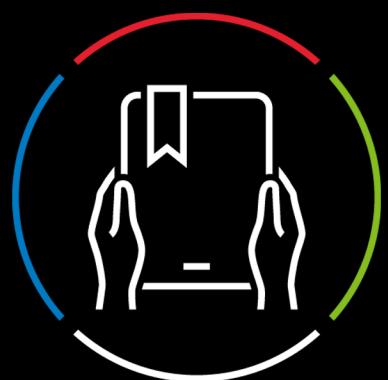

Estratto

Estratto da un prodotto
in vendita su **ShopWKI**,
il negozio online di
Wolters Kluwer Italia

Vai alla scheda →

Wolters Kluwer opera nel mercato dell'editoria
professionale, del software, della formazione
e dei servizi con i marchi: IPSOA, CEDAM,
Altalex, UTET Giuridica, il fisco.



CAPITOLO I

LINEAMENTI DEL DIRITTO DELLA CRISI E DELL'INSOLVENZA

SOMMARIO

1. Premessa. – 2. La prospettiva economico-aziendale della crisi. – 3. Le fattispecie giuridicamente qualificate di crisi dell’impresa. – 4. In particolare: l’insolvenza. – 4.1. *Segue.* La rilevanza oggettiva dell’insolvenza e il tema dell’insolvenza incolpevole. – 4.2. *Segue.* Caratteri dell’insolvenza. – 4.3. *Segue.* Manifestazioni dello stato di insolvenza. – 4.4. *Segue.* Cenni sull’insolvenza civile. – 5. La crisi. – 6. I sistemi normativi di governo della crisi d’impresa. – 7. Cenni sulle crisi giuridicamente qualificate degli altri debitori. I sistemi monistici e dualistici.

1. *Premessa*

Scopo di questa Parte Prima è di introdurre gli elementi fondamentali utili ad orientare il lettore nello studio del tema che forma l’oggetto principale del volume: il **Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza** (d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, e successive modificazioni: II, 8).

Questo apparato normativo ha preso il posto in precedenza occupato nell’ordinamento dalla c.d. **legge fallimentare** (r.d. 16 marzo 1942, n. 267, come modificato in progresso di tempo) e dalla c.d. **legge sul sovraindebitamento dei debitori non fallibili** (l. 27 gennaio 2012, n. 3 e successive modifiche), la quale, molti anni dopo, all’inizio del secondo decennio di questo secolo, l’aveva affiancata.

Come la legge fallimentare, così adesso il Codice costituisce il nucleo centrale del sistema del “**diritto della crisi e dell’insolvenza**”.

Nel lessico giuridico la locuzione ha sostituito quella tradizionale di “**diritto fallimentare**”, dal nome dell’istituto – il fallimento – che, anche storicamente, ne costituiva l’asse portante. Quest’ultima denominazione, dopo aver sin qui identificato la materia, è divenuta ormai inattuale secondo la moderna cultura della crisi aziendale sottesa all’intervento di codificazione, come certificato dell’abbandono per via legislativa (v. art. 349 del Codice: III, 4; XVII, 1) del termine “fallimento” (adesso sostituito con “liquidazione giudiziale”) e delle espressioni da esso derivate (“fallito”, “procedura fallimentare”, ecc.), anche se ciò difficilmente ne comporterà lo sradicamento pure dal linguaggio ordinario.

All’interno del sistema del diritto della crisi e dell’insolvenza si possono individuare, oltre al Codice, altri **comparti normativi**.

Solo per esemplificare, si pensi alla **disciplina dell’amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza** (d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270 e successive modifiche),

con la sua appendice costituita dalla ristrutturazione industriale di grandi imprese in stato di insolvenza (d.l. 23 dicembre 2003, n. 347, convertito dalla l. 18 febbraio 2004, n. 39 e successive modifiche) o alle **discipline speciali di settore** dirette a regolare le crisi delle banche, degli intermediari finanziari e delle imprese di assicurazione.

Trattandosi, comunque, di compatti esterni al Codice, ne tralasceremo l'esame, dedicando alla sola amministrazione straordinaria pochi cenni, quando necessari in collegamento con taluni aspetti che si riannodano alle tematiche che verranno via via affrontate (v. in particolare *II, 5-5.3*).

Tornando alla materia del volume – i contenuti del Codice – il programma è quello di procedere all'illustrazione dei percorsi, degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza e delle procedure di insolvenza da esso previsti, operando tuttavia una selezione.

In particolare, abbiamo ritenuto di dedicare soltanto qualche accenno alla **liquidazione coatta amministrativa**, senza dare sviluppo all'esposizione della sua disciplina. Le specifiche problematiche di questo istituto, infatti, travalicano il Codice, essendo destinate ad emergere nitidamente solo in stretta connessione con la disamina dei profili specificamente propri delle procedure concorsuali amministrative e delle leggi che regolano i vari settori di attività (bancario, assicurativo, cooperative, terzo settore, ecc.), nelle quali la regolamentazione della figura è, con variegate sfumature, disseminata.

Si è altresì preferito dare conto solo succintamente della disciplina delle crisi da **sovraindebitamento**, materia in precedenza regolata della l. n. 3 del 2012 dianzi ricordata ed ora anch'essa incorporata dal Codice nel suo ambito sistematico (*II, 7-7.1; III, 4*). La nostra scelta è giustificata non certo dall'attribuzione di una minore importanza a questa disciplina – che, anzi, a pari grado si affianca oggi a quella delle crisi “maggiori” – ma soltanto dall'esigenza pratica di non sproporzionare gli equilibri del volume, ampliandone a dismisura i contenuti, fino a ricoprendere anche le crisi dei soggetti non imprenditori. A tutti questi sottosistemi riserveremo un separato lavoro, specificamente destinato ad illustrarne i lineamenti fondamentali.

Resta fuori dal nostro esame anche la **disciplina penale**, che pure il legislatore, seguendo gli schemi della legge fallimentare, ha riprodotto nel Codice: il suo studio deve infatti trovare collocazione in una trattazione di diritto penale commerciale.

Essenzialmente, in conclusione, del Codice verranno illustrati – al momento è sufficiente una semplice elencazione riassuntiva – i seguenti argomenti: i **principi generali**, che aprono l'articolato; la **composizione negoziata della crisi e il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio**; la disciplina del c.d. **procedimento unitario**; gli **strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza** (e tra questi, i piani attestati di risanamento; gli accordi di ristrutturazione dei debiti; la convenzione di moratoria; gli accordi sui crediti tributari e contributivi; il concordato preventivo; i piani di ristrutturazione soggetti ad omologazione); la **liquidazione giudiziale**; l'**esdebitazione**; la **disciplina della crisi dei gruppi**.

Ciò che faremo *funditus* ad iniziare dalla Parte Seconda del volume.

Prima, però, occorre farsi carico di inquadrare queste tematiche all'interno delle linee generali della materia.

2. La prospettiva economico-aziendale della crisi

Il *focus* del percorso di analisi della disciplina giuridica della crisi e dell'insolvenza deve essere centrato in primo luogo sull'**impresa**.

Fin da epoca remota, infatti, è fondamentalmente in funzione delle crisi (prima di tutto e in particolare, delle crisi finanziarie) delle attività produttive e commerciali che sono stati forgiati strumenti giuridici per il loro governo; e del resto, anche nei sistemi dove è stata altresì prevista una disciplina della crisi di qualunque altro debitore (unitaria o appositamente regolata con specifici istituti riguardanti singole categorie), essa risulta in genere modellata, con le necessarie varianti morfologiche, sugli schemi delle tecniche di regolazione predisposte per la crisi delle imprese.

Una corretta comprensione degli aspetti giuridici della crisi d'impresa non è tuttavia possibile senza prima aver colto la sostanza economico – aziendalestica del fenomeno.

Ad essa, pertanto, occorre fare preliminarmente cenno.

In questa chiave, può allora dirsi che, nella vita di un'impresa, si instaura una situazione di crisi quando fattori endogeni e/o eventi esterni – più o meno prevedibili – compromettono il compiuto e regolare svolgimento del programma imprenditoriale ed il raggiungimento di risultati tali da permettere di conseguire la giusta remunerazione delle risorse investite, di conservare il valore esistente e di incrementarlo attraverso il reddito prodotto (obiettivi, questi, che possiamo rendere in sintesi con l'espressione "creazione di valore").

È del tutto intuitivo che, ordinariamente, la crisi di un'impresa non si sviluppa in modo istantaneo e repentino, ma è l'esito di un graduale processo di degenerazione (spesso evidenziato attraverso risultati negativi sul piano reddituale), il quale, secondo i casi, può essere rapido o relativamente lento.

Volendo limitare il nostro esame alle c.d. "imprese mature" (una diversa logica deve, chiaramente, essere seguita per le imprese c.d. *start-up* e *tale-up*), questo processo, se non affrontato con tempestive e adeguate iniziative correttive, comporta il progressivo venir meno della capacità dell'impresa di produrre reddito, fino al suo azzeramento e alla generazione di perdite, con tutti i conseguenti effetti sull'integrità del suo patrimonio e sulla sua solvibilità, tali da pregiudicare la stessa conservazione in vita dell'impresa e gli interessi, economici e sociali, coinvolti nella sua attività.

Il modello di analisi dei fenomeni del sistema aziendale comunemente utilizzato dalla scienza aziendalestica e nelle prassi italiane è radicato sul concetto di **equilibrio generale** a valere nel tempo, le cui **condizioni** particolari, di carattere predittivo e prospettico, sono quelle dell'**equilibrio economico, patrimoniale e finanziario**.

Pertanto, dal punto di vista economico – patrimoniale in senso ampio, la **crisi d'impresa**, interpretata in questa dimensione, si traduce in uno **squilibrio** della sua situazione economica, patrimoniale e/o finanziaria.

Semplificando volutamente questi aspetti, si può dire in termini elementari che è riscontrabile uno stato di **squilibrio economico** quando l'impresa non riesce ad operare secondo il principio di economicità, quando cioè i ricavi generati dalla sua attività non riescono più a essere tali da produrre un utile adeguato, se non, addirittura, da coprire i costi; uno stato di **squilibrio patrimoniale**, quando è alterata la capacità dell'impresa di preservare il netto patrimoniale, eroso essenzialmente dalle perdite conseguite, quindi dagli squilibri economici; uno stato di **squilibrio finanziario**, quando risulta deteriorata la capacità dell'impresa di poter disporre nel tempo delle fonti per onorare i propri impegni economici nel rispetto delle scadenze.

Alla luce di questo schema è possibile distinguere – senza ovviamente attribuire a tali classificazioni un valore che non sia puramente indicativo – tra la **crisi di tipo economico – patrimoniale in senso stretto**, che si concreta nello sbilancio tra attivo e passivo, e la **crisi di tipo finanziario**, che riguarda la solvibilità dell'impresa.

A questo punto sono però necessarie alcune avvertenze fondamentali per la compiuta illustrazione di quanto appena detto.

In primo luogo, ai fini della configurabilità di uno stato di crisi dell'impresa assumono rilievo le **situazioni di disequilibrio patologico** delle sue condizioni economiche, patrimoniali e/o finanziarie.

Perciò non sono tali, a titolo puramente esemplificativo, uno squilibrio economico meramente transitorio (si consideri ad es. il caso delle attività stagionali, che alternano periodi di grandi flussi di cassa a periodi di assenza degli stessi); oppure un'espansione dell'indebitamento rispetto alla quale il ricorso alla leva finanziaria, pur incidendo sull'equilibrio finanziario dell'impresa, rientri nella fisiologia delle tecniche di finanziamento e si mantenga entro limiti coerenti (l'indebitamento, in taluni casi, può, infatti, essere addirittura vantaggioso per l'impresa, quando ad es. il costo delle nuove risorse sia inferiore al rendimento atteso dal loro impiego o quando possa realmente consentire all'impresa di superare una fase di difficoltà temporanea); analogamente, una momentanea situazione di disequilibrio patrimoniale, destinata ad essere rimossa ad es. da un incremento dell'utile sufficiente a riportare l'attivo ad una misura bastevole a coprire le passività.

Occorre – ancora – mettere in evidenza che, se difficilmente la crisi di un'impresa ha una natura esclusivamente finanziaria, è vero tuttavia che anche le crisi economico – patrimoniali in senso stretto, se non risolte, tendono nel tempo a dare luogo ad uno **squilibrio finanziario** e che, nella loro fase terminale, tutte le crisi finiscono sempre con l'assumere anche una **connotazione di tipo finanziario**, fino a sfociare nell'insolvenza. A tale proposito occorre precisare che la **prospettiva aziendalistica** interpreta il fenomeno dell'insolvenza (o, quanto meno, del rischio di insolvenza) in chiave **predittiva**, quando sulla base di elementi informativi preventivi ricavabili dalla conoscibilità contabile (ad es. budget finanziari d'esercizio manifestamente irrealizzabili sulla base dei dati di fatto, evidenze di gravi ed irrecuperabili squilibri finanziari e deficit patrimoniali, ecc.) è già configurabile uno squilibrio finanziario prospettico, il quale, in assenza di interventi di finanza esterna da parte dell'imprenditore, di soci o di terzi, prefigura ragionevolmente l'ineluttabilità del dissesto; e questo senza dovere necessariamente attendere l'esteriorizzazione dell'insolvenza con gli inadempimenti, le iniziative recuperatorie dei creditori o altre inequivocabili manifestazioni esterne, come invece vedremo essere affermato dall'impostazione giuridica tradizionale (v. *infra*, 4).

Volendo ora coordinare i rilievi precedenti, è da avvertire che, nell'avvicendarsi delle varie fasi di vita dell'impresa, la **crisi è un'evenienza fisiologica**, da prevenire e – una volta che si sia concretizzata – da regolare al meglio.

Preso atto di questa evidenza, ne deriva che il compito (come vedremo, obbligo sotto il profilo giuridico: V, 4.1) di chi governa l'azienda è quello di strutturare la propria attività secondo formule adeguate a garantire equilibrio ed efficienza, in modo da anticipare le situazioni critiche e, quando si verificano, coglierle in maniera tempestiva, individuando e valutando le cause e le componenti di disequilibrio, al fine di impostare in modo appropriato tutti i necessari interventi correttivi ed evitare – per quanto possibile – che queste portino a una crisi aziendale irreversibile.

Naturalmente lo stadio e il grado di intensità della crisi (dallo stato di indebolimento, alla pre-crisi, alla crisi vera e propria e poi all'insolvenza), richiederanno di modulare diversamente la tipologia dei percorsi rimediali, in una scala che può andare dalle azioni – non necessariamente straordinarie – basate sulle capacità manageriali e sulle risorse dell'impresa, ad interventi straordinari e strutturati con il supporto di piani di risanamento e, via via, fino

al ricorso, eventualmente preceduto dalla composizione negoziata della crisi, alle misure, agli accordi e alle procedure di regolazione previsti dall'ordinamento.

A questo riguardo occorre però aggiungere come, a fronte di questo “dover essere” dell'imprenditore, che postula l'adeguatezza degli assetti necessari a consentire la capacità di vigilanza preventiva e la conoscenza anticipata delle criticità aziendali, l'esperienza concreta mostra invece che la crisi economico-patrimoniale di un'impresa si accompagna sovente anche e proprio a **disfunzioni e anomalie interne di organizzazione, di gestione e/o di programmazione**.

E questo pur quando i fattori scatenanti della situazione di criticità possano dipendere da cause esterne avverse, perché tale circostanza finisce, di regola e salvo casi estremi di eventi imponderabili (si pensi all'esperienza della pandemia da Covid-19), con il denotare, nell'ambito dell'organizzazione dell'impresa, la carenza di strumenti di monitoraggio, previsione e gestione del rischio, idonei a contrastare gli effetti di simili eventi.

Il discorso qui potrebbe ampliarsi fino alle c.d. **crisi di legalità**, che si hanno quando l'organizzazione e la gestione dell'impresa disattendono il rispetto delle condizioni di legalità nelle quali l'imprenditore deve operare (e non necessariamente si accompagnano ad una crisi economico – patrimoniale dell'impresa: si pensi al caso di un'impresa nella quale un'associazione criminale reinvesta gli ingenti proventi della propria attività delittuosa).

Di quest'ultimo aspetto del più ampio panorama delle criticità aziendali non ci occuperemo, bastando qui ricordare che le specificità di questa tipologia di crisi trovano risposta in **strumenti peculiari** previsti nei diversi ambiti settoriali (solo a titolo di esempio: le figure di gestioni straordinarie delle imprese cooperative o delle imprese bancarie, assicurative o di investimento, che possono avere il loro presupposto anche nelle crisi non patrimoniali; il commissariamento giudiziale previsto in materia di responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni; gli strumenti previsti dal c.d. codice antimafia, ecc.).

3. *Le fattispecie giuridicamente qualificate di crisi dell'impresa*

Passando dalla prospettiva economico-aziendale alla dimensione giuridico-normativa della crisi d'impresa, registriamo che l'applicazione, ai differenti livelli, degli strumenti di regolazione ha come presupposto oggettivo **fattispecie di crisi** – utilizziamo questa espressione ancora in senso del tutto generico, come indicazione che subito preciseremo – **giuridicamente qualificate**: centrando immediatamente il nostro discorso sul Codice, il diritto specifica queste fattispecie nelle situazioni della “**crisi**” (in senso stretto) e dell’“**insolvenza**”.

Occorre precisare sul punto che la legge delega n. 155 del 2017 (cfr. art. 2, 1° comma, lett. *c*), dalla quale è stato generato il Codice (*II,8; III,1*), aveva fissato al legislatore delegato il principio di “introdurre una definizione dello stato di crisi, intesa come probabilità di futura insolvenza, anche tenendo conto delle elaborazioni della scienza aziendaleistica, mantenendo l'attuale nozione di insolvenza di cui all'articolo 5” della legge fallimentare.

Le nozioni di “**crisi**” e di “**insolvenza**” sono offerte dall'**art. 2, 1° comma**, rispettivamente, alle lett. *a*) (crisi) e *b*) (insolvenza).

Specificamente, la disposizione della lett. *a*) definisce “**crisi**” lo “stato del debitore che rende probabile l'insolvenza e si manifesta con l'inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte alle obbligazioni nei successivi dodici mesi”.

Vedremo poi (*infra*, 5) come, agli specifici fini del percorso della composizione negoziata della crisi, assuma rilievo anche la situazione di **crisi probabile** (art. 12, 1° comma).

L'**insolvenza** è definita dalla lett. *b*) come “lo stato del debitore che non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni e che si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori”.

Invertendo l'ordine seguito dal legislatore, dedichiamo subito la nostra attenzione al fenomeno più grave – l'**insolvenza** – per poi procedere ad illustrare la nozione giuridica di crisi.

4. In particolare: l'*insolvenza*

In linea con il principio di delega, la definizione di insolvenza dell'art. 2, 1° comma, lett. *b*), riproduce quasi testualmente la nozione di insolvenza già formulata dall'art. 5 l. fall.

Ai fini di una più precisa messa a fuoco della figura possono pertanto essere richiamati i risultati dell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale sviluppata intorno a questa nozione sotto il vigore della legge fallimentare, particolarmente con riguardo al fallimento, di cui l'**insolvenza** costituiva (come adesso della liquidazione giudiziale costituisce) il presupposto oggettivo (*XVII*, 4).

Secondo questa ricostruzione lo stato di insolvenza si concreta nella situazione in cui si trova il debitore che non è in grado di **soddisfare regolarmente** (cioè **integralmente**, alle scadenze **pattuite** e con **mezzi normali di pagamento**) le obbligazioni assunte, essendo **venute meno** le **condizioni di liquidità e di credito** (nel senso tanto di credito bancario, quanto di fiducia dei creditori e del mercato) **necessarie allo svolgimento dell'attività**.

L'**insolvenza**, dunque, è nozione di tipo essenzialmente **finanziario**, alla quale si accompagna altresì una valutazione economica sulla oggettiva impossibilità dell'imprenditore di continuare ad operare proficuamente sul mercato, producendo beni o servizi con un margine di redditività da destinare alle esigenze dell'impresa, tale da consentire in primo luogo il pagamento dei debiti.

La giurisprudenza ha introdotto un'**eccezione** al canone di valutazione dell'**insolvenza** in termini finanziari, quando il debitore è una **società in stato di liquidazione ordinaria**, stabilendo in tal caso l'applicazione di un **criterio meramente patrimoniale**, sulla base del quale verificare soltanto se l'attivo patrimoniale netto consenta di soddisfare integralmente i creditori sociali (si parla, in proposito, di “**insolvenza statica**”, concetto sul quale avremo modo di ritornare più avanti). Fuori da questa ipotesi, guardando ad esempio allo **stato patrimoniale** di un bilancio, l'**eccedenza del passivo sull'attivo** (deficit o sbilancio patrimoniale) non implica automaticamente insolvenza fino a quando l'imprenditore possa avvalersi di apporti esterni di finanza o accedere al credito (ad es. in virtù di garanzie prestate da terzi) e riesca, in tal modo, ad adempiere regolarmente le obbligazioni assunte. Né, per converso, l'**eccedenza dell'attivo sul passivo** vale necessariamente ad escludere l'**insolvenza**, sostanziandosi quest'ultima in una situazione di **illiquidità** non momentanea; conseguentemente si potrà avere insolvenza se, nonostante la situazione patrimoniale di avanzo, la struttura del patrimonio del debitore è costituita in modo preponderante da immobilizzazioni non facilmente liquidabili in via immediata ed egli non goda della disponibilità di risorse liquide e/o di “credito” che gli consenta di soddisfare regolarmente le obbligazioni contratte. Analoghe considerazioni possono essere fatte guardando al **conto economico**, rispetto al quale una **perdita**, anche se protratta per più esercizi, non comporta necessariamente che l'imprenditore non sia in grado di far fronte regolarmente alle proprie obbligazioni, quando egli comunque dispone di mezzi

liquidi (ad es. utilizzando risorse extra aziendali o, nel caso di società, utilizzando i mezzi propri non ancora assorbiti dalle perdite oppure facendo ricorso ad apporti dei soci o a operazioni di aumento di capitale) o del credito necessari; e, all'opposto, a un risultato di **utile** potrebbero non sempre corrispondere flussi finanziari adeguati ad assicurare all'imprenditore la disponibilità delle risorse liquide sufficienti al regolare adempimento delle proprie obbligazioni (si pensi al caso in cui l'utile di periodo sia frutto di un'operazione straordinaria non ripetibile), quando non riesca ad ottenere ulteriore credito.

4.1. Segue. La rilevanza oggettiva dell'insolvenza e il tema dell'insolvenza incolpevole

Ai fini della configurabilità giuridica del presupposto dell'insolvenza **non vengono in considerazione** né le **cause** che hanno l'hanno determinata (anche se riferibili a rapporti estranei all'impresa), né l'**imputabilità o meno del dissesto al debitore** (si tratti cioè di insolvenza dolosa, colposa o riconducibile a eventi incolpevoli).

Questa conclusione viene tradotta nel **principio della c.d. rilevanza oggettiva dell'insolvenza**.

I rigidi canoni anzidetti hanno incontrato una deroga in giurisprudenza nel solo caso di un unico creditore istante, il quale, con una condotta contraria a correttezza e buona fede, abbia creato le condizioni che rendono impossibile il regolare adempimento dell'obbligazione, causando in tal modo le condizioni per l'apertura della liquidazione giudiziale. Occorre, peraltro, ricordare che, sotto la spinta della grave crisi economica determinata dall'emergenza pandemica da Covid-19, non sono mancate, in una prospettiva *de iure condendo*, proposte dottrinali – che si collocano nel solco delle più ampie elaborazioni teoriche sull'inadempimento non colpevole sviluppate nel comparto civilistico – volte ad attenuare questa severa impostazione e ad escludere il fallimento (liquidazione giudiziale) quando l'insolvenza è dipesa da cause di forza maggiore, attribuendo quindi rilevanza ai fini dell'apertura della procedura alla sola insolvenza colpevole.

La critica a queste istanze, pur apprezzabili per le finalità che persegono, si trova ben riassunta nella relazione illustrativa del d.lgs. n. 83 del 2022 (decreto *Insolvency: II 8*), dove non è stata accolta la proposta, formulata dalla 2^a Commissione Giustizia del Senato nel prescritto parere reso sullo schema di decreto legislativo di attuazione della Direttiva (UE) 2019/1023, volta all'inserimento nel Codice della definizione di “**insolvenza colpevole**” e “**incolpevole**”.

Al di là del rilievo che ciò avrebbe comportato il superamento dei limiti della delega di recepimento della Direttiva e la necessità di interventi di coordinamento e razionalizzazione della materia, la relazione sottolinea che la nozione anzidetta risulta, in ogni caso, “del tutto asistematica e produttiva di rilevanti problemi applicativi e di compatibilità con il sistema, non giustificandosi né nell'ottica di evitare l'apertura di una procedura di insolvenza, né nell'ottica di evitare la responsabilità degli amministratori verso i creditori e verso la stessa società. Dal primo punto di vista, va considerato che l'impresa decolla, pur se incolpevolmente decolla, non può restare nel mercato per gli effetti distorsivi che produce nel mercato di riferimento e, quindi, nei confronti delle altre imprese. Dal secondo punto di vista, la responsabilità che attiene al profilo risarcitorio è disciplinata dal codice civile (non essendo necessariamente collegata all'apertura di una procedura concorsuale). Si tratta di azione soggetta alle norme e ai principi generali in materia di azioni di responsabilità (...). Ne discende che la valutazione della condotta rispetto ad un danno non provocato dalla negligente gestione dell'impresa, come possono essere i danni collegati ad un'insolvenza che deriva dalla congiuntura economica sfavorevole (...), assume caratteristiche peculiari rilevanti in tale accertamento, senza necessità di una definizione quale quella suggerita. È infine evidente che l'inserimento di una tale

previsione dovrebbe essere accompagnato, in un corpo normativo qual è quello del Codice e rispetto ai diversi e complessi istituti ivi disciplinati, da una dettagliata disciplina degli effetti collegati all'insolvenza incolpevole". Senza considerare – come è stato giustamente osservato in dottrina – che la nozione di insolvenza incolpevole finirebbe per introdurre un elemento di grave incertezza nella valutazione del giudice in ordine alla sussistenza del presupposto oggettivo, essendo in molti casi arduo stabilire un rapporto di causalità *esclusivo* fra evento straordinario e insolvenza dell'impresa.

4.2. Segue. *Caratteri dell'insolvenza*

Agli effetti dell'insolvenza assume dunque significato esclusivamente la situazione oggettiva di **impotenza** dell'imprenditore ad **adempiere regolarmente** le proprie obbligazioni. Tale situazione di incapacità oggettiva, per assumere i connotati dell'insolvenza, deve essere **strutturale e non meramente transitoria**.

Con riguardo al tema della transitorietà in particolare, si distingue tra **difficoltà momentanea**, la quale non determina insolvenza, e **difficoltà temporanea**, che invece la determina, situazioni riguardo alle quali assume rilievo il fatto che l'imprenditore sia **in grado** (difficoltà momentanea) o **meno** (difficoltà temporanea) di reperire i normali mezzi di pagamento che sono sufficienti ad estinguere le passività non più dilazionabili entro un **lasso di tempo ragionevole**.

La configurabilità dello stato di insolvenza non è esclusa dalla **reversibilità** di questa situazione.

Questa tematica verrà ripresa a proposito dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza (*II, 5*) e della composizione negoziata della crisi (*VII, 5.1*), dove la figura viene in evidenza per la configurazione del presupposto oggettivo ai fini dell'accesso alla procedura di amministrazione straordinaria e, rispettivamente, al percorso di composizione.

L'insolvenza deve essere **attuale**, nel senso che deve riguardare la situazione in atto al momento dell'accertamento da parte del tribunale.

Muovendo da questa prospettiva si considerano **irrilevanti** sia l'**insolvenza pregressa**, se venuta successivamente meno, anche in esito ad accordi (quali il consolidamento e il riscadenziamento dei debiti oppure i *pacta de non petendo*), stipulati dal debitore con tutti i suoi creditori o una parte di essi, in quest'ultimo caso liberando così i mezzi liquidi necessari per il soddisfacimento dei creditori non aderenti (si prescinde qui dal considerare i rischi connessi a tale operazione ove poi l'impresa non superi la crisi); sia l'**insolvenza imminente** (o meglio, il pericolo di insolvenza, che come si vedrà, concreta il diverso presupposto dello stato di "crisi": *infra, 5*) e – ma il punto è più discusso – l'**insolvenza prospettica**, sostanzialmente certa nel suo concretarsi, ma in un futuro prossimo, anch'essa più appropriatamente inquadrabile, a nostro avviso, nella nozione di "crisi".

4.3. Segue. *Manifestazioni dello stato di insolvenza*

Questi profili ci conducono ad un ulteriore aspetto dell'insolvenza giuridicamente rilevante, definibile come tale, **secondo la prevalente opinione**, soltanto se e quando l'incapacità di adempiere regolarmente le obbligazioni si sia **manifestata esteriormente** attraverso i fatti indicati dall'art. 2, 1° comma, lett. *b*). Questa impostazione attribuisce valore decisivo alla

distinzione operata dalla norma tra stato di insolvenza e sua manifestazione esterna, quale elemento costitutivo del presupposto.

Altra tesi, declinata con varie sfumature, considera invece l'insolvenza **rilevante** come situazione *ex se*, indipendentemente dalla sua esteriorizzazione e rispetto alla quale i "fatti esteriori" assumono soltanto il valore di possibili indizi dell'insolvenza.

Quest'ultima ricostruzione, come evidente, avvicina l'impostazione giuridica alla prospettiva aziendaleistica (v. *supra*, 2), apendo la strada alla diagnosi anticipata (e non solo a posteriori, mediante la necessaria manifestazione esterna dello stato di insolvenza già esistente) del dissesto e alla più rapida adozione dei rimedi giuridici volti ad evitare l'irreversibilità e la propagazione dei fattori causativi dell'insolvenza.

Tralasciando qui i riferimenti alla legge fallimentare e guardando al Codice, a sostegno di questa tesi sono stati individuati un aggancio sistematico nei principi generali che spingono ad una risposta precoce alla situazione di difficoltà dell'impresa (*V, 4.1*) e un supporto normativo nella disposizione dell'art. 38, 1° comma (il quale stabilisce che il pubblico ministero è tenuto a presentare il ricorso per la liquidazione giudiziale in ogni caso in cui "ha *notizia* dell'esistenza di uno stato di insolvenza").

In senso contrario, tuttavia, è stato rilevato come l'impostazione anzidetta si scontri con gli artt. 33 (già 10 l. fall.) e 34 (già 11 l. fall.), nei quali, ai fini della liquidazione giudiziale (fallimento) dell'imprenditore cessato e, rispettivamente, defunto, è espressamente stabilito, come si vedrà (*XVII, 4*), che l'insolvenza debba estrinsecarsi; né sembra esservi ragione per attribuire alle predette disposizioni, su questo punto, carattere eccezionale rispetto alla nozione unitaria di insolvenza.

D'altro canto, come è stato osservato con acume, se la norma avesse inteso degradare gli inadempimenti e gli altri fatti esteriori al livello di possibili indizi dello stato di insolvenza, non si capirebbe il perché della loro esplicita menzione.

Comunque sia, resta che, nella normalità dei casi, davanti ai tribunali la prova dello stato d'insolvenza viene raggiunta attraverso le **manifestazioni esteriori**, le quali rivelino in modo non equivoco, anche secondo un procedimento logico di carattere presuntivo *ex art. 2729 cod. civ.*, l'impotenza del debitore al regolare soddisfacimento delle proprie obbligazioni. L'art. 2, 1° comma, lett. *b*), in primo luogo, menziona espressamente il sintomo esteriore più frequente della situazione di insolvenza, rappresentato dagli **inadempimenti**.

A questo proposito occorre bene intendersi.

L'**inadempimento** in quanto tale **non equivale all'insolvenza**: quest'ultima rappresenta uno *stato* in cui versa il debitore; il primo designa un *fatto*, che riguarda la mancata esecuzione di una prestazione, fatto che *può costituire una manifestazione dello stato di insolvenza solo quando ne sia una diretta conseguenza*.

Pertanto, inadempimento non significa necessariamente incapacità di adempiere (es. tale non è il mancato pagamento di un determinato credito da parte del debitore che può adempiere, ma ne contesta non strumentalmente la fondatezza, tanto più quando la pretesa non è stata accertata in sede giudiziale).

L'inadempimento potrebbe riguardare **crediti contestati e soggetti ad accertamento giudiziale**, nel qual caso la giurisprudenza, in linea di principio, tende a non attribuire ad esso valore sintomatico.

Tuttavia, quando all'inadempimento si accompagnino, come sovente accade, crediti assistiti da **titoli esecutivi** (si pensi, ad esempio, all'impugnazione da parte del debitore soccombente della sentenza di primo grado che costituisce titolo esecutivo, all'opposizione a decreto

ingiuntivo munito di clausola di provvisoria esecutività, ecc.), protesti, procedimenti esecutivi, iscrizioni di ipoteche giudiziali, sequestri conservativi, questi fatti rivestono invece un valore altamente sintomatico e quanto più le anzidette manifestazioni sono numerose, a maggior ragione dimostrano l'impotenza ad adempiere del debitore.

Si precisa, peraltro, che anche l'inadempimento di un solo debito può integrare l'insolvenza, quando si manifesti con un peculiare carattere di esteriorità che dimostri inequivocabilmente il dissesto del debitore.

Quanto agli altri "fatti esteriori" che, se univoci, sono considerati indici rivelatori dello stato di insolvenza, la casistica è molto ampia e non tassativa.

Vi rientrano, solo a titolo di esempio, la chiusura dei locali dell'impresa; la fuga, l'irreperibilità o la latitanza del debitore; le operazioni fraudolente sull'attivo; il compimento di atti anormali di gestione; il tentativo di sistemazione stragiudiziale dell'esposizione debitoria; talora le risultanze dei bilanci, ecc.

Essi potrebbero assumere rilievo anche in mancanza di inadempimenti (es. vendita di beni strategici sottocosto per fronteggiare il pagamento di crediti esigibili), ma l'ipotesi ha carattere più teorico che pratico, essendo difficile, in concreto, che a questi "fatti" non si accompagni anche l'inesecuzione delle obbligazioni.

Quando l'impotenza dell'imprenditore a soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni si manifesta all'esterno, è destinata a ripercuotersi, secondo un grado crescente di gravità e di progressione temporale, sulla molteplicità di soggetti (primi fra tutti i creditori) che hanno instaurato o possono instaurare relazioni con l'imprenditore, determinando, in tal modo, un crescente aggravamento e una possibile **propagazione della crisi**, il rischio di una progressiva dispersione dei valori aziendali, il presumibile aumento della rigidità finanziaria di molti altri operatori, con il conseguente innesco di situazioni di crisi incrociate delle economie esterne, e, più in generale, dei terzi coinvolti.

Questa situazione giustifica allora che la regolazione dello stato di insolvenza possa essere **imposta al debitore**, attraverso la liquidazione giudiziale (e, in passato, il fallimento), anche ad iniziativa dei suoi creditori (ed oggi altresì degli organi che hanno funzioni di controllo sull'impresa) o ad **iniziativa pubblica** (autorità amministrative che hanno funzioni di vigilanza sull'impresa; pubblico ministero) (art. 37, 2° comma), ferma restando la possibilità per il debitore medesimo di accedervi spontaneamente o di ricorrere a strumenti alternativi attraverso un accordo con i creditori (*XVIII, 2*).

4.4. Segue. Cenni sull'insolvenza civile

La complessiva ricostruzione della figura delineata nei paragrafi che precedono consente di cogliere il diverso modo di atteggiarsi dell'insolvenza come definita dall'art. 2, 1° comma, lett. b) rispetto all'**insolvenza** considerata dal codice civile (v. ad es. artt. 1186, sulla decadenza dal termine; in molte altre disposizioni l'insolvenza del debitore che non può pagare viene in considerazione come condizione per poter aggredire una sfera giuridica altrui: v., esemplificando, gli artt. 1274, 1299, 1313, 1954).

Entrambe le figure si sostanziano nell'oggettiva impossibilità del debitore di adempiere le proprie obbligazioni.

Si suole dire, tuttavia, che la prima è un fenomeno che riguarda la **collettività dei creditori** ed ha carattere **dinamico**, riferendosi ad un'entità per sua natura "dinamica" qual è l'impresa, dove pertanto, assumono rilievo tutti gli elementi che, nello svolgimento della

normale attività imprenditoriale, possono incidere sulla capacità di soddisfare regolarmente le obbligazioni (ad es. la struttura quantitativa e qualitativa del patrimonio e la sua consistenza, attuale e prospettica; la capacità di produrre reddito, anch'essa considerata sotto il duplice angolo visuale dell'attualità e della prospettiva futura; il "credito" di cui gode l'imprenditore, ecc.).

L'insolvenza di diritto comune, o civile che dir si voglia, è invece un fenomeno che si riflette sul **singolo rapporto obbligatorio** ed ha carattere **statico**, concretandosi nell'insufficienza patrimoniale (l'eccedenza del passivo sull'attivo), la quale si traduce nel deterioramento della garanzia che può offrire il patrimonio del debitore in vista dell'esecuzione forzata.

L'approccio al tema dell'insolvenza del debitore civile e del consumatore diventa più articolato quando dalla dimensione del singolo rapporto obbligatorio si passa a quella concorsuale del sovraindebitamento, fermo restando in ogni caso che, rispetto all'imprenditore, la crisi o l'insolvenza di questi soggetti, atteso il patrimonio a cui comunemente si riferisce, presenta una caratterizzazione in senso statico (*II, 7*).

5. *La crisi*

L'art. 2, 1° comma, lett. *a*) ha introdotto nel diritto positivo una **definizione normativa di crisi** (v. *supra*, 3).

Si tratta di una novità assai rilevante, ove si consideri che il previgente art. 160 l. fall. novellato, pur configurando tale situazione come presupposto del concordato preventivo, si era astenuto dal fissarne la nozione, limitandosi a precisare (cfr. ultimo comma, aggiunto nel 2005 e successivamente divenuto penultimo), che "per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza", donde la comune affermazione di un rapporto di *genus a species* tra le due figure.

L'attuale definizione è il risultato di una progressiva messa a punto, che ha visto il succedersi nel Codice di diverse formulazioni della norma.

La **nozione come da ultimo codificata** (v. *supra*, 3) risulta emendata da ogni elemento definitorio della crisi in sé, lasciando immutata l'enunciazione della sola caratteristica "relativa" della crisi, che si sostanzia nella **probabilità di futura insolvenza**, secondo una relazione causale e diacronica tra crisi e insolvenza.

In tal modo, ferma la distinzione concettuale della crisi dall'insolvenza, la **nozione di crisi** risulta **esplicitata** solo per via **indiretta**, ricavabile mediante il **rinvio**, in termini probabilistici, ad un'altra **nozione**, quella di **insolvenza**, la cui definizione, come abbiamo visto, è rimasta quella tradizionale di tipo principalmente finanziario (l'incapacità del debitore di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni), incentrata – almeno secondo l'opinione prevalente – sulla manifestazione esteriore di tale stato (v. *supra*, 4.3).

Specificamente, la norma qualifica la crisi in termini di "inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici" al servizio del debito di periodo (il soddisfacimento delle obbligazioni nei successivi dodici mesi), con ciò indicando il **modo di manifestarsi della crisi** ("stato del debitore che rende probabile l'insolvenza e *si manifesta* con l'inadeguatezza" ecc.).

La **manifestazione** della crisi considerata dal legislatore ha dunque una esplicita caratterizzazione **finanziaria**, nella prospettiva temporale di **dodici mesi**.

Questa **impostazione**, non del tutto condivisa dalla dottrina aziendaleistica che ha evidenziato le lacune prognostiche di una nozione di crisi dedotta solamente per relazione rispetto

all'insolvenza probabile e agli insufficienti flussi di cassa prospettici, trova peraltro il suo completamento una volta **coordinata con le previsioni dell'art. 3.**

Come vedremo (*V, 4.1*), le disposizioni dell'articolo dianzi richiamato impongono infatti all'imprenditore individuale e alle società l'adeguatezza delle misure e, rispettivamente, degli assetti in funzione della tempestiva rilevazione dello stato di crisi e dell'assunzione delle iniziative idonee a farvi fronte; in particolare, recuperando le metodiche della scienza aziendaleistica, viene stabilito che, ai fini della previsione tempestiva dell'emersione della crisi, le misure e gli assetti di cui sopra devono consentire, tra l'altro, di "rilevare eventuali squilibri di carattere patrimoniale o economico – finanziario" e di "verificare la sostenibilità dei debiti e le prospettive di continuità aziendale", oltre che di una serie di segnali predittivi specificamente elencati.

Fatte queste precisazioni, ricordiamo che la nozione di **crisi** di cui all'art. 2, 1° comma, lett. *a*) definisce, insieme a quella di **insolvenza** di cui alla lett. *b*), i **presupposti oggettivi degli strumenti di regolazione concordata** (v. Parte Quarta del volume), non delle procedure di liquidazione, le quali, come abbiamo detto, presuppongono il solo stato di insolvenza.

Si badi però che l'esigenza della regolazione della crisi non può comunque invadere l'**autonomia privata e la libertà di iniziativa economica** di chi gestisce l'impresa fino al punto di allargare la legittimazione a richiedere l'accesso allo strumento a soggetti diversi dal debitore (secondo quanto invece può accadere, come abbiamo visto, per l'apertura delle procedure di liquidazione nelle situazioni di insolvenza: *supra*, 4); l'imprenditore perciò rimane arbitro delle proprie scelte, che attengono all'organizzazione della sua attività economica e delle quali, nel caso, risponderà in sede civile e penale per l'aggravamento del dissesto.

A completamento di questo paragrafo resta da dire che, al di fuori dell'art. 2, il Codice reca all'**art. 12**, con riguardo ai presupposti di accesso al percorso volontario della composizione negoziata (*VII, 5.1*), accanto alla crisi (e, come vedremo, all'insolvenza reversibile) un'altra nozione, temporalmente prodromica allo stato di crisi.

Si tratta dell'inedito concetto (introdotto del decreto *Insolvency* riprendendo *in parte qua* la disciplina di cui al d. l. 24 agosto 2021, n. 118, conv. con modificazioni nella l. 21 ottobre 2021, n. 147) di **probabilità di crisi**, diversamente definita anche **pre-crisi**.

La probabilità di crisi evocata dall'art. 12 si sostanzia nello **squilibrio patrimoniale o economico – finanziario che rende probabile la crisi**.

Esemplificando, questo stato, al netto del margine di approssimazione che connota ogni categorizzazione una volta calata nella realtà, può riguardare l'imprenditore sano, che si trovi temporaneamente in una situazione non grave di tensione finanziaria o di erosione dell'economicità aziendale circoscritta e localizzata entro segmenti dell'impresa (ad esempio, di prodotti, di mercati, di singoli punti vendita, di approvvigionamento, di particolari lavorazioni, ecc.).

In tal modo viene ampliato il campo delle possibilità per il debitore in difficoltà di intercettare e risolvere spontaneamente e con tempestività, addirittura fin dallo stadio della probabilità di crisi, le situazioni di malessere della sua impresa, evitando che queste degenerino in vera e propria insolvenza sino a divenire irreversibili.

6. I sistemi normativi di governo della crisi d'impresa

La crisi (in senso lato) è dunque uno dei possibili esiti dell'attività d'impresa.

Posto che l'impresa è – per definizione – un'attività economica organizzata rivolta al mercato, è fisiologico che l'imprenditore, durante il suo esercizio, intrattenga plurime relazioni obbligatorie ed intessa rapporti commerciali con una molteplicità di creditori (e più in generale, come adesso si usa dire, di *stakeholders*, interni ed esterni: lavoratori, clienti, fornitori, ecc.), relazioni e rapporti destinati a svilupparsi in un tempo più o meno lungo.

Allorché un'impresa cada in una situazione crisi (tanto più rispetto alla gravità della crisi, al suo impatto sulle componenti aziendali e al crescere delle dimensioni della realtà imprenditoriale interessata), è, pertanto, inevitabile che anche tutta questa ampia e variegata platea di soggetti ne venga coinvolta, pur se con differenti gradi di intensità.

In questa situazione, le regole giuridiche ordinarie di tutela individuale del singolo rapporto creditore risultano disfunzionali e non più sufficienti a fronteggiare le complessità della crisi e l'attuazione della responsabilità patrimoniale di quel particolare debitore che è l'imprenditore e sono invece necessari strumenti giuridici appositamente dedicati a questi scopi.

L'osservazione empirica evidenzia la **varietà delle tecniche** elaborate dai diversi sistemi normativi in funzione della regolazione della crisi d'impresa.

A livello schematico gli strumenti di regolazione sono riconducibili – con molteplici sfumature intermedie – a **modelli di tipo giudiziario** (tradizionalmente, in larga misura, prevalenti: per rimanere al nostro ordinamento, solo per esemplificare si pensi alla liquidazione giudiziale, e prima al fallimento [XVII], o al concordato preventivo [XIV]); a **procedure** (ancora guardando al nostro Paese, si pensi alla liquidazione coatta amministrativa, dove peraltro vi sono anche momenti di carattere giurisdizionale [II, 3 e III, 4], o al modello misto giudiziario amministrativo dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza [II, 5]) e **interventi** (sempre avendo riguardo al nostro Paese v., ad es., *infra*, II, 4) di **carattere amministrativo**; a **strumenti di natura privatistica** (quali per noi gli accordi in esecuzione del piano attestato di risanamento [X]).

All'interno di questo quadro le discipline compiute della crisi dell'impresa (ma, più in generale, come vedremo, di qualsiasi debitore) presentano essenzialmente almeno due percorsi alternativi: **meccanismi di soluzione concordata della crisi**, che presuppongono l'iniziativa e la volontà del debitore e sono in vario modo basati sull'accordo con i creditori (nel nostro ordinamento, ad esempio, il concordato preventivo[XIV]) o l'accordo di ristrutturazione dei debiti [XI]) e **procedure di tipo coattivo-liquidativo** (nel nostro ordinamento, ad esempio, la liquidazione giudiziale e, prima, il fallimento[XVII]), le quali, come abbiamo visto parlando dell'insolvenza (v. *supra*, 4.3), possono essere imposte al debitore anche dai creditori o ad iniziativa pubblica.

Le **soluzioni concordate** della crisi si possono a loro volta **distinguere**, in linea di massima, tra **soluzioni contrattuali**, che si fondano sull'accordo delle parti e vincolano solo i creditori aderenti (come ad esempio accade, per quanto riguarda il sistema italiano, nei concordati stragiudiziali, negli accordi in esecuzione di piani attestati di risanamento e negli accordi "comuni" di ristrutturazione dei debiti, questi ultimi soggetti a successiva omologazione in sede giudiziaria: IX ss.) e **soluzioni deliberative**, che si basano sulla votazione dei creditori (come ad esempio avviene, sempre avendo riguardo al nostro ordinamento, nella procedura di concordato preventivo, la cui approvazione, secondo il modello non in continuità aziendale, è governata dal tradizionale principio di maggioranza e, secondo il modello in continuità aziendale, segue oggi regole particolari che portano comunque a configurare la votazione in termini di possibile espressione di un diritto di voto dei creditori: in entrambi i casi, l'omologazione giudiziale rende obbligatorio il concordato anche per i creditori dissenzienti[v. *amplius* XIV]).

Larga parte degli strumenti di regolazione è storicamente costituito da **procedure collettive speciali**, definite – specialmente nella tradizione comparistica e nelle normative unionistiche – “**procedure di insolvenza**” ovvero, nella nostra tradizione storica, con significato non perfettamente sovrapponibile, “**procedure concorsuali**”, prototipo delle quali era il fallimento ed ora la liquidazione giudiziale (*IV, 2-4*).

La versione avanzata dei principali ordinamenti attribuisce inoltre un rilievo fondamentale all’obiettivo dell’**emersione e della soluzione anticipata delle situazioni di crisi** secondo tecniche di ristrutturazione preventiva (ne sono un esempio la Direttiva UE 20 giugno 2019, n. 2019/1023 c.d. *Insolvency* e le normative nazionali di adozione della medesima), poiché la possibilità di salvaguardare i valori di un’impresa in difficoltà sono direttamente proporzionali alla tempestività dell’intervento risanatore, mentre il ritardo nel percepire i segnali di una crisi comporta che, nella maggior parte dei casi, questa degeneri in vera e propria insolvenza, sino a diventare irreversibile.

A seconda del percorso seguito, gli esiti della regolazione della crisi d’impresa si possono sviluppare lungo gli assi fondamentali del **risanamento**, della **cessione dei complessi aziendali** e della **liquidazione atomistica** del patrimonio del debitore: fermo restando che, qualunque sia il percorso seguito, questa regolazione passa sempre anche attraverso il potenziale riconoscimento di un **qualche soddisfacimento ai creditori**, che ne rimangono comunque una componente essenziale, anche quando i loro interessi vengono bilanciati con altri e diversi valori (si pensi, ad esempio, alla conservazione dell’impresa).

Quanto abbiamo sin qui complessivamente esposto – è opportuno avvertire – **non equivale** tuttavia a dire che, negli ordinamenti nazionali o a livello internazionale, **esiste una disciplina della crisi d’impresa compiutamente armonizzata** sulla base di **modelli tendenzialmente uniformi**, predisposti seguendo un processo di avvicinamento tra ordinamenti che invece appare ancora *in itinere*.

A questo proposito è stato opportunamente osservato che, nell’area della regolamentazione giuridica delle imprese e delle loro attività, il **terreno della regolazione della crisi imprenditoriale** è anzi risultato, per molto tempo, il **meno permeabile** alle tendenze in atto verso **meccanismi sovranazionali di armonizzazione** (diversamente da quanto si è invece verificato, ad esempio, con riguardo alla disciplina societaria, a seguito dei ripetuti interventi effettuati negli anni a livello comunitario, prima, e unionistico, poi).

Le **ragioni** sono state determinate da diversi fattori.

Tra questi, la natura tipicamente **conflittuale** della crisi d’impresa, che coinvolge in vario modo interessi tra loro antagonisti (del debitore, dei creditori, della collettività, ecc.) e non sempre omogenei: si pensi, esemplificando, alle differenti e talvolta confliggenti posizioni che possono aversi all’interno macro categoria dei creditori (fisco, lavoratori, fornitori, banche, creditori assistiti da garanzie e non, creditori interessati alla prosecuzione dell’attività dell’impresa e dei rapporti contrattuali e creditori che aspirano soltanto al miglior soddisfacimento dei loro crediti, ecc.); oppure ai possibili antagonismi tra soci o tra questi e gli amministratori in ordine alla soluzione della crisi, quando debitrice sia una società (*XVI*). Ciascun ordinamento ha sviluppato tecniche di regolazione e di composizione di questi interessi secondo proprie impostazioni caratteristiche e punti di equilibrio differenti, che riflettono i rispettivi sistemi valoriali e il grado di evoluzione delle rispettive strutture generali, giuridiche ed economiche in un determinato momento storico. A ciò va aggiunto che la disciplina dei meccanismi di soluzione delle crisi è significativamente caratterizzata anche da componenti di indole **processuale** – in via generale, l’uniformazione del diritto processuale è di estrema difficoltà, dato che ogni Stato tende a governarlo con le proprie leggi – ed incrocia **tematiche tipicamente**

regolate dai diritti nazionali secondo autonome peculiarità (si pensi, solo a titolo di esempio, alle modalità di tutela dei titolari di diritti reali o di garanzia, al rango dei crediti, al regime dei rapporti di lavoro, alle discipline fiscali, ecc.).

Tutto questo, naturalmente, non esclude affatto che **profili specifici di alcuni modelli, più di altri, abbiano costituito un riferimento per le riforme delle discipline delle crisi di impresa** a cui, particolarmente nell'ultimo ventennio, hanno proceduto, pur se in ordine sparso e seguendo ognuno linee proprie, molti paesi dell'Unione Europea e non solo.

Così, basti un esempio per tutti, la nuova configurazione delle soluzioni concordate delle crisi d'impresa introdotte già con la riforma della legge fallimentare del 2005-2007 ha certamente tratto spunti di ispirazione dal *Chapter 11* del *Bankruptcy Code* statunitense.

D'altro canto **iniziativa** verso un'**armonizzazione** delle differenti discipline sono **in atto**, tanto sul **versante internazionale**, quanto a livello di **Unione Europea**, a maggior ragione in un contesto dove il fenomeno della globalizzazione e le implicazioni transnazionali che le attività imprenditoriali presentano in maniera crescente hanno fatto assumere sempre maggiore importanza anche alla dimensione sovranazionale delle crisi di impresa.

Nello specifico, a **livello internazionale**, vanno richiamati, ad esempio, i **principi della Model law**, elaborati in tema di insolvenza dalla Commissione delle Nazioni Unite per il diritto commerciale internazionale (**UNCITRAL**), a cui hanno aderito molti paesi anche in ambito extraeuropeo (tra i quali gli Stati Uniti d'America), e quelli predisposti dalla **Banca Mondiale** per la corretta gestione della crisi d'impresa.

A livello di **Unione Europea**, vanno menzionati, in primo luogo, il **Regolamento (CE) 29 maggio 2000, n. 2000/1346** e il **Regolamento (CE) 20 maggio 2015, n. 2015/848**, che l'ha sostituito, i quali hanno adottato criteri di competenza giurisdizionale e norme di conflitto unitarie ed uniformi per disciplinare alcuni aspetti delle **procedure di insolvenza transfrontaliera** nei rapporti tra gli Stati Membri.

Dal punto di vista della disciplina sostanziale dell'insolvenza viene invece in rilievo la **Raccomandazione n. 2014/135 della Commissione del 12 marzo 2014**, che ha posto il duplice obiettivo di garantire alle imprese sane in difficoltà finanziarie l'accesso a un quadro nazionale in materia di insolvenza che permetta di ristrutturarsi in una fase precoce e di dare una "seconda opportunità" agli imprenditori attraverso l'esdebitazione.

A questa Raccomandazione è successivamente seguita la **Direttiva (UE) 20 giugno 2019, n. 2019/1023 c.d. Insolvency** riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione e le interdizioni nonché le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione, recepita nel nostro ordinamento con il decreto legislativo del 17 giugno 2022, n. 83, che, come vedremo, ha profondamente modificato alcune parti del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza.

La Direttiva anzidetta costituisce un momento normativo molto importante, poiché rappresenta il **primo intervento dell'UE a questo livello** volto ad armonizzare, pur se in misura ancora parziale, le legislazioni dei Paesi membri in materia di ristrutturazione delle imprese in crisi.

La finalità della Direttiva è di "contribuire" anche muovendo da questo ambito "al corretto funzionamento del mercato interno, nonché eliminare gli ostacoli all'esercizio delle libertà fondamentali, quali la libera circolazione dei capitali e la libertà di stabilimento, che derivano dalle differenze tra le legislazioni nazionali e procedure nazionali in materia" (così testualmente il primo Considerando della Direttiva cit.). Questo obiettivo è

perseguito dalla Direttiva – facendo salvi i diritti dei lavoratori – garantendo alle imprese e agli imprenditori che si trovano in difficoltà finanziaria la possibilità di accedere a misure nazionali efficaci in materia di ristrutturazione preventiva per la prosecuzione delle loro attività, in quanto risanabili, e per essere esdebitati con procedimenti efficienti, tali da garantire in un ragionevole lasso di tempo l'opportunità di rientrare nel ciclo produttivo.

Ricordiamo, da ultimo, che il processo di armonizzazione della disciplina della crisi nei Paesi dell'Unione avviato dalla Commissione Europea è destinato a trovare **ulteriori sviluppi**, essendo in corso di approvazione un'altra **Direttiva**, la cui proposta è stata presentata dalla Commissione Europea il 7 dicembre 2022, riguardante alcuni **particolari aspetti delle procedure di insolvenza**, tra i quali: le azioni revocatorie; la tracciabilità dei beni del debitore e l'accesso ai pubblici registri da parte del rappresentante della procedura e altri soggetti aventi un legittimo interesse; la previsione di procedure di vendita c.d. *pre-packed*; i doveri degli amministratori in fase di insolvenza delle società; le misure semplificate *ad hoc* per la liquidazione delle micro imprese insolventi; la previsione di disposizioni relative al ruolo del comitato dei creditori. Come evidente, il recepimento nel futuro di questa Direttiva comporterà nuove e significative modifiche del vigente Codice della crisi, specie per quanto riguarda la disciplina della liquidazione giudiziale e della liquidazione controllata.

7. Cenni sulle crisi giuridicamente qualificate degli altri debitori. I sistemi monistici e dualistici

Come avvertivamo (v. *supra*, 2), i sistemi normativi evoluti di governo delle crisi non riguardano esclusivamente le imprese – sulle quali comunque sono essenzialmente incentrati – ma prevedono anche strumenti e procedure di composizione e/o soluzione delle crisi di **qualsiasi altro debitore**, posto che, anche rispetto a questo, le regole ordinarie possono risultare inadeguate, particolarmente quando ricorra una situazione di indebitamento plurimodo del soggetto.

L'indagine comparatistica evidenzia come, nel diritto positivo dei diversi ordinamenti, i modelli di regolazione di tale fenomeno non siano uniformi, già a partire dall'ambito soggettivo di applicazione delle normative in materia.

A livello schematico si possono, sotto questo aspetto, distinguere, sulla base di una classificazione generale di immediata chiarezza elaborata in dottrina, **due macro-sistemi** di regolazione delle crisi: quelli di tipo **monistico** (dove i relativi istituti rientrano nel diritto comune e, almeno in via tendenziale, sono destinati ad essere applicati a qualsiasi debitore, sia esso imprenditore o meno: così, ad es., nei Paesi dell'area germanica e anglosassone) e quelli di tipo **dualistico** (nei quali sono invece previsti istituti e procedure specifici per le crisi delle imprese, secondo un'impostazione tradizionale sviluppata in linea di continuità con le origini stesse del fallimento, che ha costituito anche storicamente l'archetipo di quegli istituti: così, ad. es., nei Paesi dell'area latino europea e di una parte dell'America Latina).

Si tratta, naturalmente, di una distinzione di larga massima, che – come è stato giustamente osservato – soltanto in taluni ordinamenti è reperibile, per così dire, allo stato “puro” (così, ad es., i modelli monistici portoghese e spagnolo). Più frequentemente, infatti, quei modelli si presentano in **forma mista** o “ibrida”.

Estratto

Estratto da un prodotto
in vendita su **ShopWKI**,
il negozio online di
Wolters Kluwer Italia

Vai alla scheda →

Wolters Kluwer opera nel mercato dell'editoria
professionale, del software, della formazione
e dei servizi con i marchi: IPSOA, CEDAM,
Altalex, UTET Giuridica, il fisco.

