

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

GENNAIO / MARZO

2025

rivista.dirittobancario.it

DIREZIONE

DANNY BUSCH, GUIDO CALABRESI, PIERRE-HENRI CONAC,
RAFFAELE DI RAIMO, ALDO ANGELO DOLMETTA, GIUSEPPE FERRI
JR., RAFFAELE LENER, UDO REIFNER, FILIPPO SARTORI,
ANTONELLA SCIARRONE ALIBRANDI, THOMAS ULEN

COMITATO DI DIREZIONE

FILIPPO ANNUNZIATA, PAOLOEFISIO CORRIAS, MATTEO DE POLI,
ALBERTO LUPOI, ROBERTO NATOLI, MADDALENA RABITTI,
MADDALENA SEMERARO, ANDREA TUCCI

COMITATO SCIENTIFICO

STEFANO AMBROSINI, SANDRO AMOROSINO, SIDO BONFATTI,
FRANCESCO CAPRIGLIONE, FULVIO CORTESE, AURELIO GENTILI,
GIUSEPPE GUIZZI, BRUNO INZITARI, MARCO LAMANDINI, DANIELE
MAFFEIS, RAINER MASERA, UGO MATTEI, ALESSANDRO
MELCHIONDA, UGO PATRONI GRIFFI, GIUSEPPE SANTONI,
FRANCESCO TESAURO⁺

COMITATO ESECUTIVO

ROBERTO NATOLI, FILIPPO SARTORI, MADDALENA SEMERARO

COMITATO EDITORIALE

ADRIANA ANDREI, GIOVANNI BERTI DE MARINIS, ANDREA CARRISI,
ALESSANDRA CAMEDDA, GABRIELLA CAZZETTA, EDOARDO
CECCHINATO, PAOLA DASSISTI, ANGELA GALATO, ALBERTO
GALLARATI, EDOARDO GROSSULE, LUCA SERAFINO LENTINI, PAOLA
LUCANTONI, EUGENIA MACCHIAVELLO, UGO MALVAGNA, ALBERTO
MAGER, MASSIMO MAZZOLA, EMANUELA MIGLIACCIO, FRANCESCO
PETROSINO, ELISABETTA PIRAS, CHIARA PRESCIANI, FRANCESCO
QUARTA, GIULIA TERRANOVA, VERONICA ZERBA (SEGRETARIO DI
REDAZIONE)

COORDINAMENTO EDITORIALE

UGO MALVAGNA

DIRETTORE RESPONSABILE

NORME PER LA VALUTAZIONE E LA PUBBLICAZIONE

LA RIVISTA DI DIRITTO BANCARIO SELEZIONA I CONTRIBUTI OGGETTO DI PUBBLICAZIONE SULLA BASE DELLE NORME SEGUENTI.

I CONTRIBUTI PROPOSTI ALLA RIVISTA PER LA PUBBLICAZIONE VENGONO ASSEGNATI DAL SISTEMA INFORMATICO A DUE VALUTATORI, SORTEGGIATI ALL'INTERNO DI UN ELENCO DI ORDINARI, ASSOCIATI E RICERCATORI IN MATERIE GIURIDICHE, ESTRATTI DA UNA LISTA PERIODICAMENTE SOGGETTA A RINNOVAMENTO.

I CONTRIBUTI SONO ANONIMIZZATI PRIMA DELL'INVIO AI VALUTATORI. LE SCHEDE DI VALUTAZIONE SONO INVIATE AGLI AUTORI PREVIA ANONIMIZZAZIONE.

QUALORA UNO O ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO UN PARERE FAVOREVOLE ALLA PUBBLICAZIONE SUBORDINATO ALL'INTRODUZIONE DI MODIFICHE AGGIUNTE E CORREZIONI, LA DIREZIONE ESECUTIVA VERIFICA CHE L'AUTORE ABBIA APPORTATO LE MODIFICHE RICHIESTE.

QUALORA ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO VIENE RIFIUTATO. QUALORA SOLO UNO DEI VALUTATORI ESPRIMA PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO È SOTTOPOSTO AL COMITATO ESECUTIVO, IL QUALE ASSUME LA DECISIONE FINALE IN ORDINE ALLA PUBBLICAZIONE PREVIO PARERE DI UN COMPONENTE DELLA DIREZIONE SCELTO RATIONE MATERIAE.

SEDE DELLA REDAZIONE

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO, FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA, VIA VERDI 53,
(38122) TRENTO – TEL. 0461 283836

Profili dell'insolvenza bancaria

SOMMARIO: 1. Rilevanza e connotati dell'insolvenza nel settore bancario – 2. Cristallizzazione del contesto rilevante per l'accertamento successivo – 3. Perdita della continuità e stravolgimento del criterio di giudizio: l'accertamento successivo all'apertura della liquidazione coatta amministrativa – 4. Rilevanza e problemi dell'insolvenza “provocata” dalla risoluzione: l'accertamento nella liquidazione coatta amministrativa consecutiva – 5. Accertamento contestuale e successivo all'amministrazione straordinaria – 6. Correttivi alla nozione generale: la rilevanza dell'incapacità reversibile – 7. *Segue:* la rilevanza dell'insufficienza patrimoniale notevole, evidente e non transitoria – 8. Riepilogo delle conclusioni raggiunte.

1. Rilevanza e connotati dell'insolvenza nel settore bancario

Nel sistema generale la nozione di insolvenza segna il confine tra la tutela della libera iniziativa economica del debitore e la tutela dell'interesse del ceto creditorio: mentre la solvibilità implica il potere del debitore di opporre la propria autonomia ad ogni ingerenza; l'insolvenza introduce una situazione di soggezione, alla quale corrisponde il potere dei creditori di provocarne lo spossessamento¹. A quelli individuali si aggiunge l'interesse generale alla difesa del mercato dal propagarsi dell'incapacità di adempiere, che la legge economica del *concatenamento del credito* permette di diffondere da uno solo a una pluralità di soggetti².

¹ Per questa impostazione, soprattutto M. SANDULLI, *Il fallimento. I presupposti soggettivi e oggettivi*, in A. JORIO-B. SASSANI (a cura di), *Trattato delle procedure concorsuali*, I, Milano, 2014, 138 ss.; più di recente, A. NIGRO-D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese: le procedure concorsuali*, Bologna, 2023, 394; G. D'ATTORRE, *Manuale di diritto della crisi e dell'insolvenza*, Torino, 2024, 101-102.

² Con riferimento a contesti giuridici ed economici molto differenti, ALF. ROCCO, *Studi sulla teoria generale del fallimento*, in *Riv. dir. comm.*, 1910, I, 673; A. NIGRO, *La disciplina delle crisi patrimoniali delle imprese. Lineamenti generali*, in *Trattato Bessone*, XXV, Torino, 2012, 219; M. SANDULLI, *Il fallimento. I presupposti soggettivi e oggettivi*, cit., 139-140. L'interesse alla stabilità del sistema economico trova conferma nella legittimazione concorrente del pubblico ministero a promuovere l'avvio delle procedure d'insolvenza, riconosciuta espressamente per la liquidazione giudiziale dagli artt. 37 e 38 c.c.i. e ricavabile solamente dalla formulazione originaria dell'art. 271, comma 1, c.c.i. per quella controllata.

Il pericolo per la stabilità e l'affidabilità delle relazioni economiche si dilata enormemente se il debitore esercita non una qualsiasi attività professionale o d'impresa, ma una che implica la formazione continua di una vasta serie di rapporti obbligatori³. È l'amplificazione dei rischi concentrati intorno all'attività bancaria a giustificare compressioni dell'autonomia altrimenti inammissibili, poiché basate sul riscontro di una condizione di dissesto generalmente preliminare all'insolvenza vera e propria⁴. Quest'ultima rimane del tutto indifferente all'attuazione

³ C. BRESCIA MORRA, *Nuove regole per la gestione delle crisi bancarie: risparmiatori vs contribuenti*, in *Analisi giur. econ.*, 2016, 284; EAD., *Crisi bancarie e disciplina degli aiuti di Stato: un chiarimento importante dalla Corte di Giustizia*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2019, II, 276; E. HÜPKES, *Insolvency – why a special regime for banks?*, in 3 *International Monetary Fund Current Developments in Monetary and Financial Law* 459 (2015), 478: «what distinguishes a bank insolvency from a commercial bankruptcy is that the former may entail risk to the entire economic system, propagated through the insolvent bank's counterparties. If the counter-party is unable to absorb the shortfall resulting from a bank's defaulting on a contract (e.g., a foreign exchange contract, repurchase agreement, securities trading, swaps option, forward transactions, etc.) it may default on its own contracts with other banks. That could lead to further defaults, and the stability of the entire financial system is thereby threatened». Sul peculiare significato che l'indebitamento assume per l'attività creditizia, G. FERRI JR., *La posizione dei soci di società bancaria*, in AA. VV., *Società bancarie e società di diritto comune. Elasticità e permeabilità dei modelli*, in *Dir. banc. fin.*, 2016, I, 811, quando osserva che «per l'impresa bancaria [...] l'indebitamento rappresenta non tanto, e non solo, l'esito del ricorso al finanziamento, [...] ma costituisce esso stesso un momento dell'esercizio di tale attività» (815); G. MEO, *Prevenzione e difesa della continuità nella speciale disciplina della crisi della banca*, in *Banca imp. soc.*, 2021, 402, concorde nel riconoscere che «la dilazione del credito non è un elemento accessorio delle operazioni attive e di quelle passive, è il loro stesso contenuto, riflesso della loro causa».

⁴ Sulle esigenze che giustificano un sistema settoriale di contrasto alla crisi degli istituti di credito, tra gli altri, A. NIGRO, *La gestione delle crisi bancarie nell'ordinamento comunitario*, in *Dir. banc. fin.*, 1990, I, 279 ss.; S. FORTUNATO, *Sulla liquidazione coatta delle imprese bancarie*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1991, I, 725 ss.; ID., *La liquidazione coatta delle banche dopo il testo unico: lineamenti generali e finalità*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1994, I, 763 ss.; M.S. DESARIO, *L'accertamento giudiziale dello stato d'insolvenza*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1995, I, 528; D. VATTERMOLI, *Le cessioni «aggregate» nella liquidazione coatta amministrativa delle banche*, Milano, 2001, 51 ss.; G. PRESTI, *Il bail-in*, in *Banca, imp. soc.*, 2015, 340; L. STANGHELLINI, *La gestione delle crisi bancarie. La tradizione italiana e le nuove regole europee*, in *Ricerche giuridiche*, 2015, 318 ss.; C. BRESCIA MORRA, *Crisi bancarie e disciplina degli aiuti di Stato: un chiarimento importante dalla Corte di Giustizia*, cit., 276; G. MEO, *Prevenzione e difesa della continuità nella*

di un'ampia serie di iniziative⁵. Assume una rilevanza quanto meno eventuale rispetto a quelle che invece possono instaurarsi per la

speciale disciplina della crisi della banca, cit., 399; J.H. SOMMER, *Why bail-in? And how?*, in 20 *Economic Policy Review* 207 (2014), 207 ss.; E. HÜPKES, *Insolvency – why a special regime for banks?*, cit., 460 ss.; K.P. WOJCIK, *Bail-in in the Banking Union*, in 53 *Common Market Review* 91 (2016), 92 ss.

⁵ Se si considerano anche le iniziative affidate agli stessi organi della banca, l'insolvenza risulta irrilevante tanto per la predisposizione quanto per l'attuazione dei "piani di risanamento" individuali o di gruppo (art. 69 *ter* ss. TUB) e dei "piani di risoluzione" (art. 7, d.lgs. 16 novembre 2015, n. 180). La redazione è obbligatoria a prescindere dalla condizione del singolo istituto. Quanto all'attuazione, per i primi è sufficiente il «significativo deterioramento» «della situazione patrimoniale e finanziaria» (art. 69 *quater*, comma 1, TUB); per i secondi, l'avvio della risoluzione (*infra*, in questa nt.).

Dall'insolvenza prescindono anche le misure di intervento precoce: i "provvedimenti straordinari" (art. 78 TUB), i "poteri di intervento" sugli esponenti aziendali (art. 53 *bis* TUB) e il c.d. "*removal*" (artt. 69 *octiesdecies* ss. TUB).

L'adozione dei "provvedimenti straordinari" - divieto di intraprendere nuove operazioni oppure ordine di chiusura di succursali - non esige l'insolvenza né la constatazione di una crisi patrimoniale o finanziaria: reagisce alla «violazione di disposizioni legislative, amministrative o statutarie» che regolano l'attività bancaria o ad «irregolarità di gestione»; tuttavia, gli stessi provvedimenti possono intervenire, «nel caso di succursali di banche extracomunitarie, *anche* per insufficienza di fondi» (art. 78 TUB).

Nessuna specifica disposizione determina il presupposto per l'esercizio dei "poteri di intervento" sugli esponenti aziendali consentiti dall'art. 53 *bis* TUB. Il contenuto del rimedio - a modo d'esempio, la convocazione dei componenti degli organi sociali e dei dipendenti della banca - lascia intuire presupposti diversi dall'insolvenza, orientati contro violazioni attuali o prospettiche di norme vincolanti nell'organizzazione e nell'esercizio dell'attività bancaria.

Infine, sulla base degli artt. 69 *octiesdecies* ss. TUB, la Banca d'Italia può: sollecitare l'attuazione o l'aggiornamento di un piano di risanamento, qualora sussista la violazione delle regole in materia di vigilanza prudenziale ovvero tale violazione risulti imminente «anche a causa di un rapido deterioramento della situazione della banca o del gruppo» (art. 69 *octiesdecies*, lett. *a*, TUB); disporre la rimozione dei componenti degli organi aziendali o dei dirigenti «quando risultano gravi violazioni di disposizioni legislative, regolamentari o statutarie o gravi irregolarità nell'amministrazione ovvero quando il deterioramento della situazione della banca o del gruppo bancario sia particolarmente significativo» (art. 69 *octiesdecies*, lett. *b*, TUB). Si tratta di misure che possono giustificarsi con l'insolvenza, ma non ne richiedono l'accertamento.

L'art. 70, comma 1, TUB, esclude la necessità dell'insolvenza anche per l'avvio dell'amministrazione straordinaria. La procedura esige in alternativa: le «gravi violazioni di disposizioni legislative, regolamentari o statutarie o gravi irregolarità

constatazione sia dell'insolvenza sia di altri presupposti: liquidazione coatta amministrativa e intervento di risoluzione⁶. Proprio perché non

nell'amministrazione» considerate dal precedente art. 69 *octiesdecies*, comma 1, lett. b; la previsione di «gravi perdite del patrimonio»; infine, la richiesta motivata degli organi amministrativi o dell'assemblea straordinaria. Nel corso della procedura i commissari possono disporre la sospensione dei pagamenti per oltre tre mesi, la quale secondo l'art. 74, comma 3, TUB «non costituisce stato d'insolvenza»; possono inoltre domandare l'accertamento di tale condizione ai sensi dell'art. 82, comma 1, TUB. Bastano queste ultime regole a confermare la rilevanza di presupposti diversi dall'insolvenza sia per l'avvio dell'amministrazione straordinaria sia per l'adozione del provvedimento di sospensione.

⁶ In base all'art. 17, comma 1, d.lgs. 16 novembre 2015, n. 180, il ricorso alla liquidazione coatta amministrativa, alla risoluzione ovvero agli interventi di riduzione o conversione di strumenti di capitale esige che la banca si trovi in dissesto o a rischio di dissesto e che tale condizione non sia prontamente superabile mediante un diverso rimedio, inclusa l'amministrazione straordinaria. L'apparente affinità con la condizione di insolvenza è smentita dal comma successivo. La banca si considera dissestata o a rischio di dissesto quando: «a) risultano irregolarità nell'amministrazione o violazioni di disposizioni legislative, regolamentari o statutarie che regolano l'attività della banca di gravità tale che giustificherebbero la revoca dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività; b) risultano perdite patrimoniali di eccezionale gravità, tali da privare la banca dell'intero patrimonio o di un importo significativo del patrimonio; c) le sue attività sono inferiori alle passività; d) essa non è in grado di pagare i propri debiti alla scadenza; e) elementi oggettivi indicano che una o più delle situazioni indicate nelle lettere a), b), c) e d) si realizzeranno nel prossimo futuro; f) è prevista l'erogazione di un sostegno finanziario pubblico straordinario a suo favore, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 18». Come osservano G. PRESTI, *Stato di crisi e stato di insolvenza*, in O. CAGNASSO-L. PANZANI (diretto da), *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, Torino, 2016, 418; V. D. GESMUNDO, *L'insolvenza bancaria al tempo dell'Unione*, in *Giur. comm.*, 2020, II, 1220, l'unica condizione assimilabile all'insolvenza è quella indicata dalla lett. d, data dal «non [essere] in grado di pagare i propri debiti alla scadenza». La sua constatazione è però rimessa non all'autorità giudiziaria, ma a quella governativa, alla quale è affidata anche l'individuazione dell'intervento da attuare: si dispone la riduzione o conversione di azioni, altre partecipazioni e strumenti di capitale quando tali interventi consentono di rimediare al dissesto o al rischio di dissesto; altrimenti, si ricorre alla risoluzione o alla liquidazione coatta. L'autorità governativa opta per la risoluzione se questa risulta «necessaria e proporzionata» (art. 20, comma 2, d.lgs. 16 novembre 2015, n. 180) rispetto «alla stabilità finanziaria, al contenimento degli oneri a carico delle finanze pubbliche, alla tutela dei depositanti e degli investitori protetti da sistemi di garanzia o di indennizzo, nonché dei fondi e delle altre attività della clientela» (art. 21, comma 1, d.lgs. 16 novembre 2015, n. 180). Proprio le valutazioni discrezionali dell'autorità governativa inducono S. MACCARONE, *La gestione delle*

configura una premessa indefettibile, l'accertamento di tale condizione può svolgersi sia prima sia nel corso della procedura liquidatoria o della risoluzione bancaria⁷. La dichiarazione di insolvenza risulta necessaria solo per l'applicazione di un ridotto gruppo di regole nell'ambito di tali interventi⁸: gli artt. 82, comma 3, TUB e 36, comma 3, d.lgs. 16 novembre 2015, n. 180 stabiliscono che la disciplina relativa all'inefficacia degli atti pregiudizievoli per i creditori si applica solamente se la banca viene dichiarata insolvente; gli artt. 343, comma 1, c.c.i. (corrispondente all'art. 237, comma 1, l. fall.) e 36, comma 2,

crisi bancarie tra diritto europeo e norme interne, in *Dir. banc. fin.*, 2018, I, 15, a considerare la risoluzione quale eccezione alla procedura liquidatoria.

⁷ L'art. 82, comma 1, TUB permette che, su istanza di uno o più creditori, del pubblico ministero o anche d'ufficio, il tribunale del luogo in cui la banca ha il centro degli interessi principali dichiari l'insolvenza prima della liquidazione coatta amministrativa o della risoluzione. La legittimazione viene estesa ai commissari straordinari se l'ente è sottoposto ad amministrazione straordinaria. In seguito alla verifica, l'art. 297, comma 5, c.c.i. dispone la comunicazione della sentenza all'autorità governativa per l'avvio della liquidazione o della risoluzione.

Sono l'art. 82, comma 2, TUB e l'art. 36, d.lgs. 16 novembre 2015, n. 180 a regolare l'accertamento successivo. La precedente instaurazione della liquidazione coatta o dell'intervento di risoluzione implica un'iniziativa dell'autorità governativa non sollecitata dalla constatazione giudiziale dell'insolvenza ma dal dissesto o dal pericolo di dissesto. La verifica successiva resta affidata al tribunale competente in relazione al centro degli interessi principali, che procede d'ufficio oppure su ricorso dei commissari liquidatori (se la procedura in corso è la liquidazione coatta amministrativa), dei commissari speciali (se è pendente la risoluzione) o del pubblico ministero.

⁸ Osserva C. BAVETTA, *L'accertamento giudiziale dello stato di insolvenza*, in *Le procedure concorsuali. Procedure minori. Trattato Ragusa Maggiore-Costa*, Padova, 2001, 594-595, che la dichiarazione di insolvenza trasforma la procedura da meramente "concorsuale" in "concorsuale insolvente". In linea analoga, Cass. civ., Sez. I, 21 luglio 1978, n. 3615, in *Banca borsa tit. cred.*, 1979, II, 323, quando riconosce che l'accertamento successivo «convert[e] un'attività puramente liquidatoria in una vera e propria procedura esecutiva concorsuale». Un effetto ulteriore rispetto a quelli già esposti viene indicato da App. Milano, 27 dicembre 1985, in *Dir. fall.*, 1986, II, 825, nella necessità della procedura liquidatoria o dell'intervento di risoluzione, che in caso di accertamento preventivo devono avviarsi e in caso di accertamento successivo non possono più interrompersi per iniziativa dell'autorità governativa nell'esercizio del proprio potere discrezionale; l'affermazione non è priva di implicazioni pratiche: nella specifica decisione giustifica l'interesse ad agire contro la dichiarazione di insolvenza a prescindere dall'impugnazione dell'atto amministrativo strumentale all'avvio della procedura.

d.lgs. 16 novembre 2015, n. 180 assimilano tale dichiarazione all'apertura della liquidazione giudiziale per la punizione dei reati fallimentari⁹.

A dispetto delle specificità appena riassunte, l'orientamento condiviso da giurisprudenza¹⁰ e dottrina¹¹ estende a quella bancaria la

⁹ Proprio la rilevanza penalistica dell'accertamento giustifica l'attribuzione della qualità di parte processuale ai componenti dell'organo amministrativo secondo l'impostazione condivisa da Cass. civ., Sez. I, 27 dicembre 2023, n. 35959, in *Fall.*, 2024, 945, con nota di L. ANDRETTO, *L'insolvenza bancaria e il contraddittorio per il suo accertamento*.

¹⁰ Cass. civ., Sez. I, 17 marzo 1989, n. 1321, in *Giust. civ.*, 1989, II, 1619, con nota di L. PANZANI, *Insolvenza, banca e liquidazione coatta amministrativa*; Cass. civ., Sez. I, 21 aprile 2006, n. 9408, in *Fall.*, 2006, 1279, con nota di A. BARBIERI, *Accertamento dello stato d'insolvenza dell'impresa bancaria*; Cass. civ., Sez. I, 18 agosto 2017, n. 20186, in *dirittobancario.it*; Cass. civ., Sez. I, 8 febbraio 2019, n. 3864, in *dejure.it*; Cass. civ., Sez. I, 30 aprile 2018, n. 10383, in *ilcaso.it*; Cass. civ., Sez. I, 11 giugno 2020, n. 11267, in *ilcaso.it*; Cass. civ., Sez. I, 28 settembre 2023, n. 27524, in *Fall.*, 2024, 943, con nota di L. ANDRETTO, *L'insolvenza bancaria e il contraddittorio per il suo accertamento*; Trib. Milano, 26 agosto 1982, in *Fall.*, 1983, 195, con nota di M.P. Severi, *Regolamento di giurisdizione e procedimento camerale per la dichiarazione di fallimento o dello stato di insolvenza*, che muove dalla discutibile premessa dell'equivalenza sostanziale tra dichiarazione di fallimento e accertamento dell'insolvenza nella liquidazione coatta amministrativa bancaria; Trib. Milano, 5 aprile 1984, in *Giur. comm.*, 1985, II, 867, con nota di A. ANTONUCCI, *Questioni in tema d'insolvenza dell'Ambrosiano*; App. Milano, 27 dicembre 1985, cit.; Trib. Napoli, 3 dicembre 1980, in *Fall.*, 1981, 737; Trib. Campobasso, 6 febbraio 1989, in *Giur. it.*, 1989, I, 2, 547; Trib. Potenza, 20 ottobre 1997, in *Banca borsa tit. cred.*, 1999, II, 81; Trib. Potenza, 13 luglio 2000, in *Banca borsa tit. cred.*, 2002, II, 500; App. Milano, 30 novembre 2012, in *Fall.*, 2013, 241; Trib. Chieti, 19 luglio 2016, in *ilfallimentarista.it*; Trib. Sciacca, 16 febbraio 2016, inedita; Trib. Treviso, 27 giugno 2018, in *Foro it.*, 2018, I, 3279, con commento di M. FABIANI; App. Venezia, 18 dicembre 2019, in *Banca borsa tit. cred.*, 2020, II, 256, con nota di C. CANALE, *L'accertamento dell'insolvenza delle banche alla luce della (nuova) disciplina europea sulla gestione delle crisi bancarie: ritorno alla tradizione tramite l'innovazione*.

¹¹ L. PANZANI, *Insolvenza, banca e liquidazione coatta amministrativa*, in *Giust. civ.*, 1989, II, 1645; F. GALGANO, *Sull'insolvenza della banca sottoposta a liquidazione coatta amministrativa*, in *Riv. dir. impr.*, 1989, 234 ss.; S. FORTUNATO, *La liquidazione coatta delle banche dopo il testo unico: lineamenti generali e finalità*, cit., 772; A. NIGRO, *La disciplina delle crisi bancarie: la liquidazione coatta amministrativa*, in *Giur. comm.*, 1996, I, 153; S. CAPPIELLO, *Lo stato di insolvenza dell'impresa in rapporto alla specificità dell'attività bancaria*, in *Riv. dir. comm.*, 1998, II, 113; G. TERRANOVA, *L'accertamento giudiziale dello stato d'insolvenza*

nozione comune di insolvenza, posta un tempo dall'art. 5, comma 2, l. fall. ed ora dall'art. 2, lett. b, c.c.i.¹².

2. *Cristallizzazione del contesto rilevante per l'accertamento successivo*

Nonostante l'assorbimento di quella bancaria nella comune nozione di insolvenza, problemi specifici si pongono soprattutto per l'accertamento successivo.

La questione principale riguarda la rilevanza delle vicende conseguenti proprio alla sottoposizione a liquidazione coatta amministrativa o a risoluzione¹³. Non si può escludere che l'incapacità

delle banche, in *Banca borsa tit. cred.*, 1999, I, 4 ss.; R. CERCONE, *L'insolvenza delle banche tra nuove questioni processuali e consolidati indirizzi di merito*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2000, 328; A. CARDUCCI ARTENISIO, *L'accertamento giudiziale dell'insolvenza di banca in liquidazione coatta amministrativa: i criteri*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2002, II, 513-514, che ipotizza nozioni distinte, ma poi configura quella bancaria negli stessi termini dell'insolvenza di diritto comune; D. GALLETTI, *L'insolvenza transfrontaliera nel settore bancario*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2006, I, 556; A. BARBIERI, *Accertamento dello stato d'insolvenza dell'impresa bancaria*, in *Fall.*, 2006, 1283; A. MELUCCO, *Avvio del procedimento*, in L. GHIA-C. PICCININNI-F. SEVERINI (a cura di), *Trattato delle procedure concorsuali*, 5, Torino, 2011, 617-618; C. CANALE, *L'accertamento dell'insolvenza delle banche alla luce della (nuova) disciplina europea sulla gestione delle crisi bancarie: ritorno alla tradizione tramite l'innovazione*, cit., 285; G. MEO, *Prevenzione e difesa della continuità nella speciale disciplina della crisi della banca*, cit., 432 ss.; L. ANDRETTO, *L'insolvenza bancaria e il contraddittorio per il suo accertamento*, in *Fall.*, 2024, 950.

¹² L'opinione è coerente a quelle diffuse già nel vigore della legge bancaria del 1936, che in linea con il lessico del codice di commercio faceva riferimento negli artt. 68 e 69 alla «cessazione dei pagamenti». Per un cenno all'impostazione di tali discipline, S. BONFATTI-G. FALCONE, *Sub art. 82*, in F. BELL-G. CONTENTO-A. PATRONI GRIFFI-M. PORZIO-V. SANTORO (a cura di), *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia. Commento al d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385*, II, Bologna, 2003, 1345.

¹³ Il problema cronologico non si pone per l'accertamento preventivo. È ancora condivisibile l'osservazione di Trib. Milano, 26 agosto 1982, cit., secondo cui «nell'ipotesi che l'accertamento giudiziario [...] sia anteriore alla liquidazione coatta, il Tribunale provvede alla dichiarazione richiesta se l'impresa debitrice si trova in stato di insolvenza al momento della decisione, anche se i pieni effetti di tale accertamento vengono posticipati e condizionati all'effettiva pronuncia, da parte dell'autorità amministrativa competente, del provvedimento di liquidazione».

di adempiere si manifesti solo nelle more o addirittura per effetto di tali interventi¹⁴.

La disciplina in vigore esclude la rilevanza dell'insolvenza sopravvenuta.

Prevede l'art. 36, comma 1, d.lgs. 16 novembre 2015, n. 180 che l'accertamento successivo è consentito «se l'ente sottoposto a risoluzione si trova in stato di insolvenza *alla data di adozione del provvedimento di avvio della risoluzione*» e che «si applica l'articolo 82, comma 2, del Testo Unico Bancario» (*infra*, in questo stesso §). Il comma seguente precisa che «il tribunale accerta lo stato di insolvenza dell'ente sottoposto a risoluzione *avendo riguardo alla situazione esistente al momento dell'avvio della risoluzione*. Le disposizioni del Titolo IX del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza [ossia quelle di diritto penale] trovano applicazione *anche quando lo stato di insolvenza è superato per effetto della risoluzione*». Infine, l'ultimo comma dell'art. 36 fa retroagire all'avvio della risoluzione il decorso del periodo sospetto per l'inefficacia degli atti pregiudizievoli nei confronti dei creditori. La capacità di adempiere va quindi valutata tramite un giudizio retrospettivo, considerando le circostanze presenti all'epoca dell'intervento governativo.

Per la liquidazione coatta amministrativa sono da considerare gli artt. 82, comma 2, TUB e 298, c.c.i. La prima disposizione consente l'accertamento se la banca risulta insolvente «*al momento dell'emanazione del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa*». La seconda prevede l'accertamento postumo «se l'impresa *al tempo in cui è stata ordinata la liquidazione*, si trovava in stato d'insolvenza e questa non è stata preventivamente dichiarata a norma dell'art. 297»¹⁵. Si aggiunge l'art. 299, comma 1, c.c.i., il quale

¹⁴ La questione emerge soprattutto qualora si provveda subito alla dismissione dell'azienda bancaria, allo scopo di evitare l'interruzione dell'esercizio e il deterioramento della condizione patrimoniale e finanziaria: liquidato il principale *asset*, risulta ricorrente l'insufficienza dell'attivo al soddisfacimento dei creditori. Per l'esame di una vicenda simile, concernente nello specifico l'insolvenza di Banca Marche, V. LEMMA, *La nuova procedura di risoluzione: indicazioni per una insolvenza obbligatoria?*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2016, 24.

¹⁵ Una ricaduta ulteriore rispetto all'irrelevanza dell'insolvenza sopravvenuta viene indicata da Cass. civ., Sez. I, 28 settembre 2023, n. 27524, cit., nella necessità del contraddittorio con gli amministratori della banca, a prescindere dalla sospensione ai sensi dell'art. 200 l. fall. (oggi, art. 303 c.c.i.) delle funzioni di rappresentanza ed

ribadisce la regola dettata per la risoluzione, nel far retroagire gli effetti dell'accertamento rispetto agli atti pregiudizievoli per i creditori all'inizio della procedura¹⁶. A poter essere successivo è il giudizio sull'insolvenza¹⁷; non il contesto rilevante per la decisione, che rimane cristallizzato dall'avvio della liquidazione coatta amministrativa¹⁸.

in linea con il principio secondo cui «si deve far riferimento al soggetto che aveva la rappresentanza legale nel momento al quale si fa risalire la situazione d'insolvenza».

¹⁶ L'omologa previsione dell'art. 203, comma 1, l. fall. viene richiamata per dimostrare l'irrelevanza in sede di accertamento dei fatti posteriori al provvedimento di avvio da B. INZITARI, BRRD, bail in, *risoluzione della banca in dissesto, condivisione concorsuale delle perdite (d.lgs. n. 180 del 2015)*, in *Giust. civ.*, 2017, 215; Cass. civ., Sez. I, 17 marzo 1989, n. 1321, cit.; Trib. Milano, 26 agosto 1982, cit.; Trib. Milano, 5 aprile 1984, cit. È tuttavia possibile che il periodo sospetto non decorra dal momento rilevante per l'accertamento, qualora il relativo controllo si compia nel corso della liquidazione coatta amministrativa consecutiva alla risoluzione; nt. 31.

¹⁷ Per la questione di costituzionalità correlata alla mancata previsione di un termine finale per la dichiarazione di insolvenza, Trib. Cosenza, 28 febbraio 2003, in *Fall.*, 2003, 786, con nota di E. GALANTI, *È incostituzionale la mancanza di un termine per la dichiarazione dello stato di insolvenza delle banche successiva alla liquidazione coatta?*. Contro l'ipotesi dell'incostituzionalità, Corte Cost., 22 luglio 2005, n. 301, in *Banca borsa tit. cred.*, 2007, II, 269, con nota di C.D. DE VITO, *Il dies a quo per la dichiarazione dello stato di insolvenza delle banche*.

¹⁸ In questi termini, A. ANTONUCCI, *Questioni in tema d'insolvenza dell'Ambrosiano*, in *Giur. comm.*, 1985, II, 892; L. PANZANI, *Insolvenza, banca e liquidazione coatta amministrativa*, cit., 1641-1642; A. CARDUCCI ARTENISIO, *L'accertamento giudiziale dell'insolvenza di banca in liquidazione coatta amministrativa: i criteri*, cit., 511-512; E. GALANTI, *È incostituzionale la mancanza di un termine per la dichiarazione dello stato di insolvenza delle banche successiva alla liquidazione coatta?*, in *Fall.*, 2003, 792-793; R. BATTAGLIA, *Liquidazione coatta amministrativa e fallimento*, in *Fallimento e concordato fallimentare*, a cura di A. Jorio, 1, Torino, 2016, 311; D. VATTERMOLI, *I profili generali: struttura, natura, funzioni*, in AA. VV., *La risoluzione bancaria*, in *Dir. banc. fin.*, 2018, I, 664; G. MEO, *Prevenzione e difesa della continuità nella speciale disciplina della crisi della banca*, cit., 437; Cass. civ., Sez. I, 17 marzo 1989, n. 1321, cit.; Cass. civ., Sez. I, 21 aprile 2006, n. 9408, cit.; Cass. civ., Sez. I, 18 agosto 2017, n. 20186, cit.; Cass. civ., Sez. I, 8 febbraio 2019, n. 3864, cit., che precisa la rilevanza anche di fatti emersi successivamente, purché relativi ad un'insolvenza presente già all'avvio della liquidazione coatta amministrativa; Cass. civ., Sez. I, 28 settembre 2023, n. 27524, cit.; Trib. Milano, 26 agosto 1982, cit.; Trib. Milano, 5 aprile 1984, cit.; App. Milano, 27 dicembre 1985, cit.; Trib. Potenza, 20 ottobre 1997, cit.; Trib. Potenza, 13 luglio 2000, cit.; Trib. Treviso, 27 giugno 2018, cit.

3. Perdita della continuità e stravolgimento del criterio di giudizio: l'accertamento successivo all'apertura della liquidazione coatta amministrativa

Un'autorevole corrente di pensiero esclude che la cristallizzazione della condizione patrimoniale e finanziaria rilevante per l'accertamento successivo renda pienamente neutrale l'avvio della liquidazione coatta amministrativa. Il decreto di apertura imporrebbe la considerazione non più della condizione della banca in esercizio, bensì dello scenario liquidatorio inaugurato dal provvedimento¹⁹. Il controllo giudiziale dovrebbe perciò trascurare il dato finanziario per concentrarsi su quello patrimoniale: esaurita la vocazione dell'impresa al profitto, la capacità di soddisfare i creditori dovrebbe dipendere dalla congruità del valore di liquidazione dell'azienda bancaria (*rectius*, dell'intero patrimonio in garanzia) rispetto all'estinzione del passivo²⁰. La condizione di incapienza configurerebbe allora il presupposto necessario e sufficiente per la constatazione dell'insolvenza²¹.

¹⁹ Per una simile impostazione, G. TERRANOVA, *L'accertamento giudiziale dello stato d'insolvenza delle banche*, cit., 4, secondo il quale «l'avvio della procedura concorsuale apre un nuovo scenario, nel quale non contano più i parametri relativi alla redditività dell'impresa, al suo equilibrio finanziario, alla liquidità di cassa o alla correttezza dei comportamenti, con specifico riguardo alla regolarità dell'attività solutoria, ma conta soltanto la possibilità di soddisfare i creditori con il patrimonio del debitore, senza ricomprendervi le risorse ascrivibili ad eventuali interventi esterni»; S. BONFATTI-G. FALCONE, *Sub art. 82*, cit., 1349. Le ricadute concrete di quest'orientamento sono dimostrate dalla giurisprudenza ad esso coerente: Trib. Treviso, 27 giugno 2018, cit.; Trib. Vicenza, 9 gennaio 2019, in *Fall.*, 2019, 225, con nota di G. FALCONE, *"Stato di dissesto" e "insolvenza" nella liquidazione coatta amministrativa delle banche*; App. Venezia, 18 dicembre 2019, cit.

²⁰ Circa i parametri per la valutazione dell'attivo, Trib. Treviso, 27 giugno 2018, cit., ipotizza la necessaria rilevanza del valore di scambio dei singoli cespiti. Contro questa tesi, nel reputare irrealistico il trasferimento separato di ciascun bene, V.D. GESMUNDO, *L'insolvenza bancaria al tempo dell'Unione*, cit., 1225-1226. Più in generale, sull'insussistenza di un vincolo diretto alla frammentazione delle operazioni di liquidazione, L. STANGHELLINI, *Tutela dell'impresa bancaria e tutela dei risparmiatori*, in *Banca imp. soc.*, 2018, 436; R. COSTI, *Le trasformazioni dell'ordinamento bancario*, in *Banca imp. soc.*, 2019, 193.

²¹ L'accertamento sarebbe da condurre secondo le modalità consuete per le imprese inattive. Per la corrispondenza tra deficit patrimoniale e insolvenza nel sindacato sulla condizione degli enti in liquidazione, tra tante pronunce, Cass. civ., Sez. I, 10 aprile 1996, n. 3321, in *Fall.*, 1996, 1175; Cass. civ., Sez. I, 6 settembre

Contro la rilevanza esclusiva del profilo patrimoniale orienta la disciplina della liquidazione coatta amministrativa²². Benché tenda all'estinzione dell'ente, la procedura non implica l'interruzione immediata dell'esercizio, che può proseguire anche in vista del «miglior realizzo dell'attivo» (art. 90, comma 3, TUB)²³. Soprattutto, la regola che afferma la rilevanza della condizione della banca all'avvio della procedura tende ad allineare l'accertamento successivo a quello preventivo, in modo da rendere pienamente neutrale l'esercizio del potere da parte dell'autorità governativa. La cristallizzazione del contesto esclude allora la considerazione di ogni avvenimento successivo al decreto di apertura, tra cui rientrano sia gli atti già compiuti sia quelli meramente prevedibili nello svolgimento della procedura²⁴. A ragionare diversamente si rischia un paradosso:

2006, n. 19141, in *Foro it.*, 2007, I, 1531, con nota di M. FABIANI, *La transizione dall'opposizione al fallimento all'appello contro la sentenza dichiarativa e le acquisizioni probatorie*; Cass. civ., Sez. I, 7 dicembre 2016, n. 25167, in *ilcaso.it*; Cass. civ., Sez. I, 10 dicembre 2020, n. 28193, in *dirittobancario.it*. Per l'orientamento che tende invece a ridimensionare la rilevanza dello squilibrio patrimoniale nei confronti di società in liquidazione, L. STANGHELLINI, *Le crisi d'impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, Bologna, 2007, 151-152; F. PACILEO, *Continuità e solvenza nella crisi d'impresa*, Milano, 2017, 231-232; C. LIMATOLA, *Stato di insolvenza e gestione delle società di capitali in liquidazione*, in *Riv. dir. comm.*, 2022, II, 104 ss.; App. Napoli, 2 maggio 2019, in *Giur. comm.*, 2019, II, 616, con nota di N. ROCCO DI TORREPADULA, *Ancora sull'inutilizzabilità per la società in liquidazione della c.d. insolvenza statica*.

²² Apertamente contro la rilevanza esclusiva del dato patrimoniale nell'accertamento successivo all'instaurazione della procedura di liquidazione V.D. GESMUNDO, *L'insolvenza bancaria al tempo dell'Unione*, cit., 1224-1225 G. MEO, *Prevenzione e difesa della continuità nella speciale disciplina della crisi della banca*, cit., 437.

²³ In linea analoga, C. CANALE, *L'accertamento dell'insolvenza delle banche alla luce della (nuova) disciplina europea sulla gestione delle crisi bancarie: ritorno alla tradizione tramite l'innovazione*, cit., 284. Più in generale, per la considerazione che l'avvio della liquidazione coatta amministrativa non impone l'interruzione dell'impresa, evitata infatti nella procedura aperta nei confronti di Veneto Banca e della Banca Popolare di Vicenza, L. STANGHELLINI, *Tutela dell'impresa bancaria e tutela dei risparmiatori*, cit., 436.

²⁴ Riconosciuta dallo stesso G. TERRANOVA, *L'accertamento giudiziale dello stato d'insolvenza delle banche*, cit., 6, l'irrilevanza degli atti già compiuti nel corso della procedura dimostra il contenuto comunque astratto del giudizio, attestato dalla possibile rilevanza del valore di scambio di beni non più presenti nell'attivo e dalla contestuale irrilevanza del corrispettivo effettivamente percepito.

l'irrelevanza, per via della retrodatazione, dei fatti già intervenuti durante la procedura; la contestuale idoneità della liquidazione meramente prevedibile allo stravolgimento dei criteri per l'accertamento della condizione di insolvenza²⁵.

4. Rilevanza e problemi dell'insolvenza "provocata" dalla risoluzione: l'accertamento nella liquidazione coatta amministrativa consecutiva

La disciplina in vigore riconosce l'irrelevanza dei fatti posteriori all'inizio della liquidazione coatta amministrativa e della risoluzione bancaria tuttora in corso, senza regole specifiche per l'eventuale consecuzione tra tali interventi. Il problema dell'insolvenza sopravvenuta si pone se alla risoluzione fa seguito la procedura liquidatoria. Una simile consecuzione è imposta dall'art. 38, comma 3, d.lgs. 16 novembre 2015, n. 180, ogni qual volta il primo intervento si concluda lasciando attività o passività residue nel patrimonio della banca; almeno qualora il provvedimento di chiusura dipenda dal trasferimento dell'azienda bancaria senza l'estinzione integrale del passivo, è prevedibile la mancanza di risorse sufficienti al soddisfacimento dei debiti ancora pendenti. La questione attraversa le decisioni pronunciate in merito al dissesto della Banca Popolare dell'Etruria e del Lazio. Interrogati sulla sussistenza dello stato di insolvenza nel corso della liquidazione coatta amministrativa *post*-risoluzione, i giudici di primo e secondo grado concordano sulla mancanza di norme utili a retrodatare l'accertamento al più remoto tra

²⁵ L'ostacolo è superato da G. TERRANOVA, *L'accertamento giudiziale dello stato d'insolvenza delle banche*, cit., 6-7, con la distinzione tra i fatti, reputati irrilevanti, e la variazione del contesto, giudicata invece rilevante: «si deve tenere conto del mutamento di prospettiva provocato dalla cessazione dell'attività d'impresa, ma non si debbono prendere in considerazione i risultati economici realmente conseguiti attraverso la vendita dell'azienda o dei singoli beni aziendali. Questa distinzione [...] si spiega, perché, mentre per un verso non si può trascurare che i presupposti sostanziali della liquidazione coatta [...] dovevano già sussistere, quando è stata avviata la procedura, per altro verso sarebbe ingiusto imputare alla banca gli errori eventualmente commessi nella liquidazione dell'attivo».

gli interventi in successione²⁶. A questa posizione si contrappone quella espressa da un'altra parte della giurisprudenza e della dottrina²⁷.

La preferenza per l'impostazione affermata nelle decisioni appena riportate dipende dalle regole che governano il giudizio sull'insolvenza nella liquidazione coatta amministrativa, e in particolare da quelle poste dagli artt. 82 TUB, 298 e 299 c.c.i. (*retro*, § 2). Le norme elencate concordano sulla rilevanza del contesto presente all'inizio della procedura ancora pendente quando interviene l'accertamento, senza consentire l'ulteriore anticipazione delle valutazioni da compiere all'avvio del primo tra gli interventi in sequenza. Perciò i risultati degli atti compiuti nel corso della risoluzione restano irrilevanti se la verifica interviene nelle more di tale intervento, mentre incidono sull'accertamento da compiere nella procedura consecutiva di liquidazione coatta amministrativa²⁸. Benché sia conforme al sistema vigente, la conclusione fa prevedere ricadute distorsive se si considera la funzione della dichiarazione di insolvenza nel settore bancario²⁹: la repressione di eventuali illeciti e l'inefficacia di atti precedentemente compiuti finiscono per dipendere dalle decisioni assunte dall'autorità governativa nel corso della risoluzione³⁰; cioè da vicende indipendenti

²⁶ Trib. Arezzo, 8-11 febbraio 2016, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2016, II, 70, con nota di D. Rossano, *Il salvataggio della BPEL e l'accertamento dello stato di insolvenza alla luce della nuova normativa in materia di crisi bancarie*; App. Firenze, 6 maggio 2016, *ivi*.

²⁷ G. SANTONI, *La disciplina del bail-in, lo stato di dissesto e la dichiarazione dello stato di insolvenza*, in *Analisi giur. econ.*, 2016, 523; B. ARMELI, *Dichiarazione di insolvenza di una banca: prime applicazioni*, in *ilfallimentarista.it*, 5; E. RULLI, *Sub art. 82*, in F. CAPRIGLIONE (diretto da), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, 2, 4° ed., Padova, 2018, 1155; Trib. Chieti, 19 luglio 2016, *cit.*, secondo cui l'insolvenza non andrebbe dichiarata se insussistente all'avvio sia della liquidazione coatta amministrativa sia del precedente intervento di risoluzione.

²⁸ Logica conseguenza è la rilevanza esclusiva del dato patrimoniale nell'accertamento successivo al trasferimento dell'azienda bancaria, ipotizzata già da G. MEO, *Prevenzione e difesa della continuità nella speciale disciplina della crisi della banca*, *cit.*, 437, ed inevitabile in seguito all'intervento di un fatto materialmente inconciliabile alla prosecuzione dell'attività.

²⁹ In linea analoga, G. SANTONI, *La disciplina del bail-in, lo stato di dissesto e la dichiarazione dello stato di insolvenza*, *cit.*, 523.

³⁰ Più in generale, sull'imprevedibilità delle scelte rimesse alla discrezionalità amministrativa nella gestione delle crisi bancarie, G. PRESTI, *Tutte le banche sane si somigliano. Ogni banca in crisi è regolata a modo suo*, in P. MONTALENTI-M. NOTARI

tanto dal disvalore delle condotte individuali quanto dalla dannosità per i creditori degli atti posti in essere dagli organi della banca³¹.

5. *Accertamento contestuale e successivo all'amministrazione straordinaria*

Questioni differenti si pongono per l'accertamento posteriore all'avvio dell'amministrazione straordinaria³².

Si distinguono due scenari.

Se la verifica si svolge quando l'amministrazione straordinaria è pendente, rileva la condizione della banca al momento del controllo giudiziale³³. La conclusione è imposta dalla mancanza della norma necessaria per dare rilevanza a circostanze anteriori, la quale urterebbe contro la necessità di verificare la persistente idoneità della procedura in corso alla realizzazione dei propri scopi. È perciò possibile che l'insolvenza intervenga e sia accertata in seguito all'avvio dell'amministrazione straordinaria, anche in conseguenza di atti compiuti dai suoi organi³⁴.

(a cura di), *La banca nel nuovo ordinamento europeo: luci e ombre*, Milano, 2018, 256; M. ARRIGONI, *Verso la fine del Bail-in? Una critica al regime europeo di gestione delle crisi bancarie*, in *Banca imp. soc.*, 2021, 62 ss.; M. CLARICH, *Presupposti per la risoluzione e interesse pubblico*, in *Banca imp. soc.*, 2023, 3 ss.

³¹ Gli inconvenienti sono attenuati dall'art. 38, comma 3, d.lgs. 16 novembre 2015, n. 180. Al fine di evitare che la consecuzione di procedure finisca per consolidare gli effetti di atti pregiudizievoli, la disposizione stabilisce che il calcolo a ritroso per la determinazione del periodo sospetto decorre dall'efficacia del provvedimento introduttivo della risoluzione anche se a quest'intervento segue la sottoposizione della banca a liquidazione coatta amministrativa.

³² Non si configura un accertamento successivo in senso tecnico, poiché la constatazione dell'insolvenza rileva non tanto per l'applicazione di regole altrimenti irrilevanti, ma per la sostituzione della procedura in corso con la liquidazione coatta o la risoluzione bancaria; in questi termini, G. BOCCUZZI, *Sub art. 82 TUB*, F. CAPRIGLIONE (diretto da), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, 2, 3° ed., Padova, 2012, 1014; E. RULLI, *Sub art. 82*, cit., 1140.

³³ Sembra perciò da condividere l'affermazione di G. TERRANOVA, *L'accertamento giudiziale dello stato d'insolvenza delle banche*, cit., 17-18, secondo cui «non si può escludere che proprio il piano di risanamento elaborato dai commissari straordinari ed avallato dall'Organo di vigilanza possa costituire il presupposto per fare escludere l'esistenza di uno stato di dissesto attuale e conclamato».

³⁴ In questa direzione, A. ANTONUCCI, *Questioni in tema d'insolvenza dell'Ambrosiano*, cit., 892-893, il quale dimostra l'indifferenza del momento da

Se l'accertamento interviene successivamente alla chiusura dell'amministrazione straordinaria, quando la liquidazione coatta o la risoluzione risultano già pendenti, sono da confermare le osservazioni svolte per la verifica in pendenza di tali interventi (§ 2). Resta ferma la cristallizzazione del contesto all'inizio dell'intervento in corso, senza che rilevi il venire meno della normale operatività dell'impresa precedentemente all'avvio della procedura di liquidazione o alla messa in risoluzione della banca³⁵.

6. *Correttivi alla nozione generale: la rilevanza dell'incapacità reversibile*

Speculare a quello dell'insolvenza sopravvenuta nel corso della liquidazione coatta amministrativa o della risoluzione è il problema che attiene all'idoneità di questi rimedi alla negazione dello stato di insolvenza. Almeno in astratto, il controllo giudiziale potrebbe dare esito negativo in previsione del ritorno *in bonis* oppure, se si pensa alla verifica successiva, in ragione di una solvibilità già ripristinata.

considerare al venire meno delle ordinarie condizioni di operatività dell'impresa, reputando perciò irrilevante la sottoposizione all'amministrazione straordinaria prima della liquidazione coatta e così pure il trasferimento della gestione agli organi della procedura. In senso più generale, per l'imputabilità all'imprenditore degli atti compiuti durante la gestione coattiva dell'impresa, G.C.M. RIVOLTA, *Per una riflessione sistematica sulle gestioni coattive dell'impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 2021, I, 28 ss. Diversamente, nel desumere un principio di irrilevanza degli atti realizzati dagli organi di una simile gestione dalle norme che dispongono la retrodatazione del momento rilevante per l'insolvenza, A. BARBIERI, *Accertamento dello stato d'insolvenza dell'impresa bancaria*, cit., 1282; A. MELUCCO, *Avvio del procedimento*, cit., 618; L. PANZANI, *Insolvenza, banca e liquidazione coatta amministrativa*, cit., 1642; Cass. civ., Sez. I, 21 aprile 2006, n. 9408, cit.; Cass. civ., Sez. I, 27 gennaio 2014, n. 1645, in *Giur. comm.*, 2014, II, 849, con nota di V. OCCORSIO, *Per una ricostruzione della nozione di insolvenza delle imprese di assicurazione*, relativa al settore assicurativo ma incentrata su argomenti ugualmente spendibili in ambito bancario; Trib. Milano, 5 aprile 1984, cit.; App. Milano, 30 novembre 2012, cit.

³⁵ A. ANTONUCCI, *Questioni in tema d'insolvenza dell'Ambrosiano*, cit., 892-893; A. CARDUCCI ARTENISIO, *L'accertamento giudiziale dell'insolvenza di banca in liquidazione coatta amministrativa: i criteri*, cit., 511-512; Trib. Milano, 26 agosto 1982, cit.; Trib. Milano, 5 aprile 1984, cit.; App. Milano, 27 dicembre 1985, cit.; Trib. Potenza, 20 ottobre 1997, cit.; Trib. Potenza, 13 luglio 2000, cit.

La questione è al centro della risalente vicenda del Banco Ambrosiano³⁶, gestita tramite la programmazione nel corso dell'amministrazione straordinaria di atti prodromici al trasferimento di attività e passività a una società di nuova costituzione, da formalizzare subito dopo l'apertura della liquidazione coatta su impulso dell'autorità governativa³⁷. Più in generale, il problema della solvibilità sopravvenuta si ripropone ogni qual volta l'insolvenza risulti superabile per effetto di atti già realizzati o anche solo per via delle iniziative prevedibili nel corso della procedura liquidatoria o dell'intervento di risoluzione. In particolare, qualora possa pronosticarsi il ritorno *in bonis* grazie all'intervento di fondi costituiti contro i dissesti bancari³⁸,

³⁶ La narrazione dei fatti rilevanti si legge in L. PANZANI, *Insolvenza, banca e liquidazione coatta amministrativa*, cit., 1640-1641, oltre che nelle decisioni concernenti il dissesto di tale istituto: Trib. Milano, 26 agosto 1982, cit.; Trib. Milano, 5 aprile 1984, cit.; App. Milano, 27 dicembre 1985, cit.; Cass. civ., Sez. I, 17 marzo 1989, n. 1321, cit.

³⁷ In merito alla risalente prassi di far seguire all'amministrazione straordinaria una liquidazione coatta amministrativa orientata non alla dismissione, bensì alla conservazione dell'impresa in esercizio, U. BELVISO, *La liquidazione coatta amministrativa e il caso Banco Napoli*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1998, I, 6 ss. In polemica contro tale prassi, Cass. civ., Sez. I, 17 marzo 1989, n. 1321, cit., nel sostenere che «una procedura di liquidazione non può essere conservativa, anche se nell'ambito di essa - anziché disperdere gli elementi dell'azienda in crisi e disintegrarla - l'azienda venga conservata, trasferendola ad altro imprenditore».

³⁸ Vengono in rilievo le iniziative dei fondi costituiti a livello nazionale e comunitario, inclusi quelli di risoluzione istituiti presso la Banca d'Italia ai sensi dell'art. 78, d.lgs. 16 novembre 2015, n. 180. L'idoneità dei loro interventi all'esclusione dell'insolvenza è implicita nel ragionamento svolto da Cass. civ., Sez. I, 11 giugno 2020, n. 11267, cit. In direzione opposta orientano le decisioni contrarie alla rilevanza di apporti giustificati non da una logica di investimento ma di salvaguardia del sistema economico: Cass. civ., Sez. I, 17 marzo 1989, n. 1321, cit.; Trib. Milano, 26 agosto 1982, cit.; Trib. Milano, 5 aprile 1984, cit., concernenti proprio la vicenda del Banco Ambrosiano; Trib. Napoli, 3 dicembre 1980, cit.; App. Milano, 27 dicembre 1985, cit.; T.A.R. Lazio, 26 aprile 2004, n. 3528, in *Banca borsa tit. cred.*, 2005, II, 221, con commento di E. Galanti; Trib. Treviso, 27 giugno 2018, cit. Contro le affermazioni svolte in queste pronunce indirizza l'impostazione che riferisce la regolarità pretesa dall'art. 5, comma 2, l. fall. ed ora dall'art. 2, lett. b, c.c.i. all'attività solutoria e non alla provenienza - endogena oppure esogena - delle risorse ad essa strumentali: G. FERRI JR., *Il presupposto oggettivo del fallimento*, in *Riv. dir. comm.*, 2010, I, 770-771; ID., *Lo stato d'insolvenza*, in *Riv. not.*, 2015, I, 1155-1156; D. GALLETTI, *La ripartizione del rischio di insolvenza. Il diritto fallimentare tra diritto ed economia*, Bologna, 2006, 175 e 188 ss.; L. STANGHELLINI, *Le crisi*

immaginabile soprattutto qualora i loro apporti non determinino un credito di regresso nei confronti della banca³⁹; ancora, qualora sia prevedibile il ricorso al *bail in* nella risoluzione bancaria⁴⁰, idoneo alla ricapitalizzazione della banca⁴¹ e al suo ritorno *in bonis*⁴².

d'impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza, cit., 125 ss.; F. PACILEO, *Continuità e solvenza nella crisi di impresa*, cit., 115; G. MEO, *Prevenzione e difesa della continuità nella speciale disciplina della crisi della banca*, cit., 397.

³⁹ Rileva Cass. civ., Sez. I, 21 luglio 1978, 3615, cit., che l'insolvenza non viene meno se si ipotizzano l'estinzione diretta del passivo da parte di un terzo e la costituzione di un credito di regresso verso la banca. Diverse conclusioni suggeriscono le iniziative che - come la sottoscrizione diretta di partecipazioni ai sensi dell'art. 13, comma 2, d.l. 23 dicembre 2016, n. 237 - non provocano la sostituzione di un creditore ad altri ma l'incremento del patrimonio netto.

⁴⁰ Le condizioni per il *bail in* richiedono valutazioni sottratte al tribunale competente per l'accertamento dell'insolvenza. Pur dovendo sentire quella governativa, l'autorità giudiziaria non dispone degli strumenti per pronosticare le decisioni che saranno assunte e prevedere le loro ricadute sulla reversibilità della condizione critica. Prossimo a quello appena richiamato è il tema relativo alla rilevanza probatoria per il sindacato giudiziale sull'insolvenza degli atti compiuti dalla Banca d'Italia o dagli organi di un intervento già in corso, sul quale: R. CERCONE, *L'insolvenza delle banche tra nuove questioni processuali e consolidati indirizzi di merito*, cit., 324; G. TERRANOVA, *L'accertamento giudiziale dello stato d'insolvenza delle banche*, cit., 11; A. CARDUCCI ARTENISIO, *L'accertamento giudiziale dell'insolvenza di banca in liquidazione coatta amministrativa: i criteri*, cit., 518-519; A. BARBIERI, *Accertamento dello stato d'insolvenza dell'impresa bancaria*, cit., 1284; B. ARMELI, *Dichiarazione di insolvenza di una banca: prime applicazioni*, cit., 7; E. RULLI, *Sub art. 82*, cit., 1142-1143; Cass. civ., Sez. I, 11 giugno 2020, n. 11267, cit.; Cass. civ., Sez. I, 28 settembre 2023, n. 27524, cit.; Cass. civ., Sez. I, 28 settembre 2023, n. 27524, cit.; Trib. Benevento, 7 dicembre 1995, in *Riv. dir. comm.*, 1996, II, 163; Trib. Potenza, 20 ottobre 1997, cit.; Trib. Potenza, 13 luglio 2000, cit.; Trib. Chieti, 19 luglio 2016, cit.

⁴¹ In linea generale, sull'idoneità della ricapitalizzazione almeno al riequilibrio patrimoniale, D. GALLETTI, *La ripartizione del rischio di insolvenza. Il diritto fallimentare tra diritto ed economia*, cit., 188 ss.; L. STANGHELLINI, *Le crisi d'impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, cit., 127; F. PACILEO, *Continuità e solvenza nella crisi d'impresa*, cit., 226; Cass. civ., Sez. I, 9 marzo 2004, n. 4727, in *Riv. dott. comm.*, 2004, 1148; Cass. civ., Sez. I, 1° dicembre 2005, n. 26217, in *Fall.*, 2006, 965; Trib. Campobasso, 6 febbraio 1989, cit., riguardante proprio l'aumento di capitale di un istituto di credito mediante apporti dei soci; App. Torino, 12 giugno 2012, in *Fall.*, 2013, 727, con nota di M. CATALDO, *I presupposti della dichiarazione di insolvenza dell'impresa di assicurazione*.

⁴² A giudizio di P. DE GIOIA CARABELLESE, *Insolvenza e strumenti di risoluzione bancaria: convergenze e parallelismi*, in *Dir. fall.*, 2020, I, 359, «la BRRD è stata accorta nel congegnare uno strumento di risoluzione (in particolare, il *bail-in*), che

Contro la rilevanza della solvibilità sopravvenuta - anche solo prevedibile - restano attuali le considerazioni svolte dalla giurisprudenza in merito al ritorno *in bonis* del Banco Ambrosiano. Le relative decisioni svolgono due premesse⁴³. La meno convincente muove dalla necessità della procedura liquidatoria per il perfezionamento dell'operazione programmata nel corso dell'amministrazione straordinaria. A pregiudicare la capacità persuasiva dell'argomento sono le regole che consentono l'avvio della liquidazione coatta amministrativa a prescindere dall'insolvenza, in modo da escludere un'implicazione necessaria tra il suo accertamento e lo svolgimento della procedura utile al compimento dell'operazione⁴⁴. Più solido è l'argomento che sottolinea l'irrilevanza dei fatti realizzati o prevedibili successivamente all'avvio della liquidazione coatta amministrativa, desumibile dalla retrodatazione dell'accertamento e indifferente alla configurazione di conseguenze favorevoli o negative per la solvibilità della banca⁴⁵.

La tenuta di queste conclusioni trova conferma nel regime dedicato alla risoluzione dall'art. 36, comma 2, d.lgs. 16 novembre 2015, n. 180, che orienta contro la rilevanza dei fatti intervenuti nel corso della risoluzione e capaci di provocare il ritorno *in bonis*. Quest'unica disposizione stabilisce due regole. La prima fissa la condizione rilevante per l'accertamento dell'insolvenza all'avvio dell'intervento. La seconda precisa che la punibilità per i reati fallimentari non viene

presenta un ossimoro: presuppone necessariamente [...] che non ricorra l'insolvenza (in quanto in tal caso vi sarebbe la normale liquidazione dell'ente creditizio), ma, nel contempo, assume che l'insolvenza sia evitata (*sine die*), con sacrificio dei diritti di soci e/o creditori».

⁴³ Cass. civ., Sez. I, 17 marzo 1989, n. 1321, cit.; Trib. Milano, 26 agosto 1982, cit.; Trib. Milano, 5 aprile 1984, cit.; App. Milano, 27 dicembre 1985, cit. Contro la rilevanza della solvibilità sopravvenuta, più di recente, App. Milano, 30 novembre 2012, cit.; Trib. Treviso, 27 giugno 2018, cit.

⁴⁴ Proprio la vicenda del Banco Ambrosiano ricorda l'esperibilità della procedura a prescindere dalla constatazione dell'incapacità di adempiere. Non persuade perciò la tesi di un nesso di implicazione necessaria tra insolvenza e avvio della liquidazione controllata strumentale al completamento dell'operazione di ristrutturazione, potendosi questa perfezionare anche nella procedura avviata per una ragione indipendente dall'insolvenza.

⁴⁵ L'equivalenza tra effetti positivi e negativi, ugualmente indifferenti se posteriori al momento rilevante per l'accertamento, viene sottolineata da Trib. Milano, 26 agosto 1982, cit.; V. D. GESMUNDO, *L'insolvenza bancaria al tempo dell'Unione*, cit., 1223.

meno se tale condizione è superata per effetto proprio della risoluzione. Le due norme presentano un contenuto disomogeneo: una riguarda il contesto rilevante per l'accertamento; l'altra, il regime applicabile, che resta quello penalistico dell'insolvenza anche se questa viene rimossa in seguito all'intervento di risoluzione. L'inclusione in un'unica disposizione si spiega con la logica comune alle due regole. Entrambe postulano l'irrelevanza dei fatti successivi all'avvio della risoluzione, sia già intervenuti sia meramente prevedibili. Si configura una disciplina coerente alla limitata funzione dell'insolvenza bancaria: poiché l'ingerenza nell'attività dell'istituto di credito prescinde dalla sua insolvenza, non sussistono quelle esigenze di protezione del debitore che possono giustificare l'esclusiva rilevanza dell'incapacità solutoria irreversibile⁴⁶; al contrario, nella remota ipotesi che tale ingerenza possa dipendere proprio dall'insolvenza - e cioè nello scenario del suo accertamento preventivo⁴⁷ - non sarebbe la prospettiva del ritorno *in bonis* ad evitare i pericoli che giustificano la risoluzione o la sottoposizione della banca a liquidazione coatta amministrativa⁴⁸.

⁴⁶ Sull'esigenza dell'incapacità irreversibile per la configurazione dell'insolvenza in base alla legge fallimentare ed ora al codice della crisi, *ex multis*, U. MORELLO, *Operazioni di salvataggio e nozione di insolvenza: un problema da rimeditare*, in *Corr. giur.*, 1989, 768; G. TERRANOVA, *L'accertamento giudiziale dello stato d'insolvenza delle banche*, cit., 5; A. BARBIERI, *Accertamento dello stato d'insolvenza dell'impresa bancaria*, cit., 1282-1283; Cass. civ., Sez. I, 21 novembre 1986, n. 6856, in *ilcaso.it*; Cass. civ., Sez. I, 14 aprile 1992, n. 4550, in *ilcaso.it*; Cass. civ., Sez. I, 28 marzo 2001, n. 4455, in *ilcaso.it*; Cass. civ., Sez. I, 27 marzo 2014 n. 7252, in *ilcaso.it*; Cass. civ., Sez. VI, 16 settembre 2015, n. 18192; Cass. civ., Sez. I, 6 febbraio 2018, n. 2810, in *ilcaso.it*; Cass. civ., Sez. I, 11 marzo 2019, n. 6978, in *ilcaso.it*; Cass. civ., Sez. VI, 20 gennaio 2020, n. 1069, in *ilcaso.it*; Cass. civ., Sez. I, 11 giugno 2020, n. 11267, cit.; Trib. Potenza, 20 ottobre 1997, cit.; Trib. Potenza, 13 luglio 2000, cit.; Trib. Arezzo, 8-11 febbraio 2016, cit.; App. Napoli, 2 maggio 2019, cit.; Trib. Benevento, 18 dicembre 2019, in *Giur. comm.*, 2020, II, 1468, con nota di A. JORIO, *Sulle nozioni di crisi e di insolvenza prospettica*.

⁴⁷ Sulla scarsa ricorrenza statistica dell'accertamento preventivo dell'insolvenza, spiegabile con la rilevanza di presupposti ulteriori e generalmente preliminari rispetto all'incapacità di adempiere, G. BOCCUZZI, *Sub art. 82 TUB*, cit., 1014; G. MEO, *Prevenzione e difesa della continuità nella speciale disciplina della crisi della banca*, cit., 401 e 435.

⁴⁸ Per il rilievo che l'incapacità transitoria, normalmente tollerabile per altre imprese, produce pericoli inaccettabili se riguarda un istituto di credito, G. BERIONNE, *Sub art. 63 l.b.*, in F. CAPRIGLIONE-V. MEZZACAPO (a cura di), *Codice commentato*

7. Segue: *la rilevanza dell'insufficienza patrimoniale notevole, evidente e non transitoria*

Dall'assimilazione di quella bancaria alla comune insolvenza dovrebbe dipendere la rilevanza esclusiva dell'incapacità di adempiere percepibile dall'esterno⁴⁹, pretesa in passato dall'art. 5, comma 2, l. fall.⁵⁰ ed ora con maggiore chiarezza dall'art. 2, lett. b, c.c.i., il quale

della banca, Milano, 1990, I, 745; G. TERRANOVA, *L'accertamento giudiziale dello stato d'insolvenza delle banche*, cit., 17.

⁴⁹ Giustificata dalle opinioni che riconoscono la rilevanza della nozione comune in ambito bancario (nt. 10 e nt. 11), la conclusione è accolta da Trib. Benevento, 7 dicembre 1995, cit., che reputa imprescindibile l'esteriorizzazione dell'insolvenza e tuttavia dichiara sufficiente il deposito della contabilità rivelatrice dell'incapienza patrimoniale della banca. Per la necessità che la condizione di incapacità risulti percepibile dall'esterno, anche F. GALGANO, *Sull'insolvenza della banca sottoposta a liquidazione coatta amministrativa*, cit., 237-238. Nonostante il teorico riconoscimento di tale esigenza, G. BOCCUZZI, *Sub art. 82 TUB*, cit., 1020, osserva che «nell'esperienza storica delle insolvenze bancarie italiane, lo stato di insolvenza è stato in massima parte dichiarato in assenza di inadempimenti o di manifestazioni esteriori»; per la medesima constatazione, E. SABATELLI, *Sub art. 82*, in C. COSTA (a cura di), *Commento al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, 2, Torino, 2023, 821.

⁵⁰ Così F. GALGANO, *Sull'insolvenza della banca sottoposta a liquidazione coatta amministrativa*, cit., 234; ID., *Dichiarazione di fallimento e argomenti di prova dell'insolvenza*, in *Contr. imp.*, 2011, 4; R. CERCONE, *L'insolvenza delle banche tra nuove questioni processuali e consolidati indirizzi di merito*, cit., 328; M. BIONE, *Della dichiarazione di fallimento*, in *Commentario Scialoja-Branca alla legge fallimentare*, Bologna-Roma, 1974, 206 ss.; A. NIGRO, *Sub art. 5*, in A. NIGRO-M. SANDULLI-V. SANTORO (a cura di), *La legge fallimentare dopo la riforma*, 1, Torino, 2011, 62-63; ID., *La disciplina delle crisi patrimoniali delle imprese. Lineamenti generali*, cit., 220, nel riconoscere che «lo stato di insolvenza [...] non rileva ex se, ma solo in quanto si esteriorizzi»; L. MODICA, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, Napoli, 2012, 119 ss.; F. DI SABATO, *Stato di insolvenza e analisi di bilancio*, in *Riv. dir. imp.*, 200, II, 108; G. FERRI JR., *Il presupposto oggettivo del fallimento*, cit., 769 ss.; ID., *Lo stato d'insolvenza*, cit., 1178 ss.; AND. DALMARTELLO-R. SACCHI-D. SEMEGHINI, *I presupposti del fallimento*, in A. JORIO (a cura di), *Fallimento e concordato fallimentare*, 1, Torino, 2016, 273 ss. Diversamente, a partire dalla premessa che individua nell'art. 5, comma 2, l. fall. non la definizione dello stato di insolvenza ma la descrizione della sua espressione più frequente G. TERRANOVA, *Lo stato di insolvenza. Per una concezione formale del presupposto oggettivo del fallimento*, in *Giur. comm.*, 1996, I, 86 ss.; ID., *Stato di crisi, stato di insolvenza, incapacienza patrimoniale*, in *Dir. fall.*, 2006, I, 562; M. FABIANI, *Diritto fallimentare. Un profilo organico*, Bologna, 2011, 78; A. JORIO, *Fallimento (diritto privato e*

richiama «lo stato del debitore che si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni»⁵¹.

La rilevanza di questa definizione nel contesto bancario si giustifica con la norma generale di rinvio posta dall'art. 80, comma 6, TUB⁵²: «per quanto non espressamente previsto si applicano, se compatibili, le disposizioni del codice della crisi e dell'insolvenza»⁵³. L'estensione di tali regole generali dipende da due condizioni: dalla mancanza di norme settoriali e dalla loro coerenza al sistema bancario⁵⁴. Di riflesso, non basta l'insussistenza di una definizione *ad hoc* per estendere la

processuale), in *Enc. dir., Annali*, III, Milano, 2010, 347; ID., *Le crisi d'impresa. Il fallimento*, in *Trattato Judica-Zatti*, Milano, 2000, 211 ss.; G. CAPO, *Lo stato di insolvenza*, in V. BUONOCORE-A. BASSI (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare*, I, Padova, 2010, 180 ss.; E. FRASCAROLI SANTI, *Crisi dell'impresa e soluzioni stragiudiziali*, in *Trattato Galgano di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, XXXVII, Padova, 2005, 165-166; Cass. civ., Sez. I, 7 aprile 1972, n. 1036, in *ilcaso.it*; Cass. civ., Sez. I, 11 giugno 2020, n. 11267, cit.; Trib. Napoli, 3 dicembre 1980, cit.; App. Milano, 27 dicembre 1985, cit.

⁵¹ La lettera («ai fini del presente codice si intende per “insolvenza”») e la rubrica («definizioni») dell'art. 2, lett. b, c.c.i. chiariscono il contenuto definitorio della previsione, in modo da superare la tesi formulata nel vigore della legge fallimentare e contraria sia al riconoscimento di tale contenuto sia di conseguenza all'esigenza di una incapacità percepibile dall'esterno (v. nt. precedente).

⁵² Il criterio di integrazione delle lacune è coerente alla distribuzione della competenza normativa preannunciata dall'art. 294, comma 1, c.c.i., con la precisazione secondo cui «la liquidazione coatta amministrativa è regolata dalle disposizioni del presente titolo, salvo che le leggi speciali dispongano diversamente».

⁵³ Resta attuale il rilievo di S. FORTUNATO, *La liquidazione coatta delle banche dopo il testo unico: lineamenti generali e finalità*, cit., 763, che «all'interno del t.u. operano due forze di segno opposto, l'una che spinge verso la specialità e l'altra che spinge verso il diritto comune».

⁵⁴ Nel considerare la disciplina dell'art. 80, comma 6, TUB, M. SANDULLI, *La liquidazione coatta delle banche fra diritto comune e diritto speciale: il rinvio alla legge fallimentare*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1997, I, 445-446, riscontra «due tendenze contrastanti: per quanto non espressamente previsto non si può far ricorso ad applicazione estensiva o analogica di principi contenuti nel t.u., ma occorre utilizzare le disposizioni della legge fallimentare. Però, ciò sarà possibile solo se la disciplina della materia non disciplinata dal t.u. sia compatibile con la disciplina della l.c.a. contenuta nella Sezione III del Capo I del Titolo IV [...]. Quindi può dirsi che in sede di verifica della norma da applicare, vada innanzi tutto ricercata nella legge fallimentare [...] la disciplina più compatibile con quella del t.u.; se tale ricerca non ha esito positivo si dovranno applicare principi generali compatibili con il t.u.».

rilevanza della definizione posta dal codice della crisi; occorre anche la compatibilità tra il sistema settoriale e tale definizione dell'insolvenza.

Quest'ultimo requisito pare almeno in parte da escludere.

In linea generale è la diffusione di codici linguistici settoriali⁵⁵ a restringere la portata delle regole definitorie allo specifico ambito di pertinenza⁵⁶. La conferma viene data proprio dall'art. 2, lett. b, c.c.i., nel circoscrivere la nozione di insolvenza «ai fini del presente codice». Soprattutto, mentre la definizione posta dal codice della crisi mette in equilibrio gli interessi contrapposti di debitore e creditori (§ 1), in modo da spiegare con l'autonomia del primo i requisiti dell'irreversibilità e dell'esteriorizzazione; l'insolvenza bancaria rileva per l'applicazione di un ridotto insieme di regole, nell'ambito di rimedi orientati principalmente alla salvaguardia del sistema economico⁵⁷.

⁵⁵ N. IRTI, *Le legge speciali fra teoria e storia*, in *L'età della decodificazione*, 4° ed., Milano, 1999, 86, il quale conclude che «il 'significato proprio delle parole' va [...] ricostruito all'interno dei singoli codici linguistici: cioè, secondo un nesso di congruenza con la specificità della materia regolata» (corsivi dell'autore).

⁵⁶ Con riguardo alle definizioni normative, G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, 138-139 e 236-237; V. VELLUZZI, *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, Torino, 2002, 158 ss., che insiste soprattutto sul canone ermeneutico della costanza semantica.

⁵⁷ Sulle diverse finalità dei due sistemi normativi, T. ARIANI-L. GIANI, *La tutela degli azionisti nelle crisi bancarie*, in *Riv. dir. soc.*, 2013, 725; L. STANGHELLINI, *La gestione delle crisi bancarie. La tradizione italiana e le nuove regole europee*, cit., 327; G. GUIZZI, *Il bail-in nel nuovo sistema di risoluzione delle crisi bancarie. Quale lezione da Vienna?*, in *Corr. giur.*, 2015, 1490 ss.; A. GARDELLA, *Il bail-in e il finanziamento delle risoluzioni bancarie nel contesto del meccanismo di risoluzione unico*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2015, I, 612; A. NIGRO, *Il nuovo ordinamento bancario e finanziario europeo: aspetti generali*, in *Giur. comm.*, 2018, I, 191-192; D. VATTERMOLI, *I profili generali: struttura, natura, funzioni*, cit., 668; P. DE GIOIA CARABELLESE, *Bail-in, diritti dei creditori e costituzione italiana*, in *Giur. comm.*, 2020, I, 947-948; T.A.R. Calabria, 7 ottobre 1996, n. 241, in *Banca borsa tit. cred.*, 1999, II, 89. La divergenza tra la disciplina generale della crisi d'impresa e le regole dettate per quelle bancarie viene sottolineata anche da R.M. LASTRA, *Northern Rock, UK bank insolvency and cross-border bank insolvency*, in 9 *Journal of Banking Regulation* 165 (2008), 171, per la quale «corporate insolvency laws typically seek to fulfil two principal objectives: fair and predictable treatment of creditors, and maximisation of assets of the debtor in the interests of creditors. The main goals in a bank insolvency proceeding are, however, the safety and soundness of the financial system at large and the integrity of the payment systems»; E. HÜPKES, *Special bank resolution and shareholders' rights: balancing competing interests*, in 17 *Journal of Financial Regulation and Compliance* 277 (2009), 277; EAD., *Insolvency – why a*

L'importazione senza adattamenti della nozione generale implica poi preoccupanti conseguenze. La necessaria esteriorizzazione dell'incapacità di adempiere restringe l'insolvenza bancaria fino quasi a negarle ogni utilità pratica⁵⁸: da un lato, l'assoggettamento dell'impresa alla costante vigilanza dell'autorità governativa rende prevedibile l'attivazione di rimedi idonei all'intercettazione della crisi, sia economica sia di legalità⁵⁹, prima della degenerazione nell'incapacità di adempiere percepibile dall'esterno⁶⁰; dall'altro, la

special regime for banks?, cit., 467-468; L. JANSSEN, *Bail-in from an Insolvency Law Perspective*, in 33 *Journal of International Banking Law and Regulation* 2018, 3.

⁵⁸ È allo scopo di evitare un simile risultato che G. BOCCUZZI, *Sub art. 82 TUB*, cit., 1020, propone l'espansione della nozione di insolvenza bancaria e l'irrelevanza proprio dell'esteriorizzazione della condizione di incapacità.

⁵⁹ Benché riguardi apparentemente altri profili, anche la rilevanza riconosciuta alla violazione delle regole che presiedono allo svolgimento dell'attività bancaria assume una funzione di prevenzione dell'insolvenza, correlata al postulato secondo cui la sussistenza di irregolarità risulta sintomatica di una gestione economicamente inefficiente: A. JORIO, *Le procedure concorsuali tra tutela del credito e salvaguardia dei complessi produttivi*, in *Giur. comm.*, 1994, I, 510; A. NIGRO, *Sub art. 70*, in F. BELLIG. CONTENTO-A. PATRONI GRIFFI-M. PORZIO-V. SANTORO (a cura di), *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia. Commento al d.lgs. 1° settembre 1993*, n. 385, I, Bologna, 2003, 1144; G. SANTONI, *La disciplina del bail-in, lo stato di dissesto e la dichiarazione dello stato di insolvenza*, cit., 529; B. INZITARI, *BRRD, bail in, risoluzione della banca in dissesto, condivisione concorsuale delle perdite (d.lgs. n. 180 del 2015)*, cit., 206; E. RULLI, *Sub art. 82*, cit., 1151-1152; B. CAMPAGNA, *La particolare rilevanza indiziaria del deficit patrimoniale nella determinazione dell'irreversibilità della crisi dell'impresa bancaria*, in *dirittobancario.it*, 8; E. HÜPKES, *Insolvency – why a special regime for banks?*, cit., 462. Per una diversa impostazione, Trib. Napoli, 3 dicembre 1980, cit., nel reputare del tutto irrilevante la sussistenza di irregolarità gestorie per il controllo sulla solvibilità attuale e prospettica della banca.

⁶⁰ In senso analogo, S. CAPIELLO, *Lo stato di insolvenza dell'impresa in rapporto alla specificità dell'attività bancaria*, cit., 112, il quale osserva: in relazione all'accertamento preventivo, che ad attendere l'esteriorizzazione dell'incapacità di adempiere «il giudizio in questione si rivelerebbe uno strumento di tutela dei creditori e della stabilità del sistema bancario del tutto inefficace in quanto sarebbe azionabile solo allorquando la crisi fosse giunta ad uno stato (quello appunto della sua estrinsecazione in veri e propri inadempimenti) di irreversibile compromissione dell'azienda bancaria»; in relazione all'accertamento successivo, che esso «avrebbe costantemente esito negativo per gli istanti, considerato che in questa fattispecie lo stato di decozione va accertato con riferimento alla data del decreto di liquidazione e quest'ultimo provvedimento viene fisiologicamente adottato [...] prima che la crisi patrimoniale e finanziaria si manifesti»; A. NIGRO, *Sub art. 74*, in F. BELLIG.

manifestazione esteriore di tale incapacità diventa perfino inconcepibile qualora i debiti della banca siano resi inesigibili dalla sospensione dei pagamenti ai sensi dell'art. 74 TUB⁶¹. Neppure la constatazione di un significativo squilibrio patrimoniale, considerato il principale indicatore dell'insolvenza bancaria⁶², basterebbe a giustificare

CONTENTO-A. PATRONI GRIFFI-M. PORZIO-V. SANTORO (a cura di), *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia. Commento al d.lgs. 1° settembre 1993*, n. 385, I, Bologna, 2003, 1199-1200; R. CERCONE, *L'insolvenza delle banche tra nuove questioni processuali e consolidati indirizzi di merito*, cit., 329-330, per il quale «siccome l'intervento delle autorità creditizie normalmente previene e impedisce la corsa ai depositi, se si è ancora lo stato di insolvenza all'inadempimento o alla carenza di credito o di liquidità, allora l'insolvenza è fenomeno da cui le banche rischierebbero di essere - per definizione - immuni»; E. GALANTI, *Riforma del diritto fallimentare e procedure di crisi delle imprese finanziarie*, in *Fall.*, 2006, 1117 (nota 11); E. RULLI, *Sub art. 82*, cit., 1149; G. FANELLI, *Le assicurazioni*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 1973, 341, con riguardo però al regime delle crisi assicurative; G. MEO, *Prevenzione e difesa della continuità nella speciale disciplina della crisi della banca*, cit., 400. Pare formulare conclusioni divergenti C. CANALE, *L'accertamento dell'insolvenza delle banche alla luce della (nuova) disciplina europea sulla gestione delle crisi bancarie: ritorno alla tradizione tramite l'innovazione*, cit., 293, quando pronostica che proprio l'assoggettamento della banca a interventi anticipatori dell'insolvenza possa poi favorirne la constatazione.

⁶¹ Per tale delicata questione, affrontata a partire dalla regola secondo cui la sospensione dei pagamenti «non costituisce stato d'insolvenza» (attualmente, art. 74, comma 3, TUB), già A. DE MARTINI, *Moratoria di aziende di credito e dichiarazione di stato di insolvenza*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1950, II, 167 ss.; G. TERRANOVA, *L'accertamento giudiziale dello stato d'insolvenza delle banche*, cit., 12 ss.

⁶² Sulla particolare rilevanza indiziaria del deficit per l'accertamento dell'insolvenza bancaria, F. GALGANO, *Sull'insolvenza della banca sottoposta a liquidazione coatta amministrativa*, cit., 236; S. CAPPIELLO, *Lo stato di insolvenza dell'impresa in rapporto alla specificità dell'attività bancaria*, cit., 109; R. CERCONE, *L'insolvenza delle banche tra nuove questioni processuali e consolidati indirizzi di merito*, cit., 328 ss.; L. DESIDERIO, *Sub art. 80*, in M. PORZIO-F. BELLÌ-G. LOSAPPIO-M. RISPOLI FARINA-V. SANTORO (a cura di), *Testo unico bancario. Commentario*, Milano, 2010, 692; G. FALCONE, «Stato di dissesto» e «insolvenza» nella liquidazione coatta amministrativa delle banche, in *Fall.*, 2019, 236; G. MEO, *Prevenzione e difesa della continuità nella speciale disciplina della crisi della banca*, cit., 422; L. ANDRETTO, *L'insolvenza bancaria e il contraddittorio per il suo accertamento*, in *Fall.*, 2024, 950-951; G. FALCONE, *CCII e disciplina delle liquidazioni coatte amministrative di banche e intermediari del mercato finanziario*, in *Fall.*, 2024, 1312; Cass. civ., Sez. I, 21 aprile 2006, n. 9408, cit.; Cass. civ., Sez. I, 18 agosto 2017, n. 20186, cit.; Cass. civ., Sez. I, 8 febbraio 2019, n. 3864, cit., nella cui motivazione si legge che «l'insolvenza di un'impresa bancaria costituisce un suo

l'accertamento in mancanza degli inadempimenti e degli altri fatti esteriori richiamati dall'art. 2, lett. *b*, c.c.i.⁶³.

modo di essere [...] da valutarsi apprezzando, come fattore dotato di centralità, il deficit patrimoniale»; Cass. civ., Sez. I, 11 giugno 2020, n. 11267, cit.; Cass. civ., Sez. I, 28 settembre 2023, n. 27524, cit.; Trib. Napoli, 3 dicembre 1980, cit.; Trib. Benevento, 7 dicembre 1995, cit.; T.A.R. Calabria, 7 ottobre 1996, n. 241, cit., benché in un rilievo solo incidentale; Trib. Trieste, 7 marzo 1997, in *Foro it.*, 1997, I, 2685; Trib. Frosinone, 3 novembre 1995, in *Banca borsa tit. cred.*, 1996, II, 560; Trib. Frosinone, 15 maggio 1998, in *Riv. dir. comm.*, 1998, II, 101, con nota di S. Cappiello, *Lo stato di insolvenza dell'impresa in rapporto alla specificità dell'attività bancaria*; Trib. Chieti, 19 luglio 2016, cit.; Trib. Arezzo, 8-11 febbraio 2016, cit.; App. Firenze, 6 maggio 2016, cit.; Trib. Sciacca, 16 febbraio 2016, cit.; Trib. Treviso, 27 giugno 2018, cit.; Trib. Vicenza, 9 gennaio 2019, cit.; App. Venezia, 18 dicembre 2019, cit. È da ricordare l'impostazione di Trib. Milano, 5 aprile 1984, cit., favorevole al riconoscimento dell'insolvenza qualora l'eccedenza dell'attivo sul passivo risulti prossima a venire meno per la sopravvenuta carenza di fiducia verso lo specifico istituto di credito (Banco Ambrosiano); la decisione dichiara non tanto l'irrelevanza del deficit patrimoniale ma l'inidoneità del surplus di bilancio ad escludere l'insolvenza. Diversamente, nell'escludere l'insolvenza della banca titolare di un patrimonio capiente, Trib. Campobasso, 6 febbraio 1989, cit. Sull'incidenza assunta dall'esiguità del patrimonio netto nelle crisi bancarie degli anni recenti, G. SANTONI, *Brevi riflessioni sugli interventi normativi riguardanti le cause delle crisi bancarie e sulla specificità del sistema concorrenziale bancario*, in P. Montalenti-M. Notari (a cura di), *La banca nel nuovo ordinamento europeo: luci e ombre*, Milano, 2018, 263-264.

⁶³ In questi termini, AND. DALMARTELLO-R. SACCHI-D. SEMEGHINI, *I presupposti del fallimento*, cit., 275, quando osservano che «non appare [...] corretto qualificare l'insufficienza patrimoniale come "fatto esteriore" del presupposto del fallimento, implicitamente equiparandola agli inadempimenti»; L. MODICA, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, cit., 120-121; App. Torino, 12 giugno 2012, cit. La premessa sembra condivisa dall'impostazione che assume quale esteriorizzazione dell'insolvenza non l'insufficienza patrimoniale ma la pubblicazione del bilancio utile alla sua dimostrazione: A. DONATI, *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, I, Milano, 1952, 455-456; Trib. Benevento, 7 dicembre 1995, cit. Diversamente, nel qualificare il deficit alla stregua di un fatto esteriore all'impresa, Cass. civ., Sez. I, 9 marzo 2004, n. 4727, cit.; Cass. civ., Sez. I, 1° dicembre 2005, n. 26217, cit.; Cass. civ., Sez. I, 20 novembre 2018, n. 29913, in *ilcaso.it*; App. Firenze, 6 maggio 2016, cit., che riconosce una manifestazione di insolvenza nella «inesistenza di cespiti con cui estinguere le passività».

Simili inconvenienti suggeriscono l'esame delle nozioni vigenti in ambiti prossimi a quello bancario, per la ricerca di quella applicabile in linea analogica⁶⁴.

Sembra utile la considerazione di due norme.

La prima non definisce l'insolvenza, della quale richiama però gli elementi principali⁶⁵. Dispone l'art. 57, comma 6 *bis*, TUF che «qualora le attività del fondo o del comparto non consentano di soddisfare le obbligazioni dello stesso e non sussistano ragionevoli prospettive che tale situazione possa essere superata, uno o più creditori o la SGR possono chiedere la liquidazione del fondo al tribunale del luogo in cui la SGR ha la sede legale». Rilevano l'incapienza del fondo e l'irreversibilità di tale condizione; in sintesi, lo squilibrio patrimoniale non meramente transitorio⁶⁶.

L'applicazione analogica dell'art. 57, comma 6 *bis*, TUF al settore bancario è impedita dalle specificità che giustificano la norma. La *ratio* si coglie anzitutto nella separazione patrimoniale correlata alla mancanza di soggettività del fondo⁶⁷ e poi - almeno secondo

⁶⁴ L'applicabilità analogica delle regole definitorie non è revocabile in dubbio se si condivide la tesi oggi prevalente del loro carattere normativo, diretto alla fissazione del significato vincolante nell'interpretazione di disposizioni ulteriori: tra i tanti, M. DELLACASA, *Sulle definizioni legislative nel diritto privato. Fra codice e nuove leggi civili*, Torino, 2004, 35-36.

⁶⁵ Per la somiglianza tra la nozione di insolvenza e l'incapienza evocata dall'art. 57, comma 6 *bis*, TUF, S. BONFATTI, *Questioni dibattute su diritto di proprietà e fondi comuni di investimento: gli strumenti di gestione delle crisi dei fondi comuni di investimento e dei patrimoni separati*, in *Dir. banc. fin.*, 2018, I, 177; Trib. Lecco, 5 marzo 2013, inedita; Trib. Bolzano, 31 gennaio 2014, inedita. Diversamente, sottolineando la connotazione patrimoniale dell'incapienza e quella organizzativa dell'insolvenza, P. CARRIÈRE, *La "crisi" nei fondi comuni di investimento: tra autonomia patrimoniale e soggettività*, in *Riv. dir. soc.*, 2014, III, 279 (nota 95); S. CICCHINELLI, *Debito e responsabilità nella disciplina sui fondi comuni di investimento*, in *Riv. dir. comm.*, 2014, I, 597.

⁶⁶ Tra gli altri, M. TRECCANI, *Situazioni di crisi e rapporto di partecipazione al fondo nella gestione collettiva del risparmio*, in *Osservatorio dir. civ. comm.*, 2018, 431-432. L'art. 57, comma 6 *bis*, TUF aggiunge la necessità di un «pericolo di pregiudizio»; come rileva S. BONFATTI, *Questioni dibattute su diritto di proprietà e fondi comuni di investimento: gli strumenti di gestione delle crisi dei fondi comuni di investimento e dei patrimoni separati*, cit., 178, la sussistenza del pericolo risulta *in re ipsa* al ricorrere di un'incapienza non meramente transitoria.

⁶⁷ La correlazione tra segregazione patrimoniale e rilevanza del deficit è particolarmente marcata nella ricostruzione di G. FERRI JR., *L'incapienza dei fondi*

un'importante linea di pensiero - nell'esercizio di un'attività di investimento senza impresa⁶⁸. Insuperabile risulta soprattutto un'altra ragione di distinzione: mentre l'insolvenza bancaria è soggetta per lo più a un accertamento posteriore all'avvio della liquidazione coatta amministrativa o della risoluzione, l'incapienza del fondo rileva purché non risulti già pendente una procedura di liquidazione, allo scopo di provocarne l'attivazione a tutela del ceto creditorio⁶⁹.

Una nozione settoriale di insolvenza ricorre in ambito assicurativo. Prevede l'art. 248, comma 3, cod. ass. priv. che «lo stato d'insolvenza si manifesta, oltre che nei modi indicati nell'articolo 2, comma 1, lettera b), del codice della crisi e dell'insolvenza, *anche nella situazione di notevole, evidente e non transitoria insufficienza delle attività patrimoniali* necessarie per far fronte agli impegni relativi ai crediti di assicurazione o di riassicurazione»⁷⁰. La definizione posta dal codice della crisi non è smentita, ma integrata da quella speciale allo scopo di

comuni di investimento tra responsabilità patrimoniale e responsabilità per danni, in Riv. dir. comm., 2016, I, 394; G. PESCATORE, *Sub art. 57*, in F. VELLA (a cura di), *Commentario TUF*, 1, Torino, 2012, 557. Sull'assenza di soggettività del fondo, recentemente, N. DE LUCA, *SGR e fondi comuni, tra soggetto e oggetto. Appunti sulla legittimazione processuale*, in A. NUZZO-A. PALAZZOLO (a cura di), *Disciplina delle società e legislazione bancaria. Studi in onore di Gustavo Visentini*, Roma, 2020, 205 ss.

⁶⁸ G. FERRI JR., *L'incapienza dei fondi comuni di investimento tra responsabilità patrimoniale e responsabilità per danni*, cit., 387 ss. ID., *Soggettività giuridica e autonomia patrimoniale nei fondi comuni di investimento*, in *Rivista ODC*, 2015, 4 ss., con la conclusione che perciò «la crisi del fondo non pare poter assumere la forma, tipicamente commerciale, di insolvenza, ma solo quella, civile, di *incapienza*» (p. 6; corsivi dell'autore).

⁶⁹ Sulla tutela dell'interesse creditorio, V. OCCORSIO, *L'incapienza dei fondi comuni d'investimento nella nuova disciplina del T.U.F.*, in Riv. dir. comm., 2014, I, 613-614, che sottolinea anche la diversa impostazione della disciplina interna rispetto a quella espressa dalla Direttiva 2009/65/CE (c.d. UCITS IVV); P. CARRIÈRE, *La "crisi" nei fondi comuni di investimento: tra autonomia patrimoniale e soggettività*, cit., 283; G. FERRI JR., *L'incapienza dei fondi comuni di investimento tra responsabilità patrimoniale e responsabilità per danni*, cit., 405.

⁷⁰ La contiguità tra la nozione di insolvenza dettata in ambito assicurativo e la prassi che valorizza principalmente l'incapienza patrimoniale anche nel settore bancario (nt. 62) è posta in risalto da AND. DALMARTELLO-R. SACCHI-D. SEMEGHINI, *I presupposti del fallimento*, cit., 267 (nota 447).

riconoscere autonoma rilevanza all'incapienza patrimoniale duratura⁷¹. Mentre assume una funzione meramente indiziaria per le altre imprese, tale condizione è sufficiente all'accertamento in ambito assicurativo⁷².

La dottrina prevalente individua nella norma dedicata all'insolvenza assicurativa una funzione anticipatoria⁷³, spiegabile con le peculiari

⁷¹ In questi termini, D. BONACCORSI DI PATTI, *Sub art. 248*, in F. CAPRIGLIONE (diretto da), *Il codice delle assicurazioni private. Commentario al d.lgs. 7 settembre 2005*, n. 209, III, 1, Padova, 2007, 355; G. MARTINA, *La situazione di notevole, evidente e non transitoria insufficienza delle attività patrimoniali come manifestazione dello stato di insolvenza delle imprese di assicurazione*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2013, I, 414-415; M. CATALDO, *I presupposti della dichiarazione di insolvenza dell'impresa di assicurazione*, in *Fall.*, 2013, 731; App. Torino, 12 giugno 2012, cit.

⁷² Per la rilevanza solamente indiziaria del deficit patrimoniale rispetto alla nozione comune di insolvenza, N. JAEGER, *Osservazioni in tema di struttura e funzione del fallimento e degli altri processi occasionati da crisi d'impresa*, in *Riv. dir. proc.*, 1962, 547; U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, 1, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 1974, 127-128; L. STANGHELLINI, *Le crisi d'impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, cit., 121; A. NIGRO, *La disciplina delle crisi patrimoniali delle imprese. Lineamenti generali*, cit., 223-224; G. FAUCEGLIA, *Insolvenza e crisi*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, diretto da L. Panzani, I, Torino, 2012, 81-82; S. AMBROSINI, *Crisi e insolvenza nel passaggio fra vecchio e nuovo assetto ordinamentale: considerazioni problematiche*, in *ilcaso.it*, 17; Cass. civ., Sez. I, 24 marzo 1983, n. 2055, in *ilcaso.it*; Cass. civ., Sez. I, 26 febbraio 1990, n. 1439, in *Foro it.*, 1990, I, 1174; Cass. civ., Sez. I, 20 maggio 1993, n. 5736, in *Fall.*, 1993, 1135; Cass. civ., Sez. I, 27 febbraio 2001, n. 2830, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, 331; Cass. civ., Sez. VI, 17 febbraio 2012, n. 2351, in *Dir. fall.*, 2012, II, 42, con nota di F. PACILEO, *Ancora sullo «stato di insolvenza»*. *Appunti sull'art. 5 legge fallim. e spunti sulla nozione di «sovraindebitamento» di cui alla l. n. 3/2012*; Cass. civ., Sez. I, 27 marzo 2014 n. 7252, cit.; Cass. civ., Sez. I, 6 febbraio 2018, n. 2810, cit.; Cass. civ., Sez. I, 20 novembre 2018, n. 29913, cit.; Cass. civ., Sez. VI, 20 gennaio 2020, n. 1069, cit.; Trib. Potenza, 20 ottobre 1997, cit.; Trib. Potenza, 13 luglio 2000, cit.; Trib. Modena, 25 giugno 1998, in *Giur. comm.*, 1999, II, 322; Trib. Udine, 16 aprile 2011, in *ilcaso.it*; App. Milano, 23 aprile 2020, in *ilcaso.it*. Diversamente, e quindi per l'idoneità dell'insufficienza patrimoniale all'instaurazione della procedura fallimentare, G. TERRANOVA, *Stato di crisi, stato di insolvenza, incapienza patrimoniale*, cit., 558 ss. e 569.

⁷³ Sulla funzione anticipatoria connessa all'autonoma rilevanza dello squilibrio patrimoniale, App. Roma, 4 settembre 2006, in *onelegale.it*; App. Torino, 12 giugno 2012, cit.; R. BELLÈ, *Sub art. 194*, in *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, a cura di M. Ferro, 3° ed., Torino, 2014, 2737; M. CATALDO, *I presupposti della dichiarazione di insolvenza dell'impresa di assicurazione*, cit., 731 ss. Tale funzione si inserisce in quella più ampia di tutela tanto dei singoli assicurati quanto

caratteristiche dell'impresa⁷⁴, e in particolare con l'inversione del ciclo produttivo⁷⁵. La posposizione dei costi ai ricavi rende improbabile il ritorno *in bonis* della compagnia gravata da debiti superiori al valore dell'attivo⁷⁶; soprattutto, ritarda l'esteriorizzazione dell'incapacità di

del sistema economico, su cui insiste già la dottrina tradizionale per spiegare la convergenza di regole di diritto pubblico sull'attività e di diritto privato sui singoli atti (contratti) assicurativi: A. ASQUINI, *Verso l'unificazione delle leggi sulle assicurazioni*, in *Assicuraz.*, 1934, I, 5; A. GAMBINO, *Inadempimento e dissesto dell'assicuratore*, in *Studi in onore di Antigono Donati*, a cura di A.I.D.A., II, Roma, 1970, 296.

⁷⁴ Per la rilevanza del deficit nell'accertamento dell'insolvenza, già prima del riconoscimento esplicito da parte del Codice delle assicurazioni private, A. DONATI, *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, cit., 455-456; G. FANELLI, *Le assicurazioni*, cit., 341; M. PIZZIGATI, *Sub art. 44*, in G. PARTESOTTI-E. BOTTIGLIERI (a cura di), *Nuove norme per l'esercizio delle assicurazioni private contro i danni (l. 10 giugno 1978, n. 295). Commentario. Parte II*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1980, 106; G. VOLPE PUTZOLU, *La crisi dell'impresa di assicurazione*, in *Giur. comm.*, 1981, I, 671, che giustifica la conclusione con la premessa secondo cui «lo stato di insolvenza delle imprese di assicurazione non può essere accertato alla stregua degli ordinari criteri utilizzabili negli altri settori industriali»; EAD., *Controllo e risanamento delle imprese di assicurazione dopo la legge n. 576 del 1982*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 675. Sembra orientarsi in direzione opposta una parte della giurisprudenza dell'epoca: Trib. Roma, 11 luglio 1986, in *Temi rom.*, 1987, 155; Trib. Roma, 15 luglio 1986, in *Riv. dir. comm.*, 1987, II, 197; App. Roma, 10 febbraio 1987, in *Dir. fall.*, 1987, II, 700. Sulla rilevanza allora riconosciuta rispetto alla fattispecie del dissesto dall'art. 71, Testo unico delle leggi sull'esercizio delle assicurazioni private, all'insufficienza delle risorse per la copertura di riserve e cauzioni obbligatorie previste dalla disciplina assicurativa, C. ANGELICI, *Dissesto dell'impresa assicuratrice e rifiuto di pagamento dei premi da parte dell'assicurato*, in *Riv. dir. comm.*, 1969, II, 383.

⁷⁵ Sull'inversione del ciclo, V. LEMMA, *Il valore delle riserve tecniche delle compagnie di assicurazioni secondo le indicazioni del codice delle assicurazioni private*, in *Contr. impr.*, 2007, 1215; C.F. GIAMPAOLINO, *Le assicurazioni. L'impresa, i contratti*, Torino, 2013, 24-25 e 70.

⁷⁶ M. CATALDO, *I presupposti della dichiarazione di insolvenza dell'impresa di assicurazione*, cit., 737. Per il rilievo che l'insolvenza assicurativa non configura una condizione estemporanea e imprevedibile, ma l'esito di una degenerazione progressiva dei conti: A. ROCCELLA, *Sub art. 57*, in *Nuove norme per l'esercizio delle assicurazioni private contro i danni (l. 10 giugno 1978, n. 295). Commentario. Parte II*, a cura di G. Partesotti-E. Bottiglieri, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1980, 710; L. DI BRINA, *Commento agli artt. 54-60*, in G. PARTESOTTI-M. RICOLFI (a cura di), *La nuova disciplina dell'impresa di assicurazione sulla vita in attuazione della terza direttiva. Commentario*, Padova, 2000, 550; G. VOLPE PUTZOLU, *Controllo e risanamento delle imprese di assicurazione dopo la legge n. 576 del 1982*, cit., 675.

adempire e lascia così presagire l'aggravamento della condizione di disagio. A correggere i pericoli conseguenti a tale ricaduta dilatoria provvede proprio il riconoscimento di un'autonoma rilevanza allo squilibrio patrimoniale grave, palese e duraturo⁷⁷. Di conseguenza, non è tanto l'inversione del ciclo produttivo, ma il conseguente differimento dell'incapacità manifesta a spiegare l'autonoma rilevanza di una simile condizione di incapienza.

L'effetto dilatorio può immaginarsi anche in ambito creditizio, non in conseguenza dell'inversione del ciclo - estranea all'attività della banca - ma per i molteplici canali di approvvigionamento finanziario di cui questa dispone⁷⁸: è sufficiente l'incremento della remunerazione offerta alla clientela per consentire il recupero di liquidità e quindi il prolungamento di una capacità di adempiere soltanto apparente e momentanea⁷⁹. Sussiste allora lo stesso inconveniente che l'art. 248, comma 3, cod. ass. priv. contrasta tramite l'autonoma rilevanza del *deficit* non meramente transitorio⁸⁰. Sussiste inoltre la comune funzione

⁷⁷ M. CATALDO, *I presupposti della dichiarazione di insolvenza dell'impresa di assicurazione*, cit., 734; G. TERRANOVA, *Gustavo Bonelli fallimentarista*, in *Dir. fall.*, 2017, I, 1320; App. Roma, 4 settembre 2006, cit.; App. Torino, 12 giugno 2012, cit.

⁷⁸ Da ultimo, è Cass. civ., Sez. I, 28 settembre 2023, n. 27524, in *dejure.it*, a riconoscere particolare rilevanza (comunque solo indiziaria) al *deficit* patrimoniale per via dei «molteplici canali di accesso al reperimento di liquidità» di cui la banca dispone, e quindi della capacità di differire la manifestazione esteriore dell'incapacità di adempiere.

⁷⁹ S. BONFATTI-G. FALCONE, *Sub art. 82*, cit., 1345: «la struttura dell'attivo e del passivo di una impresa bancaria [...] è tale, che essa potrebbe non essere qualificabile "insolvente", nel senso attribuito a questa espressione dall'art. 5 l. fall., anche per un lungo arco di tempo successivo al momento in cui la gestione corrente ha preso a produrre perdite, anziché utili. La potenzialità di espansione della "raccolta" (per es. depositi della clientela) è pressoché senza limiti: anche in situazioni di accentuata concorrenzialità, l'offerta di un tasso di remunerazione lievemente superiore a quello praticato dal mercato rappresenta comunque una garanzia di acquisizione della necessaria "raccolta". Per effetto di una tale facilità di accesso alla "provvista" di mezzi finanziari, la banca può presentarsi al mercato in una situazione di tranquillizzante liquidità; e può alimentare ulteriori impieghi in favore della clientela».

⁸⁰ Un ulteriore profilo di convergenza tra decozione assicurativa e bancaria si ricava *a contrario* dalla considerazione esposta da Cass. civ., Sez. VI, 16 settembre 2015, n. 18192, cit., per cui l'insolvenza "comune" «si esprime, secondo una tipicità desumibile dai dati dell'esperienza economica, nell'incapacità di produrre beni con margine di redditività da destinare alla copertura delle esigenze di impresa (prima fra

dell'insolvenza, che sia nel settore assicurativo sia in quello bancario è realmente necessaria non tanto per l'instaurazione di procedimenti attivabili a prescindere, ma per l'applicazione della disciplina penalistica e delle regole sull'inefficacia degli atti compiuti⁸¹. Ricorre perciò quella somiglianza rilevante⁸² capace di giustificare l'applicazione analogica della regola dettata in ambito assicurativo⁸³, con la conseguente idoneità dell'incapienza notevole, evidente e non transitoria a configurare l'insolvenza dell'istituto di credito⁸⁴.

L'autonoma rilevanza di tale condizione suggerisce due corollari. Benché resti relegato ad ipotesi sporadiche e remote, l'accertamento preventivo dell'insolvenza può dipendere non solo da una incapacità di adempiere già percepibile dall'esterno, rilevante anche se transitoria (§ precedente), ma anche dalla sussistenza di un *deficit* patrimoniale consistente e verosimilmente duraturo⁸⁵. Queste stesse condizioni, siccome riconducibili alla nozione di insolvenza bancaria, giustificano

tutte l'estinzione dei debiti), nonché nell'impossibilità di ricorrere al credito a condizioni normali, senza rovinose decurtazioni del patrimonio». Per compagnie assicuratrici e banche l'insolvenza rappresenta invece lo stadio finale di un processo degenerativo che ha cause tipicamente patrimoniali e finanziarie, correlate più all'erronea ponderazione tecnica dei rischi che alla bontà intrinseca dei servizi offerti. Poste queste premesse, non pare casuale la formazione della disciplina delle crisi assicurative sul modello di quella dedicata alle banche, sottolineata già da G. VOLPE PUTZOLU, *Controllo e risanamento delle imprese di assicurazione dopo la legge n. 576 del 1982*, cit., 668-669 e 673.

⁸¹ In merito a tale funzione dell'insolvenza assicurativa, assimilabile a quella riconoscibile nel settore bancario, App. Roma, 24 febbraio 2014, in *onelegale.it*.

⁸² In linea analoga, nell'assimilare la disciplina bancaria e quella assicurativa nel sistema del «diritto concorsuale finanziario», D. VATTERMOLI, *Le cessioni «aggregate» nella liquidazione coatta amministrativa delle banche*, cit., 52.

⁸³ Sulla somiglianza rilevante pretesa per l'individuazione della regola da applicare analogicamente è sufficiente il rinvio a N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, in ID., *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, 267 ss.

⁸⁴ In questi termini risulta già orientato il «diritto vivente» (nt. 49 e nt. 62), che tuttavia procede da una premessa incoerente all'accertamento basato sul mero riscontro del *deficit* patrimoniale, e cioè dalla trasposizione in ambito bancario della nozione generale di insolvenza.

⁸⁵ Diversamente, nel reputare necessaria la simultanea ricorrenza di tali condizioni, L. DESIDERIO, *Sub art. 80*, cit., 692, secondo il quale «nel caso delle banche [...] in nessun modo una situazione di sola illiquidità potrebbe giustificare la messa in l.c.a. ove non costituisse manifestazione esteriore di uno squilibrio interno fra le poste del patrimonio»; Trib. Campobasso, 6 febbraio 1989, cit.

sia la punibilità dei fatti di bancarotta commessi dagli organi di gestione e controllo⁸⁶ sia l'inefficacia degli atti lesivi della garanzia patrimoniale e della *par condicio creditorum*⁸⁷.

8. Riepilogo delle conclusioni raggiunte

Le pagine che precedono lasciano emergere l'irriducibilità dell'insolvenza bancaria a quella comune, per ragioni che dipendono

⁸⁶ È da riferire anche al sistema bancario il rilievo svolto per quello assicurativo da M. CATALDO, *I presupposti della dichiarazione di insolvenza dell'impresa di assicurazione*, cit., 737, con la constatazione che la rilevanza di una condizione preliminare rispetto alla manifesta incapacità d'adempiere induce gli organi sociali a una gestione prudente e verosimilmente all'assunzione di iniziative tempestive contro l'insolvenza incipiente.

⁸⁷ La diversa declinazione dell'insolvenza a seconda degli effetti associati a tale condizione trova ripetute conferme.

È frequente l'affermazione dell'eterogeneità tra l'insolvenza evocata dall'art. 1186 cod. civ. e quella necessaria all'instaurazione di procedure concorsuali: M. BOCCHIOLA, *La nozione di «insolvenza» nell'art. 1186 c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, 209 ss.; U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., 127 ss.; R. PROVINCIALI, *Insolvenza (effetti civili)*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, 781; V. DE SENSI, *Il concetto dell'insolvenza*, in *Dir. fall.*, 2001, II, 1457; Cass. civ., Sez. II, 18 novembre 2011, n. 24330, in *Giust. civ.*, 2012, I, 687; Trib. Milano, 17 settembre 1992, in *Banca borsa tit. cred.*, 1994, II, 79; Trib. Milano, 17 aprile 2020, *ilcaso.it*.

Nello stesso sistema concorsuale una nozione autonoma di insolvenza risulta consolidata per la verifica della *scientia decoctionis* (e quindi per l'interpretazione degli artt. 67, comma 2, l. fall. ed oggi 166, comma 2, c.c.i.): G. TERRANOVA, *Insolvenza. Stato di crisi. Sovraindebitamento*, Torino, 2013, 24-25 e 91 ss.; D. GALLETI, *La ripartizione del rischio di insolvenza. Il diritto fallimentare tra diritto ed economia*, cit., 368; L. STANGHELLINI, *La nuova revocatoria fallimentare nel sistema di protezione dei diritti dei creditori*, in AA. VV., *Studi per Franco Di Sabato*, II, Napoli, 2009, 878-879; Trib. Monza, 5 gennaio 2011, in *ilcaso.it*; Trib. Milano, 19 novembre 2012, in *ilcaso.it*; Trib. Verona, 26 luglio 2012, in *ilcaso.it*.

Ancora, una diversa declinazione viene spesso suggerita per l'insolvenza rilevante per l'amministrazione straordinaria: S. PACCHI PESCUCCI, *Alcune riflessioni in tema di insolvenza, impresa e complesso aziendale, derivanti dalla lettura della legge delega per l'emanazione della nuova legge sull'amministrazione straordinaria*, in *Giur. comm.*, 1999, I, 313 ss.; F. CORSI, *Crisi, insolvenza, reversibilità, temporanea difficoltà, risanamento: un nodo irrisolto?*, in *Fall.*, 2000, 949-950; F. MACARIO, *Insolvenza, crisi d'impresa e autonomia contrattuale. Appunti per una ricostruzione sistematica delle tutele*, in *Riv. soc.*, 2008, 116; Trib. Torre Annunziata, 14 novembre 2001, in *Giur. comm.*, 2002, II, 482; Trib. Palermo, 24 maggio 2001, in *Giur. comm.*, 2002, II, 389; Trib. Arezzo, 26 maggio 2010, in *dejure.it*.

tutte dalla diversa funzione che la nozione riveste nei due sistemi normativi.

Quanto a tale funzione: (i) l'insolvenza configura uno tra gli svariati presupposti per l'avvio della procedura di liquidazione coatta amministrativa e dell'intervento di risoluzione bancaria; (ii) di conseguenza, il suo accertamento può precedere o anche seguire l'attivazione di simili rimedi; (iii) inoltre, l'accertamento è indispensabile per l'applicazione di un ristretto insieme di regole, che comprende (iii.a) quelle strumentali all'inefficacia degli atti pregiudizievoli per i creditori e (iii.b) alla punizione dei reati fallimentari.

Quanto alla nozione di insolvenza e al suo accertamento: (α) la verifica successiva all'avvio della liquidazione coatta amministrativa o della risoluzione bancaria non comporta la rilevanza di fatti successivi, preclusa dalle norme che dispongono la cristallizzazione del contesto da tenere in considerazione; (β) in ragione proprio di tale cristallizzazione, pare da escludere che lo scenario liquidatorio provocato dall'apertura della liquidazione coatta amministrativa possa stravolgere il contenuto dell'accertamento e giustificare per tale ragione l'identificazione dell'insolvenza con l'incapienza del patrimonio; (γ) sebbene la soluzione prospetti svariati inconvenienti, la retrodatazione del contesto rilevante riguarda il rimedio nel corso del quale l'accertamento interviene e perciò non opera per l'eventualità della consecuzione tra procedura liquidatoria e intervento di risoluzione; (δ) qualora ad essere pendente sia l'amministrazione straordinaria, l'accertamento tiene conto del contesto attuale al momento dello scrutinio, senza l'operatività di meccanismi di retrodatazione; (ε) alla stessa maniera, se l'accertamento si compie dopo la conclusione di questa procedura, operano le regole consuete dell'accertamento preventivo o successivo all'instaurazione della liquidazione coatta o della risoluzione; (ζ) nessuna rilevanza assume la solvibilità sopravvenuta o pronosticabile per via degli interventi che tendono alla stabilità del sistema bancario e alla protezione del pubblico dei risparmiatori; (η) la nozione di insolvenza bancaria si distingue da quella comune per due profili, dal momento che ($\eta.i$) il relativo accertamento non richiede l'esteriorizzazione della condizione di incapacità e, anche in conseguenza di ciò, ($\eta.ii$) può dipendere dalla

mera constatazione dell'incapienza patrimoniale della banca, a prescindere dall'intervento di fatti rivelatori dell'incapacità solutoria.