

## LA CRISI D'IMPRESA NELLO STATO DI ECCEZIONE \* \*\*

di ALESSANDRO RIMATO

*Io credo che, proprio quando la “ nuda vita “ entra in gioco e si affaccia nel diritto l'irrazionalismo della paura, il diritto sembra eclissarsi e, per dirla con Benjamin, rischia di diventare violenza pura, i giuristi, la classe forense e tutti gli operatori giuridici non solo possono, ma devono pensare....*

*Tomaso Epidendio*

\*\*\*

---

\* Dedicato a mia moglie INES che ha dato prova di seria compostezza, sopportandomi in questo lungo *lockdown*.

\*\* Il presente saggio, con gli opportuni adattamenti che si renderanno necessari a seguito della evoluzione dei fatti e delle normative è destinato a far parte di un volume collettaneo curato dal *Gruppo di Studio sulle crisi d'impresa* costituita in seno all'Istituto per il Governo Societario, dal titolo *Legislazione dell'emergenza e tecniche allocative dell'impresa in crisi* di prossima pubblicazione.

\*\*\* La citazione è stata tratta da T. Epidendio, *Il diritto nello “ stato di eccezione “ ai tempi dell'epidemia da Coronavirus*, in [www.giustizianseime.it](http://www.giustizianseime.it), prima e seconda parte, 26 marzo/19 aprile 2020. L'Autore, esordisce ponendosi una domanda : “ *ha ancora senso discutere di diritto mentre si è assediati dall'epidemia ed i morti vengono portati fuori dalle città a bordo dei mezzi militari ?* “ le cui immagini fornite da diverse emittenti televisive – aggiungo io – rimarranno indelebili nelle nostre menti.

SOMMARIO: 1. Premessa metodologica: lo stato di eccezione in senso “debole” quale chiave di lettura della normativa emergenziale. Le sopravvenienze dal diritto privato al diritto concorsuale. – 2. Il rinvio dell’entrata in vigore del codice della crisi e dell’insolvenza: non tutti i mali vengono per nuocere. – 3. Le procedure concorsuali pendenti alla data di entrata in vigore del D.L. n. 23/2020 c.d. *decreto liquidità* in attesa della conversione. – 4. Segue. Le procedure di concordato preventivo e gli ADR pendenti alla data del 23.2.2020. – 5. Segue. Le iniziative e le richieste per le dichiarazioni di fallimento presentate tra il 9 marzo ed il 30 giugno del 2020. – 6. Almeno per il momento l’insolvenza da COVID19 non deve contagiare le Aule dei Tribunali.

### **1. Premessa metodologica: lo stato di eccezione in senso “debole” quale chiave di lettura della normativa emergenziale. Le sopravvenienze dal diritto privato al diritto concorsuale**

Col nemico puoi dialogare, alla fin fine, dopo una guerra disperata che ha mietuto migliaia e migliaia di vittime da una parte e dall’altra, raggiungi una tregua, un accordo: un’armistizio. Qui no!. Il nemico è invisibile, non ha una voce, né ascolta, sa solo colpire alle spalle, codardamente. Nel giro di pochi mesi - e precisamente da quando ( l’11 marzo 2020 ) l’Organizzazione Mondiale della Sanità ha definito la diffusione del virus, originariamente denominato SARS-CoV.2, non più una epidemia confinata ad alcune zone geografiche, ma una **pandemia** diffusa in tutto il pianeta - il COVID -19 ha fatto registrare nel mondo ben 279.000 decessi<sup>1</sup>. A raffica si sono succeduti provvedimenti sempre più restrittivi delle libertà personali, sono stati ordinati la chiusura di stazioni, aeroporti, scuole, bar, ristoranti, chiese, di esercizi commerciali, la giustizia è stata messa in stand – by. Ogni individuo, pur di sopravvivere, si è autolimitato, *quarantato*, autonegato. Anche le regole giuridiche hanno subito una

---

<sup>1</sup> Fonte : *governo.it* alla data del 10 maggio 2020.

profonda metamorfosi. Il diritto pur di sopravvivere si è eclissato, si è autosospeso. Le norme sono state tutte riscritte, ma all'incontrario<sup>2</sup>. Non si è trattato, si badi, con la promulgazione dei vari decreti legge e dei decreti presidenziali che tanto hanno fatto discutere dello *stato di eccezione* per come teorizzato da G. Agamben<sup>3</sup> in cui *l'aspetto normativo è impunemente obliterato e contraddetto da una violenza governamentale* che accampa con arroganza la *pretesa di applicare ancora il diritto*. Qui no !. Il controllo giurisdizionale, pilastro fondamentale, non è stato affatto obliterato potendosi sempre ricorrere al Giudice delle Leggi o a quello Amministrativo<sup>4</sup>. Trattasi, come è stato acutamente rilevato, non di uno stato d'eccezione in senso forte ( lo *iustitium* del diritto romano ), ma in senso *debole* in cui *la normativa emergenziale trova la sua causa legittimante in una situazione extra giuridica di emergenza che giustifica sotto il profilo della ragionevolezza e dell'accettabilità politica una disciplina di particolare rigore che, tuttavia non attribuisce poteri extra – ordinem*<sup>5</sup>. I dogmi della *giustiziabilità, della temporaneità e della proporzione* non hanno subito alcun contagio, non stati depennati affatto con un tratto di penna. Ed è questa, a mio parere, la chiave di lettura della normativa emergenziale dalla quale non si può prescindere. Ed è in

---

<sup>2</sup> L'idea trae lo spunto dalla lettura del saggio di F. DI VIZIO, *Le ombre e gli specchi delle norme sul dissesto societario, i riflessi penali delle moratorie societarie del D.L. Liquidità n. 23/2020*, in [www.osservatorio-oci.org](http://www.osservatorio-oci.org), aprile, 2020.

<sup>3</sup> G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Torino, 2003.

<sup>4</sup> Cfr. T. EPIDENDIO, *op. cit.* p.4 i pilastri della *giustiziabilità, temporaneità e proporzione costituiscono le categorie giuridiche sostitutive di quelle ordinarie, che operano nello stato di eccezione in senso debole*. Concetti questi ripresi dalla Presidente della Corte Costituzionale Marta CARTABIA in una intervista rilasciata AL DUBBIO, il 29 aprile u.s. dal titolo *La Costituzione è la bussola, il sacrificio dei diritti sia proporzionato e temporaneo*. Nello stesso senso, ma in modo più velato si è espresso M. BIGNAMI, *Chiacchiericcio sulle libertà costituzionali al tempo del coronavirus*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), ove, dopo aver messo in luce le incongruenze sul piano Costituzionale dei vari provvedimenti adottati dal Governo sarcasticamente così conclude: “ *mi concedo allora con un modesto appello agli amici, ai colleghi, agli stimati cattedratici, ai lettori di ogni ordine e grado, oltre naturalmente al mio io tormentato : per una volta state buoni se potete*. Sul piano costituzionale, che non possa richiamarsi allo stato di guerra di cui all'art. 78, S. CASSESE, *IL DUBBIO*, 14 aprile, 2020, ove afferma che “ *nell'interpretazione della costituzione non si può giocare con le parole. Una pandemia non è una guerra. Non si può quindi ricorrere all'art. 78. La costituzione è chiara. La profilassi internazionale spetta esclusivamente allo stato ( art. 117, comma II, lett. q )*).

<sup>5</sup> T. EPIDENDIO, *op. cit.*.

questo contesto emergenziale, ma in senso *debole*, che vanno compresi i termini quali *eccezionalità*, *discontinuità*<sup>6</sup> e sintagmi quali *diritto sospeso*, *temporanea disattivazione*<sup>7</sup> “Concetti questi che affiorano ripetutamente nel D.L. n. 23 dell’8 aprile del 2020 ( c.d. *decreto liquidità* ) si guardi l’art. 6 che detta le regole per la sospensione a tempo delle norme in materia di riduzione del capitale sociale per perdite; all’art. 7 il cui il giudizio sulla continuità aziendale viene congelato; all’art. 8 in cui le regole sulla postergazione ex artt. 2467 e 2497 *quinquies* vengono temporaneamente disattivate. La libertà perduta e lo sforzo, costi quel che costi, per riconquistarla hanno riportato all’attenzione dei giuristi problematiche di cui discutevano da tempo. Non è un caso che proprio in questi giorni<sup>8</sup> è tornata alla ribalta il tema della così dette *sopravvenienze*<sup>9</sup> vale a dire di quei fatti, non previsti, né preventivabili dalle parti nel momento del raggiunto accordo, specie nei contratti di durata, auspicandosi da più parti un’ immediata entrata in vigore di alcune norme del DDL Senato n. 1151 dal titolo “ *Delega al governo per la revisione*

---

<sup>6</sup> Il parallelismo tra eccezionalità dell’evento e discontinuità è stato subito colto da N. ABRIANI e G. PALOMBA in *Strumenti e procedure di allerta: una sfida culturale ( con una postilla sul Codice della Crisi dopo la pandemia da Coronavirus )* saggio facente parte del Volume collettaneo realizzato dal Gruppo di studio “ *Crisi d’impresa* “ dal titolo *Codice della crisi e dell’insolvenza, approfondimenti di economia e diritto d’impresa* “ in corso di pubblicazione per i tipi della Maggioli Editore.

<sup>7</sup> Invero la Relazione illustrativa all’art. 8 del D.L. n. 23/2020 la cui rubrica reca ( *disposizioni temporanee in materia di finanziamenti alle società* ) così si esprime : *temporanea disattivazione dei meccanismi di postergazione dei finanziamenti effettuati dai soci o da chi esercita attività di direzione e coordinamento.*

<sup>8</sup> Cfr. *IL SOLE 24 ORE* del 27 aprile 2020 FAQ in tema di locazioni curato da A. CIRIA ; F. EMANUELE, “ *il rischio contrattuale diventa globale* “, *IL SOLE 24 ORE* del 28 aprile 2020; N. IRTI, *Il diritto pubblico e privato in un’epoca che fa eccezione*, in *IL SOLE 24 ORE*, 5 maggio 2020.

<sup>9</sup> Un primo segnale seppur circoscritto ai soli soggetti colpiti dal coronavirus lo si intravede nell’art. 8 del D.L. n.9 del 2 marzo del 2020 successivamente abrogato [ dall’ art. 1, comma II della L. n. 27 del 2020 ] laddove in modo imperativo il comma I così disponeva : *ai sensi e per gli effetti dell’art. 1463 del codice civile, ricorre la sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta in relazione ai contratti di trasporto aereo, ferroviario, marittimo, nelle acque interne o terrestre stipulati... .* Successivamente il legislatore ha fatto sempre ricorso alla sopravvenuta impossibilità nell’art. 88 del D.L. n. 18 del 2020 per risolvere e quindi ottenere il rimborso dei titoli d’acquisto di biglietti per spettacoli, musei ed altri luoghi della cultura, introducendo in sede di conversione con la L. n. 27 del 24 aprile del 2020 l’art. 88 bis che ha esteso i rimborsi sempre con la formula della sopravvenuta impossibilità a favore di chi avesse acquistato titoli di viaggio, di soggiorno e di pacchetti turistici.

*del codice civile* “<sup>10</sup>in particolare di quelle attinenti alla estensione della tutela ex art. 1467 c.c. alla parte contrattualmente più debole che poi è quella che subisce l’eccessiva onerosità. Principio questo che forse il diritto concorsuale dell’emergenza già stimola, là dove il comma II dell’art. 9 del D.L. n. 28/2020 facoltizza il debitore riguardo ai concordati preventivi ed agli accordi di ristrutturazione pendenti alla data del 23 febbraio del 2020 *a presentare fino all’udienza fissata per l’omologa* [ ex art. 180, quindi anche **dopo** l’approvazione ex art. 177 L.F. ndr ] *istanza al Tribunale per la concessione di un termine non superiore a 90 giorni per il deposito un nuovo piano ed una nuova proposta di concordato ai sensi dell’art. 161 del regio decreto 16 marzo 1942 n. 267 o di un nuovo accordo di ristrutturazione ai sensi dell’art. 182 –bis del regio decreto 16 marzo 1942 n. 267* . Nuovi piani, sterilizzati dai quei contratti difficilmente eseguibili a causa del turbamento del mercato che andranno ad incunearsi nella nuova cornice economica da COVID - 19, non post, si badi bene, ma a breve, tra qualche mese, atteso che difficilmente potrà tornarsi alla normalità nel termine perentorio ( in effetti è sancita la “ *improrogabilità* “ ) di giorni 90 che sarà fissato dal Tribunale per il relativo deposito. E’ giunto quindi il momento, meglio se reso più esplicito dal legislatore dell’emergenza in un quadro più organico e coerente di regole e non limitati ad aspetti settoriali, di dare maggiore e più concreta rilevanza a quella corrente di pensiero che da oltre un ventennio ha approfondito in tema delle sopravvenienze<sup>11</sup>. Regole peraltro, in alcuni casi già applicate

---

<sup>10</sup> Per i cui lavori si rinvia a [www.senato.it](http://www.senato.it). Parlamento italiano disegno di legge S 1151. In dottrina F. MACARIO, *Sopravvenienze e rimedi al tempo del “ coronavirus “: interesse individuale e solidarietà* in *I Contratti* 2/2000 . Ne auspica una immediata entrata in vigore R. NATOLI in *Contratto e Covid -19. Dall’emergenza sanitaria all’emergenza economica*, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it) documento n. 1033 – 28 aprile 2020; sulla stessa scia mi pare anche S. AMBROSINI, *La “ falsa partenza “ del codice della crisi. Le novità del decreto di liquidità e il tema dell’insolvenza incolpevole*, su *ILCASO.IT*, 21 aprile 2020.

<sup>11</sup> F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, p. 264 e segg.; nonché *Id.* voce *Revisione e rinegoziazione del contratto*, in *Enc. Dir. Annali II*, Tomo II, Milano, 2010, 1027 e vedi recentemente *Sopravvenienze e rimedi al tempo del coronavirus : interesse individuale e solidarietà*, in *I contratti*, 2/2020, p. 129. In un quadro concorsuale, in estrema sintesi rinvio a F. MACARIO, *Il monitoraggio del piano: esecuzione e rinegoziazione*, in *Il Fallimento*, n.10/2014, p. 993.

con successo dalla giurisprudenza<sup>12</sup>, in punto di obbligo di rinegoziazione non già solo degli accordi conclusi, ma che vadano ad incidere anche nella fase successiva dell'esecuzione, dell'adempimento in quanto, atteso il mutato contesto di riferimento, difficilmente il creditore potrà ritenersi soddisfatto qualora non si adegui alla diversa realtà con le inevitabili e conseguenti ricadute risarcitorie<sup>13</sup> laddove assuma contegni non in linea con le regole di correttezza e buona fede, pilastri fondanti del nostro sistema non a caso ulteriormente rivalutati dal D.Lgs. n. 14 del 2019 ( nel codice della crisi e dell'insolvenza ) nell' art. 4 la cui rubrica reca “ *doveri delle parti* “ che sottolinea i doveri di correttezza e buona fede che le parti sono tenute ad adottare non solo a monte, ma anche *valle nell'esecuzione degli accordi.... e durante le trattative che le precedono.*

## **2. Il rinvio dell'entrata in vigore del codice della crisi e dell'insolvenza: non tutti i mali vengono per nuocere**

Che il codice della crisi e dell'insolvenza avesse scontentato un po' tutti non era certo mistero<sup>14</sup>. Ora l'entrata in vigore è stata posticipata a settembre del 2021<sup>15</sup>. Considerata “ l'aria che tira “ la sensazione che se ne trae è che non possa

---

<sup>12</sup> Cfr. Trib. Bari, Ord. 14 giugno 2011, Estens. SCODITTI “*in base alla clausola generale di buona fede sussiste l'obbligo di rinegoziare il contenuto del contratto, in presenza di un mutamento rilevante della situazione di fatto o di rito, rispetto a quella contemplata dal regolamento originario, potendo il giudice, in caso di inadempimento dell'obbligo, costituire con sentenza gli effetti del contratto modificativo che sarebbe risultato all'esito della rinegoziazione condotta secondo buona fede o, nell'ambito di un procedimento cautelare, condannare l'inadempiente ad eseguire la prestazione cui la parte sarebbe tenuta in forza della rinegoziazione, e corroborare la condanna mediante una penale giudiziale; in I contratti, n.7/2012 con commento di F.P. PATTI, Obbligo di rinegoziare, tutela in forma specifica e penale giudiziale.* In ambito concorsuale si v. Trib. Milano, 17 giugno del 2009 e 30 novembre 2010 ( “ caso Gabetti “ ), in appendice al volume Aa.Vv., *Crisi di imprese. Casi materiali*, a cura di F. Bonelli, 2011,962 e 1079, che, in presenza di una nuova programmazione temporale dei pagamenti creditori e di un aumento di capitale ha proceduto all'omologazione del nuovo accordo raggiunto dalle parti.

<sup>13</sup> Così F. MACARIO, *Il monitoraggio del piano*, op. cit., 1002 il quale si spinge a dettare anche i criteri di liquidazione che mi pare esigono un supplemento di riflessione.

<sup>14</sup> Per un quadro d'insieme Cfr. L. STANGHELLINI, *Il codice della crisi d'impresa: una primissima lettura ( con qualche critica )*, in *Corriere Giuridico*, n. 4/2019, p. 449 ed il recente scritto di S. AMBROSINI, *op. cit.*

<sup>15</sup> Così l'art. 5 del D.L. n. 23 del 2020 ( c.d. decreto liquidità ) : *All'articolo 389 del decreto legislativo 12 gennaio 2019, n.14 , il comma 1 è sostituito dal seguente: 1. Il presente decreto entra in vigore il 1 settembre 2021, salvo quanto previsto dal comma 2 .*

intendersi come data secca perché molto dipenderà dalla c.d. “ripartenza”, con rischio di un nuovo *lockdown*<sup>16</sup> o *minilockdown*. Comunque il *mercato fortemente perturbato*<sup>17</sup>, ha bisogno del tempo<sup>18</sup> per potersi riequilibrare, pur dando per scontato, il che appare molto improbabile almeno nel breve periodo, che il sistema bancario riesca ad assolvere con tempestività al delicatissimo ruolo assegnatoli dal Governo<sup>19</sup>. Comunque il rinvio a settembre 2021, al netto delle norme già in vigore dal marzo 2019, appare più che apprezzabile considerando *fil rouge* che innerva il nuovo codice in armonia peraltro con la Direttiva UE 1023/2019 sui quadri di ristrutturazione preventiva che vuole che le crisi si risolvano in *house*, al più davanti all’OCRI, confinando al fondo gli altri strumenti di soluzione della crisi. Il Codice tuttavia nel suo complesso appare buono, certo va migliorato ed affinato così da allinearlo alle recenti regole europee<sup>20</sup>, però non può essere relegato nel dimenticatoio, anche se impone, ed è questa la vera cifra da pagare, un ripensamento del modo di fare impresa reso più acuto dall’incidenza del virus da COVID 19 ad iniziare da una ridefinizione dell’organizzazione del lavoro con tanto di adeguamento dei modelli di prevenzione di cui al D.Lgs. 231/2001 con le inevitabili ricadute in termini di responsabilità<sup>21</sup>. Però il diritto, non lo si dimentichi, è anche

---

<sup>16</sup> In effetti il DPCM del 26 aprile 2020 all’art. 2 la cui rubrica reca “ *Misure di contenimento del contagio per lo svolgimento in sicurezza delle attività produttive, industriali e commerciali* “ all’ultimo comma prevede che previa proposta del Presidente della Regione, il Ministro della Salute ha gli stessi identici poteri spettanti al Presidente del Consiglio di cui al comma II dell’art. 2 del D.L. n. 19/2020.

<sup>17</sup> Così si esprime la Relazione illustrativa all’art. 10 del D.L. n. 23/2020 di cui *infra* § 5. Cfr. M. IRRERA e E. FRAGONARA, *La crisi d’impresa e la continuità aziendale ai temi del coronavirus*, su *ILCASO.IT*, 15 aprile 2020, p.1 ove si legge che *il set normativo allestito risulta solo di primo soccorso e non sufficiente per fronteggiare in modo efficace la “ fase due “, nella quale occorrerà adeguare in modo più performante gli istituti esistenti, rafforzando la patrimonializzazione delle imprese.*

<sup>18</sup> *Se si può sperare che l’emergenza finisca presto, le trasformazioni innescata saranno perenni.* . Così M. CACCIARI su *LA STAMPA* del 1 maggio del 2020.

<sup>19</sup> Cfr. *Il diritto dell’emergenza: profili societario, concorsuali, bancari e contrattuali*, a cura di M. IRRERA, Torino, 2020.

<sup>20</sup> Cfr. S.AMBROSINI, *op. cit.*; L. PANZANI, *Il preventive restructuring framework nella Direttiva 2019/1023 del 20 gennaio del 2019 ed il codice della crisi. Assonanze e dissonanze*, in *ILCASO.IT*, 14.10.2019.

<sup>21</sup> E.D’INNELLA e A. BIGERNA, *La responsabilità amministrativa delle società ( D.Lgs. 231/2001 ) ai tempi del coronavirus*; in [www.istitutoperilgoverno.societario.com](http://www.istitutoperilgoverno.societario.com).

leva, soprattutto culturale sì che, il nostro ben amato Paese, se vuole veramente competere nel nuovo scenario internazionale post COVID-19 dovrà necessariamente rimboccarsi le maniche<sup>22</sup>. Chi la farà da padrona dunque non saranno tanto le norme di cui all'attuale legge fallimentare, perché è impensabile gestire le crisi da COVID - 19 con lo strumentario in vigore, ma le “ nuove “che si affacceranno a breve sul proscenio<sup>23</sup>.

### **3. Le procedure concorsuali pendenti alla data di entrata in vigore del D.L. n. 23/2020 c.d. decreto liquidità in attesa di conversione**

Nel nostro sistema concorsuale il legislatore dell'emergenza non è intervenuto in modo organico ma a macchia di leopardo disponendo dapprima dei rinvii d'ufficio per poi dare alla materia una certa sistemazione a tempo con gli artt. 9 e 10 del D.L. n. 23 del 2020. Anche qui, considerata la fretta del momento, il giudizio complessivo può ritenersi tutto sommato soddisfacente, certo le disposizioni non brillano per chiarezza espositiva e coerenza, alcune addirittura lasciano alquanto a desiderare sul piano dei principi costituzionali. Sicuramente si poteva fare di più ed anche meglio considerata la nostra tradizione giuridica, però le lacune e le imperfezioni non bisogna enfatizzarle più di tanto considerato il contesto in cui il Governo è stato chiamato ad operare.

L'art. 9 la cui rubrica reca *Disposizioni in materia di concordato preventivo e di accordi di ristrutturazione*, regola nei suoi primi quattro commi tutte le fasi in cui si viene ad articolare la procedura, l'ultimo, il quinto comma, è dedicato agli accordi di ristrutturazione dei debiti. L'art. 10 dal titolo *Disposizioni temporanee in materia di ricorsi e richieste per la dichiarazione di fallimento e dello stato di insolvenza*, come vedremo più diffusamente nel proseguo, rende improcedibili i

---

Cfr. *Vigilanza e modello di organizzazione, gestione e controllo ex D.Lgs. 231/2001 nell'emergenza sanitaria*. Documento redatto dal CNDCEC e della FNC reperibili nei rispettivi siti.

<sup>22</sup> Sembra che Confindustria stia predisponendo un piano industriale di notevole rilevanza. Cfr. *IL SOLE 24 ORE* del 1 maggio del 2020.

<sup>23</sup> Sulla stessa idea si pone M. FABIANI, in *Codice della crisi al tempo del coronavirus*, 27 marzo 2020 in *Pluris.it*.

ricorsi depositati **tra il 9 marzo e ed il 30 giugno del 2020** ad eccezione delle richieste presentate dal P.M. qualora però venga accompagnata ( così suona il sintagma “ *nella medesima* “ ) da un’istanza di natura cautelare ex art. 15 comma VIII L.F..

Il D.L. n. 23 è stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale il giorno 8 aprile del 2020 per cui ai sensi dell’art. 44 è entrato in vigore il giorno successivo, ciononostante va a regolare situazioni pregresse, nello specifico concordati ed ADR **pendenti alla data del 23 febbraio 2020 e ricorsi per la dichiarazione di fallimento depositati a partire dal 9 marzo del 2020** col che, soprattutto riguardo ai fallimenti dichiarati **fino al 9 marzo**<sup>24</sup>, potrebbero porsi seri dubbi di legittimità costituzionale atteso che i debitori attinti da un ricorso depositato **fino al 30 giugno** godrebbero della declaratoria dell’improcedibilità sicuramente più benevola rispetto a dichiarazione di fallimento e difficilmente in sede di conversione l’aporia potrebbe ricomporsi atteso il fondamentale principio di cui all’art. 11 delle preleggi, a meno di non voler ricondurre il tutto, come non è affatto improbabile, nell’alveo dei principi emergenziali, in cui tutto il sistema viene letto all’incontrario.

Procediamo con ordine ad una breve disamina.

#### **4. Segue. le procedure di concordato preventivo e gli ADR pendenti alla data del 23.2.2020**

L’art. 9, per come strutturato, costituisce un classico caso di norma scritta all’incontrario, a testa in giù. Al comma I si regolano gli adempimenti degli accordi già omologati, poi man mano il legislatore fa *retromarcia*, fino a regolamentare, negli ultimi commi le fasi iniziali del concordato preventivo ( comma IV ) e degli accordi di ristrutturazione ( nel V comma ). Il primo comma recita che i termini di adempimento e dei concordati che degli ADR omologati scadenti tra il 23 febbraio ed il 31.12.2020 sono prorogati di diritto di sei mesi. La norma, ad una prima lettura, appare fin troppo generosa e viene

---

<sup>24</sup> A scanso di ogni equivoco va ricordato come ex lege i procedimenti diretti *alla dichiarazione ed alla revoca dei fallimenti* nascono come urgenti ex art. 92 O.G. di cui al r.d. n.12/1941 così come richiamato dall’art. 3 della L. n. 742/1968

spontaneo chiedersi se nel concreto operare essa non dia luogo più a delle “ *sconfitte* “ che a delle “ *vittorie* “ pur auspicandosi, ma è molto improbabile<sup>25</sup>, che le liquidità preventivate arrivino alle imprese in tempi brevi, col rischio alquanto certo che il tutto degeneri in fallimenti con grave perdita per tutti. Sul punto allora, sarebbe seriamente da riflettere se non sia il caso, al di là di ogni rigidità dogmatica<sup>26</sup>, pur di salvare il salvabile, laddove il rischio di inadempimento si appalesi concreto e come tale oggettivamente verificabile, di porre mano ad un nuovo piano con tanto di attestazione da sottoporre ai creditori<sup>27</sup>, i quali, si badi, già hanno valutato come più conveniente la soluzione concordata rispetto alla alternativa liquidatoria. Se il diritto concorsuale a partire dalle riforme del 2005/2006 ha sempre assunto un ruolo ancillare rispetto all’economia, ora in cui tutto viene letto ed interpretato all’incontrario, l’opzione accennata consentirebbe di centrare in un lasso temporale alquanto breve contemporaneamente diversi obiettivi tutti degni della massima considerazione, quali un’immediata realizzazione dei crediti, un’effetto esdebitatorio di massa ed un minor dispendio di energie da parte degli operatori di Giustizia<sup>28</sup>.

Il comma III si incunea nei meandri procedurali del concordato preventivo ponendo uno steccato, l’udienza fissata per l’omologa, oltre il quale viene preclusa l’istanza per la

---

<sup>25</sup> Il sistema bancario circa i canali di liquidità si sta seriamente interrogando circa eventuali responsabilità anche di natura penale. Cfr. l’intervista rilasciata al SOLE 24 ORE del 23 aprile u.s. dal Direttore Generale dell’ABI Sabatini il quale auspica l’introduzione dell’art. 217 bis anche nell’ambito della normativa emergenziale. Sul rischio di bancarotta v. M. POLLIO, *Rischio bancarotta col ricorso al credito dello stato, Italia Oggi*, 10 aprile 2020.

<sup>26</sup> Per un quadro riassuntivo dell’intera problematica con le relative fonti di riferimento si v. F. PIRAINO, *Osservazioni intorno a sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, in *Europa e diritto privato*, fasc. 2; 1 giugno 2019.

<sup>27</sup> Sulla stessa linea si collocano A. FAROLFI, *Procedure concorsuali e covid -19: prime riflessioni alla luce del D.L. liquidità*, su *ILCASO.IT*, 28 aprile del 2020; G. LIMITONE, *Gli effetti del coronavirus sulla continuità aziendale, dopo l’omologazione del concordato preventivo*, in *ILCASO.IT*, 13 aprile 2020. Per un inquadramento sistematico Cfr. F. MACARIO, *Il monitoraggio del piano: esecuzione e rinegoziazione, Fallimento*, n. 10/2014, p. 993.

<sup>28</sup> Attenta dottrina A.PAZZI, *La nuova dimensione del giudizio di risoluzione del concordato a seguito della legislazione di emergenza introdotta per la pandemia da coronavirus*, su *ILCASO.IT*, 23 aprile al fine di paralizzare le domande ex art. 186 L.F. ha fatto leva sull’applicabilità dell’art. 3 comma 6 bis del D.L. n.6 del 2020. L’idea per quanto apprezzabile appare di complessa adattabilità in ambito concorsuale.

concessione di un termine fino a 90 giorni per il deposito di un nuovo piano, di una nuova proposta o di un nuovo accordo. Qualora viceversa le maggioranze non sono state raggiunte la relativa istanza viene dichiarata inammissibile.

Il IV ed il V comma non mi pare che meritino specifici approfondimenti il tutto risolvendosi in uno slittamento in avanti ( si parla di *proroga* ) di giorni 90 per il deposito del piano e della proposta e degli ADR previa valutazione positiva da parte del Tribunale il cui controllo è più invasivo per gli accordi in quanto la relativa istanza deve fondarsi “ *su concreti e giustificati motivi e che continuano a sussistere i presupposti per pervenire ad accordi di ristrutturazione dei debiti* “.

### **5. Segue. le iniziative e le richieste per le dichiarazioni di fallimento presentate tra il 9 marzo ed il 30 giugno del 2020**

Anche in questo comparto il diritto è stato “ *sospeso* “ per la durata di 114 giorni. Ai sensi dell’art. 10 primo comma tutti i ricorsi sottoposti all’iter procedimentale di cui all’art. 15, 195 di cui al R.D. n. 267 del 1942 e dell’art. 3 del d.lgs. n.270/1999 vengono dichiarati improcedibili qualora depositati tra il 9 marzo ed il 30 giugno del 2020. La dichiarazione di improcedibilità allude ad una previa dichiarazione formale da parte del Tribunale, si che nulla vieta che i relativi ricorsi vengano comunque depositati<sup>29</sup>. Dunque anche il ricorso presentato dallo stesso debitore soggiace alla dichiarazione d’improcedibilità e qui francamente mi pare misura eccessiva. Al successivo comma il legislatore dell’emergenza *apre* ad una *scappatoia* : sono procedibili esclusivamente *le iniziative ex art. 6 L.F. del P.M. alla condizione però che la “ medesima “* contenga la richiesta di emissione dei provvedimenti cautelari e conservativi a tutela del patrimonio o dell’impresa di cui al comma VIII dell’art. 15 L.F.. Qui pur con tutte le

---

<sup>29</sup> Cfr.G. COSTANTINO, *Emergenza sanitaria e procedure concorsuali*, in *I quaderni di in eXecutivis, legislazione d'emergenza, procedimenti esecutivi e fallimentari* a cura di C. D'Arrigo, G. Costantino, G. Fanticini e S. Saija, in [www.inexecutivis.it](http://www.inexecutivis.it), il quale sottolinea a p. 66 come “ .... non sia indiscriminatamente disposto il rifiuto della accettazione di qualsiasi atto o provvedimento durante il periodo di sospensione..... lesive del fondamentale diritto alla tutela giudiziale e, probabilmente fonte di responsabilità disciplinare e civile.

attenuanti del caso, sorgono seri problemi di tenuta costituzionale. Si privilegia una parte a discapito dei creditori e perché nò dello stesso debitore il quale può, a suo insindacabile giudizio, ritenere più opportuno tutelare i valori della propria impresa ricorrendo alla misura cautelare per eccellenza costituita dalla dichiarazione di fallimento con quel che ne consegue in termini di inopponibilità ed inefficacia per poi gestire il tutto alla meglio col ricorso all'esercizio provvisorio o al concordato fallimentare<sup>30</sup>. Sul punto la Relazione Illustrativa così si è espressa: *si è inteso bloccare un altrimenti crescente flusso di istanze in una situazione in cui gli uffici giudiziari si trovano in fortissime difficoltà di funzionamento*. La sensazione che se ne ricava, leggendola, è che alla fin fine in un giudizio comparativo è prevalsa un'esigenza logistica. Altre giustificazioni appaganti non le vedo. Sicuramente lascia insoddisfatti ed appare oltremodo contraddittorio quanto ancora si legge nella medesima Relazione laddove “ *il correlato pericolo di dispersione del patrimonio* “ viene addotto a giustificazione dell'improcedibilità delle istanze delle parti private per poi, valorizzarlo positivamente a favore del P.M.. Il legislatore dell'emergenza privilegiando una dichiarazione di rito a contenuto processuale lascia chiaramente intendere che al Giudice non viene chiesto di indagare se la prospettata insolvenza dipenda o meno dal *lockdown*<sup>31</sup>, né viene positivizzata alcuna presunzione di insolvenza<sup>32</sup>. Col terzo

---

<sup>30</sup>F. FIMMANO', *La resilienza dell'impresa di fronte alla crisi da coronavirus mediante affitto d'azienda alla newco – start –up, autofallimento e concordato “ programmati”*, su *ILCASO.IT*, 1 aprile 2020; A. PEZZANO, *Esercizio provvisorio e concordato fallimentare: un propizio connubio per il futuro concorsuale*, *ILCASO.IT*, 1 novembre del 2016.

<sup>31</sup> Così anche la Relazione illustrativa all'art. 10 dove si dà atto della *estrema difficoltà, nella situazione attuale, di subordinare la riconducibilità o meno dello stato di insolvenza all'emergenza epidemiologica determinata dal diffondersi del COVID – 19*.

<sup>32</sup> In Germania il legislatore dell'emergenza è intervenuto a mitigare le conseguenze della pandemia con la *Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID -19 – Pandemie im Zivil-, Insolvenz –und Strafahrensrecht Vom 27. März 2020* dove ha adottato un sistema più articolato misto tra sospensione e presunzione di insolvenza. Al debitore così recita il § 1 non è precluso di presentare istanza di fallimento in proprio qualora lo stato di insolvenza sia conseguenza della diffusione del virus o non vi siano prospettive di rimedio. In difetto gli viene concesso uno *spatium deliberandi*, un periodo di riflessione, dunque una sospensione fino al 30 settembre del 2020. Qualora poi il debitore non fosse insolvente alla data del 31.12.2019 si presume che insolvenza sia diretta conseguenza della pandemia e che vi siano prospettive di rimedio alla stessa. Le regole per i creditori sono dettate dal § 3 *Eroffnungsgrund bei Glaubigerinsolvenzanträgen* la procedibilità viene preservata dal

comma poi il periodo di sospensione dei 114 giorni viene immunizzato agli effetti di cui agli artt. 10 e 69 bis qualora alla dichiarazione di improcedibilità faccia seguito una dichiarazione di fallimento presentata anche da creditori diversi da quello il cui ricorso è stato dichiarato improcedibile.

## **6. Almeno per il momento l'insolvenza da COVID19 non deve contagiare le Aule dei Tribunali**

La comunità scientifica si è subito interrogata sugli strumenti da mettere in campo per evitare o quanto meno contenere le discontinuità economiche e finanziarie generate da COVID 19<sup>33</sup>. Il tema già di per sé complesso, rischia di essere *contaminato* a dismisura con le inevitabili ricadute negative in termini di responsabilità qualora *le poderose* iniziative finanziarie messe in campo dall'Esecutivo non giungano a destinazione ovvero vi arrivino, ma con notevole ritardo. Rischio poi non così remoto. Né poi mi pare condivisibile, come pure è apparso in qualche importante quotidiano, che lo Stato finanziatore debba sedere nei CdA delle Società<sup>34</sup>. L'argomento appena trattato né schiude un altro molto delicato. La qualità professionale di chi tra avvocati ed aziendalisti quotidianamente si occupano di crisi d'impresa; ma se si persiste a guardarli con estrema diffidenza<sup>35</sup>, grossi passi in avanti non se ne fanno. Come non

---

fatto che lo stato di decozione fosse precedente alla data del 1 marzo del 2020, altrimenti scatta una improcedibilità per i ricorsi depositati tra il 28 marzo 2020 ed il 28 giugno successivo. Fonte: *dirittobancario.it*

<sup>33</sup> Cfr. F. FIMMANO, *La resilienza dell'impresa di fronte alla crisi da coronavirus mediante affitto d'azienda alla newco – start –up, autofallimento e concordato “programmato”*, su *ILCASO.IT*, 1 aprile 2020; S. AMBROSINI, *op. cit.*, p. 12; M.L. RUSSOTTO, G. RUSSOTTO, G. LIMITONE, *L'impresa in momentanea difficoltà e l'impresa insolvente: analisi economica e conseguenze giuridiche*, su *ILCASO.IT*, 27 aprile del 2020; D. GALLETTI, *Il diritto della crisi sospeso e la legislazione concorsuale in tempo di guerra, Il Fallimentarista*, 14 aprile del 2020; G. DI CECCO, *Spunti per una riflessione collettiva sulle misure adottate ed adottabili per il contrasto alla crisi economica “ da pandemia “*, *ILCASO.IT*, 3 maggio del 2020.

<sup>34</sup> *LA STAMPA*, 7 maggio del 2020.

<sup>35</sup> La cultura della diffidenza e del sospetto purtroppo si incunea nei meandri del nostro sistema a tutti i livelli e appare sommamente difficile estirparla in definitiva si viene a tradurre in un costo seppur invisibile ma che lede la concorrenza. Sul tema si v. M. FABIANI, *Etica, legalità e crisi d'impresa al tempo delle riforme, Il Fallimento*, n.12/2017, p. 1256 laddove sottolinea come *Viceversa accade che il potere politico tende ad intromettersi nelle singole questioni ed il giudice tende a sconfinare per invadere la sfera della discrezionalità politica*. Sui rapporti tra A.G. e Professionisti Cfr. M. FABIANI, *Concordato preventivo e divieto ( non previsto dalla legge ) di pagamento*

si va da nessuna parte se i principali interlocutori non dialoghino tra di loro come è stato da ultimo recentemente ribadito<sup>36</sup>. Ciononostante, così mi pare di aver letto su qualche pregevole rivista *on -line*, si persevera nel distacco e sicuramente non è un bene. Ancora una volta rispetto al 2005/2006 la classe professionale è chiamata ad assolvere un delicato ed importantissimo ruolo. Ecco perché sotto questo aspetto l'istituzione dell'Albo di cui all'art. 356 Codice della Crisi è lodevole negli intenti. Altra cosa è poi il suo corretto funzionamento. Il preambolo appena svolto veicola un'idea recentemente apparsa<sup>37</sup> che mi pare equilibrata e degna di essere presa in seria considerazione. Si immagina un'automatica moratoria c.d. *semplificata* a tempo che segua da una semplice iscrizione da parte del debitore presso il Registro delle imprese il quale oltre ai consueti documenti a corredo indichi il proprio professionista di fiducia sulla falsariga dell'attestatore, ma con funzioni di sorveglianza sulla gestione, salva la facoltà attribuita ai creditori ed al P.M. di opporsi per ragioni predeterminate e specifiche non solo sull'ingresso in questa mini procedura, ma anche sulla nomina del professionista individuato. Laddove la continuità aziendale alla scadenza non venga ripristinata o in caso di frode gli stessi soggetti di cui sopra - ma qui aggiungerei per simmetria, anche da parte dello stesso debitore - si attiveranno con ricorso al Tribunale per chiedere la sola cancellazione dell'iscrizione della moratoria, non altro! . Solo esaurita la predetta fase entrerebbero in scena i consueti istituti della legge fallimentare a meno che il Legislatore non sia così lungimirante da cadenzare i tempi così che alla scadenza della moratoria il nuovo codice già sia in vigore. Codice però che dovrà essere ripensato coinvolgendo maggiormente i finanziatori sin dalla fase dell'allerta e della composizione assistita della crisi. Forse

---

*dei compensi professionali. Il pensiero unico recente dei giudici di merito*, in *Il Fallimento*, n. 5/2017,p.587; G. LA CROCE, *Il confezionamento di un piano di salvataggio dell'impresa in crisi da attestare*, in *Il Fallimento*, n. 10/2014,p.981; F. DE SANTIS, *Rapporti tra poteri delle parti e poteri del giudice nel concordato preventivo: i poteri del giudice*, in *Il Fallimento*, 9/2013, p.1062.

<sup>36</sup> M. FABIANI, *Introduzione, Dalla crisi all'emergenza :strumenti e proposte anti COVID al servizio della continuità delle imprese*, Mantova, 2020.

<sup>37</sup> G. CORNO e L. PANZANI, *La disciplina dell'insolvenza durante la pandemia da Covid -19. Spunti di diritto comparato, con qualche riflessione sulla possibile evoluzione della normativa italiana*, su *ILCASO.IT*, 27 aprile 2020.

è proprio questo il messaggio velato trasmessoci dalla diffusione epidemiologica da COVID -19.