

STUDI  
E DISCUSSIONI  
SUL DIRITTO  
DELL'IMPRESA

2/2010

# ANALISI GIURIDICA DELL'ECONOMIA

IL RISCHIO D'IMPRESA  
PROFITTI PRIVATI E PUBBLICHE PERDITE

A CURA DI

CONCETTA BRESCIA MORRA, MARIO CERA,  
GIAN DOMENICO MOSCO



il Mulino

# Caso Alitalia e procedure concorsuali

---

## 1. PREMESSA

---

Alitalia – Linee aeree italiane S.p.A., caduta nel 2008 in stato di dissesto irreversibile, venne assoggettata alla procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza il 29 agosto 2008. Nell’ambito di tale procedura, il 12 dicembre 2008 la sua azienda venne ceduta dal commissario straordinario ad una società di nuova costituzione, Compagnia Aerea Italiana – CAI, nella quale poco dopo confluirono anche le attività di Air One, principale concorrente italiano di Alitalia.

In questo articolo si cercherà di collocare tale caso, per svariati aspetti peculiare, nel contesto generale della normativa in materia di insolvenza. Nella prima parte, pertanto, si analizzerà brevemente il ruolo della normativa sull’insolvenza nel sistema del diritto dell’impresa. Nella seconda parte si ripercorreranno le tappe e gli eventi che condussero all’insolvenza di Alitalia e alle successive scelte effettuate nell’ambito della procedura di amministrazione straordinaria cui essa fu sottoposta. Nella terza parte, infine, si trarranno le conclusioni.

## 2. RISCHIO D’IMPRESA E POTERI DI CONTROLLO: LA FUNZIONE DELLE PROCEDURE CONCORSUALI

---

Il diritto dell’impresa, e in particolare il diritto delle società, si fonda sulla circostanza che le pretese dei vari finanziatori sono stratificate e disposte secondo un ordine di priorità. Più in alto, e dunque prioritarie, stanno le pretese dei creditori, cioè di coloro che hanno finanziato l’impresa in cambio della promessa, giuridicamente vincolante e coercibile, della restituzione del capitale e degli interessi. Più in basso, e dunque postergate rispetto alla soddisfazione dei creditori, stanno invece le pretese di coloro che hanno finanziato l’impresa senza alcun vincolo di restituzione, né del

capitale né degli interessi, ma con l'aspettativa (non coercibile) di ottenere la distribuzione degli utili e, in genere, di tutto ciò che non sia necessario per pagare i creditori<sup>1</sup>.

Proprio per questa posizione di mera aspettativa, connessa alla loro posizione di strutturale subordinazione a tutte le altre pretese finanziarie, coloro che hanno fornito capitale di rischio dispongono di poteri di controllo ampi e dello straordinario potere di scegliere coloro che gestiranno l'impresa nel loro interesse. In presenza di attivo sufficiente al pagamento dei creditori, infatti, ciò che è «di pertinenza» dei soci fluttua, in aumento o in diminuzione, parallelamente alle fluttuazioni del valore del patrimonio (attivo – debiti = valore del capitale di rischio). È dunque nell'interesse dei soci, e non nell'interesse dei creditori, che gli amministratori gestiscono l'impresa, mediante una consapevole assunzione di rischi.

In questo contesto, almeno di regola, i poteri dei creditori sono di semplice interlocuzione in momenti salienti, in occasioni cioè in cui si stanno per compiere operazioni suscettibili di metterne in pericolo le ragioni: si tratta per lo più di diritti di opposizione, che sostituiscono le azioni revocatorie, mirando a *prevenire* la possibile produzione di un danno<sup>2</sup>, e che tuttavia costituiscono eccezioni rispetto ad una regola che vede il controllo dell'impresa in condizioni di normale funzionamento saldamente nelle mani di coloro che hanno fornito capitale di rischio.

Allorché tuttavia la situazione di normalità venga meno, e i diritti dei creditori (di *tutti* i creditori) siano conseguentemente in pericolo, il controllo esclusivo dei soci non è più giustificato. Il pericolo per i creditori è costituito

<sup>1</sup> Quella operata nel testo è una semplificazione, in quanto la realtà è molto più complessa. Non solo esistono varie categorie di soci (ad esempio, azionisti ordinari, privilegiati, di risparmio), con gradi diversi di diritti sugli utili e di poteri di controllo, ma la stessa distinzione fra creditori e soci è meno netta di quanto si pensi. È infatti possibile la creazione di strumenti finanziari «che condizionano i tempi e l'entità del rimborso del capitale all'andamento economico della società» (art. 2411 comma 3 c.c., e vedi anche art. 2346 comma 6 c.c.), come pure sono leciti contratti di finanziamento ibrido che giungono allo stesso effetto (si pensi agli «strumenti ibridi», quali le passività irredimibili o rimborsabili solo a determinate condizioni).

<sup>2</sup> A questo mirano il diritto dei creditori di opporsi alla riduzione del capitale (artt. 2445 e 2482 c.c.), alla trasformazione eterogenea (art. 2500 c.c.), alla revoca dello stato di liquidazione (art. 2487-ter c.c.) alla fusione e alla scissione (artt. 2503 c.c., richiamato dall'art. 2506-ter c.c.), alla costituzione del patrimonio separato (art. 2447-*quater* c.c., che addirittura sembra non consentire l'operazione se non con garanzia). I creditori possono aver poi inserito nel contratto di finanziamento pattuizioni, comunemente definite *covenants*, che danno loro il diritto di legare il rimborso anticipato del prestito all'adozione (o alla mancata adozione) di specifiche decisioni della società debitrice.

dall'insufficienza del patrimonio, che lo rende incapiente rispetto alle loro pretese, riversando così il rischio connesso alla prosecuzione dell'attività sui creditori dell'impresa, che non lo hanno accettato.

Scattano in tal caso meccanismi che mirano a tutelare i diritti dei creditori. Tali meccanismi attengono sia al diritto societario e in generale al diritto dell'impresa, sia al c.d. diritto fallimentare, ed operano in due direzioni:

1) *in via immediata e provvisoria*, mediante regole che, anche solo in presenza di dubbi circa la sufficienza del patrimonio, impongono cautele:

a) ai gestori dell'impresa, i quali fino a che la crisi non sia stata risolta devono tenere in considerazione anche gli interessi dei creditori e, in generale, devono adottare strategie di conservazione del patrimonio e di ricerca tempestiva della migliore soluzione della crisi<sup>3</sup>;

b) ai terzi che contrattano con l'impresa, i quali devono astenersi dal farlo se siano a conoscenza del suo stato di insolvenza, pena il rischio di azioni revocatorie e/o risarcitorie;

2) *in via definitiva*, quando il debitore, a seguito dell'accertamento di un giudice, è formalmente dichiarato insolvente, mediante la destinazione del patrimonio dell'impresa alla soddisfazione dei creditori, nei termini che seguono:

a) il patrimonio viene immediatamente assoggettato alla gestione di un soggetto che risponde ai creditori (e non più ai soci)

b) tale patrimonio è quindi destinato ai creditori, al fine di soddisfarli nei limiti del possibile e secondo l'ordine di priorità stabilito dalla legge, normalmente mediante la sua liquidazione (cioè la sua conversione in denaro) e la ripartizione del ricavato<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Si veda A. Mazzoni, *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell'impresa priva di continuità aziendale*, in AA.VV., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*, Torino, 2010, pp. 813 ss. In questa direzione, ad esempio, operano varie norme: da quelle che impongono di adottare una gestione conservativa come conseguenza della perdita del capitale sociale (combinato disposto degli artt. 2485-2486 e degli artt. 2447 e 2484 n. 4 c.c.), alle norme che sanzionano l'aver aggravato il dissesto ritardando l'accesso alle procedure concorsuali (art. 217 n. 4 l. fall.).

<sup>4</sup> Esistono anche procedure che non mirano a liquidare il patrimonio, ma ad operare una ristrutturazione finanziaria che riallochi i diritti sul patrimonio del debitore: ne è un esempio la procedura di ristrutturazione prevista dal d.l. 347/2003, utilizzata nel caso Parmalat, che non ha portato alla vendita del patrimonio, ma all'ingresso dei creditori come azionisti di una nuova società che possiede solo l'attivo e non ha più debiti (o ne ha in misura sostenibile): rinvio per un'analisi della struttura e della funzione di ristrutturazione prevista dal mio *Le crisi d'impresa tra diritto ed economia*, Bologna, 2007, pp. 190 ss.



Il cambio delle regole di gestione e le tutele provvisorie per i creditori scattano allorché viene varcata la soglia dell'insufficienza patrimoniale: si tratta di una linea sottile che talvolta è chiara, mentre talaltra può in concreto essere difficile accertare, in quanto il valore del patrimonio muta a seconda degli scenari in cui la società può trovarsi ad operare (se l'attività cessa, gli investimenti perdono di valore, se continua essi lo mantengono, ecc.).

Quando l'insolvenza sia accertata da un giudice, tuttavia, non vi è più ragione di attendere, e scattano a carico del debitore procedure speciali, definite «procedure concorsuali» o procedure d'insolvenza. Esse hanno dunque la funzione di adattare le regole di gestione dell'impresa, scritte nel diritto commerciale, ad un contesto mutato, in cui i creditori sono giunti, loro malgrado, a subire il rischio d'impresa. In tal caso, il patrimonio deve dunque (di regola) essere interamente liquidato e attribuito a loro, fino a concorrenza del loro credito.

### 3. IL MODELLO ITALIANO DELLE PROCEDURE DI INSOLVENZA

---

Le procedure concorsuali mirano perciò a comprimere o a sopprimere i poteri di controllo dell'imprenditore sul patrimonio e sull'impresa. Esse scattano, come abbiamo visto, non quando l'impresa sia mal gestita, ma (anche se l'impresa sia in ipotesi ben gestita) allorché sia accertato che i diritti dei creditori sono in pericolo. Esse hanno dunque la funzione di ricomporre la frattura che, in conseguenza dell'insufficienza (temuta o conclamata) del patrimonio rispetto alle pretese dei creditori, si è creata fra poteri di gestione (dell'imprenditore) e rischio d'impresa, che in conseguenza delle perdite è traslato sui creditori.

Le procedure concorsuali italiane, in coerenza con questa ricostruzione, scattano sempre e solo in presenza di insufficienza patrimoniale (variamente declinata: insolvenza o semplice crisi)<sup>5</sup>. Esse, tuttavia, presentano una fondamentale differenza e incoerenza:

<sup>5</sup> Rispettivamente, art. 5 e art. 160 l. fall. Fanno eccezione procedure che, per finalità d'ordine pubblico, mirano a spossessare l'imprenditore anche in presenza di eventi diversi dalle perdite, come ad esempio la liquidazione coatta delle banche, che può scattare anche qualora (a prescindere da perdite) «le irregolarità nell'amministrazione o le violazioni delle disposizioni legislative, amministrative o statutarie [...] siano di eccezionale gravità» (art. 80 comma 1 del Testo unico bancario: d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385). È infatti solo in caso di accertamento dello stato di insolvenza che scattano ulteriori conseguenze, caratteristiche delle procedure concorsuali e dirette a ridurre le perdite per i creditori (ad esempio, le azioni revocatorie: art. 82 del T.U.B. e art. 203 l. fall.).

– nelle procedure di fallimento e di concordato preventivo, le norme in materia di liquidazione prevedono (implicitamente, ma chiaramente) che nella vendita dell'azienda deve essere perseguito l'obiettivo del massimo realizzo. L'azienda può infatti essere mantenuta in attività solo se ciò beneficia i creditori (art. 104 l. fall.) e può essere venduta in blocco solo se tale vendita è più conveniente per i creditori rispetto alla vendita disaggregata (art. 105 l. fall.)<sup>6</sup>. Ne consegue che fra due potenziali acquirenti dell'azienda sottoposta alla procedura, uno dei quali offra un prezzo inferiore impegnandosi a mantenere un certo numero di dipendenti e l'altro offra un prezzo superiore ma con un numero minore di dipendenti, la legge impone al giudice delegato di scegliere il secondo. Ad identica conclusione si deve giungere per il concordato preventivo, visto che tutto ciò che il debitore propone con il piano, inclusa l'eventuale cessione dell'azienda, deve per definizione incontrare il favore dei creditori, i quali, se la soluzione proposta non fosse per loro conveniente (anche rispetto all'alternativa del fallimento), non darebbero la loro necessaria approvazione (artt. 160 e 177 l. fall.);

– nella procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese, che scatta *in luogo del fallimento* per le imprese che impieghino almeno duecento dipendenti e che si trovino in stato di insolvenza (art. 2 lett. a d.lgs. 270/1999), è prevista una regola significativamente diversa, dato che la finalità non è il massimo realizzo, ma la conservazione dei complessi aziendali in attività (art. 55 d.lgs. 270/1999), perseguita tutte le volte che sia concretamente possibile. Tale finalità si traduce, per quanto qui ci interessa, nel fatto che in caso di vendita di aziende in esercizio da parte del commissario straordinario l'acquirente riceve uno «sconto» quale corrispettivo del suo impegno a proseguire la gestione, anche se in perdita, e a mantenere i livelli occupazionali (art. 63 d.lgs. 270/1999)<sup>7</sup>. Lo sconto si traduce in un minor riparto a favore dei creditori, i quali

<sup>6</sup> Ciò è confermato dal fatto che sono i creditori stessi, tramite il comitato da loro composto (art. 40 l. fall.), a dover approvare il «programma» da cui risultano le linee fondamentali dell'attività di liquidazione. L'art. 104-ter, comma 2, prevede infatti che il programma di liquidazione indichi «le modalità e i termini previsti per la realizzazione dell'attivo, e deve specificare: [...] d) le possibilità di cessione unitaria dell'azienda, di singoli rami, di beni o di rapporti giuridici individuabili in blocco». Tale programma può essere eseguito solo se il comitato dei creditori lo ha approvato.

<sup>7</sup> L'art. 63 d.lgs. 270/1999 dispone: «1. Per le aziende e i rami d'azienda in esercizio la valutazione effettuata a norma dell'art. 62, comma 3, tiene conto della redditività, *anche se negativa*, all'epoca della stima e nel biennio successivo.- 2. Ai fini della vendita di aziende e rami d'azienda in esercizio, l'acquirente deve obbligarsi *a proseguire per almeno un biennio le attività imprenditoriali e a mantenere per il medesimo periodo i livelli occupazionali stabiliti all'atto della vendita* [...]».

dunque pagano il costo del mantenimento dei posti di lavoro (e più in generale, il costo della prosecuzione di un'attività antieconomica). Non è un caso che nell'amministrazione straordinaria gli atti di liquidazione non debbano essere autorizzati dai creditori, ma dal ministro, e che addirittura la procedura non preveda nemmeno un comitato dei creditori, ma solo un comitato di sorveglianza nel quale i creditori sono, per espressa volontà di legge, in minoranza<sup>8</sup>. Con questa significativa eccezione, il resto della procedura di amministrazione straordinaria mira comunque a soddisfare nella misura massima i creditori.

Visto che la procedura di amministrazione straordinaria si applica alle imprese che impieghino almeno duecento dipendenti, la conseguenza dell'operare delle norme sopra esaminate è che il conflitto fra creditori e lavoratori è risolto a favore dei primi se duecento dipendenti rischiano di essere licenziati in conseguenza di procedure d'insolvenza che coinvolgono due distinte imprese, mentre è risolto a favore dei secondi se gli stessi duecento dipendenti rischiano di essere licenziati in conseguenza della crisi di una sola impresa<sup>9</sup>. La soluzione non brilla per coerenza<sup>10</sup>. L'ordinamento ha fatto dunque la scelta di tutelare i dipendenti, quando siano tanti, tutti insieme, a rischiare il posto di lavoro, ma, anziché destinare fondi pubblici, ne ha posto il relativo costo a carico dei creditori. Sorge dunque il dubbio che i lavoratori non siano tutelati in sé (altrimenti essi sarebbero *sempre* tutelati contro gli interessi dei creditori), ma sia tutelata la pace sociale, che potrebbe essere turbata da licenziamenti massicci ed improvvisi.

<sup>8</sup> L'art. 45 del d.lgs. 270/1999 prevede che vengano designati un creditore chirografario se il comitato è composto di tre membri e due se il comitato è composto di cinque.

<sup>9</sup> È controverso se il numero dei dipendenti debba essere calcolato sul gruppo e non sulla singola società. Trib. Cuneo, 14 febbraio 2000, in «Foro it.», 2000, I, 3233, con nota critica di M. Fabiani ha ritenuto che sia sufficiente che il livello dei duecento dipendenti siano raggiunti dall'insieme delle società del gruppo che siano insolventi. Il problema è espressamente risolto per la variante dell'amministrazione straordinaria prevista dalla l. 39/2004, che si applica alle imprese che abbiano almeno cinquecento dipendenti a livello di gruppo.

<sup>10</sup> Espressiva di questa contraddizione è la dichiarazione del commissario straordinario di Cirio, Luigi Farenza, intervistato da un giornale sulle prospettive dell'attività di liquidazione dei vari gruppi di beni posseduti dalla società: per la vendita del 39,9% di Del Monte Pacific (società con piantagioni nelle Filippine, quotata alla borsa di Singapore) «si tratta di vendere solo al prezzo più alto possibile», mentre per la Cirio-De Rica, essendo coinvolti impianti in Italia, «non è solo di questione di prezzo, perché gli acquirenti devono anche presentare un piano di continuità aziendale che preservi i posti di lavoro» (*Crac della Cirio, parte la vendita*, in «Corriere della Sera», 6 febbraio 2004, p. 25).

È in questo quadro normativo che l'insolvenza di Alitalia deve essere collocata. Dato l'alto numero di dipendenti, il suo destino naturale, qualora essa fosse divenuta insolvente, era l'assoggettamento alla procedura di amministrazione straordinaria di cui sopra si è detto. Prima di analizzare come l'insolvenza di Alitalia si è dipanata in concreto, vediamo come ad essa si giunse<sup>11</sup>.

#### 4. ALITALIA: UNA GESTIONE SOSPESA FRA POLITICA E SINDACATI

---

Alitalia aveva una storia lunga e gloriosa, ma divenuta sempre più travagliata negli ultimi anni della sua vita<sup>12</sup>. Già nel 1997 essa effettuò una importante ricapitalizzazione che però, dato che la sottoscrizione doveva avvenire in larga parte ad opera dello Stato italiano azionista, venne sottoposta al giudizio della Commissione europea, che lo giudicò “un aiuto alla ristrutturazione compatibile con il mercato comune”. Non un'operazione di mercato, dunque, ma un aiuto di Stato e, come tale, soggetto al giudizio della Commissione, che lo giudicò tuttavia compatibile con il mercato comune perché giustificato da ragioni di varia natura. La qualificazione dell'operazione come aiuto di Stato, che ha come effetto quello di produrre limitazioni nella gestione dell'impresa, venne impugnata da Alitalia, con esito parzialmente vittorioso.

Nel 2004 gli obiettivi che Alitalia si era data nel 1997 non erano stati conseguiti e Alitalia dovette cercare una seconda volta capitali freschi. Alitalia lanciò quindi una seconda ricapitalizzazione, nell'ambito della quale lo Stato intervenne nuovamente su tre fronti: a) la sottoscrizione di un prestito obbligazionario, b) la sottoscrizione di un aumento di capitale; c) una garanzia su un prestito di 400 milioni. L'operazione venne nuova-

<sup>11</sup> Moltissimi dati, documenti e informazioni sulla procedura e sui suoi antecedenti sono disponibili sul sito internet della procedura di amministrazione straordinaria delle società del gruppo Alitalia, [www.alitaliaamministrazionestraordinaria.com](http://www.alitaliaamministrazionestraordinaria.com). Utilissima è la lettura di C. Osti, *Alitalia: la dolorosa istoria. I puntata*, in «Mercato, concorrenza, regole», 2008, 317; L. Stecchetti, *Law cost: ripercussioni della legge «salva Alitalia»*, in «Mercato, concorrenza, regole», 2008, 513. Lo sviluppo della vicenda può poi essere seguito grazie alla lettura dei commenti che tempo per tempo vennero inseriti su [www.lavoce.info](http://www.lavoce.info), fra cui A. Boitani (*Alitalia, un ponte verso il nulla*, 12 giugno 2008; *Alitalia, una lotta nell'abisso*, 11 novembre 2008), di C. Scarpa (*Quanto costa chiudere Alitalia*, 16 settembre 2008), e di molti altri.

<sup>12</sup> Per analisi molto più dettagliate e tecniche della storia di Alitalia dal 1997 al 2008, rinvio a C. Osti, *Alitalia: la dolorosa istoria. I puntata*, cit.



mente giudicata aiuto di Stato, seppur legittimo, dalla Commissione, che però impose l'avvio di procedure per la cessione del controllo di Alitalia. Ulteriori finanziamenti furono necessari anche nel 2005, ma vennero ottenuti a condizioni di mercato<sup>13</sup>.

Nel 2006 venne avviato dal governo Prodi il processo di privatizzazione di Alitalia, cioè il processo di ricerca di un acquirente per le azioni, pari al 49,9 del capitale sociale, e per le obbligazioni convertibili detenute dallo Stato. Alitalia, però, subiva in quel momento, e da tempo subiva, imponenti perdite operative: ogni giorno i suoi costi erano superiori ai suoi ricavi. Era un'impresa, quindi, che in quelle condizioni non poteva durare ancora a lungo.

Nel luglio 2007 il tentativo di privatizzazione fallì a causa del ritiro di tutti i potenziali interessati. Ciò, verosimilmente, perché il bando di gara imponeva onerosi vincoli all'acquirente, che evidentemente rendevano l'acquisto non conveniente. Come conseguenza immediata dell'insuccesso del processo di privatizzazione, il consiglio di amministrazione di Alitalia adottò un piano denominato di «sopravvivenza/transizione» che, come evidenzia il suo stesso nome, assicurava una sopravvivenza della società fino al momento di una transizione (cioè di un cambio del controllo cui doveva riconnettersi una ristrutturazione), che però sarebbe dovuta avvenire nel giro di pochi mesi.

Nel dicembre 2007, nuovamente avviato il processo di privatizzazione sulla base di un bando meno restrittivo, il consiglio di amministrazione di Alitalia e il governo scelsero come partner della potenziale privatizzazione Air France-KLM, che prevalse sulla cordata alternativa, che era coordinata da Intesa Sanpaolo e che prevedeva anche il coinvolgimento di AirOne, principale concorrente di Alitalia sul mercato italiano, come partner industriale. Da quel momento iniziò un periodo di negoziazione in esclusiva con Air France-KLM, durante il quale le carte di Alitalia vennero mostrate soltanto a colui che era stato scelto come potenziale acquirente, al fine di consentirgli di presentare un'offerta vincolante.

Le perdite operative continuarono però ad aggravarsi. Quindi, non solo l'impresa continuava a perdere, ma perdeva ogni giorno di più. Il trend era esponenziale: la liquidità di Alitalia, che già era ridotta a livelli di guardia e che l'aveva portata a figurare nella c.d. black-list della Consob, si riduceva giorno dopo giorno.

Fra marzo e aprile 2008 Alitalia si trovò a un bivio.

<sup>13</sup> Su tutto quanto precede rinvio ancora a C. Osti, *Alitalia: la dolorosa storia. I puntata*, cit.

## 5. MARZO-APRILE 2008: L'ERRORE DEI SINDACATI E LA FUGA DI AIR FRANCE-KLM. ALITALIA INSOLVENTE

---

Air France-KLM, dopo questo periodo in cui le era stata consentita una *due diligence* su Alitalia, formalizzò la propria offerta, in cui proponeva l'acquisto delle azioni di Alitalia (si noti: non del solo attivo). Il 14 marzo del 2008 essa propose infatti:

- l'acquisto delle partecipazioni per diventare azionista di controllo, mediante un'offerta pubblica di scambio di 160 azioni Alitalia contro una azione di Air France-KLM;
- l'acquisto delle obbligazioni convertibili al loro prezzo di mercato al 14 marzo 2008;
- l'assunzione dell'impegno ad eseguire un aumento di capitale di 1 miliardo di euro immediatamente, immettendo liquidità in un'impresa che a questo punto entrava a far parte del suo gruppo.

Se l'offerta fosse stata accettata, Alitalia sarebbe dunque rimasta (o tornata ad essere) un'impresa solvibile, cioè in grado di pagare regolarmente i propri creditori. Vi erano tuttavia alcune condizioni poste da Air France-KLM, che avrebbero dovuto verificarsi entro il 31 marzo. La prima – e la principale – era l'accordo con le principali organizzazioni sindacali di Alitalia e Alitalia Servizi. In sostanza, Air France-KLM, chiaramente e comprensibilmente, condizionò il suo acquisto all'accordo sindacale e all'assenso ad un piano industriale che contemplava un mix tra esuberi e mancato ingresso nel gruppo di circa 7500 lavoratori.

Il 15 marzo il consiglio di amministrazione di Alitalia “accettò” l'offerta di Air France-KLM. L'accettazione avvenne ovviamente nei limiti della competenza del consiglio, cui spettava giudicare la congruità dell'offerta, ma non certo perfezionare il trasferimento delle azioni e delle obbligazioni, che era di competenza (e di libera scelta) dei singoli azionisti ed obbligazionisti, privati e pubblici, di Alitalia.

Il negoziato con i sindacati, sin da subito difficile, proseguì anche dopo la scadenza del 31 marzo ma ben presto si arrestò, anche perché – elemento che è inevitabile notare – il 13 e il 14 aprile 2008 erano avvenute le elezioni politiche generali e la maggioranza che le aveva vinte e che avrebbe espresso il governo nel giro di qualche settimana si dichiarò, apertamente, assolutamente contraria alla vendita a Air France-KLM. L'On. Silvio Berlusconi, ormai presidente del consiglio *in pectore*, e altri importanti esponenti della maggioranza insorsero infatti pubblicamente contro l'operazione

prospettata con Air France-KLM, definita, da un lato, come un danno per il Paese che avrebbe perso la compagnia di bandiera e, dall'altro lato, come una «svendita». Ricordiamoci di quest'ultima parola.

I sindacati, già in difficoltà nell'accettare e far accettare un piano industriale che comportava sacrifici, cavalcarono le dichiarazioni di Berlusconi, chiedendo l'intervento dello Stato un'altra volta, *un'ennesima volta*. A questo punto, di fronte a un contesto che si aggravava di giorno in giorno, non esclusa anche la preoccupazione cagionata dall'aumento vertiginoso del prezzo del petrolio nei primi mesi del 2008, e di fronte alla ostilità manifestata dal futuro presidente del consiglio all'operazione, Air France-KLM si ritirò. In data 21 aprile 2008 essa dichiarò infatti di non essere più interessata all'acquisto delle azioni e delle obbligazioni e in generale all'investimento in Alitalia e, quindi, di ritenere decaduta, per effetto del mancato verificarsi delle condizioni entro il 31 marzo, la propria precedente offerta.

A questo punto Alitalia era virtualmente insolvente. Il 21 aprile del 2008 è dunque il momento in cui, se dovessimo tracciare una linea ed individuare il momento in cui si supera quella linea invisibile, ma nettissima, tra impresa solvibile e impresa insolvente, quella linea venne varcata. Il consiglio di amministrazione aveva infatti adottato un *Piano di sopravvivenza/transizione* che prevedeva proprio la conclusione della transizione entro la primavera del 2008, e a quella data non vi era dunque più liquidità per assicurare la continuazione delle operazioni.

Verosimilmente, nel giro di qualche settimana, se non addirittura di qualche giorno, nessuno avrebbe più dato credito ad Alitalia: fornitori di carburante, fornitori di servizi, e in prospettiva nemmeno i clienti. Quindi, in quel momento, Alitalia – quali che ne fossero i motivi – aveva ricevuto il giudizio negativo del mercato: quella «bocciatura» che giustificava il suo assoggettamento alla procedura di amministrazione straordinaria, cui essa, per dimensione e tipo dell'attività esercitata, era destinata in caso di insolvenza, e che avrebbe consentito la temporanea prosecuzione dell'attività, in vista della cessione dell'azienda.

In questo momento, però, la storia prese una deviazione inattesa, quella che portò appunto alla soluzione che vedremo. Venne infatti affermato, da parte di alti esponenti politici della nuova maggioranza, che esistevano imprenditori italiani pronti ad investire in Alitalia, che cioè avrebbero sostituito Air France-KLM nella posizione di acquirente delle azioni e, quindi, nella posizione di nuovo azionista. Questi imprenditori concorrenti, a detta delle medesime voci, non potevano tuttavia formulare offerte in assenza di informazioni sui dati aziendali, che erano stati mostrati solo ad Air France-KLM.

## 6. DALLA FINE DI APRILE AD AGOSTO 2008: L'INSOLVENZA NEGATA, IL PRESTITO-PONTE E LA TRATTATIVA INESISTENTE

---

In questo contesto il governo Prodi, ancora in carica per gli atti urgenti, decise di operare su Alitalia d'intesa con la coalizione che aveva vinto le elezioni. Su esplicita richiesta del leader di questa, il 23 aprile il governo approvò un decreto-legge che accordava ad Alitalia un «prestito-ponte» di 300 milioni di euro<sup>14</sup>. La giustificazione formale del prestito venne reperita nella necessità di assicurare l'ordine pubblico (di cui il trasporto aereo è un elemento essenziale). La somma erogata doveva essere rimborsata non appena effettuata la cessione delle azioni detenute dallo Stato italiano o, in difetto, il 31 dicembre 2008.

Si trattò di un grave errore, di cui il governo Prodi porta la responsabilità. Infatti:

- a) anche la procedura di amministrazione straordinaria, secondo il chiaro disposto della legge, avrebbe portato alla prosecuzione dell'attività di Alitalia, e dunque la giustificazione dell'ordine pubblico era falsa;
- b) l'erogazione del prestito costituiva un'evidente violazione della normativa comunitaria, essendo un aiuto di Stato non preceduto da notifica alla Commissione europea, né a maggior ragione autorizzato da questa;
- c) comunque, prima di mettere a rischio ingenti risorse pubbliche occorreva una verifica della serietà delle prospettive alternative.

Il decreto legge sospese inoltre l'azione revocatoria per tutti gli atti compiuti da Alitalia dopo la sua emanazione<sup>15</sup>, prima di varie deroghe normative che vedremo in futuro, e non la più scandalosa: se infatti Alitalia veniva tenuta in vita benché insolvente, era coerente non colpire con l'azione revocatoria i terzi che con lei contrattavano.

Nel maggio 2008 la situazione aziendale, nonostante il finanziamento-ponte (che il consiglio di amministrazione era riluttante ad utilizzare), divenne

<sup>14</sup> Decreto-legge 23 aprile 2008, n. 80, *Misure urgenti per assicurare il pubblico servizio di trasporto aereo*.

<sup>15</sup> Art. 1 comma 3 d.l. 80/2008: «Tutti gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere da Alitalia – Linee aeree italiane S.p.A. a fare data dalla data di entrata in vigore del presente decreto e fino al termine di cui al comma 2, primo periodo, sono equiparati a quelli di cui al terzo comma, lettera d), dell'articolo 67 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, e successive modificazioni, per gli effetti previsti dalla medesima disposizione»: dunque l'esenzione da revocatoria *come se Alitalia fosse stata soggetta ad un piano di risanamento*, il che non era.

ancora più difficile. Si fecero avanti alcuni intermediari esplicitamente incaricati dall'On. Berlusconi<sup>16</sup>, ma nessuna prospettiva concreta si aprì. La situazione era sostanzialmente disperata.

Nel frattempo vennero emanati dal nuovo governo e dal nuovo parlamento ben tre atti normativi dopo quello di aprile: il 27 maggio un decreto-legge, il 3 giugno un ulteriore decreto-legge e il 23 giugno la legge di conversione (con importantissime modifiche ed aggiunte) del decreto-legge sul prestito-ponte del 23 aprile<sup>17</sup>. Una sorta di frenesia legislativa, in cui veniva a delinearci quale fosse il quadro di azione in cui lo Stato italiano intendeva operare per Alitalia. Un quadro di azione che denotava la volontà di trovare un acquirente alternativo: veniva infatti dato mandato ad un advisor, Intesa Sanpaolo, di cercare acquirenti, di formulare offerte per sé o per altri – quindi, per altri, ma anche in proprio, il che è inusuale – per l'acquisto delle azioni o del controllo di Alitalia.

Il quadro normativo sembrava dunque coerente con la volontà politica di trasferire il controllo di Alitalia secondo le regole del diritto commerciale, e non secondo le regole del diritto fallimentare (come invece è avvenuto, come vedremo). I complessivi interventi di modifica della legislazione vennero infatti giustificati con «la volontà del Governo di voler salvaguardare per i prossimi dodici mesi la continuità aziendale di Alitalia (...), escludendo in tale lasso temporale ogni ricorso ad ipotesi di liquidazione o di applicazione di procedure concorsuali»<sup>18</sup>.

Con la legge di conversione del decreto-legge recante il prestito-ponte venne data a Alitalia la facoltà di imputare il prestito-ponte a copertura delle perdite e comunque tale prestito venne postergato *ex lege* rispetto alla soddisfazione degli altri creditori. Il prestito venne quindi in sostanza degradato a «capitale di rischio», fatto che poi – come vedremo – la Commissione europea giudicherà molto grave.

<sup>16</sup> Comunicato stampa Alitalia 9 maggio 2008: «Alitalia informa che, in data odierna, è pervenuta una comunicazione da parte di Bruno Ermolli che, nella qualità di incaricato dal Presidente del Consiglio dei Ministri, Silvio Berlusconi, ha prospettato il carattere essenziale, per imprenditori ed investitori italiani di cui ha verificato l'interesse, dell'esame della situazione Alitalia, attraverso la conoscenza e la disponibilità di dati e di informazioni aggiornate sulla Compagnia, al fine di valutare la possibilità di elaborare un eventuale progetto di rilancio della stessa».

<sup>17</sup> Decreti-legge 27 maggio 2008, n. 93 e 3 giugno 2008, n. 97, nonché l. 23 giugno 2008, n. 111 (di conversione del già visto d.l. 80/2008).

<sup>18</sup> Così la relazione governativa al d.l. 97/2008.



Poche settimane dopo, l'advisor Intesa Sanpaolo dichiarò di non poter svolgere con successo l'incarico. Essa «rassegnava la conclusione – a seguito del sondaggio del mercato – dell'impossibilità di operare una riorganizzazione/ristrutturazione in mancanza del verificarsi di una vera e propria discontinuità societaria»<sup>19</sup>. Leggendo tra le righe è facile vedere che secondo l'advisor l'acquirente c'era, ma avrebbe comprato solo l'attivo *libero da debiti*, secondo le speciali regole del diritto fallimentare che più avanti esamineremo e non secondo le regole ordinarie, secondo cui chi acquista un'azienda ne acquista anche le passività.

Il 26 luglio il nuovo presidente di Alitalia, nel frattempo insediatosi dopo il fallimento della trattativa con Air France-KLM e le dimissioni del precedente, ricevuta la lettera dell'advisor, scrisse al presidente del consiglio dei ministri, facendo presente che in mancanza di conferma della volontà di garantire la continuità aziendale, nella riunione del 30 luglio il consiglio di amministrazione di Alitalia avrebbe dovuto rilevare la perdita integrale del capitale sociale *ex art. 2447 c.c.* nonché lo stato di insolvenza della società. Il 30 luglio il presidente del consiglio dei ministri scrisse al presidente di Alitalia affermando la necessità di preservare il valore dell'azienda e la continuità operativa in vista di una revisione della normativa applicabile, che sarebbe stata completata entro il 28 agosto 2008. Egli pregò quindi il consiglio di amministrazione della società di sospendere ogni azione e determinazione fino a tale data<sup>20</sup>.

Nell'agosto 2008 la crisi si aggravò ulteriormente. Il 21 agosto il consorzio IATA, che assicura la interoperabilità delle linee aeree mondiali, ritenendo che Alitalia non potesse proseguire l'attività, chiese la costituzione di un deposito anticipato di 50 milioni per l'adempimento delle obbligazioni connesse al sistema. Una crisi che già era grave si aggravò ulteriormente, come spesso accade, con un effetto a spirale.

## 7. AGOSTO 2008: LA LEGGE SPECIALE E LA PROCEDURA CONCURSUALE NEGATA

Il 28 agosto venne emanato, sotto forma di decreto-legge, quel provvedimento normativo che il presidente del consiglio dei ministri aveva anticipato

<sup>19</sup> *Relazione del Commissario straordinario Prof. Avv. Augusto Fantozzi ai sensi dell'art. 4 comma 2, legge n. 39 del 2004*, pp. 57-58, disponibile al sito [www.alitaliaamministrazionestraordinaria.it](http://www.alitaliaamministrazionestraordinaria.it).

<sup>20</sup> *Relazione del Commissario straordinario*, cit., pp. 58-59.

nella sua lettera ad Alitalia: il noto «decreto Alitalia» (d.l. 28 agosto 2008, n. 134). Il suo contenuto è in estrema sintesi il seguente:

1) l'apertura della c.d. variante Parmalat dell'amministrazione straordinaria, disciplinata dal d.l. 347/2003, detta «legge Marzano», anche a casi come quello di Alitalia. Tale variante era fino ad allora riservata alle imprese che volevano ristrutturarsi senza cedere l'azienda, e garantiva soluzioni più rapide, seppur sottoposte al voto dei creditori (art. 4-*bis* della legge Marzano). Venne quindi in sostanza adattata la normativa concorsuale esistente per accogliere Alitalia, aprendole la corsia veloce, senza tuttavia sottoporla ad alcun controllo dei creditori;

2) una disciplina particolare per le procedure di amministrazione straordinaria di imprese che esercitano servizi pubblici essenziali, fra cui appunto il trasporto aereo, che introduce una serie di deroghe alla normativa generale: *a*) la possibilità di cedere l'azienda a trattativa privata, evitando quindi di espletare una gara e scegliendo direttamente il potenziale acquirente; *b*) la continuità delle licenze e delle autorizzazioni necessarie per il volo, senza le quali non sarebbe stato possibile operare; *c*) la possibilità per il presidente del consiglio dei ministri o il ministro per lo sviluppo economico di *pre-scrivere* al commissario «il compimento di atti necessari al conseguimento delle finalità della procedura»; *d*) la deroga alla necessità di preventiva autorizzazione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato per le concentrazioni effettuate nell'ambito di procedure di insolvenza che riguardino imprese che esercitano servizi pubblici essenziali<sup>21</sup>;

3) un esonero dalla responsabilità per gli amministratori, sindaci e altri soggetti di Alitalia per tutti gli atti compiuti dopo il 18 luglio 2007<sup>22</sup>;

<sup>21</sup> Per maggiori dettagli sul rapporto fra legge speciale e normativa previgente in materia di amministrazione straordinaria rinvio a L. Stanghellini, M. Fabiani, *La legge Marzano con le ali, ovvero della volatilità dell'amministrazione straordinaria*, in «Corriere giuridico», 2008, 1337.

<sup>22</sup> La norma (art. 3 comma 1 d.l. 134/2008) recita: «In relazione ai comportamenti, atti e provvedimenti che siano stati posti in essere dal 18 luglio 2007 fino alla data di entrata in vigore del presente decreto al fine di garantire la continuità aziendale di Alitalia-Linee aeree italiane S.p.A., nonché di Alitalia Servizi S.p.A. e delle società da queste controllate, in considerazione del preminente interesse pubblico alla necessità di assicurare il servizio pubblico di trasporto aereo passeggeri e merci in Italia, in particolare nei collegamenti con le aree periferiche, *la responsabilità per i relativi fatti commessi dagli amministratori, dai componenti del collegio sindacale, dal dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari, è posta a carico esclusivamente delle predette società*»: formulazione alquanto contorta per disporre un esonero da responsabilità, visto che l'effetto è quello di porre la responsabilità degli organi sociali a carico delle stesse società danneggiate!

4) uno specifico indennizzo per i piccoli obbligazionisti e perfino per i piccoli azionisti di Alitalia.

Alitalia restava dunque assoggettata alla procedura di amministrazione straordinaria, anche se in una nuova foggia per effetto delle molte modifiche *ad hoc*. In quanto procedura concorsuale liquidatoria, la procedura in questione prevedeva che si nominasse un commissario straordinario per Alitalia, il quale avrebbe dovuto continuare l'attività d'impresa in vista della ricerca di acquirenti per l'azienda, gli slot, il marchio, e in genere per tutti gli asset di Alitalia. Tutto il ricavato sarebbe stato destinato ai creditori, secondo l'ordine di priorità stabilito dalla legge: prima ai creditori "privilegiati", senza garanzia (c.d. chirografari), infine, qualora fosse rimasto ancora qualcosa, allo Stato per lo sciagurato prestito-ponte, che come si ricorda era stato postergato alla soddisfazione degli altri creditori. Solo in caso fosse impossibile trovare acquirenti per l'azienda entro due anni l'attività sarebbe stata cessata e la procedura di amministrazione straordinaria si sarebbe convertita in fallimento<sup>23</sup>.

Alitalia, lo stesso giorno della pubblicazione del decreto legge 134/2008 in Gazzetta Ufficiale (29 agosto 2008), presentò al presidente del consiglio domanda di ammissione alla «nuova» procedura di amministrazione straordinaria, e lo stesso giorno egli emanò il provvedimento di ammissione della società alla procedura<sup>24</sup>. Il governo, ancora lo stesso giorno, presentò l'operazione alla stampa, spiegando come il problema Alitalia fosse, nella sostanza, già risolto: una nuova società, costituita da noti imprenditori italiani, avrebbe acquistato l'azienda di Alitalia, acquistando al contempo anche le azioni di Air One, l'altro principale operatore aereo italiano (da cui la necessità di esonero dall'autorizzazione preventiva antitrust dell'operazione di concentrazione, di cui sopra si è detto). Con questo piano, battezzato «Piano Fenice», Alitalia sarebbe risorta dalle proprie ceneri.

In questa occasione non una parola venne spesa sul costo dell'operazione per i creditori e per lo Stato. Il governo la presentò come la risposta italiana

<sup>23</sup> La conclusione che la conversione in fallimento avviene (di regola) solo in caso di mancato perfezionamento della vendita entro due anni deriva dal (tutt'altro che lineare) combinato disposto dell'art. 4, comma 4-bis, d.l. 347/2003, e degli artt. 69 ss. d.lgs. 270/1999.

<sup>24</sup> Il tribunale di Roma, concludendo l'iter previsto dalla legge, dichiarò lo stato di insolvenza con successiva sentenza del 5 settembre 2008, in «Foro it.», 2009, I, 266, con nota di M. Fabiani. Altri decreti di ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria e altre dichiarazioni di insolvenza seguirono poi a distanza di breve tempo per le varie società del gruppo Alitalia, *in primis* Alitalia Servizi s.p.a.

alla «svendita» ad Air France KLM in precedenza tentata<sup>25</sup>, con ciò avallando un'idea di perfetta comparabilità fra le due operazioni<sup>26</sup>. In realtà le due operazioni non erano affatto comparabili, perché una sarebbe dovuta avvenire secondo le regole del diritto privato, e non avrebbe comportato alcun costo per lo Stato, per gli azionisti e per i creditori, e l'altra sarebbe avvenuta (come è stato) secondo le regole del diritto fallimentare, e avrebbe comportato lacrime e sangue per tutti costoro.

È dunque opportuno approfondire la differenza.

<sup>25</sup> Il comunicato del presidente del consiglio del 28 agosto 2008, On. Berlusconi (reperibile all'indirizzo [www.governo.it/Presidente/Interventi/testo\\_int.asp?d=40131](http://www.governo.it/Presidente/Interventi/testo_int.asp?d=40131)), recita: «Come sapete il nostro Governo ha ereditato dal Governo della sinistra diverse situazioni davvero pesanti: i conti pubblici, la tragedia dei rifiuti di Napoli e questa situazione irrisolta dell'Alitalia, *per la quale il Governo Prodi aveva tentato, senza riuscirci, una svendita ad Air France*, cioè alla Francia, il nostro principale concorrente nel turismo. Avevamo il dovere di intervenire, e siamo intervenuti. Lo abbiamo fatto con rapidità e con concretezza, aiutati da una grande banca italiana, oggi tra le prime dieci nel mondo. Il nostro intervento consente di creare una Alitalia nuova, una compagnia aerea più efficiente, finanziariamente in equilibrio, tecnologicamente avanzata. Una compagnia di bandiera veramente al servizio dell'Italia e degli italiani, che non peserà più sulle spalle dei contribuenti. *Un'azienda affidata, come mi ero impegnato a fare, ad una compagine italiana, alla nostra migliore imprenditoria privata e a degli ottimi manager*. Naturalmente, almeno all'inizio, ci sono da fare dei sacrifici perché le passate gestioni dell'Alitalia non possono essere cancellate con un colpo di bacchetta magica. Si deve procedere ad un ridimensionamento del personale, il cui numero attuale non è compatibile con una gestione economicamente sana dell'azienda. Basta comparare i numeri dell'Alitalia con quelli delle altre compagnie aeree internazionali per rendersene conto. Questo ridimensionamento sarà comunque inferiore a quello che si sarebbe verificato con la svendita di Alitalia. Ma il personale in eccedenza non sarà certo abbandonato perché non è giusto che siano i singoli a pagare gli errori delle gestioni del passato e non saranno abbandonati neppure i piccoli risparmiatori che in Alitalia hanno creduto, investendo in titoli azionari ed obbligazionari della compagnia. In questa vicenda il Governo è stato guidato da una esigenza primaria: il rispetto dell'interesse generale del Paese. *La nuova Alitalia è la scelta giusta, ma voglio sottolineare che è anche l'unica scelta possibile. Come alternativa c'era solo il fallimento di Alitalia e la rinuncia quindi ad una nostra compagnia di bandiera*. Con la soluzione anche di questa crisi abbiamo fatto un altro passo avanti importante per il nostro Paese» (corsivi aggiunti).

<sup>26</sup> Ricordo una conferenza-stampa di presentazione del Piano Fenice dai toni surreali, in cui queste affermazioni vennero fatte non solo dal presidente del consiglio dei ministri, ma anche dal Prof. Giulio Tremonti, fine giurista che certo non poteva non aver capito la differenza fra la cessione delle azioni ad Air France-KLM e la cessione del solo attivo, senza debiti, da parte di Alitalia ormai insolvente.

## 8. «BAD COMPANY» E «GOOD COMPANY»: LA FUNZIONE DELLE PROCEDURE CONCORDATARIE NELLA MOBILIZZAZIONE DELLE AZIENDE DI SOCIETÀ INSOLVENTI

---

Il trasferimento di un'azienda può essere effettuato mediante due strutture giuridiche ben distinte.

La prima forma è quella della vera e propria vendita dell'azienda, ai sensi dell'art. 2556 c.c.: si isola il complesso dei «beni organizzati» (art. 2555 c.c.) dal patrimonio del cedente e lo si trasferisce in nuove mani. La seconda forma è quella della vendita delle partecipazioni nella società che la esercita: in questo caso non si ha un trasferimento di azienda, ma il trasferimento del veicolo societario che gestisce un'azienda.

In entrambi i casi, si noti, si trasferisce sia l'attivo che il passivo. L'art. 2560 comma 2 c.c. prevede che chi acquista un'azienda commerciale risponde dei debiti che risultano nelle scritture contabili. L'art. 2112 c.c. prevede addirittura una responsabilità ancor più rigorosa per i debiti di natura lavoristica e previdenziale. Non si può quindi comprare un'azienda commerciale disinteressandosi della posizione debitoria di chi vende. Il discorso è ancora più evidente se si vendono partecipazioni in società: in tal caso si vende l'attivo e il passivo, e se la società è sovraindebitata si acquista ben poco.

La conseguenza è che, date le regole del diritto civile, non ci sono compratori per aziende sovraindebitate, e questo anche quando l'azienda abbia valore in sé, in quanto ancora capace di produrre ricchezza (cioè produce ricavi superiori ai costi o sia comunque dotata di un valore d'avviamento). Un'azienda può anche avere un alto valore *in sé*, ma se i debiti di chi la cede sono superiori a tale valore, nessuno sarà così sciocco da comprarla.

Il diritto fallimentare serve proprio a mobilitare le aziende di imprenditori insolventi che abbiano ancora valore, disattivando le regole del diritto civile. Infatti, nell'ambito del diritto fallimentare è possibile, legittimo e naturale cedere solo l'attivo, proprio perché la cessione non avviene secondo le regole del diritto privato da parte dell'imprenditore, ma avviene sotto la vigilanza di un'autorità giudiziaria, che vigilerà sulla congruità del prezzo di vendita e sulla corretta distribuzione fra i creditori di quanto è stato ricavato, di regola insufficiente a soddisfarli tutti. Con le procedure concordatarie, cioè, si ha una sorta di «effetto purgativo» nella vendita, e chi acquista lo fa in sicurezza, acquistando solo l'attivo e non subentrando nei debiti del cedente<sup>27</sup>.

<sup>27</sup> Art. 105 comma 4, l. fall.: «Salva diversa convenzione, è esclusa la responsabilità dell'acquirente per i debiti relativi all'esercizio delle aziende cedute, sorti prima del trasferimento».



Nel diritto fallimentare non si creano cioè *bad companies*: vi si vendono gli attivi, netti da debiti. La *bad company* è ciò che rimane alle spalle, il patrimonio residuo, che viene convertito in denaro e distribuito tra i creditori secondo i rispettivi diritti.

## 9. IL «PIANO FENICE» E IL «LEARNING BY DOING» DEL COMMISSARIO DI ALITALIA

L'inizio della procedura di amministrazione straordinaria di Alitalia parve confermare la marcia trionfale del piano Fenice. Gli aerei continuavano a volare, come previsto dalla legge sull'amministrazione straordinaria, e il commissario straordinario, Prof. Augusto Fantozzi, rilasciava dichiarazioni dalle quali pareva emergere che la cessione dell'azienda alla nuova società, denominata Compagnia Aerea Italiana, o CAI, fosse questione di giorni. I sindacati vennero convocati dal governo a conoscere il futuro acquirente.

Le cose cominciarono tuttavia a complicarsi quando i sindacati vennero a conoscenza dei dettagli dell'operazione, che comportava – come del resto chiunque avrebbe dovuto ragionevolmente attendersi da tempo – sacrifici almeno comparabili a quelli che sarebbero stati imposti da Air France-KLM. In risposta all'esitare dei sindacati prima, e alla loro aperta ostilità poi, il commissario dichiarò che, in mancanza di sottoscrizione degli accordi sindacali entro il 12 settembre, egli avrebbe avviato procedure di mobilità per tutto il personale di Alitalia, e che il carburante per gli aerei sarebbe terminato di lì a pochi giorni<sup>28</sup>. Dichiarazione irresponsabile, quest'ultima, quale che fosse la sua fondatezza: se la cosa era vera, ne sarebbe emersa la violazione del primo dovere del commissario straordinario, che era quello di assicurare il regolare funzionamento dell'azienda di Alitalia, anche – se necessario – accendendo finanziamenti che, ai sensi di legge (art. 52 d.lgs. 270/1999) godono di priorità assoluta su tutti gli altri debiti; se essa era invece falsa, si sarebbe commentata da sola per la sua valenza di indebita pressione sulle varie parti coinvolte nell'insolvenza di Alitalia<sup>29</sup>.

Analogà norma è prevista per la procedura di amministrazione straordinaria dall'art. 63, comma 4, d.lgs. 270/1999.

<sup>28</sup> *Alitalia, accordo vicino. Resta il nodo dei piloti – Sindacati a Palazzo Chigi. Fantozzi: voli non garantiti*, in «Corriere della Sera», 14 settembre 2008, p. 2.

<sup>29</sup> Alla richiesta di chiarimenti formulata dall'Enac anche con riferimento alla disponibilità di risorse finanziarie, tuttavia, in data 22 settembre il commissario di Alitalia rispondeva (lettera commissario Alitalia a Enac, all. 24 al programma di ristrutturazione): «La valutazione del Commissario Straordinario, con riferimento alla richiesta che “*siano analiticamente esposti gli strumenti finanziari e/o economici che consentano di pervenire alla data*

Nel frattempo varie voci si erano levate per denunciare che non era ammissibile, nemmeno secondo la legge creata *ad hoc* per il piano Fenice, ipotizzare che CAI fosse l'unico possibile acquirente e lasciar intendere che in mancanza di accordo con questa Alitalia avrebbe cessato l'attività<sup>30</sup>.

Le crescenti difficoltà della trattativa sindacale indussero CAI, il 18 settembre, a revocare la manifestazione d'interesse precedentemente formulata. Il commissario si trovò allora privo di interlocutori, e il 22 settembre pubblicò, anche sulla stampa estera, un invito a manifestare interesse entro il successivo 30 settembre per uno o più rami d'azienda di Alitalia, in modo tale che fosse garantita la continuità del servizio di trasporto.

Nei giorni successivi CAI ripresentò una manifestazione di interesse, a seguito della quale le trattative ripresero, con un atteggiamento del commissario molto più cauto. In ottobre il fronte sindacale del no a CAI si spaccò, e il 31 ottobre 2008 questa presentò un'offerta d'acquisto vincolante. La cessione dell'azienda a CAI si fece più vicina.

## 10. LA CONDANNA DEL PRESTITO-PONTE DA PARTE DELLA COMMISSIONE EUROPEA E LA CONCLUSIONE DELLA TRATTATIVA. EPILOGO

Incombeva sulla trattativa un ultimo rilevante ostacolo: le conseguenze della condanna del prestito-ponte come aiuto di stato illegittimo da parte

*del 30 settembre*”, è nel senso che sussistono risorse finanziarie sufficienti per garantire la prosecuzione dell'attività a detta data. [...]. È noto che la procedura di amministrazione straordinaria, da un lato, inibisce l'avvio delle azioni esecutive da parte dei creditori e, dall'altro, preclude al Commissario Straordinario di onorare, salvo espressa autorizzazione del Giudice Delegato, i crediti scaduti antecedentemente alla data di apertura della procedura (29 agosto 2008). – Tale particolare regime, in via di principio, determina una situazione complessivamente favorevole per la generalità delle gestioni commissariali in quanto consente di onorare solo i crediti sorti nel corso della Procedura con rilevanti benefici sotto il profilo finanziario. – *Detta situazione si è verificata anche nel caso dell'Alitalia al punto che il totale delle disponibilità finanziarie al 24 settembre presenta un miglioramento rispetto alla data di apertura della procedura (nonché alla data di rilascio della licenza cosiddetta provvisoria), essendosi registrato un incremento delle risorse finanziarie da 220 milioni di Euro a 250 milioni di Euro (...)*» (corsivo aggiunto).

<sup>30</sup> Si veda sul «Corriere della Sera», la lettera *Il commissario e le altre offerte* (11 settembre 2008, p. 26), la risposta del commissario *L'Alitalia, le offerte e la trasparenza* (12 settembre 2008, p. 44), *Il commissario, le regole e le offerte di mercato* (18 settembre 2008, p. 3), e la risposta del commissario *Ho contattato gli stranieri, ma...* (19 settembre 2008, p. 42). Non è chiaro quali contatti fossero stati presi, visto che pochi giorni dopo venne pubblicato un avviso pubblico (vedi *infra*, nel testo).

della Commissione europea, condanna che tutti davano per scontata. Vi era infatti la possibilità che della restituzione dell'aiuto di stato illegittimo dovesse rispondere non solo Alitalia che lo aveva ricevuto (peraltro ormai insolvente), ma anche l'acquirente dell'azienda, qualora emergesse che ne aveva comunque beneficiato<sup>31</sup>. Se l'acquirente fosse stato responsabile del debito di restituzione, la cessione sarebbe divenuta molto onerosa per CAI.

In data 12 novembre la Commissione europea dichiarò illegittimo il prestito-ponte, per una serie lunga e desolante di motivi<sup>32</sup>, ma lo stesso giorno la Commissione dichiarò che non sussisteva continuità fra Alitalia e CAI, e che quest'ultima non avrebbe dovuto rispondere della restituzione del prestito-ponte se l'acquisto dell'azienda fosse avvenuto a condizioni di mercato, sotto il controllo di un «monitoring trustee» nominato dal governo. Il governo italiano, nonostante la condanna ricevuta e la certezza della definitiva perdita dei 300 milioni, manifestò pubblicamente la propria soddisfazione, interpretando il provvedimento come un avallo europeo al piano Fenice.

Il 19 novembre l'advisor Banca Leonardo valutò 1.051 milioni di euro il complesso dei beni da cedere a CAI, la quale presentò un'offerta d'acquisto per 1.052 milioni di euro, da corrispondere quanto a euro 400 milioni in contanti, e il residuo mediante assunzione di debiti connessi a contratti in corso di esecuzione. Il 20 novembre il ministro Scajola autorizzò il commissario ad accettare l'offerta di CAI, e lo stesso giorno l'offerta venne accettata.

<sup>31</sup> La Commissione verifica infatti se il beneficio derivante dall'aiuto di Stato illegittimo sia stato eventualmente trasferito all'acquirente. A tal fine, la Commissione deve valutare se i beni sono stati venduti al prezzo di mercato, e se risulta che essi sono stati venduti ad un prezzo inferiore, l'ingiunzione di recupero viene estesa anche all'acquirente (paragrafi da 32 a 35 della comunicazione della Commissione, *Verso l'esecuzione effettiva delle decisioni della Commissione che ingiungono agli Stati membri di recuperare gli aiuti di Stato illegali e incompatibili*, GUCE 272 del 15 novembre 2007, pag. 4).

<sup>32</sup> Decisione della Commissione n. C 26/2008 (ex NN. 31/2008) «in merito al prestito da 300 milioni di euro cui l'Italia ha dato esecuzione in favore della compagnia aerea Alitalia». I principali motivi erano i seguenti: il tasso d'interesse pattuito non era remunerativo, la concessione del prestito era avvenuta immediatamente dopo il ritiro dell'offerta AF-KLM, e nessun azionista è intervenuto a sostegno di Alitalia in difficoltà; lo Stato aveva addirittura accettato di postergarsi agli altri creditori; vi era un mandato all'advisor a cercare altri acquirenti, ma nessuna prospettiva appariva sicura e immediata; nessun finanziatore (anche se azionista) avrebbe mai accettato di concedere quel prestito; l'aiuto era selettivo, distortivo, mancava la previa notifica alla Commissione, mancava la possibilità di qualificare il prestito come «aiuto al salvataggio», mancava qualsiasi ragionevole prospettiva di ristrutturazione di Alitalia e di rimborso del prestito, ecc.

Nei giorni successivi il governo agevolò ulteriormente la cessione inserendo nel decreto anti-crisi (29 novembre 2008, n. 185) una deroga alla normativa lavoristica in materia di trasferimento d'azienda, stabilendo che le operazioni compiute nell'ambito della procedura di amministrazione straordinaria «in vista della liquidazione dei beni del cedente, *non costituiscono comunque trasferimento di azienda, di ramo o di parti dell'azienda agli effetti previsti dall'art. 2112 c.c.*» (nuovo comma 3-bis dell'art. 56 del d.lgs. 270/1999). L'obiettivo era evidentemente quello di proteggere CAI da pretese di lavoratori di Alitalia non riassunti, o riassunti con mansioni o trattamento di rango inferiore a quelli precedentemente goduti.

Il 12 dicembre, su disposizione del presidente del consiglio dei ministri<sup>33</sup>, venne stipulato dal commissario il contratto di cessione a CAI.

Il 19 gennaio 2009 Air France-KLM entrò nel capitale di CAI, versando 322 milioni di euro a fronte di un aumento di capitale, vale a dire un sovrapprezzo di 0,93 euro per ogni azione di valore nominale di 1,00 euro. La presenza di un sovrapprezzo è curiosa, visto che questa società aveva acquistato Alitalia a un prezzo «di mercato» solo un mese prima: quale incremento di valore poteva essere maturato in così breve tempo tale da giustificare che Air France pagasse, per una posizione, seppur rilevante, di minoranza (senza, almeno per quanto risulta pubblicamente, alcun patto parasociale che garantisca l'acquisto del controllo)<sup>34</sup>, quasi il doppio di quello che avevano pagato gli azionisti precedentemente? C'era forse un valore degli asset che non è emerso? Un valore che deriva da un prezzo d'acquisto troppo basso? È una domanda legittima, ma a cui è difficile rispondere.

Il 20 aprile 2009 si tenne infine l'assemblea degli obbligazionisti di Alitalia, avente all'ordine del giorno la tutela degli stessi obbligazionisti in relazione all'insolvenza di Alitalia. Il Ministro dell'Economia – titolare della massima parte delle obbligazioni assieme ad alcune banche beneficiarie dei finanziamenti pubblici per mezzo dei cosiddetti Tremonti-bond – non intervenne, facendo mancare il numero legale per qualsiasi deliberazione. Il conflitto d'interesse è evidente.

<sup>33</sup> Comunicato-stampa del commissario di Alitalia, 2 dicembre 2008.

<sup>34</sup> Lo statuto di CAI prevede una clausola di c.d. lock-up, che impedisce per cinque anni (ma in termini meno chiari di quanto è stato detto alla stampa) la cessione delle azioni a chi non sia «cittadino italiano ovvero una persona giuridica di diritto italiano direttamente o indirettamente controllata da persone, fisiche o giuridiche, di diritto italiano»: art. 7.

## 11. UN GIUDIZIO DI SINTESI

È tempo di interrogarsi se questa successione di comportamenti inusuali e di leggi ad hoc abbiano avuto conseguenze, e quali<sup>35</sup>.

In primo luogo, e alla luce del fatto che Alitalia è stata poi assoggettata ad una procedura concorsuale che ha recato gravi perdite agli azionisti, ai creditori e allo Stato, è stato scarsamente responsabile interferire sulla cessione di Alitalia ad Air France-KLM, illudendo i sindacati (gravemente colpevoli nel crederlo) che vi erano altri potenziali acquirenti e che un'altra soluzione di mercato era possibile.

Anche una volta che l'insolvenza si era verificata, la gestione della procedura è stata a dir poco discutibile, soprattutto nelle cruciali prime settimane dopo la sua apertura. È vero che è una prassi del nostro paese affrontare la crisi delle grandi imprese con norme ad hoc, e che talvolta tali crisi sono state l'occasione di grandi «balzi in avanti», come accadde nel caso Parmalat (la cui legislazione ha costituito l'ossatura per la riforma del concordato preventivo). Nessun balzo in avanti, ed anzi significativi passi indietro, si sono verificati nel caso Alitalia.

A tutto concedere, infatti, poteva giustificarsi l'emanazione di norme speciali che assicurassero la continuità del servizio di trasporto aereo, come quelle che consentirono ad Alitalia sottoposta alla procedura di amministrazione straordinaria il mantenimento delle licenze e degli slot aeroportuali. Tutto il resto è stato il frutto di scelte di politica economica, fatta mediante leggi che hanno derogato a tutto quello che si frapponeva fra l'azienda Alitalia e un *determinato acquirente*. Tale acquirente, destinato ad acquistare le spoglie di Alitalia-cadavere, era stato invitato a farsi avanti quando Alitalia era agonizzante, ma ancora viva. Ed Alitalia è stata tenuta artificialmente in vita, fra la fine di aprile e la fine di agosto 2008, per il tempo necessario perché l'acquirente fosse pronto.

Tutto ciò ha prodotto conseguenze. Ogni concorrenza per l'acquisto degli asset di Alitalia è stata apertamente scoraggiata con comportamenti chiarissimi del governo<sup>36</sup>, ed era comunque oggettivamente sfavorita dal fatto che mentre i concorrenti stranieri avrebbero dovuto ottenere la prescritta

<sup>35</sup> Un giudizio pesantissimo, corredato da fatti e considerazioni penetranti, viene da P. Schlesinger, *Le carte truccate dell'Alitalia*, in «Micromega», n. 6/2008, 204.

<sup>36</sup> Il 20 settembre 2008, commentando la situazione creatasi a seguito dell'abbandono di CAI, il presidente del consiglio affermò: «Di questo passo, Alitalia va dritta al fallimento». Nessuna smentita di questa affermazione, contraria al chiaro disposto della legge sull'amministrazione straordinaria e dannosa per Alitalia (si pensi all'effetto su chi doveva prenotare voli a distanza di settimane), venne dal commissario di Alitalia. In caso di abbandono di



autorizzazione preventiva all'acquisto (Regolamento CE 139/2004), i concorrenti italiani ne erano stati esonerati dalla apposita leggina-provvedimento, applicabile a tutte le operazioni riguardanti imprese operanti in servizi pubblici essenziali sottoposte a procedure di amministrazione straordinaria, compiute entro il 30 giugno 2009 (in pratica, solo Alitalia). È così che CAI ha potuto eseguire la concentrazione di Alitalia e Air One, creando un monopolio su moltissime rotte. Anche se la deroga antitrust ha resistito al vaglio di costituzionalità<sup>37</sup>, i consumatori, poco tutelati anche a causa di un imbarazzante provvedimento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato<sup>38</sup>, certo non ci hanno guadagnato<sup>39</sup>.

CAI, invece, vi sarebbero stati per legge mesi per trovare acquirenti (lo si ricordi: per il solo *attivo* di Alitalia, senza debiti).

<sup>37</sup> C. cost. 22 luglio 2010, n. 270, ha ritenuto costituzionalmente legittimo l'art. 4-quinquies del d.l. 347/2003, in quanto la legge-provvedimento per Alitalia ha avuto una dichiarata «connotazione di politica economica e di regolazione del mercato imposta da una situazione eccezionale», essendo mossa da «interessi generali costituzionalmente rilevanti che, anche alla luce delle peculiarità della fase economica e del servizio pubblico espletato dalle imprese coinvolte nella concentrazione, sono riconducibili alle clausole generali «utilità sociale» e «fini sociali» dell'art. 41, secondo e terzo comma» della costituzione. La tutela dei consumatori sarebbe poi assicurata dai poteri di intervento successivo concessi all'Autorità Garante.

<sup>38</sup> Il 3 dicembre 2008 l'Autorità Garante della concorrenza e del mercato emise il provvedimento previsto dall'art. 4-quinquies del d.l. 347/2003 (come modificato dal 134/2008), prescrivendo le «misure comportamentali idonee a prevenire il rischio di imposizione di prezzi o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose per i consumatori in conseguenza dell'operazione» (decisione C9812 – Compagnia Aerea Italiana/Alitalia Linee Aeree Italiane – AirOne, in Bollettino n. 46/2008 del 12 gennaio 2009). Si tratta di provvedimento a dir poco sorprendente: la concentrazione interessava 22 rotte nazionali e 7 internazionali in cui si creava una sovrapposizione fra il 50% e il 100%. In relazione ad essa CAI aveva proposto di destinare 50 slot su Linate a rotte poco coperte, e l'Autorità salutò questa misura come importante perché strutturale e dunque superiore a ciò che essa avrebbe potuto prescrivere (la leggina le consentiva di prescrivere solo misure comportamentali). Si noti che Easyjet e Meridiana avevano proposto la cessione di slot per 5 anni, oppure la ridestinazione immediata di tali slot, ma l'Autorità risponde che questo costituiva misura strutturale e non comportamentale. Si veda un commento tecnico della decisione in M. Polo, *E Catricalà porge l'altra guancia*, in [www.lavoce.info](http://www.lavoce.info), 14 dicembre 2008. L'Autorità, come rimedio per la ridotta o azzerata concorrenza conseguente alla concentrazione, prescrisse l'offerta di almeno il 10% di voli «economy» alle stesse tariffe dell'anno precedente, e la creazione di un numero verde per disservizi e informazioni sulle cancellazioni, oltre a fornire un indennizzo aggiuntivo in caso di cancellazione su rotte in cui opera con minore concorrenza. Misure che fanno francamente sorridere.

<sup>39</sup> L'amministratore delegato di CAI, Rocco Sabelli, dichiarò l'11 settembre 2008: «Sul mercato domestico c'è la necessità di avere un maggiore presidio sulle rotte fondamentali e con Air One non lasciamo spazi ad altri competitor»: si veda la critica di L. Guiso, *Anti-trust, se ci sei batti un colpo!*, in [www.lavoce.info](http://www.lavoce.info), 11 settembre 2008. Un'attenta analisi

Le perdite per gli azionisti sono state ingenti, e solo in parte compensate da misure di indennizzo a spese dello Stato dei piccoli azionisti<sup>40</sup>. Ancora più ingenti sono state le perdite per i creditori, anch'essi – ma solo se piccoli obbligazionisti – indennizzati dallo Stato. Il vero perdente, tuttavia, è il contribuente, che ha visto impiegare in questa operazione oltre un miliardo di euro da parte dello Stato, sotto forma di perdite come azionista, perdite come obbligazionista, perdite come finanziatore per il finanziamento-ponte, costi per le eccezionali indennità concesse ai lavoratori licenziati, costi, infine – ed ha il sapore di una beffa – per l'indennizzo agli azionisti e agli obbligazionisti.

La difesa dei posti di lavoro (migliaia di lavoratori sono stati riassunti da CAI) non è una ragionevole giustificazione: l'operazione Air France-KLM non avrebbe comportato oneri superiori, e non è possibile dimostrare che i lavoratori sarebbero stati licenziati senza CAI: ciò, oltre ad apparire intuitivamente falso, poteva comunque essere impedito sulla base della legge applicabile, poiché a qualunque acquirente, anche diverso da CAI, poteva essere imposto di mantenere determinati livelli occupazionali (art. 63 d.lgs. 270/1999).

Infine, l'aver affrontato la crisi con norme e procedure costruite *ad hoc* che derogano alle regole generali, soprattutto alle norme su responsabilità di chi ha portato al dissesto e alle norme sulla concorrenza, lascia cadere un importante stimolo per gestioni efficienti. In futuro, i sindacati ricorderanno la dura lezione ricevuta e sapranno di non poter contare sulla sospensione indefinita delle leggi di mercato nemmeno nelle aziende a partecipazione pubblica (e questo è opportuno), ma altri potranno invece contare su futuri esoneri da responsabilità, nuove deroghe, opportunistiche modifiche: sarà sufficiente essere contigui a chi tempo per tempo sarà al potere, con buona pace delle regole di mercato.

(ancora critica) dei profili antitrust si trova in L. Stecchetti, *Law cost: ripercussioni della legge «salva Alitalia»*, cit. Si veda però G. Guizzi, *Concentrazione tra imprese e insolvenza (Appunti a margine del caso Alitalia)*, in «Riv. dir. comm.», 2009, I, 337, secondo cui la tutela della concorrenza è valore che nel caso di crisi di un'impresa deve coesistere ed essere temperato con altri valori di politica economica, anche al di là della tradizionale interpretazione della c.d. *failing firm doctrine* (secondo cui possono essere autorizzate concentrazioni in caso di crisi, quando l'effetto restrittivo della concorrenza si sarebbe comunque prodotto). Si tratta di argomentazioni fatte proprie dalla (successiva) pronuncia della Corte costituzionale di cui si è dato conto alla nota 38.

<sup>40</sup> Art. 7-octies del d.l. 10 febbraio 2009, n. 5, come convertito con l. 9 aprile 2009, n. 33, e come ulteriormente modificato con d.l. 1 luglio 2009, n. 78, convertito con modificazioni, dalla l. 3 agosto 2009, n. 102. La norma prevede un indennizzo per i piccoli obbligazionisti pari a circa il 70 per cento del valore delle obbligazioni possedute, e un indennizzo per i piccoli azionisti pari al prezzo di borsa delle azioni nell'ultimo mese di negoziazione, ridotto del 50 per cento (e dunque euro 0,22 per ogni azione posseduta).

Riassumendo:

- le procedure concorsuali si aprono solo quando è inevitabile, e qui non è successo, perché è stata, per colpa o per dolo, portata all'insolvenza un'impresa in difficoltà, ma che aveva un acquirente solido pronto a comprarla, con costi elevatissimi per i creditori e per lo stato;
- una volta che l'insolvenza si verifici, le procedure concorsuali devono essere prontamente aperte per impedire che il dissesto si aggravi, e nessuno può legittimamente impedirlo. In questo caso, l'apertura della procedura di amministrazione straordinaria (inevitabile dopo la fuga di Air France-KLM) è stata ritardata prima inducendo un prestito-ponte per favorire acquirenti che non c'erano, e poi con una richiesta esplicita agli amministratori di Alitalia di attendere la modifica della legge. Nel frattempo il dissesto si è effettivamente aggravato, e non è un caso che la legge speciale abbia esonerato gli ultimi amministratori e sindaci di Alitalia da qualunque responsabilità per la loro gestione;
- una volta che una procedura concorsuale sia stata aperta, con i connessi, gravi costi economici e sociali, occorre che ciò venga reso palese, e non è corretto nei confronti dei cittadini lasciar credere che si tratti solo di un'altra «privatizzazione», come accadde all'indomani della presentazione del «Piano Fenice»;
- la gestione delle procedure concorsuali, dato che incide su diritti soggettivi (dei creditori e di coloro che hanno stipulato contratti con l'impresa), deve mirare a tutelare tali diritti nel miglior modo possibile, compatibilmente con il contesto e con l'esistenza di altri interessi costituzionalmente tutelati. Se così non fosse, essa produrrebbe un'espropriazione senza indennizzo di tali diritti soggettivi, illegittima ai sensi dell'art. 42 della Costituzione e dell'art. 1 del protocollo addizionale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, norme che s'impongono a chiunque, non solo al governo, ma anche al Parlamento (art. 117 della costituzione e, dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, art. 6 del Trattato sull'Unione europea). Per questo motivo, tale gestione deve essere tecnica, e non politica: scelte politiche che portassero ad un sacrificio dei diritti dei creditori e dei contraenti dell'impresa costituirebbero nei loro confronti un'espropriazione. Per Alitalia ciò non è stato: mai si era visto nella nostra legislazione che al commissario straordinario fossero dati *ordini* dal presidente del consiglio dei ministri (art. 2, comma 2, d.l. 347/2003, appositamente modificato)<sup>41</sup>;

<sup>41</sup> Nella normativa generale sull'amministrazione straordinaria il Ministro per lo sviluppo economico deve autorizzare gli atti del commissario, che pertanto continua ad esserne responsabile. A differenza della prescrizione, l'autorizzazione si limita a rimuovere un

– soprattutto, *mai* era accaduto che una procedura concorsuale fosse utilizzata per trasferire asset ad un acquirente predeterminato. E invece proprio questo fu l'obiettivo dichiarato all'inizio<sup>42</sup>, salvo poi – anche di fronte alle difficoltà dell'attuazione del progetto – riportare *ex post* la procedura su binari almeno formalmente legittimi.

«Digerita» Alitalia, in Italia sarà difficile scandalizzarsi ancora di qualcosa che concerna l'insolvenza delle grandi imprese.

## 12. ALITALIA E LA NOTTE DEGLI IMBROGLI

Quando un obiettivo, per essere raggiunto, necessita di *decine* di modifiche e deroghe all'ordinamento previgente, come è accaduto nel caso Alitalia, possono esservi due sole spiegazioni: la prima è che l'ordinamento previgente era radicalmente ingiusto ed inadeguato, la seconda è che quell'obiettivo è *illegittimo*, nel senso che è contrario al diritto come sistema armonico di valori (la legge, come è noto, la si può modificare a piacimento)<sup>43</sup>.

Viene allora in mente una citazione di Manzoni che a mio avviso ben descrive il principio di effettività: la forza dei fatti accaduti, che prescinde dalle regole e le supera. Una frase che, rileggendola, sembra proprio adatta al nostro caso.

Durante la notte degli imbrogli, Renzo, assalito dai dubbi, chiede ad Agnese: «Ma come è possibile che si faccia questo matrimonio a sorpresa, che non è secondo le regole ma che poi va bene?». E Agnese, donna concreta, gli risponde: «Ma che volete che vi dica? La legge l'hanno fatta loro come gli è piaciuto; e noi poverelli non possiamo capir tutto. E poi quante cose... Ecco, è come lasciar andare un pugno a un cristiano. Non istà bene; ma, dato che gliel'abbiate, né anche il papa non glielo può levare!»<sup>44</sup>.

ostacolo al compimento di un atto. Né si dica che i creditori sono stati indennizzati: lo sono stati (in misura esigua) i piccoli obbligazionisti, ma non tutti gli altri, inclusi le banche (che finora si sono ben guardate dal levare la loro voce: si ricordi l'esito dell'assemblea degli obbligazionisti del 20 aprile 2009, di cui sopra si è fatto cenno!).

<sup>42</sup> Si veda il comunicato del presidente del consiglio del 28 agosto 2008, citato alla nota 25.

<sup>43</sup> P. Grossi, *Società, diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Milano, 2007.

<sup>44</sup> A. Manzoni, *I promessi sposi*, cap. VI, corsivi aggiunti.