

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

APRILE/GIUGNO

2023

rivista.dirittobancario.it

DIREZIONE

DANNY BUSCH, GUIDO CALABRESI, PIERRE-HENRI CONAC,
RAFFAELE DI RAIMO, ALDO ANGELO DOLMETTA, GIUSEPPE FERRI
JR., RAFFAELE LENER, UDO REIFNER, FILIPPO SARTORI,
ANTONELLA SCIARRONE ALIBRANDI, THOMAS ULEN

COMITATO DI DIREZIONE

FILIPPO ANNUNZIATA, PAOLOEFISIO CORRIAS, MATTEO DE POLI,
ALBERTO LUPOI, ROBERTO NATOLI, MADDALENA RABITTI,
MADDALENA SEMERARO, ANDREA TUCCI

COMITATO SCIENTIFICO

STEFANO AMBROSINI, SANDRO AMOROSINO, SIDO BONFATTI,
FRANCESCO CAPRIGLIONE, FULVIO CORTESE, AURELIO GENTILI,
GIUSEPPE GUIZZI, BRUNO INZITARI, MARCO LAMANDINI, DANIELE
MAFFEIS, RAINER MASERA, UGO MATTEI, ALESSANDRO
MELCHIONDA, UGO PATRONI GRIFFI, GIUSEPPE SANTONI,
FRANCESCO TESAURO+

COMITATO ESECUTIVO

ROBERTO NATOLI, FILIPPO SARTORI, MADDALENA SEMERARO

COMITATO EDITORIALE

GIOVANNI BERTI DE MARINIS, ANDREA CARRISI, ALESSANDRA
CAMEDDA, GABRIELLA CAZZETTA, ALBERTO GALLARATI, EDOARDO
GROSSULE, LUCA SERAFINO LENTINI (SECRETARIO DI REDAZIONE),
PAOLA LUCANTONI, EUGENIA MACCHIAVELLO, UGO MALVAGNA,
ALBERTO MACER, MASSIMO MAZZOLA, EMANUELA MIGLIACCIO,
FRANCESCO PETROSINO, ELISABETTA PIRAS, CHIARA PRESCIANI,
FRANCESCO QUARTA, CARMELA ROBUSTELLA, GIULIA TERRANOVA

COORDINAMENTO EDITORIALE

UGO MALVAGNA

DIRETTORE RESPONSABILE

FILIPPO SARTORI

NORME PER LA VALUTAZIONE E LA PUBBLICAZIONE

LA RIVISTA DI DIRITTO BANCARIO SELEZIONA I CONTRIBUTI OGGETTO DI PUBBLICAZIONE SULLA BASE DELLE NORME SEGUENTI.

I CONTRIBUTI PROPOSTI ALLA RIVISTA PER LA PUBBLICAZIONE VENGONO ASSEGNATI DAL SISTEMA INFORMATICO A DUE VALUTATORI, SORTEGGIATI ALL'INTERNO DI UN ELENCO DI ORDINARI, ASSOCIATI E RICERCATORI IN MATERIE GIURIDICHE, ESTRATTI DA UNA LISTA PERIODICAMENTE SOGGETTA A RINNOVAMENTO.

I CONTRIBUTI SONO ANONIMIZZATI PRIMA DELL'INVIO AI VALUTATORI.

LE SCHEDE DI VALUTAZIONE SONO INVIATE AGLI AUTORI PREVIA ANONIMIZZAZIONE.

QUALORA UNO O ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO UN PARERE FAVOREVOLE ALLA PUBBLICAZIONE SUBORDINATO ALL'INTRODUZIONE DI MODIFICHE AGGIUNTE E CORREZIONI, LA DIREZIONE ESECUTIVA VERIFICA CHE L'AUTORE ABBA APPORTATO LE MODIFICHE RICHIESTE.

QUALORA ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO VIENE RIFIUTATO. QUALORA SOLO UNO DEI VALUTATORI ESPRIMA PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO È SOTTOPOSTO AL COMITATO ESECUTIVO, IL QUALE ASSUME LA DECISIONE FINALE IN ORDINE ALLA PUBBLICAZIONE PREVIO PARERE DI UN COMPONENTE DELLA DIREZIONE SCELTO RATIONE MATERIAE.

Rivista
di Diritto Bancario | dottrina
e giurisprudenza
commentata

SEDE DELLA REDAZIONE

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO, FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA, VIA VERDI 53,
(38122) TRENTO – TEL. 0461 283836

Crisi di impresa ed interesse pubblico tra amministrazione e giurisdizione

SOMMARIO: 1. Posizione del tema – 2. La distinzione tra amministrazione e giurisdizione, progressivi mutamenti – 3. Interesse generale ed interesse pubblico tra accordi, legislazione, amministrazione e giurisdizione – 3.1. Il primato dell'accordo di diritto privato – 3.2. Il primato della giurisdizione – 3.3. Il primato dell'amministrazione – 3.4. Il primato del legislatore – 4. Conclusioni sull'interesse pubblico nelle crisi di impresa

1. Posizione del tema

Non c'è dubbio circa il fatto che, fin dalla sua origine, il fallimento – ed in generale la gestione delle crisi d'impresa – sia stato considerato strumento per il perseguimento anche di interessi pubblici¹. Quest'idea,

Questo lavoro riprende in parte considerazioni svolte nel corso della European Restructuring & Insolvency Conference, tenutasi a Praga per iniziativa della Univerzita Karlova e del Governo della Repubblica Ceca in apertura del semestre di presidenza europea.

¹ In argomento, F. D'ALESSANDRO, *Interesse pubblico alla conservazione dell'impresa e diritti privati sul patrimonio dell'imprenditore*, in *Fallimento*, 1984, 79; G. ROSSI, *La grande impresa «fra privato» e «pubblico» e le leggi speciali*, in *Riv. Soc.*, 1980, 401; G. TOMASSO, *Il concordato nella liquidazione coatta amministrativa tra interessi privati ed interesse pubblico*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2007, I, 448; F. FIMMANÒ, *Il concordato straordinario*, in *Giur. Comm.*, 2008, 968, per il quale «*Il concordato proposto come soluzione strutturale nell'ambito dell'indirizzo di ristrutturazione, oppure come variante dell'indirizzo di cessione, prima dell'avvenuta esecuzione dello stesso, può essere quindi definito "straordinario", di nome e di fatto, in quanto risponde ad un interesse pubblico specifico e non generico*». F. DE SANTIS, *Il giudice delegato fallimentare tra "gestione" e "giurisdizione": tracce per una riflessione de iure condendo*, in *Giur. comm.*, 2002, 489 esordisce notando che «*Non vi è dubbio che sin dalla sua origine il fallimento è stato considerato come strumento destinato a soddisfare un interesse pubblico (l'interesse alla soddisfazione del ceto creditorio e, indirettamente, dello Stato alla tranquillità dei traffici e del mercato) e che la tutela di questo interesse rientrasse tra i compiti primari dell'autorità giudiziaria. La legge fallimentare del 1942 è fondata sull'idea che l'imprenditore insolvente debba essere, almeno tendenzialmente, eliminato dal mercato e che ai creditori si debba assicurare la tutela che consente di recuperare il recuperabile attraverso gli strumenti operativi della giustizia. Ma l'evoluzione dell'economia, la ricorrenza dei periodi recessivi, la*

sempre presente, è per lo più implicita e bisognerà chiarire a quali interessi pubblici si intenda fare riferimento.

Il problema del rilievo dell'interesse pubblico richiama immediatamente la diffusa opinione per la quale le procedure di gestione delle crisi di impresa – in quest'interpretazione ragione modellate sulla base del fallimento – abbiano come unico interesse quello dei creditori dell'impresa, negandosi – quindi – qualsiasi rilievo di interessi differenti da quelli del ceto creditorio.

In altri termini, per quanto il rilievo dell'interesse pubblico appaia per lo più ineliminabile a fronte di vicende di crisi d'impresa, l'interpretazione della disciplina che le regola è distinta tra chi – ed è la larga maggioranza – ritiene che l'unico interesse rilevante sia quello dei creditori e, sull'estremo opposto, chi mette in luce il rilievo normativo di interessi (privati) diversi da quelli dei creditori ed altri (pubblici) che attengono all'economia, alla collettività, all'ambiente, ai lavoratori.

Quel che, tuttavia, nessuno è in grado di eliminare dalla discussione, è la circostanza che la legislazione – nella più parte delle economie avanzate² – non lascia campo libero alle parti coinvolte, ma ne assegna la gestione anche alla giurisdizione o all'amministrazione pubblica o – più spesso – ad un concorso tra queste due autorità³.

diffusione di forme organizzative e di modelli contrattuali sempre più complessi e sofisticati nell'attività di impresa hanno contribuito ad una sorta di invecchiamento del tradizionale ordinamento concorsuale». Resta da notare che la teoria dominante è nel senso della finalità in prevalenza privatistica del fallimento (F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, IV, Padova, 1999, 315), per evitare che finalità ulteriori come l'ordine del mercato – almeno quanto al fallimento – alterino il principio – ritenuto incrollabile – della *par conditio* (cfr. A. JORIO, *Le procedure concorsuali tra tutela del credito e salvaguardia dei complessi produttivi*, in *La crisi d'impresa - Il fallimento*, in G. IUDICA, P. ZATTI (a cura di) *Trattato di diritto privato*, Milano, 2000, 5).

² Non è questa la sede per discutere sistemi diversi da quello italiano, giacché avrebbe solo la funzione di mostrare erudizione e non contribuirebbe allo scopo di queste pagine. In breve, si può rinviare a P. DI MARTINO, M. LATHAM, M. VASTA, *Bankruptcy Laws Around Europe (1850–2015): Institutional Change and Institutional Features*, Cambridge University Press 2020.

³ Sul tema, V. COLESANTI, *Amministrazione e giurisdizione nella nuova disciplina dell'amministrazione straordinaria*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 23; si veda anche A. CAVALAGLIO, *Nuove regole per le crisi dell'impresa tra giurisdizione e amministrazione e soluzioni stragiudiziali*, in A. Jorio (ed.), *Nuove regole per le crisi d'impresa*, Milano, 2001, 252.

Se l'interesse fosse solo quello dei contraenti insoddisfatti – come per lo più si pensa – non vi sarebbe alcuna ragione di prevedere il *necessario* coinvolgimento di un'autorità pubblica e, semmai, come ordinario nei rapporti paritari, la giurisdizione sarebbe chiamata se ed in quanto una parte del rapporto, che lamenti una sofferenza nel godimento di un suo diritto, proponga al giudice domande nelle forme processuali previste. Né si potrà negare che, nella disciplina delle crisi d'impresa, la funzione giurisdizionale non viene esercitata nelle forme materiali (e per largo tratto anche formali) della soluzione del conflitto tra portatori di posizioni soggettive⁴, assumendo, invece, nettissimi connotati – sul versante della funzione in senso materiale⁵ – di amministrazione.

Ciò non accade in nessuna disciplina giuridica delle crisi d'impresa, giacché anche per le ipotesi in cui non vi siano competenze assegnate all'amministrazione, la giurisdizione interviene necessariamente (v'è fallimento, oggi liquidazione giudiziale, in quanto esso sia avviato innanzi al Tribunale competente) e non per risolvere una lite.

Poiché laddove vi sia una crisi d'impresa v'è sempre il necessario intervento di un'autorità pubblica (amministrazione o giurisdizione), si pone un *primo* problema, vale a dire quello di capire se vi sia una logica – e quale – nella distribuzione di competenze tra amministrazione e

⁴ In un contributo che pure non è dedicato specificamente a quanto nel testo e che, piuttosto, affronta una molteplicità di questioni attuali, C. CAVALLINI (*L'impresa, la crisi, il giudice*, in *Riv. delle società*, 2012, 758) osserva che «*Il ruolo del giudice nel mutato quadro delle procedure concorsuali — e nel divenire altalenante della crisi congiunturale — è dunque duplice e di pari rilevanza e delicatezza, proprio al cospetto di maggiori e più incisivi poteri dei creditori. E ben presto appare un ruolo non solo duplice, ma anche «incrociato»: il «giudice» (e pure il P.M. da questo sollecitato) svolge non tanto e non solo un ruolo di tutela (jus dicere) dei diritti concorsuali in conflitto (in ciò con poteri e garanzie alquanto rafforzate), quanto e soprattutto di salvaguardia all'esigenza, della società economica prima di tutto, che il “mercato delle imprese in crisi” da libero non diventi arbitrario, da legale non diventi surrettiziamente foriero delle impunità».*

⁵ È quasi scontato il riferimento a F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1950, 1 ed alla successiva prolusione padovana ID., *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 126, eppoi, ID., *Funzione. I) Teoria generale*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1989, XIV, *ad vocem*. Per un'ampia discussione di questa teoria e delle sue ascendenze, sia consentito il rinvio a L. R. PERFETTI, *L'azione amministrativa tra libertà e funzione*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 2017 (LXVII), 99

giudice in relazione ad un diverso atteggiarsi dell'interesse pubblico⁶; e, nel caso in cui una simile logica esista, verificare nella prassi un *secondo* aspetto, cioè se questa distribuzione abbia dati buoni risultati o meno. Occorre avvertire subito del fatto che si dedicherà una puntuale attenzione alle crisi delle imprese bancarie, non solo per assicurare la completezza dello sguardo sul problema, ma anche perché codeste imprese assolvono strutturalmente a funzioni di pubblico interesse, sicché la disciplina della loro crisi ne è egualmente intrisa⁷.

Per affrontare questi problemi – lungo un'analisi che, in questa sede, viene condotta solo nella prospettiva del diritto italiano, come tale integrato dalla disciplina dell'Unione Europea – occorrerà anche tenere in dovuta considerazione l'evoluzione di questi due poteri dello Stato, nella relazione con il pubblico interesse, giacché le distinzioni tradizionali sembrano ormai solo parzialmente convincenti. Conviene muovere da questo primo chiarimento.

2. *La distinzione tra amministrazione e giurisdizione, progressivi mutamenti*

La riflessione circa la distinzione tra amministrazione e giurisdizione è molto vasta, sicché – ai nostri fini – sarà ripresa solo per i tratti essenziali utili alla comprensione del problema che qui ci si pone.

2.1. Da un *primo* punto di vista, il tema può essere impostato sulla base del principio di separazione dei poteri⁸, spesso richiamato dalla dottrina e giurisprudenza italiane come un assunto, senza bisogno di fornire troppe giustificazioni.

Tuttavia, quest'impostazione sembra più ideologica che giuridica, non esistendo fondamento costituzionale espresso ad un simile

⁶ Con diversa prospettiva, G. LOMBARDI, P. D. BELTRAMI, *I criteri di selezione della procedura più adatta al risanamento di un'impresa in crisi*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2011, 713.

⁷ Tanto che negli Stati Uniti, come noto, la disciplina del fallimento bancario è del tutto diversa dalle altre imprese; non essendo questa la sede per approfondimenti specifici, basterà il rinvio al dettagliato studio di R. M. HYNES e S. D. WALT, *Why Banks are Not Allowed in Bankruptcy*, in *Virginia Law and Economics Research Paper*, 2010 (3), 985 – ma particolarmente da 1006.

⁸ Per la discussione del tema, per tutti, B. GILIBERTI, *Il merito amministrativo*, Padova, 2013.

principio. Sembra migliore il percorso di individuare il suo fondamento nel diritto dell'Unione Europea, che codifica come principio fondamentale quello della *Rule-of-Law*. Tuttavia, anche questo percorso porta a risultati solo parziali, perché il *Rechtsstaat* non implica necessariamente la separazione netta tra amministrazione e giurisdizione⁹.

A prescindere da queste considerazioni, quel che rileva è che il principio di separazione dei poteri non dice nulla di utile per il nostro problema. Infatti, la separazione della giurisdizione dall'amministrazione è funzionale al fatto che vi sia un potere indipendente in grado di sindacare le decisioni del potere esecutivo. Questa garanzia è sicuramente presente nel diritto delle crisi di impresa, perché ogni decisione governativa sulla crisi potrà essere impugnata avanti la corte di volta in volta competente. Ferma questa regola, il principio di separazione dei poteri non sembra di alcun aiuto per risolvere i problemi che ci si è posti. In altri termini, alla luce di questo principio si sarà solo in grado di sancire la giustiziabilità degli atti del potere esecutivo, ma non di comprendere per quali ragioni la gestione della crisi d'impresa sia (o possa, o debba essere) assegnata alla giurisdizione o all'amministrazione.

2.2. Da un *secondo* punto di vista, più aderente al nostro problema, si potrà notare che sia l'amministrazione che la giurisdizione sono poteri dello Stato che decidono secondo procedure regolate dal diritto.

Non serve fornire alcuna spiegazione dell'affermazione per la quale entrambi sono poteri pubblici. È, invece, utile sviluppare un breve

⁹ Sulla questione specifica si possono esaminare, G. PINO, V. VILLA (a cura di), *Rule of law. L'ideale della legalità*, Bologna, Il Mulino, 2016; P. COSTA, D. ZOLO, *Lo stato di diritto*, Milano, Feltrinelli, 2002; J.M. SCHELLY, *Interpretation in Law: The Dworkin-Fish Debate (or, Soccer amongst the Gahuku-Gama)*, in *California Law Review*, LXXIII (1985), 158; H.W. ARTHURS, *Without the Law*, Toronto, University of Toronto Press, 1985; E.C. IP, *Taking a 'Hard Look' at 'Irrationality': Substantive Review of Administrative Discretion in the US and UK Supreme Courts*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, XXXIV (2014), 481; E. BÖCKENFÖRDE, *Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs*, in *Festschrift für Adolf Arndt zum 65 Geburtstag*, Frankfurt a. M., Europäische Verl, 1969, 56; K. SOBOTA, *Das Prinzip Rechtsstaat*, Tübingen, Mohr; per una larga discussione di questi problemi sia consentito il rinvio al lavoro di chi scrive, *L'ordinaria violenza della decisione amministrativa nello Stato di diritto*, in *P.A. – Persona e Amministrazione*, I (2017), 3.

ragionamento intorno a questa affermazione ed alle sue conseguenze. I poteri pubblici traggono la loro legittimazione nella sovranità. È questo il punto fondamentale di tutte le costruzioni teoriche del diritto pubblico in Europa. Finché si pensa che la sovranità spetti allo Stato, è ovvio che giurisdizione ed amministrazione saranno organizzazioni funzionali alla soddisfazione degli scopi del sovrano, dello Stato¹⁰.

Da tempo ho provato ad indicare le ragioni giuridiche per le quali, invece, la sovranità appartiene al popolo e le sue conseguenze circa la dinamica dei poteri¹¹. Questa affermazione comporta varie

¹⁰ Per una più ampia discussione del tema sia consentito rinviare a L. R. PERFETTI, *L'organizzazione amministrativa come funzione della sovranità popolare*, in *Il diritto dell'economia*, LXV (2019), 43.

¹¹ Non è questa la sede per un'accurata argomentazione di queste tesi. Per brevità sia consentito il rinvio a L. R. PERFETTI, *Per una sistematica dell'equità in diritto amministrativo. Principi istituzionali e regole della relazione tra società ed autorità*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, vol. I, Napoli, ESI, 2011, 653; ID., *Pretese procedurali come diritti fondamentali. Oltre la contrapposizione tra diritto soggettivo e interesse legittimo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2012, 850 – 875; ID., *La dimensione pubblica dei diritti individuali. Il coordinamento degli enforcement amministrativi e giudiziari nell'Unione Europea e l'emergere del diritto comune europeo*, in *AIDA. Annali italiani del diritto d'autore della cultura e dello spettacolo*, XXI, Milano, 2012, 338; ID., *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, in *Diritto pubblico*, 2013, 61; ID., *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Diritto amministrativo*, 2013, 299; ID., *Funzione e compito nella teoria delle procedure amministrative. Metateoria su procedimento e processo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2014, 53; ID., *Sistematica giuridica e controllo razionale del potere. Osservazioni intorno al problema del metodo nel pensiero di Antonio Romano Tassone e proposta in base all'ordine giuridico della società*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2015, 803; ID., *Sull'ordine giuridico della società e la sovranità*, in *Scritti per Luigi Lombardi Vallauri*, Padova, 2016, 1153; ID., *La legalità del migrante. Status della persona e compiti dell'amministrazione pubblica nella relazione paradigmatica tra migranti respinti, irregolari, minori trattenuti e potere pubblico*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2016 (X), 393; ID., *Discrecionalidad administrativa y soberanía popular*, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, 117 (2016), 195; ID., *L'azione amministrativa tra libertà e funzione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2017 (LXVII), 99; ID., *Discrezionalità amministrativa e sovranità popolare*, in *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, Torino, 2017, 119; ID., *L'ordinaria violenza della decisione amministrativa nello Stato di diritto*, in questa Rivista, I (2017), 3; ID., *Persona, società e amministrazione pubblica*, in *Amministrare*, 2019, 199; ID., *L'organizzazione amministrativa come funzione della sovranità popolare*, in *Il diritto dell'economia*, LXV (2019), n. 98 (1/2019), 43; ID., *L'attitudine della*

conseguenze, che non serve qui discutere, prima tra tutte quella per la quale i poteri pubblici sono funzionali alla soddisfazione dell'interesse del sovrano popolare; e poiché molte Costituzioni – e soprattutto quella italiana – riconoscono i diritti fondamentali e non li affermano o costituiscono, si deve necessariamente pensare che i diritti fondamentali si collochino nello stesso potere costituente. In altri termini: se la Costituzione, esercizio del potere costituente e, quindi, chiaramente, della sovranità, riconosce l'esistenza come diritti dei diritti fondamentali, vuol dire che questi esistono nella sovranità; e nella sovranità restano permanentemente. Se, quindi, i diritti fondamentali si trattengono nella sovranità, allora i poteri pubblici non potranno che essere funzionali al pieno godimento dei diritti fondamentali. Il discorso è utile rispetto al nostro problema, perché la disciplina delle crisi d'impresa può pregiudicare vari diritti fondamentali espressamente riconosciuti dalla Costituzione, dalla libertà d'impresa al lavoro, dalla tutela della concorrenza a quella dell'ambiente, e così via.

Giurisdizione ed amministrazione, quindi, avranno lo stesso scopo nell'esercitare i poteri che la legge assegna loro di fronte ad una crisi di impresa: non l'interesse dello Stato a potenziare la sua economia, a difendere la nazionalità dell'impresa o ad attuare la sua politica economica, ma quello delle persone a vedere compromessi il meno possibile i loro diritti fondamentali a fronte di una vicenda che, dissolvendo l'impresa, può compromettere irreparabilmente diritti fondamentali (come quello al lavoro, solo per esemplificare), beni pubblici (come l'ambiente) o l'accesso a prestazioni (come quelle di trasporto e comunicazione, ad esempio) essenziali per il godimento dei diritti.

Stesso scopo e stesso modo di decidere, vale a dire secondo procedure fissate dalla legge: procedimento amministrativo e processo sono entrambe procedure pubbliche regolate dalla legge in modo che i titolari di interessi coinvolti possano partecipare in contraddittorio, che la decisione sia il frutto di un esame completo ed imparziale dei fatti e dell'interpretazione corretta della legge applicabile, che le ragioni della

giraffa. Per una teoria dei diritti sociali come esercizio della sovranità, nella stagione della crisi del welfare pubblico, in M. FRANCESCA E C. MIGNONE (a cura di) *Finanza di impatto sociale. Strumenti, interessi, scenari attuativi*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020, 6.

decisione siano esplicite e controllabili¹². Giurisdizione ed amministrazione decidono, quindi, per lo stesso scopo e nello stesso modo. Mostrano solo un diverso grado di indipendenza dal Governo.

2.3. Si pone qui, nell'indipendenza dal Governo, il criterio che consente di distinguerle. Non basterà la semplice evocazione della separazione dei poteri. Essa presuppone che questi due poteri siano diversi. Ma la differenza è solo presupposta e non spiegata. Infatti, se è vero che la giurisdizione risolve controversie, anche l'amministrazione fa e può fare lo stesso – basterebbe il richiamo alla funzione di autotutela; se l'amministrazione, invece, è attività esecutiva della legge nell'interesse pubblico in modo da produrre effetti materiali, non si può negare che anche la giurisdizione faccia lo stesso, ad esempio nei processi esecutivi o nella volontaria giurisdizione, ovvero, proprio nelle ipotesi delle quali ci si occupa in questa sede.

Si è, seguendo Kelsen, sostenuto che la distinzione risieda nella diversa efficacia degli atti. La decisione del giudice è destinata ad essere coperta dalla *res iudicata*, mentre quella del potere esecutivo è sempre revocabile. Questa distinzione, sempre molto utile, non è più sostenibile con esattezza al momento presente. Infatti, la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha chiarito che l'applicazione del diritto europeo può imporre la disapplicazione di una sentenza coperta dalla *res iudicata* (sicché, solo per esemplificare, l'amministrazione non solo potrà, ma dovrà disapplicare la sentenza passata in giudicato ove in contrasto con il diritto europeo). Allo stesso modo, la legge italiana prevede – a tutela dei diritti ed interessi legittimi che si sono formati sull'atto amministrativo ed in applicazione della buona fede – che l'amministrazione non possa annullare i suoi provvedimenti dopo un anno dalla loro adozione. Quello dell'efficacia degli atti resta un criterio tendenziale, ma non molto utile ai nostri fini.

2.4. Più significativo il profilo degli interessi perseguiti. Si è detto che l'amministrazione persegue un interesse proprio (l'interesse pubblico), mentre la giurisdizione l'interesse delle parti, per come

¹² Per una maggiore argomentazione di queste conclusioni, sia consentito rinviare per brevità a L. R. PERFETTI, *Funzione e compito nella teoria delle procedure amministrative. Metateoria su procedimento e processo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2014, 53.

presentato dalle parti per dimostrare il loro *locus standi*. Anche questo criterio è meno preciso di quanto si pensi. Infatti, la giurisdizione persegue solo prevalentemente l'interesse delle parti – stante che, ulteriormente, persegue anche l'interesse pubblico all'applicazione ed effettività della legge e ad evitare i conflitti sociali; l'amministrazione pubblica, d'altro canto, persegue sì l'interesse pubblico (che è il suo scopo), ma l'interesse pubblico è l'interesse dei cittadini alla massimizzazione del godimento dei diritti fondamentali ed all'uguaglianza – quindi, ben considerando, si tratta dell'interesse delle parti coinvolte nella decisione, non dell'interesse dello Stato, giacché nessuno ha mai dubitato che l'interesse pubblico non appartenga all'ente pubblico, che – invece – è solo onerato del compito di perseguirlo. In altri termini, il criterio dell'interesse perseguito è, anch'esso, assai meno preciso di quanto tradizionalmente si ritenga.

Quel che è chiaro, invece, almeno secondo la legge italiana, è che al giudice è assicurata indipendenza (dal Governo) mentre all'amministrazione solo imparzialità¹³ e distinzione di compiti tra politica e amministrazione¹⁴.

La differenza, quindi, da un punto di vista strettamente di diritto positivo, risiede solo in un maggiore o minore grado di indipendenza rispetto all'autorità politica.

2.5. Sulla base di quanto appena chiarito, si deve escludere che – come invece si è sempre sostenuto – la cura dell'interesse pubblico (inteso come interesse dello Stato) spetti all'amministrazione mentre il giudice agisce nell'interesse delle parti e della legge. Sia l'amministrazione, sia la giurisdizione agiscono nell'interesse delle parti, dei destinatari dei loro atti, perché agiscono perché sia data attuazione alla legge e perché i cittadini possano godere nel modo più pieno ed uguale i loro diritti fondamentali.

Se si abbandona la prospettiva puramente dogmatica fin qui utilizzata e si guarda alle linee evolutive dell'ordinamento, le conclusioni cui si è giunti sono confermate in modo ancora più deciso.

¹³ Per brevità, basterà il rinvio alla recente indagine di I. PIAZZA, *L'imparzialità amministrativa come diritto. Epifanie dell'interesse legittimo*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2021.

¹⁴ Sulla questione, *ex multis*, P. FORTE, *Il principio di distinzione tra politica e amministrazione*, Torino, 2005.

Vi sono, infatti, interessi pubblici che sono assegnati dalla legge solo alla giurisdizione, purtuttavia restando chiaramente interessi pubblici. Basterebbe pensare al caso del *private enforcement*¹⁵ nel settore della tutela della concorrenza ovvero in quello della protezione dei marchi e brevetti¹⁶ ovvero ancora ai diritti del consumatore¹⁷. In tutti questi casi, il legislatore ritiene che la tutela giurisdizionale attivata dalla parte privata interessata sia una forma adeguata di cura dell'interesse pubblico. Se si esaminano le norme, si noterà facilmente che il legislatore – europeo o nazionale – non usi alcuna ambiguità circa la funzionalizzazione all'interesse pubblico di queste attività giurisdizionali, giacché la natura pubblica dell'interesse è chiaramente ed espressamente indicata. In modo speculare, vi sono funzioni quasi-giurisdizionali che il legislatore ha assegnato all'amministrazione pubblica: basterebbe fare riferimento alle autorità indipendenti (anzitutto quella *antitrust*), ovvero al settore della creazione di certezza pubblica.

Nella sostanza, la cura del pubblico interesse – e s'è detto che le procedure fallimentari sono intrise di pubblico interesse – può essere affidata al giudice su iniziativa delle parti, ovvero agli enti pubblici. Come si è osservato, si assiste ad un progressivo allineamento di amministrazione e giurisdizione quanto a scopi, interessi protetti e procedure; spetta alla legge assegnare funzioni all'una o all'altra, sicché se si può ritenere di avere individuato così i profili evolutivi delle due funzioni pubbliche, maggiore rilievo ancora assumono i due restanti problemi – vale a dire, se vi sia un rationale in questa distribuzione in relazione all'interesse pubblico e se essa sia efficace.

La disciplina delle crisi di impresa, quindi, è coerente con questa graduazione della tutela dell'interesse pubblico ed ordine di problemi.

¹⁵ B. SASSANI (a cura di), *Il private enforcement antitrust dopo il d.lgs. 19 gennaio 2017*, n. 3, Pisa, Pacini, 2017.

¹⁶ L. R. PERFETTI, *La dimensione pubblica dei diritti individuali. Il coordinamento degli enforcement amministrativi e giudiziali nell'Unione Europea e l'emergere del diritto comune europeo*, cit.

¹⁷ Per un inquadramento, G. ALPA E A. CATRICALÀ (a cura di), *Diritto dei consumatori*, Bologna, Mulino, 2016.

3. Interesse generale ed interesse pubblico tra accordi, legislazione, amministrazione e giurisdizione

La cura del pubblico interesse, quindi, può essere assegnata dalla legge a soggetti diversi o ad una loro varia combinazione. Nel caso delle crisi di impresa si danno diverse alternative.

3.1. Il primato dell'accordo di diritto privato

La legge, in primo luogo, prevede ipotesi nelle quali la crisi di impresa può essere risolta direttamente dalle parti coinvolte, prevalentemente con accordi e strumenti di diritto privato. Si tratta di ipotesi di minore importanza e di limitato impatto su beni e rapporti rilevanti per l'interesse pubblico.

Solo per fornire un esempio, questo è il caso della composizione negoziata della crisi d'impresa¹⁸ – articoli 12-25-*quinquies* Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza; si tratta di un meccanismo concepito per fornire alle imprese in difficoltà, anche a causa dell'emergenza pandemica, uno strumento alternativo rispetto ai rimedi giudiziari e diretto a prevenire lo stato insolvenza. La procedura di composizione negoziata è assistita da elementi di pubblicità, giacché si avvia con domanda che può essere presentata dai rappresentanti legali delle imprese presso Unioncamere – un ente pubblico, quindi – attraverso un test di accesso che consente a chi presenta la proposta di verificare la ragionevole perseguibilità di risanamento. La composizione negoziata si svolge sotto la supervisione di un consulente indipendente che assiste alle trattative per il recupero della stabilità economica e finanziaria. La gestione della società deve essere condotta in modo da non compromettere la sostenibilità economica e finanziaria dell'impresa e «*nell'interesse prevalente dei creditori*» in caso di rischi emergenti di insolvenza. Diverse misure consentono di consolidare la posizione finanziaria della società e di favorire l'uso di tale strumento, quali: la sospensione degli obblighi di ricapitalizzazione e delle cause

¹⁸ In argomento, N. MICHIELI, *Il ruolo dei soci nelle procedure di composizione della crisi e dell'insolvenza*, in *Riv. Soc.*, 2021, 830; I. DONATI, *La gestione non conservativa della società con patrimonio insufficiente*, *ivi*, 2021, 796; C. D'AMBROSIO, *Le esenzioni da revocatoria nella composizione stragiudiziale della crisi di impresa*, in *Giur. comm.*, 2007, 364.

di scioglimento in caso di riduzione o perdita del capitale sociale e la possibilità per la società di richiedere al tribunale provvedimenti protettivi a tutela del patrimonio sociale. Tutte le misure in oggetto devono essere pubblicate nel Registro delle Imprese. Altro aspetto cruciale è il ruolo attivo incentivante degli istituti finanziari, che sono invitati a partecipare “attivamente” al processo di negoziazione. Le trattative possono condurre ad accordi e strumenti di risoluzione idonei a superare le difficoltà; in caso contrario, l’impresa può richiedere l’accesso alle procedure concorsuali di ristrutturazione previste dal Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza. Per favorire una tempestiva risoluzione della crisi, sono stati introdotti obblighi di segnalazione per gli organi di controllo delle società, ora tenuti a riferire agli organi amministrativi societari sulla sussistenza delle condizioni di accesso alla composizione negoziata. Inoltre, sempre in funzione preventiva, i cosiddetti “creditori pubblici certificati” sono tenuti a segnalare agli organi amministrativi della società il superamento di determinate soglie di esposizione – cfr. art. 25 *nonies* Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza – e invitare l’azienda ad avviare una composizione negoziata se sussistono le relative condizioni.

Non è lecito nutrire alcun dubbio in ordine al fatto che l’interesse pubblico possa essere perseguito anche solo con strumenti di diritto privato ed in genere consensuali, come espressamente si trae dagli articoli 1, 11 e 15 della legge generale sul procedimento amministrativo (l. 7 agosto 1990, n. 241) e largamente condiviso in dottrina; se, quindi, la stessa amministrazione pubblica può perseguire il pubblico interesse con strumenti di diritto privato, negoziali, nulla può mettere in discussione il fatto che la legge possa lasciare all’accordo dei privati la soddisfazione del pubblico interesse¹⁹.

Laddove la gestione della crisi sia lasciata all’accordo delle parti interessate, è agevole identificare l’interesse pubblico con quello alla prosecuzione dell’attività d’impresa e, quindi, alla protezione dei creditori, la prevenzione dell’usura, la garanzia del mercato e della concorrenza – interesse espressamente pubblico per disposizione costituzionale. È particolarmente evidente la natura pubblica

¹⁹ Diverso è lo scopo pubblico assegnato all’Organismo di composizione della crisi – che, infatti, è un ente pubblico; cfr. D. DE FILIPPIS, *La natura pubblica dell’organismo di composizione della crisi*, in *Giur. Comm.*, 2022, 494 – che assolve alla funzione di prevenire l’usura e ridurre i casi portati avanti le corti giurisdizionali.

dell'interesse alla prosecuzione dell'attività d'impresa in condizioni di adeguatezza finanziaria, intervenendo soggetti pubblici sia al suo avvio, attraverso il test di ragionevolezza circa il risanamento, sia a motivo della sua conclusione (sicché se il risanamento non è conseguito, si confluisce in altra procedura tradizionale con il primato della giurisdizione o dell'amministrazione).

3.2. *Il primato della giurisdizione*

Il fallimento ed il concordato sono classicamente il luogo nel quale si esprime il primato della giurisdizione.

É pur vero che la liquidazione giudiziale, in forza dell'art. 37, co. 2, Codice della crisi può essere proposta con ricorso «*del debitore, degli organi e delle autorità amministrative che hanno funzioni di controllo e di vigilanza sull'impresa, di uno o più creditori o del pubblico ministero*», sicché è tutt'altro che assente il ruolo dell'amministrazione pubblica. Tuttavia, resta chiaro che il primato sulla liquidazione giudiziale spetta alla giurisdizione e la dichiarazione avviene con sentenza assunta in camera di consiglio, dopo che il debitore e gli istanti sono stati sentiti in udienza, la procedura è condotta dal giudice delegato, che vigila sulle operazioni e ne controlla la regolarità, nomina e revoca il curatore e i componenti del comitato dei creditori, forma lo stato passivo e lo dichiara esecutivo con decreto, contro il quale si possono proporre opposizioni o impugnazioni ovvero istanza di revocazione. L'amministrazione non vi è coinvolta per nulla.

La complessiva gestione della crisi da parte dell'autorità giudiziaria – sottraendola al puro accordo tra privati regolato dalla pura autonomia delle parti – risponde certamente anche a ragioni di pubblico interesse (l'esclusione dal mercato dell'operatore insolvente, la garanzia del mercato finanziario e dell'uguaglianza tra i creditori, la prosecuzione dell'azienda, ove ne sia possibile l'alienazione, e, quindi, della produzione) e, tuttavia, quest'interesse è già pienamente definito dalla norma, sicché non v'è ragione perché non sia rilasciato interamente alla cura della sola giurisdizione. Le funzioni di pubblico interesse del fallimento e delle procedure tradizionali sono estremamente semplificate, dominate dal criterio della massima soddisfazione dei creditori, sicché trattandosi solo di applicazione di norme, la funzione giurisdizionale è perfettamente adatta allo scopo.

3.3. *Il primato dell'amministrazione*

L'amministrazione pubblica mostra il suo primato nella gestione della crisi d'impresa in varie procedure. Sembra interessante, in questa sede, concentrarsi sull'amministrazione straordinaria e sulla risoluzione bancaria; la prima è la più importante ipotesi di gestione governativa della crisi di impresa; la seconda, quella più significativa di gestione da parte di un'autorità indipendente dal Governo (la Banca d'Italia).

È interessante osservare entrambe le procedure perché, se come tutti i meccanismi a gestione amministrativa anche questi casi sono caratterizzati dagli interessi di una platea molto estesa di *stakeholder*, risulterà immediatamente evidente come l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi soffra il difetto di una forte influenza politica – a sua volta condizionata dall'interesse dei dipendenti dell'impresa, in grado di impegnare direttamente il Governo; al contrario le procedure BRRD²⁰, in quanto gestite da un'autorità indipendente e prevalentemente tecnica (Banca d'Italia), nonostante possibili interessi politici non meno forti, patiscono questo difetto in misura inferiore.

3.3.1. Prima di affrontare il tema, conviene fare qualche breve considerazione sulla *liquidazione coatta amministrativa*²¹. La procedura di liquidazione coatta amministrativa è interamente amministrativa e l'interesse pubblico non è individuabile con semplicità, perché sia la Legge Fallimentare che il Codice della Crisi d'Impresa dettano norme di base, che trovano il loro sviluppo in leggi di settore; per individuare specificamente l'interesse pubblico occorre fare riferimento, quindi, alle singole leggi di settore.

Tuttavia, indicazioni generali rilevanti si traggono dalla funzione della liquidazione coatta amministrativa. Infatti, si potrà fare riferimento alla circostanza per la quale il presupposto della procedura

²⁰ B. INZITARI, Brrd, “bail in”, *risoluzione della banca in dissesto, condivisione concorsuale delle perdite (d.lgs. n. 180 del 2015)*, in *Giustizia civile*, 2017, 197; P. DE GIOIA CARABELLESE, *Bail-in, diritti dei creditori e Costituzione italiana*, in *Giurisprudenza Commerciale* 2020, 944.

²¹ G. BONFANTE, *La liquidazione coatta amministrativa. Commento a dec. lgs. 12 gennaio 2019 n. 14 (Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza)*, in *Giurisprudenza italiana*, 2019, 2032

non è necessariamente lo stato di insolvenza; ad esempio, la liquidazione coatta amministrativa può essere avviata sia a motivo di perdite patrimoniali di eccezionale gravità, che, per ragioni estranee all'andamento economico dell'impresa, come, ad esempio, irregolarità amministrative o violazioni di legge o statuto. Evidente, quindi, che la liquidazione coatta amministrativa può essere avviata per ragioni di interesse pubblico volta a volta diverse, tra le quali la garanzia della legalità – che non è affatto specifica dell'ambito economico.

L'autorità competente assume il provvedimento di liquidazione coatta amministrativa – nel quale l'interesse pubblico specifico sarà determinato – che viene pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale e iscritto al registro delle imprese; lo stesso provvedimento amministrativo nomina gli organi della procedura, vale a dire i commissari liquidatori e il comitato di sorveglianza, con funzioni direttive e di vigilanza dell'autorità amministrativa che sovrintende allo specifico settore ed approva il bilancio finale della liquidazione con il conto della gestione e il piano di riparto tra i creditori. Il concorso della corte fallimentare è solo eventuale, nel caso di insolvenza.

Si tratta di una procedura interamente amministrativa, con un concorso solo eventuale della giurisdizione, rispetto alla quale l'individuazione dell'interesse pubblico è possibile solo relativamente alla singola legge di settore.

In ogni caso, sembra rilevante per la determinazione dell'interesse pubblico il ruolo delle autorità amministrative di vigilanza sull'impresa interessata (art. 316, Codice della Crisi d'Impresa) giacché sarà significativo accertare, di caso in caso, quali siano codeste autorità, quali gli interessi pubblici cui sono preposte, quali le ragioni dedotte nella domanda di accertamento dello stato di insolvenza con apertura della liquidazione coatta amministrativa.

Una piccola osservazione deve essere fatta in ordine alla liquidazione coatta amministrativa dell'impresa bancaria^{22 23}, la cui

²² F. ACCETTELLA, *Il concordato nella liquidazione coatta amministrativa di tipo bancario*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2020, 436; F. BURIGO, *Osservazioni in merito al procedimento per la dichiarazione di insolvenza dell'impresa bancaria in liquidazione coatta amministrativa*, in *Rivista di diritto dell'impresa*, 2020, 401.

²³ Casi recenti sono i decreti del Ministro dell'Economia 25 giugno 2017, n. 186 relativo a Veneto Banca e n. 185 relativo a Banca Popolare di Vicenza, con i quali le due banche sono state sottoposte a liquidazione coatta amministrativa ai sensi dell'art.

importanza è oggi enfatizzata anche dal fatto che la valutazione dell'interesse pubblico per la sottoposizione della banca a misure di risoluzione è data proprio dalla comparazione con gli effetti della liquidazione dell'ente con procedura ordinaria di insolvenza; infatti, sulla base di quanto previsto dall'art. 18, co.5 del SRM (Regolamento UE n. 806/2014, che fissa norme e una procedura uniformi per la risoluzione degli enti creditizi e di talune imprese di investimento nel quadro del meccanismo di risoluzione unico e del Fondo di risoluzione unico e che modifica il Regolamento UE n. 1093/2010) la risoluzione sarà possibile e «*considerata nell'interesse pubblico*» in quanto consegua almeno uno degli obiettivi della risoluzione (per come indicati dall'articolo 14 del Regolamento 806/2014), sia ad essi proporzionata e se «*la liquidazione dell'ente con procedura ordinaria di insolvenza non consentirebbe di realizzare tali obiettivi nella stessa misura*» (la clausola cosiddetta *no creditor worse off*)²⁴. Nelle

83, co. 3, del Testo Unico Bancario. Si vedano certamente, G. MOLLO, *La nozione di «controversia» nella disciplina della liquidazione coatta amministrativa delle «banche venete»*, in *Rivista di diritto dell'impresa*, 2020, 416; F. PACILEO, *Cessioni aggregate, aiuti di Stato e responsabilità della cessionaria: note a margine della vicenda delle banche venete*, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2020, 684; I. MECATTI, *La responsabilità della banca cessionaria nell'ambito della I.c.a. [liquidazione coatta amministrativa] delle banche venete, per le pretese risarcitorie degli azionisti e restitutorie dei creditori della banca cedente*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2019, 784; P. BONETTI PAOLO, *Brevi note sui profili costituzionali dell'interpretazione conforme del decreto-legge n. 99/2017 sulla liquidazione coatta amministrativa di due banche venete*, in *Rivista di diritto bancario*, 2018, 641; A.A. DOLMETTA, U. MALVAGNA, *Debiti (non) ceduti e insinuazione al passivo. A proposito delle «banche venete»*, in *Rivista di diritto bancario*, 2018, 5; D. MAFFEIS, *I debiti delle banche venete: interpretare un contratto che ha funzione di legge*, in *Le Nuove leggi civili commentate*, 2018, 994; M. RISPOLI FARINA, *La soluzione della crisi del Monte Paschi di Siena e delle banche venete nell'ambito della procedura di risanamento e risoluzione delle banche italiane. Uno sguardo di insieme*, in *Studi senesi*, 2018, 449.

²⁴ In argomento, senza pretesa di esaustività, almeno, F. SALERNO, *La «liquidazione ordinata» delle banche in crisi*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 2021, 305; V. D. GESMUNDO, *L'insolvenza bancaria al tempo dell'Unione*, in *Giur. Comm.*, 2020, 1207; A. RIZZI, *La disciplina dell'amministrazione straordinaria nella sistematica della riforma della crisi d'impresa e del diritto concorsuale*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2020, 1267; E. MINERVINI, *Il diritto all'indennizzo degli ex azionisti del Banco di Napoli, S.p.A.*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 2020, 803; L. SCIPIONE, *Aiuti di Stato, crisi bancarie e ruolo dei Fondi di garanzia dei*

esperienze concrete di risoluzione bancaria applicate nel nostro Paese, proprio la valutazione circa l'impossibilità di perseguire i medesimi interessi, nella stessa misura, attraverso la liquidazione coatta amministrativa, è stata centrale nei molti giudizi che sono stati proposti innanzi il giudice amministrativo (eppoi, le Corti europee e la Cassazione).

Per quanto nella letteratura la liquidazione coatta amministrativa bancaria venga sempre qualificata come funzionale all'interesse pubblico, è raro trovarne una specificazione. Dalla prospettiva *no creditor worse off clause*, invece, è assai più agevole individuare i profili di interesse pubblico rilevanti, anche tenendo in considerazione il fatto che, innanzi a gravi irregolarità, la Banca d'Italia potrà disporre il commissariamento dell'intermediario e non la sua liquidazione. Conseguentemente, l'interesse pubblico che sostiene la liquidazione – il cui risultato è la dissoluzione dell'impresa con un effetto sui creditori migliore rispetto alla risoluzione bancaria – sarà quello all'ordinato sviluppo del mercato dei servizi bancari e la conseguente garanzia del diritto costituzionale al risparmio ed investimento (art. 47 Cost.), anche nella prospettiva dei depositanti. Infatti, nessun altro profilo di pubblico interesse alla prosecuzione dell'attività sarà perseguibile in questo caso – giacché altrimenti sarebbe stata possibile la risoluzione.

depositanti, in *Giur. Comm.*, 2020, 184; I. DONATI, *Crisi d'impresa e diritto di proprietà. Dalla responsabilità patrimoniale all'assenza di pregiudizio*, in *Riv. Soc.*, 2020, 164; M. CLARICH, *La disciplina del settore bancario in Italia: dalla legge bancaria del 1936 all'Unione bancaria europea*, in *Giur. Comm.*, 2019, 32; F. GHEZZI, M. BOTTA, *Standard di valutazione, interessi nazionali ed operazioni di concentrazione in Europa e negli Stati membri, tra spinte centrifughe ed effetti di spill-over*, in *Riv. Soc.*, 2018, 1047; S. AMOROSINO, *I modelli ricostruttivi dell'ordinamento amministrativo delle banche: dal mercato "chiuso" alla regulation unica europea*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 2016, per il quale «Banca d'Italia faceva ricorso ad un ampio strumentario di atti e procedimenti amministrativi» ed il «fondamento di tutti i poteri era l'interesse pubblico alla stabilità e funzionalità del mercato bancario, da perseguirsi "governando" gli ingressi ed indirizzandone gli sviluppi, vigilando sulla sana e prudente gestione degli istituti e gestendo le eventuali situazioni di crisi», con proposta che unifica i profili di pubblico interesse – a mio modo di vedere, operazione non sempre agevole se si comprenda la messa in liquidazione della banca; e R. LENER, *Bail-in bancario e depositi bancari fra procedure concorsuali e regole di collegamento degli strumenti azionari*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 2016, 287.

3.3.2. Più agevole, invece, il compito in relazione all'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, che ha «finalità conservative del patrimonio produttivo, mediante prosecuzione, riattivazione o riconversione delle attività imprenditoriali» (art.1, decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270)²⁵.

3.3.2.1. Come più che noto, si tratta di un meccanismo introdotto dal decreto legge 30 gennaio 1979, n. 26 (“Legge Prodi”), per evitare il fallimento di imprese di rilevante interesse pubblico²⁶.

²⁵ Per l'inquadramento, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, a cura di Costa, Torino, Utet, 2008; E.F. RICCI, *Procedure liquidatorie, procedure conservative e tecniche di individuazione del patrimonio (a proposito di 'ristrutturazione' nella nuova amministrazione straordinaria)*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2001, 1, 35; A. CASTAGNOLA, R. SACCHI, *La nuova disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi in stato di insolvenza*, Torino, 2000; M. BIANCA, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza dopo il d.lg. 12 settembre 2007, n. 169*, Torino, Utet, 2008; 1 A. ROSSI, *Il programma nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2001, III, 356; E. STASI, V. ZANICHELLI, “Grandi procedure” non solo per le grandi imprese, Milano, Ipsoa, 2010; R. MARTINO, M. MONTANARI, *La nuova amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi: il dibattito continua*, in *Giustizia Civile*, II, 115; V. NAPOLEONI, *Amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza: i chiaroscuri della riforma*, in *Nuove leggi civili commentate*, I, 1999, 112; A. DANOVÌ, C. MONTANARO, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza: primi spunti di verifica empirica*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2010, 245; A. MELUCCO, *L'amministrazione straordinaria*, in *Trattato di diritto delle procedure concorsuali*, Torino, 2001, 776; E. FRASCAROLI SANTI, *Il diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, Padova, 2012; A. RIZZI, *La disciplina dell'amministrazione straordinaria nella sistematica della riforma della crisi d'impresa e del diritto concorsuale*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2020, 1267;

²⁶ Di nuovo senza pretesa di esaustività, V. COLESANTI, A. MAFFEI ALBERTI, P. SCHLESINGER, *Provvedimenti urgenti per l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, in *Nuove leggi civili commentate*, 1979, 705; G. ALESSI, *La crisi dell'amministrazione straordinaria*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1982, I, 449; G. MINERVINI, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1979, 617; G. MILLOZZA, *La crisi dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, in *Diritto fallimentare*, 1981, 276; A. BONSIGNORI, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, Padova, 1980; A. GAMBINO, *Profili dell'esercizio dell'impresa nelle procedure concorsuali alla luce della disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1980, I, 559; ID., *Gli interessi coinvolti nella crisi dell'impresa*, in *Fallimento*, 1982, 386; G. OPPO, *Profilo sistematico*

Nata come strumento temporaneo ed eccezionale, è stata oggetto nel tempo di varie critiche sul versante della violazione delle norme dell'Unione in materia di aiuti di Stato²⁷, sicché è stata modificata dal d. lgs. 8 luglio 1999, n. 270, con drastica riduzione della durata, previsioni dirette a conseguire la celere individuazione di un nuovo assetto imprenditoriale ed il potenziamento della tutela dei creditori²⁸. Singole riforme²⁹ sono state approvate per le procedure con maggiore effetto industriale o sociale – come i casi Parmalat, Alitalia, ILVA (30).

dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, in *Rivista di diritto civile*, 1981, I, 233; ID., *Sistematica dell'amministrazione straordinaria e l.* 1982, n. 119, in *Rivista di diritto civile*, 1982, II, 478; P. GUERRA, *Sulla tutela dei creditori nella procedura di amministrazione straordinaria*, in *Rivista delle società*, 1982, 107; G. TARZIA, *I creditori nell'amministrazione straordinaria*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1982, I, 727.

²⁷ Si veda la nota sentenza *Ecotrade*, Corte di Giustizia CE, 1 dicembre 1998, C-200/97, sulla quale, tra i molti, C. BISCARETTI DI RUFFIA, *Compatibilità dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza con l'ordinamento comunitario*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2005, 485; P. DE CESARI, G. MONTELLA, *Il nuovo diritto europeo della crisi d'impresa*, Torino, 2017. Si veda, comunque, anche Corte costituzionale, 21 aprile 2006, n. 172, in *Foro italiano*, 2006, I, 1638.

²⁸ Sulla relazione tra queste discipline speciali e disciplina ordinaria, A. JORIO, *Riflettendo sul pensiero di Francesco Vassalli e sull'imperscrutabile futuro per le soluzioni concordate delle crisi d'impresa*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2021, 1025 (ma già ID., *Le crisi d'impresa. Il Fallimento*, in *Trattato di diritto privato*, cit.) e A. RIZZI, *La disciplina dell'amministrazione straordinaria nella sistematica della riforma della crisi d'impresa e del diritto concorsuale*, *ivi*, 2020, 1267; più recentemente, N. ABRIANI, *La crisi dei gruppi di imprese tra composizione negoziata e Codice della crisi*, in *Rivista di diritto commerciale*, 2022, 391.

²⁹ Più in generale, su alcuni profili problematici e meritevoli di riforma (come le procedure di allerta o quelle di concordato) *Le proposte per una riforma della legge fallimentare. Un dibattito dedicato a Franco Bonelli*, in M. ARATO e G. DOMENICHINI (a cura di), Milano, 2017.

³⁰ Per la crisi Parmalat è stato adottato il d.l. 27 dicembre 2003, n. 347, convertito nella legge l. 18 febbraio 2004, n. 39 e modificato dal d.l. 3 maggio 2004, n. 119, a sua volta convertito nella legge l. 5 luglio 2004, n. 166 e, successivamente, dal d.l. 28 febbraio 2005, n. 22., convertito nella legge l. 29 aprile 2005, n. 71; quanto ad Alitalia è intervenuto il d.l. 28 agosto 2008, n. 134, convertito nella legge l. 27.10.2008, n. 166. Le procedure attualmente in corso sono elencate alle pagine https://www.mise.gov.it/images/stories/documenti/2021_DICEMBRE_270_solo_grafico.pdf e https://www.mise.gov.it/images/stories/documenti/2021_DICEMBRE_347_solo_grafico.pdf.

L'influenza delle decisioni politiche del Governo è enorme, stante che le procedure avvengono con direzione e controllo del Ministero dello Sviluppo Economico e sono qualificate «*strumento di politica industriale*».

Il ricorso a questa procedura richiede la verifica delle condizioni di ammissibilità – relative al numero dei dipendenti ed all'entità dell'indebitamento – e della concretezza delle prospettive di riequilibrio economico – che saranno realizzate con cessione di complessi aziendali, sulla base di un programma di prosecuzione dell'attività della durata di un anno; la ristrutturazione economica e finanziaria sulla base di un programma di risanamento della durata di due anni; cessione di beni e contratti sulla base di un programma di prosecuzione dell'esercizio dell'impresa di durata di un anno (estensibile a quattro) per le imprese che operano nel settore dei servizi pubblici essenziali. La corte fallimentare partecipa ad alcune fasi della procedura, ad esempio dichiarando l'insolvenza con sentenza e nominando di un commissario giudiziale³¹ che trasmette al Ministero dello Sviluppo Economico una relazione sulle cause della crisi e sulle prospettive di riequilibrio economico; su parere del Ministero dello Sviluppo Economico il Tribunale ammette o meno l'impesa all'amministrazione straordinaria. Se l'impresa è ammessa spetta al Ministero dello Sviluppo Economico la nomina di commissari cui spetta la gestione dell'impresa, aggiornando il Ministero dello Sviluppo Economico della loro attività e chiedendo al Ministero l'approvazione del programma e l'autorizzazione al compimento degli atti diretti a realizzare il programma o che ne costituiscono il presupposto.

Tuttavia, non sempre è richiesto l'intervento del Tribunale, stante che nelle ipotesi regolate dal decreto legge 23 dicembre 2003, n. 347 la procedura può essere avviata dal Ministero dello Sviluppo Economico e la dichiarazione di insolvenza da parte del Tribunale potrà intervenire anche successivamente.

³¹ Nomine che nel passato hanno dato adito a numerose critiche, rendendo necessaria l'emanazione di regole. Sugli attuali sui criteri di nomina dei commissari cfr. Ministero per lo Sviluppo Economico, *Direttiva sugli Organi delle Amministrazioni Straordinarie*, 13 maggio 2021, consultabile in https://www.mise.gov.it/images/stories/normativa/Direttiva_organ_i_amministrazioni_straordinarie_13_05_2021.pdf.

In ogni caso, solo dopo l'autorizzazione del Ministero dello Sviluppo Economico i commissari straordinari trasmettono il programma al Tribunale, segnalando se esso contenga notizie o previsioni specifiche la cui divulgazione potrebbe pregiudicare l'attuazione. Il giudice delegato dispone il deposito in cancelleria del programma con esclusione delle parti "riservate". Anche le relazioni periodiche vengono trasmesse dai commissari prima al Ministero dello Sviluppo Economico e successivamente depositate in cancelleria. Il ruolo del giudice delegato nella fase amministrativa dell'amministrazione straordinaria (pertanto se e fino a quando non venga dichiarato il fallimento della grande impresa) è molto limitato: alla formazione dello stato passivo (in relazione a ciascun credito i commissari straordinari rilasciano la loro proposta di ammissione o meno); all'emissione dell'ordine di deposito in cancelleria del progetto di riparto; all'autorizzazione alla distribuzione dell'attivo; all'individuazione delle parti del programma autorizzato dal Ministero dello Sviluppo Economico da segretare perché riservate. Poteri estremamente limitati, dato che autorizzazione e verifica della corretta implementazione del programma sono totalmente sottratti alla sfera del giudice delegato.

Sulla base delle norme di legge, quindi, possono – in via puramente interpretativa – identificarsi profili del pubblico interesse, ma questo non è chiaramente identificato. Sembra, quindi, utile cercare elementi di orientamento nella prassi.

3.3.2.2. Da questo punto di vista, sembra significativo il contrasto tra giudici delegati e commissari straordinari nella procedura di amministrazione straordinaria Alitalia del 2008. Esprimendosi sulle relazioni semestrali, i giudici delegati del Tribunale di Roma, con provvedimento del 10 ottobre 2012, intervenivano – sulla base del «*potere-dovere di effettuare rilievi e/o sollecitare integrazioni*» – lamentando discontinuità ed inadeguatezze nella conduzione di azioni revocatorie e – in forza del «*potere-dovere di indirizzo procedurale*» – l'impostazione, differente da quella del precedente commissario straordinario, delle azioni di responsabilità, con conseguente invito ai commissari a relazionare sulle azioni revocatorie e di responsabilità, nonché a predisporre tempestivamente i piani di riparto e, nell'esercizio dei poteri del giudice delegato, sottrarre a segretezza le voci relative

alle azioni revocatorie. La tempestiva risposta dei commissari è prevalentemente concentrata sulla “de-giurisdizionalizzazione” della procedura, sicché i poteri di controllo spettano al Ministero dello Sviluppo Economico – attraverso il Comitato di Sorveglianza – e non all’autorità giurisdizionale; i commissari, elencate le competenze degli organi giudiziari e quelle del Ministero dello Sviluppo Economico, nella sostanza, respingono le richieste dei giudici delegati, considerandole indebite – sia pure relazionando sui temi cui quali il Tribunale aveva richiesto si facesse. A fronte dell’affermazione della natura sostanzialmente solo amministrativa – con occasionali e limitate competenze dell’autorità giurisdizionale – contenuta nella risposta dei commissari, il Tribunale pone in essere alcune osservazioni di particolare interesse.

Anzitutto, nel difendere il perimetro delle proprie ritenute competenze, è chiaro – anche se non esplicito – che queste sono affermate in capo ad un organo giurisdizionale – il giudice delegato – ma non connotano l’esercizio di funzione giurisdizionale. Esplicitamente, invece, le competenze in questione sono qualificate sulla base dei principi propri dell’attività amministrativa. Nel decreto dei giudici delegati del Tribunale di Roma del 21 dicembre 2012, infatti, espressamente si rimarca *«la necessità che il giudice delegato nelle procedure in oggetto fosse tenuto a compiere una sorta di controllo di legittimità formale e sostanziale circa il corretto andamento dell’amministrazione straordinaria nel suo progressivo iter procedurale, il quale deve sempre essere uniformato ai canoni di trasparenza ed ai valori costituzionali di imparzialità e buon andamento dell’amministrazione pubblica (art. 97 Cost.)»*. A prescindere dalle molte imprecisioni dell’affermazione (imparzialità e buon andamento sono regole e non valori, i commissari straordinari non sono amministrazione pubblica in senso soggettivo, il controllo di legittimità degli atti dell’amministrazione spetta al giudice amministrativo e quello dell’attività, nei limitatissimi casi in cui sopravvive, è previsto dalla legge), è chiara l’accettazione della natura solo amministrativa della procedura, con il tentativo del Tribunale di ricavare un ruolo di controllo di legalità. In ogni caso, il decreto, richiamate di nuovo le competenze del Tribunale, avverte l’esigenza di affermare che il *«potere del giudice ordinario assuma l’estensione più ampia possibile in tutte le materie ad esso riservate»* anche se ammette

«la rilevanza dell'interesse pubblico che giustifica la divergenza dagli schemi del fallimento, la posizione dei privati rispetto alle scelte gestionali rappresentate nel programma è generalmente di interesse legittimo (giurisdizione amministrativa)». Tuttavia, qualificando la natura della relazione semestrale, viene enfatizzato il ruolo del giudice nella funzione del controllo di legalità.

Se il contrasto appena riferito appare, chiaramente, significativo del contrasto tra organi dell'amministrazione straordinaria ed indicativo del rilievo dell'interesse pubblico, tuttavia, non consente di trarre indicazioni significative circa il suo contenuto. In altri termini, scontato il rilievo del pubblico interesse, non vengono forniti chiarimenti circa il suo contenuto.

3.3.2.3. A fronte degli scarsi risultati che si ottengono osservando la prassi, sembra utile verificare come la giurisprudenza abbia inteso il tema. È piuttosto agevole registrare una costante affermazione della ricorrenza dell'interesse pubblico in questa procedura e del suo primato a quello del ceto creditorio.

L'affermazione del primato del pubblico interesse, a detrimento di quello dei creditori, è costante e risalente³². Il profilo di interesse pubblico che viene fondamentalemente posto in luce è quello della conservazione delle imprese in amministrazione straordinaria ai fini del loro risanamento³³. La funzionalizzazione della procedura alla

³² Basterà ricordare la decisione di Corte appello Roma, 28 gennaio 1981 per la quale *«il nuovo istituto dell'amministrazione straordinaria è stato concepito in vista della possibilità di restituire, nel pubblico interesse, vitalità ed efficienza ad un gruppo di aziende»*, sicché l'interesse pubblico connota di sé l'intera procedura; poco dopo, Tribunale Roma, 3 novembre 1983, nel considerare manifestamente infondate le eccezioni di costituzionalità dell'intera legge 95/1979, affermava che *«l'esclusione del fallimento di imprese alla cui sorte sono collegati interessi collettivi, e la limitazione all'esercizio dei diritti dei creditori trovano adeguata giustificazione nell'interesse pubblico e negli aspetti di rilevante portata sociale concernenti l'occupazione, la produzione e l'indebitamento verso gli istituti previdenziali e le aziende di credito»* (sulle questioni di costituzionalità, però, si vedano anche Cass. civ. 6 febbraio 2013, n. 2782; Cass. civ. 18 marzo 2008, n. 7263; Cass. civ. 19 settembre 2006, n. 20259)

³³ Testualmente, T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 16 luglio 2004, n. 6998 che, in relazione alla gestione unitaria della crisi del gruppo e l'attrazione delle società controllate nella procedura della controllante, chiarisce *«che, stante l'interesse pubblico alla conservazione delle imprese in amministrazione straordinaria ai fini*

conservazione, risanamento e prosecuzione dell'impresa³⁴ – individuato come compito di interesse pubblico – è sempre affermato a fronte della possibilità, anche solo astratta, di conseguire un simile risultato, sicché ciò «*comporta l'applicazione di una disciplina peculiare, in cui l'eliminazione dell'impresa dal mercato o il suo recupero sono gestiti direttamente in sede amministrativa, in considerazione della particolare rilevanza della sua attività sotto il profilo collettivo*»³⁵, sicché la stessa disciplina fallimentare è derogata «*alla luce dell'interesse pubblico sotteso all'amministrazione straordinaria, che prevale sull'interesse del ceto creditorio*»³⁶. Una volta individuato il profilo di interesse pubblico nella prosecuzione dell'impresa, come obiettivo in grado di garantire strumentalmente una platea di profili di pubblico interesse, la giurisprudenza trova spazio per ridurne il rilievo nelle vicende nelle quali la continuazione dell'attività viene esclusa, sicché si risapandrebbe la pretesa dei creditori altrimenti subordinata al pubblico interesse³⁷. Nella sostanza, la giurisprudenza

del loro risanamento, v'è l'evidente e non smentita necessità di non disperdere il valore economico sotteso al Gruppo, non realizzabile efficacemente senza un'unica procedura concorsuale ed una gestione unitaria di tutte e di ciascuna impresa di questo, indipendentemente dal fatto delle dimensioni delle imprese "figlie"».

³⁴ Per Consiglio di Stato, sez. VI, 27 dicembre 2011, n. 6825 gli specifici poteri gestori dell'impresa e dei beni dell'imprenditore insolvente sono assicurati ai commissari «*per il fine di interesse pubblico inerente alla conservazione del patrimonio produttivo, mediante prosecuzione, riattivazione o riconversione delle attività imprenditoriali*».

³⁵ Cassazione civile, sez. I, 27 dicembre 2005, n. 28774.

³⁶ *Ibidem*, Cassazione civile, sez. I, 27 dicembre 2005, n. 28774.

³⁷ Per la verità, Tribunale Piacenza, sez. fallimentare, 22 marzo 2013, sembra considerare che l'amministrazione straordinaria possa essere ordinata *solo* all'interesse pubblico per l'ipotesi della prosecuzione dell'attività, mentre – corrispondendone una maggiore ampiezza di poteri del Tribunale in sede di opposizione all'omologazione del concordato, con valutazione di merito – «*nell'ipotesi in cui la procedura non sia volta alla conservazione dell'attività d'impresa ma all'eliminazione della stessa dal mercato*»; infatti, «*in considerazione della particolare rilevanza della prosecuzione dell'attività d'impresa sotto il profilo collettivo, risulta plausibile che l'interesse pubblico sotteso all'amministrazione straordinaria sia perseguito dall'Autorità amministrativa anche con il connesso sacrificio dei concorrenti interessi di creditori; qualora invece il perseguimento dell'interesse pubblico conduca a ritenere necessaria la liquidazione della società in amministrazione straordinaria, sembra ragionevole che il rilievo circa la corrispondenza della soluzione concordataria all'interesse pubblico non esaurisca il*

afferma la prevalenza del pubblico interesse, declinandolo lungo il crinale della conservazione dell'attività d'impresa, sostanzialmente identificando l'interesse pubblico con le «*finalità conservative del patrimonio produttivo, mediante prosecuzione, riattivazione o riconversione delle attività imprenditoriali*» (art.1, decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270); si tratta di un interesse prevalente rispetto a quello dei creditori dell'impresa, destinato semplicemente a soccombere – in tutto o in parte – rispetto ad esso, secondo buona parte della giurisprudenza del giudice ordinario³⁸ ovvero a dover essere bilanciato con quello pubblico, secondo il canone normalmente utilizzato dal giudice amministrativo.

La giurisprudenza, come frequentemente accade³⁹, si limita ad identificare in modo generico l'interesse pubblico richiamandosi direttamente al testo della legge, senza declinarlo dettagliatamente.

novero degli interessi che assumono rilevanza, dovendosi tener conto di quelli espressi dai creditori concorrenti mediante le formali opposizioni all'omologazione giudiziale della proposta di concordato» - sicché l'affermazione sembra corretta solo a patto di considerare l'interesse pubblico, nelle procedure destinate alla prosecuzione dell'attività d'impresa, come luogo sintetico che contiene, pur in subordine, le pretese dei creditori da bilanciarsi con altri profili di immediata protezione pubblicistica.

³⁸ Tribunale Palermo sez. fallimentare, 5 aprile 2013, relativamente alla crisi della società AMIA S.p.A. in amministrazione straordinaria e di AMIA Essemme S.r.l., sicché il fine pubblico della conservazione dell'impresa nell'interesse dell'economia e della salvaguardia dei livelli occupazionali comporterebbe un bilanciamento dei distinti interessi coinvolti alla luce della netta prevalenza dell'interesse pubblico rispetto a quello dei creditori. Il fine conservativo dell'attività, infatti, differenzerebbe in maniera radicale il concordato straordinario dal concordato fallimentare, così imponendo di rendere applicabili le norme sul concordato fallimentare e quelle in tema di liquidazione coatta amministrativa soltanto in quanto compatibili. Secondo il Tribunale di Palermo, ciò autorizza la deroga al principio della *par condicio creditorum* e del rispetto delle cause legittime di prelazione, escludendosi che l'intero patrimonio del debitore possa essere destinato al soddisfacimento di tutti i creditori, giacché nell'ipotesi di concordato straordinario di ristrutturazione, ai creditori verrà destinata soltanto quella porzione di patrimonio del debitore che non risulti necessaria alla continuazione dell'attività di impresa. Secondo il Tribunale «*l'obiettivo della ristrutturazione legittimerebbe la sottrazione ai creditori di parte (anche consistente) del patrimonio dell'impresa debitrice*».

³⁹ Per un'aperta e più ragionata critica della giurisprudenza, sia consentito – anche per brevità – rinviare a L. R. PERFETTI, *Cerbero e la focaccia al miele. Ovvero dei pericoli del processo amministrativo e delle sue mancate evoluzioni*, in *Il Processo*, 2020, 429.

Tuttavia, una volta qualificato l'interesse pubblico come quello alla prosecuzione dell'impresa – dando rilievo a quello dei creditori in quanto non opposto a quello prevalente della continuazione dell'attività –, consente l'emersione di «*aspetti di rilevante portata sociale*» come «*l'occupazione, la produzione e l'indebitamento verso gli istituti previdenziali e le aziende di credito*»⁴⁰; si tratta di profili che non esauriscono la declinazione dell'interesse pubblico, che richiede la valorizzazione di profili ulteriori, come quelli relativi al corretto funzionamento del mercato, alla tutela dell'ambiente e del territorio.

3.3.2.4. Una più completa comprensione del rilievo dell'interesse pubblico deriva dalla meccanica indicata dalla legge. È a tutti noto come l'elemento centrale del dispositivo disegnato dalla legge sia quello dell'elaborazione ed approvazione del programma, che indichi le attività da proseguire e dismettere, le alienazioni di beni non funzionali e relative modalità, le previsioni economiche e finanziarie circa la prosecuzione dell'esercizio dell'impresa, le modalità con cui provvedere alla copertura del fabbisogno finanziario, inclusi finanziamenti o agevolazioni pubbliche, le previsioni di ricapitalizzazione e variazione degli assetti imprenditoriali, insieme a tempi e modalità di soddisfazione dei creditori. Il programma dovrà essere autorizzato, dal Ministero, sicché i profili di pubblico interesse oggetto dell'apprezzamento governativo debbono già esservi iscritti, sicché possano essere apprezzati ed approvati – con le conseguenze che le norme di cui agli artt. da 56 a 68 disciplinano. Salve le ipotesi di diversa chiusura della procedura, convertendosi in fallimento, le successive approvazioni ministeriali sono relative all'andamento dell'esecuzione del programma ed al suo compimento con l'approvazione del bilancio e delle relazioni richieste. Anche in questo caso – come per la *no creditor worse off clause* nella risoluzione bancaria – ulteriori elementi significativi per la determinazione dell'interesse pubblico derivano dalla comparazione con le ipotesi alternative; nel caso dell'amministrazione straordinaria, la conversione in fallimento si determina laddove risulti impossibile perseguire gli obiettivi del programma che, come tali sono strutturalmente ulteriori e

⁴⁰ Tribunale Roma, 3 novembre 1983.

diversi rispetto alla tutela del ceto creditorio – per ottenere la quale basterebbe il ricorso al fallimento.

3.3.3. Emerge, quindi, strutturalmente, dal meccanismo descritto dalle norme, il rilievo di interessi diversi da quelli dei creditori ed in particolare di interessi pubblici che possono essere, quindi, collegati a due distinti criteri.

In via *generale*, fondandosi sulle previsioni relative ai requisiti per il ricorso all'amministrazione straordinaria – vale a dire, entità della forza lavoro e dell'indebitamento nonché concretezza delle prospettive di riequilibrio economico – appare evidente e corretto il collegamento alla politica industriale ed alla tutela del lavoro e del mercato finanziario. Si tratta di funzioni che debbono essere lette in collegamento con la protezione di fondamentali diritti costituzionali (al lavoro – art. 4 Cost.; al risparmio – art. 47 Cost.; all'iniziativa economica, art. 41 Cost.), sicché la prosecuzione dell'impresa e gli atti autorizzativi governativi non possono essere giustificate in modo generico dall'essere «*strumento di politica industriale*»; piuttosto, le approvazioni ministeriali dovranno (pena la loro illegittimità) apprezzare gli elementi del piano che rendano il salvataggio dell'impresa coerente con questi diritti fondamentali. Non sussistono basi giuridiche, tantomeno costituzionali, per ritenere che le autorizzazioni e l'esercizio delle funzioni di vigilanza possano essere espressione di valutazioni puramente politiche o di larghissima discrezionalità⁴¹; piuttosto, si tratta di valutazioni discrezionali (e per largo tratto di discrezionalità tecnica) ampiamente sindacabili quanto alla coerenza del piano e, quindi, dell'autorizzazione, con la salvaguardia dei diritti fondamentali che la normativa segnatamente protegge attraverso la previsione dello strumento per conseguire «*finalità conservative del patrimonio produttivo, mediante prosecuzione, riattivazione o riconversione delle attività imprenditoriali*».

Inoltre, da un secondo e più *particolare* punto di vista, l'interesse pubblico da apprezzarsi in sede di approvazione governativa sarà

⁴¹ Come, invece, si ritiene per lo più; ad esempio, S. AMOROSINO, *I modelli ricostruttivi dell'ordinamento amministrativo delle banche: dal mercato "chiuso" alla regulation unica europea*, cit., 391.

collegato allo specifico campo di azione dell'impresa. Mi pare sussistano ragioni serie per ritenere che sia servizio pubblico l'attività d'impresa che – liberamente o perché soggetta a regolazione pubblicistica secondo le diverse regole contenute nell'art. 41 Cost. – produce beni o servizi funzionali al godimento di diritti fondamentali⁴². In questa prospettiva, la continuazione dell'impresa che produce simili beni o servizi è di interesse pubblico – e quest'interesse è caratteristico e specifico di determinate imprese e distinto da quello generale di cui s'è già detto. Allo stesso modo, profili ulteriormente specifici di interesse pubblico dipendenti dalla singola impresa potranno emergere dalla protezione di altri diritti fondamentali di rango costituzionale, come quelli alla salute o all'ambiente.

Come si vede, da un punto di vista normativo e dogmatico, non ci sono ragioni per ipotizzare un largo potere discrezionale – o, sostanzialmente, politico – del governo laddove eserciti funzioni e poteri previste dalla legge, giacché l'interesse pubblico non è affatto il parto di valutazioni esoteriche del singolo funzionario che, di tempo in tempo, assolve alle funzioni di Ministro.

3.3.4. Peculiare, invece, è la disciplina dell'amministrazione straordinaria in ambito bancario, giacché il presupposto fondamentale è quello della sussistenza – accertata da un'autorità amministrativa come Banca d'Italia – di «*gravi violazioni di disposizioni legislative, regolamentari o statutarie o gravi irregolarità nell'amministrazione ovvero quando il deterioramento della situazione della banca o del gruppo bancario sia particolarmente significativo*», oltre alla previsione di «*gravi perdite del patrimonio*» ed alla richiesta motivata da parte degli organi amministrativi ovvero dall'assemblea

⁴² Ho provato a teorizzare quest'interpretazione in *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, 2001 e l'ho ulteriormente articolata in lavori successivi, molti dei quali richiamati in *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, in *Diritto pubblico*, 2013, 61, sicché sia consentito il rinvio a questi lavori per una più soddisfacente dimostrazione di quanto nel testo.

straordinaria⁴³. La disciplina, non diversa da quella previgente⁴⁴, al netto di questioni minori rispetto al rilievo dei poteri pubblicistici⁴⁵, si indirizza in senso peculiare – quanto ai profili che qui interessano.

Non si fatica, infatti, a comprendere come l'interesse pubblico specifico sia quello alla regolarità della gestione dell'impresa bancaria, non solo quanto alla regolarità della sua azione ma, più significativamente, in merito all'essere «*particolarmente significativo*» il «*deterioramento della situazione della banca o del gruppo bancario*», con evidente allusione alla coerenza gestionale con la «*sana e prudente gestione*» da parte degli organi della banca, suscettibili di malgoverno per eccessiva conflittualità interna o asservimento ad altri interessi – di *stakeholder* o del tutto esterni all'intermediario⁴⁶. È stata da molti segnalata l'assenza di parametri che consentano di distinguere le perdite «*gravi*» da quelle «*eccezionalmente gravi*»⁴⁷; si tratta di un

⁴³ Per la compiuta indagine sull'istituto in questione, F. CAPRIGLIONE, *Commento all'art. 70*, in ID. (a cura di e con M. PELLEGRINI, M. SEPE e V. TROIANO) *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova, 2012, t. II, 858. Successivamente, C. CANALE, *L'accertamento dell'insolvenza delle banche alla luce della (nuova) disciplina europea sulla gestione delle crisi bancarie: ritorno alla tradizione tramite l'innovazione?*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2020, 275; G. FALCONE, «*Stato di dissesto*» e «*insolvenza*» nella liquidazione coatta amministrativa delle banche, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2019, 233; O. SOLINA, *I poteri del Mef nella procedura di "amministrazione straordinaria" delle banche*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2016, 263; L. SEMINARA, *Amministrazione straordinaria delle banche: condizioni e competenze delle Autorità creditizie*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2015, 289.

⁴⁴ In tal senso, A. NIGRO, *Amministrazione straordinaria delle banche e giurisprudenza amministrativa: qualcosa si muove?*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2001, 390 – ma si veda anche ID., *Amministrazione straordinaria delle banche e giurisprudenza amministrativa: ritorno al passato?*, *ivi*, 2003, 106.

⁴⁵ Come quello dei confini dell'applicabilità della legge generale sul procedimento amministrativo, sul quale, F. CAPRIGLIONE, *Commento all'art. 70*, cit., 867; più estesamente, a commento di Consiglio di Stato, sez. IV, 11 novembre 2010, n. 8016, A. MOLINTERNI, *Vigilanza creditizia e diritto amministrativo nella fase di avvio della procedura di amministrazione straordinaria delle banche*, in *Foro amm. CDS*, 2011, 1914.

⁴⁶ Su questi profili, F. CAPRIGLIONE, *Commento all'art. 70*, cit., 868; V. CERULLI IRELLI, *Crisi bancarie: i provvedimenti amministrativi e i loro effetti*, in M. T. CIRENEI e G. C. DE MARTIN (a cura di), *Il sistema creditizio nella prospettiva del Mercato Unico Europeo*, Milano, 1990, 165; M. ROSSI, *sub art. 70*, in *Commentario breve al Testo Unico Bancario*, in COSTI-VELLA (a cura di), Padova, 2019, 380.

⁴⁷ Ad esempio, G. BOCCUZZI, *La crisi dell'impresa bancaria*, Milano, 1998, 153.

elemento che certamente amplia la discrezionalità tecnica (non si vede per quale ragione debba essere, invece, come per lo più si fa, ritenuta amministrativa e per aggiunta, *lata*) di Banca d'Italia e del Ministero, ma non altera il profilo di riconoscibilità (e, quindi, sindacabilità) dell'interesse pubblico. Si tratta, come frequente, solo dell'utilizzo per via legislativa di clausole generali⁴⁸, cosa che peraltro avviene anche con riferimento alla previsione circa il «*deterioramento della situazione*» dell'intermediario, qualificandolo come «*particolarmente significativo*». Proprio per questo, proprio per ragione del fatto che il legislatore utilizza clausole generali per individuare il profilo di interesse pubblico rilevante che legittima l'esercizio di poteri amministrativi, se si vuole evitare che si trasformino in previsioni con compiti da *bonne à tout faire*, diviene di centrale importanza comprendere quali siano i profili di interesse pubblico cui il potere è funzionale, per renderne oggettivo⁴⁹ e sindacabile l'esercizio.

In questa prospettiva, l'elemento centrale è quello del contrasto con la sana e prudente gestione, posto in essere attraverso conflittualità degli organi (cui si accompagna ovvero alternativamente) funzionalizzazione delle decisioni ad interessi diversi da quelli propri dell'intermediario. Si tratta, quindi, di una disposizione che non si limita a garantire la stabilità finanziaria della banca o il rispetto delle norme di diritto obiettivo, ma che colpisce anche l'ipotesi della mancanza di buon governo dell'istituto. Ne riesce, allora, evidente la compressione dell'autonomia imprenditoriale e degli amministratori, conseguenza diretta del rilievo propriamente e direttamente giuridico degli interessi dei risparmiatori⁵⁰, degli investitori, del mercato, nella misura in cui questi – ricorrendo ai servizi bancari – pongono in essere atti e negozi funzionali al godimento di diritti (fondamentali, secondo

⁴⁸ Sulla relazione tra clausole generali e potere amministrativo, solo per brevità, sia permesso rinviare a L. R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. amm.*, 2013, 299 e, prima, ID., *Per una teoria delle clausole generali in relazione all'esercizio dei pubblici poteri. Il problema dell'equità*, in *Giur. It.*, 2012, III, 1213.

⁴⁹ Sul tema, per tutti, M. BELLAVISTA, *Oggettività giuridica dell'agire pubblico*, Padova, 2001, *passim*.

⁵⁰ VELLA, *Proposta di avvio della procedura di liquidazione coatta amministrativa nei confronti delle imprese bancarie e responsabilità degli organi di vigilanza*, in *Giur. It.*, 1990, 3, limita la «specificità degli strumenti di intervento dei salvataggi bancari a protezione dei risparmiatori».

il nostro ordinamento costituzionali) funzionali all'esercizio dell'impresa ovvero al soddisfacimento di diritti e pretese (alla casa, all'istruzione, al riposo, etc.) cui l'ordinamento appresta garanzie costituzionali ed ai quali la stessa protezione costituzionale del risparmio (art. 47 Cost.) è funzionale. La banca non è un'impresa qualsiasi⁵¹, che possa essere mal gestita perché soci o amministratori, finché non violano norme di legge, possono darsi battaglia per il suo governo anche a costo di peggiorare la produzione (di servizi, nel caso) o la remuneratività; la banca amministra denaro altrui, svolge una funzione essenziale nel processo economico, finanzia imprese o acquisti di beni, in altri termini, è il luogo nel quale esercitando i diritti di cui all'art. 47 Cost. si ottengono le condizioni concrete per il godimento di diritti fondamentali. Per questa ragione, per queste ragioni di pubblico interesse, può essere collocata in amministrazione straordinaria, anche in assenza di gravi perdite, se si mostra che i suoi soci (in assemblea) o amministratori non conducano l'impresa secondo la funzione che gli è consustanzialmente propria. Lo scopo, quindi, come correttamente indicato, quello del «*risanamento dell'ente creditizio*»⁵², il che spiega l'ampiezza dei poteri degli organi di amministrazione straordinaria.

3.3.5. L'indagine risulterebbe incompleta se non facesse cenno alle procedure introdotte dalla direttiva 2014/59/UE (*Bank Recovery and Resolution Directive* o Brrd)⁵³. Gli istituti che ne sono derivati in tema

⁵¹ Per una condivisibile impostazione del tema, R. CALDERAZZI, *La funzione dell'organizzazione nell'impresa bancaria*, in *Persona e amministrazione*, IV (2019), 261 – ma anche ID., *La funzione organizzativa del capitale nell'impresa bancaria*, Torino, 2020.

⁵² F. CAPRIGLIONE, *Commento all'art. 72*, in ID. (a cura di e con M. PELLEGRINI, M. SEPE e V. TROIANO) *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, cit., 889.

⁵³ Senza alcuna pretesa di esaustività, né lo spazio per discutere le tesi sostenute, B. WESSELS, M. HAENTJENS, *Research Handbook on Cross-Border Bank Resolution*, Cheltenham, Elgar, 2019; M. DE POLI, *Fundamentals of European Banking Law*, Padova, 2018; D. ROSSANO, *La nuova regolazione delle crisi bancarie*, Milano, 2017; G. BOCCUZZI, *Il regime speciale della risoluzione bancaria. Obiettivi e strumenti*, Bari, Cacucci, 2018; ID., *The European Banking Union, Supervision and Resolution*, London, Palgrave Macmillan, 2016; E. RULLI, *Contributo allo studio della disciplina della risoluzione bancaria. L'armonizzazione europea del diritto delle crisi bancarie*, Torino, 2017; F. CAPRIGLIONE, *Crisi bancarie e crisi di sistema. Il caso Italia*, in

di *resolvability* sono molto noti ed indagati e le procedure di risoluzione effettivamente implementate hanno consentito l'emersione dei problemi e degli strumenti per superarli. Non serve al nostro discorso entrare dettagliatamente nel merito di questi elementi⁵⁴. Come tutti sanno, sottoporre una banca a risoluzione significa avviare un processo di ristrutturazione gestito da autorità indipendenti diretto ad assicurare la continuità nella prestazione dei servizi essenziali offerti dalla banca, ripristinare condizioni di sostenibilità economica della porzione d'impresa risolta attraverso gli enti di risoluzione e liquidarne la restante parte, allo scopo di salvaguardare la stabilità sistemica, proteggere i clienti, assicurare la continuità dei servizi finanziari essenziali. I profili di interesse pubblico sono, quindi, gli stessi dell'amministrazione straordinaria; per quanto le due fattispecie siano distinte e diverse le procedure, gli scopi che l'esercizio del potere intende raggiungere hanno la medesima sostanza.

3.3.6. L'osservazione relativa all'amministrazione straordinaria bancaria ed alle procedure di risoluzione secondo le norme Brrd è utile per le considerazioni che legittima circa l'efficacia dell'intervento pubblico. Non può non notarsi come nelle procedure speciali che riguardano il mercato bancario, il ruolo della giurisdizione sia sostanzialmente assente (se non per il profilo della ricorribilità delle

Federalismi.it, 2020, 6, 1; S. CASSESE, *La nuova architettura finanziaria europea*, in *Dal testo unico bancario all'Unione bancaria: tecniche normative e allocazione dei poteri*, in *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia*, Roma, marzo 2014, 19; A. NIGRO, *Il nuovo ordinamento bancario e finanziario europeo: aspetti generali*, in *Giur. Comm.*, 2018, 181; E. CECCHINATO, *L'amministrazione straordinaria delle banche tra vigilanza prudenziale e gestione della crisi*, in *Riv. diritto bancario*, 2021, II, 303; L. SALTARI, *Che resta delle strutture tecniche nell'amministrazione italiana?*, in *Riv. Trim. Dir. Pub.*, 2019, 249; O. CAPOLINO, *The Single Resolution Mechanism: Authorities and Proceedings*, in CHITI-SANTORO (a cura di), *The Palgrave Handbook of European Banking Union Law*, Cham, Palgrave Macmillan, 2019, 254.

⁵⁴ In capo a chi scrive, essendosi direttamente occupato di codeste procedure sia in sede stragiudiziale che giudiziale, ricorrono anche stringenti doveri di riservatezza, sicché nel testo si analizza il tema solo ed esclusivamente nella prospettiva della spiegazione dell'interpretazione generale che si propone rispetto ai vari istituti concernenti le crisi d'impresa.

decisioni pubbliche, come per ogni provvedimento amministrativo)⁵⁵, a differenza delle procedure ordinarie, e, tuttavia, il grado di efficienza ed efficacia (sia sul versante procedurale che di conseguimento del risultato), nonché di resistenza rispetto ad alterazioni derivanti da pressioni di natura politica sia estremamente più elevato, quasi incomparabile. Pur nell'assenza di poteri in capo ad un'autorità terza rispetto al Governo, come la giurisdizione, si avverte un'influenza politica nettamente inferiore. La ragione è da individuare nel ruolo istituzionale e nella competenza tecnica delle banche centrali, autorità indipendenti che sono in grado di resistere alle influenze governative. Se, quindi, si dovesse indicare un'ipotesi di revisione dell'amministrazione straordinaria nei settori ordinari, si dovrebbe pensare esattamente all'assegnazione delle competenze governative ad agenzie pubbliche indipendenti dal Governo.

3.4. *Il primato del legislatore*

Vi sono, poi, sul versante opposto, casi nei quali l'intervento del legislatore – normalmente in via d'emergenza e derogatorio rispetto alle procedure ordinarie – ha avuto la funzione di gestire e risolvere la crisi dell'impresa. Si tratta di ipotesi nelle quali non intervengono né l'accordo tra i privati, né la giurisdizione, né l'amministrazione. Il legislatore direttamente, attraverso la legge – e gli eventuali organi straordinari che la legge prevede – risolvono la crisi di impresa.

L'ipotesi che si intende porre in luce è di particolare rilievo perché costituisce una serissima alterazione dello Stato-di-diritto, con il risultato di sottrarre tutela giurisdizionale, creare strutturali disuguaglianze di trattamento, alterare il funzionamento del mercato, rendere complessa la determinazione dell'interesse pubblico.

Si tratta, eminentemente, di crisi bancarie – o di grandi imprese di preminente interesse nazionale. Sul versante delle crisi bancarie, per le quali sono previste procedure ordinarie (per quanto differenziate rispetto alle normali imprese commerciali), si è assistito frequentemente all'intervento del Governo – con decreti legge – e del

⁵⁵ Specificamente, F. DIMICHINA, *Brevi considerazioni sul tema del sindacato del giudice amministrativo sugli atti della Banca d'Italia*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, VIII (2021), 473.

Parlamento – in sede di conversione in legge – con leggi *ad hoc* (o *tailor made*) che introducono misure di salvataggio dirette a sottrarre l'impresa bancaria alla crisi. Come tutte le leggi *tailor made*⁵⁶, si tratta di norme di dubbia legittimità costituzionale, che limitano la difesa giurisdizionale e sono molto sospette sul versante del rispetto della regola dell'uguaglianza di fronte alla legge⁵⁷.

In realtà, questi interventi del legislatore sono da riferire ad iniziative del Governo. Come osservato, si tratta normalmente di decreti legge (poi convertiti in legge). Inoltre, queste norme assegnano compiti a soggetti pubblici (tipicamente la Cassa depositi e prestiti)⁵⁸ o privati con i quali il Governo stesso ha raggiunto accordi di massima. Conviene fornire degli esempi, per comprendere a fondo questo dispositivo giuridico⁵⁹.

Un primo caso è quello del fondo Atlante I⁶⁰, che ha visto l'intervento di Cassa depositi e prestiti e della Società di Gestione delle Attività S.p.A., interamente partecipata dal Governo (attraverso il Ministero delle Finanze). Il fondo ha assunto il ruolo di sottoscrittore di ultima istanza delle nuove azioni non sottoscritte emesse negli aumenti di capitale necessari per il salvataggio di Banca Popolare di Vicenza e Veneto Banca – con un successivo fondo, Atlante II, si è avuta la sottoscrizione di titoli junior e mezzanine emessi nell'ambito delle operazioni di cartolarizzazione, per i quali non era possibile concedere garanzie pubbliche, sicché si è intervenuti – per sostenere il mercato delle cartolarizzazioni dei crediti deteriorati – con il decreto legge 14

⁵⁶ Per maggiori indicazioni, sia consentito rinviare a L. R. PERFETTI, *Massnahmevorschriften and Emergency powers in contemporary Public Law*, in *The Lawyer Quarterly*, X (n. 1/2020), 23.

⁵⁷ Per maggiori indicazioni, sia consentito rinviare a L. R. PERFETTI, *Legge-provvedimento, emergenza e giurisdizione*, in *Dir. proc. Amm.*, 2019, 1021.

⁵⁸ Per la Corte dei Conti (cfr., *Determinazione e relazione sul risultato del controllo eseguito sulla gestione finanziaria di Cassa depositi e prestiti S.p.A. 2017*, determinazione del 5 febbraio 2019, n. 9, 56) «I risultati del 2017 ribadiscono il ruolo centrale e di promozione svolto dal Gruppo CdP a sostegno dell'economia italiana, ad ulteriore conferma della trasformazione della società in un vero e proprio strumento di politica industriale».

⁵⁹ Anche in questo caso si ricorrerà solo ad indicazioni da fonti pubbliche, che prescindono interamente dall'esperienza professionale dell'autore relativamente a queste procedure.

⁶⁰ Cfr., L. STANGHELLINI, *Tutela dell'impresa bancaria e tutela dei risparmiatori*, in *Banca impresa società*, 2018, 436.

febbraio 2016, n. 18. Questi interventi sono stati realizzati attraverso norme di legge ed azioni concrete che non sono state poste in essere né dall'amministrazione né dal giudice, anche se la regia complessiva era indubitabilmente del Governo. Gli scopi – di interesse pubblico – erano garantire stabilità e competitività del sistema bancario, tutelare i depositanti, prevenire l'impatto sui piccoli risparmiatori dell'applicazione del *bail-in* ed, infine, non determinare effetti dannosi sul sistema delle imprese locali. Solo successivamente – e sempre con norme *ad hoc*, come il decreto legge 25 giugno 2017, n. 99 – Banca d'Italia ha avviato una procedura di liquidazione coatta amministrativa delle due banche, con continuazione dell'esercizio dell'impresa attraverso la cessione dell'azienda bancaria e l'acquisto dei crediti deteriorati da parte di una società interamente partecipata dal Governo.

Anche nel caso della crisi del Monte dei Paschi di Siena è intervenuto direttamente il legislatore – con il decreto legge 23 dicembre 2016, n. 237 – assegnando compiti ad alcune strutture dello Stato o ad esso direttamente riconducibili, perché fornissero garanzia statale su passività di nuova emissione e su operazioni di erogazione di liquidità di emergenza effettuate dalla Banca d'Italia nonché di acquisto o sottoscrizione di azioni di nuova emissione per la ricapitalizzazione precauzionale della banca.

Ancora più evidente è il caso di Banca Carige S.p.A., per la quale si è intervenuti con il decreto legge 8 gennaio 2019, n. 1. Anche in questo caso si tratta di una legge *ad hoc*. Anche in questo caso, il Governo, attraverso legge, ha previsto la concessione della garanzia dello Stato sulle passività di nuova emissione e sui finanziamenti erogati da Banca d'Italia, nonché sottoscrizione di nuove azioni o acquisto da parte del Governo (Ministero delle Finanze) per il rafforzamento patrimoniale della banca.

Anche quanto a Banca popolare di Bari⁶¹, a fronte della crisi bancaria avviata con il commissariamento degli organi della banca da parte di Banca d'Italia per gravi irregolarità, il Governo è intervenuto attraverso strumenti legislativi, con il decreto legge 16 dicembre 2019, n. 142. Anche in questo caso la legge impegna società interamente

⁶¹ Per taluni profili rilevanti, E. CECCHINATO, *L'amministrazione straordinaria delle banche tra vigilanza prudenziale e gestione della crisi*, in *Riv. dir. banc.*, 2021, sez. II, 304.

partecipate dallo Stato⁶² ad assumere il compito di rilanciare Banca Popolare di Bari ed acquisirne azioni.

In tutti questi casi, il coinvolgimento dell'amministrazione o della giurisdizione è solo eventuale se non assente. Tuttavia, l'intera operazione è sotto la regia del Governo, e si realizza attraverso società interamente partecipate dal Governo stesso.

Le ragioni di pubblico interesse espressamente individuate dal Governo e dalle società a controllo pubblico coinvolte, sono la tutela dei risparmiatori, del mercato, del sistema bancario e di quello imprenditoriale locale – vale a dire interessi di un pubblico stakeholder dell'impresa assai più ampio dei soli creditori⁶³.

4. Conclusioni sull'interesse pubblico nelle crisi di impresa

Alla luce delle considerazioni che si sono fin qui condotte, si possono trarre alcune conclusioni rispetto ai problemi che ci s'è posti in apertura. Anzitutto, come è agevole considerare alla luce della previsione di cui all'art. 41 Cost., l'impresa costituisce un'organizzazione che concentra vari profili di rilievo giuridico, alcuni dei quali pubblici. La complessità dell'organizzazione e delle relazioni che dà vita l'impresa, non sono irrilevanti per l'interesse pubblico, sicché essa potrà essere avviata e condotta nel rispetto di limiti pubblicistici (art. 41 Cost., co. 1 e co. 2) ovvero essere sottoposta ad una disciplina, anche fitta, diretta a procurare il conseguimento di fini sociali (art. 41 Cost., co. 3)⁶⁴; è, quindi, fatale che la sua estinzione abbia rilievo per quegli stessi interessi pubblici che ne hanno interessato il suo nascere ed agire ordinario. In questa prospettiva, non sembra ragionevole escludere il rilievo dell'interesse pubblico rispetto alle vicende di crisi ed estinzione dell'impresa.

⁶² Come Banca del Mezzogiorno MedioCredito Centrale S.p.A., interamente partecipata da Invitalia S.p.A., di proprietà del Ministero dell'Economia.

⁶³ Su tutti questi aspetti, si può leggere la rassegna di G. MULAZZANI, *La regolazione dell'attività bancaria tra interesse pubblico e logiche del mercato in Il diritto dell'economia*, 2020, 421.

⁶⁴ Per una più dettagliata discussione dei problemi e delle opinioni, sia consentito per brevità rinviare a L. R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, cit. (particolarmente il capitolo III).

Tuttavia, se il regime ordinario di costituzione ed esercizio dell'impresa non esclude mai il rilievo di interessi pubblici, per la più parte delle ipotesi essi saranno definiti interamente dalla norma (art. 41 Cost., co. 1 e co. 2), sicché basterà che l'esercizio della libertà economica non vi contrasti e sia, conseguentemente, autorizzato. Così come gli atti di consenso all'avvio e conduzione dell'attività economica si confrontano con un interesse pubblico chiaramente individuato e dettagliato dalle norme, sicché il potere si esprime ordinariamente attraverso atti a limitata discrezionalità (autorizzazioni, nulla osta, e simili), allo stesso modo, rispetto alla crisi che conduce alla liquidazione giudiziale o concordato il pubblico interesse è interamente definito dall'ordinamento obiettivo ed appare corretto ed efficiente che la sua garanzia spetti interamente alla funzione giurisdizionale; altro è che le procedure concorsuali per come definite dalla legge ed applicate in concreto siano effettivamente adeguate e concretamente efficienti – si tratta solo di un problema di tecnica normativa, che non rileva rispetto al nostro problema.

Nell'esercizio della libertà economica, tuttavia, l'operatore economico può dar corso alla produzione di beni e servizi che costituiscono strumenti essenziali – in via diretta o indiretta (come la tutela del risparmio) – per il godimento di diritti fondamentali, ovvero che li intacchino direttamente (si pensi alle imprese inquinanti). In questa prospettiva, la dissoluzione di una simile impresa è rilevante per l'interesse pubblico sotto una molteplicità di profili e, soprattutto, è concreto l'interesse ad evitarne la cessazione attraverso risanamento o risoluzione della crisi. Poiché le banche appartengono per definizione al novero di codeste imprese, si comprende facilmente la loro esclusione dalle procedure ordinarie, fissata per via legislativa. I dati sistematici sono piuttosto chiaramente in questa prospettiva.

Tuttavia, proprio il rilievo di queste imprese non solo per l'interesse pubblico ma, non di rado, per interessi che si rappresentano politicamente negli organi di Governo, l'osservazione della prassi consente di sottolineare chiaramente come il perseguimento dell'interesse pubblico avvenga in modo più efficace ed imparziale quando l'amministrazione sia (come nel caso di Banca d'Italia) un'autorità indipendente (dal Governo).

Non sembra seriamente discutibile, infine, il fatto che per il corretto perseguimento degli interessi pubblici sia necessario distinguere tra

politica e discrezionalità amministrativa. Infatti, proprio perché l'ordinamento prevede procedure funzionali al pubblico interesse e condotte da autorità indipendenti, negli ultimi anni si registra una tendenza del Governo ad aggirarle, attraverso una gestione delle crisi bancarie condotta tutta per via legislativa.

In conclusione, quindi, non è disagevole osservare che a fronte del maggior rilievo dell'attività dell'impresa per il pubblico interesse si assisterà ad un passaggio di competenza dalla giurisdizione all'amministrazione ed, al tempo stesso, rivelandosi una tensione tra l'imparzialità ed oggettività (art. 97 Cost.) dell'amministrazione e l'aspirazione della politica ad incidere sui processi di soluzione delle crisi, rispetto ai quali è agevole denunciare intollerabili stortura (la gestione della crisi per via legislativa) ed indicare soluzioni preferibili (la gestione da parte di autorità indipendenti).