

**LA “FALSA PARTENZA”  
DEL CODICE DELLA CRISI,  
LE NOVITÀ DEL DECRETO LIQUIDITÀ E  
IL TEMA DELL’INSOLVENZA INCOLPEVOLE \***

di STEFANO AMBROSINI

SOMMARIO: 1. La “falsa partenza” del Codice della crisi, le diverse priorità del momento attuale e un dubbio di fondo. – 2. Una “fotografia” inedita e allarmante. – 3. Le principali novità del Decreto Liquidità in materia concorsuale (e qualche piccolo suggerimento). – 4. Segue. La questione del deposito, a partire dal 9 marzo 2020, di domande di “preconcordato”. – 5. La (tradizionale e consolidata) irrilevanza delle cause determinanti l’insolvenza. – 6. Segue. Il necessario interesse ad agire del creditore e la non abusività della sua iniziativa. – 7. La (commendevole) proposta di non fallibilità per causa di forza maggiore e i suoi limiti. – 8. La temporanea improcedibilità delle istanze di fallimento.

***1. La “falsa partenza” del Codice della crisi, le diverse priorità del momento attuale e un dubbio di fondo.***

Era destino, evidentemente, che il Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza dovesse attendere ancora un certo, non breve, lasso di tempo prima di entrare in vigore.

Si era iniziato, parecchi mesi fa e quindi ben prima della pandemia da “coronavirus”, col porre in evidenza l’opportunità di differire di (almeno) un anno l’operatività della disciplina

---

\* Il presente contributo è destinato a far parte del materiale per un ciclo di conferenze sul diritto della crisi d’impresa negli ordinamenti europei organizzato dall’Universidad Carlos III di Madrid, cui chi scrive ha partecipato in data 22 aprile 2020. Un’editio minor sarà pubblicata anche in [www.dirittobancario.it](http://www.dirittobancario.it).

sulle misure di allerta, stante la presa d'atto che il “sistema” non era (e non è tuttora) pronto ad affrontare e gestire un'innovazione di tale portata, foriera di effetti oggettivamente incerti, di là dalla bontà della scelta di fondo. E ciò quanto meno con riferimento alle imprese di minori dimensioni, come giustamente suggerito, fra gli altri, sia da Confindustria che dal Consiglio nazionale dei dottori commercialisti e dei revisori contabili<sup>1</sup>.

Con la drammatica situazione venutasi a creare negli ultimi tempi era più che lecito attendersi un ulteriore “slittamento” di questa parte del Codice. La scelta del legislatore, tuttavia, è andata ben oltre, stabilendo che l'intera riforma non entrerà in vigore prima di settembre 2021.

Ad addivenire a questa determinazione, a mio avviso del tutto corretta<sup>2</sup>, hanno concorso vari (e concorrenti) ordini di considerazioni.

Il primo attiene alla constatazione che è senz'altro preferibile affrontare un frangente emergenziale con uno strumentario normativo conosciuto e ampiamente collaudato qual è la legge fallimentare vigente<sup>3</sup>, rispetto all'applicazione di una nuova disciplina che, nella situazione corrente, avrebbe rischiato di rappresentare un vero e proprio salto nel buio. E di tutto fuorché di questo, francamente, si avverte il bisogno.

---

<sup>1</sup> Il riferimento, in particolare, è al documento, condiviso fra i due enti citati nel testo, inviato al Ministero della Giustizia nell'estate del 2019.

<sup>2</sup> Nello stesso senso PANZANI-CORNO, *I prevedibili effetti del coronavirus sulla disciplina delle procedure concorsuali*, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), 25 marzo 2020, p. 3; ABRIANI-PALOMBA, *Strumenti e procedure di allerta: una sfida culturale (con una postilla sul Codice della crisi dopo la pandemia da Coronavirus)*, in [www.osservatorio-oci.org](http://www.osservatorio-oci.org), 25 marzo 2020, p. 13; FABIANI, *Il Codice della crisi al tempo dell'emergenza Coronavirus*, in *Quotidiano giuridico*, 27 marzo 2020, p. 2. *Contra* RORDORF, *Il codice della crisi e dell'insolvenza in tempi di pandemia*, in [www.giustizainsieme.it](http://www.giustizainsieme.it), 8 aprile 2020, pp. 2-3; FERRO, *Riapertura dei concordati e degli accordi di ristrutturazione: le proroghe eccezionali del DL 23/2020*, in *Quotidiano giuridico*, 14 aprile 2020, p. 1.

<sup>3</sup> PANZANI-CORNO, *I prevedibili effetti del coronavirus sulla disciplina delle procedure concorsuali*, cit., p. 4. *Contra*, forse un po' ottimisticamente, RORDORF, *Il codice della crisi e dell'insolvenza in tempi di pandemia*, cit., p. 3: “La difficoltà di applicare una nuova normativa non mi pare un ostacolo davvero rilevante, ove si consideri l'ampia *vacatio legis* che ha già consentito agli studiosi ed agli operatori di riflettere a lungo sulle disposizioni del codice e di assimilarne i principi ispiratori”.

Il secondo ordine di considerazioni si riferisce specificamente alle misure di allerta. Come si legge nella Relazione illustrativa, infatti, il sistema dell'allerta "è stato concepito nell'ottica di un quadro economico stabile e caratterizzato da oscillazioni fisiologiche, all'interno del quale, quindi, la preponderanza delle imprese non sia colpita dalla crisi, e nel quale sia possibile conseguentemente concentrare gli strumenti predisposti dal codice sulle imprese che presentino criticità. In una situazione in cui l'intero tessuto economico mondiale risulta colpito da una gravissima forma di crisi, invece, gli indicatori non potrebbero svolgere alcun concreto ruolo selettivo, finendo di fatto per mancare quello che è il proprio obiettivo ed anzi generando effetti potenzialmente sfavorevoli".

Vi è poi un'ulteriore ragione, meno "intuitiva", la quale tradisce un'incertezza (per non dire una convinzione) che, seppur non dichiarata apertamente, è difficile non intravedere nella scelta compiuta dal Governo: che cioè le disposizioni contenute nel Codice non siano ritenute le più idonee a favorire il risanamento delle imprese in difficoltà e che esse, al contrario, possano finire per renderlo, all'atto pratico, meno agevole<sup>4</sup>. E ciò, in qualche modo, a prescindere dall'emergenza epidemiologica in atto.

Si tratta – occorre riconoscerlo con la debita onestà intellettuale – di un dubbio verosimilmente fondato.

Non è questa la sede per ripercorrere le critiche mosse sia da numerosi esponenti della dottrina fallimentaristica (e aziendalistica), sia da moltissimi "addetti ai lavori", alla legge delega del 2017 e ancor più, se possibile, al decreto delegato del 2019: basti pensare all'oggettiva "macchinosità" della procedura di allerta, ad alcune serie criticità del procedimento unitario, all'eccessivo ridimensionamento del concordato preventivo, a previsioni contrastanti con il pur declamato *favor* per la continuità aziendale come il criterio della prevalenza di cui all'art. 84 del Codice, nonché ad alcune delle nuove disposizioni del codice civile in materia societaria.

---

<sup>4</sup> Pur muovendo da un angolo visuale parzialmente diverso, e giungendo a conclusioni opposte, RORDORF, *op. loc. ult. cit.*, osserva: "Non posso nascondere l'impressione che queste istanze di rinvio sottintendano un certo scetticismo, se non proprio una netta ostilità, nei confronti del nuovo codice".

L'impressione, in generale, è che sia risultata alquanto discutibile la scelta di discostarsi, talora marcatamente, dall'impianto congegnato dalla c.d. prima commissione Rordorf (incaricata di redigere il testo dei principi di delega) per abbracciare un approccio schiettamente dirigista sul piano dell'eterotutela del debitore, con conseguente, significativa, riduzione dei suoi margini di manovra: il tutto sull'altare della necessità di reprimerne gli abusi, la cui non infrequente verifica nel recente passato, pur innegabile e giustamente repressa dalla giurisprudenza, sembra aver condizionato oltre misura il legislatore della novella. Per di più senza essere questi riusciti a realizzare – non manca di ricordarlo nelle occasioni di dibattito pubblico lo stesso Rordorf – una riforma davvero organica del diritto della crisi, come denota, a tacer d'altro, la persistente “specialità” di trattamento (anche sotto il profilo della *sedes materiae*) dell'amministrazione straordinaria.

A puntuale riprova, per attingere a un detto popolare, che il meglio è di regola nemico del bene e che il ponderato ed equilibrato lavoro di quella commissione, attenta a contemperare le esigenze della giurisdizione con le istanze provenienti dal mondo produttivo, avrebbe probabilmente meritato maggiore considerazione in sede politica.

Oggi, ad ogni buon conto, l'auspicio di molti, fra cui chi scrive, è che il rinvio dell'entrata in vigore del Codice costituisca l'occasione per un ripensamento di almeno alcune delle previsioni testé menzionate, nell'ottica di offrire alle imprese, più che mai in affanno (anche nel prossimo futuro), un contesto normativo più favorevole al prioritario perseguimento del recupero di una condizione di equilibrio, oltre che di tenere maggiormente in conto le previsioni contenute nella Direttiva UE, sopravvenuta rispetto al varo del nostro Codice.

D'altronde, la reazione che ha avuto il mondo produttivo di fronte alla riforma – aperto scetticismo di molte associazioni di imprenditori e di larga parte del ceto professionale, sostanziale indifferenza del settore bancario – dovrebbe anch'essa indurre un supplemento di riflessione, per quanto possibile scevro da apriorismi e “attaccamenti” rispetto al – pur per molti aspetti pregevole – lavoro svolto in tempi brevissimi dalla seconda commissione di riforma, peraltro astretta dai vincoli di una legge delega per vari aspetti discutibile.

A ben vedere, l'interrogativo di fondo, in estrema sintesi, è il seguente: lo strumento migliore per affrontare il drammatico frangente attuale e i tempi a venire (e in generale le situazioni di crisi del sistema economico) è rappresentato da una riforma – qual è il Codice della crisi – *creditor oriented*, che completi il processo avviato con quella che in tanti hanno chiamato la “controriforma” del 2015, o al contrario deve reputarsi preferibile una legge ispirata al preminente obiettivo di salvare le imprese in difficoltà tutelando realmente (e non solo “programmaticamente”) la continuità aziendale?

Al che occorre aggiungere l'ulteriore domanda: come si comporteranno, nella logica della concorrenza fra ordinamenti, gli altri Paesi europei?

Ad entrambi gli interrogativi la risposta è, a mio modo di vedere, nel senso di una riforma *debtor oriented*, seppur meno “sbilanciata” e frammentaria di quanto sono risultate essere, a livello applicativo, le novelle del 2005 e del 2012, giacché questo è l'approccio che richiedono non solo l'emergenza corrente, ma anche i prevedibili effetti della correlata recessione economica, che appare purtroppo difficilmente scongiurabile.

Nel frattempo, era inevitabile che l'attenzione del legislatore al tempo del coronavirus si appuntasse sull'aspetto, davvero cruciale, dell'immediata erogazione di credito alle imprese, che non a caso rappresenta il nucleo del decreto legge n. 23 dell'8 aprile 2020 (c.d. Decreto Liquidità), il cui Capo I è infatti rubricato “Misure temporanee per il sostegno alla liquidità delle imprese”.

In questa sede, peraltro, ci si soffermerà brevemente sui soli profili concorsuali in esso contenuti<sup>5</sup>, sottacendo quindi – in quanto, appunto, “fuori tema” – qualche istintivo dubbio che sembra sollevare questo intervento normativo rispetto alla sua

---

<sup>5</sup> Destinati a incidere significativamente sulla crisi delle imprese sono anche, naturalmente, le disposizioni dettate in materia societaria dagli artt. 6, 7 e 8 con riferimento alla perdita del patrimonio netto e al criterio bilancistico del *going concern*. In argomento v., tra gli altri, SPIOTTA, *La (presunzione di) continuità aziendale al tempo del COVID-19*, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); IRRERA-FREGONARA, *La crisi d'impresa e la continuità aziendale ai tempi del Coronavirus*, *ivi*; DIMUNDO, *La “messa in quarantena” delle norme sulle perdite del capitale e sullo scioglimento delle società. Note sull'art. 6 del “Decreto Liquidità”*, *ivi*; ABRIANI-PALOMBA, *Strumenti e procedure di allerta: una sfida culturale (con una postilla sul Codice della crisi dopo la pandemia da Coronavirus)*, *cit.*

effettiva idoneità a consentire l'afflusso di risorse finanziarie alle imprese in tempi davvero rapidi.

Basti osservare, in proposito, che il recente provvedimento sembra eludere una delle questioni invece fondamentali per le imprese in difficoltà: quella dei tempi e delle modalità di valutazione, da parte delle banche, del merito creditizio delle imprese (essendo solo una parte delle previste garanzie pubbliche destinata a coprire il 100% del finanziamento), con i connessi profili di possibile responsabilità civile (per concessione abusiva di credito) e penale (per concorso in bancarotta). Su entrambi i problemi un intervento normativo in via di urgenza parrebbe invero opportuno.

## ***2. Una “fotografia” inedita e allarmante.***

I dubbi sollevati nel precedente paragrafo sulla persistente validità delle scelte effettuate dal legislatore nel Codice della crisi traggono copiosamente linfa, purtroppo, da un quadro della situazione oggettivamente allarmante.

Come hanno chiarito gli uffici studi delle maggiori organizzazioni del mondo produttivo, si è oggi al cospetto di dinamiche – tassi di variazione percentuale a doppia cifra – inedite dal punto di vista statistico. Il recente rapporto Cerved “*The Impact of Coronavirus on Italian Nonfinancial Corporates*” prevede infatti un tasso di fallimenti superiore al 10% nei tempi a venire.

Non a caso, qualche giorno fa la Banca d'Italia<sup>6</sup> ha avvertito il bisogno di precisare, con un comunicato stampa anziché – come di consueto – con una circolare, che gli intermediari non dovranno segnalare gli sconfinamenti su finanziamenti accordati a imprese beneficiarie: (i) delle misure di cui all'art. 56, co. 2, lett. a) e b) del Decreto “Cura Italia”, che prevedono la loro irrevocabilità in tutto o in parte fino al 30 settembre 2020; (ii) della misura di cui all'art. 56, co. 2, lett c), riguardante la sospensione del pagamento delle rate di mutui e di altri finanziamenti a rimborso rateale, sempre sino al settembre 2020. Inoltre, chi ha beneficiato della sospensione del rimborso del

---

<sup>6</sup> Banca d'Italia, *Comunicato stampa* del 18 aprile 2020, in [www.bancaditalia.it](http://www.bancaditalia.it).

finanziamento – è stato ribadito – non potrà essere classificato a sofferenza dal momento in cui il beneficio è stato accordato.

Di là dall'opportuna previsione del Decreto "Cura Italia" sulla sospensione delle predette segnalazioni, il settore bancario non è comprensibilmente in grado di effettuare previsioni attendibili circa gli effetti della pandemia sulla qualità del credito, che dipenderanno, ovviamente, tanto dalla durata della recessione quanto dalla velocità della ripresa. E nell'immediato si teme che gli istituti di credito non siano attrezzati a reggere l'urto della mole di domande in arrivo dalle imprese.

Sul versante di queste ultime, poi, la preoccupazione principale – com'è ben noto – è quella dell'effettiva rapidità e della reale efficacia degli interventi messi in campo dal Governo<sup>7</sup>.

Oltre al tema, cui si è accennato, del merito creditizio, da parte di alcuni si è messo l'accento sull'assenza, nel Decreto Liquidità, di misure a sostegno del credito di filiera attraverso strumenti – quali il *reverse factoring* – che snelliscano le procedure di smobilizzo delle fatture.

E problemi analoghi si pongono con riferimento agli immobili locati da parte di aziende tuttora chiuse o che comunque hanno subito un pesante calo di fatturato, dovendosi pensare celermente a meccanismi concertati (quando non imposti in via normativa) di rinegoziazione del canone e, nel contempo, di sostegno ai proprietari di immobili, nonché ad agevolazioni di natura fiscale (quali, ad esempio, la cedolare secca).

In questo drammatico quadro<sup>8</sup> appare chiaro come l'obiettivo principale non sia e non possa più essere, almeno in una logica

---

<sup>7</sup> E v., da ultimo, ELLI, *PMI al tappeto, bomba a tempo d'insolvenze*, in *Il Sole 24 Ore* del 19 aprile 2020, p. 3.

<sup>8</sup> Secondo i dati forniti dal Centro Studi di Confindustria, nel mese di marzo 2020 la produzione industriale è calata del 16,6% rispetto al precedente mese di febbraio. In base alle stime del Fondo Monetario Internazionale, il PIL dell'Italia crollerà, a fine anno, di oltre il 9% rispetto al 2019 (peggior risultato da circa 80 anni). Secondo l'ISTAT, quasi 8 milioni di lavoratori dipendenti e autonomi (su un totale di circa 23 milioni) sono rimasti inattivi a causa del *lockdown* e stanno già chiedendo aiuto allo Stato, mentre le imprese "non essenziali" rimaste aperte (in quanto appartenenti alle cc.dd. filiere in deroga, cioè produttive di beni funzionali ai settori essenziali) non riescono a mantenere il precedente livello e le pregresse tempistiche di incassi, che sono diminuiti fino all'80%. E una recente indagine di Prometeia calcola che, con questo crollo degli incassi, addirittura tre imprese su quattro rischiano di avere liquidità disponibile al massimo per tre mesi.

di breve/medio periodo (vale a dire di qui a due/tre anni), quello di far emergere tempestivamente l'insolvenza per garantire maggiori livelli di *recovery* ai creditori, bensì quello di scongiurare il rischio di una progressiva “desertificazione” industriale<sup>9</sup> e della conseguente perdita di milioni di posti di lavoro, nonché il pericolo che molte attività imprenditoriali finiscano preda della criminalità organizzata<sup>10</sup>.

Rispetto alla “filosofia” e allo strumentario propri del Codice della crisi, dunque, occorre guardare con lenti nuove a una realtà così repentinamente e drammaticamente mutata, anche perché gli effetti di questa crisi devastante non paiono destinati a esaurirsi con la fine dell'emergenza epidemiologica.

Com'è stato giustamente posto in luce in un recentissimo *paper* della Banca d'Italia<sup>11</sup>, inoltre, bisognerà porsi quanto prima il problema della capacità prospettica delle imprese di rimborsare i finanziamenti agevolati (e, comunque, della disponibilità delle banche a rinnovarli alla scadenza delle garanzie).

Ed è chiaro che in una situazione emergenziale come questa sia inevitabile pensare a forme di massiccio intervento pubblico: dai trasferimenti diretti alle imprese alla creazione di uno strumento finanziario speciale con cui lo Stato acquisti dalle banche i crediti relativi ai prestiti garantiti<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> Basti pensare che in una regione ad alta densità industriale come il Piemonte nel solo primo trimestre del 2020, in base ai dati forniti da Unioncamere Piemonte, sono “morte” 3531 imprese, 500 in più del medesimo periodo del 2019.

<sup>10</sup> Si veda il *reportage* di MARCONI-TIZIAN, *Contagio criminale*, in *l'Espresso* del 19 aprile 2020, p. 18 e ss.

<sup>11</sup> Curato da Giorgio Gobbi, Francesco Palazzo e Anatoli Segura.

<sup>12</sup> Cfr. RINALDI, *Debito eccessivo, terapia cercasi*, in *Il Sole 24 Ore* del 17 aprile 2020, il quale propone la conversione dei finanziamenti che risulteranno non rimborsabili in strumenti finanziari partecipativi, che “potranno successivamente essere ceduti a Spv (società veicolo) specializzate, partecipate dallo Stato, che destinino ad investitori professionali le notes corrispondenti”. E in sede Banca d'Italia e Assonime si stanno conducendo riflessioni di analogo tenore.

### **3. Le principali novità del Decreto liquidità in materia concorsuale (e qualche piccolo suggerimento).**

Le disposizioni in tema di concordato preventivo e di accordi di ristrutturazione dei debiti sono contenute all'art. 9<sup>13</sup>, la cui “filosofia”, senz'altro condivisibile, è quella di scongiurare che le procedure caratterizzate, prima dello scoppio della pandemia, da concrete prospettive di successo risultino condannate al fallimento a causa del quadro di riferimento drasticamente mutato.

Come si vedrà, la norma è caratterizzata da un climax discendente per quanto concerne l'automatismo delle misure e segue un ordine inverso rispetto a come si succedono in concreto le fasi delle procedure, giacché essa inizia con una previsione che riguarda il momento successivo all'omologa e termina con il “preconcordato” e il “preaccordo”: a conferma che l'emergenza epidemiologica e le derivate esigenze degli imprenditori in crisi sono tali da far premio sul contenuto di domande già approvate dai creditori e finanche già omologate dal tribunale.

In questo alveo si colloca, anzitutto, la proroga di sei mesi dei termini di adempimento dei concordati preventivi e degli accordi di ristrutturazione omologati aventi scadenza nel periodo tra il 23 febbraio 2020 e il 31 dicembre 2021, sancita dal primo comma dell'art. 9<sup>14</sup>.

La norma, parlando di “adempimento”, è chiaramente diretta a disciplinare i casi in cui è già stato emanato il decreto di

---

<sup>13</sup> Per un esame, *more solito* assai puntuale, della disposizione di cui trattasi v. FERRO, *Riapertura dei concordati e degli accordi di ristrutturazione: le proroghe eccezionali del DL 23/2020*, cit., p. 1.

<sup>14</sup> In chiave critica, Ferro, *op. cit.*, p. 3, osserva che “il legislatore, evitando di acquisire la relazione tra pandemia e omesso rispetto delle scadenze e presumendola però in modo indifferenziato (dunque anche per imprese, agli estremi, già decotte per altri fattori o con produzione rilanciata per effetto proprio della crisi) e assoluto, espone i creditori, e con essi la vasta massa dei soggetti interessati all'evoluzione concordataria, ad un sacrificio senza corrispettivo, perché lascia ad una determinazione unilaterale insindacabile l'adozione del beneficio, in difetto di apparente contropartita economica o congegni di controllo”. Il rilievo, pur astrattamente (*recte*: in condizioni normali) fondato, non sembra considerare appieno il carattere assolutamente emergenziale della misura e la conseguente necessità di evitare tempi e incertezze propri di un'indagine caso per caso, inappropriata in questo eccezionale frangente.

omologa e riguarda quindi la fase esecutiva del concordato o dell'accordo, rispetto alla quale essa ha sicuramente l'effetto di ridurre i rischi di risoluzione dell'uno e dell'altro.

Si tratta, com'è evidente, di una proroga *ex lege*, che come tale non abbisogna di alcuna iniziativa del debitore.

Il secondo comma attiene ai procedimenti di omologazione del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione pendenti alla data del 23 febbraio 2020, relativamente ai quali si facoltizza il debitore a presentare sino all'udienza fissata per l'omologa (quindi anche prima di essa), istanza al tribunale per la concessione di un termine non superiore a novanta giorni per il deposito di un nuovo piano e di una nuova proposta di concordato, ovvero di un nuovo accordo di ristrutturazione.

Il presupposto della norma è che l'emergenza epidemiologica abbia reso non più attuali le previsioni contenute nei piani posti alla base delle domande di concordato e di omologazione dell'accordo di ristrutturazione, con conseguente, sopravvenuta, non fattibilità economica del tentativo di superamento della crisi alle condizioni prospettate in precedenza.

La disposizione in esame precisa poi che:

(i) il termine decorre dalla data del decreto con cui il tribunale assegna il termine;

(ii) il termine non è prorogabile (stante l'eccezionalità della previsione);

(iii) l'istanza è inammissibile ove sia presentata nell'ambito di un procedimento di concordato preventivo nel corso del quale è già stata tenuta l'adunanza dei creditori ma non sono state raggiunte le maggioranze stabilite dall'art. 177, l. fall.

Con riguardo a quest'ultimo aspetto, resta ovviamente ferma la possibilità per il debitore di presentare una nuova proposta di concordato, il cui *iter* è destinato a risultare meno problematico pur quando penda un'istanza di fallimento in virtù dell'improcedibilità di quest'ultima stabilita dal successivo art. 10 (di cui si tratterà *infra* al par. 7).

Il meccanismo previsto nel predetto secondo comma, a differenza della proroga di cui al primo, presuppone un atto di impulso del debitore, ma non contempla alcuna valutazione da parte del tribunale, che è quindi tenuto a concedere il termine richiesto, salvo il caso, di cui si diceva, di inammissibilità dell'istanza.

Le disposizioni di cui ai commi terzo, quarto e quinto dell'art. 9, al contrario, postulano una verifica da parte del tribunale, dal cui esito dipende la concessione della misura.

Ed infatti, se il debitore intende modificare unicamente i termini di adempimento del concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione – recita il terzo comma – deposita sino all'udienza fissata per l'omologa una memoria contenente l'indicazione dei nuovi termini, depositando altresì la documentazione che comprova la necessità della modifica dei termini.

Il tenore della norma conferma, implicitamente, che l'istanza può essere presentata anche successivamente all'approvazione, da parte dei creditori, della proposta di concordato, ancorché questa contenesse, inizialmente, termini di adempimento diversi.

Quanto, infine, alle misure contemplate dai commi quarto e quinto dell'art. 9, esse si riferiscono alla situazione del debitore che abbia già ottenuto la proroga del termine *ex art. 161, 6° c.*, o la concessione del termine *ex art. 182-bis, 7° c.*, il quale è facoltizzato, in base appunto alle nuove previsioni, a richiedere un'ulteriore proroga sino a novanta giorni, ancorché sia stata presentata istanza di fallimento.

Tale istanza deve:

(i) indicare specificamente i fatti *sopravvenuti* “per effetto dell'emergenza epidemiologica COVID-19”;

(ii) indicare gli elementi che rendono *necessaria* (e quindi non semplicemente utile od opportuna) la concessione della proroga.

Il tribunale, per parte sua, concede la proroga, previo parere del commissario giudiziale (se nominato), quando ravvisa *concreti e giustificati* motivi a fondamento dell'istanza depositata nel procedimento concordatario, mentre con riguardo agli accordi di ristrutturazione occorre altresì che continuino a sussistere i presupposti per addivenire a un accordo con le maggioranze di cui all'art. 182-*bis*.

Trattandosi di semplice dilatazione dei termini originari – precisa la Relazione illustrativa – “troverà per il resto applicazione la disciplina prevista per l'*automatic stay*, a cominciare dal settimo e ottavo comma dell'art. 161, espressamente”.

Il legislatore ha invece ritenuto di lasciare inalterata la disciplina sulla nuova finanza all'impresa in crisi, laddove si sarebbe forse potuto rendere ancor meno stringenti i presupposti applicativi della disposizione sulla finanza di urgenza (ad esempio espungendo il requisito della irreparabilità del danno, bastando la sua gravità) ed esportare temporaneamente il meccanismo "autocertificativo" e quello della consultazione dei principali creditori di cui allo stesso art. 182-*quinquies*, 3° c., alle situazioni regolate dai commi precedenti della norma, perseguendo anche per questa via l'intento di velocizzare le decisioni sulla nuova finanza (e quindi il relativo afflusso) e di non congestionare l'attività dei tribunali.

Così come sarebbe stato d'uopo anticipare l'operatività del principio, sancito espressamente dal Codice della crisi, della stabilizzazione della prededuzione del credito da finanziamento anche in caso di successivo fallimento, nel comune e convergente interesse delle imprese finanziate e degli istituti di credito.

Nel porre mano alla norma sulla postergazione dei finanziamenti dei soci, disapplicando, condivisibilmente, gli artt. 2467 e 2497-*quinquies*, c.c. (art. 8 del Decreto Liquidità), si sarebbe potuto, anche qui temporaneamente, innalzare dall'80% al 100% la prededucibilità degli apporti effettuati dai soci ai sensi dell'art. 182-*quater*, come misura ulteriormente incentivante in un frangente così critico.

Queste e altre valutazioni, ad ogni modo, potranno essere effettuate in sede di conversione del decreto in esame (o eventualmente con altri provvedimenti d'urgenza), come pure l'eventualità di prevedere una procedura *ad hoc*, snella e veloce, sulla falsariga dell'accordo di ristrutturazione (verosimilmente preferibile a una riedizione "modernizzata" della vecchia amministrazione controllata, abrogata quindici anni fa)<sup>15</sup> e di reintrodurre, quanto meno in via provvisoria, il meccanismo del silenzio-assenso nel concordato preventivo, affinché i creditori si assumano apertamente (specie di questi tempi appare necessario) l'onere di bocciare una proposta di risanamento aziendale e, comunque, di ristrutturazione dei debiti.

---

<sup>15</sup> Ma si vedano anche le stimolanti considerazioni, su una nuova procedura di matrice giudiziale, di BENASSI, *Brevi spunti per un'agile procedura di "sostegno" alle imprese in crisi da Coronavirus*, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

#### **4. Segue. La questione del deposito, a partire dal 9 marzo 2020, di domande di “preconcordato”.**

La questione della persistente possibilità o meno di depositare domande *ex art.* 161, 6° c. (o art. 182-*bis*, 6° c.) della legge fallimentare si è posta per effetto di quanto disposto dall'art. 83 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18.

Ad avviso di chi scrive, le domande *ex art.* 161, 6° c. (o art. 182-*bis*, 6° c.) esulano dall'applicazione della predetta norma, potendo dirsi che esse rispondono a un'esigenza latamente – se non propriamente – cautelare, mirando invero a bloccare automaticamente le azioni esecutive e quelle cautelari aventi ad oggetto il patrimonio dell'imprenditore in crisi.

In ogni caso, esse appaiono idonee, in virtù del combinato disposto degli artt. 169 e 55, a scongiurare l'incremento delle passività chirografarie (e di quelle privilegiate per la misura eccedente l'interesse legale) e, di conseguenza, l'aggravamento del dissesto, notoriamente rilevante ai fini dell'applicazione dell'art. 217, n. 4): il che comporta l'impossibilità, attraverso un'interpretazione incongruamente limitativa, di privare il debitore di un rimedio siffatto.

La circostanza, poi, che l'art. 10 del Decreto Liquidità (di cui si dirà in appresso) sancisca solo l'improcedibilità delle istanze di fallimento e delle dichiarazioni dello stato di insolvenza ai sensi della Legge Prodi-*bis* sembra confermare, *a contrario*, l'assunto<sup>16</sup>, come pure l'assenza, all'interno dell'art. 9, di analoghe previsioni relativamente al concordato preventivo e agli accordi di ristrutturazione.

Ove invece si considerino le domande di “preconcordato” (e di “preaccordo”) come non rientranti di per sé nella deroga di cui al predetto art. 83 d.l. n. 18/2020, appare pur sempre possibile motivare le specifiche ragioni di urgenza che consentano al debitore di effettuare il deposito e alla cancelleria di accettarlo. E già vi sono, non a caso, precedenti in questo senso.

In ogni caso, l'impossibilità di dare inizio a nuovi procedimenti civili e di depositare atti in quelli già pendenti è

---

<sup>16</sup> Senza dire che, siccome la norma fa riferimento anche alle istanze di “autofallimento”, l'unico modo residuo per sterilizzare *ipso jure* l'incremento delle passività è, per l'appunto, la presentazione della domanda di “preconcordato”.

destinata a venir meno, salvo ulteriori (allo stato improbabili) proroghe, il prossimo 11 maggio.

### **5. La (tradizionale e consolidata) irrilevanza delle cause determinanti l'insolvenza.**

Costituisce *jus receptum* ormai da lungo tempo il principio della c.d. rilevanza oggettiva dello stato di insolvenza. Ciò significa che ai fini del suo accertamento – e, a monte, del potere-dovere di farvi luogo – conta esclusivamente l'incapacità del debitore di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni, a prescindere da quali siano state le cause generatrici di tale situazione<sup>17</sup>.

Manca in effetti nella definizione di cui all'art. 5 l. fall. qualsiasi riferimento alle cause dell'insolvenza: essa sussiste e rileva – com'è stato osservato – “a prescindere dal fatto che derivi da errori nella programmazione economico-finanziaria dell'imprenditore, da deficit comportamentali, da shock esogeni ivi comprese calamità naturali, dalla commissione di reati, da scioperi, dal non riuscire a incassare crediti dai propri debitori, dalla semplice sfortuna. Quel che conta è solo il fenomeno effettuale in sé”<sup>18</sup>.

Dal procedere alla dichiarazione di fallimento, del resto, esula ogni profilo di natura sanzionatoria, per cui è logico che non rilevi l'addebitabilità o meno della decozione a colpa dell'imprenditore e, per vero, neppure a fatti a lui riconducibili. Al punto che persino l'insolvenza provocata da caso fortuito o forza maggiore (ipotesi tradizionalmente considerata “di scuola”) non esime il tribunale dalla necessità di dichiarare il fallimento.

---

<sup>17</sup> In dottrina, *ex aliis*, TERRANOVA, *Lo stato di insolvenza: per una concezione formale del presupposto oggettivo del fallimento*, in *Giur. comm.*, 1996, I, pp. 103 e ss.; NIGRO, *Sub art. 5*, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di Nigro e Sandulli, Torino, 2006, pp. 17 e ss.; CAVALLI, *Il presupposto oggettivo*, in AMBROSINI-CAVALLI-JORIO, *Il fallimento*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Cottino, XI, t. 2, Padova, 2009, pp. 128-129; PALUCHOWSKI, *Sub art. 5*, in PAJARDI, *Codice del fallimento*, a cura di Bocchiola e Paluchowski, Milano, 2009, pp. 94 e ss.

<sup>18</sup> PRESTI, *Stato di crisi e stato di insolvenza*, in *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, diretto da Cagnasso e Panzani, I, Milano, 2016, pp. 415-416.

In questa prospettiva, non sorprende che sia stato ripetutamente deciso che il sequestro dei beni aziendali, con conseguente impossibilità del loro utilizzo, non preclude l'inverarsi dell'insolvenza e l'ineluttabilità della relativa declaratoria. E analogo indirizzo è stato assunto nel caso del *factum principis*, sia esso rappresentato da una disposizione di legge o regolamento particolarmente sfavorevole alle imprese di un dato settore (o in una determinata condizione), o dall'inadempimento della pubblica amministrazione all'obbligo di pagare tempestivamente i propri debiti (dove la vibrante critica mossa dal mondo delle imprese verso lo Stato, il quale con una mano non onora i propri debiti e con l'altra decreta il fallimento seppur causato – anche e talora soprattutto – dal suo stesso inadempimento).

Il principio dell'irrelevanza delle cause dell'insolvenza non soffre deroghe normative di sorta, anche se – come vedremo nel paragrafo successivo – non può venire generalizzato in modo assoluto e indiscriminato, incontrando anch'esso il limite segnato da quei principi che permeano di sé l'intero ordinamento, a cominciare dalla clausola generale di buona fede e correttezza intesa in senso oggettivo (il riferimento è a quelle situazioni-limite in cui sia lo stesso, unico, creditore a cagionare, abusando dei propri diritti, lo stato di decozione, o in cui egli non abbia alcun concreto interesse alla dichiarazione di fallimento).

Ora, è chiaro che di fronte a situazioni assolutamente emergenziali (come un terremoto di vaste proporzioni, o un'epidemia o pandemia quale appunto quella in atto) il legislatore ha di fronte a sé soltanto due strade: o intervenire in via generale sulla disciplina del fallimento e della sua dichiarazione (artt. 5 e 15), oppure – com'è avvenuto con il già citato art. 10 del Decreto Liquidità – stabilire la temporanea improcedibilità delle istanze di fallimento.

#### ***6. Segue. Il necessario interesse ad agire del creditore e la non abusività della sua iniziativa***

Si è poc'anzi ricordato come il limite all'applicazione generalizzata della rilevanza oggettiva dello stato di insolvenza vada ravvisato, da un lato, nell'abuso del diritto e nel dovere di

buona fede e correttezza, dall'altro, nel requisito dell'interesse ad agire.

La prima delle due regole è stata sancita ormai quasi vent'anni fa dalla Corte di Cassazione con riferimento al caso di un istituto di credito che, col rifiutare al cliente mutuatario il frazionamento del mutuo, gli aveva impedito la vendita degli appartamenti e il conseguente afflusso di liquidità, instando poi per il fallimento, non essendo riuscito l'imprenditore a pagare le rate del mutuo stesso alla banca, sua unica creditrice.

Nel cassare la decisione della Corte d'Appello di Roma, la sentenza ha affidato al giudice del rinvio il compito di accertare l'esistenza del nesso di causalità fra il rifiuto della banca al frazionamento del mutuo, contrario all'obbligo di correttezza, e lo stato di insolvenza, e di provvedere, in caso affermativo, alla revoca del fallimento, affermando giustamente che il principio dell'irrelevanza delle cause generatrice dello stato di decozione “non opera nell'ipotesi in cui esista un unico creditore e costui, con una condotta contraria ai doveri di concorrenza e di buona fede, abusi del suo diritto, creando le condizioni che rendono impossibile il regolare adempimento dell'obbligazione e causando, così, la dichiarazione di fallimento”<sup>19</sup>.

Quanto al tema dell'interesse ad agire (requisito notoriamente prescritto in via generale dall'art. 100 c.p.c.), esso è posto al centro di un'interessante pronuncia resa di recente dalla Corte d'Appello di Venezia<sup>20</sup>, riguardante il caso di un unico creditore che, già tutelato attraverso un provvedimento di conversione di un pignoramento capiente, chiedeva e otteneva nondimeno dal tribunale la dichiarazione di fallimento del proprio debitore.

In tale sentenza si afferma, condivisibilmente, che “debba essere vagliata la ricorrenza dell'interesse ad agire del ricorrente, in quanto l'eventuale carenza, originaria o sopravvenuta, di tale condizione ben può far emergere l'uso strumentale della dichiarazione di fallimento del debitore, allorché la domanda risulti proposta per conseguire un risultato estraneo alla tutela del credito. Sotto questo profilo [...] la contestazione da parte del debitore dell'interesse ad agire in capo al creditore che domandi la dichiarazione di fallimento determina l'onere di questo di dimostrare, come in qualsiasi altro

<sup>19</sup> Cass. 19 settembre 2000, n.12405, in *Fall.*, 2001, p. 669.

<sup>20</sup> App. Venezia, 13 marzo 2019, n. 1022, in *www.dejure.it*

processo, la esistenza di quell'interesse. Né lo scrutinio di tale questione comporta che il giudice debba spingersi a condurre una disamina della meritevolezza dell'interesse sotteso alla domanda giudiziale, poiché l'oggetto dell'accertamento – giova ribadirlo – è circoscritto alla effettiva utilità del risultato conseguibile dal creditore dalla apertura della procedura concorsuale in funzione del soddisfacimento del credito secondo le regole del concorso”.

Muovendo da tali premesse, la Corte veneziana ha affermato che “L'interesse ad agire in capo all'odierno resistente è venuto meno dopo la emissione del provvedimento di conversione del pignoramento, giacché la prosecuzione della procedura esecutiva avrebbe consentito (al debitore) di conseguire un miglior trattamento del suo credito, rispetto a quanto egli si sarebbe ragionevolmente potuto attendere dal procedimento concorsuale”:

donde la conclusione in base alla quale “in ragione del sopravvenuto difetto dell'interesse di cui all'art. 100 c.p.c. va affermata la inammissibilità della domanda proposta [...] per ottenere la dichiarazione di fallimento [...] e, conseguentemente, revocato il fallimento”.

Come si vede, peraltro, si tratta, in entrambi i casi sopra descritti, di situazioni affatto peculiari, come tali inidonee a mettere in discussione il più volte ricordato – e tuttora attuale – principio dell'irrelevanza delle ragioni che hanno condotto all'insolvenza, le quali assumono importanza, sempre secondo la Cassazione, solo ove siano tali da comprovare il carattere temporaneo dell'impossibilità di soddisfare le proprie obbligazioni e facciano in tal modo venir meno il requisito della “strutturalità”<sup>21</sup> dell'insolvenza<sup>22</sup>.

Ne deriva, pertanto, la non configurabilità, *de jure condito* (per quanti sforzi interpretativi possano compiersi), di un dissesto che, in quanto incolpevole, possa esimere il debitore dalla dichiarazione di fallimento.

---

<sup>21</sup> Di tale requisito fornisce una lettura che non pare condivisibile FERRI, *Lo stato d'insolvenza*, in *Riv. Not.*, 2015, p. 781, là dove l'autore lo associa, anziché al concetto di condizione non transeunte, a “cause attinenti alla ... (concreta) struttura organizzativa” dell'imprenditore.

<sup>22</sup> Cass., 17 dicembre 2014, n. 26545, in *Ced Cassazione*.

### **7. La (commendevole) proposta di non fallibilità per causa di forza maggiore e i suoi limiti.**

Passando dal piano del diritto positivo a quello dello *jus condendum*, merita segnalare che è stata da ultimo avanzata, in dottrina, la proposta – dichiaratamente frutto dell'emergenza epidemiologica – di attribuire “diritto di cittadinanza” all'insolvenza incolpevole, integrando l'art. 5 con la precisazione in base alla quale non si fa luogo al fallimento quando l'insolvenza è dipesa da cause di forza maggiore<sup>23</sup>.

Si deve trattare – precisa l'autore – “non di un giudizio del singolo tribunale sul singolo imprenditore, che rischia di concludersi con la dichiarazione di fallimento del debitore (sia pur forzatamente) inadempiente, ma di una valutazione politica, che si traduca in atto legislativo, con cui si dia rilievo all'esimente della forza maggiore emergenza coronavirus per escludere l'insolvenza; senza così avvantaggiare soggetti non meritevoli, restando comunque ai giudici la possibilità di “stanare” coloro che tentino di far pretestuosamente ricorso alla causa di forza maggiore per evitare il fallimento”<sup>24</sup>.

Il concetto di forza maggiore, naturalmente, non è nuovo nel nostro ordinamento<sup>25</sup>. Il codice civile lo utilizza espressamente tutte le (rare) volte in cui intende annettere valenza “scriminante” dell'inadempimento al verificarsi di eventi straordinari e imprevedibili: così è a dirsi dell'art. 1467 c.c., il quale riconosce al debitore la facoltà di richiedere la risoluzione del contratto nel momento in cui la prestazione da lui dovuta sia diventata eccessivamente onerosa per fatti straordinari ed imprevedibili, estranei alla sua sfera d'azione.

E con la medesima funzione descrittiva di fatti eccezionali e sottratti al controllo dell'uomo la fattispecie “forza maggiore” è adoperata da altre fonti giuridiche in ambiti assai diversi (codice penale, codice della navigazione, ecc.).

Il concetto è presente pure – né poteva essere altrimenti – in numerosi altri ordinamenti.

Comparso per la prima volta, nella sua accezione moderna, nel Codice Napoleonico del 1804 (“*force majeure*”), si rinviene

---

<sup>23</sup> LIMITONE, *La forza maggiore nel giudizio sull'insolvenza*, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

<sup>24</sup> LIMITONE, *op. cit.*, p. 3.

<sup>25</sup> È noto il brocardo che la definisce come “*vis fatale cui resisti non potest*”.

oggi nell'*Avant-Projet Français de Réforme du Droit des Obligations et de la Prescription*, il quale prevede di inserire una definizione di forza maggiore nell'art. 1349 del Codice Civile: secondo la nuova formulazione dell'articolo in questione, un evento per essere considerato causa di forza maggiore deve determinare l'impossibilità totale di realizzare la prestazione contrattuale, essere imprevedibile al momento della redazione del contratto o avere effetti inevitabili.

Negli Stati Uniti la legge federale non prevede particolari disposizioni in merito, ma alcuni Stati, come il Tennessee, hanno inserito nella loro legge interna una previsione in materia, che considera avvenimenti di forza maggiore solo i cosiddetti "atti di Dio", escludendo quindi quelle situazioni, pur sempre imprevedibili e straordinarie, che siano dipese dalla volontà dell'uomo.

Nel codice civile russo, all'art. 401, par. 3, la forza maggiore è definita come "una circostanza straordinaria, impossibile da prevedere".

La *Contract Law* cinese, all'art. 117, co. 2, afferma che una situazione può essere valutata come forza maggiore solo quando sia "imprevedibile, inevitabile e insormontabile".

L'art. 393 del codice civile brasiliano stabilisce che il debitore è esente da qualsiasi responsabilità nel momento in cui si verifichi un caso fortuito o una causa di forza maggiore, intesi come avvenimenti i cui effetti sono inevitabili o insormontabili.

Nella legge islamica (*Shari'a*) il concetto di forza maggiore è denominato *Quwat al-Qanun*, ove sono ricompresi sia gli atti di Dio (dette anche "sfortune dal cielo"), sia tutti quegli accadimenti imprevedibili che hanno determinato l'inadempimento. Il termine *Quwat al-Qanun* si riferisce dunque non solo alle situazioni di forza maggiore, come riconosciute dalla prassi internazionale, ma anche a tutti quegli eventi che mutano la prestazione da eseguire, rendendola completamente diversa da quanto deciso in sede di stipulazione contrattuale<sup>26</sup>.

---

<sup>26</sup> La peculiarità del sistema islamico è data dal fatto che la causa di forza maggiore potrebbe non comportare di per sé la risoluzione del contratto. La *Shari'a*, infatti, prevede che il contratto resti invalido – *recte*, inefficace – fintanto che permane lo stato di impossibilità di realizzare la prestazione. Una volta superata la situazione di forza maggiore, il contratto torna ad essere valido ed efficace e quindi il debitore deve attivarsi per darne attuazione.

In nessuno degli ordinamenti citati, peraltro, consta a chi scrive che vi sia una norma sulla non fallibilità per cause di forza maggiore.

A livello di diritto internazionale, la fattispecie è presa in considerazione dagli UNIDROIT *Principles of International Commercial Contracts* (art. 7.1.7) e dai *Principles of European Contract Law* (art. 8.108).

La Convenzione sulla Vendita Internazionale di Beni Mobili (la cosiddetta Convenzione di Vienna del 1980), infine, individua all'art. 79, co. 1, le tre caratteristiche principali che devono essere presenti affinché la clausola di forza maggiore possa trovare concreta applicazione, vale a dire l'estraneità dell'accadimento dalla sfera di controllo dell'obbligato, la non prevedibilità dell'evento al momento della stipulazione del contratto e l'insormontabilità del fatto impedente o dei suoi esiti<sup>27</sup>.

Tornando al tema dell'insolvenza causata da forza maggiore, va riconosciuto che la suddetta proposta di escludere il fallimento ove causato da forza maggiore è, ad un tempo, originale dal punto di vista del contributo di idee e commendevole per la finalità che essa persegue, tanto che il legislatore avrebbe potuto valutarne l'introduzione, anche solo in via temporanea. E ciò a prescindere dalla preferibilità della sua collocazione all'interno dell'art. 5, o piuttosto come integrazione dell'art. 15, il cui ultimo comma già oggi prevede un'ipotesi (seppur molto diversa) in cui non si procede alla dichiarazione di fallimento.

Occorre tuttavia considerare che la rinuncia al principio della rilevanza oggettiva dell'insolvenza avrebbe comportato un elemento di innegabile incertezza nella valutazione del giudice in ordine alla sussistenza di tale presupposto, non essendo spesso agevole ravvisare un nesso causale *esclusivo* fra evento straordinario e dissesto dell'impresa.

Anzi, deve riconoscersi che in tutta una serie di casi la pandemia ha avuto l'effetto di *aggravare* bruscamente una situazione di equilibrio già precario dell'impresa, quando non di

---

<sup>27</sup> Nel febbraio del 2003, la Camera di Commercio Internazionale ha emanato la ICC *Force Majeure Clause 2003* (ICC *Clause*), la quale all'art. 1 richiama le tre caratteristiche già precedentemente individuate dalla Convenzione di Vienna del 1980.

squilibrio in atto: ragion per cui “l’esimente da forza maggiore” sarebbe stata destinata a trovare applicazione nei soli casi in cui un’impresa, di per sé totalmente sana, fosse venuta a trovarsi in difficoltà esclusivamente per l’emergenza epidemiologica.

La scelta del legislatore a favore della temporanea improcedibilità delle istanze di fallimento, seppur non esattamente di portata sistematica, è stata quindi probabilmente dettata, oltre che da una apprezzabile esigenza di certezza applicativa, anche dalla consapevolezza delle eterogenietà interpretative di cui sarebbe stata foriera l’altra opzione sul tappeto.

Va nondimeno soggiunto che il rimedio dell’improcedibilità *ex art. 10* è per sua natura “a tempo”, mentre non possono escludersi (al contrario, vanno messi in conto) fenomeni di insolvenza “prevalentemente incolpevole” oltre l’orizzonte temporale del giugno 2020. Rispetto a tale scenario una norma nel senso della non fallibilità per forza maggiore avrebbe in effetti – occorre riconoscerlo – maggiore “respiro”, oltre a risultare sintonica alla grave situazione corrente. E con riferimento ai casi in cui non emergesse con chiarezza l’ascrivibilità dell’insolvenza in via esclusiva alla pandemia, potrebbe attingersi forse, in via normativa e comunque interpretativa, al criterio della prevalenza dell’apporto alla causazione dell’evento (la stessa Relazione illustrativa, *sub art. 10*, parla di dissesto “in gran parte da ricondursi a fattori esogeni”) e, nei casi ulteriormente dubbi, a un *favor debitoris* per una volta oggettivamente giustificato dal momento storico che stiamo attraversando.

#### **8. La temporanea improcedibilità delle istanze di fallimento.**

Come più volte ricordato, l’art. 10 del Decreto Liquidità stabilisce, al primo comma, che tutti i ricorsi ai sensi degli articoli 15 e 195 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 e 3 del decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270 depositati nel periodo tra il 9 marzo 2020 ed il 30 giugno 2020 sono improcedibili.

La *ratio* di questa misura, chiaramente eccezionale e temporanea, è messa bene in luce nella Relazione illustrativa. Essa consiste, da un lato, nell’evitare di “sottoporre il ceto imprenditoriale alla pressione crescente delle istanze di

fallimento di terzi e per sottrarre gli stessi imprenditori alla drammatica scelta di presentare istanza di fallimento in proprio in un quadro in cui lo stato di insolvenza può derivare da fattori esogeni e straordinari, con il correlato pericolo di dispersione del patrimonio produttivo, senza alcun correlato vantaggio per i creditori dato che la liquidazione dei beni avverrebbe in un mercato fortemente perturbato”; dall’altro, di scongiurare un flusso verosimilmente ingente di istanze di fallimento verso uffici giudiziari che già soffrono notevoli difficoltà di funzionamento.

Dall’esame della norma si evince, innanzitutto, che restano fuori dal suo ambito applicativo le grandissime imprese in stato di insolvenza, non essendo menzionata la legge n. 39 del 18 febbraio 2004 (c.d. Decreto Marzano), che sembra quindi essere considerata un’opportunità più che un problema per tali imprese, tenuto anche conto che l’amministrazione straordinaria in questi casi, a differenza di quanto disposto dall’art. 3 del d.lgs. n. 270 del 1999 (c.d. Legge Prodi *bis*), può essere attivata soltanto dall’imprenditore.

In secondo luogo, va rilevato che rientrano nel perimetro normativo anche le istanze cc.dd. di autofallimento. Ed in proposito viene spiegato, sempre nella Relazione introduttiva, che ciò risponde allo scopo di lasciare agli imprenditori (inclusi quelli che appunto si attiverrebbero per la dichiarazione di fallimento in proprio) un lasso temporale in cui valutare con maggiore ponderazione la possibilità di ricorrere a strumenti alternativi di soluzione della crisi di impresa.

Beninteso, la sterilizzazione anche di questo tipo di istanze esclude che sia addebitabile all’imprenditore, per il periodo in questione, alcun aggravamento del dissesto, che, come precisa la Relazione, “in ogni caso sarebbe in gran parte da ricondursi a fattori esogeni”.

In terzo luogo, occorre ribadire quanto già in precedenza osservato, e cioè che la previsione di cui trattasi non appare applicabile alle istanze di “preconcordato” e di “preaccordo”, come si evince dal tenore letterale della norma stessa, che non fa menzione di tali istituti, e dal silenzio serbato sul punto dall’art. 9 sopra analizzato.

Per quanto concerne l’aspetto operativo della norma, ci si può chiedere se la previsione di improcedibilità comporti la

ripresentazione dell'istanza di fallimento al termine del periodo di "freezing", o se essa rimanga, per così dire, latente e possa essere esaminata a partire dal 1° luglio 2020.

Forse la soluzione dipende dal fatto se venga emanata o meno la declaratoria di improcedibilità, giacché in caso positivo la ripresentazione dell'istanza di fallimento mi parrebbe necessaria.

La disposizione in esame prende poi in considerazione, al terzo comma, l'eventualità che alla dichiarazione di improcedibilità del ricorso faccia successivamente seguito la dichiarazione di fallimento, stabilendo che in tal caso il periodo di cui al primo comma non viene computato nei termini di cui agli artt. 10 (fallimento dell'impresa cessata) e 69-bis, 1. fall. (decadenza dall'azione revocatoria)<sup>28</sup>. Nel che è evidente l'obiettivo di tutela del ceto creditorio giustamente perseguito.

L'unica deroga alla declaratoria di improcedibilità è quella stabilita dal secondo comma dell'art. 10 qui in commento, ai sensi del quale le disposizioni di cui al comma 1 non si applicano alla richiesta presentata dal pubblico ministero quando nella medesima è fatta domanda di emissione dei provvedimenti di cui all'articolo 15, comma 8, 1. fall.

Qui il decreto, nel bilanciamento fra interessi contrapposti, ha ritenuto comprensibilmente preminente l'esigenza di reprimere, attraverso la persistente possibilità di ottenere la concessione di provvedimenti cautelari, condotte distrattive o dissipative, connotate da rilevanza penale talora assai significativa.

Anche in questo caso la scelta del legislatore risulta dunque condivisibile.

---

<sup>28</sup> E v. sul punto i rilievi di LIMITONE, *Breve commento all'art. 11 decreto liquidità. [al momento ancora in bozza]*, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), p. 3, richiamato da SPIOTTA, *La (presunzione di) continuità aziendale al tempo del COVID-19*, cit.