Luiss
Libera Università
Internazionale
degli Studi Sociali
Guido Carli

CERADI
Centro di ricerca per il diritto d'impresa

Il concetto di insolvenza

Vincenzo De Sensi

Febbraio 2002

© Luiss Guido Carli. La riproduzione è autorizzata con indicazione della fonte o come altrimenti specificato. Qualora sia richiesta un'autorizzazione preliminare per la riproduzione o l'impiego di informazioni testuali e multimediali, tale autorizzazione annulla e sostituisce quella generale di cui sopra, indicando esplicitamente ogni altra restrizione

Sarei tentato di esordire affermando che l'indagine sul concetto di insolvenza rappresenta un interessante esempio di relativismo gnoseologico di stampo pirandelliano nell'ambito dell'intricato scibile giuridico. Tuttavia, non credo che sia esattamente così, appena ci si inoltri nell'esame di questo fondamentale concetto del diritto fallimentare, assumendo come criterio guida quello di un esame attento del modo in cui questo è assunto nel diritto vivente.

In relazione alle procedure concorsuali, ed a quella fallimentare in particolare, la definizione del concetto di insolvenza risulta strategicamente decisiva per la modulazione dello spettro di intervento delle stesse procedure. In teoria generale del diritto il concetto giuridico è inteso come rappresentazione intellettuale che sintetizza gli elementi di caratterizzazione e di identificazione di un istituto e ne proietta sul piano della sistematica giuridica l'intima essenza[1].

L'inerenza dell'istituto fallimentare alla dimensione economica della impresa commerciale ha sempre sollecitato il giurista allo studio ed alla comprensione dei principi aziendalistici di governo della impresa, al fine di poter verificare nella realtà pratica la dinamica delle condizioni che possono determinare la crisi di una impresa. Il concetto di insolvenza evoca tematiche di carattere economico ed aziendalistico, tuttavia esso si radica pienamente nella dimensione giuridica, appartenendo al diritto e non all'economia.

Nell'ambito di una acuta riflessione sui confini tra diritto ed economia, e sulla differente ottica di analisi e di valutazione del giurista e dell'economista, autorevole dottrina[2] ha rilevato un dato di fondo: mentre l'economista esamina la realtà in modo diretto, cogliendo i tratti dei fenomeni che in essa si svolgono; il giurista al contrario non ha

---

[1] G. Visentini, *Lezioni di teoria generale del diritto*, Padova, 2000, p. 249.

[2] Sulla diversa impostazione di analisi del giudice e dell'aziendalista di fronte all'accertamento della insolvenza si veda: Terranova, *Lo stato di insolvenza*, in *Le procedure concorsuali, Il fallimento*, Trattato diretto da Ragusa Maggiore e Costa, Torino, I, p.239 ss, il quale osserva che mentre per l'aziendalista è importante conoscere l'eziologia della crisi, per il giudice al contrario è indifferente la causa del dissesto, in quanto l'oggetto del suo accertamento è la gravità e l'irreversibilità del dissesto.

come punto di riferimento della sua osservazione la realtà, ma innanzitutto la norma giuridica che disciplina una determinata realtà. In sostanza, l'ottica di valutazione del giurista è necessariamente mediata dalla norma giuridica e quindi dall'analisi del sistema normativo che contempla la disciplina di una determinata realtà.

Questa distinzione è particolarmente significativa nel contesto del diritto fallimentare, in quanto il giurista prende in considerazione la crisi di impresa in termini mediati dalla interpretazione ed applicazione di quelle norme che disciplinano il fenomeno crisi di impresa. Il giurista, nella prospettiva del fallimento, non indaga l'insolvenza nelle sue cause economico-aziendali, ma verifica se un certo fenomeno sia o meno sussumibile al di sotto della nozione di insolvenza così come fissata dall'art. 5 l.fall.

Dalla formulazione letterale della norma citata emerge che la volontà del legislatore è stata nel senso di dare rilievo giuridico a fatti che esteriorizzano la crisi irreversibile della impresa o meglio, secondo l'impostazione soggettiva della legge fallimentare, l'incapacità dell'imprenditore di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni.

Il concetto di insolvenza, assunto dalla legge fallimentare, è dunque di carattere normativo, in quanto esso sintetizza la nozione di insolvenza così come assunta dal legislatore nell'impianto normativo del fallimento.

La rilevanza giuridica della insolvenza non esclude tuttavia che, nel suo concreto accertamento, si faccia luogo ad una considerazione della impresa come attività essenzialmente dinamica, la cui situazione economico-finanziaria è soggetta a continue variazioni e che porta il pensiero della dottrina a proporre in termini corrispondenti una valutazione prospettica della insolvenza.

Nel prosieguo della nota constateremo come il concetto di insolvenza sia stato variamente assunto dalla dottrina, secondo diverse impostazioni che hanno valorizzato o la dimensione patrimoniale della impresa, o quella finanziaria, o ancora quella personalistica.

La sentenza che si annota (di prossima pubblicazione in **Dir. Fall., 2001, n.6**) si pone in questo ampio contesto problematico che origina proprio dalle diverse impostazioni che hanno contraddistinto il pensiero in ordine al concetto di insolvenza.

Prima di affrontare nello specifico la decisione assunta dalla sentenza in commento e di esaminarne la motivazione, è opportuno evidenziare gli elementi della fattispecie oggetto della decisione del Tribunale di Roma. Si tratta, come è intuibile, di una opposizione a sentenza di fallimento, fondata sostanzialmente sul motivo della mancanza dello stato di insolvenza. La società opponente, infatti, lamenta che il Tribunale avrebbe errato nella dichiarazione di fallimento, in quanto il consistente patrimonio immobiliare della stessa avrebbe consentito il pagamento integrale di tutti i creditori. Da qui l'asserita mancanza dello stato di insolvenza *ex* art. 5 l.fall..

Il Tribunale di Roma accoglie l'opposizione rilevando che, seppure la proprietà di beni non esclude di per sé l'insolvenza, potendo non essere agevole la liquidazione del compendio immobiliare, tuttavia i beni acquisiti alla procedura risultano adeguati a pagare i crediti insinuati al passivo. A tale riguardo il Tribunale richiama la relazione del curatore dalla quale si evince che i beni dell'attivo fallimentare consentono il pagamento integrale dei creditori ammessi al passivo. Alla luce di queste premesse il Tribunale giunge quindi alla conclusione che manca lo stato di insolvenza e che pertanto il fallimento deve essere revocato.

Per completezza espositiva va detto che il fallimento era stato dichiarato sul rilievo che la scarsa produttività delle attività societarie aveva determinato un afflusso di denaro contante insufficiente a far fronte regolarmente alle obbligazioni della stessa, senza che la società si fosse determinata in tempo utile alla liquidazione del proprio patrimonio immobiliare al fine di sopperire alla deficienza di liquidità.

In sostanza, mentre il Tribunale in sede di dichiarazione di fallimento sembra avere assunto un parametro di verifica della sussistenza dello stato di insolvenza di carattere finanziario, rilevando la mancanza di liquidità necessaria ad adempiere regolarmente le obbligazioni; in sede di opposizione alla sentenza di fallimento il Tribunale ha al contrario assunto un'ottica di tipo patrimonialistico, concentrando l'attenzione sulla consistenza del patrimonio della società e facendo discendere dalla capienza dello stesso la mancanza dello stato di insolvenza in capo alla società opponente.

La sentenza che si annota offre quindi lo spunto per riflettere su un concetto così delicato quale l'insolvenza, presentando profili assai

singolari, quantomeno nel panorama degli orientamenti giurisprudenziali formatisi al riguardo.

Volendo prendere le mosse dall'esame del pensiero della dottrina, si può affermare che esso si articola in due fondamentali ordini che si incentrano su una minuziosa esegesi del dato normativo. Secondo un primo orientamento[3] l'insolvenza assumerebbe il significato di incapacità patrimoniale ad adempiere; precisamente l'insolvenza si differenzierebbe dall'inadempimento in quanto, mentre questo è un fatto che incide su un determinato rapporto obbligatorio, l'insolvenza è al contrario uno stato del patrimonio del debitore contraddistinto dalla insufficienza dell'attivo a coprire il passivo della impresa. L'insolvenza sarebbe dunque una incapacità patrimoniale ad adempiere che, in quanto coinvolgente l'intero patrimonio del debitore, si rifletterebbe sulla massa dei creditori in termini di conflittualità plurisoggettiva, a differenza del singolo inadempimento che determina una conflittualità

---

[3] In questo senso Satta, *Diritto fallimentare,* Padova, 1996, pag. 52, in particolare nota 10, il quale afferma che "*l'insolvenza infatti è un fenomeno generale che abbraccia tutto il patrimonio del debitore e può pertanto essere rivelata da qualunque fatto esteriore*"; Ferrara, *Il fallimento*, Milano, 1995, p. 142, secondo il quale " (…) *non può parlarsi di insolvenza quando il complesso dei beni di cui dispone l'imprenditore consente il pagamento dei debiti, cioè in caso di supero dell'attivo. Ma il punto va precisato perché è oggetto di divergenze in dottrina e pure la giurisprudenza è orientata in senso contrario. L'attivo va valutato in base ai valori che possono ottenersi da un immediato realizzo e quindi tenendo conto delle condizioni di mercato del momento, non già in base a quelli attribuiti dall'imprenditore stesso e neppure in base a quelli che potrebbero presumibilmente attendersi da una vendita effettuata con calma senza rispettare i termini di scadenza.*"; Ferri, *Manuale di diritto commerciale,* Torino, 1988, p. 564, il quale sostiene che " *L'insolvenza è incapacità patrimoniale dell'imprenditore e cioè impotenza a far fronte con regolarità, ossia nei modi normali e con i mezzi ordinari, alle proprie obbligazioni*" ; nello stesso ordine di idee Vassalli, *Diritto Fallimentare,* Torino, 1994, I, il quale precisa che " *il presupposto per l'apertura del fallimento consiste in una situazione economica patrimoniale della impresa e non già in meri fatti, eventi , comportamenti dai quali risulti che il debitore non ha pagato o non paga i propri debiti. Tanto deve desumersi dalla locuzione stato di insolvenza la quale esprime una condizione stabile e connaturata del soggetto imprenditore tale da cioè da caratterizzarne in maniera univoca e definitiva l'inattitudine ad onorare le proprie obbligazioni.";* Tedeschi, *Manuale di Diritto fallimentare,* Padova, 2001, p. 38. Questo prevalente orientamento dottrinale di stampo patrimonialistico trae la sua origine dal pensiero del Bonelli, *Del fallimento,* in *Commentario al codice di commercio,* Milano, 1923, p. 4 secondo il quale " *L'insolvenza è un modo di essere del debitore o, più esattamente, del suo patrimonio, non già in rapporto ad un singolo determinato creditore ma in rapporto ai creditori tutti, alla collettività dei creditori, mentre l'inadempienza è un modo di comportarsi di fronte ad un dato creditore.*" Attenta dottrina ha tuttavia messo in luce che, andando al fondo delle tesi patrimonialistiche, anche queste tendono a valorizzare la condotta del debitore, così: Terranova, *Lo stato di insolvenza,* in *Le procedure concorsuali, Il fallimento,* in Trattato diretto dai Proff. Ragusa Maggiore e Costa, Torino, I, 1997, p. 251.

limitata al solo rapporto tra debitore inadempiente e creditore insoddisfatto.

L'impostazione dottrinale che esalta il dato patrimoniale sostiene di conseguenza la differenza ontologica tra insolvenza e temporanea difficoltà ad adempiere, quale presupposto dell'amministrazione controllata. Mentre la prima si caratterizza in termini di situazione immutabile e definitiva del patrimonio dell'imprenditore, l'altra al contrario si identifica con una temporanea crisi di liquidità superabile attraverso la moratoria dell'amministrazione controllata.

La tesi patrimonialistica si fonda su una esegesi del disposto normativo di cui all'art. 5 l.fall. che procede da una distinzione dei due periodi in esso contenuti: il primo, che ha come soggetto lo stato di insolvenza, darebbe l'indicazione dei fatti che provano la sussistenza dello stato di insolvenza, attraverso una sua esteriorizzazione nel mondo fenomenico; il secondo, che inizia con il pronome "*i quali*", riferito agli inadempimenti ed agli altri fatti esteriori, darebbe l'indicazione di ciò in cui consiste lo stato di insolvenza e precisamente l'incapacità di soddisfare regolarmente le obbligazioni. Questa incapacità non viene quindi collegata ad una condotta del debitore, ma al suo patrimonio, in ragione del fatto che il non essere più in grado di adempiere evocherebbe lo stato patrimoniale del debitore e non semplicemente la sua condotta del non pagare.

In una diversa prospettiva si pongono invece le teorie inclini a valorizzare la condotta del debitore[4], secondo una esegesi dell'art. 5

---

[4] In questo senso: Provinciali, *Trattato di diritto fallimentare,* I, Milano, 1974, 244, il quale distingue l'insolvenza dalla insolvibilità: mentre quest'ultima è l'incapacità patrimoniale ad adempire, la prima alluderebbe al non adempiere e sarebbe alla base delle procedure concorsuali; Ragusa Maggiore, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Padova, 1994, p. 62, secondo il quale "(..) *l'insolvenza si riferisce ad una dinamica patrimoniale, alla dinamica cioè dell'esercizio della impresa, che si ferma in sua presenza. Se non si ha denaro liquido o un suo equivalente è impossibile continuare l'attività di impresa.*"; Azzolina, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali,* Torino, I, 1961, p. 273, il quale osserva che " *L'espressione stato di insolvenza indica (..) la situazione in cui viene a trovarsi chi, dovendo pagare, non paga malgrado la consapevolezza di questo suo dovere. Essa non designa quindi uno stato patrimoniale, ma un modo di comportarsi del debitore, considerato, per traslato improprio, come situazione, anziché sotto l'aspetto dinamico caratteristico dell'azione*"; Rossi, *Equivoci sul concetto di insolvenza*, in *Dir. Fall*., 1954, I, p. 175 ss.

l.fall. che valorizza il momento della esteriorizzazione della insolvenza mediante una considerazione non atomistica dei singoli fatti, ma globale della condotta del debitore, che darebbe luogo alla insolvenza ove non fosse in grado in modo prolungato di adempiere alle proprie obbligazioni. Sarebbe tuttavia inesatto illustrare il pensiero della dottrina che valorizza la condotta del debitore del non pagare, affermando che essa si ferma al semplice riconoscimento della valenza della sola condotta, senza indagare sulla situazione oggettiva che essa sottende.

Infatti, la dottrina in esame non si limita a dare rilievo al profilo fenomenico della insolvenza, ma si preoccupa di intendere a quale situazione oggettiva l'art. 5 l.fall. allude quando parla di incapacità ad adempiere le obbligazioni. Nelle prospettazioni dottrinali in esame questa incapacità non è riferita al momento economico-patrimoniale della impresa, ma a quello finanziario della liquidità della stessa. In sostanza, se è vero che si valorizza la condotta del debitore, ponendosi in primo piano i fatti di esteriorizzazione della insolvenza, è anche vero che questa dottrina ricollega il valore sintomatico di questi fatti non alla incapienza patrimoniale, ma alla mancanza di liquidità dell'imprenditore. Pertanto, in questa ricostruzione del concetto di insolvenza i fatti di cui all'art. 5 l.fall. non sono considerati come implicanti il concetto di insolvenza, ma sono sempre assunti nella loro attitudine ad esteriorizzare uno stato riferito non al patrimonio della impresa, ma alla liquidità della stessa.

La differenza di fondo tra le tesi descritte può quindi essere colta proprio sul piano decisivo della interrelazione della insolvenza con la impresa: se l'impresa è l'attività economica esercitata dall'imprenditore, di per sé connotata da dinamicità, non si può valutare lo stato di insolvenza alla stregua di parametri patrimoniali e dunque statici, ma, al contrario, occorre fare riferimento al parametro che misura tale dinamicità e che si identifica appunto con la dimensione finanziaria della stessa impresa[5].

---

[5] Mette in risalto questo particolare aspetto: Brugger, *La nozione di insolvenza: un concetto che muta,* in *Fall.*, 1988, 9 ss. Si veda anche Visentini, *Argomenti di diritto commerciale*, Milano, 1997, p. 4 ss. Mi permetto di rinviare anche a De Sensi, *Spunti di riflessione sulla riforma della legge fallimentare,* in *Dir. fall.*, 2001, I, p. 935: *"L'efficienza della impresa, quale realtà dinamica che opera sul mercato e che vive di credito, è misurata dal metro finanziario. Ciò che rileva, infatti, nella valutazione della efficienza di una impresa non è tanto*

In una recente ed approfondita riflessione sulla insolvenza autorevole dottrina[6] si è cimentata in una opera di rivisitazione della materia nel tentativo di sperimentare una terza ricostruzione del concetto di insolvenza capace di ricollocare in una prospettiva unitaria le tesi patrimonialistiche e personalistiche, attraverso una riconsiderazione di quegli elementi che da entrambe le parti hanno avuto una enfatica considerazione unilaterale.

Questa dottrina muove da una minuziosa ricostruzione del pensiero della dottrina e da una puntuale esegesi del dato normativo per porre in luce dei dati particolarmente significativi.

Il primo è che anche nella dottrina per così dire patrimonialistica[7] si dà rilievo alla condotta del debitore al fine di superare quelle difficoltà applicative della nozione di insolvenza legate ad un suo accertamento aziendalistico e patrimoniale. In particolare, si rileva che anche in questa prospettiva dottrinale assume importanza il credito di cui gode l'imprenditore sul mercato e quindi in definitiva si coglie negli inadempimenti e negli altri fatti esteriori i sintomi della crisi patrimoniale.

Per cui in definitiva non è agevole individuare una netta linea di demarcazione tra le teorie patrimonialistiche e quelle personalistiche, essendo presenti profili di sovrapposizione nelle rispettive argomentazioni.

Il secondo dato significativo è quello di avere constatato un elemento ineludibile nella trattazione delle tematiche sulla insolvenza, che è quello della necessaria attività collaborativa del debitore nell'adempimento. E' evidente infatti che se un debitore, pur avendo un patrimonio capiente, non paghi regolarmente le proprie obbligazioni

---

l'andamento del patrimonio netto, che dipende dal rapporto tra costi e ricavi di esercizio, quanto piuttosto la dinamica delle fonti e degli impieghi dei messi finanziari."

[6] Terranova, *op. cit*., p. 221 e ss.

[7] Ved. Terranova, *op. cit.,* p. 251, il quale riporta il pensiero del Bonelli, antesignano delle tesi patrimonialistiche, per dimostrare che anche in questi orientamenti si dà rilievo alla condotta del debitore. Il Bonelli infatti seppure qualificava l'insolvenza come uno stato del patrimonio del debitore, non mancava tuttavia di sottolineare l'importanza della condotta di questi e quindi delle esteriorizzazione del *deficit* patrimoniale. In particolare il Bonelli considerava il discredito commerciale come fattore scatenante l' insolvenza.

dismettendo ogni atteggiamento di solerzia nel soddisfacimento dei creditori, si determina una situazione di insolvenza rilevante ai sensi dell'art. 5 l.fall.

Il pensiero di questa dottrina viene quindi sintetizzato in un sillogismo[8]: *"se l'insolvenza consiste in una generalizzata e prolungata impossibilità di adempiere, e se l'adempimento si sostanzia in uno specifico contegno del debitore, se ne deve dedurre che, per accertare il dissesto, occorre formulare un giudizio prognostico sull'attività del debitore."*

La ricostruzione unitaria delle due prospettive dell'insolvenza, patrimonialistica e personalistica, viene quindi operata da questa dottrina attraverso una valorizzazione della valutazione della condotta del debitore secondo un giudizio prognostico che ne sappia cogliere il prevedibile andamento futuro in rapporto ai tempi di scadenza delle obbligazioni.

Ai fini della dichiarazione di fallimento non sarebbe quindi rilevante solo la considerazione della dimensione patrimoniale della impresa, ma a questa andrebbe affiancata la valutazione della condotta del debitore secondo un criterio prospettico che consentirebbe di dare rilievo a cause del dissesto che non sono di carattere patrimoniale e nello stesso tempo darebbe ragionevolezza all'orientamento giurisprudenziale che nega perizie aziendalistiche in sede di istruttoria prefallimentare.

La complessità del pensiero della dottrina dimostra quanto sia difficile cogliere gli esatti confini della nozione di insolvenza che, proprio in ragione del fatto che essa condiziona l'estensione del raggio operativo del fallimento, è generalmente motivata anche dalla preoccupazione di evitare ingerenze nella impresa se non nel momento realmente patologico della crisi irreversibile e dunque nel momento nel quale l'incapacità dell'imprenditore di adempiere alle proprie obbligazioni sia irreversibile.

Inquadrato il pensiero della dottrina in queste sintetiche schematizzazioni, va affrontato l'esame della giurisprudenza prima di analizzare nel dettaglio la sentenza che si annota.

---

[8] Così Terranova, *op. cit*., p. 251.

A differenza della molteplicità di opinioni che si riscontrano in dottrina, la giurisprudenza si assesta su posizioni più univoche che collocano l'asse dell'accertamento sulla condotta del debitore più che sulla consistenza del suo patrimonio, secondo una impostazione esegetica dell'art. 5 l.fall. che coglie la differenza semantica tra insolvenza ed insolvibilità: mentre la prima allude alla condotta del non pagare, la seconda evoca l'impossibilità patrimoniale di pagare[9].

Si può affermare che questa differenza costituisca il *leit motiv* dell'orientamento giurisprudenziale che è caratterizzato dal riconoscimento di una pregnante rilevanza alla mancanza di liquidità dell'imprenditore: in sostanza in giurisprudenza lo stato di insolvenza si identifica con la mancanza di liquidità corrente che impedisce all'imprenditore di adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni.

Se volessimo riassumere i tratti essenziali dell'applicazione giurisprudenziale dell'art. 5 l.fall. potremmo ricondurli a tre ordini fondamentali. Innanzitutto, si afferma la irrilevanza della superiorità dell'attivo sul passivo patrimoniale al fine di escludere lo stato di insolvenza, così come, in termini corrispondenti, si esclude che la superiorità del passivo sull'attivo implichi la sussistenza dello stato di insolvenza[10]. La ragione di questa impostazione risiede nel fatto che l'insolvenza si riferisce all'imprenditore come debitore qualificato che svolge un'attività dinamica. Se si ammettesse la rilevanza dello sbilancio patrimoniale si finirebbe per determinare un contrasto logico tra il criterio e l'oggetto dell'accertamento. L'insolvenza attiene ad un fenomeno dinamico, per cui sarebbe logicamente incongruo ricorrere per il suo accertamento ad un criterio statico, qual è quello patrimoniale.

Il secondo elemento che si rinviene nell'orientamento giurisprudenziale è quello che si identifica con una visione effettuale e

---

[9] Si vedano: Trib. Torino, 12/11/1991, in Fall., 1992, p. 93; Trib. Roma, 1/8/1991, in Fall., 1992, p. 427; Trib. Torino, 22/4/1991, in Fall., 1991, p. 858; Trib. Roma, 23/7/1997, in Fall., 1998, 423; Trib. Napoli, 24/11/1997, in Fall., 1998, p. 423; Trib. Milano, 9/10/1997, in Fall., 1998, p. 314; Trib. Genova, 28/10/1999, in Fall., 2000, p. 809; App. Bari, 31/12/1990, in Fall., 1991, p. 523; Cass. 26/6/1992, n. 8012, in Fall., 1992, p. 1026; Cass. 9/5/1992, n. 5525, in Fall. 1992, 811; Cass. 11/9/1992, n. 10385, in Fall., 1993, p. 266; Cass. 20/5/1993, n. 5736, in Fall., 1993, p. 1135.

[10] E' bene precisare che anche la dottrina che postula una considerazione della insolvenza di tipo patrimoniale nega rilevanza al rapporto tra attivo e passivo patrimoniale. Si veda: Ferrara, *op. cit*., p. 139 e ss.

non eziologia dell'insolvenza. Il giudice non indaga le cause del dissesto ai fini della dichiarazione di fallimento, ma accerta la presenza di quelle esteriorizzazioni negative (inadempimenti, pagamenti anomali, fuga dell'imprenditore, occultamento o svendita di beni, etc.) che incidono direttamente sulle ragioni creditorie, determinandone la lesione. L'insolvenza è quindi colta nella sua dimensione fenomenica, come momento di emersione all'esterno di una crisi della impresa che è tale da determinare una diminuzione del flusso di liquidità corrente che non consente all'imprenditore di adempiere le proprie obbligazioni.

Il terzo elemento si riallaccia alla rilevata dimensione fenomenica della insolvenza, la quale in ultima analisi è uno stato di illiquidità. Quest'ultimo decisivo elemento deriva peraltro da una considerazione essenzialmente logica della insolvenza, quale presupposto di una procedura che, prima ancora di essere funzionale alla eliminazione giuridica della impresa dal mercato, è volta al soddisfacimento dei creditori. In sostanza, la considerazione della insolvenza come illiquidità, e dunque come impossibilità definitiva di adempiere alle obbligazioni, si colloca in una coerente visione del presupposto e della finalità della procedura fallimentare. La definizione del presupposto non può infatti essere avulsa dalla considerazione della finalità della procedura: se la finalità è la liquidazione di un patrimonio per il soddisfacimento coattivo dei creditori, il presupposto della procedura non può che essere l'incapacità ad adempiere dell'imprenditore commerciale a causa di una disfunzione della impresa che genera illiquidità.

La giurisprudenza, inoltre, nell'accertamento dello stato di insolvenza, è attenta a dare risalto all'avverbio "*regolarmente*" che, nella struttura della disposizione normativa dell'art. 5 l.fall., descrive le modalità di esecuzione degli adempimenti. La regolarità degli adempimenti viene riferita non solo ai mezzi di esecuzione degli stessi, ma anche, nell'ambito di una considerazione globale della condotta del debitore, all'elemento temporale delle scadenze delle obbligazioni dello stesso[11]. In questa corretta impostazione applicativa della norma, conforme al suo tenore letterale, potrebbe essere anche valutata la consistenza del patrimonio dell'imprenditore nella prospettiva di una

---

[11] In questo senso: Cass. 9/5/1992, n. 5525, in Fall., 1992, p. 811; Cass., 11/9/1992, n. 10385, in Fall. 1993, p. 266.

sua liquidazione, che però consentirebbe di ritenere insussistente lo stato di insolvenza solo se i tempi di essa fossero in armonia con i termini di scadenza delle obbligazioni.

Definito il contesto dottrinale e giurisprudenziale in merito allo stato di insolvenza, passiamo ad analizzare la sentenza che si annotta. Come rilevato in precedenza essa accoglie una opposizione a fallimento sul rilievo della mancanza dello stato di insolvenza secondo una non condivisibile motivazione che si articola su tre argomentazioni.

In primo luogo il Tribunale premette che la proprietà di beni da parte dell'imprenditore non esclude lo stato di insolvenza; tuttavia, il Tribunale rileva che nella fattispecie da esso esaminata, i beni acquisiti alla procedura risultano adeguati per coprire i crediti insinuati al passivo.

Il Tribunale, quindi, ritiene che il patrimonio della società fallita sia sufficiente a soddisfare tutti i creditori ammessi al passivo, anche in considerazione del fatto che un ingente credito è stato impugnato da altro creditore e dunque risulta giuridicamente contestato.

Il Tribunale quindi conclude nel senso della mancanza dello stato di insolvenza, anche perché i creditori istanti avrebbero potuto agire in via esecutiva sul patrimonio della società fallita.

La sentenza in commento sollecita una serie di considerazioni sui criteri di apprezzamento della sussistenza dello stato di insolvenza in sede di giudizio di opposizione alla dichiarazione di fallimento, collocandosi in un solco del tutto singolare rispetto al consolidato orientamento giurisprudenziale. I passaggi logici della motivazione non sembrano pienamente convincenti e si prestano ad una serie di rilievi critici che si incentrano non solo sul modo in cui è stato assunto il concetto di insolvenza, ma anche sulle interrelazioni che la sentenza intende configurare tra giudizio di opposizione a fallimento e risultanze dello stato passivo o più in generale con la fase endoprocessuale ed eventuale delle impugnazioni in sede di accertamento del passivo.

E' opportuno quindi procedere per gradi, muovendo dalla premessa maggiore del ragionamento del Tribunale.

Essa è nel senso che la proprietà di beni non esclude la sussistenza dello stato di insolvenza, ove l'imprenditore non disponga di liquidità sufficiente a soddisfare i propri creditori. Partendo da questa premessa, certamente condivisibile, il Tribunale non si perita di valutare

se nel caso da esso esaminato sussistesse una tale condizione di liquidità; ma al contrario, ed in contraddizione con la premessa, ha ritenuto che i beni acquisiti al fallimento fossero sufficienti a pagare tutti i creditori ammessi al passivo.

Ci sembra di poter sommessamente rilevare che l'ottica di giudizio che è stata assunta dal Tribunale, a ben vedere, sembra conforme più ad un accertamento delle condizioni di chiusura del fallimento, per pagamento integrale dei creditori ammessi al passivo, *ex* artt. 118 e 119 l.fall., che non ad un giudizio di opposizione a fallimento. Anche a volere aderire ad un orientamento di tipo patrimonialistico che, come rilevato, pone l'accento sulla situazione economico patrimoniale del debitore più che alla sua condotta, non sembra che si possa negare che, comunque, in sede di opposizione al fallimento la sussistenza dello stato di insolvenza debba essere riferita e valuata in rapporto alla complessiva situazione debitoria esistente al momento della dichiarazione di fallimento e non già a quella risultante dallo stato passivo.

In sostanza, ci sembra di poter rilevare che lo stato di insolvenza debba essere valutato in rapporto ai creditori concorsuali e non ai creditori concorrenti. La valutazione di questi ultimi, infatti, può venire in rilievo all'interno della procedura in sede di accertamento delle condizioni di ammissibilità di un concordato fallimentare e comunque delle condizioni per la chiusura del fallimento, ma non certo in sede di opposizione allo stesso[12].

Inoltre, che il parametro di riferimento non possa essere costituito dai creditori ammessi al passivo discende anche dalla considerazione che la consistenza del passivo accertata nell'ambito della procedura può dipendere da fatti che si verificano dopo l'apertura della stessa, laddove il giudizio sulla opposizione a fallimento esige una

---

[12] Sulla irrilevanza delle risultanze delle stato passivo nel giudizio di opposizione a fallimento, ved.: Trib. Genova, 20 ottobre 2000, in *Fall.*, 2001, 594; Trib. Roma, 8/9/1998, in *Fall.*, 1999, p. 223; Trib. Roma, 11/5/1999, in *Fall.*, 1999, p. 1157.

valutazione *ex ante* della situazione debitoria, così come esistente al momento del fallimento[13].

Il Tribunale prosegue rilevando che, comunque, il patrimonio della fallita società fosse sufficiente a soddisfare tutti i creditori. In riferimento a questa seconda affermazione il Tribunale sembra ritornare ad una impostazione di giudizio che fa riferimento alla consistenza del patrimonio in rapporto alla situazione debitoria esistente la momento della dichiarazione di fallimento. Essa, tuttavia, non coglie pienamente nel segno, appena si consideri che la valutazione del patrimonio non può essere svolta secondo criteri meramente statici, che ne evidenzino la mera consistenza nel rapporto tra elementi attivi e passivi. Questa considerazione trova piena conferma nel consolidato orientamento giurisprudenziale[14], già in parte citato, secondo il quale lo stato di insolvenza va desunto più che dal rapporto tra attivo e passivo patrimoniale, dalla capacità della impresa di continuare proficuamente ad operare sul mercato, fronteggiando con mezzi ordinari le obbligazioni contratte.

La ragione profonda di questo assunto riposa su considerazioni di ordine istituzionale. I beni che integrano il patrimonio di un soggetto costituiscono la garanzia generica dei creditori *ex* art. 2740 c.c. sui quali essi possono agire per il soddisfacimento coattivo delle proprie ragioni. L'identità oggettiva dell'azione esecutiva dei creditori si riflette poi sulla loro posizione sostanziale che il legislatore definisce in termini di parità ai sensi dell'art. 2741 c.c.

I beni patrimoniali integrano dunque una garanzia del credito, per cui non possono essere assunti come mezzi di adempimento delle obbligazioni[15]. Questa considerazione presenta una particolare forza

---

[13] Questo aspetto viene significativamente evidenziato da Tedeschi, *Della dichiarazione di fallimento*, in *Commentario Scialoja – Branca Legge fallimentare*, Roma Bologna, 1974, p. 518, il quale osserva che " *per la ragione che si tratta di decidere se la sentenza di fallimento è stata bene o male pronunciata possono essere rilevanti solo i fatti del tempo della pronuncia della sentenza medesima, anche se, come già osservato, si tratti di fatti venuti a conoscenza solo in epoca successiva. Pertanto non possono giustificare l'accoglimento dell'opposizione fatti che dimostrino la mancanza dei presupposti del fallimento solo in un tempo successivo alla sua apertura."*

[14] Recentemente in questo senso Cass. 27/2/2001, n. 2830, *in Fall.*, 2001, p. 1055; Trib. Roma, 6/12/2000, in Fall., 2001, 833.

[15] Cfr. Nicolò, *Della responsabilità patrimoniale, in La tutela dei diritti 2740-2899, Commentario al codice civile a cura di Scialoja – Branca,* Roma Bologna, 1955, p. 3: " *La*

persuasiva proprio nel campo commerciale, dove mezzo ordinario di pagamento è il denaro o suoi equivalenti (assegno e cambiale). La misura della efficienza dell' imprenditore e della sua credibilità è data proprio dai mezzi finanziari di cui dispone per far fronte alle esigenze correnti della sua attività. La liquidità dell'imprenditore è dunque il parametro di riferimento per la verifica della sussistenza dello stato di insolvenza.

A favore di questa tesi è possibile inoltre addurre una ulteriore argomentazione che è precisamente quella che discende dal raffronto tra l'accertamento dello stato di insolvenza in rapporto ad una società attiva e quello in rapporto ad una società in liquidazione. In quest'ultimo caso, come è noto, la giurisprudenza prende correttamente in considerazione il dato statico della consistenza patrimoniale della società, essendo evidente che in sede di liquidazione rileva l'attitudine del patrimonio a soddisfare i creditori, in quanto funzione della liquidazione è proprio quello di convertire il patrimonio in denaro ai fini della definizione delle pendenze debitorie della società. Ove questo patrimonio sia insufficiente a coprire per intero le passività, può essere aperta la procedura fallimentare che garantisce il concorso di tutti i creditori sul medesimo patrimonio[16].

In sostanza, la considerazione statica del patrimonio di una società commerciale si addice in relazione alla fase della liquidazione, ma non a quella in cui la stessa è in attività, rispetto alla quale non può che rilevare il metro finanziario e dunque della sufficiente liquidità a far fronte all'esposizione debitoria della impresa.

L'ultima argomentazione della sentenza in commento, sulla quale è opportuno riflettere, concerne la esclusione di qualunque rilievo in merito alla circostanza che la società non abbia in tempo utile liquidato il suo patrimonio, in quanto i creditori istanti avrebbero potuto agire coattivamente su tali beni[17]. Anche quest'ultima affermazione

---

responsabilità patrimoniale è in altri termini configurata come mezzo di tutela del diritto del creditore, ossia come uno strumento per la realizzazione coattiva di tale diritto, che appunto perciò non è un elemento intrinseco del rapporto obbligatorio, ma un momento estrinseco."

[16] Per la differente ottica di valutazione della insolvenza in rapporto ad una società in liquidazione, ved.: Trib. Torino, 19/6/1998, in Fall., 1998, p. 1083.

[17] Esclude che possa avere rilevanza la sussistenza di beni aggredibili coattivamente ai fini della inconfigurabilità dello stato di insolvenza: Trib. Milano, 15/3/2001, in *Fall*., 2001, p. 703

risente della impostazione non condivisibile che identifica i beni patrimoniali con i mezzi di adempimento, facendo da ciò discendere, ai fini della esclusione della insolvenza, la sostanziale equivalenza tra soddisfacimento ordinario e coattivo del credito.

Al contrario, la mancata liquidazione dei beni appare essere circostanza significativa che conferma la sussistenza della insolvenza. Come già evidenziato, non può essere sottovalutata la formulazione letterale dell'art. 5 l.fall. nella parte in cui assume, nella definizione di insolvenza, la incapacità di adempiere regolarmente alle obbligazioni. La regolarità degli adempimenti va riferita proprio alla scadenza dei debiti; per cui si può affermare che esclude uno stato di insolvenza la liquidazione dei beni patrimoniali che abbia una tempestica tale da assicurare la necessaria liquidità per far fronte ai debiti in scadenza. Ma se l'imprenditore liquida in ritardo il suo patrimonio, che nel frattempo è assoggettato a procedure esecutive individuali, o addirittura non liquida affatto, come nel caso di specie, non c'è dubbio che si configura lo stato di insolvenza ai sensi dell'art. 5 l.fall.

Inoltre, non si può non rilevare che l'esperimento della tutela esecutiva individuale da parte dei creditori è un indice di rilevazione della sussistenza della insolvenza, essendo appunto una conseguenza della condotta del debitore di non pagare. Se si ammettesse che l'insolvenza non sussiste per la possibilità dei creditori di soddisfarsi coattivamente sul patrimonio del debitore, si darebbe luogo ad una dispersione patrimoniale in tante esecuzioni individuali con grave pregiudizio per la *par condicio creditorum*, che abbisogna di essere garantita proprio nel momento patologico della incapacità ad adempiere del debitore e cioè quando si determina una conflittualità plurisoggettiva, che solo nell'ambito di una procedura concorsuale può essere congruamente composta.

In conclusione, il carattere dinamico dell'attività di impresa, l'impostazione funzionale del fallimento nel senso della tutela paritaria dei creditori insoddisfatti, la funzione della garanzia patrimoniale come mezzo di tutela e non di adempimento delle obbligazioni, sono tutti elementi che depongono nel senso di un concetto di insolvenza che si avvicina più a quello della il liquidità della impresa che non alla insufficienza del patrimonio del debitore commerciale. Con la speranza che in riferimento al presupposto oggettivo del fallimento, che

condiziona l’operatività di una procedura particolarmente incisiva e penetrante, la certezza del diritto faccia premio sul relativismo gnoseologico.