allontanarsi dal suo domicilio senza un permesso del giudice delegato e deve presentarsi al giudice stesso qualunque volta è chiamato»; pur concedendo: «ma se il giudice riconosce che il fallito abbia giusti motivi di impedimento a presentarsi in persona può autorizzarlo a comparire per mezzo di mandatario».

Se il simbolico ceppo della vergogna su cui il primo articolo esponeva il fallito dovesse apparire sanzione severissima, si avrebbe difficoltà a reggere la lettura delle numerose leggi speciali che, con compiaciuta pedanteria,

comminavano una congerie di afflizioni che lo studioso si curò di classificare come incapacità di ordine civile, politico e amministrativo (cfr. BONELLI, *op. cit.*, pp. 365-377).

Il controllo sociale esercitato attraverso codesta *capitis deminutio* preludeva però a un ancor più concreto controllo personale, costruito dalla legge nel guinzaglio che legava il collo del malcapitato al laccio saldamente impugnato dal giudice.

A queste si aggiungevano poi privazioni ulteriori, tra le quali spiccava l'abolizione della garanzia del segreto epistolare (art. 749 cod. comm.).

Che il codice di commercio italiano non fosse stata opera di un collegio affollato da giuristi perversi lo dimostra la lunga nota comparativa a pagina 377, nella quale Bonelli si preoccupò di informare il lettore su come regole simili valessero, oltre che in Francia, Belgio, Svizzera, Germania, Olanda e Ungheria, anche in Croazia; notiziando pure che il codice messicano, all'art. 967, tagliava corto disponendo direttamente l'arresto del fallito. Ma regole simili, prosegue la nota, valevano anche in Romania, Portogallo, Svezia, Norvegia e nel lontano Giappone.

Non cadeva dunque in questione la moralità del giurista, ma il sentire condiviso di un'epoca.

4. - Infatti, un esercizio di psicologia spicciola può rivelare come dietro tutto questo affannarsi a umiliare e punire il fallito si desse sfogo a una vendetta sociale che, sconvolgendo ogni ragionevole canone retributivo, trattava il fallito per criminale.

Si sa che ogni forma di vendetta si origina da rabbia e delusione. E queste dalla impotenza che si prova di fronte al torto subito e alla perdita irrecuperabile: e può essere tale – in concreto - anche quella di denaro.

Del resto, nell'epoca in cui si scrivevano queste regole la dinamica economica non aveva ancora conosciuto un sufficiente sviluppo perché legislatori e giuristi si accorgessero che il commercio, piuttosto che comprendersi in una somma minuta di atti, già si svolgeva in attività.

E che l'attività di impresa, racchiudendo tutti gli atti, ne moltiplicava il valore ben oltre la somma. (Ed infatti, quando in quello stesso codice pure si discorreva di impresa, era solo per classificare angustamente quest'ultima tra gli atti di commercio).

La disattenzione all'impresa ne impediva la salvezza; per conseguenza, il credito che pure era stato elargito in vista dell'impresa, era destinato a essere ripagato solo in infima misura: quella raggiunta dalla liquidazione non

dell'impresa ma dei beni aziendali, che in se stessi erano di poco e quasi nessun valore, perché valevano solo in quanto inseriti nell'organizzazione produttiva.

Cosicché, nel fallimento la ragione dei creditori era destinata a rimanere essenzialmente inappagata; in onore (piuttosto che in soccorso) del creditore deluso la legge poteva sfogarsi unicamente sulla persona del fallito (alla perdita del credito si reagiva dunque con la punizione del debitore).

5. - Né il rigore sanzionatorio si attutì con il varo della legge fallimentare del 1930 che, tra il poco d'altro, dettagliò all'art. 19, comma 3, la seguente regoletta: il fallito che non si presenti davanti al giudice, che pure lo ha chiamato, può esservi accompagnato dalla forza pubblica (fino a qualche anno fa, del resto, per gli spostamenti di lungo tratto il viaggio era in treno - seconda classe - con scorta di due carabinieri).

6. - L'evoluzione nel frattempo avvenuta nel traffico e nei commerci, pur producendo lo storico affermarsi dell'attività di impresa nel codice unificato, non sortì effetto alcuno nella materia del fallimento.

Per somma sfortuna dei debitori incalliti, la nuova legge fallimentare, pur coeva al codice civile, entrò infatti in vigore durante la stagione fascista. L'ideologia allora imperante la segnò in più caratteri, determinando la natura inquisitoria del procedimento e riaffermando la stigmatizzazione e sanzione del fallito.

Per l'«arcaica impostazione sanzionatoria» (BONSIGNORI, *Il fallimento sempre più inattuale*, in *Dir. fall.*, 1996, p. 697) che la compromise, gli scopi perseguiti dalla legge fallimentare si risolsero in questi: rimuovere dal mercato e punire (artt. 48, 49 e 50 l.f.) gli imprenditori incompetenti, liberare risorse impiegate in modo errato e tutelare adeguatamente i creditori.

Nella relazione ministeriale si scrisse eloquentemente che il fallimento è dichiarato «nel supremo interesse dell'economia generale, del credito e del commercio».

La visione autarchica e paternalista tipica del corporativismo determinò l'intervento pubblico nell'economia, e la strutturazione dello Stato imprenditore. Sottopose inoltre l'imprenditore che esercita l'impresa alla costante sorveglianza dello Stato giudice, a cui egli avrebbe dovuto rispondere se avesse indirizzato la sua attività all'insegna di principi diversi da quelli fondanti l'ordinamento corporativo (come disponeva l'art. 2088 c.c.).

La legge fallimentare, piuttosto che disciplinare la crisi d'impresa, regolò dunque l'espropriazione concorsuale dei beni del debitore, nella logica di preminenza delle ragioni della proprietà. L'impresa non fu in alcun modo considerata come realtà diversa ed esterna all'imprenditore, né si prestò qualche attenzione al mercato.

Accanto alle conseguenze patrimoniali permanevano gli effetti personali: nelle ricordate afflizioni che, trascinate intatte lungo l'arco di un secolo e mezzo, campeggiavano ancora nella legge fallimentare, sia pure con i necessari ammodernamenti dovuti alla evoluzione delle leggi speciali.

L'articolo 48 confermava l'abolizione del segreto epistolare; allo stesso modo permanevano l'obbligo di residenza e il potere del giudice di disporre l'accompagnamento coattivo (art. 49 e 146). Si confermavano inoltre i numerosi divieti di ricoprire uffici pubblici e privati (una testimonianza in PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano 1951, pp. 287 ss.).

Per carità cristiana, l'art. 47 consentiva che la casa di abitazione del fallito e della sua famiglia costituisse il bene da assoggettare per ultimo a vendita forzata; e disponeva che, in caso di gravi ristrettezze, il giudice delegato potesse provvedere per gli alimenti a fallito e famiglia.

7. - Alla prosperità economica degli anni Sessanta del secolo trascorso seguì un cupo periodo di crisi, segnato da gravi dissesti involgenti imprese di grandissime dimensioni. Per l'enormità delle conseguenze sulla economia generale e sulla conservazione dei posti di lavoro, il legislatore dovette interessarsi un poco anche all'impresa (ed intervenne con leggi dedicate, tra le quali spiccò quella sulla amministrazione straordinaria, varata nel 1979).

Ma per i dissesti di rilievo minore continuava a valere, imperterritamente, la vecchia legge fallimentare, che nel consueto e secolare accanimento insisteva nell'espropriare il fallito: non solo dei beni, ma anche della dignità.

In tal modo, e sia pure in forme diverse, nella legge fallimentare continuava ad affermarsi la logica del 'ceppo della vergogna', unica soddisfazione ritenuta accettabile per l'ordinamento vendicatore.

Per prassi umanitaria, i giudici fallimentari dovettero attrezzarsi come meglio potevano; e alcuni confezionavano a volte un salvacondotto da consegnare al fallito al primo incontro: affinché egli potesse circolare senza preoccuparsi di rimanere scrupolosamente entro i confini del comune di residenza.

8. - Pressappoco in questo frangente della ‘commedia umana’ giunge a maturità una rilevante novità collaterale. Per la complessità ormai assunta dalla organizzazione dello scambio economico, gli operatori relegano definitivamente nel sottoscala forme antiquate e inefficienti di gestione della impresa privilegiando oltremodo il modello della società a responsabilità limitata. Cosicché la voce severa del legislatore prosegue a tuonare (ma inoffensivamente) esclusivamente sulla pagina ingiallita dedicata al fallimento dell’imprenditore individuale.

9. – Il resto è storia di ieri. In un convulso moto di riforma consumatosi in un paio di anni, la vecchia legge fallimentare è stata novellata per ben tre volte; e sin dal primo intervento del 2005 il legislatore ha avuto cura di eliminare gli umilianti effetti personali ancora persistenti sulla carta (con immediata applicazione, per disposizione transitoria, alle oltre centomila procedure pendenti nei tribunali italiani).

Se nella versione tradizionale l’art. 48 prevedeva la consegna della corrispondenza del fallito al curatore, il quale mentre poteva trattenere quella riguardante interessi patrimoniali, invece doveva conservare il segreto su quella personale, nel 2006 la norma è modificata: percettori della corrispondenza (con obbligo di consegna al curatore di quella riguardante rapporti compresi nel fallimento) sono ‘l’imprenditore’ fallito e gli ‘amministratori e liquidatori’ dell’ente collettivo fallito. Nella versione 2007 si distingue tra ‘fallito persona fisica’ e ‘fallito che non sia persona fisica’: per il primo valgono le regole da ultimo citate; per il secondo sono ripristinate le originarie (giacché gli enti artificiali sono insuscettibili di vivere e recare vicende e segreti personali, da affidare imprudentemente alla corrispondenza).

Mentre nella versione del 1942 gli obblighi del fallito sugli spostamenti nel territorio si sintetizzavano nel divieto di allontanarsi dalla ‘residenza’, invece nella versione del 2006 è sufficiente comunicare agli organi della procedura i cambiamenti di residenza o domicilio (l’obbligo grava sull’‘imprenditore’ fallito e sugli ‘amministratori e liquidatori’ dell’ente collettivo fallito).

10. – «Ma allora», potrebbe chiedersi il lettore, «che rimane del ceppo della vergogna? E come può trovare sfogo, almeno sulla carta, il sentimento sociale di vendetta?».

Potrebbe risponderci: «Non rimane nulla. Il sentimento di vendetta non potrebbe appagarsi in nessun modo. Semplicemente, si è perduto l'interesse per questa forma di pubblico spettacolo».

Resta però da spiegare come mai gente così vendicativa desista di colpo dalla sua soddisfazione.

Fatto è che ormai del fallito nessuno più si interessa, giacché il legislatore aizza lo sguardo avido di tutti verso l'impresa.

Una magia (o, più modestamente, gioco di prestigio) degli ultimi anni ha riguardato il credito *non performing* che, gestito in massa, da iattura individuale diventa occasione di floridi affari. Gioco illusionistico replicato in stratagemmi di importazione quali le cartolarizzazioni. In questa frenesia circolatoria, che crea dal nulla (per respingerlo poi nel nulla) il valore finanziario e che si esalta nella matematica inventiva dei derivati per replicarsi sugli schermi telematici diuturnamente interconnessi a costituire l'economia finanziaria globale, come potevano sottrarsi al gioco planetario imprese, aziende e beni colpite dal fallimento?

Ecco allora promuoversi d'impeto anche in Italia le soluzioni negoziate alla crisi di impresa. Le quali - nelle variegate vesti di piani di rientro, accordi stragiudiziali, contratti di salvataggio, convenzioni bancarie, piani attestati, accordi di ristrutturazione dei debiti, concordati (preventivo e fallimentare) - presuppongono tutte in qualche misura una controparte con cui negoziare.

Pertanto, l'imprenditore destinato al fallimento è respinto (non dal ma) sul mercato: affinché, calcolatrice alla mano, possa riorganizzare e distribuire quel che resta del suo patrimonio ai creditori che si decidano al contratto.

In sostanza, il fallito è sottratto al ceppo della vergogna – e dunque all'isolamento dalla società sul podio infame - non per atto d'amore compassionevole, ma per cinico calcolo economico.

Anche gli analisti economici del diritto potrebbero escogitare che bisogna preservare il fallito dalla morte civile perché tipica incapacità del defunto sociale è (come fu per il servo e lo schiavo) quella di contrattare.

Che queste amare considerazioni sulla 'commedia umana' - che dall'affresco balzachiano giunge fino a noi - non siano dettate da inguaribile pessimismo sul kantiano 'legno storto dell'umanità' potrebbe pure congetturarsi riflettendo, con non minore malizia, che mai sfuggì agli antichi commentatori (che pure se ne fecero cruccio) uno strano fatto: nella messe di interdetti, sanzioni e divieti che il legislatore del passato comminò al fallito mai apparve il divieto di commerciare, attività implicitamente preservata

all'*Homo oeconomicus* nella società del mercato (e sottesa all'ambigua lettera dell'art. 118, n. 2, l.f.).

Con sensibilità statunitense, il legislatore della riforma dispone pure sulla esdebitazione del fallito non filibustiere. E così rimedia all'antico paradosso: se infatti il fallito poteva ancora commerciare, malvolentieri lo faceva perché, anche prescindendo dalla vessazione fiscale, a vanificare la fatica era la giuridica ricomprensione del guadagno nel patrimonio fallimentare.

11. - Che la logica del contratto sull'insolvenza, e del fallimento 'civilizzato', rispecchi convinzioni radicate e diffuse – corroborate da considerazioni economiche sulle regole giuridiche - lo dimostra l'ultimo prodotto faticosamente partorito (nemmeno definitivamente) dal legislatore affaticato dalla crisi economica: la disciplina sul sovraindebitamento del consumatore e degli altri soggetti, pur insolventi, ma (per un verso o per l'altro) non fallibili.

12. - Nemmeno può escludersi, in ogni caso, che una qualche forma sociale di vendetta permanga diabolicamente in essere. Per prendere forma nel nuovo articolo 124 della legge, secondo cui a domandare il concordato fallimentare può essere non solo il debitore, ma anche il creditore o un terzo. Senza peraltro che la gara possa svolgersi ad armi pari: giacché il fallito potrà prendervi parte solo decorso un anno dalla apertura del fallimento, e sempre che gli altri non abbiano nel frattempo provveduto a definire la procedura.

Quale punizione più malvagia poteva escogitarsi per il padroncino italiano sentimentalmente abbarbicato alla sua impresa, trattata come un cimelio di famiglia da trasferire di generazione in generazione?

Ecco allora riprofilarsi in qualche modo all'orizzonte, nelle sue dritte forme, il famigerato e vergognoso ceppo: oggi integrato soprattutto dalla impossibilità per il fallito di rimanere avvinghiato alle spoglie della sua impresa.

13. - Queste brevi annotazioni mi sono sorte quale lettore di: Portale, *Dalla 'pietra del vituperio' alle nuove concezioni del fallimento e delle altre procedure concorsuali*; Volante, *Autonomia contrattuale e fallimento tra fondazioni medievali, diritto comune e codici*; Mazzarella, *Fallimento, autonomia contrattuale impresa: itinerari e figure fra otto e novecento*, tutti in *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, a cura mia e di Macario, Milano, 2010 (rispettivamente, a pp. 3, 125 e 161).