

N. Abriani - L. Calvosa - G. Ferri jr - G. Giannelli - F. Guerrera  
G. Guizzi - C. Motti - M. Notari - A. Paciello - P. Piscitello  
D. Regoli - G.A. Rescio - R. Rosapepe - S. Rossi  
M. Stella Richter jr - A. Toffoletto

# DIRITTO FALLIMENTARE

[Manuale breve]

*Prefazione di*  
Antonio Piras



Giuffrè Editore - 2008

## AUTORI

NICCOLO' ABBIANI	<i>Università di Firenze</i>	§§ 20-27
LUCIA CALVOSA	<i>Università di Pisa</i>	§§ 94-98
GIUSEPPE FERRI jr	<i>Università di Roma "Tor Vergata"</i>	§§ 9-19
GIANVITO GIANNELLI	<i>Università di Bari</i>	§§ 54-60; 103-107
FABRIZIO GUERRERA	<i>Università di Messina</i>	§§ 39-53
GIUSEPPE GUIZZI	<i>Università di Napoli "Federico II"</i>	§§ 82-93
CINZIA MOTTI	<i>Università di Foggia</i>	§§ 64-69; 124-132
MARIO NOTARI	<i>Università di Brescia</i>	§§ 28-32
ANDREA PACIELLO	<i>Seconda Università di Napoli</i>	§§ 99-102
PAOLO PISCITELLO	<i>Università "Suor Orsola Benincasa" di Napoli</i>	§§ 33-38
DUCCIO REGOLI	<i>Università Cattolica di Milano</i>	§§ 108-123
GIUSEPPE A. RESCIO	<i>Università Cattolica di Milano</i>	§§ 20-27
ROBERTO ROSAPEPE	<i>Università di Salerno</i>	§§ 70-76
SERENELLA ROSSI	<i>Università dell'Insubria</i>	§§ 1-8
MARIO STELLA RICHTER jr	<i>Università di Roma "Tor Vergata"</i>	§§ 61-63
ALBERTO TOFFOLETTO	<i>Università di Milano</i>	§§ 77-81

---

## Capitolo I

### LE CRISI D'IMPRESA

SOMMARIO: 1. La crisi dell'impresa come crisi dell'organizzazione. — 2. Le crisi di legalità. — 3. Le crisi economiche. — 4. Lo squilibrio economico. — 5. Lo squilibrio finanziario. — 6. Lo squilibrio patrimoniale. — 7. Le soluzioni della crisi. — 8. Insolvenza e crisi dell'impresa nella disciplina delle procedure concorsuali.

#### 1. *La crisi dell'impresa come crisi dell'organizzazione.*

L'esercizio dell'impresa è un'attività dinamica che si svolge mediante l'impiego organizzato di risorse (fattori della produzione) di varia natura (capitale, lavoro, idee) allo scopo di creare utilità e, normalmente, di produrre ricchezza.

Esercizio  
dell'impresa e  
rischio  
imprenditoriale

Il risultato che l'imprenditore si ripromette di ottenere dalla sua attività, che possiamo individuare, con un'espressione di sintesi, nella « creazione di valore », è però assolutamente incerto poiché dipende, oltre che dalle sue capacità, da molteplici fattori esterni, come l'azione dei concorrenti, il progresso tecnico, l'evoluzione della società e degli orientamenti dei consumatori, nonché il contesto normativo-istituzionale nel quale l'impresa si trova ad operare.

L'imprenditore affronta pertanto nella sua attività un rischio tipico e immanente, legato all'eventualità che errori di gestione o eventi esterni più o meno prevedibili compromettano il pieno e corretto svolgimento del programma imprenditoriale adottato e il conseguimento dei risultati attesi. Quando ciò accade, e non vi si pone pronto rimedio, è inevitabile che l'attività vada verso il proprio declino. In tal caso, non solo svanirà la possibilità di conseguire la remunerazione delle risorse investite, ma si assisterà altresì alla dispersione di quelle esistenti, con immediati riflessi sulla capacità dell'imprenditore di adempiere gli impegni assunti con i terzi.

La crisi dell'impresa non è peraltro un evento eccezionale. Non lo è su un piano statistico, ma soprattutto non lo è a livello macroeconomico. Infatti, nella misura in cui l'impresa opera sul mercato, essa si assoggetta alla funzione che il mercato tipicamente svolge, una funzione

di selezione continua tra i soggetti che vi appartengono, decretando la sopravvivenza delle imprese efficienti e la fuoriuscita dal suo ambito di quelle che non lo sono. Pertanto l'osservazione del fenomeno impresa non può prescindere dall'osservazione della situazione in cui il rischio imprenditoriale si materializzi in concreto e l'impresa si trovi ad affrontare quella fase del suo ciclo vitale che definiamo « crisi ».

Disfunzioni dell'organizzazione e inadeguatezza della garanzia patrimoniale

Il diritto fallimentare si occupa dell'impresa in crisi e, sebbene il presupposto di attivazione delle diverse procedure concorsuali si basi sull'incapacità, attuale o in alcuni casi solo potenziale, dell'imprenditore di adempiere regolarmente le obbligazioni contratte (v. artt. 5 e 160), la crisi dell'impresa non coincide con il *deficit* della c.d. garanzia patrimoniale dell'imprenditore (cfr. §§ 9 ss.), della garanzia, cioè, che il patrimonio di ogni debitore rappresenta per i suoi creditori e per il loro interesse ad ottenere il pieno e puntuale soddisfacimento delle loro legittime pretese.

Ciò accade perché l'alterazione della garanzia patrimoniale di un imprenditore ha motivazioni del tutto peculiari, legate alle caratteristiche di impiego del patrimonio che ne è investito, e in quanto tale si differenzia dalla omologa condizione che riguarda il patrimonio del debitore civile proprio in ragione delle specificità della sua genesi. L'incapacità del patrimonio dell'imprenditore di fare fronte al proprio indebitamento è infatti normalmente l'esito ultimo di un graduale processo di alterazione e degenerazione delle corrette funzioni organizzative e gestionali dell'attività imprenditoriale e quando l'impresa versa in una simile condizione essa può già dirsi in crisi.

Per questi motivi, la stessa garanzia patrimoniale che si offre ai creditori dell'impresa non è costituita tanto dalla mera capienza del patrimonio dell'imprenditore, cioè dalla sufficienza dell'attivo esistente a coprire le attuali passività, quanto da un corretto impiego nell'attività produttiva delle risorse patrimoniali che l'imprenditore ha deciso di destinarvi perché possano essere assicurate, anche prospetticamente, la produzione di reddito e la valorizzazione dell'investimento effettuato. In questa prospettiva dinamica il patrimonio dell'impresa può vedere più volte modificata la sua consistenza; ciò nondimeno la garanzia patrimoniale può restare integra ove l'imprenditore organizzi la propria attività (e quindi non solo i fattori di produzione, ma anche la c.d. *governance* dell'impresa, e cioè i processi decisionali interni, il sistema dei controlli sulla gestione) secondo formule adeguate a garantire condizioni di equilibrio e di efficienza.

Ad una efficiente organizzazione dell'impresa sono in realtà interessati non solo i suoi creditori, ma anche tutti i suoi cc.dd. *stakeholder*,

cioè coloro che abbiano instaurato con essa rapporti di lavoro, di collaborazione, rapporti contrattuali a lungo termine (fornitori, dipendenti, collaboratori e consulenti) e che possono attendersi di conservare le opportunità economiche o professionali che l'impresa ha loro offerto solo se l'impresa risulti in grado di competere e svilupparsi sul mercato.

Quando si parla di crisi dell'impresa ci si riferisce pertanto a situazioni complesse, che si originano essenzialmente da anomalie dell'organizzazione (intesa in senso ampio, come comprensiva della stessa attività di gestione), mentre la stessa garanzia patrimoniale è a rischio non solo e non necessariamente in caso di carenza dell'attivo rispetto al passivo, ma anche e soprattutto laddove si sia attivato un qualche processo degenerativo dell'organizzazione aziendale che, in tempi più o meno brevi, può portare l'impresa all'incapacità di fare fronte al proprio indebitamento.

Un'impresa può quindi essere considerata in senso ampio in crisi quando, per disfunzioni radicatesi nel tempo o per eventi imprevisti e congiunturali, si ritrova ad operare in condizioni economicamente inefficienti o versa in una situazione di diffuso disordine organizzativo e gestionale. Naturalmente, questa condizione può assumere caratteri di minore o maggiore gravità, può consentire interventi di recupero o risultare irrimediabile e comunque, laddove evolva in senso peggiorativo, finisce per travolgere tutti gli interessi coinvolti nell'attività d'impresa.

La nozione di crisi

La situazione di crisi può essere più o meno evidente e l'ordinamento richiede talora che essa si manifesti all'esterno per poter intervenire, fissando a volte degli indici presuntivi di tale stato. In altri casi individua delle soglie di rilevanza di eventuali elementi di criticità che il sistema tollera nella misura in cui assumano dimensioni contenute.

Nell'organizzazione della sua attività l'imprenditore deve anzitutto operare in condizioni di legalità. Nel nostro sistema, infatti, come nella maggior parte degli Stati contemporanei, l'imprenditore gode sì della libertà di iniziativa economica, ma deve operare nel rispetto della legge. Deve quindi rispettare, oltre alle norme comuni che valgono per ogni cittadino, anche la disciplina speciale che l'ordinamento predispone a tutela degli specifici interessi coinvolti nella sua attività, siano essi diversi ed esterni rispetto a quelli del titolare (interessi di terzi o collettivi), siano essi riferibili ai diversi soggetti contitolari dell'impresa ove questa sia esercitata in forma collettiva (ad es. in forma societaria).

Crisi di legalità e crisi economiche

Se nell'organizzazione e nella conduzione dell'impresa queste regole siano disattese, e siano perpetrate gravi e/o frequenti violazioni di legge, saranno messi a rischio non solo gli interessi di terzi implicati nella

sua attività, ma anche gli equilibri organizzativi interni e la stessa conservazione in vita dell'impresa.

L'impresa deve inoltre essere organizzata e gestita secondo formule di tipo tecnico-economico coerenti ed appropriate che assicurino il perseguimento di risultati economici positivi e che la mettano in grado di conservare il valore esistente e di incrementarlo attraverso il reddito che con la sua attività saprà produrre.

Le alterazioni che allontanano l'impresa da condizioni di equilibrio e di corretto funzionamento possono in definitiva riguardare sia la condotta dei suoi titolari o dei soggetti chiamati ad amministrarla per ciò che riguarda il rispetto delle norme e dei principi che essi sono tenuti ad osservare, sia il lato più strettamente economico della sua attività, pertanto il suo patrimonio o la sua capacità di reddito.

Si possono quindi a grandi linee distinguere le crisi di legalità dalle crisi economiche, situazioni che il diritto affronta con strumenti diversi e tuttavia entrambe in grado, se non prontamente arginate, di condurre l'impresa all'impossibilità di proseguire utilmente nella sua attività.

## 2. *Le crisi di legalità.*

L'illegalità nell'organizzazione e nell'amministrazione dell'impresa

Un'organizzazione imprenditoriale è investita da una vera e propria crisi di legalità quando al suo interno la violazione di norme di legge o regolamentari, di principi generali di prudenza e diligenza o di norme di corretta gestione, assume, per la gravità dei comportamenti, per la loro reiterazione o per il carattere diffuso e sistematico delle irregolarità, un'importanza tale da esporre a grave pregiudizio gli interessi dei soggetti coinvolti nella sua attività nonché di mettere a rischio la sopravvivenza dell'impresa stessa.

Allo scopo di prevenire condotte illegali nello svolgimento di attività imprenditoriali, l'ordinamento normalmente richiede che l'impresa attivi al suo interno sistemi di controllo sul rispetto della legalità (si pensi agli organi di controllo interno nelle società di capitali, o agli organismi destinati a vigilare sull'attuazione dei modelli di organizzazione e gestione per la prevenzione dei reati ai sensi dell'art. 6 d.lgs. 231/2001) cui è affidato il compito di sorvegliare sulla gestione dell'impresa e di adottare taluni provvedimenti a fronte di accertate irregolarità, per impedirne la prosecuzione e/o farne cessare gli effetti.

Normalmente i comportamenti illegali posti in essere dall'imprenditore o dai suoi ausiliari vengono contrastati con le ordinarie misure di prevenzione e repressione. Tuttavia, di fronte ad una particolare gravità delle irregolarità perpetrate o all'accertata inefficienza dei controlli

interni, o ancora in specifiche situazioni di settore, l'ordinamento interviene su situazioni di illegalità grave o diffusa per imporre al titolare specifici comportamenti o per sottrargli, in via temporanea o definitiva, il potere di gestione dell'impresa.

Ciò accade anzitutto quando condotte illegali poste in essere nell'ambito di attività imprenditoriali, o comunque da soggetti imprenditori, si sostanziano nel compimento di reati. In questi casi la disciplina prevede talora forme di intervento radicale che hanno l'effetto di sospendere o rimuovere dalle proprie funzioni gestionali e direttive il titolare dell'impresa nonché i suoi collaboratori che si siano resi colpevoli di attività o comportamenti illeciti e di imporre, nei casi più gravi, la cessazione dell'attività.

Ne sono un esempio il sequestro di prevenzione o la confisca di beni costituiti in azienda di soggetti indiziati di appartenere ad associazioni di tipo mafioso, quando i beni siano di sospetta o accertata provenienza illecita (l. 575/65) o le sanzioni interdittive previste dal d.lgs. 231/2001 sulla responsabilità amministrativa di società, associazioni o enti, finalizzata alla prevenzione di reati, il cui effetto è quello di vietare, in via temporanea o permanente, la prosecuzione delle attività.

Pure ispirati alla tutela di interessi di carattere pubblicistico sono i provvedimenti previsti dalla disciplina di settore in caso di irregolarità compiute nell'ambito delle imprese che operano nel mercato finanziario sottoposte a vigilanza prudenziale (banche, sim, sgr, sicav, etc.) e delle imprese assicuratrici.

Infatti, ove siano accertate gravi irregolarità nell'amministrazione o gravi violazioni delle disposizioni legislative, amministrative o statutarie che regolano l'attività di tali imprese, il T.U.B. (art. 70), il T.U.F. (art. 56) e il cod.ass. (art. 231) prevedono l'assoggettamento dell'impresa medesima ad un procedimento denominato « amministrazione straordinaria » sulla base di un decreto ministeriale che dispone altresì lo scioglimento degli organi sociali e la nomina di uno o più commissari straordinari unitamente ad un comitato di sorveglianza al fine di impedire la reiterazione degli illeciti e, se possibile, rimuoverne gli effetti, consentendo così il ritorno alla gestione ordinaria. In caso di assoluta urgenza, l'*authority* di settore può disporre l'insediamento di un commissario provvisorio, sospendendo temporaneamente dalle proprie funzioni l'organo amministrativo (art. 53 T.U.F.) ovvero gli organi di amministrazione e controllo (artt. 76 T.U.B. e 230 cod.ass.). Si tratta di forme di gestione sostitutiva che il diritto prevede in varie situazioni e contesti in cui si renda necessario ripristinare la regolarità amministrativa sotto il controllo di organi esterni (v., ad es., l'amministrazione

Le crisi di legalità nelle imprese del mercato finanziario

giudiziaria ex art. 2409 c.c. su cui *infra*) e diverse, quanto a presupposti e finalità, dall'omonima procedura prevista e regolata dal diritto concorsuale (v. §§ 108 ss.).

Ulteriori misure, variamente denominate, sono previste per i casi di irregolarità circoscritte o comunque di minore gravità (provvedimenti straordinari: art. 78 T.U.B.; provvedimenti ingiuntivi: art. 51 T.U.F.; misure di salvaguardia e risanamento: artt. 222-229 cod.ass.).

Ove le richiamate violazioni risultino « di eccezionale gravità » il Ministro competente, ancorché sia già in corso l'amministrazione straordinaria, e previa revoca dell'autorizzazione allo svolgimento dell'attività, può disporre la liquidazione coatta amministrativa dell'impresa e la nomina di uno o più commissari liquidatori (artt. 80 T.U.B., 57 T.U.F., 245 cod.ass.: v. §§ 124 ss.).

La conformazione dei presupposti delle due procedure (diversi solo per l'intensità della gravità) fa intendere come lo spettro delle violazioni rilevanti sia piuttosto ampio.

La violazione della legalità suscita quindi, nei settori economici indicati, un allarme tale da giustificare interventi di prevenzione molto anticipati, nonché, nei casi più gravi, addirittura la liquidazione dell'ente. Ciò trova spiegazione nella rilevanza pubblicistica degli interessi tipicamente coinvolti nelle richiamate attività, in considerazione sia del peculiare bisogno di protezione della clientela di tali imprese (risparmiatori/depositanti, risparmiatori/investitori, assicurati), sia dell'interesse generale alla reputazione e all'integrità del sistema finanziario.

Le gravi irregolarità degli amministratori di s.p.a. e di società cooperative

Anche la disciplina codicistica della società per azioni tradizionalmente contempla un istituto (oggi esteso alle società cooperative dall'art. 2545-*quinquiesdecies* c.c.) che consente all'autorità giudiziaria, ove siano denunciate (da parte dei soci titolari di una percentuale qualificata del capitale sociale — o, nelle cooperative, dei soci che rappresentino una percentuale qualificata del loro numero complessivo —, dell'organo di controllo interno o del pubblico ministero nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio) gravi irregolarità di gestione, di assoggettare la società ad uno specifico controllo esterno sull'amministrazione (art. 2409 c.c.). Al suo esito il tribunale potrà disporre gli opportuni provvedimenti per il ripristino della legalità e, nei casi più gravi, revocare gli amministratori e i sindaci nominando un amministratore giudiziario cui affidare temporaneamente la gestione della società.

Il procedimento ha carattere latamente inquisitorio ed evidente funzione cautelare. È peraltro incerta la sua attuale finalità. Essenzialmente protegge i soci (in particolare le minoranze) poiché le irregolarità rilevanti sono solo quelle idonee a « recare danno alla società o a una o



più società controllate». Pertanto è dubbio che possa esser attivato anche in caso di irregolarità idonee a ledere esclusivamente interessi di terzi o generali.

Ed infatti, per le imprese operanti in alcuni settori soggetti a vigilanza (quello bancario e assicurativo) il procedimento di controllo sulle gravi irregolarità di gestione idonee a recare danno alla società o a sue controllate, attivabile su iniziativa dei soci o dell'organo di controllo interno, è regolato con norme speciali, ma *a latere* delle procedure di amministrazione straordinaria o di liquidazione coatta amministrativa, finalizzate, come si è osservato, alla tutela di interessi di stampo pubblicistico (nella specie la legge dispone la disapplicazione dell'art. 2409 c.c. e prevede che la denuncia sia presentata all'autorità di vigilanza che decide con decreto motivato: cfr. artt. 70, comma 7, T.U.B., e 238, comma 2, cod.ass.)

In ogni caso la prevenzione di irregolarità capaci di creare danno alla società avvantaggia indirettamente i suoi creditori e li tutela quantomeno dal rischio che gli abusi e le illegalità compiuti nella gestione, compromettendo la consistenza del patrimonio sociale, pregiudichino il soddisfacimento dei loro crediti. Negli stessi termini (cioè in via soltanto indiretta) avvantaggia tutti coloro i cui interessi siano implicati nell'attività d'impresa, per i quali solo una gestione sana e regolare garantisce il corretto svolgimento dei rapporti in essere.

A tutela di interessi generali, e a presidio del rispetto della causa mutualistica, pare invece ispirato il controllo di legalità svolto dall'autorità di vigilanza sulle cooperative. L'autorità amministrativa in questi casi dispone di specifici poteri comminatori e può sciogliere le società cooperative che non perseguono lo scopo mutualistico o che per due anni consecutivi non hanno depositato il bilancio d'esercizio o non hanno compiuto atti di gestione (artt. 2545-*sexiesdecies* ss. c.c.)

### 3. *Le crisi economiche.*

Le condotte illegali poste in essere nella conduzione dell'impresa, o comunque nel suo ambito, spesso si ripercuotono sull'andamento della sua attività e sul suo risultato economico e pertanto anche una situazione di grave o diffusa violazione di legge può esporre l'impresa ad un *deficit* di redditività e ad una possibile crisi di solvibilità.

Ciò nondimeno la crisi della garanzia patrimoniale dei creditori dell'impresa ha origine prevalentemente in disfunzioni di tipo economico.

C'è da dire, tuttavia, che le diverse tipologie di disfunzioni sovente

Crisi economiche e diritto concorsuale

si manifestano congiuntamente e si intrecciano in una situazione di crisi globale dell'impresa, dal momento che sia la grave o reiterata illegalità può procurare una dispersione di risorse e risultati economicamente inefficienti, sia la difficoltà economica può indurre l'imprenditore a violare la legge nell'ottica di tentare disperate operazioni di recupero o allo scopo di mettere in salvo i suoi interessi economici personali.

Con le precisazioni appena formulate, in questa sede ci occuperemo soprattutto di crisi economiche dell'impresa proprio perché, come si diceva, rappresentano la più frequente genesi del dissesto dell'imprenditore e come tali sono al centro delle regole di diritto concorsuale, almeno di quelle applicabili alle imprese operanti sotto la disciplina di diritto comune.

L'incapacità  
dell'impresa di  
creare valore

Nella vita di un'impresa si instaura una situazione di crisi economica quando al suo interno si producono e si stabilizzano anomalie che non le consentono di raggiungere il suo obiettivo naturale, cioè la creazione di valore (valorizzazione o remunerazione del capitale investito) e che viceversa innescano un *trend* capace, se non tempestivamente invertito, di portare l'impresa ad ulteriore decadenza, riducendo i flussi di reddito fino all'azzeramento e alimentando la produzione di perdite, con effetti sull'integrità del patrimonio e conseguente crisi di solvibilità.

La crisi economica dell'impresa è quindi, in linea di massima, sempre generata da disfunzioni di gestione. Anche laddove i fattori scatenanti consistano in specifici eventi avversi ed imprevisi (revoca di importanti commesse, insolvenza di controparti contrattuali, crisi economico-politiche dei Paesi in cui svolge la sua attività) la circostanza che l'impresa ne sia travolta denota generalmente, e tranne in casi eccezionali, l'assenza di adeguati strumenti di previsione e/o gestione del rischio all'interno dell'organizzazione aziendale capaci di fronteggiare tali eventi e di contenerne gli effetti sugli equilibri aziendali.

La fase di  
declino

Gli studiosi di scienze aziendali hanno correttamente messo in luce come la crisi dell'impresa non maturi mai in modo istantaneo, ma sia preceduta da un più o meno rapido processo di declino che spesso si evidenzia attraverso risultati negativi sul piano reddituale. Sebbene i ricavi tipici della gestione coprano ancora i costi e non vi siano perdite in senso tecnico (cioè erosioni del patrimonio netto risultanti da bilancio) l'impresa non cresce adeguatamente, a volte cresce meno dei suoi concorrenti e comunque non realizza pienamente i suoi obiettivi.

I motivi che possono innescare un processo di declino sono a volte attinenti alle scelte di gestione specificamente operate (quindi a fattori umani), a volte dipendono da cause esterne ed oggettive.

Potrà quindi trattarsi di carenza di preparazione tecnica nei *manager*, di inadeguata organizzazione interna degli uffici e delle competenze, di errori ed inefficienze nel processo produttivo nonché nella commercializzazione dei prodotti e nel *marketing*.

In altri casi i motivi del declino potranno risiedere in alcune variazioni delle caratteristiche dei mercati di sbocco dell'impresa, come una contrazione inattesa della domanda o iniziative pubbliche di controllo sui prezzi.

A volte questi fattori operano in modo concomitante come accade, ad es., quando i gestori dell'impresa non abbiano avuto, per impreparazione o scarsa lungimiranza, la capacità di prevedere un ridimensionamento della domanda dovuto a modifica dei gusti dei consumatori, a decadimento od obsolescenza tecnologica dei propri prodotti e non abbiano tempestivamente operato le riconversioni adeguate o i necessari investimenti in ricerca e sviluppo.

Le ragioni del declino e della crisi di un'impresa, tuttavia, non rilevano solo per l'esperto di organizzazione e gestione aziendale, ma interessano altresì il giurista nei casi in cui si tratti di applicare una procedura concorsuale con finalità di risanamento (ad es. l'amministrazione straordinaria) e di valutare, attraverso l'esame del relativo progetto, le reali possibilità di recupero dell'equilibrio economico dell'impresa mediante le necessarie modifiche alle strategie di gestione.

Più in generale, tuttavia, la crisi dell'impresa, nelle sue diverse tipologie, interessa il giurista non solo laddove assuma i caratteri della vera e propria insolvenza, ma anche quando esprima un'alterazione degli equilibri aziendali tale da esporre l'impresa ad uno specifico rischio di dissesto.

Non a caso, nel corso dei lavori preparatori della riforma del diritto societario del 2003, era stata avanzata la proposta di integrare l'elenco dei doveri dei sindaci, *ex art. 2403 c.c.*, con l'obbligo di accertare la continuità aziendale, ed era stata altresì segnalata la necessità di imporre tale adempimento *in primis* agli amministratori. La proposta è stata successivamente accantonata, ciò nondimeno si può notare come l'ordinamento, soprattutto nelle sue più recenti innovazioni, si preoccupi di prevedere alcune misure improntate alla prevenzione dell'insolvenza in situazioni in cui il relativo rischio assuma particolare consistenza.

Le situazioni di criticità che destano un particolare allarme per le condizioni di salute dell'impresa vengono normalmente individuate negli *squilibri* che specificamente riguardano la situazione economica, finanziaria e patrimoniale dell'impresa.

4. *Lo squilibrio economico.*

L'incapacità dei ricavi di coprire i costi di gestione

L'impresa manifesta uno squilibrio economico quando i ricavi prodotti dalla sua attività non riescono più a coprire i costi di gestione e quindi opera in una condizione palesemente antieconomica.

Se l'imprenditore non interviene con iniziative correttive di questa tendenza, e sempre che tali inefficienze siano tecnicamente eliminabili (e cioè se l'imprenditore sia libero di agire sui costi e/o sui prezzi, nonché di abbandonare una determinata produzione), lo squilibrio finirà ineluttabilmente per generare perdite di gestione destinate alla fine ad intaccare il patrimonio netto fino al suo azzeramento.

Ovviamente questo scenario rovinoso si attuerà in modo graduale anche se, di fronte ad una impresa che continui a produrre perdite di gestione, una situazione di rischio di dissesto è indiscutibile. Lo squilibrio economico quindi, ove non risulti un mero evento transitorio, ma appaia condizione ormai stabilizzata e strutturale, integra senza dubbio una situazione di rischio di insolvenza, di fronte alla quale, tuttavia, l'ordinamento non interviene in modo particolarmente incisivo se non in casi speciali in cui dispone d'autorità determinate misure o impone all'imprenditore alcuni comportamenti.

La previsione di gravi perdite di gestione nelle imprese del mercato finanziario

Un esempio in tal senso è rappresentato dalla disciplina delle crisi bancarie, in cui la sola previsione di gravi perdite, possano esse desumersi dalla contabilità dell'impresa o dalle risultanze delle ispezioni compiute dall'autorità di vigilanza, costituisce presupposto per l'assoggettamento dell'impresa ad amministrazione straordinaria (artt. 70 ss. T.U.B.); ove le perdite previste risultino di eccezionale gravità può essere aperta la liquidazione coatta amministrativa (art. 80 T.U.B.: § 125). Entrambe le procedure sono disposte con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, su proposta della Banca d'Italia (competente a disporre la gestione provvisoria: v. § 2). Tale modello è stato poi sostanzialmente recepito dal T.U.F., con l'estensione alla Consob del potere di proposta per le sim e gli altri operatori del mercato mobiliare ivi disciplinati (artt. 56 ss.).

Analoghe misure sono previste per le imprese assicuratrici dal cod.ass. che dispone e regola la procedura di amministrazione straordinaria in caso di previste gravi perdite di gestione (artt. 231 ss. cod.ass.) e di liquidazione coatta amministrativa ove tali perdite risultino di eccezionale gravità (artt. 238 ss. cod.ass.; si v. altresì la disciplina delle misure di salvaguardia e risanamento di cui agli artt. 222-229 cod.ass., già ricordata). Anche in questo caso entrambe le procedure sono adottate con decreto ministeriale (Ministero delle attività produttive) su proposta dell'autorità di vigilanza (Isvap).

I caratteri della gravità o della eccezionale gravità sono stati talora interpretati in chiave quantitativa con riferimento agli effetti prodotti dalle perdite sul patrimonio netto o comunque sull'equilibrio patrimoniale dell'impresa (riduzione del capitale sotto il minimo legale, incapienza del patrimonio). In realtà questa interpretazione non appare necessaria, tant'è che la differente intensità del requisito di gravità è secondo alcuni riferibile soltanto alla sussistenza di qualche possibilità di risanamento, giacché unicamente ove le perdite siano soltanto gravi è possibile l'apertura dell'amministrazione straordinaria che tale finalità tipicamente persegue, mentre ove le perdite siano gravissime si apre la procedura liquidatoria che presuppone, per l'appunto, una situazione irrimediabilmente compromessa. D'altra parte, l'opzione per l'una o l'altra procedura dipende da valutazioni previsionali, la cui attendibilità può essere migliorata grazie ad una gestione sostitutiva (gestione provvisoria o amministrazione straordinaria).

Si tratta, come è evidente, di misure finalizzate a rendere estremamente tempestivo l'intervento delle autorità di vigilanza sulle situazioni di possibile crisi dell'impresa per evitarne l'aggravamento e contenerne al massimo gli effetti, in considerazione degli specifici interessi rilevanti nei settori considerati e delle ripercussioni sull'intero sistema economico che l'instabilità patrimoniale di simili imprese potrebbe provocare.

Nella disciplina comune, invece, l'evidenziarsi di perdite di gestione impone all'imprenditore di adottare misure correttive soltanto quando l'impresa assuma la forma di società di capitali.

Le perdite di gestione nelle società di capitali

In particolare, tali perdite assumono rilevanza quando abbiano inciso sul capitale sociale provocandone una riduzione di oltre un terzo. In questo caso l'assemblea, se entro l'esercizio successivo la perdita non sia diminuita a meno di un terzo, dovrà procedere alla riduzione del capitale sociale in proporzione alle perdite accertate (artt. 2446 e 2482-*bis* c.c.). Se la perdita porta il capitale al di sotto del minimo legale, l'assemblea all'uopo convocata, per evitare lo scioglimento della società, dovrà senz'altro deliberare la riduzione e il contemporaneo aumento del capitale per un importo almeno pari al minimo legale o la trasformazione della società (artt. 2447 e 2482-*ter* c.c.).

La disciplina della riduzione di capitale per perdite ha finalità molteplici. Anzitutto intende ripristinare, ove possibile, una situazione di effettività del capitale sociale, per cui al capitale nominale della società debbono corrispondere risorse realmente presenti nel suo patrimonio. Nel caso invece di riduzione del capitale al di sotto del minimo legale obbliga i soci ad optare per un nuovo assetto organizzativo adeguato al capitale attualmente esistente (trasformazione della società

in un tipo « minore ») o, in alternativa, a liberare, mediante lo scioglimento della società, le risorse destinate ad un investimento ormai improduttivo perché possano trovare un nuovo impiego in altre attività.

Comunque sia, la presenza di perdite qualificate di gestione non è necessariamente sintomatica di uno stato di crisi dell'impresa. Sicuramente esprime una disfunzione economica che si riverbera sull'investimento effettuato dai partecipanti che vedono insoddisfatte le loro aspettative di profitto in coerenza con il programma imprenditoriale cui hanno aderito, ma la mancata redditività può essere in alcuni casi fisiologica, come accade tipicamente nelle fasi di avvio di una attività imprenditoriale.

Peraltro, anche nel caso in cui la produzione di perdite sottenda una patologica situazione di squilibrio economico, è dubbio che la disciplina in esame abbia, o comunque riesca a svolgere in modo efficace, un ruolo di prevenzione dell'insolvenza e di tutela dei creditori attuali della società.

Infatti, nonostante si affermi tradizionalmente che il capitale sociale minimo, attraverso il c.d. « sistema del netto » (iscrizione del capitale in bilancio tra le passività ideali, con conseguente preclusione di ogni sua distribuzione o impiego) svolga funzione di cuscinetto tra l'insolvenza della società e la totale perdita del suo attivo, i minimi di capitale previsti dalla legge sono talmente irrisori che non possono certo garantire concretamente il pagamento di tutti i debiti.

Vero è che la garanzia dei creditori non è rappresentata in modo statico dal capitale sociale, o comunque dal patrimonio di cui l'impresa al momento dispone, quanto dalla sua capacità di generare reddito e che tale situazione di efficienza (e quindi di tendenziale solvibilità) è agevolata dalla presenza costante di una dotazione patrimoniale adeguata per finanziare l'attività programmata.

Tuttavia è da escludere, per opinione diffusa, che i minimi di capitale possano rappresentare un serio indice di una capitalizzazione adeguata a fronteggiare in concreto il futuro indebitamento dell'impresa.

I minimi di capitale sono infatti troppo esigui e valevoli indiscriminatamente per tutte le società e pertanto non sono in grado di misurare la corretta dotazione di risorse che ciascuna società nello specifico deve avere per operare in condizioni di efficienza.

Ciò nondimeno, come vedremo tra breve, in altre sedi l'ordinamento mostra di preoccuparsi in qualche modo dei problemi di capitalizzazione dell'impresa in un'ottica di tutela dei creditori attuali e di prevenzione dell'insolvenza.

### 5. *Lo squilibrio finanziario.*

L'impresa vive in situazione di squilibrio finanziario quando finanzia la propria attività con modesti mezzi propri e prevalentemente con mezzi di terzi.

La leva  
finanziaria

Il patrimonio netto di cui l'impresa dispone risulta inadeguato a finanziare le attività programmate, in particolare a sostenere quegli investimenti durevoli necessari per il loro svolgimento. Di qui la necessità di ricorrere all'indebitamento (c.d. leva finanziaria) per poter proseguire nella gestione.

Vero è che il ricorso alla leva finanziaria fa parte in molti casi della fisiologia delle tecniche di finanziamento dell'impresa. In particolare l'espansione dell'indebitamento può essere vantaggiosa per l'impresa quando il reddito atteso dall'impiego delle nuove risorse superi il loro costo, o quando sia realmente in grado di consentire all'impresa di superare una fase di temporanea difficoltà. Tuttavia, quando queste condizioni non ricorrano o comunque quando lo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto superi certi limiti (o certi parametri che le scienze aziendalistiche hanno tentato di individuare), può innescarsi una situazione patologica che pone a rischio il futuro dell'impresa stessa e può condurla ad una irreversibile crisi di solvibilità.

In questi casi l'impellente necessità di finanziarsi all'esterno e la difficoltà di offrire garanzie ai finanziatori per la carenza di risorse proprie possono porre l'impresa in una posizione contrattualmente debole e costringerla ad accettare oneri finanziari elevati, se non insostenibili. È infatti naturale che il finanziatore, soprattutto se professionale, compensi il maggior rischio che gli deriva dalla scarsa dotazione patrimoniale della controparte con l'aumento del costo dell'erogazione finanziaria.

L'aumentare del costo del credito fa lievitare i costi di gestione dell'impresa finanziata, con l'effetto di diminuire la sua redditività e di deprimerne ulteriormente la consistenza patrimoniale. In definitiva, lo squilibrio finanziario in condizioni non fisiologiche rischia di innescare una spirale degenerativa che può attivare o accelerare il declino economico alimentando un sempre maggiore indebitamento, soprattutto di breve termine, destinato a portare inevitabilmente l'impresa all'insolvenza.

In questi casi lo squilibrio finanziario espone l'impresa ad una situazione di pericolo particolarmente grave ed è verosimilmente per questo che il legislatore talora interviene a dettare regole che possano contrastare il peculiare rischio di insolvenza che un simile squilibrio produce.

Prima di esaminare queste disposizioni, e per meglio comprenderne il senso, occorre tuttavia fornire qualche ulteriore indicazione sulle caratteristiche della fattispecie e sui contesti nei quali essa suscita un particolare allarme, tanto da indurre il legislatore ad intervenire.

L'impresa  
sottocapitalizzata

In primo luogo bisogna precisare che lo squilibrio finanziario può essere, nella vita dell'impresa, una condizione motivata da disfunzioni oggettive o da esigenze finanziarie contingenti, ma in alcuni casi può derivare da scelte deliberate dello stesso imprenditore intese a tradurlo in una condizione stabile della sua organizzazione imprenditoriale.

In questo caso l'impresa è volutamente dotata di un capitale iniziale insufficiente a fronteggiare gli impegni finanziari richiesti dall'attività programmata e quindi il ricorso al finanziamento esterno appare una scelta inevitabile. È il caso dell'impresa sottocapitalizzata *ab origine* e mantenuta tale nel tempo, destinata ad una condizione di instabilità permanente dovuta alla necessità di contrarre, per il suo funzionamento, una quantità di debiti del tutto sproporzionata rispetto alle proprie forze.

In altri casi lo squilibrio finanziario è condizione che sopravviene per l'instaurarsi di qualche fattore di decadenza economica. L'impresa nasce con una capitalizzazione adeguata, ma l'innescarsi di un calo di redditività e il conseguente accumulo di perdite di gestione possono portare ad una erosione del patrimonio netto che diviene incapace di finanziare ulteriormente e in modo adeguato le attività d'impresa (squilibrio economico-finanziario). L'imprenditore può ovviamente apportarvi risorse fresche, ma se non si inverte il *trend* economico, con un ritorno all'utile, difficilmente l'equilibrio sarà recuperato.

Entrambe le situazioni appena descritte possono manifestarsi in ogni tipo di impresa e l'impresa può per un certo tempo convivervi. Fanno eccezione le imprese operanti nei settori cc.dd. regolamentati (banche, assicurazioni, etc.) ove la legge talora richiede particolari requisiti di capitalizzazione per la loro costituzione e sopravvivenza.

La sottocapitalizzazione nelle società con responsabilità limitata dei soci

Al di là di situazioni di settore, lo squilibrio finanziario risulta in genere particolarmente preoccupante nelle imprese caratterizzate dall'assenza di responsabilità patrimoniale personale del titolare, quindi nelle imprese operanti sotto il regime della responsabilità limitata dei soci.

Nelle società di capitali in particolare, ove dei debiti sociali risponde solo la società con il suo patrimonio e pertanto i soci rischiano solo l'investimento effettuato, la sottocapitalizzazione dell'impresa rappresenta talora una scelta consapevolmente adottata per ridurre al



minimo la porzione di ricchezza esposta al rischio d'impresa, addossando ai terzi creditori le conseguenze di una eventuale insolvenza.

Il fenomeno è favorito dalla modestia dei minimi di capitale richiesti, che non hanno, come già segnalato, una reale funzione selettiva, ed è preoccupante perché pone l'impresa in una permanente e deliberata situazione di squilibrio finanziario, in cui anche l'utile che venisse prodotto dalla gestione sarebbe verosimilmente drenato dai soci nel proprio patrimonio e di certo non verrebbe impiegato per ricapitalizzare la società.

Sebbene nell'ordinamento delle società di capitali non sia presente una regola espressa che vieti questa pratica o che comunque obblighi i soci a dotare la società di mezzi congrui rispetto all'attività programmata (né appare facile ricavare una simile regola in via interpretativa), c'è da dire che i più recenti interventi del legislatore rivelano una maggiore sensibilità al problema ed introducono alcune norme decisamente innovative sul punto.

In particolare, la recente riforma del diritto societario ha affrontato il problema dell'ambigua pratica di quei finanziamenti effettuati dai soci a favore della società di capitali partecipata, allo scopo di sostenerne l'attività, senza tuttavia imputarli a capitale di rischio, con la riserva quindi di chiederne successivamente la restituzione come si trattasse di somme concesse a titolo di mutuo.

I finanziamenti  
dei soci e la loro  
postergazione

Talora invece si tratta, come è evidente, di un comodo espediente per far affluire alla società le risorse necessarie per la sua attività, senza peraltro esporle al rischio d'impresa giacché, ove il loro versamento sia considerato un prestito dei soci, esse verrebbero sottratte alle istanze dei creditori sociali.

La dottrina e la giurisprudenza avevano in passato ritenuto di poter riqualificare, a certe condizioni, tali operazioni come conferimenti di patrimonio, assoggettandole in parte al regime dei conferimenti. Sul punto è peraltro recentemente intervenuto il legislatore nel tentativo di disinnescare almeno in parte tale possibile elusione della responsabilità patrimoniale, perlomeno nei contesti in cui il suo uso, unitamente alla sottocapitalizzazione della società, risulta più frequente e cioè nella società a responsabilità limitata e nei gruppi di società.

Nella disciplina della s.r.l., infatti, la recente riforma del diritto societario ha introdotto la regola per cui il rimborso dei finanziamenti concessi dai soci alla società « in un momento in cui, anche in considerazione del tipo di attività esercitata dalla società, risulta un eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto oppure in una situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato ragionevole

un conferimento » è postergato rispetto alla soddisfazione degli altri creditori e, se avvenuto nell'anno precedente la dichiarazione di fallimento della società, deve essere restituito (art. 2467 c.c.). La stessa regola si applica ai finanziamenti effettuati a favore di società soggetta a direzione e coordinamento da parte di chi eserciti tale attività o di altre società del gruppo (art. 2497-*quinquies* c.c.).

La sottocapitalizzazione nominale

Ciò che queste disposizioni intendono contrastare è segnatamente la c.d. sottocapitalizzazione nominale (o formale) della società e cioè la situazione in cui l'impresa è sì finanziata, ma non nelle forme del conferimento di capitale di rischio. I soci sfruttano opportunisticamente questo stato continuando a sostenerne l'attività fin quando essa si mostri redditizia, lasciando invece fallire l'impresa nel momento di difficoltà dopo aver tempestivamente provveduto a recuperare i loro crediti, con ampia ed evidente traslazione delle perdite in capo ai creditori.

Si tratta quindi di una pratica che incentiva una gestione irresponsabile della società e che per questo la espone ad un più specifico rischio d'insolvenza.

La sottocapitalizzazione materiale

Come già segnalato, restano invece assenti, nell'ordinamento delle società di capitali, norme finalizzate a combattere la sottocapitalizzazione sostanziale della società e cioè la specifica carenza di investimenti di capitale adeguati allo svolgimento dell'attività programmata.

La congruità dei patrimoni destinati ad uno specifico affare

Ad un approccio diverso vi è un solo un accenno in tema di patrimoni destinati ad uno specifico affare per la cui costituzione (possibile solo nella s.p.a.) la legge richiede la predisposizione di uno specifico piano economico-finanziario da cui risulti la *congruità* del patrimonio rispetto alla realizzazione dell'affare (art. 2447-*ter* c.c.).

Di fronte a disposizioni come quelle appena evocate si pone sicuramente il problema di coglierne il valore sistematico e la possibilità di ulteriore generalizzazione, ma si tratta di tema complesso che certamente non può essere affrontato in questa sede.

I metodi di accertamento dello squilibrio finanziario

Prima ancora, e su un piano più operativo, si pone il problema di individuare parametri di più spiccata valenza tecnica idonei ad indicare a quali condizioni l'impresa possa essere considerata in situazione di adeguata capitalizzazione, quindi di equilibrio finanziario.

A questi fini gli studiosi di scienze aziendali hanno elaborato alcuni criteri basati sul rapporto tra patrimonio netto e indebitamento (*debt/equity ratio*) che paiono in grado di indicare, con relativa approssimazione, la condizione di equilibrio finanziario dell'impresa.

È interessante segnalare come il diritto inizi a far propri questi strumenti, ad es., nella norma che nelle società cooperative consente la distribuzione di dividendi, l'acquisto di quote o azioni proprie, l'asse-

gnazione di riserve divisibili ai soci solo ove il rapporto tra patrimonio netto e indebitamento complessivo della società sia superiore ad un quarto (art. 2545-*quinquies*, comma 2, c.c.).

Concludendo si può dire che la situazione di squilibrio finanziario è in tempi recenti approdata all'attenzione del legislatore nei contesti in cui espone a maggior pericolo le sorti dell'impresa e si presta a strategie opportunistiche dei suoi partecipanti.

Gli interventi di controllo e di contrasto attivati in via legislativa sono per ora episodici e non sistematici, ma di sicuro sono dimostrazione di una nuova sensibilità del legislatore ai problemi che la fattispecie pone e soprattutto all'importanza di un approccio di prevenzione nella tutela dei creditori dalla possibile insolvenza dell'impresa.

#### 6. *Lo squilibrio patrimoniale.*

Vi è squilibrio patrimoniale quando l'insieme dell'attivo dell'impresa è inferiore alle sue passività.

La sufficienza delle risorse proprie dell'impresa è qui riguardata non già in relazione alle esigenze di finanziamento della sua attività, quanto in funzione della possibilità di pagamento dei suoi debiti attuali.

Pur non avendo mezzi sufficienti per fronteggiare il proprio indebitamento l'impresa potrebbe ciò nondimeno essere ancora solvibile, se riesca ad ottenere da terzi le risorse finanziarie necessarie per adempiere regolarmente le proprie obbligazioni o comunque una totale o parziale dilazione delle scadenze dai suoi creditori.

Una condizione di questo tipo può essere anche fisiologica nella vita dell'impresa se comunque transitoria e destinata ad essere eliminata da un incremento dell'utile capace di riportare l'attivo ad una misura sufficiente a coprire le passività.

La situazione di squilibrio patrimoniale risulta quindi più o meno preoccupante a seconda dell'andamento economico dell'impresa. Se l'impresa versa anche in una situazione di squilibrio economico, con un andamento negativo della redditività, è evidente che la già scarsa consistenza patrimoniale renderà l'impresa sempre meno capace di assorbire le perdite fino alla crisi di solvibilità.

Normalmente poi la situazione di squilibrio patrimoniale si accompagna ad una situazione di squilibrio finanziario, dal momento che la carenza di attivo implica la riduzione delle risorse proprie disponibili per finanziare le attività in corso.

Di fronte al mero squilibrio patrimoniale, che non dia luogo anche a squilibrio finanziario e che non si traduca ancora in conclamata

L'eccedenza del  
passivo  
sull'attivo

insolvenza, l'ordinamento peraltro non interviene ad imporre particolari misure se non in modo indiretto.

Ciò avviene, ad es., nella disciplina delle società di capitali, mediante la norma che rende gli amministratori responsabili verso i creditori sociali per l'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale (art. 2394 c.c.). Poiché tale responsabilità diviene operante quando il patrimonio sociale risulti insufficiente a soddisfare i creditori, gli amministratori dovrebbero essere indotti ad assicurare permanentemente una situazione di equilibrio patrimoniale e cioè una situazione in cui il patrimonio della società risulti (tendenzialmente) sempre adeguato a coprire le passività esistenti.

Gli obblighi di dotazione patrimoniale nelle imprese del mercato finanziario

In attività di settore, tuttavia, l'ordinamento predispone misure più dirette ed incisive, imponendo all'impresa il rispetto di precisi *standard* di patrimonializzazione (ossia una dotazione minima di mezzi propri, determinati in ragione del tipo di attività esercitata), nonché di coefficienti di solvibilità adeguati a fronteggiare la sua esposizione al rischio, da osservare su base continuativa. Per le attività bancarie e di intermediazione mobiliare, questi ultimi sono generalmente indicati in rapporti fissi che devono sussistere fra determinate attività e mezzi patrimoniali considerati utili a fini di vigilanza. Per le imprese di assicurazione, il cod.ass. (artt. 44 ss.) e la normativa secondaria emanata dall'Isvap prevedono la conservazione di un preciso margine di solvibilità e di una quota di garanzia costituiti da elementi patrimoniali specificamente indicati.

L'elevato tecnicismo e l'opportunità di tempestivi adeguamenti delle regole in materia giustificano la previsione di una potestà regolamentare in capo alle *authority* di settore: Banca d'Italia, per le banche e gli operatori del mercato mobiliare; Isvap, per le imprese di assicurazione (v., rispettivamente, artt. 53 T.U.B., 6, comma 1 e 2, T.U.F., 44 ss. cod.ass.).

Tali requisiti sono oggetto di armonizzazione a livello comunitario, anche sulla base di accordi fra le autorità di vigilanza dei maggiori Paesi industrializzati (v. da ultimo l'accordo c.d. di Basilea 2, che impegna i partecipanti a promuovere nei rispettivi Stati l'adozione di un nuovo sistema di rilevazione e contenimento dei rischi bancari).

Le cautele appena descritte sono dettate dalla preminente tutela dei rapporti che nello svolgimento delle richiamate attività tipicamente si instaurano e dalla rilevanza pubblicistica degli interessi ivi sottesi (v. § 2), potenzialmente compromessi da una crisi economica non meno che da una crisi di legalità. Ad essa si accompagna (e può anzi considerarsi l'obiettivo ultimo di tali disposizioni) la tutela dell'interesse generale alla

stabilità delle imprese operanti nei settori richiamati (e del sistema finanziario nel suo complesso), per i suoi riflessi sull'intero sistema economico.

#### 7. *Le soluzioni della crisi.*

Ove le disfunzioni organizzative o le condizioni di squilibrio finanziario, economico o patrimoniale appena descritte abbiano inciso sulla capacità dell'imprenditore di adempiere gli impegni assunti con i terzi, costui potrà tentare di sottrarsi a quanto il diritto dispone per il caso di conclamata crisi dell'impresa concludendo accordi con tutti o con alcuni dei suoi creditori che gli consentano una decurtazione dei debiti assunti o una dilazione delle loro scadenze. In particolare l'imprenditore può ottenere l'impegno dei creditori di non esigere il pagamento prima di un certo tempo (*pactum de non petendo*), così come può negoziare una riduzione dei tassi di interesse, o la conversione dei crediti in altri beni o diritti. L'imprenditore può anche ottenere nuovi finanziamenti dai suoi attuali creditori i quali si riservano in taluni casi di concordare con l'imprenditore il piano strategico finalizzato al recupero della solvibilità. È quanto accade, ad es., nelle complesse convenzioni stipulate talora dalle banche creditrici con l'imprenditore in crisi allo scopo di sostenere il tentativo di risanamento dell'impresa. Con ciò l'imprenditore può provare a ripristinare gli equilibri perduti o anche solo cessare la propria attività senza incorrere nel fallimento o nell'assoggettamento ad altra procedura concorsuale. L'ordinamento riconosce la validità di simili accordi a condizione che non ledano gli interessi dei creditori e la disciplina del fallimento addirittura contempla, e in parte regola, soluzioni negoziali di questo tipo (v. §§ 39 ss.), con le norme relative agli *accordi di ristrutturazione dei debiti* (art. 182-bis) e ai *piani di risanamento* (art. 67, comma 3, lett. d).

Quando, tuttavia, il superamento della crisi non sia stato raggiunto, o quando non sia stato nemmeno tentato, matureranno i presupposti per l'applicazione di precisi obblighi e vincoli di legge a carico dell'imprenditore e a tutela degli interessi coinvolti nell'impresa, nonché, a seconda dei casi, le condizioni per l'attivazione di taluna delle procedure concorsuali.

Anche in tal caso l'ordinamento favorisce soluzioni che consentano la conservazione dell'organizzazione imprenditoriale investita dalla crisi. Anzi si può dire, come meglio si vedrà più avanti, che il diritto fallimentare si è evoluto proprio nel segno dell'implementazione di quegli strumenti normativi in grado di evitare la dissoluzione dell'im-

Le soluzioni stragiudiziali per la sistemazione della crisi

L'assoggettamento dell'impresa alle procedure concorsuali

presa in crisi. Accanto quindi alle procedure con funzione di liquidazione del patrimonio dell'imprenditore insolvente, sono stati previsti e, in tempi recenti, amplificati, rimedi finalizzati da un lato a consentire, sotto la supervisione degli organi della procedura, definizioni concordate dei rapporti tra imprenditore insolvente e creditori, dall'altro ad attivare piani di risanamento, riorganizzazione o riconversione elaborati nell'ambito della procedura, per tentare di realizzare una « sistemazione » della crisi che salvaguardi, il più possibile, la sopravvivenza dell'organizzazione imprenditoriale esistente.

Infine, anche quando non vi siano ragionevoli prospettive di risanamento, né i presupposti per una definizione concordata dei rapporti con i creditori, l'ordinamento privilegia quelle modalità di liquidazione del patrimonio dell'impresa insolvente che siano maggiormente in grado di assicurare l'integrità degli assetti aziendali esistenti, perché non sia perduto il loro potenziale produttivo.

Proprio l'espansione dell'ambito di applicazione delle misure di conservazione e risanamento dell'impresa in crisi, a scapito delle soluzioni che ne decretano la dissoluzione, rende particolarmente importante osservare la genesi e le caratteristiche della crisi dell'impresa, ove si voglia intervenire in modo efficace a rimuoverne le cause per ripristinare un più appropriato sistema organizzativo e gestionale e per non disperdere i valori ancora esistenti nel suo patrimonio.

Ciò nondimeno l'applicazione delle procedure concorsuali ha come presupposto fattispecie di crisi qualificate, che il diritto indica nelle situazioni di *insolvenza* e di *stato di crisi* dell'impresa (artt. 5 e 160), delle quali occorre individuare le peculiari caratteristiche.

#### 8. *Insolvenza e crisi dell'impresa nella disciplina delle procedure concorsuali.*

Nozione di insolvenza

Nell'accezione comune l'insolvenza dell'impresa indica la generica incapacità dell'imprenditore di soddisfare i suoi attuali creditori. Il fenomeno dell'insolvenza può essere peraltro concepito e descritto in modo maggiormente tecnico, come avviene nelle diverse discipline che se ne occupano.

La nozione economica

Per le scienze aziendalistiche l'insolvenza coincide essenzialmente con l'incapacità dell'impresa di produrre al suo interno le risorse finanziarie necessarie a fronteggiare il proprio indebitamento. In quest'ottica l'insolvenza viene vista essenzialmente come l'epilogo delle crisi economiche dell'impresa, l'esito dell'accentuarsi delle diverse forme di squilibrio non opportunamente contrastate con i necessari mezzi di

correzione e di inversione del processo degenerativo innescato dal declino. Come tale l'insolvenza rappresenta l'anticamera del dissesto, inteso come la dissoluzione economica dell'organizzazione imprenditoriale colpita dalla crisi.

In campo giuridico, invece, l'insolvenza è oggetto di una nozione speciale e di forte valenza tecnica poiché, come presupposto oggettivo per l'assoggettamento dell'impresa ad alcune procedure concorsuali (fallimento, amministrazione straordinaria, liquidazione coatta amministrativa), viene ricostruita sulla scorta di precisi elementi normativi, principalmente contenuti nell'art. 5.

La nozione  
giuridica

Ai sensi della richiamata norma « lo stato di insolvenza si manifesta con inadempimenti o altri fatti esteriori i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni ».

Sulla base di questa disposizione l'insolvenza non pare coincidere con la cessazione dei pagamenti, né con uno o più inadempimenti.

Insolvenza e  
inadempimento

Questi ultimi ne rappresentano tutt'al più uno dei sintomi rivelatori, una forma di *esteriorizzazione*, ma l'insolvenza si identifica in una condizione più complessa ed oggettiva, rappresentata dall'incapacità del debitore di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni, cioè tutte le obbligazioni contratte, che abbiano come oggetto un dare o un *facere* (comprese le obbligazioni di *non facere*), assunte nello svolgimento dell'attività di impresa o al di fuori della stessa (obbligazioni civili), secondo le modalità e le scadenze previste dal titolo che le ha originate (art. 1218 c.c.).

L'inadempimento in quanto tale, infatti, non sempre attesta lo stato d'insolvenza dell'impresa e, ove insolvenza non vi sia, andrà affrontato dal creditore insoddisfatto con i comuni rimedi civilistici. Ciò che rileva nell'ambito della disciplina concorsuale è invece l'incapacità di adempiere dell'imprenditore intesa come condizione oggettiva e strutturale della sua organizzazione. Su tale condizione si dovrà indagare, in presenza di segnali esteriori, tra i quali, per l'appunto, gli inadempimenti, allo scopo di accertare se vi sia insolvenza.

Tale incapacità di adempiere, come si vedrà meglio tra breve, può dipendere (e normalmente dipende) da patologie dell'organizzazione degli assetti economici e finanziari dell'impresa, ma può collegarsi anche a disfunzioni della sua *governance*, come accade, ad es., quando, a causa di dissidi interni, soprattutto nelle imprese esercitate in forma collettiva, per disordine amministrativo irrecuperabile o per totale inattività dei suoi organi, l'impresa, pur dotata di adeguate risorse patrimoniali e della

necessaria liquidità, abbia cessato di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni.

È quanto potrebbe accadere, ad es., in un'impresa in crisi di legalità, cioè condotta all'insegna di una generalizzata violazione delle regole organizzative e gestionali. In questo caso, se una valutazione prognostica del futuro comportamento del debitore porti ad escludere un ritorno a condizioni di normale e corretta amministrazione dell'impresa che garantiscano una regolare ripresa dell'attività solutoria, non è da escludere che si possa configurare uno stato di insolvenza ai sensi dell'art. 5, con l'applicazione dei provvedimenti conseguenti.

È già chiaro quindi che l'insolvenza dell'impresa si lega a crisi strutturali dell'organizzazione imprenditoriale e sussiste quando l'indebitamento delle obbligazioni trae origine non già e non tanto dalla volontà del debitore quanto da un'incapacità dell'organizzazione di fare fronte ai propri impegni verso i creditori. Più specificamente, quando l'insolvenza ha la sua genesi in crisi di tipo economico, come accade nella maggior parte dei casi, essa coincide con l'incapacità dell'impresa di disporre di quei flussi finanziari idonei al soddisfacimento dei creditori.

**La crisi di liquidità**

In questa prospettiva la giurisprudenza ha accolto una nozione di insolvenza legata alla carenza di liquidità ordinaria (cioè generata dalla normale attività imprenditoriale) del patrimonio dell'imprenditore, nonché al venir meno del suo credito commerciale (con la relativa possibilità di ottenere dai creditori dilazioni nei pagamenti o da terzi nuovi finanziamenti) come condizioni che creano per l'imprenditore una situazione di oggettiva impossibilità di onorare con regolarità i propri debiti.

Secondo questa tesi, anche ove l'impresa mostri una situazione di equilibrio patrimoniale (attivo pari o superiore alle passività), l'impossibilità di reperire, con sistemi normali (senza cioè ricorrere a vendite di cespiti produttivi, magari a prezzi rovinosi) ed in tempi ragionevolmente brevi, le risorse necessarie per soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni, o di ottenere dilazioni nelle scadenze dei pagamenti, porrebbero già l'imprenditore in situazione di insolvenza e giustificerebbero l'apertura di una procedura concorsuale. L'insolvenza finirebbe quindi per consistere soprattutto in una crisi di liquidità.

**La consistenza del patrimonio dell'imprenditore**

A questa impostazione si è obiettato, da un lato, che la misurazione del credito commerciale dell'imprenditore è operazione complessa e dagli esiti troppo vaghi per poter essere utilizzata ai fini dell'accertamento dell'insolvenza e che pertanto sarebbe opportuno limitarsi ad osservare la consistenza e la composizione del patrimonio del debitore,



dall'altro, che la liquidità necessaria al soddisfacimento dei creditori ben potrebbe scaturire dalla liquidazione integrale dei beni del debitore e quindi dallo smantellamento dell'organizzazione aziendale con vendita dei cespiti anche a prezzi di mero realizzo. La circostanza che esclude il fallimento è infatti il regolare soddisfacimento dei creditori e non avrebbe rilevanza alcuna che ciò avvenga a costo della vendita dei beni aziendali e della cessazione dell'attività d'impresa. La nozione di insolvenza commerciale verrebbe così quasi a coincidere con quella di insolvenza civile (su cui v. § 14) risolvendosi essenzialmente nella incapienza del patrimonio dell'imprenditore.

L'adesione all'una o all'altra di queste diverse prospettazioni in realtà risente di alcune scelte di fondo relative alla funzione da ascrivere alle procedure concorsuali e all'interpretazione del requisito della « regolarità » dell'adempimento di cui al citato art. 5.

La regolarità dell'adempimento

Anzitutto si tratta di capire se l'insolvenza dell'imprenditore debba essere valutata in una prospettiva di continuità dell'attività d'impresa e di sua normale gestione.

Se così fosse, infatti, la liquidità ricavata dalla vendita integrale dei beni aziendali o di cespiti strategici per lo svolgimento della specifica attività produttiva non servirebbe ad escludere il fallimento, trattandosi di un modo assolutamente « non regolare » di adempiere le obbligazioni per un soggetto che svolge l'attività di imprenditore.

La liquidità anomala

Allo stesso modo, in presenza di una attività solutoria ormai divenuta anomala, la liquidità che l'imprenditore possa procurarsi dalla vendita di beni personali, dall'intervento finanziario di amici o familiari, dalle dilazioni ottenute dai creditori in una situazione in cui l'impresa non mostri alcuna prospettiva di recupero a breve di una sufficiente redditività (squilibrio economico irreversibile) da consentire all'imprenditore di tornare ad adempiere con i mezzi tipici e normali (« regolarmente ») le obbligazioni assunte nella sua attività, non basterebbe ad escludere l'insolvenza.

Vero è che molte imprese riescono a sopravvivere e ad onorare regolarmente i propri impegni verso i creditori esclusivamente grazie alla costante immissione di liquidità ad opera di terzi, come accade ad es. alle società appartenenti ad un gruppo di imprese, stabilmente finanziate dall'impresa capogruppo. Queste imprese, tuttavia, andranno esenti dall'assoggettamento alla disciplina delle procedure concorsuali fino a quando riescano a conservare una regolare attività solutoria, fino a quando, cioè, la loro intrinseca incapacità di generare autonomamente i flussi finanziari necessari a sostenere il proprio indebitamento non si manifesti all'esterno con inadempimenti « o altri fatti esteriori ». Ove

ciò accadesse, occorrerà accertare se l'organizzazione imprenditoriale sia in grado, anche in considerazione della sua eventuale appartenenza ad un gruppo, di disporre in modo certo delle risorse necessarie al pagamento dei propri debiti.

Il possibile  
ritorno all'utile

Per converso, la carenza di liquidità e anche lo sbilancio patrimoniale (eccedenza del passivo sull'attivo) in una situazione in cui la crisi sembri transitoria perché l'impresa mostri margini sufficientemente certi di ritorno all'utile e quindi di recupero dell'equilibrio economico e patrimoniale potrebbe bastare ad escludere lo stato di insolvenza e quindi a scongiurare il fallimento.

A quest'ultima conclusione si è obiettato che scopo delle procedure concorsuali non è la selezione delle imprese efficienti rispetto a quelle che non lo sono e pertanto non è in funzione di queste caratteristiche dell'organizzazione imprenditoriale che il sistema è chiamato a decretarne la sopravvivenza o l'espulsione dal mercato o, ancora, la ristrutturazione « forzata ».

Si è altresì rilevato come la considerazione delle possibilità di ritorno all'utile dell'impresa carente di liquidità e piena di debiti ai fini dell'accertamento dello stato di insolvenza porti a dare priorità assoluta alle possibilità di risanamento dell'impresa, anche a scapito degli interessi dei creditori attuali. E sul punto si sottolinea che questa prospettiva è adottata dal legislatore solo per alcune delle procedure concorsuali, come ad es. l'amministrazione straordinaria, in cui le possibilità di risanamento vengono valutate ed accertate nel corso della procedura, ma per il resto è estranea alla valutazione generale dello stato di insolvenza richiesta dall'art. 5, che, viceversa, pone al centro della fattispecie in via esclusiva la capacità di provvedere al regolare adempimento delle obbligazioni contratte.

Prospettive del-  
l'impresa e  
capacità di  
adempimento

Ed in effetti, se la considerazione di tutti gli interessi che sarebbero pregiudicati dall'assoggettamento di un'impresa a procedura concorsuale può spingere oggi l'interprete verso impostazioni più favorevoli alla conservazione in vita della realtà imprenditoriale investita dalla crisi ove si prospetti una qualche possibilità di ripresa, non si può dimenticare che la capacità di soddisfare i creditori è il parametro principale alla stregua del quale valutare l'esistenza di un eventuale stato di insolvenza e che il risanamento dell'impresa insolvente può essere considerato solo a certe condizioni e nell'ambito di specifiche procedure.

Tutti gli elementi segnalati, compresa la capacità di recupero economico della redditività, potranno quindi essere considerati nel corso dell'istruttoria prefallimentare allo scopo di conoscere le caratteristiche della crisi che ha investito l'impresa, e prudentemente valutati

nell'accertamento dello stato di insolvenza, assumendo peraltro a questi fini come determinante e centrale la capacità dell'imprenditore di assicurare l'adempimento regolare delle proprie obbligazioni.

Pertanto lo sbilancio patrimoniale, che, come si vedrà tra breve (v. §§ 9 ss.), è il parametro principale per valutare la sussistenza dell'insolvenza civile, non necessariamente esprime l'insolvenza dell'impresa, come d'altra parte non la esclude l'eccedenza dell'attivo sul passivo ove l'impresa sia carente di liquidità. D'altro canto non c'è insolvenza nemmeno nel caso di carenza di liquidità che sia del tutto transitoria, laddove l'organizzazione di cui l'impresa è dotata renda certa la presenza di flussi di reddito capaci di produrre a breve la liquidità necessaria per il soddisfacimento dei creditori.

Dovrà trattarsi peraltro di flussi di reddito per l'appunto « regolari », rientranti cioè negli effetti tipici della gestione aziendale di una impresa sana perché dotata di una appropriata organizzazione e non rimessi a programmi di recupero o risanamento o addirittura a dilazioni temporali in attesa di qualche salvifico finanziatore.

La liquidità disponibile o attesa dovrà inoltre essere liquidità ordinaria, e cioè la liquidità di cui è normalmente dotata un'impresa in attività (da valutare quindi in una prospettiva di continuità dell'attività aziendale), risultando irrilevante quella che potrebbe derivare dalla liquidazione integrale dei cespiti aziendali.

È infatti evidente che lasciare all'imprenditore la libera gestione di un'impresa che manifesti una difficoltà finanziaria talmente grave da rendere possibile il pagamento dei debiti scaduti o in scadenza soltanto a costo di una liquidazione di tutti i cespiti e dello smantellamento dell'organizzazione aziendale è soluzione quanto mai pericolosa per gli interessi dei creditori attuali, già in situazione assai precaria. Ove non vi siano segnali di un possibile e rapido recupero della redditività, ogni iniziativa volta alla prosecuzione delle attività aziendali potrebbe infatti procurare ulteriori dispersioni di valore e compromettere definitivamente gli interessi che l'ordinamento intende tutelare.

Analogamente dovrebbe ritenersi insolvente anche l'impresa i cui creditori possano essere soddisfatti solo a prezzo di un'attività ulteriore rispetto a quella normalmente richiesta per ottenere l'adempimento. È il caso, ad es., della società commerciale con soci illimitatamente responsabili che abbia un patrimonio stabilmente incapiente, ma i cui soci siano pienamente solvibili. In una simile situazione, a causa del beneficio di preventiva escussione di cui godono i soci in base all'art. 2304 c.c., i creditori sociali saranno costretti ad escutere preventivamente il patrimonio sociale e solo in esito a tale infruttuoso tentativo potranno agire

nei confronti dei soci. Indubbiamente, ove tale situazione non sia puramente occasionale, ma abbia carattere di stabilità, l'attività solutoria della società si presenta come tutt'altro che regolare. Molto probabilmente la società è volutamente dotata di mezzi finanziari insufficienti a garantire l'adempimento delle proprie obbligazioni con modalità regolari e pertanto opera con una organizzazione del suo assetto finanziario del tutto inadeguata.

Alle stesse conclusioni si dovrebbe arrivare nel caso di società di capitali stabilmente sottocapitalizzata che non riesca più a far fronte al proprio indebitamento nonostante risulti la sua soggezione al controllo di una capogruppo solvibile che sia potenzialmente in grado intervenire, ove occorra, a prestare il necessario soccorso finanziario.

Insolvenza dell'impresa e disfunzioni dell'organizzazione

In definitiva l'impresa è insolvente quando l'incapacità di adempiere con modalità regolari tragga origine da disfunzioni nelle formule organizzative e gestionali adottate, nonché dei processi economici e finanziari che si svolgono al suo interno, ove tali disfunzioni non risultino dipendere da condizioni del tutto contingenti o transitorie. Sulla presenza di tali anomalie e sul loro collegamento con l'evento esteriore che si esprime nella crisi della garanzia patrimoniale si dovrà indagare per accertare se vi siano i presupposti per l'assoggettamento dell'impresa ad alcuna delle procedure concorsuali.

Insolvenza dell'impresa e attivazione delle procedure concorsuali

L'insolvenza dell'impresa quale presupposto di attivazione di alcune delle procedure concorsuali consiste pertanto in uno stato di crisi qualificato, in cui le disfunzioni organizzative e gestionali, nonché gli squilibri di tipo economico e finanziario maturati all'interno dell'organizzazione, si manifestano all'esterno attraverso l'incapacità di un regolare adempimento delle obbligazioni contratte.

Di fronte a questo particolare atteggiarsi della crisi dell'impresa, che senza dubbio segnala una condizione avanzata di difficoltà, l'ordinamento interviene anche contro la volontà del debitore-imprenditore giacché l'apertura delle procedure concorsuali che hanno come presupposto l'insolvenza dell'impresa può avvenire su iniziativa dei creditori, talora anche del pubblico ministero (art. 6).

Laddove quindi la crisi dell'impresa si connota come insolvenza ai sensi dell'art. 5, l'imprenditore perde la facoltà di disporre liberamente del proprio patrimonio che sarà gestito, anche contro la sua volontà, dagli organi della procedura a tutela dell'interesse dei suoi creditori e, nelle procedure con finalità di risanamento, a tutela degli interessi più generali che la crisi dell'impresa può pregiudicare.

Quando invece l'impresa versi in una condizione di più o meno

seria difficoltà economica, finanziaria o patrimoniale, ma sia ancora in grado di adempiere regolarmente le obbligazioni scadute o in scadenza, l'ordinamento, come già segnalato nei paragrafi precedenti, raramente interviene d'imperio, imponendo speciali misure all'imprenditore, e lo fa essenzialmente nell'ambito di discipline di settore (v., ad es., la disciplina delle crisi economiche delle imprese del mercato finanziario di cui al § 4), a tutela di preminenti interessi generali, o, in modo molto marginale, nelle imprese collettive operanti sotto il regime della responsabilità limitata dei partecipanti (v., ad es., la disciplina dei finanziamenti dei soci nella s.r.l. e nei gruppi di società di cui al § 5).

Tradizionalmente, quindi, quelle situazioni di squilibrio economico, finanziario o patrimoniale che espongono l'impresa ad un più accentuato rischio di insolvenza e che spesso ne costituiscono il preludio, non hanno trovato considerazione nell'ambito della disciplina concorsuale, da sempre incentrata sulla nozione di insolvenza di cui all'art. 5.

La recente riforma del diritto fallimentare adotta tuttavia sul punto un approccio innovativo, nell'ottica di favorire la tempestiva rilevazione ed eliminazione della crisi d'impresa per evitare che produca più gravi conseguenze.

L'art. 160 indica infatti, quale presupposto per l'ammissione dell'imprenditore alla procedura di concordato preventivo, non più lo stato d'insolvenza, come nella previgente disciplina, ma più genericamente uno « stato di crisi » dell'impresa.

Si tratta, come si vedrà meglio in seguito, di una procedura con finalità di esdebitazione, cui il debitore può accedere ove concordi con i creditori un piano idoneo a consentirgli di superare la crisi tramite diverse soluzioni possibili, indicate all'art. 160, tra cui la ristrutturazione dei debiti o il loro adempimento in forme alternative rispetto al pagamento in denaro.

Secondo l'opinione prevalente, il presupposto della procedura, indicato, come si diceva poc'anzi, nello « stato di crisi », può legittimamente annoverare le situazioni prodromiche dell'insolvenza sopra segnalate.

Questa interpretazione trova conforto anzitutto nei lavori preparatori della riforma e segnatamente in una norma analoga contenuta nel progetto unificato redatto dalla Commissione ministeriale istituita con d.m. 27 febbraio 2004 e destinata a regolare la procedura di composizione concordata della crisi (procedura con finalità analoghe a quelle proprie del concordato preventivo). Quella disposizione indicava infatti, come suo presupposto, sia lo stato di insolvenza, sia uno stato di crisi

Lo « stato di crisi » dell'impresa come presupposto della procedura di concordato preventivo

definito come « la situazione patrimoniale, economica o finanziaria in cui si trova l'impresa, tale da determinare il rischio di insolvenza ».

Inoltre, il d.l. 273/2005 ha aggiunto all'art. 160 un comma 2 in cui si specifica che « ai fini di cui al primo comma per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza », con ciò portando definitivamente ad escludere che lo stato di crisi coincida con l'insolvenza di cui all'art. 5.

Si evidenzia in tal modo un rapporto di specialità tra le fattispecie, in cui lo stato di crisi si configura come la fattispecie maggiore e più ampia, capace di annoverare situazioni di difficoltà meno avanzata rispetto allo stato d'insolvenza, anch'esso peraltro ricompreso nell'ampia nozione di crisi.

L'interpretazione appena segnalata pare giustificarsi alla luce dell'obiettivo, più volte sottolineato nel corso dei lavori preparatori della riforma, di favorire le soluzioni capaci di assicurare la tempestiva rimozione delle situazioni di crisi dell'impresa, nonché più in generale, sulla base del crescente rilievo che l'ordinamento, in diverse aree, mostra di attribuire alle situazioni di mera difficoltà nell'organizzazione e nelle attività aziendali, già definite come squilibrio economico, finanziario o patrimoniale, in un'ottica di prevenzione dei dissesti, intervenendo in situazioni in cui si manifesti uno specifico rischio di insolvenza.

Il rischio di insolvenza

Ed in effetti è proprio la condizione di rischio di insolvenza che può risultare l'elemento qualificante della fattispecie in cui la nozione di « stato di crisi » è destinata a trovare applicazione.

Intendere in tal modo lo « stato di crisi » contribuisce, infatti, ad evitare un uso improprio ed esorbitante del concordato preventivo, reso possibile dai confini in astratto molto ampi del suo presupposto, e ad impedire che l'imprenditore comunque in grado di superare la crisi con mezzi propri, o autonomamente reperiti, faccia ricorso ad una procedura che gli consentirebbe un adempimento « agevolato » delle sue obbligazioni, con sacrificio (almeno parziale) degli interessi dei creditori. Per rendere l'applicazione della procedura in esame pienamente coerente con le sue finalità, lo stato di crisi potrà quindi essere individuato in quelle situazioni in cui l'insolvenza, ove non sia già maturata, risulti quantomeno realisticamente probabile e che non possano essere adeguatamente affrontate con mezzi diversi dalle soluzioni previste nell'ambito della procedura.