

Composizione negoziata della crisi e imprenditore insolvente

Ettore Maria Negro – avvocato

Riflessioni in tema di possibilità di accesso alla composizione negoziata da parte dell'imprenditore insolvente, attraverso l'esame del concetto di insolvenza reversibile, alla luce della tradizionale concezione dell'insolvenza come situazione strutturale e definitiva.

Introduzione

Il D.L. 118/2021 (convertito in L. 147/2021 – Misure urgenti in materia di crisi di impresa e di risanamento aziendale) ha introdotto l'istituto della “*composizione negoziata*” per la soluzione della crisi d'impresa, finalizzato a consentire agli imprenditori di beneficiare di una ristrutturazione che consenta loro di continuare a operare prima che venga meno qualsiasi prospettiva di risanamento. Lo strumento approntato dal Legislatore, in linea con le disposizioni della Direttiva 2019/1023/UE, è finalizzato a offrire all'imprenditore un percorso che pone l'accento sulle trattative con le parti interessate alla ristrutturazione (creditori, ma anche fornitori e lavoratori dipendenti) prima dell'ingresso in una procedura concorsuale. Il ruolo centrale delle trattative è evidenziato dalla nomina di un esperto indipendente, che ha il compito di agevolarle e favorire gli accordi che ne possono derivare ([articolo 4](#), D.Lgs. 118/2021). L'imprenditore conserva la gestione dell'impresa, con la previsione di particolari garanzie a tutela delle altre parti ([articolo 9](#), D.Lgs. 118/2021). E, infine, nell'ambito di una concezione dell'istituto che ne esclude la natura di procedura concorsuale, ponendolo in una fase anteriore, è previsto l'intervento incidentale dell'Autorità giudiziaria che consenta all'imprenditore di operare in un ambiente protetto, mediante l'applicazione di misure protettive del patrimonio o l'adozione di provvedimenti cautelari necessari per condurre a termine le trattative ([articoli 6 e 7](#), D.Lgs. 118/2021).

Le disposizioni sulla composizione negoziata sono state trasfuse a opera del D.Lgs. 83/2022 nel Capo I, Titolo II (articoli [12](#) – [25-quinquies](#)), Codice (D.Lgs. 14/2019) entrato in vigore il 15 luglio 2022.

I presupposti oggettivi

I presupposti oggettivi della composizione negoziata¹ sono stabiliti dall'[articolo 12](#), Codice (e in precedenza dall'[articolo 2](#), D.L. 118/2021). L'ambito di applicazione dell'istituto ne consente l'accesso all'imprenditore:

“quando si trova in condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza e risulta ragionevolmente perseguibile il risanamento dell'impresa”.

Va chiarito che prima dell'entrata in vigore del Codice il concetto di crisi insito nella previsione dell'articolo 2, D.L. 118/2021 non poteva che richiamare, a livello legislativo, quello ricavabile dall'[articolo 160](#), comma 3, L.F., dettato in tema di concordato preventivo². Concetto generico, secondo cui per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza, e dal quale poteva ricavarsi che l'insolvenza costituisce una delle forme, la più grave, della crisi³. Inevitabile quindi il ricorso a concetti, peraltro non sempre omogenei, ricavabili dalle dottrine aziendalistiche⁴.

L'articolo 2, comma 1, lettera a), Codice, introduce invece una definizione di crisi:

“lo stato del debitore che rende probabile l'insolvenza e che si manifesta con l'inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte alle obbligazioni nei successivi 12 mesi”.

Quanto all'insolvenza, l'[articolo 2](#), comma 1, lettera b), Codice, la definisce come *“lo stato del debitore che si manifesta con inadempimenti o altri fatti esteriori, i quali dimostrano che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni”*, ricalcando sostanzialmente la definizione dell'[articolo 5](#), L.F..

Alla luce di tali definizioni, risulta che l'imprenditore può chiedere la nomina di un esperto, dando avvio alla composizione negoziata, quando si trova in condizioni che rendono probabile la *“probabilità dell'insolvenza”* (i.e. la crisi)⁵, oltre che in condizioni di vera e propria crisi (i.e. probabilità di insolvenza).

¹ Secondo A. Rossi, *“Il presupposto oggettivo, tra crisi dell'imprenditore e risanamento dell'impresa”*, in Fallimento, 2021, pag. 1501, poiché *“la composizione negoziata della crisi (“CNC”) non è, a stretto rigore, una procedura concorsuale né l'Autorità giudiziaria procede all'apertura o alla chiusura delle trattative, che ben potrebbero condursi e concludersi su un piano di rigorosa autonomia negoziale”* sarebbe lecito obiettare che *“non esistono presupposti di accesso alla CNC, nella loro tradizionale declinazione del “soggettivo” e dell’“oggettivo”, e degli stessi, quindi, non avrebbe senso discettare”*. L'Autore richiama I. Pagni - M. Fabiani, *“La transizione dal codice della crisi alla Composizione negoziata (e viceversa)”*, in [dirittodellacrisi.it](#), 2 novembre 2021, pag. 17, secondo i quali è lecito porsi il dubbio che sussistano dei presupposti oggettivi *“purché non si confonda la composizione negoziata con una procedura”* e si introduca *“un giudizio di ammissibilità”*; ma concludono sostenendo che *“non si hanno dunque presupposti di accesso ma condizioni per la perseguibilità della Composizione negoziata”* (ivi, pag. 18).

² Cfr. F. Lamanna, *“Criticità del presupposto oggettivo della Composizione negoziata”*, in [ilfallimentarista.it](#), 20 aprile 2022, pag. 3.

³ Cfr. L. Jeantet, *“I presupposti per l'accesso al concordato”*, in R. Amatore, L. Jeantet, *“Il nuovo concordato preventivo”*, Milano, 2016, pag. 15 e dottrina ivi richiamata.

⁴ Per un ampio excursus sul punto cfr. S. De Matteis, *“L'emersione anticipata della crisi di impresa”*, Milano, 2017, pag. 29 e ss..

⁵ È stata definita, già riguardo al D.Lgs. 118/2021, *“un po' goffa”* l'introduzione *“di un ennesimo concetto oggettivo: il pericolo del pericolo di insolvenza, leggi: pericolo di crisi”* da D. Galletti, *“Breve storia di una (contro) riforma annunciata”*, in [ilfallimentarista.it](#), 1° settembre 2021, pag. 12. Cfr. inoltre L. Panzani, *“Il D.L. “Pagni” ovvero la lezione (positiva) del covid”*, in [dirittodellacrisi.it](#), 25 agosto 2021, pag. 10, secondo cui *“il Legislatore considera oltre alla probabilità d'insolvenza anche la probabilità di crisi, potremmo dire, facendo riferimento alla nozione del codice della crisi, la “probabilità della probabilità d'insolvenza”*.

L'espressione (alquanto barbara) *“probabilità della probabilità dell'insolvenza”* può efficacemente riassumersi nel termine *“pre-crisi”*⁶.

Per inciso, la definizione di crisi, frutto di diverse modifiche anche in conformità a quanto disposto dalla Direttiva 2019/1023/UE (che all'[articolo 2](#), comma 2, dispone che debbano essere definiti secondo il diritto nazionale l'insolvenza e la probabilità di insolvenza), si dovrebbe interpretare come previsione normativa aperta, non condizionata unicamente dalla inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici. Tanto è vero che l'[articolo 3](#), Codice, commi 3 e 4, prevede ulteriori indici per *“prevedere tempestivamente l'emersione della crisi d'impresa”*.

Va poi rimarcato che l'accesso alla composizione negoziata impone che risulti *“ragionevolmente perseguibile il risanamento dell'impresa”* ([articolo 12](#), Codice; [articolo 2](#), D.L. 118/2021).

La dottrina

I presupposti oggettivi per l'accesso alla composizione negoziata sembrerebbero escludere, in base al tenore letterale delle norme esaminate, che possa avvalersene l'imprenditore che si trovi in stato di insolvenza. Non solo, infatti, il puntuale riferimento alla pre-crisi e alla crisi sembra circoscrivere l'ambito di applicazione dell'istituto a una fase anteriore all'insolvenza (alla fase, cioè, della probabilità di insolvenza), ma anche il presupposto della ragionevole perseguibilità del risanamento appare in conflitto con la tradizionale interpretazione della definizione di insolvenza data dall'[articolo 5](#), L.F. e riprodotta nell'[articolo 2](#), comma 1, lettera b), Codice:

*“Lo stato d'insolvenza dell'imprenditore commerciale ... si realizza in presenza di una situazione d'impotenza, strutturale e non soltanto transitoria, a soddisfare regolarmente e con mezzi normali le proprie obbligazioni ...”*⁷, e va inteso *“come situazione irreversibile, e non già come una mera temporanea impossibilità di regolare l'adempimento delle obbligazioni assunte”*⁸.

Tuttavia, fa sorgere dei dubbi la disposizione dell'[articolo 9](#), D.L. 118/2021 (ora [articolo 21](#), Codice) secondo cui:

“Quando, nel corso della composizione negoziata, risulta che l'imprenditore è insolvente ma esistono concrete prospettive di risanamento, lo stesso gestisce l'impresa nel prevalente interesse dei creditori”.

Inoltre, il documento allegato al Decreto Dirigenziale del 28 settembre 2021, alla Sezione III, § 2.4,

⁶ Per il termine *“pre-crisi”* cfr. D. Fico, *“Probabilità di crisi (pre-crisi), probabilità di insolvenza (crisi) e insolvenza nel CCI”*, in *ilfallimentarista.it*, 14 novembre 2022.

⁷ Cassazione, SS.UU., n. 115/2001.

⁸ Cassazione n. 10952/2015.

prevede che:

“se l’esperto ravvisa ... la presenza di uno stato di insolvenza, questo non necessariamente gli impedisce di avviare la composizione negoziata”.

In presenza di indici – almeno apparentemente – discordanti, la dottrina ha offerto diverse interpretazioni⁹.

Si è sostenuto che l’elemento letterale dell’[articolo 12](#), Codice, come valorizzato dalla definizione di crisi di cui all’[articolo 2](#), Codice, non lascerebbe spazio all’accesso alla composizione negoziata da parte dell’imprenditore in stato di insolvenza¹⁰. E non contrasterebbe con tale assunto la norma dell’[articolo 9](#), D.L. 118/2021 (ora [articolo 21](#), Codice), che si limita a consentire che le trattative possano continuare quando sopravviene l’insolvenza: sicché la composizione negoziata può proseguire in caso di insolvenza sopravvenuta, ma non può iniziare se il soggetto che vi accede sia già insolvente, come pure si dovrebbe evincere dal disposto dell’[articolo 17](#), comma 5, Codice ([articolo 5](#), comma 5, D.L. 118/2021) secondo cui, qualora all’avvio della composizione negoziata l’esperto non ravvisi concrete prospettive di risanamento, va disposta l’archiviazione¹¹.

Per converso, si è sostenuto che, proprio sulla scorta dell’articolo 9, D.L. 118/2021 (articolo 21, Codice) e del decreto dirigenziale, nulla impedisce che acceda alla composizione negoziata un debitore insolvente: la funzione dell’istituto sarebbe quella di verificare la perseguibilità del risanamento attraverso le trattative, per cui:

“se l’esperto, ... ravvisa la presenza di uno stato di insolvenza, potrà avviare la composizione negoziata a patto che scorga concrete prospettive di risanamento”¹².

La giurisprudenza

Anche la giurisprudenza ha avuto modo di confrontarsi con le condizioni per l’accesso alla composizione negoziata. Come si è esposto, infatti, l’imprenditore può richiedere l’applicazione di misure protettive o l’adozione di misure cautelari (articoli [18](#) e [19](#), Codice; articoli [6](#) e [7](#), D.L. 118/2021). Inoltre, l’imprenditore può chiedere al Tribunale competente l’autorizzazione a contrarre finanziamenti prededucibili o a trasferire l’azienda senza gli effetti previsti dall’[articolo 2560](#), comma 2, cod. civ. ([articolo 22](#), Codice; [articolo 10](#), D.L. 118/2021).

⁹ Per una esposizione delle diverse tesi cfr. D. Fico, *cit.*

¹⁰ F. Lamanna, “*Criticità del presupposto oggettivo della composizione negoziata*”, *cit.*, pag. 4.

¹¹ *Ibidem*; cfr. inoltre, dello stesso Autore, “*Composizione negoziata e nuove misure per la crisi d’impresa*”, Milano, 2021, pag. 28 ss..

¹² M. Fabiani - I. Pagni, “*Introduzione alla composizione negoziata*”, in Fallimento, 2021, pag. 1483; cfr. inoltre A. Rossi, *cit.*, pag. 1504.

Ora, è inevitabile che il giudice cui sia richiesto di adottare i provvedimenti previsti da quelle norme, destinati a incidere sui diritti delle altre parti, verifichi preliminarmente se l'imprenditore sia legittimato all'accesso alla composizione negoziata e quindi se sussistano (anche) i presupposti oggettivi, ovvero le condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che rendano probabile la crisi dell'impresa o l'insolvenza dell'imprenditore, oltre alla ragionevole perseguibilità del risanamento.

A poco più di un anno dall'entrata in vigore del D.L. 118/2021, la giurisprudenza è stata chiamata a decidere, quindi, se l'accesso alla composizione negoziata sia consentito, oltre che all'imprenditore in stato di pre-crisi o di crisi, anche all'imprenditore insolvente.

Una articolata pronuncia¹³ del Tribunale di Siracusa ha decisamente negato che all'imprenditore in stato di insolvenza sia consentito accedere alla composizione negoziata, con argomenti attinti dalla dottrina sopra richiamata¹⁴. La decisione parte dal considerare che dal tenore letterale della disposizione dell'[articolo 2](#), D.L. 118/2021 (ora [articolo 12](#), Codice), debba ritenersi precluso l'accesso alla composizione negoziata all'imprenditore insolvente.

Tale conclusione sarebbe confermata dall'[articolo 9](#), D.L. 118/2021 (ora [articolo 21](#), Codice): secondo il Tribunale la norma – che attiene alla gestione delle trattative e non alle condizioni di accesso – prevede l'insolvenza dell'imprenditore nel solo caso in cui tale risultanza emerga nel corso della Composizione negoziata: *“L'apparente dicotomia tra l'articolo 2 (ora 12) - ove non si fa riferimento allo stato di insolvenza - e l'articolo 9 (ora 21) - che invece lo menziona espressamente - va dunque risolta distinguendo tra condizioni di accesso al procedimento e presupposti di prosecuzione delle trattative, e ciò nel senso che lo stato di insolvenza preclude l'accesso alla composizione ma non osta alla sua prosecuzione”*¹⁵ purché, precisa lo stesso giudice, sussistano concrete prospettive di risanamento. Non mancano riferimenti alla Direttiva 2019/1023(UE), segnatamente ai considerando 22 e 24, e all'articolo 3, § 1¹⁶:

*“Si impone ... una ricostruzione che assicuri piena coerenza di intenti tra la Direttiva e il nuovo istituto, entrambi dovendo risultare incentrati sulla necessità di stimolare il debitore a organizzarsi adeguatamente, in modo da cogliere con sollecitudine i segnali delle difficoltà in cui versa la sua impresa e attivarsi diligentemente per scongiurarne la degenerazione in insolvenza”*¹⁷.

¹³ Tribunale di Siracusa, 14 settembre 2022, in [dirittodellacrisi.it](#). Cfr. inoltre Tribunale di Milano, 8 marzo 2022, in [Ilfallimentarista.it](#), secondo cui “quanto alle condizioni per l'accesso (condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza, articolo 2, comma 1), esse non devono esprimersi in uno stato di insolvenza bensì in una situazione che renda probabile la crisi o l'insolvenza, con evidente intento anticipatorio del momento rilevante”.

¹⁴ F. Lamanna, “Composizione negoziata e nuove misure per la crisi d'impresa”, *cit.*.

¹⁵ Tribunale di Siracusa, 14 settembre 2022, *cit.*, pag. 9.

¹⁶ Recita l'articolo 3, § 1, Direttiva 2019/1023(UE): “Gli Stati membri provvedono affinché i debitori abbiano accesso a uno o più strumenti di allerta precoce chiari e trasparenti in grado di individuare situazioni che potrebbero comportare la probabilità di insolvenza e di segnalare al debitore la necessità di agire senza indugio”.

¹⁷ Tribunale di Siracusa, 14 settembre 2022, *cit.*, pag. 15.

La giurisprudenza allo stato maggioritaria ha, invece, ritenuto che lo stato di insolvenza non precluda l'accesso alla composizione negoziata: e ha posto l'accento sul fatto che la condizione necessaria per avviarla risieda piuttosto nella sussistenza di “concrete prospettive di risanamento” ([articolo 9](#), D.L. 118/2021; [articolo 21](#), Codice; e anche Sezione III, § 2.4 del documento allegato al decreto dirigenziale), e nella circostanza che debba risultare “ragionevolmente perseguibile il risanamento dell'impresa” ([articolo 2](#), D.L. 118/2021; [articolo 12](#), Codice)¹⁸. Significativa una pronuncia del Tribunale di Bologna secondo cui, a prescindere dalla questione relativa all'esistenza di uno stato d'insolvenza, diventa centrale per la conferma delle misure protettive non tanto il punto di partenza della procedura, ma il punto di approdo e cioè il risanamento dell'impresa attraverso le trattative con i creditori¹⁹.

Ciò posto, a diverse pronunce²⁰ non dev'essere sfuggita la contraddizione insita nell'accostare il concetto di risanamento a quello di insolvenza, intesa come situazione irreversibile, strutturale e non transitoria di impossibilità ad adempiere. Si è quindi fatto ricorso al concetto di insolvenza reversibile, che richiama una suggestione contenuta nella Relazione illustrativa al DDL per la conversione del D.L. 118/2021, secondo cui alla composizione negoziata può accedere “L'imprenditore in difficoltà, in crisi, o in stato di insolvenza reversibile”²¹, in quanto la finalità dell'istituto sarebbe quella di:

“fornire alle imprese in difficoltà nuovi strumenti ... per affrontare e risolvere tutte quelle situazioni di squilibrio economico-patrimoniale che, pur rivelando l'esistenza di una crisi o di uno stato di insolvenza, appaiono reversibili”²².

In particolare, posto che al concetto di risanamento spetterebbe un ruolo primario nel D.L. 118/2021, si è affermato che:

“a essere incompatibile con la composizione negoziata” è “la sussistenza di un'insolvenza irreversibile e l'assenza di una concreta prospettiva di risanamento”²³.

Così delineata, l'insolvenza reversibile costituisce un'insolvenza pur sempre attuale e conclamata. Figura diversa, quindi, dall'insolvenza prospettica che nella dottrina e nella giurisprudenza formatesi anteriormente al Codice coincide con:

¹⁸ Cfr. Tribunale di Bergamo, 15 febbraio 2022; Tribunale di Bergamo, 15 marzo 2022; Tribunale di Modena, 8 agosto 2022; Tribunale di Piacenza, 22 dicembre 2022, tutte in [ilfallimentarista.it](#).

¹⁹ Tribunale di Bologna, 8 novembre 2022, in [ilfallimentarista.it](#).

²⁰ Tribunale di Arezzo, 16 aprile 2022, in [il caso.it](#); Tribunale di Bergamo, 25 maggio 2022, in [ilfallimentarista.it](#); Tribunale di Roma, 6 ottobre 2022, in [dirittodellacrisi.it](#); Tribunale di Mantova, 20 dicembre 2022, in [ristrutturazioniaziedali.ilcaso.it](#).

²¹ Relazione illustrativa al disegno di legge per la conversione del D.L. 118/2021, pag. 3.

²² Ivi, pag. 1.

²³ Tribunale di Arezzo, 16 aprile 2022, *cit.*

“la situazione in cui è ragionevole prevedere che l'imprenditore attualmente in grado di adempiere regolarmente le obbligazioni assunte, entro un prevedibile futuro non ne sarà più in grado”²⁴.

È evidente che se l'insolvenza prospettica consista in una probabilità di insolvenza, essa coincide con lo stato di crisi previsto dall'[articolo 2](#), comma, lettera a), Codice²⁵. E se, invece, configura un'insolvenza prossima e certa, allora il dibattito va riportato alle opposte categorie della reversibilità e della irreversibilità, legate alla sussistenza o meno di concrete prospettive di risanamento²⁶.

L'insolvenza reversibile e la contraddizione insita nel termine: una proposta di soluzione

Bisogna tuttavia chiedersi se l'attributo “reversibile” possa qualificare il concetto di insolvenza, che nell'interpretazione tradizionale è connotato dal requisito della definitività. Se, infatti, lo stato di insolvenza consiste nell'impossibilità strutturale e definitiva di adempiere le proprie obbligazioni²⁷, non può sussistere la possibilità che l'insolvenza retroceda a uno stadio anteriore. Non è mancato, in verità, chi ha ritenuto che l'insolvenza possa anche non essere irreversibile²⁸, potendo darsi, ad esempio, il caso di un aumento di capitale o quello di una vincita al gioco. Ma bisogna tenere conto che l'insolvenza, fenomeno strutturale, dipende anche da cause esogene (ad esempio, la perdita del mercato di riferimento) o endogene (ad esempio, obsolescenza degli impianti) e non si limita a un “rimediabile” squilibrio patrimoniale.

La soluzione, allora, potrebbe consistere nel ritenere che un fenomeno connotato dalla reversibilità non possa che configurare uno stato, per quanto grave, di crisi. Ma la questione non è soltanto terminologica dato che, come si è visto, l'[articolo 9](#), D.L. 118/2021 e l'[articolo 21](#), Codice (oltre che il decreto

²⁴ S. Fortunato, “Insolvenza, crisi e continuità aziendale nella riforma delle procedure concorsuali: ovvero la commedia degli equivoci”, in La riforma delle procedure concorsuali, a cura di A. Jorio e R. Rosapepe, Milano, 2021, pag. 72. L'Autore ritiene che in base a tale definizione l'insolvenza prospettica, facendo comunque riferimento all'impossibilità di regolare adempimento delle proprie obbligazioni in mancanza di prospettive di ripristino della continuità aziendale, sia assimilabile all'insolvenza attuale. Per un panorama del dibattito sull'insolvenza prospettica, cfr. la giurisprudenza e della dottrina ivi citate, in particolare alla nt. (37); cfr. inoltre Tribunale di Milano, 9 ottobre 2019, in Giurisprudenza Commerciale, 2020, II, pag. 1468 ss., con nota di A. Jorio, “Sulle nozioni di crisi e di insolvenza prospettica”.

²⁵ Riporta D. Fico, “Probabilità di crisi (pre-crisi), probabilità di insolvenza (crisi) e insolvenza nel CCF”, cit., pag. 4, che “è stato comunque osservato come l'attribuzione alla nozione di insolvenza di una capacità di proiettare la qualificazione del presente in una prospettiva futura sia del tutto analoga alla probabilità di crisi”.

²⁶ Cfr. Tribunale di Roma, 6 ottobre 2022, cit., secondo cui “La procedura [di Composizione negoziata] può essere attivata nei casi in cui si presenti una situazione di squilibrio economico, e dunque quando l'insolvenza è solo prospettica, ovvero anche nei casi - assai più frequenti nelle prime applicazioni - in cui sussiste una situazione di insolvenza conclamata ma non irreversibile”.

²⁷ Cfr. la giurisprudenza della Suprema Corte richiamata alle note 7 e 8. Cfr. inoltre M. Sandulli, “Il presupposto oggettivo”, in Trattato delle procedure concorsuali a cura di A. Jorio e B. Sassani, Milano, 2014, v. 1, pag. 143 ss..

²⁸ Cfr. M. Sandulli, op. cit., pag. 155; più perentorio D. Galletti, “L'insorgere della crisi e il dover essere nel diritto societario. Obblighi di comportamento degli organi sociali in caso di insolvenza”, in *infallimentarista.it*, 27 settembre 2012, pag. 10: “Non esiste, infatti, com'è noto, alcuna crisi o insolvenza che possa dirsi realmente irreversibile”.

dirigenziale) fanno espressamente riferimento all'insolvenza. Rimane, quindi, da chiedersi come possano convivere insolvenza e risanamento.

Per accennare a un'ipotesi di soluzione si impone, ad avviso di chi scrive, una ricognizione delle 3 distinte fattispecie di imprenditore, impresa e azienda. Come autorevolmente affermato:

“il codice civile “identifica l'imprenditore, come soggetto, l'impresa come attività economica e professionale organizzata per la produzione o lo scambio, l'azienda come complesso di beni organizzati per l'esercizio dell'attività. Profili ognuno dei quali richiama gli altri e dal cui collegamento emerge” – nella sua “totalità” o “globalità” – la “realtà, giuridica dell'impresa”²⁹.

Sulla base di tali distinzioni si può affermare che:

“la crisi è riferibile all'attività di impresa, di cui descrive lo stato di malfunzionamento; l'insolvenza riguarda invece il soggetto di diritto divenuto incapace di adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni”³⁰.

E ancora:

“Quale condizione del soggetto, l'insolvenza non può connotare una attività. Quale condizione di un'attività (economica), la crisi non può connotare un soggetto. Solo questa distinzione può consentire una corretta ricostruzione dei fenomeni che si verificano nella realtà”³¹.

Traendo delle conclusioni da tali presupposti, bisogna ritenere che le “concrete prospettive di risanamento” che consentono di proseguire nelle trattative quando “risulta che l'imprenditore è insolvente” ([articolo 9](#), D.Lgs. 118/2021; [articolo 21](#), Codice) non riguardano il soggetto che esercita l'impresa. Il risanamento non può che riguardare l'attività (ovvero l'impresa), che con il suo malfunzionamento ha determinato l'insolvenza dell'imprenditore.

Si potrebbe quindi ritenere che:

a) all'imprenditore insolvente sia consentito l'accesso alla composizione negoziata, e sia consentita la prosecuzione delle trattative nel caso in cui l'insolvenza emerga successivamente;

²⁹ Cfr. G. Oppo, “Realtà giuridica globale dell'impresa nell'ordinamento italiano”, in Rivista diritto civile, 1976, pag. 591-592, come riportato da G.C. Rivolta, “La teoria giuridica dell'impresa e gli studi di Giorgio Oppo”, in Rivista diritto civile, 1987, I, pag. 203 segg., ora in Scritti giuridici, Milano, 2021, v. 1, pag. 50.

³⁰ F. Di Marzio, “Obbligazione, insolvenza, impresa”, Milano, 2019, pag. 82.

³¹ Ivi, pag. 100. E prima, pag. 99: “L'imprenditore in crisi, di cui pure non ha mancato di discorrere il diritto positivo, potrebbe apparire più un soggetto afflitto da una sofferenza psicologica che qualcuno in stato di pre-insolvenza. Ma non diversamente strana si mostra la locuzione, di origine aziendalistica, di “impresa insolvente” ampiamente recepita dalla legislazione sull'amministrazione straordinaria (...). Sappiamo che la solvenza è una caratteristica del soggetto (debitore); non può, dunque, connotare una attività (che piuttosto che essere incapace di adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni può al massimo accusare difetti di funzionamento)”.

- b) il risanamento vada necessariamente perseguito, in tali casi, con una soluzione liquidatoria, tramite la cessione dell'azienda liberata dai debiti con l'intervento del giudice che può escludere gli effetti dell'[articolo 2560](#), comma 2, cod. civ. ([articolo 10](#), D.L. 118/2021; [articolo 22](#), Codice;
- c) il la ripresa dell'attività avverrà a opera del (diverso) imprenditore che ha acquistato l'azienda;
- d) l'imprenditore che ha promosso la composizione negoziata rimarrà irreversibilmente e definitivamente insolvente, cessando di svolgere l'attività di impresa³².

³² Sulla necessità di distinguere fra insolvenza dell'imprenditore e crisi d'impresa per spiegare le soluzioni liquidatorie cfr. D. Di Marzio, "Obbligazioni, insolvenza, impresa", *cit.* pag. 101.