

CRISI E INSOLVENZA NEL PASSAGGIO FRA VECCHIO E NUOVO ASSETTO ORDINAMENTALE: CONSIDERAZIONI PROBLEMATICHE*

di STEFANO AMBROSINI

Sommario: 1. Crisi e insolvenza nell'attuale disciplina concorsuale. – 2. La nozione di insolvenza nella più recente giurisprudenza di legittimità. – 3. Il dibattito sulla c.d. insolvenza prospettica. – 4. La distinzione fra insolvenza e crisi nel nuovo Codice e il presupposto oggettivo dei vari istituti. – 5. *Segue*. L'individuazione del presupposto oggettivo delle procedure di allerta e di composizione assistita. – 6. Considerazioni conclusive: alterità concettuale sul piano teorico e profili di "sincretismo" dal punto di vista applicativo.

1. *Crisi e insolvenza nell'attuale disciplina concorsuale.*

Fino a circa tre lustri fa, la disciplina tuttora vigente non conosceva la nozione di crisi, bensì solo quella di insolvenza, che in base a quanto disposto dall'art. 5 l. fall. può definirsi, notoriamente, come l'impossibilità strutturale (vale a dire non meramente transitoria), da parte dell'imprenditore commerciale, di adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni.¹

* Il presente contributo è destinato agli *Studi in onore di Michele Sandulli*, nonché (in una versione più ridotta) al volume PANZANI-ZANICHELLI-CAGNASSO-AMBROSINI, *La riforma del diritto della crisi d'impresa*, di prossima pubblicazione per i tipi dell'Editrice Zanichelli.

¹ Fra gli scritti più recenti e completi in argomento è d'obbligo il riferimento a SANDULLI, *Il presupposto oggettivo*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da Jorio e Sassani, I, Milano, 2014, pp. 137 e ss., cui *adde*, in precedenza, TERRANOVA, *Lo stato di insolvenza*, in *Le procedure concorsuali. Il fallimento*, diretto da Ragusa Maggiore e Costa, I, Torino, 1997, pp. 251 ss.; JORIO, *Le crisi d'impresa. Il fallimento*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Iudica-Zatti, Milano, 2000, pp. 205 e ss.; CENSONI, *Il presupposto oggettivo del fallimento. Lo stato di insolvenza*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, diretto da

La riforma del 2005 ha stabilito che può accedere al concordato preventivo il debitore in stato di “crisi”.² Questo termine, in precedenza estraneo alla legge fallimentare, non risultava peraltro inedito nel nostro ordinamento, se è vero che già nel 1979 la legge istitutiva dell'amministrazione straordinaria si riferiva, appunto, alle «grandi imprese in crisi»³ e che il titolo IV del testo unico bancario del 1993 era – ed è tutt'oggi – rubricato «*Disciplina delle crisi*». Manca tuttavia, in questi come in altre previsioni normative ove il vocabolo “crisi” compare, una sua definizione; fa eccezione, per vero, il d.lgs. n. 122/2005, contenente disposizioni per la tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire⁴, ma si tratta di disciplina settoriale, improntata a finalità specifiche e, come tale, insuscettibile di fornire una nozione dotata di valenza generale⁵.

L'avvenuta sostituzione, quale presupposto del concordato, dell'insolvenza con lo stato di crisi è risultata foriera, ad un

Panzani, I, Torino, 2000, p. 89 ss.; CAVALLI, *I presupposti del fallimento*, in AMBROSINI-CAVALLI-JORIO, *Il fallimento*, in *Trattato di diritto commerciale* diretto da Cottino, XI, 2, Padova, 2009, pp. 123 e ss.

² In letteratura cfr., in luogo di altri, ZANICHELLI, *I concordati giudiziali*, Torino, 2010, pp. 4 e ss.; FERRO, *La dichiarazione di fallimento e l'ammissione ai concordati (ordinario e con riserva)*, in *Fallimento*, 2013, pp. 1086 ss.; PRESTI, *Stato di crisi e stato di insolvenza*, in *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, diretto da Cagnasso e Panzani, I, Milano, 2016, pp. 400 e ss.; CENSONI, *Il concordato preventivo*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da Jorio e Sansani, IV, Milano, 2016, pp. 41 e ss.

³ Il d.lgs. n. 270/1999, che l'ha sostituita, parla invece di grandi imprese in stato di insolvenza e così pure la l. n. 39/2004, che ha convertito in legge il d.l. n. 347/2003 (c.d. decreto Parmalat).

⁴ In argomento cfr., fra gli altri, PANZANI, *I fallimenti immobiliari*, in *La riforma della legge fallimentare. Profili della nuova disciplina*, a cura di Ambrosini, Bologna, 2006, p. 259 ss.

⁵ Ne costituisce puntuale riprova il fatto che la norma in questione menziona come situazioni di crisi, accanto alla domanda di concordato preventivo ed ai provvedimenti di assoggettamento alle altre procedure concorsuali, la trascrizione del pignoramento relativo all'immobile oggetto di compravendita. Ed al riguardo si è giustamente osservato che tale disposizione «considera lo stato di crisi in un'ottica particolare, quella dell'impossibilità del costruttore di attuare liberamente il programma edificatorio anche in dipendenza dell'avvio di un procedimento esecutivo individuale o di un procedimento concorsuale di liquidazione coatta amministrativa, che di regola si accompagna ad uno stato di insolvenza, ma non lo presuppone necessariamente. La norma in questione – proprio perché considera i casi in cui lo stato di crisi si intende verificato al fine particolare di consentire l'escussione della fideiussione rilasciata a garanzia della restituzione del corrispettivo riscosso dal costruttore – non offre argomenti atti né ad affermare, né ad escludere l'equiparabilità dello stato di crisi allo stato di insolvenza al fine dell'ammissione alla procedura di concordato preventivo» (GUGLIELMUCCI, *La riforma in via d'urgenza della legge fallimentare*, Torino, 2005, p. 58).

tempo, di delicati problemi interpretativi e di rilevanti implicazioni sistematiche.

Il primo dubbio che si è posto all'indomani della novella (e dunque anteriormente all'introduzione del secondo comma dell'art. 160 ad opera della l. n. 51/2006) attiene al rapporto che intercorre tra i due concetti in questione. Secondo un autore, il concordato preventivo era divenuto uno strumento destinato all'imprenditore in crisi ma non ancora tecnicamente insolvente⁶, con la conseguenza che, ove nel corso della procedura si fosse manifestata una situazione di vera e propria insolvenza, si sarebbe dovuto far luogo alla dichiarazione di fallimento.

È questa un'impostazione che chi scrive ha già avuto modo di criticare, sulla scorta del rilievo che non vi era, nella riforma, alcuna traccia di una supposta volontà del legislatore di precludere al debitore insolvente l'accesso al concordato preventivo e che, anzi, il concordato continuava a rappresentare un mezzo per evitare il fallimento, sicché non avrebbe avuto alcun senso impedirne il ricorso a quanti già versino in stato di decozione. Semplicemente, in virtù del nuovo art. 160 il concordato era venuto a costituire un rimedio a disposizione anche di quegli imprenditori che, pur già in crisi, si fossero attivati per *prevenire* l'insorgere di una situazione di vera e propria insolvenza.

Ne consegue che i concetti di "crisi" e di "insolvenza" – come si è osservato in sede di primissimo commento della novella del 2005⁷ – si ponevano fra loro in rapporto di genere a specie, nel senso che l'insolvenza rappresentava *una delle forme* (sicuramente la più grave) in cui poteva manifestarsi la crisi dell'impresa commerciale: e ciò comportava, per l'appunto, che l'imprenditore insolvente potesse senz'altro continuare a chiedere l'ammissione al concordato⁸.

Va detto comunque che il dibattito su tale aspetto ha avuto vita

⁶ È questa la posizione espressa in passato da BOZZA, *Le condizioni soggettive ed oggettive del nuovo concordato*, in *Fallimento*, 2005, p. 952 ss., ed *ivi* p. 954.

⁷ AMBROSINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: prime riflessioni*, in *Fallimento*, 2005, p. 949.

⁸ Conforme PANZANI, *Il D.L. 35/2005, la legge 14 maggio 2005, n. 80 e la riforma della legge fallimentare*, Milano, 2005, p. 7, il quale rimarca l'opportunità che l'accesso alla procedura non sia precluso all'imprenditore insolvente, giacché, altrimenti, «si rischierebbe di compromettere uno degli scopi della riforma: l'emersione anticipata delle situazioni di difficoltà, in un momento in cui le condizioni dell'impresa non sono irrimediabilmente compromesse». Nel medesimo senso, tra gli altri, PACCHI, *La riforma del concordato preventivo. Uno sguardo al passato*, in *Il nuovo concordato preventivo*, a cura di Pacchi, Milano, 2005, p. 6.

breve, giacché il punto ha costituito oggetto di un intervento chiarificatore in sede legislativa, quanto mai opportuno data la rilevanza del tema. Il nodo è stato infatti sciolto gordianamente dall'art. 36 del d.l. n. 273/2005, convertito nella l. n. 51/2006, il quale ha aggiunto all'art. 160 un secondo comma, ai sensi del quale «per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza»⁹.

L'aver appurato in via definitiva che il sottoinsieme “insolvenza” è ricompreso nell'insieme “crisi” non consente ancora tuttavia, alla stregua della vigente formulazione della norma, di fornire una definizione dello “stato di crisi” per la parte in cui quest'ultimo non si sovrappone allo stato di insolvenza.

Contrariamente a quanto da alcuni sostenuto¹⁰, non pare che l'imprenditore in crisi (ma non insolvente) sia *sic et simpliciter* quello che, in base al disposto del vecchio art. 187 in tema di amministrazione controllata, versa in una condizione di temporanea difficoltà di adempiere alle proprie obbligazioni¹¹; e ciò a prescindere dalla qualificazione, invero discussa¹², di insolvenza reversibile (contrapposta all'insolvenza irreversibile) quale fornita dalla giurisprudenza a supporto della teoria della c.d. *consecutio* fra amministrazione controllata e fallimento ai fini del decorso del periodo sospetto a partire dalla prima procedura.

La situazione di illiquidità, infatti, ancorché statisticamente assai frequente, non costituisce - come già osservato in altra

9 Ed in proposito non pare condivisibile l'opinione di chi reputa che «il legislatore abbia utilizzato, qui, il termine “insolvenza” in un significato diverso da quello desumibile dall'art. 5, legge fallim.»; giacché tale assunto muove dal presupposto, a sua volta - come si dirà subito in appresso nel testo - criticabile, secondo cui «già prima la “crisi”, in cui versa chi propone un concordato, doveva intendersi come “insolvenza”» (TERRANOVA, *Stato di crisi, stato d'insolvenza, incapacienza patrimoniale*, in *Dir. fall.*, 2006, I, pp. 569-570).

10 GALLETTI, *La ripartizione del rischio di insolvenza*, Bologna, 2006, p. 195.

11 Cfr. DEMARCHI, *Sub art. 163*, in AMBROSINI-DEMARCHI, *Il nuovo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, 2005, p. 81, il quale osserva che «la temporanea difficoltà di adempiere di cui all'art. 187 l. fall. non si identifica con il generale concetto di crisi, ma ne costituisce uno dei possibili aspetti».

12 Cfr. TERRANOVA, *Lo stato d'insolvenza: per una concezione formale del presupposto oggettivo del fallimento*, in *Giur. comm.*, 1996, I, pp. 62 ss., ove il rilievo che questa terminologia è ambigua, perché non chiarisce se la crisi sia superabile senza il ricorso a procedure concorsuali o, all'opposto, soltanto per il tramite di esse.

sede¹³ - un elemento indefettibile dello stato di crisi¹⁴, potendo la condizione di malessere economico manifestarsi in altri modi, a cominciare da un forte squilibrio nei conti dell'impresa. Ben può accadere, in altri termini, che, pur al cospetto di un significativo "sbilancio" fra l'attivo e il passivo, l'impresa non abbia (ancora) problemi di liquidità, ad esempio perché non è del tutto venuta meno la concessione di credito da parte del sistema bancario.

Non sembrano quindi esservi dubbi sul fatto che nell'ambito del concetto di crisi vada ricondotta anche la nozione di insufficienza patrimoniale di cui all'art. 2394 c.c., la quale è comunemente individuata nella eccedenza delle passività sulle attività del patrimonio netto dell'impresa, ovvero in una situazione in cui l'attivo sociale, raffrontato ai debiti della società, sia insufficiente al loro soddisfacimento¹⁵.

D'altra parte, la c.d. crisi finanziaria, intesa come squilibrio nel rapporto fra flussi di risorse e fabbisogno monetario dell'impresa, non è equiparabile *tout court* all'insolvenza, quanto meno ogniqualvolta essa non dipenda da cause strutturali e comunque non appaia connotata da sufficiente stabilità.

Nell'odierna disciplina, lo stato di crisi è dunque – com'è stato ben detto – «comprensivo tanto dell'insolvenza vera e propria quanto di situazioni ad essa prodromiche o finitime, ma che insolvenza ancora non sono e che, verosimilmente, dovrebbero distinguersene proprio sul piano di un loro possibile superamento, sia pure attraverso provvedimenti straordinari di riorganizzazione e di ristrutturazione del debito»¹⁶. E in situazioni di

¹³ AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, diretto da Vassalli, Luiso e Gabrielli, IV, Torino, 2014, pp. 42 e ss.

¹⁴ Non a caso, in dottrina si è osservato, sul punto, che «attraverso la riconduzione alla nozione di crisi della temporanea difficoltà di adempiere non si risolve (...) il problema dell'attribuzione allo stato di crisi di un significato diverso da quello di stato di insolvenza» (GUGLIELMUCCI, *La riforma in via d'urgenza*, cit., p. 59).

¹⁵ Cfr. Cass., 25 luglio 2008, n. 20476, in *Dir. e prat. soc.*, 2008, 22, p. 74. Meno condivisibile e non del tutto scevro da aporie sul piano logico risulta invece l'ulteriore assunto secondo il quale «l'insufficienza patrimoniale è una condizione più grave e definitiva della mera insolvenza», laddove l'insolvenza «connota uno stato di salute dell'impresa meno grave del vero e proprio deficit patrimoniale, dal momento che anche in caso di patrimonio netto negativo la società potrebbe adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni (ad esempio, grazie alle disponibilità creditizie di cui goda)».

¹⁶ Così CAVALLI, *La dichiarazione di fallimento. Presupposti e procedimento*, in *La riforma della legge fallimentare. Profili della nuova disciplina*, a cura di

questo genere può rientrare anche l'intervenuta riduzione del capitale al di sotto del minimo legale (che certo non integra di per sé uno stato di decozione), nella misura in cui la prospettiva della liquidazione (con conseguente riduzione del valore dei cespiti, fino a quel momento calcolato nell'ottica della continuità aziendale) risulti idonea a mettere a repentaglio la possibilità di soddisfacimento dei creditori¹⁷.

D'altronde, depone senz'altro nel senso della non coincidenza fra crisi e insolvenza la considerazione che, diversamente opinando, dovrebbe concludersi che la modifica apportata dalla riforma all'art. 160 sia, per l'appunto, priva di significato.

Ciò detto in linea teorica, è opportuno soggiungere come assai spesso, in concreto, la linea di demarcazione fra crisi e insolvenza si presenti alquanto sottile. La stessa crisi finanziaria, a ben vedere, può essere riguardata diversamente a seconda delle lenti che si inforcano per esaminare il fenomeno; ed al riguardo va verosimilmente condivisa l'affermazione secondo cui «tutto dipende dall'orizzonte cronologico al quale si fa riferimento (...): la crisi finanziaria preclude, o non preclude, il ritorno alla normalità, a seconda che la prognosi venga riferita ad un termine breve (al limite immediato), o riguardi un più lungo lasso di

Ambrosini, Bologna, 2006, p. 31; nel medesimo senso SANDULLI, *Sub art. 160*, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di Nigro e Sandulli, II, Torino, 2006 p. 983, il quale sostiene che lo «stato di crisi» vada inteso «come espressione omericomprensiva di ogni fenomeno di “malessere” economico-finanziario dell'imprenditore». Analogamente, in precedenza, PACCHI, *I presupposti del nuovo concordato preventivo*, in *Il nuovo concordato preventivo*, a cura di Pacchi, cit., p. 61, cui sia consentito aggiungere AMBROSINI, *Sub art. 160*, in AMBROSINI-DEMARCHI, *Il nuovo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 17, ove il rilievo che nel concetto di crisi rientrano «le situazioni nelle quali il venir meno dell'equilibrio economico-finanziario comporta il pericolo che l'imprenditore non sia, di lì a breve, più in grado di adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni»; JORIO, *Sub art. 160*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di Nigro, Santoro e Sandulli, III, Torino, 2010, p. 2041. In giurisprudenza v., fra le altre pronunce rese all'indomani della novella, Trib. Milano, 7 novembre 2005, *ivi*, 2006, p. 51, il quale ha affermato che «in materia di presupposto oggettivo di ammissibilità alla procedura di concordato preventivo lo “stato di crisi” può ricorrere tanto nella situazione di stato di insolvenza dell'imprenditore quanto nelle diverse situazioni di difficoltà finanziaria, non necessariamente prodromiche allo stato di insolvenza»; Trib. Palermo, 17 febbraio 2006, in *Fallimento*, 2006, 570, secondo cui, «ai fini dell'ammissione al concordato preventivo, lo stato di crisi comprende l'insolvenza, ossia quella situazione d'impotenza economica funzionale e non transitoria che non consente all'imprenditore di far fronte alle proprie obbligazioni con mezzi normali per il venir meno di quelle condizioni di liquidità e di credito necessarie alla propria attività, ma può anche consistere in altre situazioni di minore gravità che sono potenzialmente idonee a sfociare nell'insolvenza medesima».

¹⁷ Cfr. GUGLIELMUCCI, *La riforma in via d'urgenza*, cit., p. 61.

tempo»¹⁸.

Neppure l'elemento della reversibilità del dissesto, d'altra parte, va enfatizzato oltre un certo limite, se è vero che la giusta considerazione della dimensione dinamica propria dell'attività d'impresa deve tener conto del fatto che valutazioni spiccatamente aleatorie appaiono difficilmente conciliabili con la "filosofia" del nostro sistema concorsuale¹⁹.

Ed anzi, che lo stato di cui all'art. 5 l. fall. non possa reputarsi "ontologicamente" incompatibile con il risanamento dell'impresa lo si evince con chiarezza dal regime dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, la quale, benché rivolta esclusivamente ad imprenditori di cui il tribunale abbia dichiarato l'insolvenza, vede quale esito possibile (seppure, per il vero, statisticamente infrequente) l'esecuzione del piano di risanamento di cui all'art. 27, comma 2, lett. b), d.lgs. n. 270/1999, il cui esito naturale è il ritorno *in bonis* del debitore²⁰; obiettivo, questo, ancor più enfatizzato dal d.l. n. 347/2003, convertito nella l. n. 39/2004.

A riprova della tendenza del legislatore ad utilizzare nozioni più late del tradizionale concetto di insolvenza (pur in esse chiaramente ricompreso) sta la definizione di «sovraindebitamento» (contenuta nella l. 27 gennaio 2012, n. 3, come novellata dal d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, nella l. 17 dicembre 2012, n. 221), nell'ambito della quale è stato individuato il presupposto oggettivo della procedura di composizione delle crisi, appunto, da sovraindebitamento²¹.

Tale locuzione è espressamente definita dall'art. 6, comma 2, come una «situazione di perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte e il patrimonio prontamente liquidabile per farvi fronte, che determina la rilevante difficoltà ad adempiere le proprie ob-

¹⁸ TERRANOVA, *Stato di crisi, stato d'insolvenza, incapacità patrimoniale*, cit., p. 561.

¹⁹ Ne consegue – come afferma CAVALLI, *La dichiarazione di fallimento*, cit., p. 32 – che, «qualora l'incapacità d'adempire presenti un connotato di sufficiente stabilità, l'impresa è insolvente anche se la situazione di crisi potrebbe ritenersi potenzialmente reversibile».

²⁰ E v., tra gli altri, MEO, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, diretto da Vassalli, Luiso e Gabrielli, IV, cit., p. 1075.

²¹ In argomento v., in luogo di altri, FERRO, *L'insolvenza civile*, in *Sovraindebitamento e usura*, a cura dello stesso Ferro, Milano, 2012, pp. 49 ss.

bligazioni, ovvero la definitiva incapacità di adempierle regolarmente»²². Una nozione, questa, che, abbracciando situazioni che nei prodromi dello stato di insolvenza possono manifestarsi in modo differente, palesa l'intento del legislatore di anticipare la tutela, concedendo un ombrello protettivo non al solo debitore *stricto sensu* insolvente, ma anche a chi versa in uno stato di tensione finanziaria non necessariamente irreversibile. Ed infatti, l'aggettivo "perdurante" che qualifica lo squilibrio tra il patrimonio prontamente liquidabile e le obbligazioni assunte dal debitore (vale a dire tra le passività e l'attivo di pronto realizzo patrimoniale) individua il carattere non sporadico del momento di criticità, ancorché pur sempre reversibile. E ciò a puntuale conferma, ove ce ne fosse bisogno, che l'ordinamento attribuisce "diritto di cittadinanza" a situazioni di difficoltà economica diversa dallo stato di insolvenza.

La valenza e la portata del termine "crisi", testé esaminate da un punto di vista strettamente giuridico, si colgono con maggior completezza enucleando le varie tipologie di crisi sul piano economico, in ragione di come esse in concreto si presentano²³; tanto più che i piani di ristrutturazione – come l'esperienza insegna – si atteggiavano diversamente, appunto, a seconda delle caratteristiche concrete della crisi e del suo grado di intensità²⁴.

Come già ricordato, assai frequentemente la situazione di crisi emerge da problemi di natura finanziaria, che tuttavia costituiscono, di regola, la spia di altre più gravi difficoltà.

Se la crisi è esclusivamente di tipo finanziario, dovuta quindi

22 La relazione del *Conseil national du Crédit* alla legge 31 dicembre 1989, n. 1010, *relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles* (poi modificata dalla **legge del 13 dicembre 2000, n. 1208**), definisce il sovraindebitamento come: «una crisi di liquidità che sorge allorché un ménage non dispone, per un certo periodo di tempo, delle liquidità necessarie per far fronte agli impegni precedentemente assunti». Sul tema cfr. CAPPONI, *L'insolvenza del debitore civile: una recente iniziativa del legislatore francese*, in *Corr. giur.*, 1990, p. 1057.

23 In argomento v., BRUGGER, *Sub art. 160. Profili aziendali*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, Commentario diretto da Jorio e coordinato da Fabiani, cit., p. 2304 ss., nonché, in precedenza, GUATRI, *Turnaround. Declino, crisi e ritorno al valore*, Milano, 1995; CAPRIO (a cura di), *Gli strumenti per la gestione delle crisi finanziarie in Italia: un'analisi economica*, Milano, 1997. Nella letteratura straniera è sempre attuale e stimolante il volume di SLATTER-LOVETT, *Corporale turnaround*, London, 1999.

24 Per una lettura anche in chiave economica dei fenomeni connessi alle crisi d'impresa cfr., *ex aliis*, GALLETTI, *La ripartizione*, cit.; STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, Bologna, 2007. Si vedano anche, più di recente, DANOVÌ-QUAGLI, *Crisi aziendali e processi di risanamento*, Milano, 2012; AMBROSINI-ANDREANI-TRON, *Crisi d'impresa e restructuring*, Milano, 2013, ove ulteriori riferimenti.

ad uno squilibrio fra la struttura degli investimenti e quella dei finanziamenti (debiti sovradimensionati rispetto al *cash flow* generato dalla gestione, oppure asimmetrie temporali fra fabbisogno e finanziamento), essa richiede, per essere superata, un “consolidamento” del debito contestuale ad una sua riduzione, ove possibile attraverso misure di ricapitalizzazione, nonché, sotto il profilo strategico, un monitoraggio dell’attività improntato ad uno sviluppo davvero sostenibile dall’impresa.

Ove, invece, come normalmente accade, la crisi sia anche di carattere patrimoniale, il suo superamento presuppone interventi più incisivi, diretti sia all’organizzazione aziendale, sia alla sfera patrimoniale e finanziaria dell’impresa.

Quando la crisi assume carattere strutturale (rappresentando l’effetto combinato di una perdita di competitività dell’impresa e di una generale sofferenza del settore merceologico di riferimento), gli strumenti dell’accordo di ristrutturazione dei debiti e del concordato preventivo possono risultare assai utili, non solo in un’ottica puramente liquidatoria. Ed invero, in questo caso il piano di ristrutturazione può contemplare (ed anzi, di regola, contempla), oltre alle indefettibili drastiche misure di tipo patrimoniale e finanziario, la revisione delle strategie e dei processi aziendali in vista del miglioramento dei risultati di gestione, nonché la dismissione delle attività considerate “marginali” e quindi non strategiche rispetto all’obiettivo del *turnaround* (unitamente, ove possibile, all’ingresso di nuovi soci o comunque all’immissione di nuova liquidità, ciò che, tuttavia, raramente risulta possibile nella fase iniziale).

Di qui la conferma, anche dall’angolo visuale da ultimo considerato, della difficoltà di delineare in modo perfettamente nitido i contorni del concetto di crisi.

2. La nozione di insolvenza nella più recente giurisprudenza di legittimità.

Proprio le “zone grigie” di cui si è detto in precedenza continuano a dar luogo a una produzione giurisprudenziale alquanto copiosa e variegata in tema di stato di insolvenza.

I più recenti approdi dei giudici di legittimità, nondimeno, consentono di individuare con sufficiente perspicuità i tratti caratterizzanti la fattispecie in esame. Negli ultimi anni, infatti, la giurisprudenza di Cassazione in materia è andata progressivamente formandosi, pur al cospetto di situazioni concrete alquanto diversificate fra loro, avendo riguardo soprattutto a due aspetti: gli inadempimenti del debitore e il rapporto tra passività e attività di cui al bilancio dell'impresa.

Sotto il primo profilo, la differenza fra inadempimento e insolvenza è stata da tempo chiarita: l'inadempimento, che è un *fatto* e non uno *stato*²⁵, rappresenta semplicemente uno degli eventi esteriori – in realtà il più importante e, non a caso, l'unico menzionato specificamente dall'art. 5 – attraverso cui può manifestarsi l'insolvenza²⁶.

L'inadempimento, peraltro, non è sempre rivelatore dell'insolvenza, come accade ogniqualevolta esso sia *voluto* dal debitore e non dovuto alla sua impossibilità di far fronte ai pagamenti, ovvero quando risulti di entità irrisoria e, come tale, privo di valenza sintomatica.

Per converso, lo stato d'insolvenza – come ribadito ancora di recente dalla Cassazione – “non suppone, necessariamente, l'esistenza di inadempimenti, né è da essi direttamente deducibile, essendo gli stessi, se effettivamente riscontrati, equiparabili agli altri fatti esteriori idonei a manifestare quello stato, con valore, quindi, meramente indiziario, da apprezzarsi caso per caso, e con possibilità di escludersene la rilevanza ove si tratti di inadempimento irrisorio”.²⁷

²⁵ “L'insolvenza differisce dall'inadempimento, poichè non indica un fatto, e cioè un avvenimento puntuale, ma appunto uno stato, e cioè una situazione dotata di un certo grado di stabilità: una situazione risolta in una "inidoneità" di dare regolare soddisfazione delle proprie obbligazioni”: così, da ultimo, Cass., 20 novembre 2018, n. 29913, in *Dejure.it*.

²⁶ “Lo stato di insolvenza dell'impresa, che esso presuppone, da intendersi come situazione (in prognosi) irreversibile, e non già mera temporanea impossibilità di regolare adempimento delle obbligazioni assunte, legittimamente può essere desunto, nel contesto dei vari elementi, anche dal mancato pagamento di un solo debito”: così Cass., 30 settembre 2004 n. 19611, in *Pluris-cedam.utetgiuridica.it*.

²⁷ Così Cass., 15 dicembre 2017, n. 30209, *ivi*, (nella specie, la Suprema Corte ha confermato la sentenza di merito che aveva ritenuto la sussistenza dello stato di insolvenza della società debitrice in base al riscontro di rilevanti passività, di numerose procedure esecutive e dell'omesso deposito dei bilanci relativi ai due esercizi sociali precedenti il fallimento”). In conformità v. anche Cass., 8 agosto

Per quanto attiene all'aspetto dello "sbilancio" fra attività e passività dell'impresa, la giurisprudenza di legittimità afferma che la verifica dello stato d'insolvenza dell'imprenditore commerciale esige la prova di una situazione d'impotenza, strutturale e non soltanto transitoria, a soddisfare regolarmente e con mezzi normali le proprie obbligazioni, "valutate nel loro complesso, in quanto già scadute all'epoca della predetta dichiarazione e ragionevolmente certe; ne consegue, quanto ai debiti, che il computo non si limita alle risultanze dello stato passivo nel frattempo formato, ma si estende a quelli emergenti dai bilanci e dalle scritture contabili o in altro modo riscontrati, anche se oggetto di contestazione, quando (e nella misura in cui) il giudice dell'opposizione ne riconosca incidentalmente la ragionevole certezza ed entità"²⁸.

Già in precedenza, del resto, la Suprema Corte aveva avuto modo di chiarire la possibile rilevanza sintomatica, nell'ambito di una valutazione complessiva, della netta prevalenza del passivo rispetto all'attivo: "anche il dato di un assai marcato sbilanciamento tra l'attivo e il passivo patrimoniale accertati, pur se non fornisce, di per sè solo, la prova dell'insolvenza - potendo comunque essere superato dalla prospettiva di un favorevole andamento futuro degli affari, o da eventuali ricapitalizzazioni dell'impresa - nondimeno deve essere attentamente valutato, non potendosene per converso radicalmente prescindere, perché l'eventuale eccedenza del passivo sull'attivo patrimoniale costituisce, pur sempre, nella maggior parte dei casi, uno dei tipici "fatti esteriori" che, a norma dell'art. 5 l. fall., si mostrano rivelatori dell'impotenza dell'imprenditore a soddisfare le proprie obbligazioni"²⁹.

I principi fin qui enucleati trovano puntuale conferma in una recente e interessante pronuncia di legittimità, relativa a un caso nel quale, in estrema sintesi, il debitore ricorrente sosteneva che

2013, n. 19027, in *Fallimento*, 2014, p. 475; Cass., 27 marzo 2014, n. 7252, in *Quotidianogiuridico.it*.

²⁸ Cass., 27 febbraio 2008, n. 5215, in *Fallimento*, 2008, p. 715, la quale soggiunge che: "quanto all'attivo, i cespiti vanno considerati non solo per il loro valore contabile o di mercato, ma anche in rapporto all'attitudine ad essere adoperati per estinguere tempestivamente i debiti, senza compromissione - di regola - dell'operatività dell'impresa, salvo che l'eventuale fase della liquidazione in cui la stessa si trovi renda compatibile anche il pronto realizzo dei beni strumentali e dell'avviamento".

²⁹ Cass., 1° dicembre 2005, n. 26217, in *Fallimento*, 2006, p. 965.

il concetto di insolvenza, rilevante ai fini del fallimento, non andasse determinato mediante la mera applicazione dei criteri civilistici vevoli in tema di inadempimento delle obbligazioni, bensì facendo riferimento alla c.d. insolvenza commerciale, e che su questa base dovessero favorevolmente considerarsi le attività che la società stava ponendo in essere al fine di superare la crisi; mentre il curatore fallimentare asseriva che lo stato d'insolvenza, ai fini della sua dichiarazione, andasse valutato nella sua *attualità*, non essendo possibile riconoscere alcun “diritto di cittadinanza” al concetto di *solvibilità prospettica* (ma solo a quello, peraltro inconferente nella specie, di insolvenza prospettica, cui è dedicato il paragrafo successivo del presente contributo).

La decisione in esame stabilisce, in modo del tutto corretto, che ai fini della dichiarazione di fallimento è necessario e sufficiente, sul piano del riscontro oggettivo, l'accertamento di una situazione d'impotenza economico-patrimoniale idonea a privare il soggetto della possibilità di far fronte, con mezzi normali, ai propri debiti; accertamento, questo, ben suscettibile di esser desunto, “più che dal rapporto tra attività e passività, dalla impossibilità dell'impresa di continuare a operare proficuamente sul mercato, fronteggiando con mezzi ordinari le obbligazioni. Sennonché, ammettendo che tutto ciò abbia a tradursi in una situazione in prognosi irreversibile, e non già in una mera temporanea impossibilità di regolare adempimento delle obbligazioni assunte, è certo che legittimamente la situazione di irreversibilità suddetta può essere desunta, nel contesto dei vari elementi, anche dal mancato pagamento dei debiti (addirittura di un solo debito). Quel che interessa infatti è che l'inadempimento sia sintomatico di un giudizio di inidoneità solutoria strutturale del debitore, e che quindi sia oggetto di valutazione complessiva. Il riferimento – precisa opportunamente la Cassazione – alla necessità di riscontrare l'insolvenza mediante una valutazione delle condizioni economiche necessarie (secondo un criterio di normalità) all'esercizio di attività economiche postula - semmai - che il detto stato non sia escluso - per le società operative - dalla circostanza che l'attivo superi il passivo e che non esistano conclamati inadempimenti esteriormente apprezzabili”³⁰.

³⁰ Cass., 20 novembre 2018, n. 29913, cit.

Con specifico riferimento allo “sbilancio” fra attivo e passivo, la Corte pone giustamente l’accento non già sulla sua rilevanza in sé, bensì sull’attitudine di detto elemento a denotare il venir meno della condizione di liquidità e di credito che ha causato l’impotenza strutturale dell’imprenditore ad adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni. “È fuor di dubbio infatti – si legge nel recente arresto della Corte – che l’accertamento dell’insolvenza, come sopra intesa, non s’identifica in modo necessario e automatico con il mero dato contabile fornito dal raffronto tra l’attivo ed il passivo patrimoniale dell’impresa; ed è parimenti indubbio che in presenza di un eventuale sbilancio negativo è pur possibile che l’imprenditore continui a godere di credito e sia di fatto in condizione di soddisfare regolarmente e con mezzi normali le proprie obbligazioni, configurandosi l’eventuale difficoltà in cui egli versa come meramente transitoria. Al tempo stesso ove - all’opposto - l’eccedenza di attivo dipenda dal valore di beni patrimoniali non agevolmente liquidabili, o la cui liquidazione risulterebbe incompatibile con la permanenza dell’impresa sul mercato e con il puntuale adempimento di obbligazioni già contratte, il presupposto dell’insolvenza può esser egualmente riscontrato. Nondimeno – conclude la decisione qui diffusamente riportata – è un fatto logicamente incontrovertibile che l’eventuale eccedenza del passivo sull’attivo patrimoniale costituisce, pur sempre, e nella maggior parte dei casi, uno dei tipici “fatti esteriori” che dimostrano l’impotenza dell’imprenditore a soddisfare le proprie obbligazioni”³¹.

3. Il dibattito sulla c.d. insolvenza prospettica.

Le disquisizioni intorno al concetto di insolvenza attengono con sempre maggiore frequenza, da vari anni a questa parte, alla prospettiva temporale cui va improntato il suo l’accertamento.

³¹ Cass. 20 novembre 2018, n. 29913, cit., la quale così prosegue: “anche a prescindere, cioè, dal semplice risultato della somma algebrica tra poste attive e passive della situazione patrimoniale, è evidente che sempre dai dati di contabilità dell’impresa è consentito muovere per poter vagliare, nella concretezza di ciascuna singola fattispecie, se il debitore disponga di risorse idonee a fronteggiare in modo regolare le proprie obbligazioni, avendo riguardo alla scadenza di queste e alla natura e composizione dei cespiti dai quali sia eventualmente ipotizzabile ricavare il necessario per farvi fronte”.

Sotto questo profilo, è da tempo oggetto di dibattito se l'apertura di una procedura concorsuale sia subordinata all'esistenza di una manifestazione *attuale* dell'incapacità patrimoniale dell'imprenditore³² o se, al contrario, vi siano i margini per dichiarare il fallimento anche sulla scorta di un giudizio *prognostico* circa l'imminente evoluzione economica e finanziaria dell'impresa³³.

Come già in altra sede ricordato³⁴, quest'ultima tesi è andata progressivamente affermandosi, soprattutto in giurisprudenza. Basti ricordare che già nel 2008 il Tribunale di Roma ebbe a dichiarare l'insolvenza dell'Alitalia all'esito di una valutazione dichiaratamente prospettica, desumendo il requisito oggettivo di cui all'art. 5 l. fall. "dalle pesanti perdite dell'ultimo esercizio [...]; dalle attuali stime relative all'andamento della compagnia nel terzo trimestre 2008, le quali evidenziano un patrimonio netto negativo; dall'indebitamento totale [...], il tutto a fronte di strumenti finanziari ormai alquanto ridotti"; elementi, questi, cui si è aggiunto l'ulteriore e decisivo rilievo – anch'esso di carattere previsionale – che, "nelle attuali condizioni, non è possibile ipotizzare alcun miglioramento, [...] per la notoria situazione

³² Il carattere attuale dell'impossibilità del debitore di far fronte alle proprie obbligazioni è circostanza comunemente posta a fondamento della dichiarazione di fallimento, dal momento che la maggior parte delle procedure concorsuali vengono aperte in presenza di uno o più inadempimenti, i quali – non a caso – sono additati dall'art. 5 l. fall. come il principale sintomo dell'insolvenza (cfr., *ex aliis*, GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, Torino, 2008, p. 41). La portata di questa circostanza viene enfatizzata – fino a trasformarla da mero dato istruttorio ad elemento della fattispecie – dall'orientamento giurisprudenziale secondo cui "lo stato di insolvenza per la dichiarazione di fallimento deve essere irreversibile ed attuale e non vi hanno influenza gli indizi prospettici negativi, specie quando v'è la prova di un programma di risanamento finanziario" (così App. Firenze, 20 settembre 2001, in *Giur. merito*, 2002, p. 73).

³³ Per questa seconda impostazione v. Trib. Monza, 3 luglio 2000, in *Fallimento*, 2001, p. 441, con nota di FERRO, *Pluralità di creditori istanti, trattazione congiunta, interventi nell'accertamento dell'insolvenza della società in liquidazione*, il quale afferma che, "ai fini della dichiarazione di fallimento, la verifica della sussistenza dello stato d'insolvenza presuppone un giudizio sulla capacità prospettica dell'organizzazione dell'impresa, intrinsecamente dinamica, di fronte agli impegni presi in modo regolare, secondo i criteri usuali di un'ordinata vita d'affari".

³⁴ AMBROSINI, *L'amministrazione straordinaria*, in *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, diretto da Cagnasso e Panzani, III, Milano, 2016, pp. 4034-4035.

derivante dal prezzo del petrolio e dall'attuale congiuntura economica"³⁵.

Ora, sebbene un'impostazione siffatta possa apparire – a tutta prima – obiettivamente eterodossa, essa rappresenta in realtà il logico corollario dell'orientamento da tempo prevalente³⁶ in materia, il quale, muovendo dal presupposto per cui l'insolvenza coincide – come già più volte ricordato – con la definitiva incapacità del debitore di far fronte alle proprie obbligazioni, pone al centro dell'indagine la situazione complessiva dell'impresa, cogliendone l'aspetto *dinamico*³⁷ e, conseguentemente, relegando in secondo piano l'individuazione del momento esatto in cui si palesi l'impossibilità di adempiere.

La valutazione dell'insolvenza in chiave prospettica sembra costituire la naturale conseguenza dell'abbandono della vecchia nozione di cessazione dei pagamenti³⁸: rispetto alla disposizione

³⁵ Così Trib. Roma, 5 settembre 2008, Alitalia – Linee Aeree Italiane s.p.a., inedita. Conforme Trib. Torino, 14 novembre 2008, Bertone s.p.a., in *Giur. it.*, 2009, secondo cui, laddove l'esaurirsi della liquidità rappresenti un evento che può “essere ritenuto in anteprima con assoluta certezza”, deve senz'altro ravvisarsi lo “stato di insolvenza, non ancora attuale ma di imminente (ed anzi a brevissimo termine) verificazione, non rimediabile (soprattutto nel ridotto lasso di tempo a disposizione, appunto prima dell'esaurirsi della liquidità) con l'alienazione dei cespiti patrimoniali”.

³⁶ Cfr. PAJARDI e PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008, ove il rilievo per cui “si può parlare d'insolvenza anche prima che si manifestino gli inadempimenti purché la prospettiva di questi sia oggettivamente seria e motivata”. Nello stesso senso, tra gli altri, TERRANOVA, *Lo stato di insolvenza*, cit., pp. 251 ss.; CAVALLI, *I presupposti del fallimento*, in AMBROSINI, CAVALLI e JORIO, *Il fallimento*, in *Trattato di diritto commerciale*, cit., p. 126; AMBROSINI, *I presupposti per l'accesso al concordato*, in AMBROSINI, DEMARCHI e VITIELLO, *Il concordato preventivo*, Bologna, 2009, pp. 1-17.

³⁷ Cfr. NIGRO, *Sub art. 5*, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di Nigro e Sandulli, Torino, 2006, p. 20; D'AQUINO, *Sub art. 5*, in *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, a cura di Ferro, Padova, 2007, p. 32; BERTACCHINI, *Il presupposto oggettivo per la dichiarazione di fallimento: lo stato di insolvenza*, in BERTACCHINI-GUALANDI-S.PACCHI-G.PACCHI-SCARSELLI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2007, p. 8.

³⁸ Come noto, l'art. 683 del codice di commercio del 1882 stabiliva che “il commerciante che cessa di fare i suoi pagamenti per obbligazioni commerciali è in stato di fallimento”. Tale disposizione era stata oggetto del vivace dibattito interpretativo che aveva visto contrapposti quanti ritenevano che il fallimento dovesse conseguire automaticamente all'accertamento dell'inadempimento (cfr. BOLAFFIO, *Del fallimento*, I, Torino, 1892, pp. 14 ss.) a chi – appellandosi all'art. 705 cod. comm., in base al quale “il solo rifiuto di alcuni pagamenti, per eccezioni che il debitore in buona fede possa credere fondate, non è prova della cessazione dei pagamenti, ed il fatto materiale della cessazione dei pagamenti, con mezzi fraudolentemente o rovinosamente procurati, non impedisce la dichiarazione che il

previgente, infatti, il requisito di cui all'art. 5 l. fall. sposta il "fuoco" dell'accertamento giudiziale dal semplice verificarsi dell'inadempimento (degradato a mero indice dell'oggetto dell'indagine) alle caratteristiche "strutturali" dell'impresa debitrice³⁹.

Com'è stato osservato in dottrina, d'altronde, "nessun fatto, di per sé, si traduce nello stato di insolvenza: esso dovrà essere visto nell'ambito di una valutazione globale della situazione in cui versa l'imprenditore, da cui deriverà il giudizio in ordine alla ricorrenza del presupposto richiesto dalla legge"⁴⁰. Ne consegue che, l'angolazione dell'indagine del tribunale è destinata a rivelarsi ben più estesa rispetto a quella sottesa alla semplice ricerca dell'emersione di uno o più insoluti, dovendo l'attività del giudice tradursi nella valutazione della complessiva capacità solutoria del debitore; il che postula, necessariamente, un significativo ampliamento dell'orizzonte temporale dell'accertamento⁴¹.

Soltanto all'esito di una valutazione siffatta, del resto, è possibile distinguere tra vero e proprio stato di insolvenza e situazioni di mera difficoltà transitoria che, in quanto non definitive, esulano dai confini del requisito di cui all'art. 5 l. fall. Non è un caso che sul terreno del confronto fra insolvenza e fasi negative contraddistinte da un minor livello di allarme la giurisprudenza abbia appunto impiegato abbondantemente lo strumento del giudizio prognostico, spostando la valutazione dalla "fotografia" della situazione attuale dell'imprenditore alla previsione della

commerciante fosse realmente in istato di cessazione dei pagamenti" – ravvisava negli insoluti l'indice da cui desumere una condizione più generale dell'impresa, tale da denotare l'impossibilità strutturale di far fronte ai propri debiti (v. BONELLI, *La cessazione dei pagamenti e l'art. 705 cod. comm.*, in *Foro it.*, 1898, I, pp. 731 ss.; ID., *Del fallimento*, Milano, 1936, pp. 61 ss.).

³⁹ Cfr. S. ROSSI, *Le crisi d'impresa*, in AA.VV., *Diritto fallimentare* [Manuale breve], Milano, 2008, p. 23, ove il rilievo per cui "l'inadempimento in quanto tale [...] non sempre attesta lo stato d'insolvenza dell'impresa e, ove insolvenza non vi sia, andrà affrontato dal creditore insoddisfatto con i comuni rimedi civilistici. Ciò che rileva nell'ambito della procedura concorsuale è invece l'incapacità di adempiere dell'imprenditore intesa come condizione oggettiva e strutturale della sua organizzazione".

⁴⁰ Così SANDULLI, *Sub art. 5*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da Jorio, I, Bologna, 2006, p. 88.

⁴¹ Cfr. CENSONI, *I presupposti del fallimento*, in BONFATTI-CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2007, p. 25, il quale si riferisce al procedimento di accertamento dello stato di insolvenza come ad un "giudizio prognostico che il tribunale deve compiere sulla capacità solutoria del debitore, avendo ad oggetto il futuro comportamento di questo in relazione al carico delle sue obbligazioni".

sua verosimile evoluzione⁴².

E l'importanza di tale distinzione non può ritenersi cancellata a seguito dell'abrogazione dell'amministrazione controllata (da cui discende il superamento del dibattito relativo ai confini tra l'insolvenza e la temporanea difficoltà di adempiere *ex art. 187 l. fall.*⁴³), atteso che l'introduzione – ad opera del novellato art. 160 l. fall. – dello stato di crisi quale presupposto per accedere alla procedura di concordato preventivo⁴⁴ induce a ritenere che persista tuttora una certa graduazione tra le situazioni di difficoltà che possono colpire l'imprenditore e che solo le più gravi siano suscettibili di essere qualificate come insolvenza.

Costituisce affermazione generalmente condivisa quella secondo cui la semplice preponderanza del passivo sull'attivo non comporta, di per se sola, l'assoggettabilità a fallimento, dato che il passivo ben può superare l'attivo senza che vi sia insolvenza, ove l'imprenditore ispiri ancora fiducia e riesca a procurarsi (tipicamente presso il sistema bancario) i mezzi finanziari per far fronte a i propri debiti. A ciò si aggiunga che l'eventuale squilibrio patrimoniale – pur rappresentando uno dei possibili indici dell'insolvenza – va comunque contestualizzato nella realtà dell'impresa, tanto che occorre in ogni caso valutare, in un'ottica di breve periodo e di ragionevole certezza, se il *deficit* possa venire “superato dalla prospettiva di un favorevole andamento futuro degli affari o da eventuali ricapitalizzazioni dell'impresa”⁴⁵.

⁴² Cfr. ad esempio, nella giurisprudenza di merito, Trib. Reggio Calabria, 4 marzo 2007, in *Guida al diritto*, 2007, 46, p.80, secondo cui “ciò che differenzia l'insolvenza quale presupposto del fallimento da una mera crisi di impresa è proprio la sua stabilità e non reversibilità, da accertarsi attraverso un giudizio prognostico”.

⁴³ In proposito cfr. FERRI, *Insolvenza e temporanea difficoltà*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, I, pp. 445 ss.; AMATUCCI, *Temporanea difficoltà ed insolvenza*, Napoli, 1979, pp. 64 ss.; LANFRANCHI, *Procedure concorsuali e tutela dei creditori*, Milano, 1988, pp. 416 ss.; VASSALLI, *Diritto fallimentare*, I, Torino, 1994, p. 85.

⁴⁴ In materia v., tra gli altri, VITIELLO, *I presupposti del fallimento*, in *Le nuove procedure concorsuali. Dalla riforma “organica” al decreto “correttivo”*, a cura di Ambrosini, Bologna, 2008, pp. 3 ss.

⁴⁵ Così Cass., 9 marzo 2004, n. 4727, in *Riv. dott. comm.*, 2004, 1148; Cass., 1° dicembre 2005, n. 26217, in *Mass. Giust. civ.*, 2005, 12. Naturalmente, tale valutazione prospettica va condotta all'insegna della prudenza, con la conseguenza che, “allorché si riscontri uno stato di impotenza economica attuale e destinato a permanere significativamente nel tempo, vi è da dubitare che la semplice speranza di un futuro risanamento, per quanto sorretta da progetti di recupero e di ristrutturazione ipoteticamente idonei, sia un dato sufficiente a negare lo stato di insolvenza ed a scongiurare la dichiarazione di fallimento, poiché ciò condurrebbe a riversare sui creditori il rischio di una valutazione accentuatamente aleatoria che

Simmetricamente, il fatto che il debitore si sia rivelato in grado di adempiere alle obbligazioni scadute non consente di escludere automaticamente lo stato di insolvenza, essendo sempre possibile che, nonostante l'assenza di insoluti, la società versi in una situazione strutturale votata, in una prospettiva temporale di breve periodo, alla definitiva impossibilità di adempiere⁴⁶. Com'è stato messo in luce, infatti, la regolarità nei pagamenti deve essere valutata con riferimento a tutte le obbligazioni dell'imprenditore, indipendentemente dal termine relativo alla loro esigibilità⁴⁷; e ciò in quanto il tribunale è chiamato non già a sincerarsi che il debitore disponga delle risorse per far fronte alle obbligazioni esigibili alla data della presentazione del ricorso per la dichiarazione di fallimento, bensì a verificare la capacità dell'impresa di rimanere sul mercato⁴⁸, il che non può in alcun modo prescindere da una valutazione di carattere prognostico⁴⁹.

A tale stregua, non resta che concludere – come del resto già chiarito nel paragrafo precedente – che l'inadempimento e l'insolvenza non possono minimamente identificarsi, posto che il primo costituisce semplicemente uno dei possibili sintomi della

appare tuttora estranea alla visuale del legislatore e che potrebbe portare, in molti casi, ad aggravare i danni del dissesto”: così CAVALLI, *op. ult. cit.*, p. 127).

⁴⁶ Di qui l'assunto secondo cui l'accertamento dello stato di insolvenza costituisce il frutto di un giudizio prognostico che consente di ritenere raggiunta la prova della “presumibile inidoneità del patrimonio del debitore a soddisfare le pretese dei creditori”: così TERRANOVA, *op. ult. cit.*, pp. 224-225),

⁴⁷ Cfr. SANDULLI, *op. ult. cit.*, p. 90, ove il rilievo per cui “la valutazione deve essere fatta nel momento in cui si deve esprimere il giudizio in ordine all'esistenza o no del presupposto oggettivo, ma i termini di riferimento sono sia presenti, che passati, che futuri. Deve, cioè, essere complessivamente valutata la situazione economico-patrimoniale e finanziaria dell'imprenditore, onde verificare la compatibilità tra tali dati compiutamente valutati e la possibilità di scadenzare regolarmente le obbligazioni (attualmente) esistenti”.

⁴⁸ V. Cass., 27 febbraio 2001, n. 2830, in *Mass. Giust. civ.*, 2001, p. 331, la quale ha affermato che, “ai fini della dichiarazione di fallimento, lo stato di insolvenza va desunto, più che dal rapporto tra attività e passività, dalla possibilità dell'impresa di continuare ad operare proficuamente sul mercato, fronteggiando con mezzi ordinari le obbligazioni”.

⁴⁹ Cfr. Cass., 28 marzo 2001, n. 4455, *Mass. Giust. civ.*, p. 602, ove il rilievo per cui lo stato di insolvenza deve “intendersi come situazione (in prognosi) irreversibile, e non già meramente temporanea impossibilità di regolare adempimento delle obbligazioni assunte”. V. altresì, più di recente, Cass., 30 settembre 2004, n. 19611, *ivi*, 2004, p. 9. La rilevanza dell'elemento prognostico (questa volta con riferimento all'analisi di un piano di risanamento) è sottolineata pure da Cass., 28 febbraio 2000, n. 2211, *ivi*, 2000, p. 489.

più generale situazione strutturale indicata dall'art. 5 l. fall.⁵⁰, dal che discende che l'insolvenza possa sussistere anche senza inadempimento. Di qui il corollario per cui la procedura concorsuale può essere aperta non solo quando l'incapacità patrimoniale si sia già manifestata, ma anche ogniqualvolta sia prossima a manifestarsi⁵¹.

In questa prospettiva, ciò che rileva non è il lasso di tempo che separa l'accertamento dell'insolvenza dall'emersione dell'incapacità patrimoniale attraverso il futuro inadempimento, quanto piuttosto il grado di certezza con cui sia predicabile l'esito fallimentare dell'attività d'impresa.

Pertanto, sembra potersi ritenere che il tribunale debba dichiarare l'insolvenza di chi, pur avendo soddisfatto i creditori le cui pretese siano divenute esigibili, nell'immediato futuro si rivelerà verosimilmente incapace – secondo una normale prospettiva di *going concern* – di adempiere alle obbligazioni già contratte, così prevenendo l'aggravamento del dissesto che si produrrebbe laddove l'apertura della procedura concorsuale fosse ritardata fino all'effettivo verificarsi degli insoluti.

Al contrario, nell'ipotesi in cui sussistano significativi margini di dubbio circa la capacità dell'imprenditore – se del caso coadiuvato da soggetti terzi interessati alla sistemazione delle sue posizioni debitorie, quali i soci o la *holding* – di scongiurare il verificarsi di una situazione strutturale tale da renderlo inidoneo alla permanenza sul mercato, l'insolvenza va esclusa. Con la precisazione che tale valutazione prospettica deve tenere conto dell'evoluzione dell'intero patrimonio dell'impresa e non solo della frazione riferibile all'attività caratteristica, in quanto

⁵⁰ L'assunto può ritenersi sostanzialmente pacifico: “sul piano concettuale, una cosa è lo stato d'insolvenza ed altra cosa sono i fatti attraverso i quali esso si manifesta” (CAVALLI, *op. ult. cit.*, p. 135).

⁵¹ La necessità di procedere ad una tempestiva apertura della procedura è particolarmente sentita nell'ambito della procedura di amministrazione straordinaria, la quale – come noto – persegue l'obiettivo di superare la crisi che abbia colpito l'imprenditore. In proposito, si è osservato che la dichiarazione di insolvenza *ex art. 8 d. lgs. n. 270/1999* “potrebbe intervenire anche in presenza di un giudizio prognostico sulle concrete possibilità di recupero di una crisi che, per quanto non ancora irreversibile, sia comunque già certamente in atto, tanto da non poter essere fronteggiata se non tramite un intervento sul piano gestionale” (così BIANCA, *La dichiarazione dello stato di insolvenza nell'amministrazione straordinaria*, in *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza dopo il d. lg. 12.9.2007, n. 169*, a cura di Costa, Torino, 2008, p. 48).

l'art. 5 l. fall. è incentrato sulla possibilità di far fronte con regolarità alle obbligazioni, senza che rilevi che l'impresa continui a dedicarsi ad un'attività eventualmente non redditizia⁵², naturalmente nei limiti in cui – grazie alla disponibilità di risorse sufficienti – ciò sia compatibile con la tutela delle aspettative dei creditori.

Sulla scorta di quanto sin qui osservato, può concludersi che l'accertamento dell'insolvenza vada invariabilmente parametrato ad una valutazione prospettica⁵³, in quanto, da un lato, il verificarsi di uno o più inadempimenti denota l'incapacità irreversibile di far fronte con regolarità ai pagamenti solo quando sia esclusa – in chiave prognostica – la sussistenza di una mera crisi transitoria di liquidità; dall'altro, l'attuale assenza di inadempimenti non impedisce che, in realtà, l'imprenditore versi in condizioni strutturali tali da escludere con ragionevole certezza – in un'ottica parimenti rivolta al futuro – che egli disponga delle risorse indispensabili per far fronte all'indebitamento di imminente scadenza.

In ultima analisi, versa in stato di insolvenza – com'è stato osservato – “l'imprenditore commerciale che, sulla base di una valutazione prospettica della capacità produttiva dell'impresa, risulti in via definitiva non più in grado di onorare le obbligazioni contratte nei termini previsti ed attraverso mezzi ordinari, cioè fisiologicamente acquisiti attingendo al proprio patrimonio ovvero ottenendo – in ragioni di affidabili condizioni economiche e patrimoniali dell'impresa – accesso al credito”⁵⁴.

⁵² Cfr. CENSONI, *op. ult. cit.*, p. 24, ove il rilievo per cui “subordinare la regolarità dei futuri adempimenti (solo) alle capacità reddituali dell'impresa significherebbe dover ammettere il fallimento del debitore che, pur potendo reperire altrimenti i mezzi necessari per estinguere le sue obbligazioni, non sia in grado di ricondurre l'impresa medesima ad una situazione di economicità; significherebbe cioè attribuire all'istituto [...] una funzione di eliminazione dal mercato delle imprese improduttive che il fallimento, *de jure condito*, non ha”.

⁵³ Cfr. CAPO, *I presupposti del fallimento*, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 1, diretto da Fauceglia e Panzani, Torino, 2009, p. 65, secondo cui “mentre l'insolvenza “civile” va apprezzata sic et simpliciter come insufficienza patrimoniale ovvero come eccedenza delle passività sulle attività, che, in termini quantitativi ed in definitiva statici, preclude al debitore la possibilità di soddisfare gli impegni assunti, l'insolvenza dell'imprenditore commerciale va valutata in termini prospettici e dinamici, nella logica di verificare la capacità del patrimonio a far fronte alle obbligazioni su di esso gravanti in relazione alla sua composizione non soltanto quantitativa, ma anche qualitativa, tenendo conto dell'efficienza e della capacità produttive e reddituali dell'impresa”.

⁵⁴ Così CAPO, *I presupposti del fallimento*, cit., p. 64.

4. La distinzione fra insolvenza e crisi nel nuovo Codice e il presupposto oggettivo dei vari istituti.

In tema di presupposti oggettivi dei diversi istituti disciplinati nel nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, le rispettive definizioni sono contenute nell'art. 2, al cui disposto la Relazione illustrativa annette peraltro “finalità meramente esplicative o di sintesi”, lasciando così il debito margine all'attività interpretativa.

La norma mantiene ferme, anzitutto, le due nozioni di insolvenza e di sovraindebitamento.

La prima continua a consistere nello stato del debitore “che si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni”. E il persistente utilizzo dell'avverbio “regolarmente” conferma che il debitore, per non essere considerato insolvente, deve poter adempiere le proprie obbligazioni (i) integralmente, (ii) tempestivamente e (iii) con mezzi normali.

La scelta “conservativa” del legislatore appare tutto sommato opportuna, tenuto conto dei consolidati principi formati al riguardo in dottrina e in giurisprudenza (di cui si è ampiamente detto nei precedenti paragrafi), i quali offrono un livello di ragionevole certezza agli operatori economici.

Quanto alla definizione di sovraindebitamento, essa riflette la nozione dell'istituto da tempo invalsa nell'uso comune, anche nel contesto unionale, riferendosi allo stato di crisi o di insolvenza del consumatore, del professionista, dell'imprenditore minore, dell'imprenditore agricolo, delle start-up innovative di cui al decreto legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, e di ogni altro debitore non assoggettabile alla liquidazione giudiziale, ovvero a liquidazione coatta amministrativa o ad altre procedure liquidatorie previste dal codice civile o da leggi speciali per il caso di crisi o insolvenza.

Del tutto nuova è invece la nozione di crisi, che nella vecchia disciplina, a livello di individuazione del requisito oggettivo per l'accesso al concordato preventivo (e per l'omologazione

dell'accordo di ristrutturazione dei debiti), rappresentava il *genus* – per l'appunto non definito – cui apparteneva la *species* insolvenza (art. 160, l. fall.) e che oggi acquista, di contro, una sua precisa autonomia concettuale e precettiva. Ai sensi dell'art. 2, 1° c., lett. a) del Codice, infatti, per crisi deve intendersi lo stato di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l'insolvenza del debitore e che, per le imprese, si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate.

La norma contiene dunque un elemento propriamente definitorio (la probabilità di insolvenza derivante dallo stato di difficoltà economico-finanziaria) e uno, limitatamente alle imprese, di natura sintomatica (l'inadeguatezza, in prospettiva, dei flussi di cassa ai fini del rispetto del piano dei pagamenti). Il precetto appare coerente con il corrispondente principio di delega, che richiedeva di introdurre una definizione di crisi “intesa come probabilità di futura insolvenza”, e chiarisce che lo stato di vera e propria insolvenza va tenuto distinto da quello di mera crisi, dal momento che in questa seconda situazione il soggetto non è ancora insolvente, sebbene la precarietà della condizione finanziaria renda (non solo possibile, ma per l'appunto) probabile l'inverarsi dell'incapacità di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni⁵⁵.

⁵⁵ Nella Relazione illustrativa al decreto delegato si legge (p. 3): “sono state definite alcune nozioni fondamentali nella materia in esame, a cominciare da quella di crisi (che non equivale all'insolvenza in atto, ma implica un pericolo di futura insolvenza) e di insolvenza (ribadendo in realtà la nozione già sufficientemente collaudata da molti decenni di esperienza giurisdizionale)”. In chiave critica v. tuttavia JORIO, *La riforma della legge fallimentare tra utopia e realtà*, dattiloscritto in corso di pubblicazione negli *Studi in onore di Michele Sandulli*, il quale considera erroneo “l'aver voluto distinguere, a livello concettuale e giuridico, la crisi dall'insolvenza, laddove questa distinzione può essere utile tutt'al più per *consentire*, e non per impedire, l'accesso a determinati istituti di composizione delle difficoltà dell'impresa, e quindi per allargare lo spettro delle situazioni passibili di intervento e non per precludere. In altri termini, se è stato corretto assumerne l'accessibilità alla procedura di concordato anche per le imprese non ancora insolventi ma già in crisi, e si è opportunamente ricondotta, nella riforma del 2005, la nozione di insolvenza nell'ambito del concetto economico di crisi [...] lo steccato che rischia di essere alzato tra crisi e insolvenza ai fini della fruizione dei nuovi istituti disegnati dalla riforma in itinere, seppur in sintonia con le indicazioni dell'Unione, rischia nel nostro Paese di creare gravi ostacoli alla concreta applicazione di meritorie innovazioni”. Anche A. ROSSI, *Dalla crisi tipica ex CCI alle persistenti alterazioni delle regole di azione degli organi sociali nelle situazioni di crisi atipica*, in *Il caso.it*, 11 gennaio 2019, pp. 4 ss., considera di

Alla luce di detta definizione, la linea di confine rispetto al concetto di insolvenza prospettica di cui si diceva in precedenza risulta, invero, abbastanza sottile, anche se il diaframma può forse risultare meno labile nella misura in cui si definisca prospettica soltanto l'insolvenza che, seppur non attuale, sia di *imminente verifica*zione, giacché essa può considerarsi, in quest'ottica, *sostanzialmente certa*, laddove la crisi rappresenta semplicemente la *probabilità* di un'insolvenza *futura* e, come tale, per sua natura *incerta*.

Piuttosto, non del tutto perspicuo risulta il significato del termine “pianificate”, potendo esso, a tutta prima, far pensare alle obbligazioni *programmate* dal debitore, come tali ancora da assumere. In realtà, sembra assai più logico ritenere che la norma, seppur con scelta lessicale non felicissima, intenda alludere a quei debiti che siano *prossimi alla scadenza* e di cui il piano d'azione del debitore debba appunto tener conto. Ma, se così è, sarebbe stato probabilmente più semplice e lineare parlare di “obbligazioni di imminente scadenza”.

Venendo ora a esaminare il presupposto oggettivo dei singoli istituti del Codice, emerge che per l'accesso al concordato preventivo l'imprenditore “deve trovarsi in stato di crisi o di insolvenza” (art. 85, 1° c.), mentre le disposizioni sulla liquidazione giudiziale si applicano agli imprenditori “che siano in stato di insolvenza”. Al concordato preventivo, pertanto, continuano a essere assoggettati sia i debitori insolventi che quelli in semplice stato di crisi, di cui l'insolvenza cessa peraltro – come si diceva – di costituire una sottocategoria.

L'art. 85, 1° c., non distingue fra concordato in continuità e liquidatorio, con la conseguenza che in entrambe le tipologie il presupposto oggettivo può consistere nell'insolvenza. Occorre nondimeno precisare che risulta incompatibile con la continuazione dell'attività aziendale una condizione di insolvenza *irreversibile*. Ciò è vero, anzitutto, in linea generale, dal momento che la prosecuzione dell'esercizio dell'impresa non avrebbe ragion d'essere nei casi in cui sia conclamata l'impossibilità di recuperare l'equilibrio economico (traducendosi, in casi siffatti, in un inutile “accanimento terapeutico”). L'assunto trova poi decisiva conferma sul piano testuale nel disposto dell'art. 87, 1° c.,

dubbia utilità, quando non per certi versi dannosa, la distinzione fra crisi e insolvenza dettata dal legislatore.

lett. b), ove è richiesto che il piano indichi, “in caso di concordato in continuità, i tempi necessari per assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria”, con un’espressione non troppo dissimile da quella utilizzata dalla disciplina sull’amministrazione straordinaria (d. lgs. n. 270 del 1999), il cui art. 27, 1° c., parla di “concrete prospettive di recupero dell’equilibrio economico delle attività imprenditoriali”, confermando in tal modo che già *de jure condito* il risanamento dell’impresa non è inconciliabile con lo stato di insolvenza, purché, per l’appunto, di carattere *reversibile* (mentre nell’ipotesi di concordato liquidatorio il requisito della reversibilità dell’insolvenza non parrebbe tendenzialmente sussistere).

Come si vede, quindi, le disposizioni sul concordato preventivo e sulla liquidazione giudiziale del nuovo Codice e quelle relative all’amministrazione straordinaria postulano, affinché possa essere assicurata la coerenza del sistema, una loro lettura combinata, all’insegna, peraltro, dell’enucleazione degli elementi distintivi fra crisi e insolvenza (un esempio, insomma, di esegesi “per dissociazione”, secondo la definizione dei teorici dell’interpretazione).

A tale stregua, può distinguersi non solo, come da tradizione, fra insolvenza reversibile e irreversibile, ma anche fra crisi che sia, per così dire, l’anticamera di una probabile insolvenza (a sua volta pur sempre reversibile) e crisi che, ancorché in ipotesi denotata da inadempimenti del debitore (e come tale già esteriorizzata), si traduca in una mera difficoltà finanziaria, per sua natura transitoria, salve ovviamente le possibili involuzioni del caso.

Conviene ora passare in esame, sotto il profilo che ci occupa, quegli istituti che il Capo I del Titolo IV accomuna sotto il nome di “accordi”: si tratta, da un lato, degli “strumenti negoziali stragiudiziali” costituiti – come recita la rubrica dell’art. 56 – dagli “Accordi in esecuzione di piani attestati di risanamento”, dall’altro, degli “accordi di ristrutturazione dei debiti dell’imprenditore” di cui agli artt. 57 e seguenti⁵⁶, nell’ambito dei quali trova spazio anche la convenzione di moratoria di cui all’art. 62.

⁵⁶ Fra i primi scritti dedicati agli accordi di ristrutturazione fra vecchio e nuovo regime cfr. ARATO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti tra la giurisprudenza della Cassazione e il Codice della Crisi e dell’Insolvenza*, in *Il caso.it*, e FABIANI, *Dal codice della crisi d’impresa agli accordi di ristrutturazione senza passare da Saturno*, *ivi*.

In base al testo del Codice quale trasmesso dal Governo alle Camere per i pareri, l'individuazione del presupposto oggettivo, in allora non disciplinato espressamente, sembrava dipendere dalla maggiore o minore rilevanza che si ritenesse doversi annessere all'utilizzo del termine "crisi".

Nel primo caso, attribuendo cioè importanza dirimente al dato testuale, il semplice fatto che la rubrica del Titolo IV reciti "Strumenti di regolazione della crisi" (termine, quest'ultimo, che si rinviene anche nell'art. 56, 1° c., lett. b), in tema di accordi in esecuzione di piani attestati di risanamento e nell'art. 62, 1° c., relativamente alla convenzione di moratoria) poteva condurre a ricomprendersi esclusivamente le situazioni connotate da probabilità di (futura) insolvenza e non anche quelle caratterizzate da insolvenza già in atto, seppur di natura reversibile.

Nel secondo caso, vale a dire negando decisività al mero uso del termine "crisi" (come sembrava invero preferibile, tenuto anche conto dell'*argumentum ab inconvenienti*), occorre verificare, attraverso la lettura delle varie norme, la presenza o meno di disposizioni incompatibili con lo stato di insolvenza (reversibile). Ebbene, detto scrutinio non pareva sortire esito positivo, se è vero che, lungi dall'esservi, nel nuovo dettato normativo, elementi chiaramente ostativi⁵⁷, si ravvisano espressioni che depongono in senso decisamente contrario, com'è a dirsi a proposito degli accordi in esecuzione di piani attestati di risanamento, relativamente ai quali il primo comma dell'art. 56 parla di "risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa" e di "riequilibrio della situazione finanziaria", con espressione – quest'ultima – identica a quella contenuta nel suddetto art. 87, 1° c., lett. b), in materia di concordato preventivo in continuità.

La versione definitiva della legge, raccogliendo fors'anche sollecitazioni in ambito dottrinale, ha opportunamente sgombrato il campo da equivoci: sia l'art. 56, 1° c., che l'art. 57, 1° c., infatti, chiariscono che può fare ricorso ad entrambi gli strumenti in parola l'imprenditore "in stato di crisi o di insolvenza" (l'ultima disposizione citata non parla per vero, a differenza della prima, di "imprenditore" *tout court*, bensì di imprenditore "anche non commerciale e diverso dall'imprenditore minore",

⁵⁷ Anzi, ove si tratti di accordi di ristrutturazione a contenuto liquidatorio – ciò che non possono essere gli accordi ad efficacia estesa: art. 61, 2° c., lett. b) – l'insolvenza non pare dover essere necessariamente reversibile.

con ciò denotando l'intenzione di consentire l'accesso agli accordi di ristrutturazione *anche agli imprenditori agricoli*).

Il che conferma una volta di più come anche nel nuovo assetto ordinamentale lo stato di insolvenza (purché, si ripete, reversibile) possa risultare conciliabile con l'obiettivo del recupero dell'equilibrio economico dell'impresa e dunque compatibile sia con gli accordi in esecuzione di piani attestati di risanamento, sia con gli accordi di ristrutturazione dei debiti.

5. Segue. *L'individuazione del presupposto oggettivo delle procedure di allerta e di composizione assistita.*

Per quanto concerne le “procedure di allerta e di composizione assistita della crisi” (così recita la rubrica del Titolo II), il presupposto oggettivo pare risiedere nello stato di crisi e non in quello di insolvenza. Ciò si evince non solo dalla predetta rubrica, ma anche dalla disciplina degli strumenti di allerta, a cominciare dal tenore dell'art. 12 (“Nozione, effetti e ambito di applicazione”) e dell'art. 13 (“Indicatori della crisi”). Ai sensi del primo di tali articoli, infatti, gli strumenti di allerta sono finalizzati alla “tempestiva rilevazione degli indizi di crisi dell'impresa ed alla sollecita adozione delle misure più idonee alla sua composizione” (concetti assolutamente incompatibili con lo stato di insolvenza); ai sensi del secondo, costituiscono “indicatori di crisi gli squilibri di carattere reddituale, patrimoniale o finanziario”⁵⁸, rilevabili attraverso appositi indici che diano evidenza della sostenibilità dei debiti per almeno i sei mesi successivi, oltre che delle prospettive di continuità aziendale per l'esercizio in corso (o per i sei mesi successivi se la residua durata dell'esercizio è inferiore al semestre)⁵⁹.

⁵⁸ In argomento cfr., durante l'iter di approvazione della legge, RANALLI, *Il codice della crisi e gli “indicatori significativi”: la pericolosa conseguenza di un equivoco al quale occorre porre rimedio*, in *Il caso.it*.

⁵⁹ Ricollegandosi alla tematica affrontata sul terzo paragrafo, va inoltre rilevato che il citato disposto dell'art. 13 potrebbe essere invocato allo scopo di “confinare” il ricorso al concetto di insolvenza prospettica al verificarsi dell'insolvenza medesima in un periodo inferiore a sei mesi, giacché la sostenibilità dei debiti per almeno sei mesi è espressamente associata dalla legge – come si è visto – alla nozione di crisi.

E lo stesso dicasi per il disposto dell'art. 18: il terzo comma stabilisce l'archiviazione della segnalazione da parte dell'OCRI "quando ritiene che non sussista la crisi"; il comma successivo esordisce con "Quando il collegio rileva l'esistenza della crisi".

La scelta del legislatore, limitativa dal punto di vista del presupposto oggettivo, è stata immediatamente criticata da chi preconizza, a tale stregua, un'applicazione troppo circoscritta degli strumenti di allerta, anche in base all'esperienza maturata in materia di concordato preventivo, al quale nel passato hanno chiesto di accedere per lo più imprese già insolventi: "se ci si attiene strettamente alla definizione di crisi espressa dall'art. 2 del 'Codice' [...] la composizione stragiudiziale della crisi, proprio perché diretta ad evitare l'insolvenza, è preclusa allorché l'insolvenza si sia ormai manifestata. [...] ma se è così qui sta, a mio avviso, un errore di fondo che con questa interpretazione restrittiva, dovuta a un eccesso di sistemazione teorica e concettuale, la riforma rischia di compiere, compromettendo la diffusione di un istituto, la composizione assistita, che invece meriterebbe [...] migliore fortuna"⁶⁰.

La prospettiva adottata da chi scrive, invece, è non soltanto diversa ma in un certo senso capovolta.

Deve invero considerarsi che obiettivo dichiarato tanto della Raccomandazione europea n. 135 del 2014, quanto della successiva Proposta di Direttiva del 2017, è quello di consentire alle imprese bensì in difficoltà finanziaria, ma ancora sostanzialmente *sane*, di ristrutturarsi in una fase precoce proprio allo scopo di scongiurare l'insolvenza e di proseguire in tal modo la propria attività⁶¹. Non a caso, quella dell'emersione tempestiva della crisi *prima* che essa si traduca in insolvenza rappresenta una finalità perseguita da tutte le moderne legislazioni, a partire da quella statunitense, e si rinviene altresì nei principi elaborati dalla Banca Mondiale e dall'Uncitral in tema di corretta gestione della crisi d'impresa: e ciò nell'ottica di canalizzare per l'appunto verso le imprese *non insolventi* gli sforzi diretti al supera-

⁶⁰ JORIO, *op. ult. cit.*

⁶¹ Fra i principali obiettivi della suddetta Raccomandazione vi è infatti quello di "consentire alle imprese sane in difficoltà finanziaria di ristrutturarsi in una fase precoce, per evitare l'insolvenza e proseguire l'attività".

mento della crisi, a prescindere dal numero di imprese che versino in uno stato di semplice crisi, perché solo con riguardo a queste ultime vi è coerenza fra mezzo e fine.

Sulla stessa “lunghezza d’onda”, la precipua finalità delle nuove misure di allerta consiste appunto nel far emergere tempestivamente la crisi dell’impresa per porvi rimedio *e non anche* di evitare l’aggravamento del dissesto di un soggetto già decotto. E da questo punto di vista sembra in effetti meno grave il rischio (a ben vedere più apparente che reale, come si dirà nel paragrafo successivo) di escludere le imprese insolvente dal perimetro delle procedure di allerta rispetto al più insidioso pericolo “di intervenire quando è ormai troppo tardi e l’impresa precipita inarrestabilmente verso l’insolvenza”⁶², perpetuando in tal modo la nefasta tendenza all’emersione non adeguatamente tempestiva della crisi.

Quanto meno sul piano dei principi, dunque, non sembra revocabile in dubbio il fatto che il legislatore abbia inteso identificare nello *stato di crisi* il presupposto oggettivo delle procedure di allerta.

L’obiezione sopra considerata, indipendentemente dall’oggettiva autorevolezza della fonte, va tuttavia ulteriormente esaminata alla luce della risposta che si ritiene di fornire all’interrogativo – per vero ineludibile – circa l’effettiva coincidenza tra le finalità astrattamente perseguite dalla legge e la loro concreta traduzione sul piano applicativo: questione – come si anticipava poc’anzi – cui è dedicato il paragrafo seguente.

6. Considerazioni conclusive: alterità concettuale sul piano teorico e profili di “sincretismo” dal punto di vista applicativo.

Come si è già avuto modo di porre in luce, l’art. 2 del nuovo Codice detta due definizioni, rispettivamente di insolvenza e di crisi, che riflettono una marcata differenziazione sul piano concettuale. La prima è l’impossibilità del debitore a far fronte alle

⁶² PERRINO, *Crisi di impresa e allerta: indici, strumenti e procedure*, in *Osservatorio-oci.org*, 2018, p. 5, il quale richiama, nella letteratura francese analogamente orientata, PEROCHON, *Enterprises en difficulté*, 9^a ed., L.G.D.J., Paris, 2012, p. 48. Nel medesimo senso A. ROSSI, *op. cit.*, p. 11, per il quale “c’è il forte rischio che gli allarmi della crisi suonino quando già c’è l’insolvenza”.

proprie obbligazioni, la seconda uno stato di semplice difficoltà economico-finanziaria, sufficientemente grave, tuttavia, da rendere probabile l'inverarsi dello stato di insolvenza.

Nei paragrafi che precedono si è argomentato circa il fatto che il presupposto trasversalmente presente nelle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza di cui al Titolo III, negli strumenti di regolazione della crisi di cui al Titolo IV e la nella liquidazione giudiziale di cui al Titolo V (nei primi due casi eventualmente, nel terzo necessariamente) è lo stato di insolvenza, laddove il presupposto delle procedure di allerta e di composizione assistita della crisi, coerentemente alla loro funzione di tempestiva emersione della crisi e di prevenzione dell'insolvenza, è (soltanto) lo stato di crisi.

Quest'ultimo assunto, difficilmente confutabile alla stregua del replicato dato letterale e dell'enunciata *intentio legis*, finisce a ben vedere per essere messo in discussione dalla stessa disciplina positiva degli strumenti di allerta, come si evince dai convergenti rilievi esposti qui in appresso.

Si è ricordato più volte che, ai sensi del predetto art. 2, l'insolvenza è "lo stato del debitore che si manifesta con inadempimenti o altri fatti esteriori" e che, in base alla consolidata giurisprudenza formatasi con riferimento alla pressoché identica definizione del vigente art. 5, l'inadempimento può essere anche uno soltanto, o può venire "surrogato" da altri fatti esteriori.

Senonché, ai sensi della terza parte del primo comma dell'art. 13 del Codice, costituiscono "indicatori di crisi ritardi nei pagamenti reiterati e significativi". E' dunque la legge stessa a ricollegare il concetto di crisi a quello di inadempimento; anzi, mentre l'art. 2, a proposito dell'insolvenza, si limita a parlare genericamente di "inadempimenti", l'art. 13 postula, con riferimento allo stato di crisi, la loro reiterazione e significatività, mostrando quindi (all'apparenza) di richiedere la presenza di inadempimenti "qualificati" dal punto di vista sia quantitativo che qualitativo.

Nel medesimo senso poi depone, a ben vedere, quanto disposto dall'art. 15 in ordine all'obbligo di segnalazione da parte dell'Agenzia delle entrate, dell'Istituto nazionale della previdenza sociale e dell'agente della riscossione, dal momento che, ai sensi del primo comma, l'esposizione del debitore deve aver superato un importo definito "rilevante", meglio precisato al

comma successivo. E appuntando l'attenzione sulla lettera c) di quest'ultimo ci si avvede che la sommatoria dei crediti affidati per la riscossione, autodichiarati o definitivamente accertati e scaduti da oltre novanta giorni, deve superare la soglia di cinquecentomila euro per le imprese individuali e addirittura quella di un milione di euro per le imprese collettive.

Ora, sembra davvero arduo disconoscere il fatto che una società ben possa versare in stato di insolvenza quando sia incorsa in reiterati e significativi ritardi nei pagamenti e, *a fortiori*, quando l'agente della riscossione si trovi al cospetto di un debito di oltre un milione di euro scaduto da più di tre mesi!

Da quanto fin qui osservato si evince che il legislatore del nuovo Codice, complice la preoccupazione (per vero non priva di fondamento, come altrove si è avuto modo di osservare⁶³) per un livello troppo basso delle soglie di allerta, è finito per incorrere in contraddizione: da un lato egli individua dichiaratamente nello stato di crisi il presupposto oggettivo delle procedure di allerta e di composizione assistita, dall'altro qualifica come indicatori della crisi situazioni che, in realtà, sono di regola – e comunque possono essere – sintomatiche dello stato di insolvenza. La previsione di cui all'art. 13, oltre tutto, appare in contrasto con quanto stabilito, in tema di allerta c.d. interna, dall'art. 14, primo comma, che parla testualmente della “esistenza di fondati indizi della crisi”, laddove i reiterati e significativi ritardi nei pagamenti rappresentano piuttosto, in base all'*id quod plerumque accidit*, fondati indizi dell'insolvenza.

Il punto è che detta aporia non è destinata a rimanere confinata nel campo teorico, essendo invece foriera di un rilevante corollario applicativo, consistente nella possibilità *anche per il debi-*

⁶³ Preoccupazione avvertita a vari livelli da quasi tutti gli *stakeholder* coinvolti nelle crisi d'impresa (Confindustria, ABI, ecc.) e nel dibattito dottrinale che ha preceduto il varo definitivo della novella (cfr. AMBROSINI, *Osservazioni e proposte sullo schema di decreto delegato: allerta, procedimento unitario e concordato preventivo*, in *osservatorio-oci.org*, 2018, p. 3, ove il rilievo secondo il quale la disciplina dell'allerta “pecca, da un lato, di una certa macchinosità procedimentale, dall'altro, di un elevato livello di invasività del controllo amministrativo e giudiziale nella vita delle imprese (di là dalla precisazione, per lo più declamatoria, circa la natura non giudiziale e confidenziale dell'istituto), anche per via di soglie d'intervento troppo basse. Di qui un rischio di *overdeterrence*, che appare in controtendenza con la necessità per il sistema di cogliere appieno i segnali, oltretutto ancora timidi, di ripresa economica”).

tore insolvente di far ricorso alle procedure di allerta e di composizione assistita: il che tuttavia porta a concludere che una situazione siffatta si pone precisamente in controtendenza rispetto alle finalità perseguite dal legislatore tanto attraverso l'esperimento dell'*actio finium regundorum* fra crisi e insolvenza, quanto con l'introduzione di misure schiettamente dirette a far emergere a tempo debito la crisi dell'impresa allo scopo di scongiurarne l'insolvenza. Donde, in ultima analisi, qualche legittima perplessità circa la piena coerenza fra i dichiarati obiettivi della nuova legge e gli strumenti normativi scelti per realizzarli, nonché la percezione del rischio che in tal modo la reazione dell'ordinamento finisca per non risultare davvero tempestiva⁶⁴.

⁶⁴ Concorde, sul punto, A. ROSSI, *op. loc. ult. cit.*, il quale osserva: “Alla fine dei conti, la rigorosa procedimentalizzazione dei meccanismi di emersione della crisi potrà determinare l'inutile e dispersiva attivazione di strumenti di reazione inadeguati alla gravità della situazione”.