

CAPITOLO 1

LE PROCEDURE “CONCORDATE” TRA CRISI E INSOLVENZA

SOMMARIO: 1. La nozione giuridica di “crisi” come stato di squilibrio economico-finanziario diverso dall’insolvenza irreversibile. – 2. Crisi e procedure di conservazione, insolvenza e procedure di liquidazione. – 3. *Segue*. L’insolvenza non dichiarata come “confine mobile” fra concordato preventivo e fallimento. – 4. L’insolvenza dichiarata e il concordato (liquidatorio) fallimentare. – 5. Piano dell’opera.

1. LA NOZIONE GIURIDICA DI “CRISI” COME STATO DI SQUILIBRIO ECONOMICO-FINANZIARIO DIVERSO DALL’INSOLVENZA IRREVERSIBILE

I vari riferimenti normativi allo stato di crisi introdotti con la riforma (*ex artt.* 160, 182-bis, 67, co. 3, lett. e, ecc. L.F.) sembrano avere in comune sul piano giuridico la distinzione dalla situazione di insolvenza (art. 5 L.F.), identificando situazioni di squilibrio economico-finanziario (in ipotesi) reversibile, ove l’impresa – godendo (ancora) di credito – pare idonea a produrre valore e, quindi, si ritiene possa restare sul mercato.¹

Coerentemente, l’abusiva concessione di credito intende, appunto, sanzionare gli effetti negativi che dal finanziamento all’impresa insolvente derivino

¹Cfr., fra molti, M. LIBERTINI, *Accordi di risanamento e ristrutturazione dei debiti e revocatoria*, in *Autonomia negoziale e crisi d’impresa*, a cura di F. DI MARZIO-F. MACARIO, Milano, 2010, p. 382. Anche prima della riforma, per quanto non vi fosse una definizione che chiarisse la portata del concetto di crisi, le posizioni dottrinali erano piuttosto concordi nel considerare la crisi come una situazione differente dall’insolvenza. In particolare, con tale concetto si intendeva una situazione relativa ad una difficoltà dell’impresa non ancora caratterizzata da una valenza tale da costituire l’insolvenza, quale presupposto del fallimento: in tema, E. FRASCAROLI SANTI, *Insolvenza e crisi d’impresa*, Padova, 1999, p. 21 ss.; A. AMATUCCI, *L’insolvenza come elemento oggettivo di collegamento tra le diverse procedure concorsuali*, cit., p. 241 ss; CORSI, *Crisi, insolvenza, reversibilità, temporanea difficoltà, risanamento: un nodo irrisolto?*, cit., p. 946 ss. Così, ad es., secondo la definizione data dalla Commissione Trevisanato, la crisi si configura come “una situazione patrimoniale economica e finanziaria in cui si trova l’impresa, tale da determinare il rischio di insolvenza”.

alle imprese concorrenti, con ciò evidenziando il limite generale (art. 41, co. 2, Cost.), posto dall'ordinamento giuridico alla libertà di iniziativa economica.²

Il discrimine è posto nell'insolvenza irreversibile, intesa come "condizione di impotenza economica nella quale l'imprenditore non è in grado di adempiere regolarmente con normali mezzi solutori le proprie obbligazioni per il venir meno della liquidità finanziaria e della disponibilità di credito necessari per lo svolgimento della sua attività".³

La riforma della legge fallimentare ha, tuttavia, rimesso in discussione gli effetti che ne conseguono in ordine all'attivazione degli strumenti di tutela "concorsuale", e ciò a seguito della previsione dello "stato di crisi" quale presupposto alternativo all'insolvenza nel concordato preventivo, ed esclusivo per altre forme di gestione della crisi d'impresa.

Seppure al limitato effetto della ricorrenza dei presupposti di ammissione al concordato preventivo (art. 160, ult. co., L.F.) la "crisi" si estende, lambendola, sino all'insolvenza, vero spartiacque incontrastato, sino a tempi recenti, del "diritto fallimentare".

Prevede, infatti, l'art. 160, co. 3, L.F., che "Ai fini di cui al primo comma per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza", precisandosi, in tal modo, che può proporre domanda di concordato preventivo l'imprenditore che si trovi in uno stato di crisi o anche di insolvenza, modificando la previsione iniziale che, limitando tale possibilità allo stato di crisi, rischiava di sterilizzare l'istituto, poiché la mancata previsione dell'insolvenza, quale possibile requisito oggettivo, avrebbe comportato il rigetto di buona parte delle domande di concordato preventivo.⁴

² Sul tema, visto anche nel rapporto con il diritto delle procedure concorsuali, si rinvia, per tutti, a F. DI MARZIO, *Abuso nella concessione del credito*, Napoli, 2005, p. 51 ss., ed ivi ampi riferimenti.

³ Per tale definizione, oramai costante in giurisprudenza, v. per tutte Cass. 27 aprile 1999, n. 4277, in *Fall.*, 1999, p. 297; da ultimo, Cass. 27 maggio 2015, n. 10952, in *www.ilcaso.it*, *Sez. Giur.*, 2015, per la quale "In tema di dichiarazione di fallimento, lo stato di insolvenza dell'impresa, che esso presuppone, da intendersi come situazione irreversibile, e non già come una mera temporanea impossibilità di regolare l'adempimento delle obbligazioni assunte, può essere desunto, ai sensi dell'art. 15 ult. co. della L.F., dal complesso dei debiti, purché almeno pari all'ammontare stabilito, secondo il periodico aggiornamento previsto dal terzo co. dell'art. 1 L.F., dallo stesso art. 15 ult. co. L.F., accertati nel corso dell'istruttoria prefallimentare". In dottrina basti qui il rinvio allo studio di TERRANOVA, *Stato di crisi e stato di insolvenza*, cit., *passim*; e v. anche E. FRASCAROLI SANTI, *Insolvenza e crisi d'impresa*, cit., p. 21 ss.

⁴ In argomento, per primo e fra tutti, PANZANI, *Soggetti e presupposto oggettivo*, in *Fall.*, 2006, p. 1009 ss., ove i riferimenti essenziali ai profili rilevanti del problema; e cfr. anche LA MALFA, *La crisi dell'impresa, il piano proposto dall'imprenditore e i poteri del tribunale nel nuovo concordato preventivo*, in AA.VV., *Il nuovo diritto della crisi di impresa e del fallimento*, a cura di F. DI MARZIO, Torino, 2006, p. 373 ss.

Ma in tal modo, indubbiamente, si pone un discrimine tra crisi e insolvenza, ponendo il problema di definire lo stato di crisi, di cui il legislatore della riforma, nonostante i reiterati interventi, non ha dato alcuna nozione, pur essendo numerose le norme che lo prevedono.

Gli studiosi che, dopo la riforma, si sono occupati del problema, hanno assunto al riguardo del concetto di “stato di crisi” varie posizioni, che talvolta la descrivono, in vario modo, come “potenziale insolvenza” – riferendo semmai l’una all’attività d’impresa, l’altra al soggetto –⁵ altre volte presuppongono una più netta distinzione tra i due concetti, senza riuscire a darne, tuttavia, una definizione convincente sul piano giuridico.⁶

La genesi dell’art. 160, ult. co., L.F. ne suggerisce una lettura per cui, per quanto attiene e ai soli fini di ammissibilità della proposta, è indifferente che l’impresa sia in una situazione di crisi o d’insolvenza, potendo essere ammessa anche in questo secondo caso,⁷ in cui però può attivarsi – non sussistendo le condizioni di ammissibilità o se sia pendente una procedura pre fallimentare – il giudizio volto alla dichiarazione di fallimento (art. 162 L.F.).

Sembra potersi escludere, invece, che con tale norma si sia voluto equiparare *tout-court* il concetto di crisi all’insolvenza, e ciò, sia perché la norma limita l’ambito di rilevanza giuridica dell’equiparazione, escludendone un’estensione a tutto tondo, sia per ragioni sistematiche e funzionali, che portano a distinguere i due concetti, l’una essendo oramai esattamente definita nei presupposti costitutivi,⁸ mentre il concetto di crisi, se appare sfuggente sul piano

⁵Cfr., fra molti, per una esaustiva rassegna dei termini del dibattito, AMBROSINI, *Profili giuridici della crisi d’impresa alla luce della riforma del 2012*, cit., *passim*; AMBROSINI-DE MARCHI, *Il nuovo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano 2005, p. 15; e v. BOZZA, *Le condizioni soggettive ed oggettive del nuovo concordato*, cit., p. 955, che definisce la crisi come “insolvenza imminente”; G. TERRANOVA, *op. cit.*, p. 67 ss.; ID., *Stato di crisi, stato di insolvenza, incapacienza patrimoniale*, in *Dir. fall.*, 2006, I, p. 569, che conclude invece per la sostanziale coincidenza dei due concetti.

⁶In argomento v. *infra*, ma sin d’ora anche per una panoramica delle varie posizioni dottrinali, si rinvia a F. DI MARZIO, *Il diritto negoziale della crisi d’impresa*, cit., p. 17 ss.

⁷Per essere ammessi al concordato – sembra dire la norma – è indifferente che l’imprenditore sia in uno stato di crisi o di insolvenza, anche se la distinzione non è irrilevante in quanto il presupposto oggettivo si interseca, sotto altro profilo, con le condizioni di ammissibilità di cui al primo co. dello stesso articolo, talché quando il tribunale verifica, in quella sede, la mancanza di quei requisiti, dichiara inammissibile la proposta, attivando la procedura di fallimento (art. 162 L.F.).

⁸La giurisprudenza (per tutte Cass. 27 aprile 1999, n. 4277, cit., p. 297) definisce l’insolvenza come “condizione di impotenza economica nella quale l’imprenditore non è in grado di adempiere regolarmente con normali mezzi solutori le proprie obbligazioni per il venir meno della liquidità finanziaria e della disponibilità di credito accordati per lo svolgimento della sua attività”.

giuridico, si presta ad una precisa definizione su quello economico.⁹

Sotto tale profilo, esso, infatti può definirsi come “quel processo degenerativo che rende la gestione aziendale non più in grado di seguire condizioni di economicità a causa di fenomeni di squilibrio o di inefficienza, di origine interna o esterna, che determinano appunto la produzione di perdite, di varia entità, che a loro volta possono determinare l'insolvenza che costituisce, più che la causa, l'effetto, la manifestazione ultima del dissesto”.¹⁰

Ma se tale è la connotazione economica dello “stato di crisi”, si spiega perché gli studiosi, ritenendo il concetto indefinito, si siano mostrati in genere restii a delinearne una nozione giuridica, che anche oggi non sembra agevole delineare se non, appunto, *in negativo*, come ampia area che giunge sino al limite oltre il quale lo squilibrio economico-finanziario diventa irreversibile.

Seguendo tale linea ricostruttiva, si può ritenere che proprio con il combinato disposto dei commi 1 e 3 dell'art. 160, L.F., il concetto di crisi trovi una definizione *in senso giuridico*, quale condizione che comprende tutte le possibili, e diverse, situazioni di squilibrio economico-finanziario dell'impresa *che arrivano sino all'insolvenza “imminente”*, distinguendosi in tal modo, sia da essa, – che costituendone il limite estremo ne fa parte, ma non esaurisce il più ampio contenuto del concetto –, sia dall'insolvenza irreversibile, che si pone invece fuori da essa.

Scegliendo di definire in negativo lo “stato di crisi”, per distinzione dall'insolvenza irreversibile (arg. *ex art.* 160, co. 3, L.F.), il legislatore ha inteso fornirne una nozione giuridica che comprende, sul piano economico, un'ampia gamma di situazioni di squilibrio economico-finanziario (arg. *ex artt.* 182-bis e 182-septies, L.F.) che giungono fino all'insolvenza,¹¹ con l'intento di lasciare

⁹ In tema, per una disamina generale dei termini del problema, v. STANGHELLINI, *La crisi d'impresa tra diritto ed economia*, Bologna, 2007, p. 67 ss., ove i riferimenti; e per una visione attenta ai profili aziendalistici cfr. anche, PATALANO-SANTINI, *Profili di gestione delle crisi. Il mercato, le imprese, le società*, Padova, 2013, *passim*.

¹⁰ Così GUATRI, *Crisi e risanamento d'impresa*, Milano, 1986, p. 39, che dà conto di un assunto alquanto diffuso negli studi economico-aziendali; cfr. anche S. SCIARELLI, *La crisi d'impresa. Il percorso gestionale di risanamento nelle piccole e medie imprese*, Padova, 1995, p. 48, secondo cui crisi d'impresa si ha quando “si crea uno squilibrio economico-finanziario destinato a perdurare e a portare all'insolvenza e al dissesto in assenza di opportuni interventi di risanamento”, ed è, come tale “la conseguenza dell'accumularsi di risultati sfavorevoli di gestione, dovuti all'incapacità del gruppo imprenditoriale e manageriale di governare i complessi rapporti tra le dinamiche esterne e quelle interne aziendali”.

¹¹ Cfr. M. LIBERTINI, *Accordi di risanamento e ristrutturazione dei debiti e revocatoria*, cit., p. 372. Per un tale approccio nella giurisprudenza post-riforma cfr., ad es., App. Torino, 3 agosto 2015, in *www.ilcaso.it*, *Sez. Giur.*, 6785; App. Firenze, 7 aprile 2016, *ivi*, 5672, secondo cui “La profonda asimmetria che viene in tal modo a manifestarsi sui fronti contrapposti degli interessi in gioco non può che indurre a guardare con estremo favore

ampio margine di manovra all'imprenditore di scegliere tra le varie forme e tecniche di gestione della crisi quella più conforme alla specifica condizione della propria impresa.¹²

Ne consegue che, se pure il concetto di crisi pare riferibile sul piano giuridico al soggetto e su quello economico all'attività, viene in tal modo ad assumere la medesima connotazione contenutistica, limitando il termine “insolvenza” a significare l'epilogo estremo della crisi.

2. CRISI E PROCEDURE DI CONSERVAZIONE, INSOLVENZA E PROCEDURE DI LIQUIDAZIONE

Quale concetto comprensivo delle diverse forme di squilibrio economico-finanziario diverse dall'insolvenza irreversibile, lo stato di crisi diviene concetto “positivo”, quale presupposto oggettivo di una pluralità di procedure di “conservazione” dell'impresa, affrancandosi dalla diversa accezione proposta da certa dottrina, per cui le situazioni indicate dovrebbero ricondursi, invece, in un'ampia nozione di insolvenza che, quindi, verrebbe a privare il concetto di crisi di un'apprezzabile valenza sul piano giuridico.¹³

Ma se si conviene con l'ipotesi ricostruttiva avanzata, si deve ritenere che la riforma organica oggetto della Legge delega potrebbe limitarsi a dare la sola definizione di insolvenza irreversibile, quale presupposto delle procedure di

l'omologazione degli accordi di ristrutturazione, non tanto per acritico ossequio al dogma della volontà negoziale, quanto perché lo strumento, evitando in radice l'impiego di costosi rimedi concorsuali, porta in dote un risultato di grande importanza collettiva: il superamento della crisi d'impresa, se non addirittura la rimozione dello stato d'insolvenza”.

¹² È quanto rileva PANZANI, *Soggetti e presupposto oggettivo*, cit., p. 1013, il quale richiama, per analogia, l'istituto americano della *reorganisation*.

¹³ In tal senso F. DI MARZIO, *Il diritto negoziale della crisi d'impresa*, cit., p. 46, secondo il quale “(...) è preferibile emancipare l'insolvenza da questa posizione finale rispetto al divenire della crisi perché, diversamente, sfuggirebbe la differenza essenziale tra i due stati: posti su piani diversi perché l'uno riferito all'attività e l'altro al soggetto. Conclusivamente, benché la legge stessa non disdegni di discorrere di ‘imprenditore in crisi’, sembra più appropriato evitare l'uso del termine ‘crisi’ per denotare fenomeni ricadenti nell'area dell'insolvenza; e invece usare proprio il termine generale di ‘insolvenza’ per ricomprendere le varie specie di cui si compone e che si denotano con varia terminologia: pericolo di insolvenza e pre-insolvenza (stati di cui è pronosticabile l'evoluzione in insolvenza); temporanea difficoltà ad adempiere ed insolvenza reversibile”. In tal senso, seppure con riferimento a contesti diversi, cfr. anche FARENGA, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, Milano, 2005, p. 34; DE FERRA, *Il rischio di insolvenza*, in *Giur. comm.*, 2001, I, p. 193.

liquidazione, prevedendo che nelle diverse ipotesi di crisi siano attivabili le varie procedure (o tecniche) di conservazione dell'impresa al mercato, e ciò, a maggior ragione, tenuto conto che si prevede, opportunamente, un unico binario processuale di accesso all'una o all'altra delle procedure concorsuali (art. 2, lett. d, Legge delega), nel quale il compito dell'interprete sarebbe, su queste basi, certamente semplificato.

La tesi che si propone sembra invero trovare, nell'ambito della legge fallimentare, precise spie normative negli artt. 182-bis e 182-septies, L.F., che indicano nello "stato di crisi" il presupposto oggettivo degli accordi di ristrutturazione,¹⁴ ma anche, seppure implicitamente, nell'art. 67, co. 3, lett. e, L.F. per i "piani attestati", che dovendo essere idonei a "consentire il risanamento della esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria", presuppongono, evidentemente, uno squilibrio economico-finanziario non irreversibile.

Quanto al concordato preventivo, il legislatore se in generale reputa che è il risanamento dell'impresa *la finalità principale* (art. 160 L.F.) che giustifica *massime* le tecniche "negoziali" di gestione della crisi d'impresa, ha sino ad oggi specificamente regolato due modelli di concordato, uno "liquidatorio" – per lo più, ma non esclusivamente, con cessione dei beni (art. 182 L.F.) e che ricorre tanto più l'impresa sia prossima all'insolvenza (irreversibile) –, ed uno di "risanamento", che invece vuole essere uno strumento di conservazione anche di parte dell'azienda, che in vario modo attraversi uno stato di crisi (non ancora sfociato nello stato di insolvenza).¹⁵

Il *favor* del legislatore per il concordato di conservazione si manifesta, non solo nella disciplina speciale del tipo con "continuità aziendale" (art. 186-bis L.F.), ma già nei modelli di (proposta di) concordato previsti ai punti a) e b) del co. 1 dell'art. 160 L.F., che prefigurano contenuti della domanda ispirati dalla finalità di risanamento dell'impresa,¹⁶ oltre che in quelli di cui ai punti c) e d),

¹⁴ Che del resto, se l'imprenditore che deposita una domanda di omologa di un accordo di ristrutturazione si deve impegnare a pagare per intero una percentuale massima di creditori del 40% a scalare, tanto basta a escludere che esso possa essere decotto, chiarendo che lo strumento non è immaginato dal legislatore, e difficilmente potrà essere utilizzato, se l'impresa è insolvente: in argomento cfr. M. FERRO, *Art. 182 bis, la nuova ristrutturazione dei debiti*, in *Nuovo dir. soc.*, 2005, p. 56; FABIANI, *L'ulteriore upgrade degli accordi di ristrutturazione e l'incentivo ai finanziamenti nelle soluzioni concordate*, in *Fall.*, 2010, p. 902; NARDECCHIA, *La protezione anticipata del patrimonio del debitore negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Fall.*, 2011, p. 70.

¹⁵ In quest'ordine d'idee anche L. PANZANI, *Soggetti e presupposto oggettivo*, cit., p. 1013, ove un'esautiva esposizione dei termini del problema.

¹⁶ In argomento, cfr. AMBROSINI, *Il concordato preventivo e la transazione fiscale*, cit., p. 212 ss.; LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, cit., p. 240; LENOCI, *Il concordato preventivo e*

che nel regolare la possibilità di suddivisione in classi, introducono, sul piano teleologico, una possibile distinzione fra i creditori che abbiano (solo) interesse ad essere soddisfatti, da quelli cui interessa anche la conservazione dell'azienda e/o sia offerta una qualche forma di partecipazione all'attività d'impresa.¹⁷

Mette conto subito precisare che l'alternativa così posta individua due linee di tendenza solo in linea teorica distinte fra loro, giacché la pratica vede le due funzioni spesso accompagnarsi, – seppure nella prevalenza dell'una rispetto all'altra (es. con la possibilità di dismettere beni non funzionali all'esercizio dell'azienda) – posto che, come dimostra la prassi, l'impresa che chiede di accedere alla procedura di concordato molto spesso si trova in stato di (pre)insolvenza (ir)reversibile.¹⁸

Consapevole del fatto che le due funzioni talvolta si confondono, la Legge delega prevede ora la inammissibilità (art. 6, co. 1, lett. a) di una procedura concordataria “essenzialmente liquidatoria”, cui, si ritiene, potrà attendere, più celermente e con maggiori garanzie per i creditori, il curatore nell'ambito della “procedura di liquidazione giudiziale”.¹⁹

gli accordi di ristrutturazione dei debiti, cit., p. 5 ss.; VITIELLO, *Il concordato preventivo*, cit., p. 239 ss.; FABIANI, *Il concordato preventivo*, cit., p. 55 ss.

¹⁷ Il tema della differenziazione di interessi tra creditori è stato analizzato soprattutto in rapporto, da un lato al potere del debitore di suddivisione dei creditori in classi ed ai relativi poteri del tribunale, e dall'altro alla particolare conformazione che nella nuova versione dell'istituto assume il principio maggioritario: sul problema, cfr. sin d'ora F. SEVERINI, *I problemi procedurali del concordato preventivo*, in AA.VV., *Il nuovo diritto della crisi di impresa e del fallimento*, a cura di F. DI MARZIO, cit., p. 309 ss.

¹⁸ La prassi post-riforma dei tribunali ha visto sino a tempi recenti – quando è stata introdotta la soglia del 20% di soddisfazione “assicurata” ai chirografari – la netta predominanza del concordato a (prevalente) funzione liquidatoria, che ha spesso costituito una via affatto comoda per gestire la crisi evitando la dichiarazione di insolvenza. Di qui i pericoli di frode e abuso e quindi la necessità, come subito si dirà, di un controllo volto a verificare la corrispondenza tra la funzione economica in concreto svolta dal concordato e le funzioni tipiche ad esso assegnate dalla legge: denuncia tali rischi già BOZZA, *L'organo deputato alla verifica della maggioranza nel nuovo concordato preventivo*, in *Fall.*, 2005, p. 801 ss.; ID., *Le condizioni soggettive ed oggettive del nuovo concordato*, cit., p. 955.

¹⁹ Termine, questo, che nel progetto di legge delega previsto dal D.L. n. 59/2016, viene a sostituire la parola “fallimento”, destinata ad essere cancellata dal sistema. Nel D.L. n. 59/2016 si prevede all'art. 6 un'analitica serie di norme delega in materia di concordato preventivo, destinato a divenire il principale strumento a disposizione dell'imprenditore per risanare l'impresa: al riguardo del nuovo impianto prefigurato dalla legge delega cfr. FABIANI, *Di un ordinato ma timido disegno di legge delega sulla crisi d'impresa*, cit., p. 265, che, da un lato, sembra critico verso la proposta di “espunzione” dal sistema del concordato liquidatorio alla cui scomparsa “faranno seguito procedure di liquidazione che poco o nulla aggiungeranno – ma in tempi che non potranno essere celeri – alle attese dei creditori”; e, dall'altro, avverte delle difficoltà operative che emergeranno circa la verifica, da par-

Posta la distinzione sul piano giuridico fra insolvenza irreversibile, quale presupposto del fallimento, e altre forme di crisi (comprensiva anche dell'insolvenza reversibile), quali presupposti di altre procedure concorsuali (fra cui il concordato "preventivo"), il problema diviene, in pratica, non tanto che venga superato il limite della (ir)reversibilità dell'insolvenza, quanto piuttosto che tale condizione sia accertata in giudizio, con conseguente attivazione delle procedure volte alla dichiarazione di fallimento.

Nella prassi, infatti, è dato constatare che la condizione patrimoniale in cui versa l'impresa si presenta sovente "al limite" dell'insolvenza (irreversibile), a significare una situazione passibile di diverse e antitetiche evoluzioni, da valutare sulla base di un giudizio prognostico.²⁰

3. SEGUE. L'INSOLVENZA NON DICHIARATA COME "CONFINE MOBILE" FRA CONCORDATO PREVENTIVO E FALLIMENTO

Assumendo il concetto da punto di vista della sua rilevanza empirica, si può ritenere che lo "stato di crisi" che ai fini del primo comma dell'art. 160 L.F. è equiparato *ex lege* all'insolvenza irreversibile comprenda, dunque, in pratica, anche le situazioni, assai frequenti, in cui l'impresa naviga in una sorta di "confine mobile" fra il concordato preventivo e il fallimento, potendo approdare all'uno piuttosto che all'altro dei possibili esiti in ragione dell'accertamento che ne venga fatto in sede giudiziale.

La scelta compiuta dal legislatore di consentire il concordato all'impresa che si trovi "nella zona grigia" che va dall'insolvenza "potenziale" all'insolvenza irreversibile si giustifica col fatto che, in effetti, il confine tra le due situazioni è molto labile, tanto che lo stato di crisi, ai soli fini dell'ammissione al concordato, viene "equiparato" al secondo, in tal modo però venendosene a distinguere sul piano giuridico.²¹

te del tribunale, della "realizzabilità economica" del piano, regola questa che segna un "ritorno al ruolo di supplenza del giudice", avvertito dall'A. come "un segnale di profonda immaturità del sistema".

²⁰ In dottrina si discorre, al riguardo, anche di "insolvenza concorsuale", intesa come "situazione di squilibrio finanziario (intesa anche, nel gergo comune, come crisi di liquidità, che implica la difficoltà, sino all'impossibilità, da parte del debitore di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni, e che implica un accertamento, da effettuare mediante un giudizio prognostico, sulla capacità dell'impresa del debitore di ottenere credito e proseguire nella propria attività economica": così MACARIO, *Insolvenza, crisi d'impresa e autonomia contrattuale. Appunti per una ricostruzione sistematica delle tutele*, cit., p. 7.

²¹ Nella giurisprudenza post-riforma cfr., *ex multis*, App. Torino, 3 agosto 2015, cit.; App. Firenze, 7 aprile 2016, cit.; Trib. Palermo, 17 febbraio 2006, decr., in *Fall.*, 2006, p.

Tale assunto si comprende meglio, sotto altro aspetto, considerando che il concetto di insolvenza irreversibile, quale “situazione d’impotenza economica funzionale e non transitoria che non consente all’imprenditore di far fronte alle proprie obbligazioni con mezzi normali”, si cristallizza solo a seguito della dichiarazione di fallimento (art. 5 L.F.), ma si atteggia in modo multiforme, tanto che il piano di osservazione, per giudicare dell’insolvenza del debitore, si estende di regola dalla sua *attuale* posizione economico-patrimoniale ad una visione *prospettica*, che considera altri parametri, interni ed esterni, oggettivi e soggettivi (credito che gode l’impresa sul mercato, affidamento bancario e/o possibile finanza esterna, terzi interessati al salvataggio dell’azienda, entità e conformazione del passivo, ecc.).²²

Se, quindi, per essere dichiarata fallita l’impresa deve ricadere nella situazione descritta dall’art. 5 L.F., ben può trovarsi – per fattori vari, anche estranei alle sue vicende e/o al suo stato economico-finanziario – in uno stato “latente” di crisi,²³ inteso come mera difficoltà (il cui ultimo limite è l’impossibilità) di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni, con ciò definendo, sul piano giuridico, la condizione prevista dall’art. 160, co. 3, L.F.

Ma se il confine tra “difficoltà” e “impossibilità” di pagare i debiti è incerto e mobile, tanto significa che il discrimine passa, non tanto dalla condizione in cui versi l’impresa, ma dalla circostanza che una piuttosto che l’altra condizione sia accertata sul piano giuridico.²⁴

570 ss., ove si statuisce che “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”.

²² Per tale prospettiva v. già, e fra molti, TERRANOVA, *Lo stato di insolvenza. Per una concezione formale del presupposto oggettivo del fallimento*, in *Giur. comm.*, 1966, I, p. 82, che pone in luce l’importanza del giudizio prognostico sull’attività dell’impresa per l’accertamento dello stato di insolvenza; e v. anche D. GALLETTI, *La ripartizione del rischio di insolvenza*, Bologna, 2006, p. 176, che ritiene tale assunto di portata generale, essendo estensibile anche all’insolvenza civile. Su un piano economico l’insolvenza, in tal senso, viene descritta come “situazione di tensione finanziaria, in cui i flussi di cassa generati nell’unità di tempo sono insufficienti a far fronte alle obbligazioni comportate dai contratti in essere”: così G. BERTOLI, *Crisi d’impresa, ristrutturazione e ritorno al valore*, cit., p. 15.

²³ S. SCIARRELLI, *La crisi d’impresa. Il percorso gestionale di risanamento nelle piccole e medie imprese*, cit., p. 18, descrive efficacemente lo stato di crisi come condizione “latente” che può condurre all’insolvenza, rilevando che “la crisi si manifesta in un dato istante della vita aziendale, ma l’espressione usata è impropria perché la crisi prende corpo in un periodo certamente non breve; esiste dunque uno stato latente finché qualcuno, all’interno o all’esterno dell’impresa, non lo avverte come tale e ne diffonde la consapevolezza”.

²⁴ Cfr. in senso analogo FABIANI, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*. (La

Lungo questa linea, si comprende allora il perché, mentre l'insolvenza – che deve essere accertata per dar luogo alla dichiarazione di fallimento (art. 5 L.F. – abbisogna di una esatta definizione sul piano giuridico, ciò non serve per lo “stato di crisi”, che sfugge per sua natura ad una definizione giuridica unitaria – se non appunto in negativo rispetto all'insolvenza irreversibile –, trattandosi come detto di un dato economico multiforme, connaturato *in nuce* alla stessa attività economica ove venga intrapresa (con finanziamenti esterni e quindi) “a debito”.²⁵

La proposta contenuta nella Legge delega di qualificare lo stato di “crisi” come “probabilità di futura insolvenza” (art. 2, lett. c, D.L. n. 59/2016), dunque, se coglie il dato empirico di una condizione in divenire, – potrebbe dirsi un “già e non ancora” dell'insolvenza –, appare all'evidenza un vestito troppo stretto a ricomprendere, in un unico concetto giuridico, tutte le situazioni che, siccome diverse dall'insolvenza irreversibile, consentono in vario modo all'imprenditore, sulla base della loro maggiore o minore gravità, di utilizzare i vari strumenti che l'ordinamento appresta per gestire la crisi d'impresa.

Non convince appieno, allora, la proposta di distinguere nettamente fra insolvenza come presupposto delle procedure di “liquidazione giudiziale”, fra cui il concordato con cessione dei beni “essenzialmente liquidatorio”, e lo “stato di crisi”, definito come “probabilità di futura insolvenza”, quale presupposto per l'accesso alle procedure concorsuali alternative al fallimento – ivi compreso il concordato con continuità aziendale” –, e ciò perché, se per il concordato preventivo il concetto si avvicina spesso a quello di “rischio d'insolvenza”,²⁶ per le altre (*i.e.* accordi negoziali stragiudiziali, piani *ex artt.*

proposta del terzo), Torino, 2009, p. 38, che parla dell'accertamento formale dello stato di insolvenza come di uno “spartiacque fra la conservazione dei poteri gestori in capo all'imprenditore e l'attribuzione potenziale di questo potere, sebbene soggetto a particolari limiti, ad un terzo (...) prima della verifica formale dello stato di insolvenza, il controllo sull'impresa non può passare direttamente ai creditori”.

²⁵ È dato di comune esperienza che uno stato di “squilibrio finanziario” è in qualche modo congenito all'attività d'impresa, il cui svolgimento, dopo la rivoluzione industriale, presuppone quasi sempre l'indebitamento per l'acquisizione dei mezzi di finanziamento, talché l'impresa “naviga” per sua natura nel grande mare dello squilibrio, seppure, se sana, con battelli solidi e attrezzati, fintanto che il sistema finanziario ed il mercato danno credito all'azienda, ad ampliare il fatturato e moltiplicare i ricavi (su tale aspetto v., da ultimo, MACARIO, *op. cit.*, p. 14).

²⁶ Per una posizione che ha raccolto un certo seguito in dottrina si rinvia a S. AMBROSI-NI-G. DE MARCHI, *Il nuovo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 15, ove una definizione dello stato di crisi come “rischio di insolvenza”, formulata, peraltro, prima della modifica che ha parificato, seppure solo *quoad effectum* dell'ammissione al concordato preventivo, crisi e insolvenza.

Tale parificazione compare già nel Disegno di legge di riforma delle procedure concor-

67, co. 3, lett. d, 182-bis, 182-septies, L.F.)²⁷ in astratto se ne distacca, venendo, però, in tutti i casi, a significare la finalità generale di conservazione, ove possibile, dell'impresa al mercato.²⁸

4. L'INSOLVENZA DICHIARATA E IL CONCORDATO (LIQUIDATORIO) FALLIMENTARE

Se si conviene con quanto precede, deve concludersi che il presupposto oggettivo del nuovo concordato preventivo comprende anche l'insolvenza (irreversibile), purché non dichiarata – in tal modo distinguendosi, sia dal parametro fissato dall'art. 5 L.F. per la dichiarazione di fallimento, sia in generale dall'insolvenza commerciale, che la comprende ma ha più ampio apparato di tutele –, cosicché le diverse procedure vengono a distinguersi, non tanto in ragione del presupposto oggettivo in fatto, bensì dall'accertamento che ne venga fatto in diritto.

Ciò detto, non sfugge che ove l'impresa sia insolvente, difficilmente potrà trovare credito o soggetti disposti a finanziarla, anche se l'esperienza insegna che talvolta è proprio attraverso la ristrutturazione della debitoria conseguente al percorso concorsuale che, specie per imprese di notevoli dimensioni (o rilevanti nello specifico territorio), si riesce a salvaguardare uno o più rami d'azienda, oltre che i lavoratori.

Ferma dunque l'equazione: crisi = ristrutturazione come insolvenza = liquidazione, non può escludersi che l'impresa in crisi, che si trovi in uno stato di insolvenza imminente²⁹ possa trovare nuova finanza per attivare una delle

suali predisposto dalla Commissione c.d. “Trevisanato-bis”, pubblicato su *Dir. fall.*, 2004, I, p. 845 ss.

²⁷ Ma v. L. ABETE, *Le vie negoziali per la soluzione della crisi d'impresa*, in *Fall.*, 2007, p. 621, che nell'analizzare il tema degli accordi negoziali stragiudiziali, con particolare riferimento a concordati stragiudiziali, piani di risanamento e accordi di ristrutturazione, rileva, quanto al loro presupposto oggettivo, che esso consiste in una “situazione di mera transeunte difficoltà”, diversa dallo “stato di crisi (...) in grado in ingenerare il *periculum decisionis*”.

²⁸ Di “probabilità di insolvenza” e non di crisi si parla nel regolamento UE 2015/848 del 20 maggio del 2015, ove al decimo considerando si prevede l'estensione della disciplina “alle procedure di ristrutturazione del debitore nella fase in cui sussiste soltanto una probabilità di insolvenza, nonché alle procedure in cui il debitore mantiene un controllo totale o parziale dei suoi beni o affari”. Per i riferimenti cfr. PACCHI, *La raccomandazione della commissione UE su un nuovo approccio all'insolvenza anche alla luce di una prima lettura del Regolamento UE n. 848/2014 sulle procedure di insolvenza*, in *www.fallimentiesocieta.it*, *passim*.

²⁹ Parla di crisi come “fase acuta ed esteriormente apparente del declino, come la con-

tecniche che la legge predispone per la ristrutturazione del debito ed il consolidamento economico-patrimoniale,³⁰ salvo, invece proporre la cessione dei beni ai creditori o il proprio fallimento, con la possibilità di introdurre poi un “concordato” fallimentare.

È dato di comune esperienza, infatti, che il concordato fallimentare, disciplinato come modo di chiusura del fallimento, all'indomani di una riforma che ne ha accentuato la valenza “negoziale” sia divenuto strumento multiforme, volto a perseguire interessi vari del proponente, sia esso lo stesso debitore, un terzo, o anche un creditore del fallito.³¹

Ma quale che sia l'”intento” di chi promuova il ricorso *ex art.* 124 L.F., resta che presupposto di tale procedura concorsuale è che l'insolvenza (irreversibile) sia stata dichiarata con la sentenza di fallimento, il che muta radicalmente i termini del rapporto con cui la “proposta di concordato” fallimentare – rispetto all'ipotesi di concordato preventivo – potrà essere avanzata, approvata e omologata.³²

La differenza fondamentale, sul piano sostanziale degli interessi protetti, rispetto al concordato preventivo, è che nel fallimento – e quindi anche nel concordato fallimentare – la dichiarazione di fallimento fa venire meno l'interesse dell'imprenditore alla “conservazione dell'azienda”, che resta semmai in capo ai creditori ai fini della liquidazione dell'attivo fallimentare.³³

tinuazione di una traiettoria negativa delle vicende dell'impresa, tale da comprometterne la sopravvivenza sul mercato in cui opera e la perdita di fiducia da parte dello stesso” G. BERTOLI, *Crisi d'impresa, ristrutturazione e ritorno al valore*, cit., p. 76.

³⁰In luogo di molti v. D. GALLETTI, *La ripartizione del rischio di insolvenza*, cit., p. 9, che plaude alla prospettiva di una tutela preventiva insita nella riforma della legge fallimentare.

³¹LA MALFA, *Concordato fallimentare – Chiusura del Fallimento e suoi effetti, L'ammissione alla procedura*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, a cura di L. GHIA-C. PICCININI-F. SEVERINI, Vol. IV, Torino, 2011, p. 5, rileva in tal senso che “Mentre per i creditori la soluzione concordata del fallimento costituisce uno strumento volto al soddisfacimento più vantaggioso, nei tempi e nei risultati, rispetto alla liquidazione fallimentare, in relazione alla soluzione da essi condivisa siccome complessivamente più conveniente ed equilibrata, per i terzi – e dunque per il mercato in genere, considerato quale fattore esterno alla procedura – essa è un'opportunità economica aggiuntiva, una possibilità ulteriore di lecito profitto derivante dall'assunzione in proprio del rischio imprenditoriale. Da più parti si è rilevato che le proposte speculative non costituiscono più, nel sistema concorsuale, un fattore sospetto, ma sono da considerare per un verso quali salutari apporti esterni all'impresa, tali da assicurare il sano andamento del mercato, e per altro verso come interventi idonei a svolgere una positiva funzione di fluidità nella gestione dell'insolvenza”.

³²Al riguardo basti qui il rinvio a FABIANI, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, cit., *passim*; M. FERRO (a cura di), *La legge fallimentare*, Padova, 2011, *passim*.

³³JACHIA, *Il Concordato fallimentare*, in AA.VV., *La riforma organica delle procedure*

Proprio la possibilità di una procedura di risanamento post-fallimento è stata, in passato, una delle opzioni in campo, che tuttavia il legislatore della riforma ha disatteso,³⁴ ritenendo che la finalità tipica del concordato fallimentare resta la chiusura del fallimento (quale alternativa alle altre ipotesi regolate dall’art. 118 L.F.), e limitandosi, piuttosto, ad ampliare le modalità con cui tale risultato può essere conseguito, sganciando la procedura dalle tradizionali dinamiche pubblicistico-processuali, per aprirla al mercato.³⁵

Il concordato fallimentare resta, dunque, per definizione “modo di chiusura del fallimento”, per cui quale che sia lo scopo che, mediante il concordato il proponente (terzo, creditore, fallito) intende perseguire, tale “intento” pratico resta confinato al livello economico, non rilevando su quello giuridico degli interessi protetti, se non come *eventualità* connessa al particolare e specifico contenuto che la proposta di volta in volta può presentare (cfr. art. 124, co. 2, L.F.), assumendo, quindi, in definitiva una valenza non qualificante, bensì strumentale rispetto alla funzione tipica dell’istituto.³⁶

concorsuali, a cura di PANZANI-BONFATTI, Milano, 2008, p. 584, considera irrisolto, anche a seguito della riforma, i nodi “strutturali” derivanti dalla crisi d’impresa, costituiti “dalla mancanza di tutela dei dipendenti, della nuova finanza e degli altri interessi legati alla conservazione dell’azienda”; ma v. SCHIAVON, *Il nuovo concordato fallimentare*, in *La tutela dei diritti nella riforma fallimentare*, a cura di FABIANI-PATTI, Milano, 2006, p. 215, secondo cui il concordato introduce un’alternativa nella gestione della crisi, a fallimento dichiarato.

³⁴ In dottrina (VILLANI, *Il concordato fallimentare. Generalità. La proposta di concordato*, in *Il diritto fallimentare riformato*, a cura di SCHIANO DI PEPE, Padova, 2007, p. 492 e JACHIA, *Il Concordato fallimentare*, cit., p. 586) si rileva che tanto la riforma del 2006, quanto il decreto correttivo, hanno disatteso le istanze della Commissione Trevisanato, istituita per la riforma delle procedure concorsuali, volte alla creazione di una procedura di risanamento successiva alla dichiarazione di fallimento, che comportasse il mancato spossessamento dell’imprenditore

³⁵ In tal senso, PACCHI, *La riforma del concordato fallimentare: uno sguardo al passato*, in *Il Concordato fallimentare*, a cura di PACCHI, Firenze, 2008, *passim*, che considera il concordato fallimentare la quadratura del cerchio di tutta la riforma; PANZANI, *La riforma organica delle procedure concorsuali*, Milano, 2006, p. 138; LA MALFA, *Concordato fallimentare – Chiusura del Fallimento e suoi effetti, L’ammissione alla procedura*, cit., p. 3, rileva che “La concezione del recente passato – secondo cui il concordato fallimentare aveva caratteri eminentemente liquidatorio, di istituto volto alla definizione dei crediti attraverso l’utilizzazione del ricavato della cessione dell’attivo o attraverso il pagamento programmato da parte dello stesso debitore – si accompagnava ad una scarsa flessibilità degli strumenti tecnici e giuridici a disposizione e ad una incerta e scarsa attenzione verso la conservazione dell’azienda produttiva e della ricchezza in essa insita”.

³⁶ Gli scopi che muovono creditori e terzi al concordato fallimentare quasi sempre di carattere speculativo, e sono rintracciabili nell’acquisto degli *asset* aziendali o di quelli che nascono per effetto del fallimento, siano essi beni (immobili), crediti, azioni (ad es. revocatorie, ma anche di responsabilità verso gli amministratori). Ma all’ordinamento non interessa quali siano le motivazioni del proponente – e neanche chi esso sia –: interessa soltan-

L'*intento economico pratico* del proponente si distingue, a questa stregua, dalla *funzione economica tipica* che connota il concordato fallimentare introducendo delle varianti economiche nel modello di sub-procedimento (di fallimento) – rappresentative degli interessi che si agitano sul mercato – che lo distinguono dagli altri modi di chiusura del fallimento, a loro volta tutti incentrati sullo schema funzionale tipico del fallimento: accertamento del passivo e liquidazione/riparto dell'attivo.³⁷

A riscontro di quanto precede, si consideri che il giudizio di convenienza del concordato fallimentare si fonda, innanzitutto, sulla valutazione comparativa con l'ipotesi di liquidazione dell'attivo nei tempi e modalità della procedura concorsuale, oltre che avuto riguardo alle specifiche utilità che alle pretese dei creditori apporti una procedura "concordata".

La valutazione che svolgono gli organi della procedura in merito al concordato fallimentare prescinde, dunque, dal merito delle finalità sottostanti alla proposta (ivi compresa l'eventuale conservazione dell'azienda fallita), che rilevano piuttosto quale forma di liquidazione dell'attivo solo per avvalorare la fattibilità del concordato quale "modo di chiusura del fallimento".

5. PIANO DELL'OPERA

La "sistemazione dell'insolvenza" diviene, quindi, terreno comune alle due procedure "negoziali" del concordato preventivo e fallimentare, suggerendo l'opportunità di verificare modi e limiti del loro concreto operare.

to che la sua proposta sia idonea a soddisfare i crediti ammessi al passivo – nella misura e con le modalità esposte, lasciando poi che siano essi a giudicare se tale proposta per essi più conveniente della liquidazione in sede fallimentare – consentendo una chiusura rapida ed efficiente del fallimento che determina un effetto "deflattivo" dell'attività giudiziaria, con conseguenze pure apprezzabili nell'ambito del sistema economico.

In argomento cfr. LA MALFA, *op. cit.*, p. 8, il quale, mentre ricorda che "il precedente sistema era inefficiente sia per i tempi di definizione delle procedure d'insolvenza, sia per le percentuali di recupero, tanto da causare per lo Stato rilievi in sede comunitaria", rileva che "In tale prospettiva, l'istituto è indirizzato a svolgere nel sistema economico un'azione positiva sia per possibili effetti deflattivi sull'attività giudiziaria, sia per le ricadute economiche connesse alla rapida soluzione della crisi d'impresa che costituisce per il sistema economico generale un elemento d'incertezza e dunque d'inefficienza".

³⁷ La legge individua infatti modalità diverse di sopravvenuta insussistenza dei presupposti di operatività della procedura fallimentare, rintracciabili, oltre che nella mancanza di passivo [art. 118, co. 1, n. 1), L.F.], nelle diverse opzioni dell'integrale soddisfazione dei crediti ammessi [art. 118, co. 1, n. 2), L.F.], dell'accertata impossibilità di reperire attivo anche per le spese di procedura [art. 118, co. 1, n. 4), L.F.], ovvero dell'avvenuta ripartizione dell'attivo realizzato [art. 118, co. 1 n. 3), L.F.].

Tale indagine si svolgerà attraverso una disamina parallela delle diverse fasi in cui si svolgono le procedure, e ciò per verificare se la teorica – largamente, e quasi “per inerzia”, emersa nel dibattito – di una connotazione “negoziale” comune alle due procedure “concordate”, meriti adesione o non debba, piuttosto, essere precisata e delimitata onde misurarne le ricadute sulla disciplina applicabile.

Scopo della presente ricerca vuole essere, dunque, stabilire, attraverso l’analisi delle diverse fasi che le connotano, se la diversa natura che in ipotesi si attribuisce alle due procedure possa avere conseguenze, anche di non poco momento, non solo *de iure condito*, ma soprattutto *de iure condendo*, solo se si consideri la possibilità di applicare analogicamente la disciplina del contratto in generale, o di individuare le diverse regole che in ragione della natura (negoziale o meno) delle procedure, debbano presiedere alla fase di esecuzione (e risoluzione) del concordato.

L’esame della disciplina vigente delle due *procedure* “concordate” dell’impresa in crisi avverrà, quindi, nei limiti necessari, da un lato a evidenziarne la diversa natura e i differenti presupposti, e, dall’altra, a porne in luce le conseguenze sul piano pratico, suggerendo possibili soluzioni a problemi applicativi aperti, tenendo conto al riguardo della Legge delega di riforma organica approvata dal governo.³⁸

Restano fuori da tale indagine, quindi, le procedure che non ricadono nell’alveo dell’insolvenza come condizione in cui versi, anche solo potenzialmente, l’impresa in crisi, essendo senza dubbio questa la situazione che, nella drammatica congiuntura economica, richiede una più urgente ed approfondita osservazione.

³⁸ Legge delega attualmente al vaglio del Parlamento (approvata in prima lettura dalla Camera dei Deputati nel Febbraio 2017 – Atto Camera 3671-bis ed ora all’esame del Senato), che si assume, qui, convenzionalmente nella Schema approvato dal Governo nella sua versione originaria, volendo la ricerca fornire un contributo al dibattito tenendfo conto dell’impianto a prescindere da quali siano le opzioni attualmente in campo.

